

Tribunal de Arbitramento de Termoflores S.A. E.S.P.

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

TERMOFLORES S.A. E.S.P.

CONTRA

ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. Y ACE SEGUROS S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil nueve (2009)

El Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir en derecho las controversias jurídicas suscitadas entre **TERMOFLORES S.A. E.S.P.** y **ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. y ACE SEGUROS S.A.**, profiere el presente Laudo Arbitral después de haberse surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1990 y en el Código de Procedimiento Civil, con lo cual decide el conflicto planteado en la demanda y su contestación.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1. Partes y representantes

La parte convocante en el presente proceso es la sociedad **TERMOFLORES S.A. E.S.P.**. Ante este Tribunal estuvo legalmente representada por la señora CAROLYN

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

MONDRAGÓN ROJAS, representante legal, condición que consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, documento que obra a folios 30 a 32 del Cuaderno Principal No. 1.

Su apoderado judicial es el doctor ENRIQUE GÓMEZ MARTÍNEZ, según poder debidamente otorgado.

La parte convocada está integrada por dos sociedades, a saber:

- **ROYAL & SUN ALLIANCE (COLOMBIA) S.A.**, la cual estuvo representada por el doctor JULIO ADOLFO JIMÉNEZ TORRES, representante legal, según consta en el certificado expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, documento que obra a folio 109 del Cuaderno Principal No. 1.

Su apoderado judicial es el doctor BERNARDO SALAZAR PARRA, según poder debidamente otorgado.

- **ACE SEGUROS S.A.**, la cual estuvo legalmente representada por el doctor ROBERT ANDRÉS TOLEDO TAPIA, representante legal, según consta en el certificado expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, documento que obra a folio 101 del Cuaderno Principal No. 1

Su apoderada judicial inicial fue la doctora DIANA SARAY SALAZAR JORDÁN según poder debidamente otorgado.

2. El pacto arbitral

El pacto arbitral que sirve de fundamento al presente proceso se encuentra contenido en la condición general décima octava del contrato de seguro contenido en la póliza modular todo riesgo No. 20085 expedida por Royal & Sun Alliance

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

Seguros (Colombia) S.A. el 5 de mayo de 2002, cláusula cuya vigencia y existencia fueron ratificadas como condición particular de la póliza en el anexo 8, páginas B1 y B2 para la vigencia 2004-2005 (Folios 29 y 30 del Cuaderno de Pruebas No.1) y en el Anexo 15, páginas B1 y B2 para la vigencia 2005-2006 (Folios 60 y 61 del Cuaderno de Pruebas No.1.). Se precisa que la aseguradora ACE SEGUROS S.A. participó como coasegurador a partir de la vigencia 2004-2005, tal como se indica en el Anexo 9 página 1, correspondiente a dicha vigencia¹, y en el Anexo 15, página 1, correspondiente a la vigencia 2005-2006².

Dicha cláusula textualmente dice así:

“CONDICIÓN DÉCIMA OCTAVA- CLAUSULA COMPROMISORIA

Agotadas las posibilidades de acordar una solución por mutuo acuerdo, las diferencias que ocurran entre las partes por razón de la existencia, interpretación, desarrollo, ejecución o terminación de este contrato, serán resueltas por tres (3) árbitros elegidos de común acuerdo por las partes y de no ser así, por el director del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal que, con sujeción a las leyes de la República de Colombia y al reglamento del mencionado Centro Arbitral, funcionará en la ciudad de Bogotá D.C: y fallará en derecho.”³

3. Convocatoria del Tribunal, designación de los árbitros y etapa introductoria del proceso

La integración del Tribunal de Arbitramento se llevó a cabo de la siguiente manera:

¹ Folio 37 del Cuaderno de Pruebas No.1

² Folio 66 del cuaderno de Pruebas No.1

³ Folio 156 del Cuaderno de Pruebas No. 1

Tribunal de Arbitramento de Termoflores S.A. E.S.P.

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

- 1) La demanda arbitral fue presentada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 13 de julio de 2007 y se fundamenta en la cláusula compromisoria contenida en la póliza modular todo riesgo No. 20085 de fecha 5 de mayo de 2002, cláusula cuya vigencia y existencia fueron ratificadas como condición particular de la póliza en el anexo 8, páginas B1 y B2 para la vigencia 2004-2005 y en el Anexo 15, páginas B1 y B2 para la vigencia 2005-2006.⁴
- 2) Mediante comunicación de fecha agosto 16 de 2007, las partes, actuando de común acuerdo, designaron como árbitros principales a los doctores Jorge Santos Ballesteros, Alejandro Venegas Franco y Hernán Fabio López Blanco y como suplente al doctor Andrés Eloy Ordóñez Ordóñez.⁵

Los doctores Jorge Santos Ballesteros, Alejandro Venegas Franco y Hernán Fabio López Blanco, aceptaron sus nombramientos en la debida oportunidad.

- 3) El 5 de septiembre de 2007, se llevó a cabo la audiencia de instalación, en la cual, mediante Auto No. 1 (Acta No. 1), el Tribunal se declaró legalmente instalado, designó como Presidente al doctor Alejandro Venegas Franco y nombró como Secretaria a la doctora Gabriela Monroy Torres, quien posteriormente aceptó la designación y tomó posesión de su cargo ante el Presidente del Tribunal. Adicionalmente admitió la demanda, ordenó correr el traslado correspondiente a la parte convocada y reconoció personería jurídica al señor apoderado de la parte convocante.

⁴ Folios 1 a 20 del Cuaderno Principal No. 1

⁵ Folio 48 del Cuaderno Principal No. 1

En dicha oportunidad los representantes legales de las partes, en uso de las facultades con que en tal condición cuentan y que constan en los respectivos certificados de existencia y representación que obran en el expediente, expresaron la voluntad de modificar la cláusula compromisoria previamente pactada en la póliza 20085, en el sentido de que el trámite arbitral que ocupa al Tribunal, sería de naturaleza legal y no institucional.⁶

- 4) La notificación personal del auto admsorio de la demanda arbitral se surtió el 5 de septiembre de 2007.⁷
- 5) El 10 de septiembre de 2007, se recibió un memorial suscrito por los señores apoderados de las sociedades convocadas, en el cual formularon recusación contra el árbitro doctor Hernán Fabio López Blanco. Adicionalmente en memoriales independientes presentaron recurso de reposición contra el auto admsorio de la demanda proferido por el Tribunal el 5 de septiembre de 2007.⁸
- 6) El 12 de septiembre de 2007, el memorial de recusación fue puesto en conocimiento del señor Árbitro doctor Hernán Fabio López Blanco, quien por las razones expuestas en su comunicación de esa misma fecha no aceptó la recusación y presentó renuncia a su cargo de árbitro.⁹
- 7) Mediante Auto No. 2 (Acta No. 2) el Tribunal aceptó la renuncia del Árbitro doctor Hernán Fabio López Blanco, dispuso que se reintegrara el Tribunal y, en consecuencia, ordenó oficializar al doctor Andrés Eloy Ordóñez Ordóñez, árbitro nombrado de común acuerdo como suplente. Adicionalmente,

⁶ Folios 85 a 88 del Cuaderno Principal No. 1

⁷ Folios 89 a 90 del Cuaderno Principal No. 1

⁸ Folios 92 a 99 y 110 a 155 del Cuaderno Principal No. 1

⁹ Folios 156 a 158 del Cuaderno Principal No. 1

declaró que, por sustracción de materia, no había lugar a dar trámite a la recusación formulada y reconoció personería a los señores apoderados de las sociedades convocadas.¹⁰

- 8) Mediante comunicación de fecha septiembre 20 de 2007, se informó al doctor Andrés Eloy Ordóñez Ordóñez, su designación como árbitro en este Trámite Arbitral. El doctor Ordóñez, aceptó su designación en la debida oportunidad.¹¹
- 9) El 3 de octubre de 2007 se declaró reintegrado el Tribunal de Arbitramento y se ordenó correr traslado a la parte convocante de los recursos de reposición interpuestos por las sociedades convocadas contra el Auto No. 1 de 5 de septiembre de 2007. Dichas decisiones fueron notificadas a las partes.¹²
- 10) Estando dentro de la oportunidad legal la parte convocante descorrió el traslado de los recursos de reposición. El Tribunal, por Auto No. 4 (Acta No. 4) confirmó los numerales 1 a 6 del Auto No. 1 recurrido, y adicionalmente, por carecer de precisión en cuanto a la cuantía de las pretensiones, inadmitió la demanda presentada por la convocante y le otorgó un término de cinco días para subsanar el defecto en mención. Dichas decisiones fueron notificadas a las partes.¹³
- 11) El 30 de octubre de 2007, la parte convocante presentó un memorial en el que manifiesta que excluye de la pretensión No. 2 la expresión "y lucro cesante" y adicionalmente precisa que, para efectos de la estimación de la cuantía de las pretensiones, se tenga únicamente en cuenta la valoración

¹⁰ Folios 159 a 163 del Cuaderno Principal No. 1

¹¹ Folios 178 a 181 del Cuaderno principal No. 1

¹² Folios 182 a 195 del Cuaderno Principal No. 1

¹³ Folios 197 a 213 del Cuaderno Principal No. 1

efectuada en el hecho 38 por concepto de daño emergente.¹⁴ El Tribunal, por Auto No. 5 (Acta No. 5), admitió la demanda y ordenó correr traslado a las sociedades convocadas por el término legal de diez días. La notificación del auto admisorio de la demanda junto con el correspondiente traslado se llevó a cabo el 9 de noviembre de 2007.¹⁵

- 12) Estando dentro de la oportunidad legal, el 22 de Noviembre de 2007, las sociedades convocadas ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. y ACE SEGUROS S.A. en un solo escrito, contestaron la demanda arbitral, con expresa oposición a las pretensiones e interposición de excepciones de mérito¹⁶

Mediante fijación en lista, el 27 de noviembre de 2007 se corrió traslado de las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda.

- 13) El día 4 de Diciembre de 2007, estando dentro del término legal, la parte convocante radicó un escrito en el que se pronunció respecto de las excepciones contenidas en la contestación de la demanda y solicitó la práctica de pruebas adicionales.¹⁷
- 14) El día 29 de febrero de 2008, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada por no haberse logrado acuerdo entre las partes. En tal oportunidad el Tribunal procedió a fijar el monto de gastos y honorarios del trámite arbitral, suma que fue pagada por las partes dentro de la oportunidad legal.¹⁸

¹⁴ Folios 214 y 215 del Cuaderno Principal No.1

¹⁵ Folios 214 a 291 del Cuaderno Principal No. 1

¹⁶ Folios 222 a 288 del Cuaderno Principal No. 1

¹⁷ Folios 292 a 297 del Cuaderno Principal No. 1

4. Primera Audiencia de Trámite, etapa probatoria y alegaciones finales

El 1 de abril de 2008 (Acta No. 9), se dio inicio a la Primera Audiencia de Trámite en la que se dio lectura al pacto arbitral antes citado, a las cuestiones sometidas a decisión arbitral expresadas en la demanda arbitral y en su contestación. Así mismo, el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver, en derecho, las controversias sometidas a su consideración, planteadas en los escritos antes mencionados.¹⁹ La parte convocada interpuso recurso de reposición contra el auto de competencia el cual, previo traslado a la parte convocante, fue desestimado por el Tribunal.

Mediante Auto No. 12, el Tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

- 4.1. Se ordenó tener como pruebas documentales los documentos aportados por las partes en la demanda arbitral, su contestación y el escrito presentado por el apoderado de la parte convocante con el cual descorrió el traslado de las excepciones.

- 4.2. En audiencias celebradas entre el 14 de abril de 2008 y el 17 de diciembre de 2008 se recibieron los testimonios de las personas que se indican a continuación. Las correspondientes transcripciones fueron entregadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporaron al expediente, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del C. de P. C.

¹⁸ Folios 325 a 332 del Cuaderno Principal No. 1

¹⁹ Folios 333 a 359 del Cuaderno Principal No. 1

- El 14 de abril de 2008 se recibió el testimonio del señor Hilberto Rafael Díaz Martínez.²⁰
- El 16 de junio de 2008 se recibieron los testimonios de los señores Juan Carlos Lancheros y Wilson Julio Uribe Vega.²¹
- El 17 de junio de 2008 se recibieron los testimonios de los señores Carlos Alberto Salazar Jiménez y Carlos Noguera Camacho.²²
- El 18 de junio de 2008 se continuó el testimonio del señor Carlos Noguera Camacho, y se recibieron las declaraciones de parte de los señores Alberto Enrique Osuna Ibarra, representante legal de Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Andrés Cardona Restrepo, representante legal de la parte convocante.²³
- El 1 de septiembre de 2008, se recibió el testimonio del señor Michael Gene Thomas.²⁴
- El 14 de octubre de 2008, se recibieron los testimonios de los señores Robert Frank Lemke y Norman Klinkosh.²⁵
- El 15 de octubre de 2008 se recibió el testimonio del señor José Luis Oslinger, así como la continuación del testimonio del señor Norman Klinkosh.²⁶
- El 31 de octubre de 2008 se recibió, vía conferencia telefónica con imagen, el testimonio del señor John La Rue, así como el testimonio del señor Ricardo Lequerica.²⁷
- El 17 de diciembre de 2008, se recibieron los testimonios de los señores Wilson Julio Uribe Vega y Javier Augusto Díaz Velasco.²⁸

²⁰ Folios 309 a 351 del Cuaderno de Pruebas No. 8

²¹ Folios 117 a 168 del Cuaderno de Pruebas No. 11

²² Folios 169 a 218 del Cuaderno de Pruebas No. 11

²³ Folios 219 a 263 del Cuaderno de Pruebas No. 11

²⁴ Folios 1 a 60 del Cuaderno de Pruebas No. 16

²⁵ Folios 145 a 211 del Cuaderno de Pruebas 16

²⁶ Folios 84 a 144 y 61 a 83 del Cuaderno de Pruebas 16

²⁷ Folios 212 a 284 del Cuaderno de Pruebas 16

²⁸ Folios 285 a 292 y 421 a 437 del Cuaderno de Pruebas 16

4.3. La Convocante desistió de la práctica del interrogatorio de parte a cargo de la sociedad convocada ACE SEGUROS S.A.

De su lado, la Convocada desistió de la práctica de los testimonios de los señores Peter Ravey, Daniel García y Joaquín Jaramillo.

4.4. Se recibieron dos dictámenes decretados por el Tribunal a saber:

- Un dictamen pericial contable rendido por la sociedad EDGAR NIETO & ASOCIADOS, que tuvo como responsable al doctor Edgar Fernando Nieto, del cual se corrió traslado a las partes de conformidad con el artículo 238 del C. de P. C. Estando dentro del término del traslado, las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron rendidas en tiempo por el perito.²⁹ La parte convocada formuló objeción parcial por error grave contra el dictamen, y solicitó la práctica de pruebas. Al descorrer el traslado de la objeción, la parte convocante se opuso a la prosperidad de la objeción y solicitó la práctica de pruebas.
- Un dictamen pericial solicitado por la parte convocada como prueba de la objeción contra el dictamen pericial inicial, el cual fue rendido por el doctor PABLO RODA, perito experto en el mercado de energía de Colombia, del cual se corrió traslado a las partes de conformidad con el artículo 238 del C. de P. C. Estando dentro del término del traslado, las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones al mismo, las cuales fueron rendidas en tiempo por el señor perito.³⁰

4.5. Inspecciones judiciales con exhibición de documentos

²⁹ Folios 332 a 434 del Cuaderno de Pruebas No. 10

El Tribunal decretó la práctica de las siguientes inspecciones judiciales con exhibición de documentos:

- En las oficinas de la parte convocante en la ciudad de Bogotá, diligencia que con intervención del perito contable tuvo lugar el 25 de junio de 2008.
- En las oficinas de la parte convocante en la ciudad de Barranquilla, diligencia realizada el 25 de julio de 2005.
- En las oficinas de la sociedad SDP Rotodinámica Limitada realizada el 25 de julio de 2008 en la ciudad de Barranquilla.

De los documentos exhibidos en las diligencias, las partes aportaron al expediente aquellos que consideraron necesarios para sustentar sus argumentaciones.

- La parte convocada desistió de la prueba de exhibición de documentos a cargo de la Sociedad Siemens.

4.6. De igual forma, el Tribunal ordenó que por Secretaría se libraran los siguientes oficios:

- Al **Administrador del Mercado Energético Colombiano XM S.A.** ubicado en la Calle 12 sur No. 18-168 Bloque 2 de la ciudad de Medellín, con el fin de que certificara:
 - La asignación de energía firme para el cargo por confiabilidad de la Planta Flores III.
 - Los contratos de respaldo de energía firme para el cargo por confiabilidad registrado para la Planta Flores III con vigencia durante el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2006 y el 28 de febrero de 2007, indicando partes, cantidades, duración y precio.

La correspondiente respuesta obra a folios 159 a 161 del Cuaderno de Pruebas No. 4

³⁰ Folios 264 a 295 del Cuaderno de Pruebas No. 15

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

- Al **Banco de la República** con el objeto de que certificara la tasa representativa del dólar vigente para el 24 de enero de 2007. La correspondiente respuesta obra a folios 177 a 178 del cuaderno de Pruebas No. 4.
- A la **Notaría 29 de Bogotá**, para que remitiera copia auténtica de la escritura pública No. 15943 del 27 de diciembre de 2002. La correspondiente respuesta obra a folios 403 a 420 Cuaderno de Pruebas 16.
- Al señor **Juan Espinosa**, en su calidad de ingeniero de Ventas de Servicios Globales de Siemens Power Generation Inc., domiciliado en 4400 Alafaya Trail MC Q1-107 Orlando, FL 32826 de los Estados Unidos de América, para que certificara lo siguiente:
 - El cargo y el departamento al cual pertenecía el señor John LaRue para octubre y noviembre de 2006.
 - La vida útil del rotor de un generador de una unidad Siemens 501 F de acuerdo con los criterios del fabricante.

La correspondiente respuesta obra a folio 293 del Cuaderno de Pruebas 16.

- A **X.M. Compañía de expertos en Mercados S.A. E.S.P.** ubicada en la Calle 12 Sur No. 18-168, bloque 2, de la ciudad de Medellín, con el fin de que remitiera la siguiente información:
 1. Los mantenimientos programados para la Unidad Flores III, durante los años 2005, 2006 y 2007, de conformidad con la información remitida por Termoflores al Sistema Nacional de Consignaciones en los años 2004, 2005, 2006 y 2007.
 2. La generación real de la Unidad III de Termoflores, mes a mes, desde enero de 2004 hasta la fecha.
 3. El precio de bolsa de la energía en firme para los meses de Noviembre a Marzo de 2007.
 4. Los precios a los cuales Termoflores S.A. ESP ofreció la energía de las unidades 1 y 2 de Termoflores para los meses de Noviembre a Marzo de 2007.

La correspondiente respuesta obra a folios 159 a 161 del Cuaderno de Pruebas 4.

4.7. Mediante Auto No. 42 de fecha 17 de abril de 2009, el Tribunal señaló fecha y hora para la audiencia de alegaciones, por encontrar que todas las pruebas decretadas fueron practicadas en forma oportuna. En consecuencia, el día 15 de mayo de 2009 a las 9:00 a.m., las partes alegaron de conclusión en forma oral. Los resúmenes escritos de sus alegaciones fueron debidamente incorporados al expediente³¹. En esa misma oportunidad, el Tribunal fijó fecha para la audiencia de lectura del presente Laudo Arbitral.

5. Término de duración del proceso

El término de duración del presente proceso es de seis meses por mandato del artículo 103 del Decreto 2651 de 1991 y como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto. Su cómputo inicia a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir, el 1 de abril de 2008, con lo cual el término de seis meses previsto en la ley vencería el 30 de septiembre de 2008. Sin embargo a dicho término, por mandato de la norma en mención, deben adicionarse los siguientes días durante los cuales el proceso estuvo suspendido por solicitud expresa de las partes:

Acta y Auto que la decretó	Folio	Fechas que comprende la suspensión	Días Hábiles
Acta 11- Auto 15	436	Abri 29 a Mayo 13/08 (ambas fechas inclusive)	9
Acta 12- Auto 16	460	Mayo 31 a Junio 14 (ambas fechas inclusive)	9
Acta 15- Auto 20	524	Junio 19 a Junio 24 (ambas fechas inclusive)	4
Acta 16- Auto 21	21 (2)	Junio 26 a Julio 15 (ambas fechas inclusive)	13
Acta 17- Auto 22	34	Julio 17 a Julio 24 (ambas fechas inclusive)	6
Acta 18- Auto 24	52	Julio 26 a Julio 31 (ambas fechas inclusive)	4

³¹ Folios 1 a 505 del Cuaderno Principal No. 5.

Tribunal de Arbitramento de Termoflores S.A. E.S.P.

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

Acta 18- Auto 24	52	Agosto 2 a Agosto 31 (ambas fechas inclusive)	18
Acta 20- Auto 26	71	Septiembre 2 a Septiembre 8 (ambas fechas inclusive)	5
Acta 20- Auto 26	71	Sept. 13 a Oct. 13 (ambas fechas inclusive)	20
Acta 23- Auto 28	291	Octubre 16 a Octubre 30 (ambas fechas inclusive)	11
Acta 24- Auto 29	332	Noviembre 7 a Noviembre 23 (ambas fechas inclusive)	10
Acta 26- Auto 34	310 (3)	Diciembre 2 a Diciembre 4 (ambas fechas inclusive)	3
Acta 26- Auto 34	310	Diciembre 6 a Diciembre 16 (ambas fechas inclusive)	6
Acta 28- Auto 36	351	Diciembre 18 a Febrero 3/09 (ambas fechas inclusive)	31
Acta 29- Auto 37	356	Febrero 6 a Febrero 22/09 (ambas fechas inclusive)	11
Acta 31- Auto 39	21	Marzo 14 a Abril 13/09 (ambas fechas inclusive)	18
Acta 33- Auto 41	248	Abril 21 a Mayo 14 /09 (ambas fechas inclusive)	17
Acta 35- Auto 43	279	Mayo 16 a Junio 24/09 (ambas fechas inclusive)	25
Total			220

En consecuencia, al sumarle 220 días hábiles durante los cuales el proceso ha estado suspendido, el término vence el 28 de agosto de 2009. Por lo anterior, la expedición del presente Laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

CAPITULO SEGUNDO

LA CONTROVERSIA

1. La Demanda Arbitral y el Pronunciamiento de la Parte Convocada

1.1. Hechos

Las pretensiones formuladas por la Parte Convocante en la demanda arbitral, están fundamentadas en los siguientes hechos:

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

1. "Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. expidió en coaseguro con Ace Seguros S.A. a favor de Termoflores S.A. E.S.P, la póliza modular todo riesgo No. 20085 con vigencia anual inicial comprendida entre el 5 de mayo de 2002 y el 5 de mayo de 2003, amparando la totalidad de los bienes que conforman las unidades de generación Flores I, Flores II y Flores III y sus bienes accesorios.
2. "La póliza modular todo riesgo No. 20085 citada en el hecho anterior fue renovada por los mencionados coaseguradores para las posteriores vigencias anuales comprendidas, así: 5 de mayo de 2003 y 5 de mayo de 2004; 5 de mayo de 2004 y 5 de mayo de 2005; y finalmente 5 de mayo de 2005 y 5 de mayo de 2006, siempre amparando la totalidad de los bienes que conforman las Unidades de generación Flores I, Flores II y Flores III y sus bienes accesorios así como el lucro cesante por interrupción del negocio.
3. "Las primas de todas las vigencias de la póliza No. 20085 entre 2002 y 2005 fueron oportunamente canceladas en cumplimiento de sendos convenios de pago suscritos con las aseguradoras.
4. "Las proporciones del coaseguro acordado en la póliza mencionada, son:
 - Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. el 60% del riesgo asegurado.
 - Ace Seguros S.A. el 40% del riesgo asegurado.
5. "En virtud de la Condición Primera de las Condiciones Generales del contrato de seguro instrumentado mediante la póliza modular todo riesgo industrial y comercial No. 20085 se ampararon todas las pérdidas de los bienes asegurados por daños materiales derivados de eventos que ocurran de manera accidental, súbita e imprevista de acuerdo con el siguiente tenor literal:

**"CONDICIONES GENERALES
"CONDICIÓN PRIMERA – RIESGOS AMPARADOS**

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

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

1. *“Todo riesgo de daños materiales, que sufran los bienes asegurados de manera accidental, súbita e imprevista, por cualquier causa no expresamente excluida, sea que dichos bienes estén en uso o inactivos y se encuentren dentro de los predios del Asegurado.”*

(...)

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

(...)"

6. “En la póliza modular todo riesgo industrial y comercial No. 20085 se establecieron los siguientes valores asegurados:

Amparos Contratados	Prima	Suma Asegurada Anterior	Suma Asegurada Actual
Secc. I Todo Riesgo Incendio	US\$645,247.84	US\$220,067,065.00	US\$220,067,065.00
Secc. I Todo Riesgo Incendio – Terremoto	US\$138,200.93		
Secc. III Rotura de Maquinaria	US\$793,391.89	US\$200,000,000.00	US\$200,000,000.00
Secc. IV Equipos Eléctricos y Electr.	US\$ 95.10	US\$ 17,707.00	US\$ 17,707.00
Secc. V Lucro Cesante	US \$29,985.35	US\$79,915,228.00	US\$ 79,915,228.00
Secc. V Lucro Cesante – Terremoto	US \$ 33,983.45		
Secc. VII Sustracción	US\$ 12,345.44	US\$3,000,000.00	US\$3,000,000.00

7. “Los bienes asegurados bajo la póliza No. 20085 corresponden a la totalidad de los bienes que están ubicados en las instalaciones industriales de Termoflores S.A. E.S.P. en la ciudad de Barranquilla, Colombia y corresponden a las Unidades Flores I, Flores II y Flores III de Termoflores S.A. E.S.P., de acuerdo con lo indicado en el anexo de renovación No. 15 B4 y B5, las inspecciones de riesgo realizadas y lo especificado en la Condición Cuarta de las Condiciones Generales en los siguientes términos:

“CONDICIONES GENERALES”

“CONDICIÓN TERCERA – INTERESES ASEGURADOS”

1. *“Sujeto a las condiciones de esta póliza la COMPAÑÍA se obliga a indemnizar al Asegurado, los daños causados por los eventos precisados en la Condición Primera, a todos los bienes de propiedad*

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

del Asegurado o aquellos en los cuales el Asegurado tuviese interés asegurable o por los cuales sea responsable o los recibidos a cualquier título, tales como: “(...) sistemas de generación (...) y en general, todos los bienes que no se encuentren expresamente excluidos en la condición cuarta, ubicados dentro de los predios indicados en la carátula de la póliza.”

8. “La Unidad de generación denominada Flores III es un equipo de generación de energía eléctrica a gas natural, fabricado por Siemens Westinghouse, con referencia W501 F, dotado de sistema de compresión húmeda y con capacidad para despachar 175 MW de potencia, puesto en servicio por primera vez en enero de 1998 y en operación comercial desde abril de 1998. Esta unidad fue actualizada con un sistema de compresión húmeda en septiembre de 2004, mejora que fue inspeccionada por las aseguradoras convocadas.
9. “El 14 de julio de 2005, en las instalaciones de Termoflores S.A. E.S.P., se produjo una interrupción forzada (trip) en la operación de la Unidad Flores III derivada de la existencia de fuertes vibraciones en el generador, las cuales evidenciaban la ocurrencia de algún tipo de daño en alguno de los diversos elementos del generador.
10. “El 15 de julio de 2005 Termoflores S.A. E.S.P., reportó el incidente al fabricante y agente de mantenimiento, Siemens Westinghouse,.
11. “Siemens Westinghouse recomendó el mismo 15 de julio de 2005 la realización de un análisis detallado de la información de vibración y en la misma fecha Termoflores S.A. E.S.P., aceptó la realización de dicho análisis.
12. “Siemens Westinghouse recomendó igualmente que antes de proceder a realizar pruebas con la máquina se llevara a cabo un “Fast Gen Inspection” (una inspección rápida del generador), a efecto de intentar detectar la naturaleza del daño. Esta es una inspección limitada derivada de la dificultad de acceso a los diversos elementos del generador que se encuentran recubiertos por múltiples elementos protectores y que se realiza mediante una pequeña cámara robot.
13. “El 27 de julio de 2005, con base en la información disponible, Termoflores S.A. E.S.P reportó la ocurrencia del siniestro a las aseguradoras demandadas Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y a Ace Seguros S.A. mediante comunicación No. TF-738 del 27 de julio de 2005. En dicha comunicación se puso de manifiesto a las aseguradoras que los hechos que

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

motivaron la realización de una inspección rápida del generador fueron los siguientes: i) migración de bobinas, y ii) pequeño corto entre espiras provocado por pequeño pedazo de cobre y se las invitó a participar en la inspección.

14. "Ingenieros de Siemens Westinghouse adelantaron la inspección visual del generador y el rotor como parte del mismo, entre el 21 de julio de 2005 y el 1 de agosto de 2005.

15. "Durante la inspección rápida del generador la cubierta de este fue desarmada parcialmente sin que el rotor fuese removido por parte de los técnicos de Siemens Westinghouse y se encontró:

15.1. "El rotor fue inspeccionado y se encontró un desplazamiento del bobinado 8 respecto del bloque de circunferencia y la posibilidad de que otras bobinas hubieran sufrido un desplazamiento axial o una migración causando un bloqueo de su ventilación de más del 50%.

15.2. "Al inicializar la unidad se logró percibir que trabajaba correctamente en los niveles de operación comunes efectuando el control de vibraciones.

16. "Los técnicos de Siemens informaron a Termoflores S.A. E.S.P., sobre la existencia de un daño en el rotor que podría implicar el embobinado parcial o total de la pieza, hipótesis que solo era posible establecer desmontando la parte (el rotor) en su totalidad.

17. "Siemens Westinghouse recomendó que el rotor fuera reparado de manera provisional durante esta inspección; sin embargo, teniendo en cuenta que no se conocía precisamente la posibilidad de solucionar el daño in situ, que el daño detectado no inhabilitaba la operación y que próximamente se iba a llevar a cabo un mantenimiento mayor en la planta, Termoflores S.A. E.S.P., decidió aplazar la reparación del rotor hasta tanto se confirmaran las opciones y plazos de reparación para intentar realizarla simultáneamente con la realización del señalado mantenimiento de la unidad y evitar así una doble parada total de la máquina.

18. "El fabricante posteriormente confirmaría que las reparaciones temporales propuestas con ocasión de esta inspección no eran recomendables, en la medida en que sus efectos a largo plazo no eran confiables ni estables.

