TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

FAVESTRELLA S.A.

CONTRA

**SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A., LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA
DE SEGUROS Y SEGUROS COLPATRIA S.A.,**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C. tres (3) de Febrero de dos mil diez (2010)

El Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias jurídicas suscitadas entre **FAVESTRELLA S.A. y SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A., LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS Y SEGUROS COLPATRIA S.A.**, en razón y con ocasión de la ejecución del contrato de seguro que dio origen a la *litis*, profiere, en derecho, el presente laudo arbitral, después de haber 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 y en el Código de Procedimiento Civil.

CAPITULO PRIMERO- ANTECEDENTES

1. Partes y representantes.

1.1. La parte convocante **FABRICA DE VELAS S.A. “FAVESTRELLA S.A.”**, persona jurídica, identificada con Nit: 890304477-4 y matrícula mercantil: 4515-4, según certificado de existencia y representación obrante al expediente, representada legalmente por JAVIER CAMACHO ROBLEDO en calidad de tercer suplente del gerente, y representada judicialmente en este proceso por el doctor FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS.

1.2. Las partes convocadas son:

1.2.1. SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. persona jurídica, identificada con Nit 860002180-7, según certificado de existencia y representación obrante al expediente, representada legalmente por MARIA DE LAS MERCEDES IBAÑEZ CASTILLO en calidad de tercer suplente del presidente, compañía representada judicialmente en este proceso arbitral por el doctor JOSE MARIA NEIRA GARCIA y su apoderada sustituta ROSA MARIA GOMEZ OLMOS.

1.2.2. SEGUROS COLPATRIA S.A. persona jurídica con Nit 860002184-6, según certificado de existencia y representación obrante al expediente, representada legalmente por JAVIER RAMIREZ GARZON en calidad de representante legal para asuntos judiciales y administrativos, compañía representada judicialmente en este trámite arbitral por el doctor NORMAN ALBIN GARZON MORA

1.2.3. LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS persona jurídica identificada con Nit 860002400-2, según certificado de existencia y representación obrante al expediente, representada legal y judicialmente por el doctor EMILIO ANTONIO GRAJALES RIOS

2. La cláusula compromisoria.

El pacto arbitral se funda en la cláusula compromisoria, contenida en el Numeral VIII de las Condiciones Generales del ANEXO POR LUCRO CESANTE POR ROTURA DE MAQUINARIA, obrante al folio 23 del cuaderno de Pruebas N° 1.

Dicha cláusula textualmente dice así:

“VIII. ARBITRAJE

EL ASEGURADO Y LA COMPAÑÍA CONVIENEN EN SOMETER A UN TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO CUALQUIER DUDA O DIFERENCIA QUE PUEDIERE (SIC) OCURRIR EN LA EJECUCION DE ESTE CONTRATO Y A NO INTENTAR DEMANDA O ACCION ALGUNA DE OTRA NATURALEZA MIENTRAS DE COMUN ACUERDO NO HAYAN RESUELTO PRESCINDIR DEL JUICIO ARBITRAL. EL TRIBUNAL FUNCIONARA EN BOGOTA Y FALLARA EN DERECHO, LOS ARBITROS SERÁN NOMBRADOS ASI: UNO POR CADA UNA DE LAS PARTES CONTRATANTES Y EL TERCERO POR EL ACUERDO DE LOS DOS ARBITROS, SI ESTOS NO SE PONEN DE ACUERDO EN DICHO NOMBRAMIENTO EL TERCERO LO DESIGNA LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA. ”

3. Convocatoria del Tribunal, designación de los árbitros, etapa introductoria del proceso, integración e instalación.

3.1. En el presente Tribunal, inicialmente las partes designaron como árbitros principales a los doctores HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO, JAVIER BONIVENTO JIMENEZ y JORGE EDUARDO NARVAEZ BONNET, y como suplentes a la doctora GABRIELA MONROY TORRES y al doctor SAUL FLOREZ ENCISO (acta de 9 de Septiembre de 2008).¹

La designación fue aceptada por los doctores NARVAEZ Y BONIVENTO, más no por el doctor LOPEZ BLANCO. Como suplente designado aceptó el doctor SAUL FLOREZ ENCISO.