19. "En la medida en que la Unidad Flores III quedaría totalmente inhabilitada para operar por lapso apreciable si se procedía al desmonte del rotor, ignorándose aun la magnitud y extensión del daño generando la posibilidad

de importantes perjuicios por lucro cesante y sin tener definido el proveedor que realizaría la reparación del rotor ni la logística necesaria para la movilización de esta parte (el rotor es un elemento integrado al generador de gran peso y tamaño que mide 8,3 metros de largo con un diámetro de cerca de un metro y pesa cerca de 35 toneladas), la convocante, con la autorización del fabricante, optó por continuar con la operación limitada de la unidad adelantando verificaciones periódicas de vibración y alineamiento del rotor e inició inmediatamente con el fabricante y otros proveedores de mantenimiento a evaluar las posibilidades: reparación en el sitio, reparación remota o adquisición de un nuevo rotor.

20.“Con el objeto de determinar la extensión del daño, Termoflores S.A. E.S.P., efectuó una serie de análisis, monitorías e inspecciones en el generador de la Unidad Flores III, entre ellas, pruebas de balance de polos, resistencia al aislamiento, resistencia del devanado del rotor y vibración del generador por parte del mismo fabricante del rotor, en julio 31 de 2005 y, también, mediante contratistas externos durante octubre y noviembre de 2005.

21.“En virtud de los análisis, las monitorías y las inspecciones que eran realizadas sobre el rotor del generador de la Unidad Flores III, la planta pudo continuar funcionando normalmente.

22.“Entre el 6 y 7 de octubre de 2005, el fabricante Siemens Westinghouse, una vez completado el diagnóstico del daño y establecidas las alternativas de reparación, organizó una reunión en la ciudad de Orlando en el Estado de la Florida de los Estados Unidos para evaluar los diversos cursos de acción por emprender, a la cual asistieron miembros de la junta directiva de la empresa, el gerente de planta, el superintendente de mantenimiento de Termoflores S.A. ESP, ingenieros Hilberto Díaz y Carlos Salazar, a Humberto del Rio, contralor financiero y al secretario general doctor Andrés Cardona.

23.“A lo largo del proceso de análisis, monitorías e inspecciones en el generador de la Unidad Flores III, se buscó asesoría independiente y la cotización de reparaciones con importantes empresas tales como Mitsubishi Electric Company, National Electric Coil, Genermexa, Calpine, Cogentrix, CESS, Ecolectrica y Termovalle con el fin de perfeccionar el diagnóstico y evaluar las posibilidades de reemplazo, intercambio o reparación del rotor.

24.“Nuevamente, el 2 marzo de 2006, se presentaron altas vibraciones en la Unidad Flores III derivadas del daño en el rotor que motivaron la interrupción forzada de la unidad.

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

25.“Ante esta circunstancia y mediante correo electrónico de la misma fecha, Termoflores S.A. E.S.P., informó del nuevo incidente a los correadores de reaseguros e indicó:

25.1. “Que las reparaciones provisionales recomendadas por Siemens para ser adelantadas con ocasión del siguiente mantenimiento mayor de la Unidad Flores III no se consideraron convenientes por Termoflores S.A. E.S.P. en la medida en que el mismo fabricante no podía avalar su estabilidad por largo plazo.

25.2. “Que con el fin de procurar una solución a largo plazo, Siemens recomendaba tres opciones con sus correspondientes pronósticos de duración: Rebobinado del rotor, instalación de un rotor de repuesto (8 meses) o compra de un nuevo rotor (24 meses para entrega).

26.“Al día siguiente, esto es el 3 de marzo de 2006, el corredor de reaseguro respondió el correo electrónico de Termoflores S.A. E.S.P., afirmando que iban a informar a los reaseguradores del incidente para cumplir con las obligaciones de notificación.

27.“El 30 de marzo de 2006, a solicitud de los aseguradores y reaseguradores se celebró una conferencia telefónica con los asesores técnicos de éstos y la participación de directivos de Termoflores S.A. ESP con el fin de evaluar las alternativas de reparación, sin perjuicio de que Termoflores S.A. ESP hubiese atendido previamente (28 de marzo) y de manera preparatoria un extenso cuestionario de inquietudes técnicas formuladas por los aseguradores.

28.“Dentro de las diferentes opciones consideradas por Termoflores S.A. ESP para reparar la avería solo fue posible concretar la reparación con la empresa National Electric Coil y con el mismo fabricante Siemens Westinghouse.

29.“Finalmente, Termoflores S.A. ESP aceptó la propuesta formulada por Siemens Westinghouse, por lo que se acordó que dicha empresa se encargaría de desmontar, reparar el rotor de la Unidad Flores III en sus instalaciones de la ciudad de Charlotte en los Estados Unidos de América y reinstalarlo nuevamente en la planta.

30.“En carta del 20 de noviembre de 2006, Termoflores S.A. ESP le comunicó a Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y a Ace Seguros S.A. que el 21 de noviembre de 2006 se iba a proceder a retirar el rotor de la Unidad de Flores III y que podían asistir si era de su interés.

Tribunal de Arbitramento de Termoflores S.A. E.S.P.

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

31. "Con ocasión de la interrupción de la operación por cuenta del desmonte y traslado del rotor se procedió a efectuar una inspección de partes calientes y del compresor de la unidad y otras reparaciones.
32. "En virtud del retiro del rotor del generador de la Unidad Flores III anteriormente referido, la operación de la unidad se vio interrumpida totalmente a partir del 21 de noviembre de 2006.
33. "El rotor fue transportado de nuevo al país el 18 de enero de 2007.
34. "La porción de labores asociada a la reinstalación del rotor, en el marco de los múltiples frentes de mantenimiento preventivo y correctivo adelantados por el fabricante con ocasión de la detención de la máquina, correspondía, de acuerdo con las cotizaciones efectuadas, a seis días de trabajo a partir de la llegada del rotor a la planta.
35. "Concluido el desmonte y reparación del rotor, Siemens Westinghouse efectuó un informe con fecha del 8 de marzo de 2007, por medio del cual señaló diversas causas que pudieron motivar el daño verificado el 14 de julio de 2005 y acreditó que las mismas fueron atendidas con la reparación efectuada.
36. "La Unidad Flores III fue puesta nuevamente en operación comercial el 25 de febrero de 2007.
37. "La interrupción en la operación de la Unidad III con ocasión de las labores de reparación del daño en el rotor obligaron a Termoflores S.A. ESP a adquirir a EEPPM el suministro de energía firme para el cargo por confiabilidad, para el mes de diciembre de 2006.
38. "Los daños causados por la avería ocurrida el 14 de julio de 2005, ascendieron a USD \$3.211.783 ó \$7.169.314.236 pesos colombianos, equivalentes a los costos de la reparación del rotor y gastos incurridos de acuerdo con el detalle que se aporta como prueba de la presente convocatoria y que han sido cancelados a la fecha por la convocante según la siguiente relación:

RELACION SERVICIOS y REPUESTOS REPARACION DEL ROTOR FLORES III					
TERCERO	Valor Col\$	Valor US\$	Fecha	Tasa de cambio	Descripción
Siemens Power Generation Service	1.804.987.800	810.000	08-eb-07	2.228,38	Pago de facturas siemens power generation US 810000 ft 10874 tc

Tribunal de Arbitramento de Termoflores S.A. E.S.P.

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

RELACION SERVICIOS y REPUESTOS REPARACION DEL ROTOR FLORES III					
Siemens Power Generation Service	1.232.998.200	540.000	06-Dic-06	2.283,33	Compra de repuestos siemens US 540000 ft 9882 tc 2283.33
Aci Cargo Inc	615.065.432	269.450	06-Dic-06	2.282,67	Servicio del exterior US 269450 tc 2282.67
Aci Cargo Inc	601.272.286	269.450	28-Feb-07	2.231,48	Servicio de transporte rotor unidad III US 269450 tc 2231.48
Fig. Equipment Llc,	41.146.611	21.058	31-Dic-06	1.953,97	Repuestos Factura FIG 2006 - 378
Fig. Equipment Llc,	137.167.538	62.625	02-Abr-07	2.190,30	inspection and generator rotor electrical
Mamut de Colombia S.A	68.000.000	30.574	28-Feb-07	2.224,12	Servicio de transporte de un rotor del generador de la CT3 con equipo para 400 toneladas, dentro de las instalaciones de Termoflores.
Mamut de Colombia S.A	56.000.000	25.178	28-Feb-07	2.224,12	Servicio de transporte del rotor generador CT3 dentro de las instalaciones de Termoflores con equipo de 400 toneladas.
Inmaser Ltda	35.543.579	15.657	15-Dic-06	2.270,18	Desmontaje del rotor del generador de la CT3. El trabajo deberá ser realizado en doble turno a partir del día 16 de nov del 2006. Tiemp estimado: diez días.
Industrias Metalicas Visbal Ltda	31.204.000	13.997	22-Dic-06	2.229,28	Se requiere fabricación del guacal para el rotor del generador CT3 según plano adjunto.
Mamut De Colombia S.A	15.520.000	7.137	26-Mar-07	2.174,72	Transporte de repuestos desde las instalaciones de almacén al sitio de trabajo (generador unidad 3).
Fig. Equipment Llc,	6.823.551	3.115	02-Abr-07	2.190,30	Service of supply a lead radial outer US 3115.35 ft 428 tc 2190.30
Sdp Rotodinámica Ltda	3.480.000	1.592	21-Mar-07	2.186,21	Alineación con laser paquete de arranque a colector de generador CT3.
Humberto González C	1.500.000	656	20-Nov-06	2.285,65	Fabricación perfiles en madera según plano
Jorge Elías Buzón Ojeda	1.350.000	606	26-Dic-06	2.228,76	Cálculos estructurales para guacal rotor
Humberto González C	1.120.000	493	14-Dic-06	2.272,75	Fabricación perfiles en madera, según plano adjunto.

Tribunal de Arbitramento de Termoflores S.A. E.S.P.

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

RELACION SERVICIOS y REPUESTOS REPARACION DEL ROTOR FLORES III					
Julian Camargo Cantillo / Taller Industrial J.I.C.	580.000	255	15-Dic-06	2.270,18	Servicio de fabricación de herramientas según plano.
Fijaciones del Caribe Ltda	371.200	164	15-Dic-06	2.270,18	Perforaciones en el muro corta fuego del trafo para instalar platina
Aci Cargo Logística SA	406.442	177	04-Dic-06	2.293,42	Cargo a terceros seguros del estado
SGS Colombia S.A	3.053.313	1.395	03-Abr-07	2.189,18	Inspección física de un rotor para generador de turbina
Fig. Equipment Llc,	34.246.633	15.636	03-Abr-07	2.190,30	TFA for unit 3 generator rotor removal US 15635.59 ft 426 tc 2190.30
Fig. Equipment Llc,	217.989.582	112.948	03-Abr-07	1.930,00	TFA - Rotor Reassy extrawork. Factura FIG-2007- 450
Chubb de Colombia	17.026.350	7.778	03-Abr-07	2.189,18	Póliza de transporte
Carlos Salazar	9.109.620	4.161	03-Abr-07	2.189,18	Gastos de viaje visita reparación de rotor
DIAN	10.370.769	4.737	03-Abr-07	2.189,18	Tributos aduaneros factura fig 2006-378
SIA Profesional	566.397	259	03-Abr-07	2.189,18	Gastos de Nacionalización Factura FIG 2006-378
Empresas Publicas de Medellín ESP	2.222.414.933	992.686	31-Dic-06	2.238,79	Respaldo para Cargo por Confidencialidad
TOTAL	7.169.314.236	3.211.783			

1.2. Pretensiones

Con apoyo en su relato de los hechos y la normatividad invocada en su escrito de demanda, la parte Convocante solicita al Tribunal que decrete lo siguiente:

1. “Que se declare que las aseguradoras Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A., conforme a la participación que cada una asumió en la póliza “TODO RIESGO INDUSTRIAL Y COMERCIAL” número 20085 expedida por la primera, deben cumplir a favor de la parte actora las obligaciones derivadas del mencionado contrato de seguro como consecuencia del siniestro ocurrido el 14 de julio de 2005.

2. "Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y a Ace Seguros S.A., conforme a la participación que cada una tenía en la póliza, esto es, en un 60% para la primera y un 40% para la segunda, a pagar a la parte actora, en pesos colombianos, a la tasa de cambio representativa del mercado, el valor de la indemnización correspondiente al daño emergente consecuencia del siniestro ocurrido en la fecha antes mencionada, menos el valor de los deducibles aplicables a uno y otro.
3. "Que se condene a las aseguradoras Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A. a pagar a la parte actora, sobre las sumas cuya condena se reclama en la pretensión anterior, los intereses moratorios de que trata el artículo 1080 del Código de Comercio sobre el valor en pesos de la condena que se imponga por el Tribunal, los cuales empezarán a causarse a partir de la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda.
4. "Que se condene a Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A. a pagar a la convocante las costas y agencias en derecho que se generen dentro del presente trámite.

1.3. Contestación de la demanda y formulación de excepciones por parte de la sociedad Convocada.

Frente a las pretensiones, la parte convocada se opuso a todas y cada una de ellas. Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones, cuyos argumentos principales se sintetizan a continuación:

1. Ausencia de obligación de indemnizar al asegurado. Ausencia de Siniestro. Consideran las sociedades convocadas que en el presente caso no

ocurrió un siniestro y por lo tanto las compañías de seguros no están obligadas a indemnizar a TERMOFLORES.

2. Ausencia de riesgo ante inexistencia de evento accidental, súbito e imprevisto. Consideran las sociedades convocadas que para que el riesgo se encuentre cubierto y sea indemnizado por el asegurador, según las condiciones generales de la póliza, debe ser accidental, súbito e imprevisto, y que el daño ocurrido en la Unidad III de TERMOFLORES no constituye un riesgo amparado por cuanto no fue el resultado de un evento futuro e incierto, sino que dicha condición fue consecuencia de un hecho que no fue accidental, ni súbito.

3. Ausencia de riesgo ante inexistencia de daño ocurrido durante la vigencia de la póliza. Plantean las sociedades convocadas que para que exista un riesgo amparado, el daño debe haber sucedido y tener inicio durante la vigencia de la póliza; agregan que el supuesto daño que ha dado lugar a la demanda arbitral tuvo su inicio, no durante la vigencia de la póliza, sino mucho antes, por lo que no existe cobertura.

4. No cobertura por exclusión de vicio propio. Se plantea que las condiciones generales de la póliza de seguros suscrita por Termoflores con las compañías de seguros contemplan en forma expresa y como exclusión el vicio propio. Se afirma que la migración de las bobinas de la Unidad III de TERMOFLORES se produjo por un defecto inherente a la máquina que existía desde que fue fabricada, es decir, que se trata de un vicio preexistente, con lo cual se concluye que no hay lugar a efectuar ningún tipo de indemnización al asegurado por la expresa exclusión pactada entre las partes en la póliza de seguros, con ocasión de la condición preexistente en la máquina asegurada.

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

5. Exclusión por daños originados en montajes y desmontajes de equipos. Se afirma que las condiciones generales de la póliza establecen como exclusión las pérdidas ocasionadas o cuyo origen y extensión provenga de "Montajes y desmontajes de maquinaria y equipo y construcción de obras civiles, así como también los daños ocasionados durante operaciones de prueba ya sea en equipos nuevos o usados." Se agrega que el problema que se presentó en el rotor de la Unidad III de TERMOFLORES se deriva de un indebido montaje del mismo.

6. Exclusión por deterioros preexistentes. Se afirma que las Condiciones Generales de la Póliza excluyen los daños que sean originados o tengan origen y extensión en daños y/o deterioros preexistentes. Se indica que la migración de las bobinas se produjo como consecuencia de un deterioro preexistente y progresivo de los materiales de sujeción de las bobinas, por lo que no puede considerarse que exista un siniestro amparado por la Póliza 20085.

7. Falta de cobertura por el incumplimiento de la obligación de informar las modificaciones al bien asegurado. Se afirma que las sociedades convocadas no están obligadas a pagar una indemnización a TERMOFLORES por cuanto ésta no cumplió con su obligación contractual de dar aviso a las aseguradoras respecto de las modificaciones técnicas realizadas al bien asegurado, lo cual constituye un eximite de responsabilidad de las aseguradoras según lo establecido en la condición vigésima primera del clausulado general de la póliza de seguros. Se afirma que TERMOFLORES nunca informó por escrito y con el plazo establecido en la póliza sobre la realización de un "Upgrade" o mejora al sistema de compresión húmeda efectuado a la Unidad III, la cual constituyó una agravación del riesgo que se efectuó tan sólo unos meses antes del evento objeto del presente reclamo.

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

8. Falta de cobertura por el incumplimiento de las garantías que otorga el asegurado. Expone la parte convocada que el clausulado general de la póliza de seguros establece de manera expresa las garantías que debe cumplir el asegurado, entre las que se encuentran las de “*Mantener los bienes asegurados en buen estado de funcionamiento*”, “*No sobrecargarlos habitual o esporádicamente ni utilizarlos en trabajos para los cuales no fueron construidos*”, “*Cumplir con los respectivos reglamentos legales y administrativos, así como con las instrucciones de los fabricantes sobre la instalación, mantenimiento y funcionamiento de la maquinaria y equipos tales como alarmas ópticas para el control de temperatura, humedad, humo y estabilizadores apropiados a las necesidades de los equipos*”, “*Reportar de inmediato cualquier hecho o circunstancia que agrave, modifique el riesgo, o implique su agravación*.”

Se plantea que el contrato de seguro establece que en caso de que “*el Asegurado no cumpla con las anteriores garantías, LA COMPAÑÍA dará 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.*” Se afirma que TERMOFLORES no cumplió las garantías u obligaciones que debía ejecutar pues:

- no reportó de manera inmediata la realización del "Upgrade" o mejora al sistema de compresión húmeda efectuado a la Unidad III, lo cual agravó el riesgo de la máquina.

- no mantuvo en buen estado de funcionamiento el rotor del generador de la Unidad III.

Concluyen afirmando que al no cumplir TERMOFLORES con las obligaciones contractuales a las que se había comprometido, no hay lugar a que las

aseguradoras convocadas amparen el riesgo y paguen la indemnización como consecuencia del evento ocurrido.

9. Incumplimiento de las obligaciones y cargas del asegurado. Se plantea que Termoflores nunca dio un Aviso como tal de la ocurrencia de un siniestro a las compañías de seguros, sino que simplemente informó que se había presentado una vibración en su Unidad III. Se agrega que TERMOFLORES no colaboró con los ajustadores designados en debida forma como corresponde a su carga y obligación de buena fe de permitirles a las aseguradoras verificar la existencia y cuantía de un verdadero siniestro.

Adicionalmente, se afirma que TERMOFLORES incumplió con las siguientes obligaciones:

9.1 Incumplimiento de los requerimientos del asegurador y obstrucción del ejercicio de las facultades de las compañías aseguradoras, como quiera que Termoflores no atendió los requerimientos de las compañías de seguros, e impidió el ejercicio de sus facultades ante la ocurrencia de un siniestro.

9.2 Incumplimiento de la obligación de no remoción de escombros del asegurado en caso de siniestro.

Se afirma que el asegurado se abstuvo de suministrar a las aseguradoras o sus expertos el registro fotográfico de la supuesta reparación y del estado del rotor, que se le habían solicitado y, además, removió sin autorización de la compañía de seguros los escombros resultantes de la intervención del rotor de la Unidad III.

Se agrega que TERMOFLORES nunca exhibió a las compañías de seguros o sus expertos los restos, escombros o vestigios del supuesto siniestro, y que nunca les solicitó una autorización para removerlos o destruirlos, incumpliendo de esta manera la disposición expresa consagrada en la póliza de seguros.

Se concluye que al incumplir esta obligación TERMOFLORES obstruyó el derecho de las aseguradoras a realizar un ajuste, dificultando de esta manera las labores de verificación de las causas del evento y su reparación.

9.3 Incumplimiento de la obligación del artículo 1077.

Se plantea que Termoflores no cumplió con su obligación de acreditar la existencia de un siniestro, ni tampoco colaboró a las compañías para verificar la existencia del mismo. Expone que TERMOFLORES ni siquiera dio aviso de un siniestro, a pesar de que la Póliza 20085 establecía un término.

En lo que se refiere a la cuantía se afirma que la convocante no cumplió con su obligación legal de acreditar la cuantía de la reclamación del daño material, y tampoco lo hizo respecto de la cuantía del lucro cesante.

10. Improcédencia del pago de intereses de mora. Considera la parte convocada que no es procedente la pretensión de pago de intereses moratorios, toda vez que éstos sólo procederían si las aseguradoras estuvieran efectivamente en "mora de pagar la indemnización". Se indica que en el presente caso, ni siquiera ha nacido la obligación de pagar la indemnización, pues TERMOFLORES nunca acreditó la ocurrencia de un siniestro.

11. improcedencia del cobro de lo pagado por TERMOFLORES a EEPPM.

Plantea la parte convocada que TERMOFLORES pretende el pago de una suma de dinero en la que supuestamente incurrió para recibir su ingreso por concepto de la remuneración por cargo por confiabilidad, y que de no haberlo hecho supuestamente habría dejado de recibirla, monto que no corresponde al valor adecuado que se podía cobrar por el referido concepto. Se agrega que la póliza prevé un deducible que debe aplicarse. Se afirma que teniendo en cuenta que Termoflores no ha debido tener una interrupción superior a los 37 días, resulta claro que el asegurado debe asumir las consecuencias económicas de una interrupción inferior al término del deducible de 60 días y, por ende, los gastos en que incurrió TERMOFLORES al comprar a EEPPM el suministro de energía firme correspondiente al mes de diciembre de 2006 no estarían cubiertos por estar dentro del deducible.

12. improcedencia de condena en costas a cargo de las convocadas. Se plantea que TERMOFLORES no presentó una reclamación a las aseguradoras, por lo que debe esta sociedad asumir las costas del proceso, y por ningún motivo puede condenarse en costas a las aseguradoras pues fue la sociedad convocante quien las llevó a esta instancia y a tener que incurrir en los costos del trámite del proceso.

13. Prescripción. Se afirma que la acción para reclamar el derecho reclamado por la demandante se encontraba prescrita al momento de presentación de la demanda.

14. Falta de legitimación por activa. Se expone que de conformidad con el texto de la póliza de seguros No. 20085, suscrita el 8 de mayo de 2002 y según el anexo de renovación número 8 los beneficiarios de la póliza de seguros son el Fideicomiso

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

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

15. Excepción genérica

CAPITULO TERCERO

PRESUPUESTOS PROCESALES

Antes de entrar a decidir de fondo las controversias planteadas, se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, esto es, los requisitos indispensables para la validez del proceso, que permitan proferir decisión de fondo.

Al respecto el Tribunal encuentra que tales presupuestos están dados. En efecto, las partes son plenamente capaces y están debidamente representadas. De conformidad con las certificaciones que obran en el expediente. TERMOFLORES S.A. E.S.P., ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. Y ACE SEGUROS S.A son personas jurídicas que tienen su domicilio en Bogotá. Igualmente, los representantes legales de las partes son mayores de edad y ambas actuaron por conducto de sus apoderados reconocidos en el proceso.

Mediante Auto No. 10 proferido en audiencia que tuvo lugar el día 1 de abril de 2008, el Tribunal reiteró esa capacidad y la debida representación de las partes; advirtió que el Tribunal había sido integrado y que se encontraba instalado; que se había efectuado la consignación oportuna de los gastos y de los honorarios; que las controversias planteadas eran susceptibles de transacción, que las partes tenían capacidad para transigir; que el pacto arbitral reunía los requisitos legales y que, en consecuencia, el Tribunal era competente para tramitar y decidir el litigio.

En audiencia que tuvo lugar el día 15 de mayo de 2009 las partes manifestaron su conformidad con el decreto y práctica oportuna y completa de pruebas, las solicitudes de suspensiones dentro del trámite arbitral, el decreto de las mismas y con el término de duración del proceso de acuerdo con la ley.

Finalmente, el proceso se adelantó con el cumplimiento de las normas procesales previstas sin que obre causal de nulidad que afecte la presente actuación.

CAPITULO CUARTO

CONSIDERACIONES

1. Plan de la exposición

En primer lugar, deberá forzosamente abordarse el tema de la eventual ausencia de legitimación en la causa por activa, que ha sido planteada por la parte convocada, dado que se trata de un factor sin el cual sería inoficioso entrar a hacer otras consideraciones.

A continuación, y dado que la oposición de la parte convocada a la demanda, mediante la cual se ejerce la acción dirigida a obtener que se declare la obligación a cargo del asegurador de pagar la indemnización derivada de un siniestro, ha partido de negar en este caso la existencia de éste, el Tribunal en primer lugar abordará la cuestión de si existe o no dicho siniestro, esto es, si existió un daño y si éste está cubierto por el seguro. A continuación, pasará a analizarse la existencia o no del incumplimiento imputado por las convocadas al asegurado convocante, de cargas que hubieran comportado terminación del contrato de seguro con anterioridad a la ocurrencia del siniestro, como son las correspondientes a la notificación oportuna de la agravación del estado del riesgo y de garantías que debían cumplirse antes de la ocurrencia del siniestro.

Una vez hecho lo anterior, se entrará a considerar el punto de si la opción adoptada por el asegurado convocante en el sentido de proceder a la reparación del rotor, aceptando la oferta del fabricante en el sentido de proceder a un rebobinado completo del mismo, fue acertada desde el punto de vista del contrato de seguro, o si, por el contrario, hubiera sido suficiente la reparación del rotor en el sitio donde se encontraba mediante el reposicionamiento de las bobinas, para concluir, en ese sentido cuál es, en este caso, el alcance de la obligación del asegurador, en cuanto al daño emergente se refiere. Este análisis implicará igualmente una revisión del tema referente a si el rebobinado completo del rotor implicó o no una modernización no necesaria o respecto de la cual la póliza no otorgaba cobertura en este caso.

Finalmente, se analizarán los temas referentes a si existe o no cobertura sobre los gastos realizados por el asegurado convocante, para evitar la pérdida de ingresos por concepto del cargo de disponibilidad, capítulo dentro del cual se estudiará la objeción formulada por la parte convocada al dictamen pericial rendido dentro del proceso y lo relativo al supuesto incumplimiento de cargas que hubiere debido

cumplir el asegurado con posterioridad a la ocurrencia del siniestro y que puedan en consecuencia influir sobre el monto de la indemnización debida por el asegurador.

2. El contrato de seguro celebrado entre las partes

La demanda objeto del presente trámite se funda en la póliza de seguro No. 20085 expedida para la vigencia 5 de mayo de 2005 a 4 de mayo de 2006 , en la que participaron en coaseguro las sociedades convocadas, ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A., con un 60% y ACE SEGUROS S.A. con un 40%. La póliza en mención fue expedida como una renovación de una póliza emitida desde el año 2002, cuyas características principales fueron:

- Vigencia desde el 5 de mayo de 2002 hasta el 5 de mayo de 2003³², donde aparecía como asegurado y beneficiario el Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica las Flores I, Las Flores II Ltda y Cia S.C.A. ESP, Las Flores III Ltda y Cia SCA y Banco Ganadero S.A. Panamá en condiciones de acreedor del Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica Las Flores, Las Flores II Ltda y Cia SCA , Las Flores III Ltda y/o como sus intereses aparezcan. El asegurador en esa vigencia fue Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. Los amparos contratados fueron: Todo riesgo incendio; Todo riesgo incendio – terremoto; Rotura de maquinaria; Equipo eléctrico y electrónico; Lucro cesante; Lucro cesante – terremoto; Sustracción. Para esta vigencia, con fecha 15 de julio de 2002 se expidió el anexo 1, denominado certificado de modificación en el cual se aclaró quienes eran tomador, asegurado y beneficiario, así:

³² Folios 1 a 11 del Cuaderno de Pruebas No.1

- Tomador y Asegurado: Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica las Flores, Flores II S.A. & Cía. SCA ESP, Flores III S.A. & Cía. SCA ESP.
- Beneficiario: Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica las Flores, Flores II S.A. & Cía. SCA ESP, Flores III S.A. & Cía. SCA ESP y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (Panamá) en condiciones de acreedor del Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica las Flores, Flores II S.A. & Cía. SCA ESP y/o como sus intereses aparezcan.
- La póliza fue renovada con vigencia desde el 5 de mayo de 2003 hasta el 5 de mayo de 2004³³. Para dicha vigencia se expidió el anexo 6, de aclaraciones, denominado “Condiciones Particulares de Renovación” en el que se precisó el nombre del asegurado, a saber Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica las Flores I, Las Flores II Ltda y Cia SCA ESP, Las Flores III Ltda y Cia SCA y Banco Ganadero S.A. Panamá en condiciones de Acreedor y como asegurador Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. Los amparos contratados, según aparece en la carátula de la póliza, fueron: Todo Riesgo, Daños Materiales y Lucro Cesante; AMIT, HAMCCoP, Terrorismo y Rotura de Maquinaria.

Mediante el Anexo No. 5 expedido el 6 de mayo de 2003, se indicaron los siguientes amparos: Todo riesgo incendio; Todo riesgo incendio – terremoto; Rotura de maquinaria; Equipo eléctrico y electrónico; Lucro cesante; Lucro cesante – terremoto y Sustracción. Posteriormente, mediante el Anexo No. 7 expedido el 17 de junio de 2003, “certificado de Aclaración” se registró como tomador y asegurado a TERMOFLORES S.A. E.S.P., y como beneficiario al Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica Las Flores, Termoflores S.A. E.S.P. y/o Banco Bilbao Vizcaya (Panamá) en condiciones de acreedor del Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica Las Flores y/o como sus intereses aparezcan. El

asegurador continuó siendo la sociedad convocada Royal Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A.

- Mediante anexo No. 8, expedido el 5 de mayo de 2004, nuevamente se renovó la póliza 20085, con vigencia desde el 5 de mayo de 2004 hasta el 5 de mayo de 2005,³⁴ en la que aparece como asegurado el Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica las Flores, Termoflores S.A. E.S.P. y/o Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (Panamá) en su condición de acreedor del Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica las Flores y de Termoflores S.A. ESP y/o como sus intereses aparezcan y como beneficiario Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica las Flores, Termoflores S.A. E.S.P. y/o Banco Bilbao Vizcaya (Panamá) en condiciones de acreedor del Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica las Flores y/o como sus intereses aparezcan. Dicha vigencia fue respaldada en coaseguro por las sociedades convocadas ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. con el 60%, ACE SEGUROS S.A. con el 40%. Los amparos contratados fueron: Todo riesgo incendio; Todo riesgo incendio – terremoto; Rotura de maquinaria; Equipo eléctrico y electrónico; Lucro cesante; Lucro cesante – terremoto; Sustracción.
- Mediante Anexo No. 9 expedido el 2 de agosto de 2004, entre otros se pactó la cláusula de coaseguro y se indicó que la administración y atención de la póliza correspondía a ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A.
- El 27 de septiembre de 2004 se expidió el Anexo No. 10, de “aclaración” en el que se precisan algunas condiciones de la colocación.

³³ Folios 12 a 27 del Cuaderno de Pruebas No. 1

³⁴ Folios 28 a 55 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

- Posteriormente la póliza fue renovada para la vigencia desde el 5 de mayo de 2005 hasta el 5 de mayo de 2006, según consta en el anexo 15 expedido el 26 de mayo de 2005³⁵, teniendo como asegurado al Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica Las Flores, Las Flores II LTDA & Cía. S.C.A. ESP & Banco Ganadero Panamá en condiciones de acreedor de Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica Las Flores, Las Flores II & Cía. S.C.A.; en este periodo se incluyó la misma cláusula de coaseguro en la que Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. participa con el 60% y Ace Seguros S.A. con el 40%. Los amparos contratados fueron Todo riesgo incendio; Todo riesgo incendio – terremoto; Rotura de maquinaria; Equipo eléctrico y electrónico; Lucro cesante; Lucro cesante – terremoto y Sustracción. La póliza contempló un valor asegurado para rotura de maquinaria es US\$200.000.000. Y como deducible Daño Material: US\$1.000.000 para toda y cada pérdida.
- En carta del 5 de mayo de 2006,³⁶ ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. confirmó a TERMOFLORES cobertura para la prórroga por 3 meses a partir del vencimiento de la póliza, con vigencia desde el 5 de mayo de 2006 hasta el 4 de agosto de 2006, así:
 - o Límite único combinado daño material más lucro cesante US\$300.000.000.
 - o Límite de Rotura de Maquinaria Más Lucro Cesante US\$200.000.000. Excluyendo con respecto de la Unidad No. 3, el rotor del generador. Adicionalmente se indicó lo siguiente: "La cobertura será reestablecida una vez se realice la reparación a satisfacción de Mark Bremmer de MG Thomas Associates/Reaseguradores."
 - o Límite de S&T US\$100.000.000 Evento y Agregado Anual.

³⁵ Folios 59 a 170 del Cuaderno de Pruebas No.1

³⁶ Folio 67 del Cuaderno de Pruebas No. 1

Esta vigencia contó también con la cláusula de coaseguro en la que ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. participaba con el 60% y ACE SEGUROS S.A. con el 40%.

- El Anexo No. 17 expedido el 11 de agosto de 2005, denominado “Certificado de Modificación”, con una vigencia del 12 de julio de 2005 hasta el 5 de mayo de 2006, incluyó nuevas condiciones y cláusulas dentro de las que se encuentra la siguiente: *“El desgaste ordinario, deterioro gradual, hundimiento normal, asentamiento, están excluidos, pero los daños a la maquinaria originados por estos fenómenos están cubiertos.”* Asimismo se registró como tomador a Termoflores S.A ESP, como asegurado al Fideicomiso Flores I y/o Termoflores S.A. ESP y/o como sus intereses aparezcan, y como beneficiario a Fideicomiso Flores I, Fideicomiso Grupo Flores y/o Termoflores S.A. ESP y/o como sus intereses aparezcan.”

3. Excepción denominada de “Falta de legitimación por activa”. (Excepción No. 14)

La parte convocada ha formulado la excepción que denomina en la contestación de la demanda “Falta de Legitimación por Activa”, fundada en el hecho de que la parte actora se encuentra integrada exclusivamente por la sociedad TERMOFLORES S.A E.S.P, ejerciendo una pretensión que se funda en su calidad de beneficiaria de la póliza de seguro de todo riesgo industrial y comercial distinguida con el No. 20085 expedida por ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A, que fue expedida originalmente el ocho (8) de Mayo de 2.002, figurando como Tomador Asegurado y Beneficiario el Fideicomiso Fidugán Termoeléctrica Las Flores, mención modificada mediante el anexo 8 de la póliza, expedido el cinco (5) de Mayo

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

de 2.004, para señalar que beneficiarios de la misma serían: el Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica Las Flores, Termoflores S.A E.S.P y/o el Banco Bilbao Vizcaya Panamá en condiciones de acreedor del fideicomiso Fidugan Termoeléctrica Las Flores y/o como sus intereses aparezcan.

El Tribunal debe hacer al respecto las siguientes observaciones: Siendo cierto el supuesto de hecho planteado por la parte convocante, en relación con las personas que se hicieron figurar originalmente en la póliza como tomador, asegurado y beneficiario y las que fueron designadas como beneficiarios en el anexo 8 de la póliza, es de advertir que en el mismo anexo 8 aparecen designados como asegurados los mismos beneficiarios y ello se repite en el anexo No. 11 expedido el 15 de Diciembre de 2.004 y en el anexo 12 expedido en la misma fecha, figurando en este último caso exclusivamente como tomador y asegurado TERMOFLORES S.A. E.S.P. Para la vigencia Mayo de 2.005 a Mayo de 2.006, que es la afectada con los hechos que sirven de base a la demanda, como asegurados se hicieron figurar además del fideicomiso otras personas jurídicas en el anexo 15 y en el anexo 17, aclaratorio expedido el 11 de Agosto de 2.005 se vuelven a señalar nuevos Tomador Asegurado y Beneficiario apareciendo TERMOFLORES S.A. E.S.P. como tomador exclusivo, como asegurado junto con el Fideicomiso Flores I “y/o como sus intereses aparezcan” y como beneficiario junto con el Fideicomiso Flores I y el Fideicomiso Grupo Flores, siempre “y/o como sus intereses aparezcan”. Además de lo anterior, debe observarse, que aparte de esas menciones aclaratorias expresas que aparecen en los anexos que se han señalado, muchas veces no coinciden con las que aparecen completas o recortadas en los espacios en blanco de los formularios preimpresos de esos mismos anexos.

Todo lo anterior, lleva al Tribunal a concluir, que es indudable que para la fecha del siniestro, a pesar de las inconsistencias de las designaciones hechas en la póliza de las personas o grupos de personas que integran las calidades de tomador, asegurado y beneficiario dentro de la póliza, a las cuales no son ajenas las

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

aseguradoras que actúan como tales dentro del contrato, ya en calidad de líder-expeditora o de coaseguradoras, puesto que en este aspecto el asegurador debe orientar adecuadamente al tomador sobre la naturaleza de las calidades que deben reunir quienes figuran como tales tomador, asegurado y beneficiario, la sociedad Termoflores S.A E.S.P era tanto asegurada como beneficiaria de la póliza, siendo mencionada siempre como tal en conjunto con otras personas jurídicas, pero siempre con la advertencia, expresa aunque no necesaria, de que esa mención conjunta debía entenderse siempre “*como sus intereses aparezcan*”.

Los artículos 1.040 y 1.042 del Código de Comercio, son claros en señalar que el seguro corresponde a quien lo ha contratado mientras no se exprese que es por cuenta de un tercero, y que, salvo estipulación en contrario, el seguro por cuenta valdrá como seguro a favor del tomador hasta la concurrencia del interés que tenga en el contrato y, en lo demás, como estipulación en provecho de tercero. Lo cual está indicando claramente, que cuando quiera que aparezca la posibilidad de que existan varias personas o grupos de personas que puedan invocar la calidad de beneficiarios de un seguro por ser designados como tales en el contrato, debe primar la condición sustancial de los mismos respecto del interés asegurable para efectos de ubicar en cabeza de cada cual el derecho a la indemnización correspondiente.

La sociedad TERMOFLORES S.A. E.S.P., como ha quedado dicho, tomadora exclusiva del contrato de seguro que sirve de base a este proceso, conforme al anexo No. 17 de la póliza, que tiene efectos aclaratorios para la vigencia dentro de la cual sucedieron los hechos, aparece adicionalmente como asegurada y beneficiaria de la póliza con otras personas jurídicas para la misma época, pero además, sin que haya sido presentada prueba ninguna a lo largo del proceso, respecto de la propiedad de los bienes que fueron objeto de los eventos que sirven de base a la demanda, es quien evidentemente se ha presentado como poseedora exclusiva de esos bienes, ejerciendo su custodia permanente, asumiendo su

cuidado y atención y proveyendo todos los esfuerzos que aparecen registrados en los autos para mantener su operación y corregir sus alteraciones o irregularidades, sin que se haya presentado discusión al respecto por parte de terceros y particularmente sin que la parte convocada haya suministrado prueba alguna de que la propiedad de dichos bienes pueda estar ubicada en cabeza de otras personas. Si la parte convocada ponía en discusión la legitimación en causa de la convocante, como consecuencia de la inversión de la carga probatoria que toda presunción produce, en este caso la presunción de que el poseedor es propietario, afirmando que otras personas diferentes de la convocante debían concurrir al proceso por tener un interés asegurable en el contrato de seguro, debió demostrar que los bienes involucrados no pertenecían exclusivamente a ésta.

En esas condiciones, y dado que conforme a lo dispuesto por el artículo 762 del C.C, el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo, considera el Tribunal que TERMOFLORES S.A. E.S.P. es para este proceso titular exclusiva del interés asegurable y que, en consecuencia, habiendo contratado el seguro como tomadora, este seguro corresponde a ella y a ella pertenece exclusivamente el derecho a reclamar cualquier indemnización que le corresponda como consecuencia de un siniestro amparado por el mismo. Consecuencialmente, corresponde también en este caso a TERMOFLORES S.A. E.S.P. exclusivamente la legitimación para actuar como demandante en este caso y la excepción propuesta debe ser desestimada.

4. Existencia o inexistencia de daño. (Excepciones Nos. 1, 2, 3, 4, 5 y 6)

4.1 Existió daño?

La parte convocante en la primera de sus pretensiones, solicita que se declare que las aseguradoras convocadas deben cumplir sus obligaciones derivadas del

contrato de seguro que sirve de base a la demanda “*como consecuencia del siniestro ocurrido el 14 de Julio de 2.005.*” La parte convocada, por su parte, ha formulado como primera excepción la que denominó “*Ausencia de obligación de indemnizar al asegurado*” con un literal a) en el que se enuncia: “*Ausencia de siniestro*”, argumentando que el evento ocurrido el 14 de Julio de 2.005 en el rotor del generador de la Unidad III de TERMOFLORES no fue un daño de la máquina sino un “desajuste” concretado en el desplazamiento de las bobinas, origen de las vibraciones anormales que registró el rotor en esa fecha.

La convocante toma como fundamento de su pretensión la definición de “*riesgos amparados*” que aparece en la condición primera de las condiciones generales de la póliza, que se refiere a los daños o pérdidas que sufren los bienes e intereses asegurados como consecuencia, en su numeral primero (1º.) de todo riesgo de daños materiales, siempre que esos daños sucedan o tengan inicio durante la vigencia de la póliza. Al definir lo que debe entenderse por “*todo riesgo*”, el numeral primero de esta condición primera se refiere expresamente a “*daños materiales que sufren los bienes asegurados de manera accidental, súbita e imprevista, por cualquier causa no expresamente excluida (...).*”

Por su parte, la definición del concepto de rotura de maquinaria que contiene el clausulado general del contrato, consta en el literal B) de la Sección II. Su texto expresa:

“*Los Aseguradores se comprometen a que con sujeción a los términos, excepciones, límites y condiciones de esta Sección y de la póliza como un todo, indemnizarán al Asegurado por los daños causados a la maquinaria y equipos por un accidente que ocurra durante la vigencia del seguro.*

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

Accidente significa un daño que se manifieste u ocurra de manera imprevista y súbita, incluyendo Daño Eléctrico y Explosión de Calderas, en la maquinaria descrita anteriormente por una causa no excluida más adelante

- a) *mientras esté funcionando o en reposo*
- b) *mientras esté siendo desmontada...etc."*

Existe pues una correspondencia clara en lo que se refiere a la definición general de los amparos en la condición primera de las condiciones generales, cuando se refieren a todo riesgo de daños materiales, y a la definición del concepto concreto de "*rotura de maquinaria*" como riesgo tradicionalmente considerado en forma independiente en otro tipo de pólizas y claramente incluido dentro del amplio ámbito de "*todo riesgo de daños materiales*" en ésta, en el sentido de que deben tratarse de daños materiales, y de que esos daños, deben ocurrir de manera accidental, súbita e imprevista.

No obstante, observa el Tribunal, y será objeto de análisis más adelante, que la póliza de seguro, en sus anexos noveno (9º.) y diecisiete (17º.) estableció a título de "*aclaraciones*" al clausulado del contrato, para diferentes vigencias, lo siguiente: "*El desgaste ordinario, deterioro gradual, hundimiento normal, asentamiento, están excluidos, pero los daños a la maquinaria originados por estos fenómenos están cubiertos*".

Resulta particularmente importante destacar el hecho de que la póliza de seguro que sirve de base a la demanda, en cuanto se refiere a daños materiales, no es una póliza de riesgos nombrados; es una póliza de todo riesgo, aunque se preocupa, luego de definir el concepto de todo riesgo de daños materiales, de definir lo que debe entenderse por "*rotura de maquinaria*", que, aunque riesgo desde luego incluido en el conjunto de "*todo riesgo*", merece para el contrato una

descripción especial que debe ser sin duda tenida en cuenta en casos que, como el presente, tienen que ver con daños que afectan a la maquinaria.

La manera particular como está redactada la póliza en este caso es el punto de partida que debe tomar el Tribunal para formar su decisión y, ciertamente, ella no se acomoda a un esquema abstracto y genérico que pueda atribuirse a este tipo de pólizas, porque en muchos aspectos se aparta de lo que pudieran considerarse las condiciones usuales; ello ocurre por ejemplo en lo que se refiere a este amparo particular que se ha mencionado para deterioros graduales, desgaste natural, etc, de la maquinaria, y a la manera como define muchas de las exclusiones en la cláusula segunda (2^a) de las condiciones generales.

Por otra parte, debe ser igualmente observado que las definiciones del denominado “*todo riesgo de daños materiales*” así como del concepto de rotura de maquinaria, se caracterizan, como es usual, por referirse a daños referidos a causas, ellas son: todas las causas excepto las no expresamente excluidas en el primer caso, y causas específicas en el segundo. Esto conduce a dos conclusiones lógicas: a) sin perjuicio de que la póliza sea una póliza de todo riesgo de daños materiales y, en consecuencia solo puedan considerarse no cubiertos los daños derivados de causas expresamente excluidas, en el caso de daños que afectan a la maquinaria, existe además para mayor claridad una expresión discriminada de causas que deben entenderse expresamente cubiertas en este caso, y b) en todo análisis relativo a un eventual siniestro debe diferenciarse claramente entre lo que es el daño y la causa que lo determina.

Es un hecho demostrado que varias de las bobinas del rotor, que fue la parte de la maquinaria afectada en este caso, se desplazaron desde su ubicación original, en sentido axial, sea en forma súbita o paulatina, circunstancia que se analizará más adelante, bloqueando parcialmente los orificios de ventilación y causando con ello

un desbalance térmico determinante de las vibraciones anormales registradas por el generador.

En este diagnóstico son coincidentes, el informe visual elaborado por Jason Jurgen en Agosto de 2.005 (folios No. 264 a 276 del cuaderno de pruebas número 1, con su traducción obrante a folios 22 a 35 del cuaderno de pruebas número 12) , la presentación en power point realizada los días seis (6) y siete (7) de Octubre de 2.005 en Orlando (Florida) por el señor Justin England de Siemens (folios 301 a 311 del cuaderno de pruebas número uno (1) con su traducción que obra al folios 57 a 65 del cuaderno de pruebas número seis (6)) , el informe sobre la inspección visual Fast Gen elaborado por Mark Fischer también de Siemens entre el treinta y uno (31) de Julio y el cuatro (4) de Agosto de 2.006, el informe del ingeniero John La Rue, que obra a folios 116 a 157 del Cuaderno de Pruebas No. 3 del expediente, el informe de ocho (8) de Marzo de 2.007, elaborado por Siemens Westinghouse que obra a folios 174 y 175 del Cuaderno de Pruebas número 2 cuya traducción obra a folios 175 a 177 del cuaderno de pruebas 5 del expediente, así como en el informe rendido por el experto Mike Thomas en Octubre de 2.007 que obra a folios 2 a 16 del cuaderno de pruebas número 3 del expediente, (la correspondiente traducción obra a folio 171 a 193 del Cuaderno de Pruebas 12). En el mismo sentido se han manifestado la casi totalidad de los testigos que han rendido declaración en este proceso.

Es cierto que se ha aludido en la prueba testimonial a otras causas eventuales, diferentes al desplazamiento de las bobinas, que hubieran podido producir los altos niveles de vibración que se presentaron el 14 de Julio de 2.005. El ingeniero Robert Frank Lemke por ejemplo afirmó en su declaración:

“SR. LEMKE: Hay varias cosas que pudieron haber ocurrido, en un generador que pueda resultar en un nivel vibratorio como éste una de ellas

es pudo haber ocurrido un corto que genera un desequilibrio magnético en el rotor, también pudo haber habido el inicio de un sello hidrógeno que se queda atascado en el housing o en el shaft, ese tipo de fenómenos ocurren y hacen producir un incremento no repentino de la vibración, ese tipo de cosas pueden ocurrir mientras la máquina está operando a niveles normales.” (Folio 153 del Cuaderno de Pruebas 16)

No obstante el mismo testigo señala posteriormente, previamente preguntado por el apoderado de la convocante:

DR. GOMEZ: Teniendo en cuenta esta información a la que usted ha hecho referencia, podría descartarse para el caso del rotor de la unidad 3 que la causa del daño fuera un fenómeno como el ratcheting?

SR. LEMKE: Ciertamente no, es muy difícil descartarla del todo, ciertamente sí hubo unas cosas que contribuyeron a generar una vibración que ocurre en el campo, en otras palabras quiero decir los hallazgos en el campo nos indicaron que teníamos esta migración de la bobina y luego hallamos que también teníamos un desequilibrio en el polo fuera de los límites de tolerancia, es muy difícil decir con seguridad que podemos descartar del todo el ratcheting. (Folio 154 del Cuaderno de Pruebas 16)

Por su parte, el señor Norman Klinkosh, se refirió al tema en los siguientes términos, igualmente preguntado por el apoderado de la parte convocante:

DR. GOMEZ: Con el conocimiento que tiene hoy se le ocurre que hubieran podido plantearse otras causas adicionales para la vibración experimentada por el rotor de la unidad III?

SR. KLINKOSH: Se que estas son solamente algunas de las posibles, pueden haber muchas circunstancias para que la unidad vibre, podría ser sellos, desalineación, cambio en la fundación del rotor, esos son eventos que se reiteran o se repiten, circunstancias reiterativas.

DR.GOMEZ: Es preciso decir que las causas que se encuentran en la comunicación que le he mostrado explican el fenómeno de la migración de las bobinas y no tanto el problema de vibración, las causas que están comprendidas en el documento que le he mostrado puede decirse que hacen referencia o tratan de explicar el fenómeno de migración de las bobinas y no directamente el problema de vibración?

SR. KLINKOSH: Sigo sin entender.

DR. GOMEZ: Voy a tratar de contextualizar, es posible en su experiencia que existan distintas causas que puedan provocar la vibración de un rotor?

SR. KLINKOSH: En mi experiencia sí, hay otras cosas que pueden provocar la vibración para hacer que un rotor de un generador vibre, vr.gr. un shaft que se haya craqueado.

DR. GOMEZ: Usted cree que todas las causas que pueden generar problemas de vibración no están incluidas en el informe del señor LEMKE?

SR. KLINKOSH: Las causas probables enumeradas aquí básicamente miraban el hecho de que la bobina había sufrido ratcheting y no que se viera algo mecánico." (Folio 199 del cuaderno de pruebas 16)

El Tribunal encuentra que de estos elementos probatorios lo más que podría establecerse es una posibilidad muy eventual y teórica de que las altas vibraciones del rotor hubieran podido deberse a causas distintas a la migración de las bobinas, pero la realidad es que no existió una evidencia física clara de que se haya producido una de tales causas y, en cambio, el hecho del bloqueo de los orificios de ventilación derivado del desplazamiento de las bobinas fue completamente demostrado y señalado en los mismos reportes del fabricante, como causante de dichas vibraciones. Debe advertirse además, que por propia declaración del ingeniero Lemke, se sabe que él mismo fue el autor del informe de 8 de Marzo y que éste fue avalado por el señor Klinkosh quien lo remitió a TERMOFLORES una vez realizado.

Ese desplazamiento de las bobinas del rotor y la consecuente obstrucción de los orificios de ventilación, tuvo como origen, a su vez, un hecho anormal sobre el cual se ha especulado en este caso (cuñas sueltas, daño en el revestimiento de los anillos de retención, bloqueo en las espiras del extremo de las bobinas etc.) y resulta ser desde luego igualmente anormal y supone una alteración sensible de las condiciones del rotor. Este desarrollo complejo de los hechos ocurridos se tradujo en una situación que afectó el funcionamiento e implicó un deterioro de las condiciones físicas de la máquina, puesto que es evidente que, en esas condiciones el rotor no podía operar indefinida y regularmente y dentro de condiciones normales. Ahora bien, deteriorar es un verbo que significa, conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua, estropear, menoscabar o poner en inferior condición una cosa; es pues, sin duda alguna un detrimento de la misma y, en ese sentido, a juicio del Tribunal, implica un daño que configura en primera instancia el hecho definitorio de los amparos de todo riesgo en general y amparo de rotura de maquinaria, en particular, que se incluyen en la póliza de seguro de todo riesgo industrial y comercial que sirve como base a este proceso.

Si bien en este caso no existió destrucción total o parcial física de ninguno de los componentes del rotor, el mismo como unidad material si sufrió inequívocamente un daño como consecuencia de la desestabilización de algunas de sus partes que determinó una grave anomalía que puso temporalmente a la máquina fuera de operación e hizo necesaria su reparación, haya sido ella inmediata o posterior en el tiempo a su primera manifestación ocurrida el 14 de Julio de 2.005. Además, en el ya citado informe visual elaborado por Jason Jurgen a raíz del suceso de 14 de Julio de 2.005, se señala la existencia de ciertos daños físicos concretos en el rotor asociados o no al desplazamiento de las bobinas: “*Había componentes de aislamientos dañados. Se encontró daño en los bloques de aislamiento de cruce posiblemente causados por el aislamiento. También se encontraron rastros de cobre alojados entre la bobina número tres y el bloque de aislamiento. El trozo de cobre había hecho corto, dejando una marca de quemadura en el bloque axial del rotor.*” Estos hallazgos fueron confirmados en el informe elaborado por Mark Fischer con base en la inspección “Fast Gen”, llevada a cabo más adelante. Con estos elementos de juicio puede deducirse claramente la existencia de un daño, y con ello la existencia de un evento que puede caber dentro del ámbito de la cobertura, si bien es necesario efectuar otras consideraciones para determinar si realmente se trata de un siniestro que afecta realmente la póliza de seguro.

Ahora bien, no obstante que con posterioridad al 14 de Julio de 2.005, la máquina pudo seguir operando, sometida a ciertas condiciones y precauciones, la alteración de su integridad ordinaria estaba definitivamente afectada por el hecho mencionado de obstrucción parcial de sus orificios de ventilación y de hecho, esa alteración suponía la necesidad de una reparación si bien, por razones de diferente orden, la misma se aplazó. Esa circunstancia se demostró dentro del proceso, además por el hecho de que hacia el mes de Marzo de 2.006, se volvieron a presentar incidentes aún más frecuentes de paralización de la operación del rotor por acusarse la

presencia de vibraciones anormales que indicaban que el deterioro del mismo seguía presente y tendía a manifestarse cada vez con más frecuencia.

El daño pues, se había producido y estaba identificado desde el mismo 14 de Julio de 2.005. El hecho de si el asegurado ha debido proveer de inmediato a la reparación e incurrió en un error que hizo mayor el daño original, deberá ser analizado más adelante dentro del contexto de la carga que el asegurado tiene de evitar la extensión y propagación del siniestro, más no dentro del ámbito de la carga de informar sobre las agravaciones al estado del riesgo, como lo presentan las convocadas en algún aparte de la contestación de la demanda, toda vez que a partir del 14 de Julio de 2.005 nos encontramos frente a la eventual realización de uno de los riesgos amparados y no frente a riesgo no acaecido aún.

La parte convocada ha insistido reiteradamente en su alegato de conclusión, en que puesto que las bobinas no se quemaron, ni se rompieron ni se deformaron físicamente, no existió rotura de maquinaria ni puede hablarse en este caso de la existencia de un daño físico, pero, como ha quedado dicho, para el Tribunal, independientemente de la complejidad como los hechos ocurrieron, la consecuencia de los mismos fue una afectación material y física del rotor como conjunto; no de las bobinas, pero sí de la máquina de la cual ellas formaban parte, porque al migrar ocasionaron esa afectación que estuvo acompañada, como se ha visto, de otros rastros igualmente materiales y físicos.

4.2. Tratándose de un daño, cuándo ocurrió el mismo. Se produjo este de manera súbita e imprevista, o, por el contrario fue el resultado de un proceso paulatino a través del tiempo

Este ha sido uno de los puntos que ha motivado más extenso debate dentro de este proceso, puesto que las partes por igual, han partido de la base de que si llegare a

probarse que ocurrió el daño, si el mismo no ocurrió de manera accidental, súbita e imprevista, no estaría cubierto por la póliza. La parte convocada ha aportado elementos probatorios numerosos tendientes a demostrar que el desplazamiento de las bobinas se produjo como consecuencia de un proceso gradual y paulatino que desarrollado a través del tiempo, posiblemente desde antes de que se iniciara la vigencia de la póliza, pero en todo caso no de manera súbita como lo exige en su opinión la cobertura de la póliza y a su juicio ese hecho estaría demostrado con base en esas evidencias. La parte convocante, por su parte, ha sostenido que no se ha demostrado que ello sea así y que, por el contrario, se ha demostrado que existen muchas posibilidades de que el daño se haya producido de manera súbita e imprevista y ha orientado en gran medida la práctica de sus pruebas en ese sentido, sugiriendo que o bien las vibraciones anormales se debieron a causas diferentes al desplazamiento de las bobinas, o que ese mismo desplazamiento fue de suyo súbito, producto de un hecho único y simultáneo en el tiempo.

El Tribunal debe entrar a establecer, en este sentido, el resultado del debate probatorio y hacer consideraciones en torno a la manera como se distribuye en este caso la carga de la prueba, de conformidad con las normas legales.

Sea lo primero advertir que, si bien la existencia del daño en el rotor que ha verificado el Tribunal, se concreta en la obstrucción de los orificios de ventilación del rotor que no le permiten operar, puesto que generan una situación de sensibilidad térmica inaceptable, esa obstrucción de los orificios de ventilación se debió, como es un hecho completamente demostrado dentro del proceso, a que las bobinas del rotor se habían desplazado hasta el punto de obstruir esos orificios. Esta circunstancia está establecida, como ya se dijo, desde el primer momento cuando se produjo la inspección más temprana del rotor a raíz de las vibraciones anormales detectadas el 14 de Julio de 2.005, y posteriormente cuando el rotor fue desmontado para su reparación definitiva en la planta de Siemens en la ciudad de

Charlotte (EEUU). Ahora bien, el desplazamiento de las bobinas, que es un hecho irregular en la operación del rotor, tuvo que originarse a su vez en una causa determinada como más adelante se verá. Esa causa, que es el hecho detonante del daño, independientemente de que el fenómeno al que de origen sea gradual, puede ser en sí misma accidental, súbita e imprevista, así no sea conocida de manera inmediata en su momento inicial porque se produce al interior de un mecanismo de por si complejo y sellado.

Esta es una observación que sirve de preámbulo a lo que sigue a continuación, pero que, en este caso, es necesaria por cuanto como la misma parte convocada lo acepta, el objetivo que en el tipo de pólizas como la que sirve de base a la demanda, tiene la exclusión de los daños graduales y paulatinos, es evitar que puedan llegar a quedar dentro de la cobertura, daños que se hayan producido o tenido comienzo antes de la vigencia de la póliza.

Con estos antecedentes, y ante la ausencia de prueba pericial al respecto, ya que ninguna de las partes la solicitó, las conclusiones del Tribunal tienen que basarse en los informes técnicos y en los testimonios rendidos dentro del proceso por personas naturales y jurídicas contratadas respectivamente por ambas partes. Esas conclusiones son las siguientes:

4.2.1 El daño ocurrió el 14 de Julio de 2.005

De acuerdo con las consideraciones anteriores y, se repite, no obstante la secuencia compleja de los hechos: causa originaria (cuñas sueltas, daño en el revestimiento de los anillos de retención, bloqueo en las espiras del extremo de las bobinas), migración de las bobinas y vibración anormal determinada por el sobrecalentamiento derivado de la obstrucción de los orificios de ventilación, la forma más correcta de encarar el problema, es a juicio del Tribunal,

independientemente de las causas que le dieron origen, entender que el daño se produjo el 14 de Julio de 2.005, cuando la mencionada obstrucción de los orificios de ventilación del rotor llegó a un punto tal que determinó un desbalance térmico suficiente para producir vibraciones anormales en el mismo que obligaron a su puesta fuera de servicio temporal. Como se expresa en la obra de Antón Martín sobre el seguro de montaje, refiriéndose en general a los seguros de ramos técnicos: “*El daño material se produce en el momento en que el estado técnico del objeto asegurado llega a una fase en que ya puede considerarse como daño material.*” En este sentido, para el Tribunal el daño tuvo las características de accidente (suceso eventual que altera el orden natural de las cosas), súbito, en tanto ocurrió de manera completamente inesperada y luego de una operación regular de muchos años en un momento dado, e imprevisto, por la misma circunstancia de que los antecedentes de esa operación no permitieron en ningún caso al operador anticipar de alguna manera que la vibración irregular fuera a ocurrir.

Las causas del daño, sobre las que se hablará más adelante, son otra cosa; a ellas, a juicio del Tribunal no se refieren las calidades de accidental, súbito e imprevisto, a menos que, tratándose de causas excluidas, lleguen a tener esas características. En ese sentido el mismo autor citado antes expresa: “*El hecho de que el siniestro con respecto a los daños materiales y pérdidas no asegurados quede delimitado a su vez por la exigencia de que el daño sea imprevisto y repentino durante la duración de la garantía y dentro del lugar del seguro y por la exigencia del interés asegurado, no menoscaba el carácter del seguro de montaje como seguro a todo riesgo. Estas exigencias no afectan a las causas, sino a otras modalidades de los daños materiales y pérdidas de los objetos asegurados.*”

4.2.2 El desplazamiento de las bobinas, que fue parte de la cadena de causas que generó el daño, se produjo de manera gradual y paulatina.

A este respecto existe como evidencia en primer lugar la coincidencia de tres documentos emanados del mismo fabricante o de sus funcionarios, que se refieren a las posibles causas de la vibración de las bobinas, a saber: la presentación en power point realizada los días seis (6) y siete (7) de Octubre de 2.005 en Orlando (Florida) por el señor Justin England de Siemens que obra a folios 301 a 311 del Cuaderno de Pruebas número 1, cuya traducción obra en el cuaderno de pruebas No. 6, folios 57 a 65, el informe del ingeniero John La Rue, que obra a folios 116 a 157 del cuaderno de pruebas número 3 del expediente (incluyendo su correspondiente traducción oficial) y, quizás el más importante, el informe de ocho (8) de Marzo de 2.007, elaborado por Siemens Westinghouse que obra a folios 174 y 175 del cuaderno de pruebas número dos (2) del expediente. En todos estos documentos se alude a las causas que habrían podido determinar el desplazamiento de las bobinas, las cuales, descritas de manera más o menos diferente o con terminología cambiante, se resumen en el último de los documentos mencionados en tres básicas, a saber: cuñas sueltas, revestimiento del anillo de retención dañado o roto, o bloqueo de espiras del extremo de la bobina, determinado por haberse soltado el bloque de la cara del polo.

La primera de esas causas fue descartada como se acreditó en varios de los informes que han sido citados, igualmente cuando se desmontó el rotor en la planta de Siemens en la ciudad de Charlotte, y por los testimonios recibidos, entre ellos el del ingeniero Lemke, que es particularmente claro al respecto. Las otras dos causas posibles implican un desplazamiento lento y paulatino de las bobinas, tal como también fue acreditado con los testimonios rendidos dentro del proceso.

Estos elementos documentales, anteriores al conflicto arbitral, provenientes del fabricante de la máquina, coinciden en términos generales con las mismas conclusiones contenidas en el informe rendido por el experto Mike Thomas en

Octubre de 2.007 que obra a folios 2 a 16 del cuaderno de pruebas número 3 del expediente (y cuya traducción obra a folios 171 a 193 del cuaderno de pruebas número. 12), con su testimonio y con el testimonio del ingeniero Oslinger. (Folios 1 a 60 y 84 a 144 del cuaderno de pruebas número 16).

4.2.3 El desplazamiento de las bobinas y la consecuente obstrucción de los orificios de ventilación fueron la causa de la sensibilidad térmica del rotor y de las vibraciones anormales del mismo que hicieron imposible su operación.

Es cierto, como se analizó anteriormente, que algunos testigos han señalado la posibilidad de que otras causas diferentes a la migración de las bobinas hayan sido causantes de la vibración del rotor, no obstante las referencias a este respecto son muy vagas y no se encuentran corroboradas con rastros físicos que hayan sido detectados claramente en la revisión de las partes del rotor en el momento de su desmantelamiento. A este respecto es importante señalar que las referencias que existen en los informes del fabricante a daños eléctricos, son marginales y de muy escasa importancia e incluso podrían atribuirse al uso normal, lo cual coincide con las observaciones hechas por el experto Mike Thomas, en informe de 29 de Noviembre de 2.006 , dirigido a McLaren Young Colombia Ltda, a propósito de la visita realizada por el mismo a las instalaciones de Siemens en la ciudad de Charlotte (EEUU), con ocasión del desmonte del rotor para su reparación. Allí se leen los siguientes apartes:

“En una inspección visual, no hubo distorsión ni evidencia de migración del aislamiento, daño del bloqueo, quemadura y formación de arcos. Se esperaba que el extremo del excitador presentara problemas debido a que el devanado se había desplazado después del movimiento lento (ratcheting) hacia el extremo del excitador.” (Folio 211 del Cuaderno de Pruebas 12)

Y más adelante:

"No hubo resultados reales disponibles de las pruebas eléctricas de entrada. No obstante si me enteré de que no se encontraron condiciones que pudieran causar preocupación. Pregunté específicamente acerca de la prueba de balance de polos que compara la resistencia del cobre en un polo con el otro. Estos estaban "balanceados" indicando que no había cortos presentes de vuelta a vuelta. Este hallazgo lleva a la conclusión de que el problema de la vibración estaba relacionado con un problema de enfriamiento más que un problema eléctrico."

4.2.4 La causa que determinó la migración de las bobinas fue, en sí misma, accidental, súbita e imprevista, y el momento de su ocurrencia no fue establecido dentro del proceso.

Habiendo sido la migración de las bobinas el resultado de un proceso gradual y paulatino, más o menos lento, es imposible con las pruebas practicadas establecer en qué momento se produjo el fenómeno que desencadenó esa migración o en qué momento la misma se inició.

La parte convocada ha insistido a todo lo largo del proceso y en forma vehemente en su alegato de conclusión, en que está probado que el fenómeno de la migración de las bobinas se encuentra necesariamente vinculado a un error de montaje. Para el Tribunal ello no es cierto; los testimonios que existen al respecto indican lo contrario o, a lo sumo, señalan que el error de montaje pudo haber sido eventualmente una de las causas de esa migración, sin que ello se haya comprobado en forma fehaciente.

Numerosos testimonios descartan la posibilidad de que se haya presentado un error de montaje a partir del hecho de que el generador había iniciado su operación más de ocho (8) años antes. En este sentido los testimonios de los ingenieros Klinkosh, De La Rue y Salazar han sido coincidentes. El ingeniero De la Rue, señala a este respecto:

"DR. GOMEZ: En su experiencia considera posible que un error de montaje en un rotor pueda manifestarse por primera vez después de 7 años de operación normal?"

"SR. LA RUE: No, nunca se me ha presentado un caso como este para poderlo comentar, puede ser problemas que se pueden presentar después de haber entregado un período corto y nunca conocí una situación como la que usted está planteando, le diría que casi siempre esto se ocasiona por contaminación o por efectos externos nunca he conocido un caso en que haya sucedido lo que usted está planteando." (Folio 218 del cuaderno de pruebas número 16)

El ingeniero Oslinger, quien declaró como testigo en desarrollo del análisis del caso que hizo por encargo de las aseguradoras convocadas, se muestra particularmente dudoso frente la posibilidad de que se hubiera tratado en este caso de un error de fabricación o montaje:

"DR. ORDOÑEZ: Pero según eso que usted está diciendo necesariamente tiene que haber en el origen un error en el ensamblaje, un error en la fabricación?"

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

“SR. OSLINGER: Hay muchas causas, pueden ser causas de montaje, operación, causas de mantenimiento también puede causar un problema acá.

“DR. ORDÓÑEZ: Puede ser error de mantenimiento, de ensamblaje, de fabricación?

“SR. OSLINGER: En los mantenimientos es probable que quiten las caperuzas y queden mal montados los terminales, en operación podría también pasar, hay fracturas a veces.

“DR. ORDÓÑEZ: Simplemente un error en la operación?

“SR. OSLINGER: Error en operación, muchas veces hay mala sincronización de la máquina y puede causar eso, eso va con acompañamiento de más daños en la superficie del rotor también.

“DR. ORDOÑEZ: Es decir, no necesariamente esta vinculado a un error de ensamblaje o de fabricación, puede ser un error de mantenimiento?

“SR. OSLINGER: El desplazamiento...aquí puede ser por otras causas.”
(Folios 94 y 95 del cuaderno de pruebas número 16)

El ingeniero Mike Thomas, atribuye la migración de las bobinas a un error de montaje, pero, por otro lado se adhiere claramente a las conclusiones del informe de Siemens de ocho (8) de Marzo de 2.007, en torno a las posibles causas de la migración de las bobinas, las cuales no hacen referencia, por lo menos expresa, a que los hechos que pudieran haber estado en el origen de esa migración se relacionen con un error de montaje. Por lo demás, en el informe que este testigo

remitió a Charlie Brooman de McLaren Young Colombia el 5 de abril de 2006, se muestra muy inseguro en torno a ubicar la causa de la migración de las bobinas y solo emplea para ello la expresión “*Creo que se relaciona con el ensamblaje original del rotor por Siemens.*”

Por lo mismo, lo que parece más razonable pensar es que en un momento dado se produjo una de las dos causas subsistentes que pudieron determinar el desplazamiento de las bobinas conforme al informe de Siemens del ocho (8) de Marzo de 2.007: o el roce o desplazamiento de los anillos de retención o el daño en el bloqueo de las espiras del extremo de las bobinas. Solamente es imposible saber si ello ocurrió antes o después de la iniciación de la vigencia de la póliza de seguro.

Estos hechos que determinaron el desplazamiento de las bobinas constituyen la causa adecuada y determinante del daño, la causa primigenia, y, en consecuencia con referencia a ellos también pueden predicarse, a juicio del Tribunal los calificativos de súbito e imprevisto que se encuentran en la definición de los amparos involucrados en este caso, si fuera necesario, independientemente de otras consideraciones que deban hacerse sobre el alcance de la cobertura.

Ahora bien, sea que esos hechos se tengan como daños en sí mismos o como causa del daño, como pasa a verse a continuación, no se demostró que ocurrieron antes de la iniciación de la vigencia de la póliza.

4.2.5 Al no haberse podido demostrar el momento en que se produjo el factor detonante del desplazamiento de las bobinas, es imposible afirmar que éste se debió a un hecho preexistente o que ocurrió antes de iniciarse la vigencia del contrato de seguro. Asimismo resulta imposible atribuirlo a un error de montaje o a vicio propio.

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

Como consecuencia de las observaciones anteriormente realizadas, no ha podido demostrarse que la causa original del daño se produjo con anterioridad a la iniciación del término de vigencia de la póliza de seguro que sirve de base a la demanda, en Mayo de 2.002, por lo cual tampoco se ha demostrado que se trate de un evento preexistente.

Con base en el prolongado lapso de tiempo durante el cual el rotor funcionó normalmente, y con base en los testimonios rendidos en este caso, es imposible considerar demostrado que se trate en este caso que el hecho determinante del daño es un error de montaje.

A esa posibilidad se encuentran unánimemente contrarios, como se ha visto, los testigos Klinkosh, De La Rue, Carlos Salazar, con argumentos sólidos que se refieren, como ya se ha dicho, al largo periodo de funcionamiento regular que tuvo el rotor durante más de ocho años, y a la superación con éxito de las exigentes pruebas a que fue sometido previamente a su entrega.

Pero, además, debe observar el Tribunal que, al definir el concepto de rotura de maquinaria, la póliza que sirve de base a la demanda califica como tal el daño que la misma pueda sufrir a consecuencia de errores de diseño o defectos de construcción y que, por lo mismo al excluir más adelante, en el numeral 12 de la cláusula 2^a. los daños que puedan deberse a "*errores de montaje o desmontaje*", marca una diferencia fundamental entre los dos conceptos, por lo cual es dable pensar que la intención del contrato es considerar el montaje como una operación diferente y posterior a la fabricación original de la máquina; por lo menos en este caso existe una ambigüedad de los términos de la póliza que, por encontrarse en sus condiciones generales, deben entenderse redactados por el asegurador e interpretarse en su contra conforme a lo que señala el artículo 1.624 del C.C.

En este sentido es inútil el esfuerzo de la parte convocada de ubicar el daño como consecuencia de un error en la fabricación o en el diseño del rotor, que es su intención manifiesta, aunque se refiera sistemáticamente al concepto de “error de montaje”.

Por lo mismo no podría hablarse tampoco en este caso de un vicio propio, aún en el evento de que tratándose de maquinaria, pudiera atribuirse a la misma un defecto de este tipo como lo hace la parte convocada al proponer sus excepciones, lo cual es muy discutible si se observa la definición que de este concepto hace el inciso 2º. del artículo 1.104 del C. de Co, como “*el germen de destrucción o deterioro que llevan en si las cosas por su misma naturaleza o destino aunque se las suponga de la más perfecta calidad en su especie.*” Si la póliza para el caso de la maquinaria, expresamente definió el concepto de rotura referido, entre otros, a daños originados en errores de diseño y de construcción, no se ve de qué manera pudiera configurarse una exclusión por vicio propio referido a maquinaria en este caso.

Las aseguradoras como responsables de la redacción de las cláusulas contenidas en el condicionado general preimpreso del contrato, deben observar con especial atención la carga de diligencia y lealtad que les asiste en esta materia y particularmente en el contexto de la identificación de los riesgos que debe hacerse con base en sus definiciones, cuando se trata de riesgos nombrados y en sus exclusiones. En el caso presente en que, como se ha visto, se trata de una póliza de todo riesgo, pero se define conceptualmente la “*rotura de maquinaria*” como riesgo incluido dentro del concepto de “*todo riesgo*”, resulta claramente ambiguo definir esencialmente las causas generadoras del daño que deben entenderse cobijadas por ese concepto, para pretender posteriormente que se entienda excluida cualquiera de esas causas.

El Tribunal no entiende cómo, partiendo de la base de que la póliza utiliza separadamente los términos “*vicio propio*”, “*defecto de construcción*” o “*errores de diseño*”, podría configurarse un vicio propio en el caso de una maquinaria, si se encuentran expresamente cubiertos los daños que pudieren derivar de defectos de construcción o errores de diseño.

4.2.6 La ausencia de prueba en este caso afecta al asegurador puesto que suya es la carga de la prueba.

La póliza de seguro señala los hechos preexistentes, el vicio propio y los defectos de montaje como exclusiones del riesgo en los numerales 8º, 9º, 12º. y 17º. de la cláusula segunda (2ª.) de las condiciones generales de la póliza, cuyo texto es el siguiente:

“CONDICION SEGUNDA: EXCLUSIONES:....8º. Daños o pérdidas resultantes del desgaste, uso o antigüedad, cambios bruscos de temperatura, abuso, deterioro gradual, fermentación, vicio propio, oxidación, enmohecimiento, corrosión, herrumbre, incrustaciones, humedad y raspaduras. No obstante, el daño o pérdida accidental y súbita de otras partes o componentes de la máquina afectada si están cubiertos. 9.- La imposición de condiciones anormales a la maquinaria, obras civiles o equipo en general, respecto del diseño y construcción de los mismos. Igualmente se excluyen daños y pérdidas ocurridas durante ensayos o experimentos o pruebas, daños por sobrecarga de las máquinas, y daños o defectos existentes en los mismos antes de la iniciación de la vigencia de esta póliza. 12º.- Montajes y desmontajes de maquinaria.....17.- Las pérdidas derivadas de o en conexión a suelos inestables así como daños y/o deterioros preexistentes.”

El artículo 1.077 del Código de Comercio que, debe entenderse, se trata de una norma de carácter imperativo, ya que consagra reglas sobre carga de la prueba que son de naturaleza procesal, expresa claramente en su inciso 2º. que “*El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.*”

Al ser estas circunstancias definidas como exclusiones dentro de la póliza, tratándose de una póliza de todo riesgo que, por definición cubre todos los riesgos a los que está expuesto el interés asegurable “*siempre y cuando no se encuentre expresamente excluido*”, la carga probatoria respecto de las mismas conforme al artículo 1.077 del Código de Comercio, corresponde al asegurador. Se suma a lo anterior, en este caso, el hecho de que la evidencia del daño en el rotor se produjo con mucha posterioridad, no solo respecto de la fecha de iniciación de la operación del rotor, sino respecto de la iniciación de la vigencia de la póliza y, en ese sentido, la carga de demostrar la ocurrencia misma del daño fue cabalmente cumplida dentro del proceso por el asegurado; dentro de este contexto, el inciso 2º. del artículo 1.073 del Código de Comercio, que señala el hecho de que si el siniestro se inicia antes y continua después de que los riesgos han comenzado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable, ubica esta circunstancia nuevamente como una circunstancia excluyente de la responsabilidad del asegurador y consecuencialmente, a su cargo la prueba eventual de la misma.

Si bien, como ha quedado dicho, la migración de las bobinas pudo ser, y toda la evidencia parece demostrarlo, gradual y paulatina, el hecho determinante de la misma no lo fue, y la fecha o el momento de su ocurrencia no pudo ser establecida; de haber sido anterior a la iniciación de la vigencia de la póliza, esta circunstancia debía ser demostrada por el asegurador.

4.2.7 No obstante, aún el caso eventual que se hubiera demostrado que el daño, de suyo accidental, súbito e imprevisto no tuvo origen en un hecho a su vez súbito e

imprevisto ocurrido en fecha indeterminada pero no necesariamente anterior a la iniciación de la vigencia del seguro, sino que fue consecuencia de un desplazamiento simplemente paulatino, aislado y fatal de las bobinas, el Tribunal encuentra que también se encontraba cubierto por la póliza.

En efecto: el Tribunal observa que la póliza expresamente en sus anexos 9 emitido el 2 de Agosto de 2.004 y 17 emitido el 11 de Agosto del 2.005, a título de “*aclaraciones*” al clausulado, extendió la cobertura en los siguientes términos: “*El desgaste ordinario, deterioro gradual, hundimiento normal, asentamiento, están excluidos, pero los daños a la maquinaria originados por estos fenómenos están cubiertos.*” El anexo 12, por su parte expresa: “*Se deja constancia que la póliza no contiene la exclusión por daños resultantes causados por desgaste ordinario, deterioro gradual, hundimiento normal, asentamiento, rotura, expansión y contracción, daños imputables a defectos de mano de obra, diseño o materiales.*” La vigencia del anexo No. 17 mencionado se extendió desde el 12 de Julio de 2.005 en adelante, luego, se trataba de una condición vigente en el momento de la ocurrencia del disparo del equipo como consecuencia de las vibraciones anormales que se experimentaron el 14 de Julio de dicho año.

Por su parte, al definir el amparo de rotura de maquinaria, en el numeral 1º. de la cláusula primera (*Riesgos amparados*) de las condiciones generales de la póliza, se lee: “*Daños o pérdidas accidentales, súbitas e imprevistas que sufra la maquinaria asegurada, incluyendo sus equipos auxiliares de soporte y control, por riesgos inherentes a su operación, causados por aflojamiento de partes, (...) errores de diseño, defectos de construcción, uso de materiales defectuosos, sobrecalentamiento, errores de montaje, (...).*”

El Tribunal debe observar, por una parte, que existe una manifiesta ambigüedad de la póliza, al señalar dentro de las exclusiones eventos que forman parte de la

definición misma del riesgo amparado, como se hace patente cuando la definición del término rotura de maquinaria se refiere, entre otros a daños derivados de errores de montaje, que posteriormente resultan excluidos expresamente en el numeral 12 de la condición segunda (2^a) ya comentado; pero, en segundo lugar, que no sucede lo mismo con conceptos tales como el de “aflojamiento de partes” o el de “errores de diseño” o “defectos de construcción” que entran dentro de la misma definición de rotura, pero no se excluyen posteriormente.

De esta manera, debe concluirse que, tratándose de maquinaria, y, se repite, contemplando de manera aislada el fenómeno de la migración de las bobinas, si bien un hecho que puede ser aceptado como paulatino y gradual, se encuentra contemplado dentro de la cobertura como deterioro gradual de la maquinaria, irregular en si mismo, dañino en si mismo y además con potencialidad de generar daños consecuenciales (obstrucción de orificios de ventilación y sobrecalentamiento) en las aclaraciones hechas a la póliza en los anexos 9^º y 17^º que se han mencionado, y además como aflojamiento de partes, hecho constitutivo de la definición del riesgo de rotura de maquinaria como objeto de cobertura en cuanto generador de daños correspondientes a la definición del riesgo de rotura de maquinaria.

5. El supuesto incumplimiento de Termoflores a su carga de informar al asegurador sobre las agravaciones que afectan el estado del riesgo. La actualización de la Unidad Flores III con un sistema de compresión húmeda. (Excepción No. 7)

Por haber sido planteada en el curso del trámite arbitral por la parte demandada, aborda el Tribunal la cuestión relacionada con la actualización o mejora a que fuera sometida la unidad de generación Flores III con la instalación de un sistema de compresión húmeda en septiembre de 2004. Según lo alegado por las convocadas,

tanto en la contestación al hecho 8º de la demanda, como en las excepciones séptima y octava formuladas contra las pretensiones de la convocante, se estaría en presencia de una falta de cobertura por el incumplimiento por parte del asegurado Termoflores de la obligación de informar a las aseguradoras demandadas acerca de las modificaciones sufridas por el bien asegurado. Las convocadas plantean erróneamente esta circunstancia como falta de cobertura, cuando en verdad lo que podría implicar sería una terminación automática del contrato de seguro, anterior al momento de la realización del siniestro, en los términos del artículo 1060 del C. de Comercio.

Afirma la demandante en el hecho 8º del libelo introductorio del proceso así como en el alegato de conclusión que la mejora indicada, es decir, actualización del sistema de compresión húmeda, fue inspeccionada por las aseguradoras convocadas, hecho con relevancia a su juicio para los efectos de la cobertura comoquiera que el contrato de seguro 20085 fue renovado para la vigencia comprendida entre el 5 de mayo de 2005 y el 5 de mayo de 2006 y que por consiguiente durante la vigencia previa a la de ocurrencia del siniestro comprendida entre el 5 de mayo de 2004 y el 5 de mayo de 2005, se llevó a cabo una actualización (“upgrade”) del equipo asegurado, con el fin de incrementar su potencia mediante la instalación de un sistema de compresión húmeda, para mejorar el funcionamiento de la Unidad, sistema diseñado, instalado y probado extensamente a nivel mundial por el fabricante Siemens Power Generation.

Las aseguradoras por su parte sostienen que no están obligadas a pagar una indemnización a Termoflores por cuanto el incumplimiento del deber contractual de dar aviso a las aseguradoras respecto de las modificaciones técnicas realizadas al bien asegurado, constituye un eximiente de responsabilidad de las aseguradoras según lo establecido en la condición vigésima primera del clausulado general de la póliza de seguros que textualmente reza lo siguiente:

"CONDICIÓN VIGÉSIMA PRIMERA - LABORES Y MATERIALES

"La COMPAÑÍA autoriza al Asegurado para efectuar las alteraciones y/o reparaciones dentro del riesgo, que juzgue necesarias para el funcionamiento de la industria o negocio siempre que aquellas no configuren agravación del riesgo originalmente aceptado. En este caso, el Asegurado estará obligado a avisar por escrito a La COMPAÑÍA dentro de los noventa (90) días comunes contados a partir de la iniciación de estas modificaciones.

"El amparo otorgado por esta cláusula cesará a partir de los noventa días estipulados si no se ha dado aviso correspondiente." (Negrilla fuera del texto)

Para las aseguradoras en consecuencia, al no haber informado TERMOFLORES por escrito y con el plazo establecido en la póliza sobre la realización de dos repotenciaciones de la Unidad III, en agosto y septiembre de 2004, consistentes en la realización de un "Upgrade" o mejora al sistema de compresión húmeda y en la modificación de la primera etapa del compresor, mediante la implementación de álabes y diagramas tipo FC+ para aumentar la capacidad de generación del equipo, con lo cual, a juicio de las aseguradoras, se presentó una agravación del riesgo experimentada tan sólo unos meses antes del evento objeto del reclamo, origen del presente trámite arbitral.

Puestas así las cosas, considera necesario el Tribunal analizar en primer lugar en qué consistieron las mencionadas repotenciaciones, en especial la actualización o mejora al sistema de compresión húmeda realizada en la Unidad III y en segundo lugar inquirir si esas modificaciones fueron advertidas de algún modo por las

aseguradoras antes de renovarse el contrato de seguro para la vigencia comprendida entre el 5 de mayo de 2005 y 5 de mayo de 2006.

El señor **Hilberto Díaz Martínez**, gerente de planta de la central termoeléctrica TERMOFLORES de la ciudad de Barranquilla, en la declaración rendida ante este Tribunal (folios 309 a 351 cuaderno de Pruebas No. 8) manifiesta que la palabra en inglés "Upgrade" alude a "mejoras" y que en el caso de equipos fabricados por Siemens, "*específicamente esta monitoreando las máquinas que tiene en el mundo y esta en contacto permanente con los distintos usuarios de sus productos, entonces en la medida que los productos han tenido algún problema o que ellos en la parte de ingeniería van modificando diseños que pueden ser de materiales, que soporten más altas temperaturas, ellos hacen unas mejoras en los materiales y en el diseño específico*".

Al responder en concreto acerca del "upgrade de wet compression" instalado en la unidad Flores III o compresión húmeda, indica que, "*Las plantas térmicas básicamente cuando le mostré el esquema del compresor tiene una entrada de aire, la potencia que puede tener la máquina depende de la cantidad de aire que se le meta, el aire a distintas temperaturas ocupa distintos volúmenes, es decir que a una temperatura alta en un gran volumen mete una menor cantidad de masa de aire, entonces el sistema simplemente de wet compression lo que hace es enfriar el aire que va a entrar a la máquina, en esa forma entra mayor masa en el mismo volumen. Eso se produce por ejemplo en los países en donde hay estaciones, la máquina en el verano está sometida a 35, 40 grados centígrados de temperatura, la potencia de la máquina es menor, en las épocas de invierno en donde el aire llega a temperaturas bajas la potencia es mayor porque al enfriar el aire hay un mayor flujo, una cantidad de masa más grande en el mismo volumen. El wet compression fue un desarrollo que hizo un usuario de una turbina desde que las turbinas de combustión se iniciaron hay un procedimiento de lavado del compresor y ese*

usuario encontró que cada vez que él lavaba el compresor se producía un incremento en la potencia, entonces llegaron vieron que era simplemente que se producía un incremento entonces perfeccionaron ese lavado para que la máquina al enfriar el aire entrara mayor masa, lo que produce es una potencia mayor, lo usan en Estados Unidos, se usa básicamente cuando en el verano las temperaturas están muy por encima, en las épocas de invierno el wet compression no hace absolutamente nada porque con el solo frío del ambiente la máquina produce niveles de potencia más grandes”.

Descripto lo anterior, señala el testigo mencionado que este dispositivo de compresión húmeda no implica ningún riesgo en la operación del equipo y que tuvo conocimiento de que delegados de las aseguradoras visitaron la unidad Flores III en febrero de 2005 para efectos de proceder a la renovación de la póliza a partir de mayo de 2005: “*Tuvimos la visita en la planta de uno de los ingenieros que ellos utilizan, recuerdo un ingeniero Gilden, estuvo en la planta y vieron todo el funcionamiento de los distintos elementos de las plantas no solamente de la III sino de las otras unidades*”.

Acerca de esta visita manifiesta el testigo Díaz que “*consistió en ver todos los parámetros de operación, pidieron todos los parámetros de operación de la máquina, la forma como ellas vienen funcionando, nuestros programas de mantenimiento, las mejoras que se han hecho en las máquinas y además el chequeo de los elementos de seguridad y de sistemas de protección contra incendio*” y que en la época de la visita ya se encontraba en operación el dispositivo de compresión húmeda en la unidad Flores III. Para el testigo citado la cantidad de potencia adicional que le representó a la máquina la inclusión del “upgrade” que se le realizó en el año 2004 fue “*Más o menos entre 20 y 25 megavatios adicionales*” lo que representaba “*Unos mayores ingresos por el cargo por capacidad y mayor capacidad para vender energía*”.

En cuanto a si el régimen de operación de la máquina con ocasión del sistema de compresión húmeda, produce algún cambio revela que “*La operación sigue exactamente igual a antes, lo único que hay son unos controles que para poner en servicio pero ya es el control específico de la máquina que lo hace el sistema de control distribuido, pero que nosotros, el régimen de operación haya variado? No, ahora lo que si es que cuando se mete el sistema de compresión húmeda el incremento de carga se hace más lento, pero eso lo hace el sistema de control.*”

Por su parte el testigo **Carlos Alberto Salazar Jiménez**, (folios 169 a 209 del cuaderno de pruebas No. 11) responsable del mantenimiento de las unidades de generación de Termoflores, se refiere, entre otros tópicos a la visita de John Gilden en el 2005 a la planta en Barranquilla: y en concreto a la unidad Flores III: “*el señor John Gilden es un especialista en evaluación de riesgos que estuvo con otro ingeniero de su firma por parte de HSBC, hizo una evaluación de riesgos en Termoflores en febrero o marzo, una evaluación completa de riesgos de Termoflores en cuanto a la seguridad física protección, los procedimientos de mantenimiento, las técnicas de mantenimiento preventivo, los procedimientos de operación, se hizo una inspección típica de riesgos*” (folio 190 del cuaderno de pruebas No. 11). Afirma que atendió personalmente esa inspección y que el dispositivo de compresión húmeda estaba operando desde septiembre de 2004 y en la época de la visita del señor Gilden.

Acerca del funcionamiento de la unidad con el sistema de compresión húmeda señala el testigo atrás referido que “*la máquina 3 tiene una potencia nominal como turbina de 183 megavatios, la máquina ha operado con 175 megavatios y el generador tiene una capacidad de 224 megavatios, o sea que estamos muy por debajo de las capacidades de la turbina y del generador operando con wet compression*”.

Al responder una pregunta de la apoderada de una de las convocadas acerca de la repotenciación sufrida por la unidad III de TERMOFLORES a raíz de la implementación del sistema de compresión húmeda responde que “*consistió en instalarle al sistema la entrada de aire a la turbina, hubo un sistema que se llama compresión húmeda, para (...) un poco lo de las turbinas de gas, necesitan además del gas combustible que entre aire para operar, para que se mezcle el aire con el combustible y produzca (...) ese aire entra a través de unos ductos que pasan por su filtros y con un tratamiento previo para controlar partículas y viene con un flujo básico, una densidad que depende mucho de la temperatura ambiente, cuando el día está muy caliente el aire es menos denso y trae menos masa, entonces hay menos volumen de aire. Lo que hace el sistema de wet compression que se le instaló es injectar agua en forma de nube para que el aire que le entre a la turbina tenga más masa a pesar de la alta temperatura que haya, eso hace que cuando hay más masa en la turbina, produzca más potencia, porque la potencia que produce una turbina de gas es proporcional a la masa que pasa por su sala, básicamente se implementó este sistema que está en servicio desde los años 90, en las turbinas de gas, como nos ha contado ... que es uno de los usuarios de turbinas Siemens 501 F5, gran parte de la flota lo tiene implementado por años, esta turbina F pues se instaló con el mismo principio para aumentar la potencia entre en un 15 y un 17% que fue lo que se logró, obviamente dentro de los límites de potencia que yo mencionaba ahora de capacidad nominal de la máquina y el generador, fue más o menos en septiembre, octubre/04 que se instaló ese sistema. Para este testigo el aumento de la capacidad de generación “sube la potencia de la turbina para producir más electricidad”.*

De otro lado, del testimonio del señor **Ricardo Antonio Lequerica Otero** (folios 240 a 284 del cuaderno de pruebas No.16), ingeniero con estudios en ingeniería naval e ingeniería eléctrica, y director de TERMOFLORES durante 16 años, el Tribunal

destaca su respuesta a una pregunta del apoderado de las convocadas acerca de la repotenciación que se llevó a cabo en la unidad III de Termoflores: “*Las repotenciaciones que se hicieron a la unidad III si mi memoria no me falla consistían en colocarle unos nuevos álabes al compresor lo cual permitiría mejor eficiencia en el ingreso de aire a la turbina y por lo tanto al estar mejor refrigerada la turbina permitía dar más potencia. De todas maneras luego también se le hizo otra mediante un sistema que se llama wet compression el cual teníamos instalado en las unidades I y II desde varios años anteriores y habían funcionado muy bien, el cual consiste en hacerle una inyección de agua fría pulverizada al compresor refrigerando el compresor, teniendo aire más frío a la combustión y permitiendo aumentar el combustible, es decir aumentando directamente la potencia sin sobrepasar los límites de temperatura de la parte caliente. El generador tenía capacidad superior y capacidad excedente, o sea nunca se sobrepasó la capacidad de diseño del generador*”. Para el testigo Lequerica el aumento de la generación “*con la misma cantidad de combustible es una mejora de eficiencia, por lo tanto un menor costo de generación y mayor competitividad del sistema*”.

En otro aparte de su declaración, el testigo mencionado, igualmente a una pregunta del apoderado de las convocadas manifiesta que con ocasión de la implementación del sistema de compresión húmeda no se produjo cambio alguno en el programa de mantenimiento del equipo.

Ahora bien, el testigo **Juan Carlos Lancheros** (folios 117 a 152 del cuaderno de pruebas No. 11), gerente general de McLaren Young Colombia, ajustador de seguros, afirma en su declaración que el cambio de un sistema de compresión seco a un sistema de compresión húmeda consiste “*en empezar a utilizar la parte del compresor del equipo inyectándole en vez de aire seco vapor (...) se pueda hacer más caliente, básicamente esa es una modificación que se realiza para sacarle una mayor efectividad al equipo*”. La mayor efectividad del equipo, a juicio de este

testigo se ve demostrada, “en una mayor cantidad de revoluciones por minuto que puede utilizar el equipo en una mejor combustión de los gases y por ende entonces en una más eficiente generación de energía”.

Al responder la pregunta del apoderado de las convocadas acerca de si desde el punto de vista técnico la incorporación de un sistema de repotenciación como el descrito altera el estado del riesgo de un equipo de estos, manifiesta que, “si estamos hablando en términos de seguros no tengo claro a qué se refiere su pregunta, lo voy a dirigir desde dos puntos de vista, desde seguros y desde ingeniería, desde el punto de vista de ingeniería obviamente cualquier modificación a la condición de operación de un equipo implica que es necesario trabajar una serie de precauciones y toma de decisiones adicionales a las que vienen registradas inicialmente para el equipo, desde el punto de vista de seguros entendería que cualquier modificación de la forma como opera un equipo o de la forma como se está trabajando un equipo, evidentemente se trata de una modificación al riesgo que se estaba amparando en sí mismo”.

De otra parte, obra en el expediente a folios 171 a 256 del cuaderno de pruebas No. 1, con su correspondiente traducción, “**EL INFORME DE RIESGOS DE INGENIERÍA PREPARADO A NOMBRE DE HSBC INSURANCE BROKERS LIMITED POR JOHN GILDEN LTD.**”, de fecha 2 de marzo de 2005. Como se aprecia de las declaraciones anteriormente transcritas el señor Gilden es mencionado como inspector de riesgo que visitara las instalaciones de TERMOFLORES en Barranquilla en el mes de febrero de 2005.

El informe de Gilden, según allí se lee, describe las distintas unidades que conforman la planta de Termoflores y en relación con la Unidad III indica que es “una turbina Westinghouse de gas, de ciclo simple, modelo 50 1 F, repotenciada a

501 FC+, calibrada a 175 MW, que funciona con gas natural utilizando quemadores.”

En la parte inicial del informe se indica que la vista se realizó a la Planta Eléctrica de la Central Termoeléctrica Las Flores, “el lunes 21 y martes 22 de febrero de 2005. El objetivo de la vista era obtener una relación detallada de los posibles riesgos prevalecientes y futuros relacionados con el programa de reaseguro. Existió un objetivo adicional que consistía en preparar un informe tanto para beneficio de los Reaseguradores como de información para los aseguradores y también para la gerente de Las Flores, con el fin de identificar los riesgos y explorar la posibilidad de mejorarlos.”

En el numeral 2 del informe titulado “**Tabla de clasificación del riesgo**” se anota que “Westinghouse hizo las pruebas de funcionamiento de ambas unidades # 2 y 3 antes y después de las modificaciones, para demostrar que se habían alcanzado los aumentos de generación de potencia.” Igualmente menciona el informe de Gilden que las tres unidades operativas “tienen mínima carga operativa (...) la instalación de compresión húmeda no tuvo un efecto que se pudiera notar sobre los niveles de vibración del eje de las unidades # 2 o #3. La compresión húmeda únicamente están servicio (sic) cuando las máquinas están operando a carga base, de otra forma la compresión húmeda sales servicio (sic) y la compresión húmeda tiene un efecto benéfico sobre la limpieza del compresor”.

Al analizar los anteriores medios probatorios, no encuentra el Tribunal una comprobación objetiva de que a raíz de las actualizaciones o repotenciaciones experimentada por la Unidad III de TERMOFLORES, se hubiera presentado un aumento de la probabilidad o intensidad del riesgo, por cuanto se desprende de aquellos que las mismas fueron realizadas por el fabricante Siemens con el fin de

mejorar la eficiencia del equipo, sin que se produjera cambio alguno en el programa de mantenimiento.

Según el artículo 1060 del C.de comercio, la agravación del estado del riesgo debe determinarse con base en los criterios consignados en el inciso segundo del artículo 1058 del C. de Comercio, es decir, que la agravación del estado del riesgo debe suponer un cambio tal en las condiciones del mismo, que impliquen que el asegurador o no hubiera celebrado el contrato de seguro en las nuevas condiciones del riesgo, o lo hubiera celebrado en términos más onerosos. Ello no fue demostrado en este caso.

Por lo demás el extenso informe de John Gilden que se refiere al conjunto de la unidad de generación afirma, entre otros aspectos, que, “*se considera que la cantidad de protección del proceso, control e instrumentación que se proporciona a la turbina de gas de la Central Eléctrica de Las Flores, es más amplia de lo que se encuentra normalmente en una central eléctrica CCGT con turbina de gas de esta clase, tamaño y edad. De acuerdo con las revisiones hechas durante la revisión, el equipo está en excelentes condiciones y no se identificaron condiciones anormales... Los sistemas de control de las turbinas de gas y de CCGT son seguros y efectúan todas las funciones necesarias de control y adquisición de datos. Los datos de la subestación también se trasmiten al cuarto de control. Existen sistemas adecuados de respaldo, y un sistema de seguridad interconectado mediante cableado de todo el sistema. No existe ninguna facilidad para el arranque local de cualquiera de las tres turbinas de gas y actualmente sólo se pueden arrancar desde el cuarto de control*”.

En cuanto al mantenimiento de los equipos, el informe es claro en señalar que, “*se observaron excelentes niveles de calidad del mantenimiento en toda la planta y las cifras de rendimiento respaldan esta observación. La planta ha desarrollado un*

conjunto completo de normas de mantenimiento y aplica las normas ISO 9001 a esta documentación”.

Concluye el Tribunal así que al haberse realizado esas repotenciaciones de la Unidad III durante la vigencia del contrato comprendida entre el 5 de mayo de 2004 y el 5 de mayo de 2005, anterior a la vigencia de ocurrencia del siniestro, es decir, la comprendida entre el 5 de mayo de 2005 y el 5 de mayo de 2006, y haber sido inspeccionado el riesgo por parte de las aseguradoras y reaseguradoras en febrero de 2005, incluyendo por supuesto el estado en que se encontraba la Unidad III después de la actualización, según quedó establecido, ciertamente no tienen razón las aseguradoras al sostener que por existir una agravación del estado del riesgo y no haber sido notificadas oportunamente de aquellas repotenciaciones, tales hechos implican la terminación del contrato de seguro previamente a la ocurrencia del daño y consecuencialmente motivo de objeción al pago de la indemnización, mucho menos cuando, cuando como ha quedado dicho, no han proveído prueba alguna que demuestre la existencia de una “agravación” del estado del riesgo en los términos a que se refiere el artículo 1060 del C. de Comercio.

Por lo demás, como argumento adicional, anota el Tribunal que la renovación del contrato para el periodo de mayo de 2005 a mayo de 2006 se realizó con apego a la cláusula **“conocimiento del riesgo”** según se desprende de la página A4 del anexo 17 (folio 76 del cuaderno de pruebas No. 1), En efecto, en el caso sometido a decisión del Tribunal se observa, en las denominadas condiciones previstas en la página B2, la inclusión de una previsión nominada “conocimiento del riesgo”, la que carece de redacción alguna, es decir, se erige en una condición por referencia, al igual que la mención a las otras varias cláusulas que si bien carecen de contenido semántico o de significación, han de tener efectos interpretativos del alcance y contenido del contrato de seguro.

¿Cómo conciliar la oposición de las sociedades convocadas frente al desconocimiento alegado de determinadas variaciones, transformaciones o cambios del bien asegurado frente a la expresa previsión contractual de “conocimiento del riesgo”? A juicio del Tribunal, esa contradicción se ha de resolver con el entendimiento de comprender que la aseguradora manifestó claramente saber condiciones del riesgo no simplemente derivado de la solicitud de seguros o de visitas que haya podido realizar sino principalmente de una expresión -como profesional de la actividad aseguradora- de estar al tanto de las condiciones singulares del riesgo, que lo hizo tanto en certificado de emisión como en el de renovación. El Tribunal estima que carecería de interés la inclusión de una condición en este sentido solamente para mencionar que ha de existir entre las partes del contrato de seguro un conocimiento del riesgo, sino que se destaca una especial valoración que del mismo han hecho las mismas, que frente a la aseguradora ha de implicar una restricción de invocar justamente ignorancia de una situación de la cual anticipadamente expresó conocimiento. La prevalencia entre aquello que las partes del contrato de seguro han delimitado de manera particular como esta mención de conocimiento de riesgo respecto de las condiciones generales de la póliza permite inferir la eficacia y darle alcance a la mencionada condición y no acoger la defensa de las sociedades convocadas.

6. El incumplimiento de las garantías por parte de TERMOFLORES. (Excepción No. 8)

Las aseguradoras demandadas han sostenido la falta de cobertura del seguro por el incumplimiento de las garantías por parte de TERMOFLORES, propuesta como excepción número ocho en el escrito de contestación de la demanda.

A juicio de la parte convocada la condición décima – sexta de las condiciones generales de la póliza de seguros 20085 establece las garantías que debe cumplir el asegurado y que no fueron atendidas u observadas por Termoflores.

La cláusula en mención reza así:

"CONDICIÓN DÉCIMA SEXTA - OBLIGACIÓN DEL ASEGURADO

La cobertura de ésta póliza queda sujeta al cumplimiento por parte del Asegurado, de las siguientes condiciones:

- a) *Mantener los bienes asegurados en buen estado de funcionamiento.*
- b) *No sobrecargarlos habitual o esporádicamente ni 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, mantenimiento y funcionamiento de la maquinaria y equipos tales como alarmas ópticas para el control de temperatura, humedad, humo y estabilizadores apropiados a las necesidades de los equipos.*
- d) *Reportar de inmediato cualquier hecho o circunstancia que agrave, modifique el riesgo, o implique su agravación.*

En caso de que el Asegurado no cumpla con las anteriores garantías, LA COMPAÑÍA dará 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." (Negrilla fuera del texto)

Afirman las aseguradoras convocadas que, en primer lugar, TERMOFLORES no reportó de manera inmediata la realización del "Upgrade" o mejora al sistema de

compresión húmeda efectuado a la Unidad III, lo cual agravó el riesgo de la máquina.

En segundo lugar, que TERMOFLORES no mantuvo en buen estado de funcionamiento el rotor del generador de la Unidad 3. Afirman que, a pesar de que en Julio de 2005 se constató la migración de las bobinas del rotor y de que Siemens le recomendó efectuar los ajustes correspondientes, TERMOFLORES decidió no acometer tales ajustes y continuó operando la máquina durante un periodo de aproximadamente un año y medio. TERMOFLORES tan solo acometió las labores de corrección y modernización de su rotor a finales del año 2006.

Por consiguiente, dicen las aseguradoras que al no cumplir TERMOFLORES con las anteriores garantías no hay lugar a que se ampare el riesgo y pague la indemnización como consecuencia del evento ocurrido.

En cuanto al primer aspecto, ya el Tribunal se ocupó a espacio de este asunto en el acápite anterior lo que hace irrelevante abordarlo nuevamente por no encontrarse acreditados los supuestos de hecho con trascendencia suficiente para declarar los efectos jurídicos perseguidos por las aseguradoras.

En cuanto al segundo aspecto planteado por las aseguradoras tampoco encuentra el Tribunal soporte suficiente para declarar el incumplimiento de la garantía por cuanto los medios probatorios arrimados al expediente demuestran que las acciones tomadas por TERMOFLORES para poner en funcionamiento el equipo una vez la unidad III presentó la vibración anormal no lucen antojadizas o desprovistas de un fundamento razonado y técnico de acuerdo con lo que evidenciaban en esos momentos las inspecciones y análisis efectuadas a la maquinaria.

En efecto, el testimonio rendido por el señor **Carlos Alberto Salazar Jiménez**, (folios 169 a 209 del cuaderno de pruebas No. 11) que como ya se indicara es responsable del mantenimiento de las unidades de generación de TERMOFLORES, es claro, preciso, completo y coherente en cuanto a las acciones llevadas a cabo por la sociedad demandante una vez presentado el daño ocurrido el 15 de julio de 2005. Relata este testigo que al presentarse ese día en la madrugada en el proceso normal de arranque de la unidad 3 unas alarmas de vibración, después de que la máquina venía operando normalmente desde 1998, se decidió dejarla fuera de servicio para hacerle una inspección inmediata, para lo cual TERMOFLORES se puso en contacto con Siemens dado que esta entidad, como fabricante de la unidad, tiene un servicio de diagnostico remoto de las máquinas desde Orlando las veinticuatro horas del día. Conjuntamente con Siemens se coordinó la importación de unos equipos de análisis especializado para poder entrar al generador de tal forma que se pudiera ver qué estaba pasando. La inspección que se realizó, según el testigo mencionado, fue mediante un robot que al entrar al rotor detectó que unas seis bobinas estaban desplazadas.

Detectado el daño que al decir del mencionado testigo fue algo totalmente anormal, Termoflores se ocupó de tomar las medidas técnicas que de acuerdo con las circunstancias eran las más adecuadas y de conformidad con las posibles causas detectadas por Siemens en la inspección, es decir, un daño en la superficie interna o bobinas que estuvieran deformadas o alteradas que produjeran las vibraciones o daños en las bobinas a lo largo del cuerpo mismo del rotor. Afirma el testigo que detectadas esas posibles causas, se sometió la máquina a pruebas severas que indicaron que la unidad había vuelto a una condición normal por lo que se decidió continuar con su operación sin dejar de monitorear su funcionamiento y explorar opciones de reparación que mitigaran en lo posible la indisponibilidad del equipo siempre contando con la asistencia técnica de Siemens, opciones, que de acuerdo con el dicho del testigo, consistían en intentar hacer una reparación parcial

en el sitio, mediante la importación de los equipos necesarios, con el riesgo de que si eran más de dos bobinas las dañadas había que tomar la decisión de enviar el rotor a las instalaciones de Siemens en Estados Unidos para hacerle una rebobinada completa o también cambiar el rotor por uno nuevo cuyo costo, a juicio del testigo Salazar, era de alrededor de US\$3 millones con un tiempo de fabricación de 25 meses o reemplazar el rotor por uno ya usado.

Otros testimonios y medios probatorios obrantes en el expediente evidencian igualmente que las acciones tomadas por TERMOFLORES para poner en funcionamiento nuevamente la Unidad III estuvieron dentro de la órbita de las garantías a que alude la cláusula décima sexta de las condiciones generales de la póliza 20085 traída a colación por las aseguradoras. En este sentido observa el Tribunal que el testimonio de Hilberto Díaz Martínez, gerente de planta de la central de la Termoeléctrica Termoflores de la ciudad de Barranquilla, (folios 309 a 351 cuaderno de pruebas No. 8), es también completo y coincidente con el testimonio del señor Carlos Alberto Salazar en cuanto a las decisiones técnicas adoptadas por Termoflores en coordinación con Siemens tendientes a seguir operando el equipo una vez efectuados los análisis y observados los informes producidos alrededor del daño sufrido por la Unidad Flores III.

El cruce de correos electrónicos entre TERMOFLORES y Siemens a partir del 15 de julio de 2005 que aparecen a folios 257 a 259 del Cuaderno de Pruebas No. 1, y su correspondiente traducción a folios 1 a 4 del Cuaderno de Pruebas No. 6 son igualmente reveladores de la debida diligencia y cuidado empleados por la convocante para poner en funcionamiento el equipo debidamente y en forma adecuada a diferencia de lo sostenido por las aseguradoras en el trámite del proceso.

De igual manera obra en el expediente que antes de poner en funcionamiento el equipo se practicó una “*Inspección Fast Gen*”, o inspección interna, mediante robot, el día 27 de julio de 2005, realizada por técnicos del fabricante, como resultado del cual se elaboró un informe (folios 277 a 300 del cuaderno de pruebas No. 1, cuya traducción obra a folios 36 a 68 del cuaderno de pruebas No.12) que constituyó fundamento para continuar con la operación del equipo según lo manifestaron los testigos mencionados, informe que evidencia ciertamente la existencia de un “*desplazamiento de las expiras del extremo*” y daño “*en los bloques de aislamiento de cruce*” así como “*rastros de cobre alojados en la bobina número tres y el bloque de aislamiento*”. El informe indica además que existe un riesgo al funcionar la unidad con ventilación bloqueada: “*con base en inspecciones de otras unidades, este riesgo no es elevado*”. Señala el experto que realizó la inspección, Mark Fischer, que si no se puede reparar la unidad, “*en este momento, pueden tomarse medidas para mitigar el riesgo. Estas incluyen: mantener la corriente de campo lo más baja posible. Esto minimizará el calor, el crecimiento térmico y la vibración. Mantener la corriente de campo lo más constante posible. Monitorear todos los disparos. Operar dentro de los límites de la alarma de vibración. Los materiales para manejar esto deben ordenarse para la próxima parada en octubre.*”

No resulta entonces de recibo por parte del Tribunal la afirmación de las aseguradoras según la cual TERMOFLORES puso en funcionamiento el equipo de una manera inadecuada por lo que en su momento así habrá de declararlo el Tribunal al resolver la excepción propuesta en este sentido.

7. La opción asumida por Termoflores de ordenar al fabricante el rebobinado total del rotor. Alcance de la obligación del asegurador en este caso, en cuanto a daño emergente se refiere. (Excepción 9, sin perjuicio de otras consideraciones que se hacen posteriormente)

Conforme a lo que se ha visto hasta el momento, el Tribunal encuentra que ocurrió un daño cubierto por la póliza de seguro que sirve base a la demanda y que en consecuencia el asegurador debe reparar ese daño. Lo que debe definirse a continuación es si la obligación del asegurador, a la luz del contrato de seguro y dado que la máquina fue reparada, debe cubrir integralmente las labores que el fabricante llevó a cabo en el rotor en sus talleres de Charlotte por orden de TERMOFLORES, o si, por el contrario, debe concretarse en una suma diferente.

Al respecto debe servir como base de orientación lo dispuesto por la cláusula séptima de las condiciones generales de la póliza que se refiere a la determinación del daño indemnizable. Dicha cláusula señala, entre otros, que la indemnización como regla general será pagadera en dinero sin importar que ella se haga por el valor de reposición, reemplazo, reparación o reconstrucción, sin que ello obste para que la Compañía haga uso de la facultad de indemnizar mediante el reemplazo, la reposición, reparación o reconstrucción del interés o del conjunto de intereses asegurados, afectados por el siniestro.

Lo anterior indica que la obligación del asegurador, cuando se trata como en este caso del daño parcial de una maquinaria, es en principio pagar en dinero y por valor de reposición o reemplazo la reparación que se lleve a cabo.

No obstante, es preciso advertir que la reparación que se lleve a cabo, debe ser obviamente la reparación adecuada y que, en casos como este, en el que se procedió a llevar a cabo una reparación sin que las partes hubieran llegado previa o posteriormente a un acuerdo sobre ello y en que resulta evidente que esas partes debaten sobre cuál debió ser la reparación adecuada, es el Juez quien finalmente debe decidir, estableciendo además las consecuencias que se pueden derivar eventualmente de la conducta de las partes antes y después de sucedida la reparación. Ni al asegurador ni al asegurado les es dable hacer imposiciones

arbitrarias a este respecto y el deber recíproco de conducta leal y de buena fé se impone particularmente en esta etapa del desarrollo del contrato.

El Tribunal debe observar a partir del análisis del intercambio de comunicaciones existentes entre TERMOFLORES, sus aseguradores y reaseguradores y los intermediarios correspondientes, lo siguiente:

- a) las aseguradoras demandadas en cabeza de la aseguradora líder, guardaron silencio frente a la comunicación en la que recibieron la noticia del evento ocurrido el 14 de julio de 2.005, limitándose aparentemente a dar traslado del asunto a la firma de ajustadores que estaba prevista en el contrato de seguro Mc Larens Young International y se abstuvieron en delante de enviar o contestar comunicación alguna al asegurado.
- b) TERMOFLORES por su parte, prescindió asimismo de cualquier comunicación directa a sus aseguradores y optó por relacionarse exclusivamente en muy contadas ocasiones con el ajustador designado, a quien ignoró sistemáticamente, y con los corredores de reaseguro, la firma HSBC, a quienes suministró efectivamente las informaciones de carácter técnico que le fueron solicitadas, como se verá más adelante.

Como el asunto vinculado con la toma de decisión por el rebobinado resulta crucial en la controversia sometida a discusión del Tribunal, éste considera necesario aludir a la secuencia de las comunicaciones habidas entre TERMOFLORES y sus aseguradores y reaseguradores, incluido el corredor de reaseguros, a partir de las pruebas allegadas al proceso. En primer lugar, el asegurado dirige dos comunicaciones a su asegurador directo, bajo la forma de avisos de siniestro, a raíz del primer evento ocurrido el 14 de julio de 2005, mediante la comunicación de 27 de julio del mismo año y con ocasión de las nuevas vibraciones ocurridas en el

mes de marzo de 2006, mediante la comunicación del 22 del mismo mes, emanada del corredor de seguros, mediante la cual se adjunta el informe del asegurado mismo.

La discusión entre las partes relativa a si hubo o no conocimiento del asegurador y de los reaseguradores acerca de las opciones de reparación del rotor, tuvo los siguientes desarrollos por vía electrónica o por otros medios:

1 –Comunicación del 1 de agosto de 2005, mediante la cual el ingeniero Juan Carlos Lancheros de McLaren Young señala que su visita a la planta es inoficiosa por tener conocimiento que el rotor fue nuevamente montado y cerrado, en respuesta a una comunicación tardía de TERMOFLORES. Solicita se informe sobre los trabajos realizados y sobre si va a existir o no reclamación al respecto. Esta comunicación no aparece respondida por TERMOFLORES.

2 – Comunicación del 11 de agosto de 2005, mediante la cual el mismo ingeniero Lancheros solicita informes y fotografías sobre el evento sucedido el 14 de julio de 2005 e insiste en preguntar si va a existir o no una reclamación al respecto. Esta comunicación al parecer fue reiterada en octubre, noviembre y diciembre del mismo año y en febrero de 2006. Tampoco existe una respuesta de TERMOFLORES a esas comunicaciones.

3 – Comunicación de 2 de marzo de 2006, mediante la cual Andrés Cardona de TERMOFLORES informa a Nick Burn de la sociedad corredora de reaseguros, de los nuevos eventos que afectaron el rotor en esa fecha, informa sobre las recomendaciones a corto y largo plazo que Siemens había hecho para la reparación del rotor, entre ellas, dentro de las últimas, el rebobinado completo del rotor y pide colaboración para determinar si hubo un siniestro y cómo deben proceder. Existe

evidencia que de esta comunicación el corredor de reaseguros dio traslado por lo menos a uno de los reaseguradores (LIU- Londres) el 13 de marzo de 2006.

4 – Al día siguiente, 3 de marzo de 2006, Nick Burn responde la comunicación indicando que ha hablado con el ajustador Charlie Brooman White, quien se comunicará telefónicamente con TERMOFLORES.

5 – El 21 de marzo de 2006, Andrés Cardona de TERMOFLORES remite a Nick Burn intermediario de reaseguros, la presentación hecha el 27 de febrero de 2006 por Siemens y anuncia el envío de otra presentación más corta que Siemens habría hecho el año anterior. En otra comunicación de la misma fecha, Andrés Cardona le envía a Nick Burn la oferta de servicios de Siemens para la reparación del rotor. A continuación de estas comunicaciones, Tracy Allen de la firma de correderos de reaseguros, remite a Chris Bouner del reasegurador (LIU Londres), las comunicaciones recibidas de TERMOFLORES el 24 de marzo.

6 – El 23 de marzo siguiente, Nick Burn de la intermediaria de reaseguros informa a TERMOFLORES que han venido discutiendo el asunto relativo a la unidad tres con los principales reaseguradores y que se ha decidido realizar una teleconferencia para el 29 de marzo, previo el planteamiento de un listado de preguntas para ser discutido.

7 – Existe una importante comunicación del 23 de marzo de 2006, en la cual el señor Kevin Seakins, uno de los voceros de los reaseguradores, señala al corredor de reaseguros que están informados de que Siemens ha dicho a los asegurados que “*en última instancia habrá necesidad de reemplazar o rebobinar el rotor (...)*”, por lo cual se ha solicitado al ajustador visitar el sitio; que a su juicio el rotor debía ser apagado, inspeccionado y determinarse plenamente el alcance del defecto; pero que Termoflores no ha tomado ninguna decisión ni se les ha informado plenamente

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

sobre el asunto. Solicita expresamente se envíe a los aseguradores una copia del informe de inspección de Siemens y sus recomendaciones a la mayor brevedad.

8 - El 28 de marzo de 2006, los reaseguradores remiten a TERMOFLORES un cuestionario, con el propósito de acopiar “*la mayor cantidad de documentación solicitada antes de la teleconferencia*”, con expresa indicación de la necesidad de respuesta de la pregunta número 19 atinente a la responsabilidad del fabricante. El 28 de marzo de 2006, Andrés Cardona de TERMOFLORES remite al intermediario de reaseguro (Edgard Oydiran), un archivo con las respuestas al listado de preguntas elaborado por los reaseguradores. Dentro de esas preguntas se destacan las números 13 y 16, de cuyas respuestas se deduce que los reaseguradores son conscientes de que una de las alternativas posibles es el rebobinado del rotor y que TERMOFLORES ha descartado la realización de las reparaciones temporales recomendadas por Siemens. De manera específica, el tomador remite al reasegurador la respuesta al cuestionario que éste le formula, que obra en el cuaderno de pruebas número 1 en los folios 380 -398 con traducción identificada con el número 224 visible en los folios 69 a 71 del cuaderno de pruebas 12; de las mencionadas respuestas se observa que la número 13 alude al rebobinado, así: “*Ha cuestionado Termoflores los tiempos requeridos ya sea para rebobinar el rotor actual o tener rotores de repuesto disponibles? ¿Cuál sería el mejor esfuerzo que podría hacer Siemens si se agilizara el proceso?*” La respuesta es “*Sí, hemos solicitado un menor tiempo para la reparación pero SPG insiste en que seis meses es su mejor tiempo de entrega*”. Esa pregunta se formula en el contexto conocido en ese momento por las partes que procura esclarecer el contenido del problema, su origen, la capacidad de daño y las preguntas se orientan a solicitudes que los reaseguradores hacen al tomador para que éste amplíe información, recaude material y documentación y permite destacar la importancia que determinados temas tienen para los primeros, entre ellos el rebobinado.

Igualmente el reasegurador en la pregunta número 16 indaga a TERMOFLORES si “*Está planeando realizar las reparaciones temporales recomendadas por Siemens durante la inspección de combustión de agosto de 2006 o en algún otro momento?*”, cuya respuesta es “*Tenemos en nuestro poder la cotización de Siemens para la reparación temporal y la tenemos como alternativa, pero creemos que no es conveniente porque según Siemens, los resultados en el largo plazo no son confiables*”.

Termoflores remite a los reaseguradores el 29 de marzo de 2006 un archivo denominado “*Unit 3 generator rotor update to insurers March 28.06 doc*”; el mismo 29 de marzo de 2006 en otro mensaje TERMOFLORES hace una aclaración respecto del número de horas y adjunta un archivo adicional contraído al requerimiento número 18.

Al interior de TERMOFLORES, los días 30 y 31 de marzo de 2006 identifican los participantes en la teleconferencia llevada a cabo el 29 de marzo de 2006. Existe evidencia de la realización de la mencionada teleconferencia, en la que participaron representantes de los ajustadores, los corredores de reaseguros y los reaseguradores, junto con el asegurado, sin contar los numerosos contactos telefónicos adicionales que surgieron de todo lo anterior, entre las mismas partes.

9 – Existen posteriormente dos comunicaciones remitidas por Mike Thomas, asesor de los ajustadores, una del 30 de marzo de 2006 a Paul Markham de LIU- Londres, reasegurador y otra de 5 de abril de 2006 a Charlie Brooman de McLaren, con copia a Mark Bremen, en las cuales además de una información técnica muy completa de lo que puede estar pasando con el rotor, se expresa el alcance que podría tener el rebobinado del mismo. Por otra parte y a pesar de que el reasegurador parece querer reunir elementos de juicio para hacer una recomendación a TERMOFLORES, el experto aconseja no hacerlas.

10 – El 14 de julio de 2006, el corredor de reaseguros le pide a Andrés Cardona de TERMOFLORES, le confirme si su entendimiento en el sentido de que se va a reparar el rotor en el sitio es correcto. Solicita que les informe la razón del cambio de decisión y cuándo va a ser la interrupción programada, porque seguramente a los reaseguradores les gustaría estar presentes. A continuación, Andrés Cardona de TERMOFLORES confirma que el rotor será reparado en el sitio por Siemens.

11 – El 20 de noviembre de 2006 se produce la comunicación de TERMOFLORES a ROYAL & SUN ALLIANCE, en el sentido de que el rotor será retirado al día siguiente para su inspección y reparación.

Tales son las respuestas y la secuencia documental que se sucede entre los reaseguradores y Termoflores, en torno al rotor 3, cuya recapitulación resulta de importancia frente a la manifestación hecha por el apoderado de la parte convocante en el escrito de alegaciones en el sentido de la cobertura de la información suministrada por el tomador TERMOFLORES a los reaseguradores.

En adición a lo señalado en otro aparte del presente Laudo, en cuanto a la relación entre tomador, asegurador y reaseguradores, se advierte que la presencia del reasegurador como interlocutor del tomador corresponde a un seguro de grandes riesgos, admitido por la legislación colombiana (numeral 1 del artículo 185 del Estatuto Orgánico del sistema Financiero) en el estatuto orgánico del sistema financiero, en los cuales junto con la posibilidad de señalar condiciones diferentes a las ordinarias para el pago de la indemnización o la fijación de la tasa de interés moratorio, es frecuente que se trascienda el diálogo contractual frente al asegurador y como práctica corriente se trabe la relación entre el tomador y el reasegurador, como aconteció en el presente caso. El asegurador que así procede pasa, en mayoritario número de eventos, a ser un agente de transferencia de información o

simplemente se constituye en profesional que presencia, si ello le es posible, el cambio de mensajes e informaciones, pero ello nada le resta a la retención del riesgo jurídico que, como en este caso, mantiene frente al tomador. Si bien naturalmente existe un asegurador que celebra el contrato de seguro, las convocadas que concurren a este trámite y una sociedad corredora de seguros como intermediaria del seguro directo, la realidad del negocio indica en este caso que los mensajes del tomador se cruzaron con los reaseguradores o con el corredor de reaseguros, con excepción de muy escasas comunicaciones hechas por el tomador directamente, o a través del corredor, a su asegurador.

Por lo anterior el asegurador no puede alegar ignorancia sobre la información y la correspondencia cruzada entre el tomador del seguro y los reaseguradores, cuando ella se ha producido, como en este caso, en desarrollo de la cláusula de control de reclamos dentro de este contexto de seguro de grandes riesgos donde además el asegurador ha cedido a los reaseguradores una gran proporción, si no la totalidad, de los riesgos. Adicionalmente la mención a la cláusula de control de reclamos está expresamente consignada en la carátula de la póliza.

Ello no implica extinción o atenuación de la responsabilidad del asegurador local, simplemente que el reasegurador actúa como vocero del asegurador y por esa razón, en prevención de dificultades que puedan surgir de esa situación, la legislación colombiana se ocupa de precisar, en el artículo 1080 del C. de Co, que el reaseguro no varía los términos del contrato de seguro y también que el reaseguro no puede servir de pretexto para posponer o dilatar el cumplimiento de las obligaciones del asegurador local.

La anterior precisión es útil para destacar que frente a la obligación derivada de una actividad profesional o empresarial como la que desarrollan el asegurador y en este caso el tomador, las comunicaciones que recogen su relación, aparejan un grado

de diligencia o una conducta exigible vinculada con la prestación debida, como es el pago de la indemnización si hubiese siniestro y éste fuese indemnizable y la información que el tomador deba suministrarle al asegurador.

Lo anterior, sumado al hecho de que en este caso existe una cláusula de control de reclamos que le permite al reasegurador ampliamente intervenir en la etapa de reclamación y ajuste de las indemnizaciones derivadas de siniestro, sin que se altere, como ya dijo la responsabilidad jurídica del asegurador como tal, permite considerar que éste no puede alegar ignorancia acerca de las conversaciones y correspondencia sostenidas directamente entre el asegurado y los reaseguradores a propósito de un determinado siniestro y en desarrollo precisamente de la cláusula de control de reclamos a la que se ha hecho referencia y que se encuentra contenida en el contrato de seguro, ni aún cuando ha mantenido un sistemático silencio frente a las comunicaciones que recibió directamente de su asegurado. Si, como ocurre en este caso el reasegurador directamente o a través del corredor de reaseguros ha optado por mantener una correspondencia directa con el asegurado a propósito de un determinado siniestro, debe darse por descontado y asumirse que esa correspondencia es del conocimiento del asegurador, toda vez que éste no puede ignorar que se esté desarrollando la cláusula de control de reclamos que, por lo demás, figura en la misma carátula de la póliza.

El cruce de correspondencia que se ha registrado, demuestra que el asegurador en este caso, se abstuvo intencionalmente, a partir del mes de Marzo de 2.006, cuando estuvieron en su poder informaciones muy precisas acerca de lo que había acontecido con el rotor y las alternativas de su reparación o reposición, de suministrar al asegurado sus puntos de vista sobre el tema que tocaba tan claramente la operación de la termoeléctrica. Los informes recibidos del experto Mike Thomas y directamente de TERMOFLORES, que estaban en poder de los

reaseguradores, eran por demás indicativos de las características técnicas del daño y de los medios que podían eventualmente ser utilizados para superarlo.

Es cierto que entre el mes de Julio y Noviembre de 2.006, TERMOFLORES ante las diferentes alternativas de reparación optó por ordenar el rebobinado completo del rotor y que esa decisión no fue previamente consultada con el asegurador, pero lo cierto es que el asegurador sabía que esta era una de las alternativas posibles y en ningún momento, estando en posibilidad de hacerlo, discutió u objetó esa posibilidad, ni aportó ninguna colaboración al asegurado para tomar una decisión que era claramente difícil.

El asegurador ha alegado a lo largo del proceso la inexistencia de aviso de siniestro y de reclamación, insistiendo en que lo que el asegurado informó fue un episodio de vibraciones anormales y que reclamación nunca fue presentada. No obstante, las complejidades técnicas que puede presentar un evento claramente anormal y perturbador como el que se presentó, excluyen de hecho una exigencia formal de calificativos especiales que por otro lado la ley no señala, respecto de lo que debe entenderse por un aviso de siniestro y la ausencia de una reclamación formal, cuando se trata igualmente de una reparación que por necesidad igualmente técnica debe requerir de tiempo y de toma previa de muchas y complejas decisiones, necesariamente conduce a la necesidad de que, en desarrollo de los deberes secundarios de conducta que surgen del contrato de seguro, el asegurador provea al asegurado de adecuada orientación y consejo en la etapa posterior a la ocurrencia de un eventual siniestro y aunque no se haya formalizado aún la reclamación.

El Tribunal desde luego debe señalar que Termoflores, dentro de una relación comercial normal de mutua colaboración, debió informar al asegurador directamente o a sus reaseguradores sobre el cambio definitivo de su decisión de no reparar el

rotor en el sitio sino de enviarlo a los talleres del fabricante para efectuar un rebobinado completo, pero esa falta no descarta el hecho de que, por una parte el asegurador guardó silencio sistemático e injustificado sobre sus propias consideraciones acerca de lo que estaba pasando, lo cual hubiera podido ciertamente influir oportunamente en la decisión de su asegurado y, por otra, solo de haberse demostrado plenamente la inadecuación desde el punto de vista técnica del rebobinado completo del rotor en los talleres del fabricante, podría con fundamento considerarse errada la decisión del asegurado.

A este respecto, luego del debate probatorio ha quedado demostrado que el asegurado TERMOFLORES evaluó con todo esmero y cuidado las diferentes opciones de reparación y reposición del rotor afectado, las de reparación entre la posibilidad de hacerlo en el sitio mediante el reposicionamiento de las bobinas, o en los talleres del fabricante en la ciudad de Charlotte; las de reposición mediante la adquisición de un nuevo rotor o el alquiler de uno ajeno. Que se evaluó igualmente y en forma correcta la conveniencia de que en cualquier caso la reparación fuera llevada a cabo por el fabricante, no obstante haberse considerado oportunamente la posibilidad de que otras empresas de seriedad reconocida en el mercado la hicieran. También ha quedado demostrado, como ya se dijo, que los reaseguradores conocieron básicamente que se estudiaban esas diferentes opciones.

El Tribunal debe insistir en que, dada la información que estaba ya en poder de los reaseguradores y consecuencialmente del asegurador en el mes de Marzo de 2.006, el asegurador estaba en capacidad, directamente o a través de los reaseguradores o de su corredor de reaseguros, de orientar al asegurado y aportarle elementos de juicio que el mismo necesitaba para tomar una decisión ante un delicado y complejo problema técnico que se daba por el hecho de las distintas alternativas de reparación posibles, una vez que las alternativas de reposición con

un rotor nuevo o ajeno habían sido desechadas por otras razones. Al optar por no hacer esa orientación ni aportar esos elementos de juicio, el asegurador a juicio del Tribunal violó los deberes secundarios de conducta que le impone el contrato de seguro en lo que se refiere a la orientación y a la información que debe suministrar a su asegurado con posterioridad a la ocurrencia de un hecho que puede estar cubierto por el siniestro. Esta orientación se debe dirigir con transparencia y lealtad, primero a señalarle las razones por las cuales a su juicio el evento no se encuentra cubierto por el seguro, en caso de que existan, y, segundo, en caso de existir cobertura, qué conductas debe asumir para formalizar debidamente y en el término más corto posible la reclamación, advirtiéndole claramente, si es el caso, las vías de indemnización que son a su juicio las procedentes. Dentro de este contexto es que el asegurador puede decidir en un momento dado si va a indemnizar en dinero o mediante la reposición, reconstrucción o reparación de los bienes a los que se encuentra vinculado el interés asegurable, opción que como ya se vio le concedía en este caso no solo el artículo 1.110 del C. de Co. sino la cláusula séptima de las condiciones generales del contrato de seguro, o dar o negar su visto bueno o conformidad con la reparación propuesta por el asegurado, que es lo que prevé en este caso la cláusula décimo segunda de esas mismas condiciones generales.

Para el Tribunal en este caso es evidente que TERMOFLORES, al remitir a los reaseguradores información suficiente sobre las alternativas de reparación e incluso cotizaciones referentes a algunas de esas diferentes alternativas, aún sin existir una reclamación formal todavía, puesto que evidentemente ello no puede ocurrir mientras no existan las pruebas efectivas de la cuantía del siniestro, una vez se hubiere realizado la reparación, puso a éstos y a los aseguradores en capacidad de tomar las decisiones antes referidas.

En este caso, ni aún ante la noticia ciertamente tardía y ya inalterable que TERMOFLORES diera a sus aseguradores el 20 de Noviembre de 2.006, sobre el

envío del rotor al día siguiente a la ciudad de Charlotte, éstos discutieron o advirtieron sobre sus objeciones a esa vía de reparación, y mantuvieron su silencio, aún posteriormente, a pesar de que un experto a su servicio, el ingeniero Mike Thomas, se desplazó a los talleres y presenció, así sea fugazmente, las labores iniciales de reparación.

La consecuencia de la violación de ese deber secundario de conducta, desde luego no puede significar que el asegurado pueda tomar arbitrariamente cualquier decisión por costosa que sea sobre la forma que debe procederse a la reparación de los bienes afectados por el siniestro, pero si limita ciertamente la posibilidad de que el asegurador pueda afirmar que, por no haber dado su visto bueno o autorización previa, el valor de la reparación, en los términos asumidos por el asegurado, no debe ser reconocido. Ahora bien, a pesar de la intensidad del debate probatorio a este respecto, el Tribunal considera que las aseguradoras no pudieron demostrar plenamente la inadecuación o improcedencia del tipo de reparación a la que el rotor fue sometido, incluido en esa reparación el alto costo que significó la remisión del rotor a los Estados Unidos.

Las razones que ha aducido TERMOFLORES para optar definitivamente por esa decisión, que, como ya se dijo y se reitera, formaba parte del abanico de opciones de reparación que los reaseguradores y consecuencialmente el asegurador conocían, resultan válidas para el Tribunal. En efecto: El fabricante del rotor, con base en su experiencia previa, había advertido, antes de procederse a ella, que a su juicio la reparación en el sitio era una solución que ellos consideraban de corto plazo, lo que suponía que existía la posibilidad de que más adelante el daño pudiera volver a presentarse más o menos rápidamente con riesgo de pérdida mayor en todo sentido, dada la necesidad además, de contar con turnos oportunos tanto en el taller del fabricante como para efectos del transporte; por otra parte, que de encontrarse que la migración afectaba a más de dos de las bobinas del rotor en el momento de su reparación en el sitio, ésta tendría que abortarse con nuevo riesgo

de pérdidas mayores. Por otra parte ésta última circunstancia, la necesidad de abortar la reparación en el sitio y tener que paralizar indefinidamente el rotor para una reparación más extensa, podría presentarse de encontrarse durante la reparación en el sitio, daños adicionales a los que se habían previsto, lo cual era posible. Finalmente TERMOFLORES tuvo en cuenta también, como razones que apoyaron su decisión el hecho de que con el rebobinado completo se solucionarían todas las eventuales causas de la falla, sobre las cuales existía incertidumbre, la posibilidad de que en el taller del fabricante se realizaran, luego de la reparación, pruebas muy exigentes que contribuirían a descartar en gran medida fallas futuras de la máquina y eventuales facilidades económicas o descuentos. Es de anotar además, que por lo menos una de las empresas diferentes del fabricante que fue considerada como opción para efectuar la reparación del rotor, la firma National Electric Coil, expresamente advirtió que, a su juicio, lo más conveniente para la reparación cualquiera que fuera la alternativa planteada, era trasladar el rotor a sus talleres.

Dentro de este contexto, si bien las aseguradoras sostuvieron la tesis de que la reparación del rotor hubiera sido suficiente con llevar a cabo el reposicionamiento de las bobinas en el sitio, y la basaron fundamentalmente en los informes del ingeniero Mike Thomas y en su declaración y en la de otros testigos que dieron su opinión a posteriori, elementos todos ellos que llevan a pensar que era eventualmente posible que ese tipo de reparación hubiera sido suficiente, ello a juicio del Tribunal no alcanza a establecer la irrazonabilidad, ni la inadecuación técnica de la vía de reparación que finalmente se utilizó.

El silencio que mantuvo tanto el asegurador directo y los voceros de los reaseguradores que le acompañaban, desde finales del mes de marzo del año 2006 hasta la oportunidad que habría tenido de verificar en el sitio la reparación del rotor, advirtiendo en todo caso que se interrumpió ese silencio con la comunicación del 14

de julio de 2006 en la cual Andrés Cardona de TERMOFLORES indica que la reparación se hará en las instalaciones del tomador, frente a una inquietud de los reaseguradores.

El Tribunal insiste en que los reaseguradores contaron con conocimiento acerca de las diferentes opciones de reparación del rotor, que la alternativa del rebobinado estuvo planteada desde los primeros intercambios y solicitudes de información hechos por los reaseguradores, incluso que la misma podría en determinadas situaciones llevarse a cabo en lugar diferente a las instalaciones del tomador; que el experto Mike Thomas -contratado por los reaseguradores- limita las posibilidades de recomendaciones específicas para que el señor Charlie Brooman, de los ajustadores (McLarens) pueda hacer recomendaciones específicas al propietario cuando haga una inspección o verificación, incluso le indica que la discusión con el propietario presente debe ser en términos generales (cuaderno de pruebas número tres (3), folios 168 a 172).

El Tribunal arriba a la conclusión que del cambio de información entre los reaseguradores y el tomador se deduce que existió conocimiento de la opción de proceder a rebobinar, respecto de la cual los profesionales de la actividad aseguradora, reaseguradores y aseguradores directos o cedentes del riesgo, estuvieron en capacidad de manifestar una aceptación o una negativa total o una reserva de derechos o señalar unas condiciones para que el siniestro tuviese una atención que permitiese un desarrollo ordinario, dentro de niveles de debida prestación propios de profesional, en tal sentido bien habrían podido los reaseguradores y los aseguradores directos instruido al experto contratado, señor Mike Thomas, para que permitiese que al ajustador señor Brooman, previamente designado en la póliza, pudiese indicarle al tomador las acciones técnicas apropiadas para disminuir o atenuar el impacto del hallazgo o adoptar una apropiada decisión técnica. El Tribunal aprecia que el reasegurador, principalmente frente al intenso intercambio de mensajes de la segunda quincena del mes de

marzo del año 2006, sí contó con información pertinente para definir el origen y las acciones apropiadas frente al tamaño del problema presentado en el objeto asegurado.

El Tribunal indicó previamente que en este caso registraba una relativa condición pareja entre las partes del contrato de seguro, así lo demuestra la misma generación de interlocución entre los reaseguradores y el tomador superando la presencia de aseguradores cedentes y de intermediarios de seguros locales y lo ratifica la cuantía de valor asegurado que inscribe a este contrato en la denominación de seguro de gran riesgo, para cuyo cumplimiento de las prestaciones surgidas del contrato de seguro los compromisos contractuales se complementan con la diligencia debida, como manifestación concreta de la buena fe, la que toma en cuenta en cada caso específico las circunstancias y la práctica ordinaria. Así, en el caso sometido a consideración del Tribunal, se reitera que la alternativa de rebobinado fue conocida oportunamente por los reaseguradores y que respecto de ésta se guardó silencio, es decir, que la diligencia debida de un profesional de la actividad aseguradora consistía en la expresión de alguna manifestación y no simplemente en aguardar el desarrollo de la actividad del tomador para efectuar alguna manifestación.

Como la aseguradora es una actividad profesional y el contrato de seguro apareja obligaciones de equivalente naturaleza, la prestación debida ha de ponderarse frente a la diligencia profesional y empresarial tanto del asegurador como del tomador, en este caso el último con similares características en su quehacer. El asegurador tiene un necesario deber de cooperación en la conducción de la reclamación, del hallazgo o del siniestro, el Tribunal señala que no se trata de una conducta paternalista o de protección de los derechos del tomador que concurre a la celebración del contrato de seguro en ejercicio de su autonomía para negociar, sino de atender y definir frente a las informaciones que le suministre el tomador al

resolver los cuestionarios que le sean sometidos a su consideración, como aconteció en el presente caso, en donde la conducta silenciosa del reasegurador generó irresolución de la situación asociada con el hallazgo de problemas del rotor, lo que genera reproche del Tribunal.

Vale la pena precisar que para el tomador Termoflores el conocimiento de las indicaciones del reasegurador o de los aseguradores cedentes respecto de la alternativa pertinente frente al contrato de seguro, habría permitido que sus decisiones empresariales vinculadas con el rotor y su rebobinada hubiesen estado acompañados con el juicio y la opinión de aquel. Para el tomador la opción de rebobinar constituye desarrollo de una de las alternativas informadas al reasegurador el 28 de marzo de 2006, al absolver cuestionario remitido por los reaseguradores, del cual éstos se repite no manifestaron reparo u objeción alguna como no fuese el silencio. Así como la legislación mercantil, cuando media objeción frente a la reclamación de un seguro, señala que ésta ha de ser seria y fundamentada, la misma consideración puede predicarse de las conductas de las partes del contrato frente a las diferentes manifestaciones que recíprocamente se formulan durante la ejecución del contrato, sólo el conocimiento oportuno de las decisiones o indicaciones de una de las partes del contrato le permite a la otra actuar lealmente en cumplimiento de los fines del contrato. El mutismo de una de las partes en ocasiones más que denotar cautela puede revestir quebranto de la confianza recíproca respecto de las expectativas contractuales, como en este caso en el cual para el Tribunal el reasegurador y los aseguradores cedentes o directos bien han podido contar con reservas, pero la conducta contractual demanda que hubiesen sido conocidas por el tomador, como contratante, máxime cuando éste remitió oportunamente y de manera íntegra, pues no hubo del destinatario de la información reproche u objeción alguna, la respuesta al cuestionario que le fuera remitido por los reaseguradores.

Por tanto, el Tribunal acepta que la opción de rebobinado estuvo presente en el conocimiento del reasegurador respecto de las opciones planteadas, por lo cual, fuera de otras consideraciones que se harán posteriormente, no prosperan las excepciones propuestas por las convocadas de incumplimiento de obligaciones del asegurado (número 9), incumplimiento de requerimientos del asegurador (número 10) e incumplimiento de las obligaciones del artículo 1077 (número 12).

Por ello, el Tribunal resolverá que es procedente el reconocimiento de la cuantía imputable a la reparación del rotor en las instalaciones del fabricante, al propio tiempo que el costo del traslado a Charlotte y los gastos secuenciales vinculados con ese traslado.

Conforme a la información disponible en el expediente, los costos de reparación en las instalaciones del fabricante ascienden a la suma, en dólares americanos, de US\$1.584.445, mientras que los gastos de transporte y nacionalización representan también en dólares americanos US\$634.653, y así se procederá en la parte resolutiva.

8. Modernización del rotor

Por otra parte, las aseguradoras han sostenido que la reparación del rotor en los talleres del fabricante, abarcó partes del rotor que no estaban afectados y procedimientos que no eran necesarios en atención al daño sufrido, todo ello dentro del contexto de la alegación de que lo que existió en este caso fue una “modernización” del rotor y no una simple reparación del daño que acusaba. Ello pone en entredicho, a juicio de las convocadas el carácter indemnizatorio del seguro de daños y resulta ser desde luego un alcance del concepto de “reparación” que no podría entenderse cubierto por la póliza.

El Tribunal a este respecto, debe señalar, en primer lugar, que sin duda en este caso la prueba testimonial es acorde en la consideración de que la reparación del rotor supuso la renovación de la vida útil del rotor, lo cual es una ventaja para el asegurado respecto de la situación que tenía antes de la ocurrencia del siniestro; no obstante, esta eventualidad es algo que se encuentra ínsito en el seguro por valor de reposición o reemplazo, por lo mismo que en este caso la reparación o reposición de los bienes afectados por el siniestro, sea la pérdida parcial o total, se hace con elementos nuevos. La doctrina aseguradora universalmente ha aceptado que esta modalidad de aseguramiento permite esa aparente contradicción con la concepción tradicional del “carácter indemnizatorio” del seguro de daños, en el entendido de que el asegurador lo que cubre es la erogación necesaria que supone la igualmente necesaria integración de elementos nuevos en el sustrato material del interés asegurable, con lo cual el efecto patrimonial, para el asegurado, resulta finalmente neutro.

Por otro lado, luego de la secuencia de hechos analizados en otro aparte del presente Laudo, en relación con el conocimiento que los reaseguradores tuvieron de la opción del rebobinado y de su silencio, así como de la variación de la decisión de reparación del rotor en las instalaciones de TERMOFLORES y su traslado a Charlotte con aviso al asegurador la víspera de su desmonte y envío, se advierte que Siemens como fabricante del rotor y como responsable del rebobinado dirige a TERMOFLORES una comunicación de fecha 25 de abril de 2007, visible en el folio 301 del cuaderno de pruebas número 12, en la cual indica que el alcance de su labor “*(...) consistió en un rebobinado del rotor del generador e implementación de las últimas actualizaciones del rotor según las recomendaciones del OEM. El estator del generador también fue inspeccionado y se implementaron todas las actualizaciones de diseño recomendadas por el OEM*”.

La reparación del rotor conllevó el restablecimiento de su aptitud frente a los hallazgos de daño o realización de riesgo y adicionalmente la renovación de su habilidad en unas condiciones que recogiesen los progresos del bien. El daño indemnizable para efectos del contrato de seguro fundamento de la controversia sometida a consideración de este Tribunal tiene como criterio el valor de reposición o reemplazo de los intereses asegurados, “*entendiéndose por tal, el valor a nuevo de ellos, sin deducción alguna por depreciación, demérito, uso, vetustez*”, conforme se observa en el numeral 1 de la condición séptima “*determinación del daño indemnizable*” del contrato de seguro.

La actualización implica “*poner al día*”, “*hacer algo actual*”, conforme a las acepciones de actualizar prevista en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. El valor a nuevo incorpora la modalidad de indemnización con referencia a la ausencia de deducción alguna proveniente de la pérdida de aptitud en términos de idoneidad del bien.

A juicio del Tribunal, la actualización del rotor con el alcance que precisa el fabricante no aparejó un mejoramiento de tal magnitud que se estuviera frente a un bien asegurado notoriamente diferente de aquel que se aseguró; el rebobinado se efectuó –según el dicho del fabricante- con la aplicación e incorporación de métodos que pusieron al día el rotor. Una reparación de un bien suele hacerse con sujeción al desarrollo de la ciencia, las circunstancias técnicas o prácticas corrientes vigentes al momento en la que se efectúa. En el presente caso no se encuentra una evidencia tal que permita inferir un provecho indebido o un acrecimiento extraordinario de la aptitud del bien, luego de la reparación, que no sea el efecto ordinario de la de habilidad del bien, menguado por el daño. Por lo demás encuentra que esa alternativa no se opone a la descripción de la determinación del daño indemnizable prevista en el contrato de seguro celebrado entre las partes que concurren en este trámite.

Por ello, el Tribunal no acoge la defensa de las convocadas en el sentido que en la reparación del rotor hubo mejoramiento. Con el material probatorio recaudado entiende que hubo una aplicación de métodos y medidas orientados a reparar el daño y a agregarle renovación de su habilidad o aptitud.

Por otro lado, en el caso presente, el Tribunal observa que, si bien la parte convocada demostró que el rebobinado completo del rotor implicó el cambio de elementos que no estaban dañados y la aplicación de procedimientos no necesariamente relacionados con el daño del rotor, la diferencia de valor a este respecto no parece considerable, por una parte y, por otra no pudo ser cuantificada a través del debate probatorio. No fue considerable, puesto que el presupuesto previsto para la reparación en el sitio por parte del fabricante, de acuerdo al informe del experto Mike Thomas era de US\$1'304.514,00, mientras que el valor de los servicios de Siemens por el rebobinado completo del rotor ascendió a la suma de US\$1'584.445. Por su parte, en el alegato final la convocada señala lo que a su juicio son las piezas sustituidas que no era necesario cambiar y los procedimientos adelantados que no era necesario llevar a cabo, pero no señala, ni aparecen a lo largo del debate probatorio, los elementos que eventualmente podría permitir la cuantificación de estas partes o de estos procedimientos. En efecto, no hay ninguna discriminación a este respecto que permita al Tribunal identificar el valor de partes y procedimientos supuestamente no relacionados con el daño, para contrastarlos con los que sí lo eran.

9. De la adquisición por parte de Termoflores a EEPPM de suministro de energía en firme. (Excepción No. 11)

A raíz de la interrupción de la operación de la Unidad III y con ocasión de las labores de reparación del daño sufrido en el rotor, se afirma en la demanda que

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

TERMOFLORES S.A. ESP, se vio obligada a adquirir durante el mes de diciembre de 2006, de EEPPM, el suministro de energía firme para evitar la pérdida de sus ingresos por cargo por confiabilidad, y que esa adquisición tuvo un costo de \$2.222.414.933, que corresponde a US\$992.686 liquidada a la tasa de cambio de \$2.238,79 a 31 de diciembre de 2006.

La sociedad convocante eleva esta petición con fundamento en la condición primera de las condiciones generales del contrato de seguro documentado mediante la póliza modular todo riesgo industrial y comercial No. 20085, que según afirma, ampara todas las pérdidas de los bienes asegurados por daños materiales derivados de eventos que ocurran de manera accidental, súbita e imprevista.

El texto de aquella condición dice textualmente lo siguiente:

"CONDICIONES GENERALES

"CONDICIÓN PRIMERA – RIESGOS AMPARADOS

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

1. *Todo riesgo de daños materiales, que sufran los bienes asegurados de manera accidental, súbita e imprevista, por cualquier causa no expresamente excluida, sea que dichos bienes estén en uso o inactivos y se encuentren dentro de los predios del Asegurado.*

(...)

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

Posteriormente a la presentación de la demanda, el día 30 de octubre de 2007, según ha quedado relatado en los antecedentes de este Laudo, TERMOFLORES reformó la demanda para excluir de la pretensión No. 2 la expresión “*y lucro cesante*” precisando además que para efectos de la estimación de la cuantía de las pretensiones se debe tener en cuenta únicamente la valoración efectuada en el hecho 38 por concepto de daño emergente.³⁷

A juicio de TERMOFLORES, con argumentos que presenta en el alegato de conclusión, (folios 1 a 164 del cuaderno principal No. 5), la compra del respaldo de energía a EEPPM, es un gasto necesario para prevenir la ocurrencia de un siniestro de lucro cesante que se encuadra dentro de los conceptos de daño material. Al respecto se lee textualmente (folio 72 del cuaderno principal No. 5) el alegato de conclusión: “*(...) Bajo la interpretación contemporánea de los deberes de conducta que deben predicarse de los asegurados, hay que entender que la norma pretende que la diligencia del asegurado apunte no solo a evitar la extensión o propagación, sino a prevenir la ocurrencia de nuevos siniestros amparados por la cobertura otorgada por el asegurador del riesgo original,*” o sea, en sus propias palabras, “*que involucra el deber de evitación de un nuevo siniestro, aun cuando éste sea diferente en su naturaleza y bien asegurado afectado.*”

³⁷ Folios 214 y 215 del Cuaderno Principal No.1

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

Soporta la convocante este gasto con la factura No. 6173481-06 generada por EEPPM por concepto de compra de energía en firme durante los días comprendidos entre el 1 de diciembre y el 30 de diciembre de 2006, factura que tiene un valor total de COL \$2.722.338.503, pero de la cual solamente cobra TERMOFLORES en este proceso, por tener relación directa con la parada de la Unidad Flores III relativa a la reparación del rotor, la suma de COL \$2.222.414.933.

Para la sociedad convocante el sentido del artículo 1074 del código de comercio³⁸, en que soporta su pretensión, es el de prevenir un detrimiento excesivo para el asegurador en el evento de un siniestro, al imponer al asegurado un deber de conducta materializado en una función de protección de sus intereses frente a la posibilidad de que más allá del daño ya causado por el siniestro se puedan generar daños adicionales que también se encuentren asegurados.

Considera igualmente la parte convocante que la norma citada, que se encuentra recogida en la “Condición Vigésima Cuarta – Obligaciones del asegurado en caso de siniestro – Pérdida del derecho a la indemnización”, impone que cuando el gasto sea razonable debe ser indemnizado bajo los criterios de indemnización previstos en la ley, que no pueden ser otros que la demostración de la necesidad de realizar los gastos y la prueba fidedigna de su cuantía en aplicación analógica del artículo 1077 del mismo Código de Comercio.

Argumenta la convocante que las plantas térmicas existen en el país con una función supletiva y de respaldo para el sistema eléctrico, estando el suministro del grueso de la energía consumida en el país a cargo de las generadoras hidráulicas, habida cuenta del menor costo del insumo de generación en este tipo de plantas

³⁸ Artículo 1074 del Código de Comercio: “Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas. El asegurador se hará cargo, dentro de las normas que regulan el importe de la indemnización, de los gastos razonables en que incurra el, asegurado en cumplimiento de tales obligaciones”

que es el agua; la remuneración de los generadores de energía en el mercado colombiano, advierte la convocante, está establecida con base en una serie de indicadores que miden la disponibilidad efectiva de la unidad de generación en general (en estado disponible) y cuando el sistema efectivamente requiere al generador para que entregue energía a la red nacional interconectada.

Para cumplir esta finalidad, continúa la convocante, todo generador debe comprometerse a principios de cada año eléctrico, que se inicia en octubre de cada año y que corresponde al ciclo de actividad de la industria que depende en esencia del comportamiento climático del país, a tener disponible para el sistema un número determinado de megavatios de acuerdo con las posibilidades de generación de su equipo. En el evento de que un generador no cumpla con el compromiso adquirido por cuenta de que su equipo, dice la convocante, no se encuentra en capacidad de generar por una causa propia o interna (por opuesto a causas externas tales como atentados a las líneas que lo conectan o a los oleoductos que le suministran el combustible), este incumplimiento afecta sus indicadores de indisponibilidad histórica, aumentándolos.

Para las aseguradoras convocadas, por su parte, según la excepción número 11, propuesta en la contestación de la demanda, es improcedente el cobro de lo pagado por TERMOFLORES a EEPPM por cuanto la póliza de seguros expedida señala al respecto:

"2. Cualquier siniestro que afecte los intereses asegurados bajo el numeral 2 de la Condición Tercera de la presente póliza, Lucro Cesante, se ajustará aplicando las siguientes reglas:

(...)

2.2. El monto de la indemnización se establecerá de la siguiente manera:

(...)

ii. Con respecto al aumento de los gastos de funcionamiento:

Los gastos adicionales en que necesaria y razonablemente incurra el Asegurado con el único propósito de evitar o reducir la disminución de los ingresos normales del negocio que hubieren ocurrido durante el período de indemnización, si tales gastos no se hubieren hecho, pero sin exceder en ningún caso, en total, la suma que resulte de aplicar el Porcentaje de Utilidad Bruta al valor de la reducción de los ingresos evitada por tales gastos.

Se deducirá cualquier suma economizada durante el período de indemnización, con respecto a aquellos costos y gastos del negocio que hayan podido suprimirse o reducirse durante la interrupción causada por las pérdidas amparadas."

Por consiguiente, a juicio de las convocadas, el monto pretendido por TERMOFLORES correspondiente al monto total de la factura de EEPPM No. 6173481-06, no corresponde al valor adecuado que se podía cobrar por el referido concepto anteriormente descrito.

De otra parte, dicen las convocadas, la póliza prevé un deducible que debe aplicarse. En efecto la póliza de seguros establece que:

"Deducibles: (...)

Lucro cesante: Por Rotura de Maquinaria: 60 días para toda y cada pérdida.

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

Demás Eventos: 45 días.³⁹

En consecuencia, para las aseguradoras, teniendo en cuenta que Termoflores no ha debido tener una interrupción superior a los 37 días resulta claro que el asegurado debe asumir las consecuencias económicas de una interrupción inferior al término del deducible de 60 días y, por ende, los gastos en que incurrió TERMOFLORES al comprar a EEPPM el suministro de energía firme correspondiente al mes de diciembre de 2006 no estarían cubiertos por estar dentro del deducible.

En el alegato de conclusión las aseguradoras reiteran la improcedencia de este cobro con argumentos de diversa índole encaminados a señalar las limitaciones que en este punto trae la póliza de seguro respecto de la cobertura de lucro cesante.

Para resolver la cuestión planteada, observa el Tribunal que militan en el expediente testimonios, dictámenes técnicos y documentos, en especial la Resolución 071 de 2006 de la CREG y la póliza de seguros No 220085, que dan cuenta tanto de la compra de la energía por parte de TERMOFLORES a EEPPM en diciembre de 2006, y las circunstancias que la motivaron, como los alcances legales de dicha adquisición que permiten dilucidar suficientemente los alcances que para el amparo del seguro contratado tiene dicha adquisición.

Ante todo destaca el Tribunal que, de acuerdo con la Resolución No 071 de 3 de octubre de 2006 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), se entiende por Cargo por Confiabilidad, “*la remuneración que se paga a un agente generador por la disponibilidad de activos de generación con las características y*

³⁹ Póliza de seguros expedida por ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. y ACE SEGUROS S.A. a TERMOFLORES S.A. E.S.P. Anexo 15 de la póliza, página B1 obrante a folio 60 del cuaderno de

parámetros declarados para el cálculo de la ENFICC, que garantiza el cumplimiento de la obligación de Energía Firme que le fue asignada en una Subasta para la asignación de obligaciones de Energía Firme o en el mecanismo que haga sus veces. Esta energía está asociada a la capacidad de Energía de Respaldo de que trata el artículo 23 de la ley 143 de 1994 y es la que puede comprometerse para garantizar a los usuarios la confiabilidad en la prestación del servicio de energía eléctrica bajo condiciones críticas". (Artículo segundo, Folio 119 del cuaderno principal No. 3)

Por su parte, la citada resolución en el mismo artículo define lo que se entiende por "Contrato de Respaldo de Energía Firme o contrato de Respaldo" en los siguientes términos: "*Es un contrato bilateral que se celebra entre agentes o generadores a través del Mercado Secundario, con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de Energía Firme de un Generador. Su precio, cantidad, garantía, duración y recaudo se determina de común acuerdo entre las partes siguiendo los lineamientos del Mercado secundario establecido en la presente resolución*".

Acerca de los alcances que tiene el cargo por confiabilidad, dice el perito Pablo Roda Fornaguera en el dictamen rendido en este proceso (Folios 266 a 295 del cuaderno de pruebas 15) que se trata de un mecanismo con que cuenta desde 1996 el sistema eléctrico colombiano, "*para remunerar el capital invertido en activos de generación independientemente de si estos generan o no. Bajo este mecanismo, inicialmente denominado Cargo por Capacidad, las plantas que efectivamente generan contribuyen con un monto especificado en \$/Kw (CERE); los recursos recaudados se distribuyen entre los generadores que estuvieron disponibles para generar independientemente de si fueron despachados o no. Esta figura, reduce el riesgo y el costo de capital asociado a los activos de generación eléctrica que solo se despachan en periodo de verano o cuando el sistema enfrenta*

Anexos de la demanda presentada por Termoflores.

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

algún tipo de restricción y con ello estimula la inversión, con lo cual se disminuye la vulnerabilidad del sistema y el riesgo de racionamientos.”

El testigo **Wilson Julio Uribe Vega**, (folios 153 a 168 del cuaderno de pruebas No. 11), Ingeniero electricista, explica que en Colombia, la empresa encargada de liquidar, recaudar y distribuir los dineros del cargo por confiabilidad es XM filial de ISA: “*Los mismos generadores pagan, o sea, los generadores con su producto que es energía cuando la venden recaudan unos dineros que ellos mismos se distribuyen y de esa forma es como se paga la remuneración del cargo por confiabilidad*”. Señala el señor Uribe que la liquidación se hace mensualmente y se calcula para cada día y “*constituye un ingreso para los generadores pero también implica un egreso, un gasto en la medida en que son ellos los que pagan y luego se redistribuyen los recursos*”.

En relación con los principales ingresos que obtienen los generadores anota el testigo Uribe que, “*Los generadores como el nombre lo indica producen o generan energía eléctrica y la venden, ese es uno de sus ingresos y el otro ingreso es el de cargo por confiabilidad, pero son dos ingresos de un mismo negocio*”.

Destaca el Tribunal en la declaración del señor Uribe la explicación que brinda acerca del concepto de energía de respaldo: “*como uno de los requisitos para que haya remuneración por cargo por confiabilidad es que le hayan asignado al generador unas obligaciones de energía firme, eso se hace para esta etapa, generalmente en los meses de noviembre para el período del año siguiente, es posible que un generador que haya recibido asignación de obligaciones de energía firme durante el período en el cual tiene esa obligación por algún motivo no la puede cumplir, si ese generador prevé que en algún mes no la va a cumplir por un mantenimiento programado y sólo se compraba respaldo en el año 2006, 2007 para mantenimiento programado y después se puede comprar para cualquier tipo de*

mantenimiento, pero si el generador tenía una obligación, preveía que no la podía cumplir porque programó un mantenimiento cumpliendo todos los requisitos que hay en el Sistema Eléctrico Colombiano para la programación de mantenimiento, entonces podía comprarle energía firme a otro generador que le sobrara, de esa forma no perdía la remuneración.”

Destaca igualmente el Tribunal el testimonio de **Javier Augusto Díaz Velasco** (folios 421 a 437 del cuaderno de pruebas No. 16), Ingeniero eléctrico, experto comisionado de la CREG, quien explica sobre la forma cómo se determina el cálculo de energía firme: “*El cálculo de energía firme de la planta térmica esta determinado como el producto de la capacidad que tiene esa planta térmica, capacidad efectiva medida en megavatios, multiplicada por un índice, este índice tiene dos componentes, una componente que es la disponibilidad de combustible para poder generar esa capacidad en megavatios y otro índice que es el índice de indisponibilidad forzada que tenga la unidad de acuerdo con la historia, en este caso de plantas térmicas de 3 años, esquema que esta perfectamente determinado en la misma resolución, su forma de cálculo y forma de valoración”.*

A continuación explica el testigo Díaz cómo afecta la disponibilidad o indisponibilidad del equipo de generación en la determinación de este indicador o factor de energía firme: “*como ya mencioné el cálculo de la energía firme esta afectada por dos factores, uno de ellos el índice de indisponibilidad histórico, para el cálculo del índice de indisponibilidad histórico lo que se hace es mirar en la historia del período de 3 años dependiendo de la existencia o no de información, se calcula cuál fue la disponibilidad de la planta y de esa información durante los períodos en que básicamente lo que hace el índice es encontrar en los períodos en que la planta estuvo disponible y operando, cuánto fue su indisponibilidad, su período, su tiempo por fuera de operación. De allí se estima es el índice, vale la pena anotar que la Resolución 71 establece condiciones especiales para el cálculo del índice cuando la*

planta ha programado un mantenimiento y este ha sido avisado al Centro de Despacho como programa de mantenimiento, el índice no tiene en cuenta esa indisponibilidad y adicionalmente el agente ha cubierto mediante disponibilidad de energía firme que hay en el mercado, en este caso el mercado de energía firme, ha cubierto esos mantenimientos con ese tipo de energía firme, ese factor no es considerado dentro del índice, como resultado de esto el índice se calcula sobre los eventos que hayan sido eventos forzados de salidas forzadas para la unidad”.

Otro testimonio que resalta el Tribunal es el rendido por el señor **Hilberto Rafael Díaz Martínez**, (folios 309 a 351 del cuaderno de pruebas No. 8), Ingeniero Mecánico, gerente de planta de la central termoeléctrica Termoflores de la ciudad de Barranquilla quien informa acerca del contrato celebrado entre la convocante y EPPM para la obtención de energía de respaldo: “*siempre se ha dicho aquí que los ingresos nuestros depende del cargo por capacidad que se daba antes y a partir de diciembre de ese año se llamó cargo por confiabilidad. En qué consiste? Ese cargo por confiabilidad es a mi pagan un dinero por tener la máquina siempre disponible, entonces en el momento en que yo hago un mantenimiento tengo la máquina indisponible, si yo consigo de otro agente que en caso de que a mi me llamen a generar él me preste o me venda esa energía, esto es lo que se llama la compra, entonces nosotros durante ese tiempo el sistema no valore indisponible la máquina, entonces nosotros le compramos a EPM ese tiempo de respaldo, es decir EPM pone una máquina de ellos que esta ante el sistema en caso de que llamen a Flores III a generar yo tengo disponible esta máquina y se hace un contrato (...)*”.

Señala el testigo Díaz que el efecto para TERMOFLORES no estar disponible significa perder ingreso: “*Es el ingreso fijo que nosotros tenemos*”.

Ricardo Antonio Lequerica Otero, director general de TERMOFLORES durante diecisésis años y con estudios en ingeniería naval e ingeniería eléctrica, rinde

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

testimonio (folios 240 a 284 del cuaderno de pruebas No. 11), entre otros asuntos, acerca de la trascendencia que para la empresa convocante tenía la disponibilidad comercial a raíz del suceso ocurrido en la Unidad II de TERMOFLORES ya que aquélla se pudo sustituir, “*contratando respaldo de otras empresas, respaldo que si bien los pagamos compensándolos son equivalentes a dinero, ese era el criterio que se protegía, ante todo la parte comercial porque esto como generador la empresa es un negocio y lo más importante es la parte comercial*”.

A la pregunta del apoderado de la convocante sobre la finalidad de los intercambios de respaldo que se realizaron con otros generadores y la adquisición en firme de energía a la empresa EEPPM, contesta que, “*Sí, básicamente, originalmente el sistema de cambio por capacidad que después cambió a cargo por confiabilidad la gran diferencia era que en el uno había que estar simplemente disponible y si no tenía la disponibilidad no tenía ninguna penalización salvo el promedio de disponibilidad que le afectaba a los tres años. En el segundo que era el cargo por confiabilidad es un compromiso con el sistema de energía firme, o sea que permanentemente se va a entregar esa energía, entonces uno puede ser reemplazado por otro generador a quien le sobre energía firme y eso fue lo que hicimos, hicimos una colecta de varios y armamos un paquete de energía firme para que reemplazara ante el sistema durante el tiempo que sacamos el rotor. Posteriormente nosotros tuvimos que pagar esa energía firme y cómo la pagamos? En vez de venderla simplemente hicimos fue un swap y con ese swap nos evitamos algunos costos extras de impuestos por una transacción de contrato, tales como un IVA porque eso ya no es una venta de energía sino que es un respaldo el cual sí amerita el IVA. Entonces ahí lo que se trató fue de mantener la energía firme y no perder ese promedio ante el sistema, en síntesis se estaba haciendo un ahorro no sólo para la empresa, sino también para el lucro cesante que estaba en la póliza.*”

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

El testigo mencionado considera que si no se hubieran tomado esas medidas de respaldo de energía los ingresos se habrían disminuido considerablemente por cuanto, “*al no estar disponible o tener la energía de respaldo, cesaba el ingreso por cargo por confiabilidad para la unidad completa, ese ingreso era vital para la empresa considerando que tenía vigente una serie de créditos y el margen de los ingresos contra los créditos era bastante estrecho (...) por lo tanto perder o deteriorar ese cargo iba a afectar la liquidez y la supervivencia de la empresa.*”

El representante legal de TERMOFLORES en su interrogatorio de parte (folios 237 a 263 del cuaderno de pruebas No. 11) responde afirmativamente que el cargo de confiabilidad es un ingreso para TERMOFLORES y que el pago que realizó a EEPPM para adquirir la energía de respaldo para diciembre de 2006 lo hizo para evitar la reducción de los ingresos del cargo por confiabilidad presentes y futuros.

De otra parte en el dictamen pericial rendido dentro del proceso por EDGAR NIETO & ASOCIADOS (folios 332 a 434, cuaderno de pruebas No. 10), se indica que “*En la factura No. 6173481-06 del 16 de enero de 2007 y en la relación anexa, se discrimina la energía de respaldada a cada central (...) se puede evidenciar que la energía total suministrada como respaldo por las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. a Termoflores S.A. fue de 109.647.118 Kwh; de este total le corresponden a “Termoflores 3” 89.511.790 Kw/h (por cuanto 20.135.328 Kwh le fueron suministrados a “Termoflores 2”).*

Indica el dictamen mencionado que “*de acuerdo con la contabilidad de Termoflores S.A., ésta obtuvo en su unidad Termoflores 3 como ingreso por concepto de cargo de confiabilidad en diciembre de 2006 la suma de \$2.843.371.412; no obstante el daño del rotor en su generador y la imposibilidad de generar sus propios Mwh en dicho mes. Parte de estos ingresos fueron obtenidos por el respaldo de la energía que contrató con EEPPM; por lo tanto, sin tal contrato de respaldo su facturación*

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

por cargo por confiabilidad habría sido menor. Es decir, que haber convenido el suministro de energía de respaldo con EEPPM le permitió obtener ingresos por concepto de cargo de confiabilidad por \$2.731.667.980,78. En consecuencia, Termoflores 3 evitó, gracias al citado contrato de respaldo con EPPMM, que sus ingresos por cargo por confiabilidad se redujeran en la suma de \$2.731.667.980.78". En el mismo sentido se expresa el perito Pablo Roda Fornaguera: "la totalidad del respaldo evitó una caída en los ingresos por cargo por confiabilidad entre diciembre de 2007 y noviembre de 2010 de \$16.621 millones de pesos constantes de 2009 de los cuales \$15.301 corresponden a la participación de los contratos de EPM en la cobertura de obligaciones de energía en diciembre de 2006." (Pág. 13 de las aclaraciones rendidas. Folio 308 del cuaderno de pruebas No. 16)

Con fundamento en las pruebas antes mencionadas y para resolver lo que corresponda, observa el Tribunal que en el texto de las condiciones generales de la póliza 20085 vigente para la ocurrencia del siniestro, ciertamente estaba amparado el lucro cesante, "como consecuencia de la interrupción del negocio, tal y como se expresa en el numeral 2 de la condición tercera". (Folios 140 del cuaderno de pruebas No. 1)

Este ultimo numeral por su parte indica: "La compañía se obliga así mismo, a indemnizar el lucro cesante como consecuencia de la interrupción del negocio ocasionada por los daños o pérdidas de los bienes e intereses asegurados utilizados por el Asegurado en el establecimiento para efectos del negocio, siempre y cuando sean el efecto de la ocurrencia de uno de los riesgos amparados en la condición primera". (Folios 147 del cuaderno de pruebas No. 1)

De igual manera el numeral 2.2. ii se refiere al aumento de los gastos de funcionamiento en lo siguiente términos: "Los gastos adicionales en que necesaria y razonablemente incurra el asegurado con el único propósito de evitar o reducir la

disminución de los ingresos normales del negocio que hubieren ocurrido durante el período de indemnización, si tales gastos no se hubieren hecho, pero sin exceder en ningún caso, en total, la suma que resulte de aplicar el Porcentaje de Utilidad Bruta al valor de la reducción de los ingresos evitada por tales gastos". (Folios 151 del cuaderno de pruebas No. 1).

A la vista de estas condiciones generales de la póliza y de las pruebas que se han puesto de presente, el Tribunal concluye que la compra de energía en firme por parte de TERMOFLORES S.A. E.S.P. a EEPPM para el cargo por confiabilidad, para el mes de diciembre de 2006, estimado en la suma de \$2.222.414.933 en el texto de la demanda, es un componente del lucro cesante bajo la modalidad de gastos adicionales o erogaciones realizados por la sociedad convocante con el fin de evitar la disminución de los ingresos normales del negocio de generación de energía eléctrica correspondiente a los ingresos normales del cargo por confiabilidad.

Se trata aquella adquisición o compra de energía en firme, en las circunstancias que han quedado anotadas y relatadas por los testigos mencionados, de un incremento en los gastos de funcionamiento de TERMOFLORES a raíz de la paralización de la operación de la Unidad III como solución adecuada para superar las circunstancias adversas del generador indisponible y para evitar la afectación de la utilidad de la empresa, adoptada con el propósito indiscutible de que no se vieran alterados los ingresos normales del cargo por confiabilidad que como bien lo dice el dictamen pericial elaborado por Edgar Nieto & Asociados "*sin tal contrato de respaldo su facturación por cargo por confiabilidad habría sido menor*" Desde luego que es irrebatible en este sentido la conclusión del informe cuando indica que gracias al citado contrato Termoflores evitó que sus ingresos por cargo por confiabilidad se redujeran en la suma de \$2.731.667.980.78.

Por supuesto, y al tener en cuenta el Tribunal que TERMOFLORES expresamente excluyó de sus pretensiones la indemnización por lucro cesante en la reforma de la demanda, no hay necesidad de entrar a considerar las reglas de liquidación específicas que tiene el contrato de seguro en relación con el amparo de lucro cesante.

A pesar de que como ha quedado dicho, en su alegato de conclusión el apoderado de la convocante ha planteado la procedencia de su reclamo por el gasto realizado para evitar la reducción de sus ingresos por cargo de confiabilidad, como daño emergente, con base en que se trata de un gasto razonable para evitar la ocurrencia de un siniestro de lucro cesante, el Tribunal no puede aceptar esa argumentación, en el entendido de que la obligación del asegurador está sujeta precisamente a la condición suspensiva de la ocurrencia del siniestro; en ese sentido, los gastos que haga el Asegurado para evitar su ocurrencia no pueden entenderse cubiertos por el contrato de seguro. En este caso, si el asegurado ha optado por desistir de su reclamación por lucro cesante y el gasto que se discute está contemplado en la póliza de seguro como un rubro o elemento de la cobertura de lucro cesante, a la luz de la póliza de seguro no puede pretenderse obtener indemnización por ese rubro bajo un factor de cobertura diferente, mucho menos cuando ese factor de cobertura, que es el que se refiere a los gastos que se hagan para evitar la extensión y propagación del siniestro no puede involucrar, como ha quedado dicho, los gastos que se hagan para evitar la ocurrencia de un siniestro diferente.

Por todo lo expuesto considera el Tribunal que sale avante en este sentido la excepción número once propuesta por las aseguradoras convocadas y así habrá de declararse.

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

10. La objeción parcial por error grave contra el dictamen pericial de EDGAR NIETO & ASOCIADOS

Por mandato del numeral sexto del artículo 287 del C. de P. C. y por cuanto en tiempo oportuno la parte convocada formuló objeción parcial por error grave contra el dictamen pericial de carácter contable rendido por EDGAR NIETO & ASOCIADOS, es imperioso resolver en el Laudo sobre el fundamento de dicha objeción.

Para este propósito debe el Tribunal, de entrada, hacer unas breves consideraciones acerca del valor probatorio que al dictamen pericial le reconoce el ordenamiento procesal, así como el alcance que de acuerdo con esas normas debe tener la objeción por error grave que las partes formulen, con el fin de confrontar dichas orientaciones con lo que en este trámite ha solicitado la parte convocada para establecer si le asiste razón en la inconformidad que ha planteado.

Ante todo cumple observar que la experticia es el medio por el cual, personas ajenas a las partes en determinado proceso, poseedoras de conocimientos especializados en alguna ciencia, arte o técnica, verifican, perciben o examinan hechos y emiten su parecer fundado acerca de la apreciación e interpretación que de ellos corresponde hacer, a fin de formar el convencimiento del órgano jurisdiccional correspondiente. Así, como lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: “*cuando de por medio obran cuestiones que siendo inherentes a 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 (GJ, T.LXVII, p.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 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 aquel 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 (...).” (G.J., T.CCXXV. p. 454).

Por consiguiente, es de claridad meridiana entender que si conforme con el artículo 233 del C de P. C. el objeto posible del dictamen pericial eficaz viene dado por cuestiones fácticas específicas que, además de ser debatidas en el proceso e interesar por lo tanto para la decisión del mismo, requieren especiales conocimientos, científicos, técnicos o artísticos, se impone concluir que, en presencia de circunstancias análogas a las que ocupan la atención de este Tribunal, resulta ser particularmente propio de la prueba pericial el que el experto haga un esfuerzo para suministrar, con razonables bases críticas, argumentos que permitan apreciar con la perspectiva técnica apropiada ciertas circunstancias que son relevantes en la controversia.

Desde luego hay que tener presente, como premisa insoslayable, que los jueces no están obligados a aceptar de modo automático las conclusiones sentadas por los peritos en sus dictámenes, habida cuenta que por mandato del artículo 241 del C.P.C., “*al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso*”.

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

Ahora bien, de conformidad con el inciso 4 del artículo 238 del C.P.C., una vez realizados los traslados del dictamen, y realizadas las aclaraciones pertinentes, las partes pueden objetarlo por error grave, “que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas.”, lo que significa, igualmente con claridad suficiente, que las equivocaciones que dan lugar a la objeción por error grave, deben tener fundamentos equivocados de tal magnitud que, necesariamente, conduzcan a conclusiones igualmente erróneas, es decir que el error debe hacerse manifiesto en un desacuerdo ostensible y notorio atribuible al perito y no resultar de la discrepancia de los litigantes con los fundamentos de la experticia rendida.

Sobre este aspecto ha dicho la jurisprudencia colombiana:

“Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectivo del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisible para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva”. (G.J., T.CCXXV, p. 454).

No cualquier error, entonces, conduce a que las conclusiones de los peritos no sean tenidas en cuenta, sino que en los términos del artículo 238 del C. de P. C., ya citado, este error debe tener tal entidad y relevancia, que resulte manifiesta en el cuerpo mismo del dictamen, cotejado éste con elementos de prueba que pongan al descubierto tal circunstancia.

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

Por consiguiente, lo que caracteriza al error grave, según la Corte Suprema de Justicia, “... es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene, o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven (...).” (G.J. t. LII, Pág. 306). En definitiva, el error grave implica discordancia entre el pensamiento y la realidad, de una gran entidad o importancia, tanto que en palabras de Antonio Rocha, “afecta seriamente el interés legítimo de las partes en la demostración de un hecho”. (De la Prueba por Peritos. Universidad Nacional. 1951. Pág. 230).

El apoderado de la parte convocada, en términos generales, formula objeción parcial por error grave exclusiva y específicamente respecto a la respuesta de EDGAR NIETO & ASOCIADOS, a la pregunta No 1 formulada en el escrito de aclaraciones y complementaciones.

La pregunta enunciada dice lo siguiente: “(...) determinar el valor de la reducción de ingresos futuros por concepto de cargo por confiabilidad que hubiese experimentado Termoflores S.A. E.S.P., a partir de diciembre de 2007 (fecha en la cual entra a regir el factor IHF determinando para el periodo 2006 a 2007 de acuerdo con la resolución 071 de 2006 de la CREG y reglamentarias) y hasta el 1 de diciembre de 2010 de no haber adquirido, la energía de respaldo a EPM de acuerdo con la factura N° 6173481 – 06.”

A dicha pregunta la sociedad experta responde así: “Para dar respuesta a esta pregunta consideramos procedente hacer las siguientes precisiones: El Anexo No. 8 de la Resolución 071 de 2006 donde se establece la determinación de la remuneración real individual diaria de la obligación de energía en firme, fue modificado mediante el artículo 6 de la Resolución CREG-085-2007, el cual cambió

la formula para dicho cálculo a partir del 1 de diciembre del año 2007". A continuación el dictamen procede, para efectos del cálculo del ingreso por cargo por confiabilidad para el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2007 y el 30 de noviembre de 2010, a aplicar las fórmulas contenidas en esa resolución correspondientes a la disponibilidad comercial de la planta expresada en KV sin considerar la indisponibilidad respaldada mediante contratos de respaldo o cualquier otro anillo de seguridad; a la obligación diaria de energía en firme respaldada por la planta o unidad de generación; a las ventas en contratos de respaldo o en declaración de respaldo con la planta o unidad de generación; al precio promedio ponderado del cargo por confiabilidad de la obligación de energía firme respaldada por la planta o unidad de generación expresada en dólares por Kilovatio – hora (US\$/kWh). Igualmente tiene en cuenta para efectos del cálculo del IHF – Índice de Indisponibilidad el registro histórico de salidas forzadas - para los periodos comprendidos entre el 1 de diciembre de 2007 y el 30 de noviembre de 2010.

Con base en la información disponible la sociedad experta procedió a efectuar los cálculos del IHF teniendo en cuenta, de una parte la adquisición de energía de respaldo a EEPMM y, de otra, bajo el supuesto de no haber adquirido dicho respaldo lo que implicaría que las horas de indisponibilidad forzada aumentaran en 744 (24 horas diarias *31 días de diciembre). A continuación muestra el comparativo de los cálculos correspondientes a cada periodo: Periodo del 1 de noviembre de 2007 al 30 de noviembre de 2008 y Periodo del 1 de noviembre de 2008 al 30 de noviembre de 2009. Una vez establecido el IHF procedió a efectuar el cálculo de la ENFICC asignada para cada periodo. De igual manera procedió a efectuar el cálculo de los ingresos por concepto de cargo por confiabilidad, efectuando esos cálculos con tres metodologías diferentes para los siguientes periodos: - Para el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2007 y el 30 de agosto de 2008 – periodo ya transcurrido - Periodo comprendido entre el 1 de septiembre y el 30 de

noviembre de 2008 - Periodo entre el 1 de diciembre de 2008 y 30 de noviembre de 2010. A continuación el dictamen presenta el cálculo y resultado de cada periodo. Para el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2007 y el 30 de agosto de 2008, indica que “*Como quiera que a la fecha del presente informe se cuenta con el valor real recibido por Termoflores S.A desde el 1 de diciembre de 2007 hasta el 30 de agosto de 2008, se procedió a efectuar la estimación diaria del valor de la reducción de ingresos por concepto de cargo por confiabilidad que evitado por Termoflores S.A., al haber adquirido energía de respaldo a EEPPM en el mes de diciembre de 2006*”. Presenta además en un cuadro el resumen mensual.

Con base en esos cálculos detallados dice el dictamen que “*En conclusión para el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2007 y el 30 de noviembre de 2010 Termoflores S.A. evitó una reducción de ingresos por concepto de cargo por confiabilidad por valor de \$17.062.167.014,22 (teniendo en cuenta que los valores desde el 1 de septiembre de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2010 están reexpresados a pesos colombianos con base en la TRM del 30 de septiembre de 2009).*

Para las aseguradoras convocadas el dictamen en la respuesta mencionada adolece de error grave “*en la medida en que no tuvo en cuenta el hecho de que la parada objeto del presente proceso, según lo certificado por XM, fue una parada programada, y este tipo de paradas no afectan el índice IHF de un generador y por lo tanto tampoco afecta los ingresos de cargo por confiabilidad*”. Señala a este respecto la objeción planteada que, “*el numeral 3.4 del anexo No 3 de la resolución 071 de 2006 que es la norma por la cual se adopta la metodología para la remuneración del cargo por confiabilidad en el mercado mayorista de energía define el IHF como el índice de indisponibilidad histórica de salidas forzadas*”. Es decir, a juicio de las convocadas, “*este cálculo sólo toma en cuenta aquellas salidas de*

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

operación de las máquinas que fueron forzadas, es decir, que no fueron previstas ni mucho menos estaban programadas”.

En su escrito de objeción afirman las aseguradoras que, “*Así, el perito incurre en un error grave al realizar un cálculo de la reducción de ingresos futuros por concepto de cargo por confiabilidad que hubiese experimentado Termoflores S.A. ESP en las condiciones escritas diferente a \$0.* (Folio 108 del cuaderno principal No. 3)

Finalmente indica que “*los cálculos realizados por el perito desconocen las condiciones pactadas en la póliza 200085, que en últimas deben ser las condiciones que determinen los lineamientos para el cálculo de una eventual reducción de ingresos*”. Para soportar este argumento, señala la parte convocada que “*el numeral 2.2 de la condición SEPTIMA, es muy clara al establecer que la disminución de ingresos normales del negocio que debe ser tenida en cuenta para calcular la indemnización es aquella que se presente durante el periodo de indemnización*”.

Como pruebas de la objeción se solicitaron testimonios y otro dictamen pericial rendido por Pablo Roda Fornaguera quién al respecto – según las aclaraciones rendidas una vez realizados los cálculos que consideró pertinentes y aplicando una serie de opciones de valoración de la pérdida de ingreso futuro a la que se hubiese visto sometida Termoflores en el evento de que no se hubiese adquirido el respaldo con energía firme con EEPPM y considerando además el valor de la totalidad del respaldo contratado por Flores III y el porcentaje de cobertura que representó el contrato con EEPPM (92.1%) – concluyó que, “*bajo esta metodología, la totalidad del respaldo evitó una caída en los ingresos de cargo por confiabilidad entre diciembre de 2007 y noviembre de 2010 de \$16.621 millones de pesos constantes de 2009 de los cuales \$15.301 corresponden a la participación de los contratos con EPM en la cobertura de obligaciones de energía en diciembre de 2006 (...).* Se reitera que el efecto en los ingresos que habría ocasionado la ausencia del contrato

con EPM corresponde a la cifra calculada en el dictamen entregado por el perito de \$22.236 millones de pesos constantes de 2009. Como se ha dicho, de no haber contado con el contrato, se habría ajustado completamente la ENFICC considerando tanto el cambio en el IHF por las horas de indisponibilidad en diciembre de 2006 como el resto de horas indisponibles que modificaron este índice en otros períodos. De igual forma, sin contrato habría sido necesario trasladar el ajuste del CEN a la ENFICC aprobada para efectos de la liquidación del cargo. Con el amparo contractual, se evitó también este factor de ajuste para la liquidación del cargo. Como se mostró en el dictamen, si bien tanto el IHF como el ajuste del CEN, independientemente de la parada en diciembre de 2006, se traducían en una menor estimación de la ENFICC, esta estimación no habría tenido ninguna incidencia en los ingresos percibidos por la empresa puesto que la variación fue inferior al 10%. En contraste, en ausencia de los contratos, la variación de la ENFICC habría superado este umbral regulatorio obligando a una modificación en la base de ENFICC para liquidar el Cargo por Confiability durante el período de transición. Es por estas circunstancias que en el dictamen inicial se atribuyó todo el cambio de la ENFICC a la ausencia de los contratos de respaldo sin importar si otras variables habrían afectaron el nuevo cálculo. De esta forma, el respaldo evitó la totalidad de la variación de la ENFICC.” (Folios 308 y 309 del Cuaderno de Pruebas No. 16, Pág. 13 y 14 del dictamen)

Salta a la vista que en términos generales la conclusión del perito Roda en el punto es similar a la emitida por EDGAR NIETO & ASOCIADOS, sólo que con valores diferentes debido a la metodología aplicada, en el sentido de que sin el contrato de energía de respaldo celebrado con EEPPM en el mes de diciembre de 2006, TERMOFLORES habría visto reducidos sus ingresos en forma significativa por concepto de cargo por confiabilidad entre el mes de diciembre de 2007 y el mes de noviembre de 2010.

Vistos los términos en que está fundamentada la objeción parcial por error grave planteada por el apoderado de las aseguradoras frente al dictamen rendido dentro del proceso por EDGAR NIETO & ASOCIADOS, no encuentra el Tribunal al rompe que se den las condiciones para declarar próspera dicha objeción, si se tiene en cuenta que las conclusiones del perito cuestionadas, y la metodología aplicada para calcular los valores materia de la pregunta, no resultan contraevidentes ni carentes de sustento, ya que responden sencillamente a las apreciaciones que tuvo el mencionado perito al aprehender el objeto de su investigación, sin que la discrepancia que arguye el objetante constituya, como a espacio se ha indicado, fundamento para estructurar el error grave que reclama el ordenamiento procesal.

No tiene necesidad el Tribunal, para resolver la objeción planteada en la forma como lo ha indicado, de entrar en el detalle de todas y cada una de las fórmulas, metodología, conclusiones y apreciaciones rebatidas, porque insiste el Tribunal, ellas responden a las consideraciones conclusivas a las que llegó la persona jurídica experta y que constituían el objeto de la pericia, apoyado en la apreciación de los hechos y de los elementos que se le sometieron a su examen. Como lo ha indicado el Tribunal, el enfrentamiento de pareceres no constituye motivo de objeción, ya que esto cae en el campo de lo intelectivo, que no puede ser materia de objeción para hacerle perder certeza al dictamen. Ahora bien, una cosa es que no haya o se descarte error grave en un dictamen, y otra que éste adquiera la fuerza demostrativa necesaria para llegar al convencimiento del juez de los hechos que estructuran la relación material vertida en el proceso, si se llegaren a encontrar otras pruebas que contradigan las conclusiones del perito. Los sustentos equivocados de los peritos, con características de gravedad y que han de influir en la decisión del litigio, son los que sirven para evidenciar la existencia de un error grave en cuanto se alteran las calidades del objeto, de sus atributos, de los hechos mismos o de los valores apreciados, y que conduzcan a concluir que es tal el

desacuerdo que necesariamente los conceptos y las conclusiones resultan también erróneos.

11. El incumplimiento de obligaciones posteriores a la ocurrencia del siniestro. (Excepción No. 9)

También han planteado las aseguradoras convocadas, como defensa frente a la demanda de Termoflores, el incumplimiento por parte de esta de cargas posteriores a la ocurrencia del siniestro, las cuales, en resumen, dado que la exposición a este respecto en la demanda es un tanto confusa y repetitiva, hace consistir en: falta de aviso de siniestro, no colaboración con los ajustadores para permitir a las aseguradoras verificar la existencia y cuantía del siniestro, comportamiento que se habría traducido en impedir a las aseguradoras inspeccionar el rotor afectado a raíz de la inicial detección del daño y posterior desmontaje y envío a Charlotte (EEUU) y ocultar informaciones técnicas sobre el evento, ausencia de reclamación extrajudicial, incumplimiento de la obligación de no remoción de escombros sin autorización de la aseguradora, incumplimiento de las cargas probatorias que corresponden al asegurado de demostrar la ocurrencia y la cuantía del siniestro.

De acuerdo con el acervo probatorio presente en el proceso, el Tribunal encuentra, en cuanto al aviso de siniestro se refiere, que la convocante en este caso, informó al asegurador sobre el hecho de las vibraciones anormales ocurridas en el rotor el 14 de Julio de 2.005, hecho, que, como ha quedado dicho, indicaba la existencia de una mala condición de la máquina que requería desde luego investigación a fin de determinar sus causas y alcances. Esta información se hizo trece (13) días después de que Termoflores tuvo conocimiento de ese hecho, es decir, seis días después del término contractual previsto para el efecto en la cláusula catorce de las condiciones generales (Folio 116 del cuaderno de pruebas No. 1), y en el anexo 17 del contrato de seguro. No obstante esa demora, dada la complejidad técnica de lo

que estaba ocurriendo, no parece excesiva y, como se verá más adelante, no existe prueba de que haya causado perjuicio a las aseguradoras.

Es cierto que TERMOFLORES no hizo fácil para la firma ajustadora la presencia de sus funcionarios dentro de las labores de inspección que se hicieron a raíz del incidente de 14 de Julio de 2.005 y esa es una conducta censurable desde el punto de vista contractual, pero en este caso, visto todo el desarrollo posterior de los acontecimientos, no se observa de qué manera hubiera podido variar el resultado de ese desarrollo con la presencia del asegurador o de su ajustador en el momento de las inspecciones que se llevaron a cabo a finales de Julio de 2.005. Por otra parte la actitud de las aseguradoras no ha sido coherente a este respecto. En efecto: si, como lo han sostenido, no se trataba de un siniestro, no había lugar a aviso alguno, ni a la operancia de la condición vigésima novena de la póliza; por el contrario, si se trataba de un aviso de siniestro, como parece reconocerlo la proposición de defensas basadas en la falta de aviso, las aseguradoras se limitaron a hacer un encargo a su ajustador pero en ningún momento exigieron o requirieron del asegurado directamente, a raíz del aviso recibido, detener las labores de inspección o permitir la inspección del rotor en ejercicio de sus derechos contractuales, advirtiendo, como era su deber elemental de información, las consecuencias que podrían seguirse del hecho de que no se cumplieran sus requerimientos. Por lo demás, es sabido que el incumplimiento de cargas que deban cumplirse con posterioridad a la ocurrencia del siniestro sólo pueden tener como sanción, conforme a lo dispuesto por el artículo 1.078 del Código de Comercio, que por su texto debe entenderse como norma imperativa, la reducción de la indemnización a cargo del asegurador en la medida de los perjuicios que se le causen con dicho incumplimiento, y, en este caso, como en otros que se analizan más adelante, los aseguradores no han ni siquiera tratado de demostrar qué perjuicios se les pudo haber ocasionado en este caso con la supuesta falta de aviso

de siniestro o con la obstaculización en cuanto a la presencia del ajustador en las inspecciones de los daños.

Algo similar puede decirse con respecto a las demás conductas obstructivas o de supuesto ocultamiento de información que se achacan por parte de las convocadas a la convocante, con posterioridad al conocimiento que se tuvo de la ocurrencia del daño. En el plano del análisis del cumplimiento de las cargas posteriores a la ocurrencia del siniestro, desde el punto de vista legal, la colaboración que el asegurador puede demandar del asegurado se concreta finalmente en el deber que el asegurado tiene de evitar con un comportamiento razonable la extensión y propagación del siniestro, aparte desde luego del hecho que debe también cumplir con sus cargas probatorias de acreditar la ocurrencia y la cuantía del siniestro. El asegurador no puede exigir la verificación directa, por su parte, de todos y cada uno de los elementos configurativos del siniestro, como un requerimiento adicional a la carga probatoria que se sabe el asegurado tiene, ni negarse a pagar la indemnización correspondiente por el hecho de que no se le haya permitido hacer esa verificación o estar presente en determinadas etapas del proceso que lleva a la reparación de los daños causados por el mismo.

Pero sobretodo, es importante insistir en que cuando el asegurador afirma el incumplimiento de cargas posteriores a la ocurrencia del siniestro, estén ellas previstas en la ley, o se encuentren contenidas en el contrato, aún si se parte de la base de que en este último caso esas cargas pueden exceder los términos de las cargas legales, lo cual es discutible, está en la obligación de expresar en forma determinada la naturaleza de los perjuicios que se le han podido causar con el incumplimiento, y la cuantía de dichos perjuicios, ya que de lo contrario resulta inocuo cualquier incumplimiento a este respecto por parte del asegurado, por real que sea.

En este caso, el Tribunal encuentra que independientemente de haberse probado o no el conjunto de los reproches que en este sentido han hecho las convocadas a la convocante, no se ha señalado en modo alguno ni la naturaleza ni la cuantía de los perjuicios que los incumplimientos imputados hubieren podido causar a las aseguradoras. En qué hubiera podido cambiar la dimensión del daño si la aseguradora hubiera asistido a las inspecciones que se hicieron al rotor a raíz de su primera salida de operación en Julio de 2.005 o posteriormente en Noviembre de 2.006; cómo hubiera podido cambiar la obligación del asegurador si hubiera estado presente a todo lo largo del desarme del rotor y su reparación y si hubiera podido verificar directamente los escombros dejados con la misma; esos son interrogantes que no fueron absueltos y que impiden que se produzcan consecuencias jurídicas sobre los mismos.

En lo que hace referencia a la ausencia de reclamación extrajudicial y falta de cumplimiento de las cargas probatorias propias del asegurado de demostrar la ocurrencia y la cuantía del siniestro, deben hacerse las siguientes precisiones: en primer lugar, el asegurado o beneficiario dentro de una póliza de seguro no está obligado a formular una reclamación extrajudicial, esta no es estrictamente una carga que derive del contrato de seguro. La reclamación extrajudicial al asegurador, aunque es la manera normal como se desarrolla el proceso previo al pago de la prestación debida por el asegurador, no es necesaria como requisito de ese pago, puesto que el asegurado puede proceder directamente a formular una reclamación judicial en todos los casos y, particularmente, cuando dados ciertos antecedentes puede anticipar que el asegurador objetará su reclamo directo o por estar próximo a vencerse el término de prescripción de su acción contra el asegurador. Por lo mismo, en este caso no se requería que hubiera una reclamación extrajudicial, que ciertamente no la hubo. La reclamación extrajudicial solo se hace necesaria como condición de la mora del asegurador previamente a una acción judicial, en los

términos del artículo 1.080 del C. de Co, y del mérito ejecutivo de la póliza, conforme a lo dispuesto por el artículo 1.053 del mismo estatuto.

En cuanto a las cargas probatorias, ellas ciertamente existen en cabeza del asegurado, pero como consecuencia de lo dicho anteriormente, podrán cumplirse sea por vía extrajudicial, con la reclamación directa e igualmente extrajudicial al asegurador, o dentro del proceso, en caso de una reclamación judicial. En este caso se aprecia claramente que TERMOFLORES optó por una reclamación judicial, sin acudir previamente al reclamo extrajudicial, por lo cual está en su derecho y precisamente este Laudo está decidiendo si, dentro de este reclamo judicial, el asegurado ha cumplido o no con sus cargas probatorias.

Por lo mismo las excepciones formuladas a este propósito serán igualmente desechadas.

12. La suma a indemnizar y los intereses moratorios. (Excepción No. 10)

La mora y sus consecuencias, cuando se trata de la obligación del asegurador dentro del contrato de seguro, se rige por lo dispuesto en el artículo 1.080 del Código de Comercio que es norma especial para estos efectos. El sentido de la norma es que el asegurador no se encuentra en mora mientras el beneficiario del seguro no cumpla con sus cargas probatorias de demostrar la ocurrencia y la cuantía del siniestro, puesto que sin ese presupuesto, ciertamente el asegurador no puede entenderse incurso en un retardo culpable y punible en el cumplimiento de su obligación.

Aunque el artículo 1.080 del Código de Comercio prevé la situación normal que es la de una reclamación extrajudicial directa por parte del beneficiario a su asegurador, dado que, como se ha visto, nada obsta a que la reclamación se haga

por la vía judicial sin pasar por la etapa extrajudicial, en este caso deberá seguirse el mismo principio, por una simple aplicación de la norma al caso planteado y en desarrollo del principio de que cuando existe la misma situación de hecho, debe aplicarse la misma disposición.

La Sala Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha sostenido en tres decisiones previas (Sentencia de fecha 14 de Diciembre 2.001, Expediente 6230 magistrado ponente Dr. Carlos Ignacio Jaramillo, Sentencia de fecha 9 de Noviembre 2.004, Expediente 12789, magistrado ponente Dr. Silvio Trejos y Sentencia de 7 de Julio 2.005, Expediente 0174, magistrado ponente Dr. Jaime Arrubla Paucar), que cuando el asegurado opta por la acción judicial contra su asegurador para cobrar la indemnización, sin pasar antes por la reclamación extrajudicial, la mora del asegurador se cuenta, en caso de ser éste vencido en el proceso, a partir del momento de la notificación de la demanda, en desarrollo del principio establecido a este respecto en el artículo 90 del C.P.C.

El Tribunal se aparta ahora de esta doctrina, por cuanto considera que el artículo 90 del C. de P.C es una norma general que solo puede aplicarse en ausencia de norma especial y, como se ha visto, para el caso de la mora de la obligación del asegurador existe una disposición especial que es el artículo 1.080 del Código de Comercio, que debe aplicarse en el caso en que el beneficiario del seguro proceda a su reclamo al asegurador por vía judicial y no por vía extrajudicial previamente. De hecho, esta disposición expresa textualmente "*el asegurado estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, (...).*"

Al hacerse esa aplicación, resulta que dentro del proceso judicial, salvo en los casos realmente excepcionales en que no exista decreto y práctica de pruebas relativos a la ocurrencia y a la cuantía del siniestro y con la demanda se presenten pruebas

plenas de esos extremos, que no tengan discusión dentro del proceso, las cargas probatorias del asegurado solo podrán entenderse cumplidas una vez se cierre el debate probatorio dentro del proceso y solamente a partir de ese momento pueden contarse los términos (un mes calendario) que la ley señala para que entienda generada la mora del asegurador en los términos del artículo 1.080 del C. de Co.

En el caso presente, el cierre del debate probatorio se produjo mediante auto que se notificó y quedó en firme el día 23 de abril de 2009; por lo mismo, cualquier obligación que se declare a cargo del asegurador en este caso, se entenderá en mora, a partir del vencimiento del mes calendario posterior a esa fecha.

La parte convocante ha incluido dentro de sus pretensiones intereses de mora que a su juicio deben entenderse causados desde el momento de la notificación de la demanda arbitral. Las convocadas por su parte han excepcionado en el sentido de que no habiendo lugar al pago de indemnización alguna no se deben tampoco intereses de mora y que, en el peor de los casos los mismos no se deberían sino a partir de la ejecutoria del Laudo Arbitral que imponga al asegurador el pago de una prestación derivada del contrato de seguro.

De conformidad con las consideraciones anteriores, se despachará en forma parcialmente favorable esta excepción.

13. Improcedencia de la condena en costas (Excepción No. 12)

Ha sostenido la parte convocada que no debe haber condena en costas contra ella, en la medida en que, por haber procedido directamente a un reclamo judicial sin agotar la etapa de reclamación extrajudicial, la convocante debe correr con todos los costos de este trámite arbitral. A su juicio este comportamiento hizo necesario y

mucho más lento y costoso el proceso, sin haber dado oportunidad al menos de intentar un acuerdo directo que hubiera podido impedir “*los elevados costos propios de este tipo de justicia.*”

Al respecto el Tribunal reitera las consideraciones anteriormente hechas a propósito del derecho que asiste al asegurado de promover una acción judicial sin proceder previamente a un reclamo directo. Lo anterior, sin perjuicio de que aún dentro de una instancia judicial o arbitral las partes tienen toda clase de oportunidades para resolver el conflicto mediante conciliación o transacción, hace que el tema de las costas se deba resolver de conformidad con las normas que rigen objetivamente al respecto tanto para el proceso judicial como para el procedimiento arbitral.

Por lo mismo el Tribunal rechazará igualmente esta excepción y aplicará, en la parte resolutiva del Laudo, las mencionadas normas sobre costas.

14. La prescripción (Excepción 13)

La parte convocada ha formulado la excepción de prescripción, sin explicar mayormente sus fundamentos fácticos y aparentemente ha abandonado esta defensa en su alegato final. No obstante, el Tribunal debe decir a este respecto que ciertamente no se configura prescripción en este caso de la acción del asegurado contra el asegurador, puesto que la misma solo se daría, en el término más corto que es el que corresponde a la prescripción de carácter ordinario, conforme a lo que dispone el artículo 1.080 del C. de Co, una vez vencidos los dos años siguientes a la fecha en que el asegurado haya tenido conocimiento de la ocurrencia del daño. Esa fecha fue el 14 de Julio de 2.005, como se ha acreditado en autos, día en el cual el rotor afectado salió de servicio por presentar vibraciones anormales

determinadas por el daño que, según se ha concluido, presentaba el mencionado rotor originado en las circunstancias ampliamente analizadas atrás.

Dado que la demanda arbitral fue presentada el 13 de Julio de 2.007, no se había consolidado aún el término ordinario de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, por lo cual esa presentación interrumpió debidamente el mencionado término, conforme a lo dispuesto por el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil.

Esta excepción será consecuencialmente rechazada.

15. Excepción genérica

Se resolverá negativamente sobre la proposición de esta excepción, dado que el Tribunal no encuentra probados otros hechos dentro del trámite del proceso que pudieran enervar modificar o extinguir las pretensiones de la convocante.

16. La liquidación de la condena

Conforme ha quedado dilucidado en acápitos anteriores del laudo, salen avantes las pretensiones de la parte actora tendientes a que se declare que las aseguradoras ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. y ACE SEGUROS S.A., conforme a la participación que cada una asumió en la póliza “TODO RIESGO INDUSTRIAL Y COMERCIAL” número 20085 expedida por la primera, incumplieron las obligaciones derivadas del mencionado contrato de seguro como consecuencia del siniestro ocurrido el 14 de julio de 2005.

Por consiguiente, acorde con lo solicitado por la parte actora en las pretensiones de la demanda, las aseguradoras convocadas, según la participación que les corresponde en el mencionado contrato de seguro, esto es, en un 60% para la primera y un 40% para la segunda de aquellas, deben pagarle a TERMOFLORES S.A E.S.P. la indemnización correspondiente al daño emergente consecuencia del siniestro ocurrido en la fecha antes mencionada, menos el valor del deducible, liquidada en pesos colombianos, a la tasa de cambio representativa del mercado a la fecha de este Laudo.

Según se encuentra debidamente acreditado en el expediente, los costos de reparación del rotor en las instalaciones del fabricante en Charlotte en los Estados Unidos de América ascienden a la suma, en dólares americanos, de US\$1.584.445, mientras que los gastos de transporte y nacionalización representan también en dólares americanos US\$634.653.

El deducible para el rubro de daño emergente, en dólares americanos, pactado en la póliza es de US\$1.000.000, por lo que el valor total de la indemnización es de US\$1.219.098 dólares americanos que liquidados a la tasa representativa del mercado a la fecha de este Laudo, es decir \$2.158,72 pesos, arroja un total en pesos colombianos de \$2.631.691.234,56, suma que se deberá a la ejecutoria de este fallo.

Como igualmente fuera indicado, se ordenará el pago de intereses moratorios sobre la suma indicada anteriormente, desde el día 23 de mayo de 2009 hasta que se efectúe el pago, a la tasa máxima de interés moratorio, de conformidad con lo señalado en el artículo 1080 del Código de Comercio modificado por el artículo 111, de la ley 510 de 1999, pago que deberá ser realizado por las aseguradoras convocadas en la proporción indicada a partir de la ejecutoria de este Laudo. A la

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

fecha de este Laudo, 25 de junio de 2009, esta condena asciende a la suma de \$65.919.771, de acuerdo con la siguiente liquidación:

		Interés Anual Efectivo					
Período		No. de días	No. Resol Superba	Interés Cte Bancario	Interés Moratorio	Capital	Intereses
Inicio	Final			(1)			
23/05/2009	25/06/2009	34	388	20,28%	30,42%	2.631.691.234,56	65.919.771

CAPITULO QUINTO

LAS COSTAS Y SU LIQUIDACIÓN

Las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como “los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso.” (Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Art. 2º).

Entendido lo anterior, teniendo en cuenta que en el presente caso prosperan parcialmente las pretensiones objeto de la demanda, cotejando el importe de los beneficios procesales obtenidos por cada una de las partes, al igual que el sentido general de la decisión del litigio contenida en el presente Laudo, de conformidad con el artículo 392 numeral sexto del C. de P.C. es del caso condenar a la parte convocada a reembolsarle a la convocante, por concepto de costas, el setenta por ciento (70%) de las expensas procesales en que ésta última incurrió, de

Tribunal de Arbitramento de Termoflores S.A. E.S.P.

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

conformidad con la siguiente liquidación, en la cual se incluirá la suma de \$90.000.000, como agencias en derecho.

La suma objeto de condena en costas se liquida así:

1. Gastos del trámite arbitral

1.1 Honorarios de los Árbitros, la Secretaría y Gastos del Tribunal

(Acta No. 8, Auto No. 9)

Honorarios de los tres Árbitros	\$270.000.000
IVA 16%	\$ 43.200.000
Honorarios de la Secretaría	\$ 45.000.000
IVA 16%	\$ 7.200.000
Gastos de Funcionamiento y Administración- Cámara de Comercio de Bogotá	\$ 22.350.000
IVA 16%	\$ 3.576.000
Protocolización, registro y otros gastos	<u>\$ 22.350.000</u>
 TOTAL	 \$413.676.000

70% a cargo de la parte convocada ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. y ACE SEGUROS S.A. y a favor de TERMOFLORES S.A. E.S.P.	\$289.573.200
Suma ya pagada por la parte convocada:	\$206.838.000

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

**Suma a cargo de la parte convocada ROYAL
& SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. y
ACE SEGUROS S.A. y a favor de TERMOFLORES
S.A. E.S.P.**

\$ 82.735.200

1.2. Honorarios de la traductora María Teresa Lara
(Acta No. 23, Auto No. 28 y Acta 24, Auto No.29)

Honorarios \$ 20.100.000

**70% a cargo de ROYAL & SUN ALLIANCE
SEGUROS (COLOMBIA) S.A. y ACE SEGUROS
S.A. y a favor de TERMOFLORES S.A. E.S.P.** \$ 14.070.000

Suma pagada por ROYAL & SUN ALLIANCE
SEGUROS (COLOMBIA) S.A. y ACE SEGUROS S.A. \$ 10.800.000

**Suma a cargo de la parte convocada ROYAL
& SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. y
ACE SEGUROS S.A. y a favor de TERMOFLORES
S.A. E.S.P.** \$ 3.270.000

1.3. Honorarios del perito Edgar Nieto y Asociados
(Acta No. 24, Auto No. 29)

Honorarios \$ 35.000.000

IVA 16 %: \$ 5.600.000

Gastos \$ 4.219.108

TOTAL: \$ 44.819.108

Tribunal de Arbitramento de Termoflores S.A. E.S.P.

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

Suma pagada por la parte convocada: \$ 44.819.108

**30% a cargo de TERMOFLORES S.A. E.S.P.
y a favor de ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS
(COLOMBIA) S.A. y ACE SEGUROS S.A.** \$ 13.445.732

1.4. Honorarios del perito Pablo Roda Fornaguera
(Acta No. 31, Auto No. 39)

Honorarios \$ 30.000.000

IVA 16 %: \$ 4.800.000

TOTAL: \$ 34.800.000

Suma pagada por la parte convocada: \$ 34.800.000

**30% a cargo de TERMOFLORES S.A. E.S.P.
y a favor de ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS
(COLOMBIA) S.A. y ACE SEGUROS S.A.** \$ 10.440.000

2. Agencias en derecho: \$ 90.000.000

**70% a cargo de ROYAL & SUN ALLIANCE
SEGUROS (COLOMBIA) S.A. y ACE SEGUROS S.A.
y a favor de TERMOFLORES S.A. E.S.P.** \$ 63.000.000

**Suma total por concepto de costas y
agencias en derecho a cargo de ROYAL
& SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. y
ACE SEGUROS S.A. y a favor de TERMOFLORES
S.A. E.S.P.:** \$125.119.468

Tribunal de Arbitramento de Termoflores S.A. E.S.P.

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida “Protocolización, registro y otros”, se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar. En el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, que debe ordenarse en el Laudo, el valor faltante deberá ser sufragado por la parte convocada.

CAPITULO SEXTO

DECISION

Por las razones expuestas en las consideraciones precedentes, el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver en derecho las controversias suscitadas entre **TERMOFLORES S.A. E.S.P.** como parte convocante y **ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. Y ACE SEGUROS S.A.**, como parte convocada, con el voto unánime de sus miembros, administrando justicia en nombre de la República de Colombia por autoridad de la ley y en cumplimiento de la misión encomendada por las partes para tal fin,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar no probada la objeción parcial por error grave formulada por la parte convocada contra el dictamen pericial rendido por la sociedad EDGAR NIETO & ASOCIADOS.

SEGUNDO. Declarar no probadas las excepciones formuladas por la parte convocada identificadas como “Ausencia de obligación de indemnizar al asegurado-Ausencia de Siniestro”, “Ausencia de riesgo ante inexistencia de evento accidental, súbito e imprevisto”, “Ausencia de riesgo ante inexistencia de daño ocurrido durante la vigencia de la póliza”, “No cobertura por exclusión de vicio propio”, “Exclusión por daños originados en montajes y desmontajes de equipos”, “Exclusión por deterioros preexistentes”, “Falta de cobertura por el incumplimiento de la obligación de informar las modificaciones al bien asegurado”, “Falta de cobertura por el incumplimiento de las garantías que otorga el asegurado, “Incumplimiento de las obligaciones y cargas del asegurado (“Incumplimiento de los requerimientos del asegurador y obstrucción del ejercicio de las facultades de las compañías aseguradoras”; “Incumplimiento de la obligación de no remoción de escombros del asegurado en caso de siniestro”; “Incumplimiento de la obligación del artículo 1077”), “Improcedencia de la condena en costas a cargo de las convocadas”, “Prescripción” , “Falta de legitimación por activa”, y la “Genérica”, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO. Declarar probada la excepción denominada “Improcedencia del cobro de lo pagado por TERMOFLORES a EEPPM.”, y parcialmente la de “Improcedencia del pago de intereses de mora”, formuladas por la parte convocada, y según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. Declarar que las aseguradoras **ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. y ACE SEGUROS S.A.**, conforme a la participación que cada una asumió en la póliza “TODO RIESGO INDUSTRIAL Y COMERCIAL” número 20085, esto es en un 60% para la primera y en un 40 % para la segunda, deben cumplir a favor de la parte actora las obligaciones derivadas del mencionado contrato de seguro como consecuencia del siniestro ocurrido el 14 de julio de 2005 y según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

QUINTO. Como consecuencia de la declaración anterior, condenar a **ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A.** y a **ACE SEGUROS S.A.**, conforme a la participación que cada una tenía en la póliza, esto es, en un 60% para la primera y un 40% para la segunda, a pagar a **TERMOFLORES S.A. E.S.P.**, la suma, en pesos colombianos, de dos mil seiscientos treinta y un millones seiscientos noventa y un mil doscientos treinta y cuatro pesos con cincuenta y seis centavos (\$2.631.691.234,56), por concepto del valor de la indemnización correspondiente al daño emergente consecuencia del siniestro ocurrido a la Unidad Flores III el 14 de julio de 2005 , suma de la que ya se ha descontado el deducible pactado en la póliza número 20085, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO. Condenar a **ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A.** y a **ACE SEGUROS S.A.**, conforme a la participación que cada una tenía en la póliza, esto es, en un 60% para la primera y un 40% para la segunda, a pagar a **TERMOFLORES S.A. E.S.P.** a partir de la ejecutoria de este laudo, los intereses de mora causados o que en el futuro se causen sobre la suma a que se refiere el numeral anterior, a partir del 23 de mayo de 2009 y hasta que el pago total se verifique, a la tasa señalada por el artículo 1080 del Código de Comercio, cuyo texto fue modificado por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999, intereses de mora que hasta la fecha del presente laudo ascienden a la suma de sesenta y cinco millones novecientos diez y nueve mil setecientos setenta y un pesos moneda corriente (\$65.919.771).

SÉPTIMO. Condenar a **ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A.** y a **ACE SEGUROS S.A.**, conforme a la participación que cada una tenía en la póliza, esto es, en un 60% para la primera y un 40% para la segunda, a pagar a **TERMOFLORES S.A. E.S.P.**, la suma de ciento veinticinco millones ciento diez y nueve mil cuatrocientos sesenta y ocho pesos moneda corriente (\$125.119.468),

Tribunal de Arbitramento de Termoflores S.A. E.S.P.

Contra

Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A.

por concepto de costas y agencias en derecho, de acuerdo con la liquidación contenida la parte motiva de este Laudo.

OCTAVO. Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo incluidas las constancias de ley, con destino a cada una de las partes y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

NOVENO. Ordenar que en la oportunidad de ley, se protocolice este expediente en una notaría del Círculo de Bogotá y se rinda por el Presidente cuenta razonada a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y protocolización.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,

ALEJANDRO VENEGAS FRANCO
Presidente

JORGE SANTOS BALLESTEROS
Árbitro

ANDRÉS ELOY ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ
Árbitro

GABRIELA MONROY TORRES
Secretaria