De esa manera quedó legalmente integrado el Tribunal por los doctores SAUL FLOREZ ENCISO, JAVIER BONIVENTO JIMENEZ y JORGE EDUARDO NARVAEZ BONNET, sin que la integración del Tribunal o su constitución hubiera sido controvertida por las partes.

3.2. La audiencia de instalación del Tribunal se llevó a cabo el 3 de Febrero de 2009, en la que entre otros puntos se designó como presidente al Doctor NARVAEZ BONNET, se declaró legalmente instalado el Tribunal, se designó secretario al Doctor JORGE SANMARTIN JIMENEZ, se fijó la sede de la secretaria, se reconoció personería al apoderado de la convocante y a la apoderada de la Convocada LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS; en esta misma audiencia se inadmitió la demanda de la convocante.

El secretario se posesionó en su cargo ante el presidente del Tribunal el 9 de Febrero de 2009.

3.3. Subsanada la demanda, ésta se admitió mediante auto No 2 de 13 de Febrero de 2009; esta providencia fue notificada personalmente a la totalidad de las convocadas mediante diligencia de notificación personal² en la que simultáneamente se hizo entrega de la demanda, escrito de subsanación y anexos para su traslado.

3.4. Contestada en término la demanda subsanada, el Tribunal mediante auto No 4 de Marzo 6 de 2009, ordenó correr el traslado de las excepciones de mérito propuestas y fijó fecha para audiencia de conciliación.

¹ Folio 91 cuaderno principal No 1.

² Folios 202, 203 y 204 cuaderno principal No 1

3.5. El 20 de Marzo de 2009, en la cuarta audiencia del Tribunal, se llevó a cabo la audiencia de conciliación. Fracasada ésta, se fijaron los honorarios y gastos del Tribunal mediante auto No 5. y se fijó fecha para la primera audiencia de trámite para el 28 de Abril de 2009.

Las sumas decretadas fueron consignadas en tiempo por la convocante FAVESTRELLA S.A. y SEGUROS COLPATRIA S.A.

Dentro del término adicional de ley, FAVESTRELLA S.A. consignó las sumas correspondientes a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS y SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A.; a solicitud de la convocante se expidieron las certificaciones de pago conforme el artículo 144 del decreto 1818 de 1998.³

3.6. El día 17 de Abril se recibió oficio remitido por el Tribunal Superior de Cali, Sala Civil, en el que para resolver una acción de tutela instaurada (radicada con el Número 2009-00046), se solicitaba con carácter urgente copia del expediente del proceso ordinario 2005-00136-00 que había cursado ante el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali, que era el despacho judicial que había remitido al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el expediente para la integración e instalación de Tribunal Arbitral, que fue el origen de este arbitramento. Ante la solicitud, el Tribunal mediante Auto No 7 de Abril 20 de 2009, ordenó copia y remisión de la totalidad del expediente con destino al despacho que lo solicitó, copias que fueron autenticadas y remitidas por la secretaría a costa de la accionante en tutela SEGUROS COLPATRIA S.A.

3.7. El 27 de Abril de 2009, la convocante FAVESTRELLA S.A., presentó REFORMA DE LA DEMANDA integrada en un solo texto, reforma que fue admitida mediante auto No 9 de Abril 28 de 2009, obrante en acta No 6, en la cual se dejó constancia de la notificación de dicha providencia y la entrega de la reforma y sus anexos a las convocadas presentes. En esta misma providencia se reprogramó la primera audiencia de trámite para el 13 de Mayo de 2009.

3.8. Todas las convocadas contestaron en término la reforma de la demanda, y de las excepciones formuladas se corrió el traslado de ley.

³ Folios 155 y 156 cuaderno principal No 1.

3.9. Al proceso concurrió el Ministerio Público por conducto de la Procuraduría 55 Judicial Administrativo, representado al inicio del proceso por la Doctora MARIA LUZ ALVAREZ ARAUJO, quien estuvo presente en el proceso hasta audiencia de admisión de la reforma de la demanda (28 de Abril de 2009) cargo que asumió de allí en adelante la doctora CLAUDIA HERNANDEZ.

4. Primera audiencia de trámite, etapa probatoria y alegaciones finales.

4.1. El 13 de Mayo de 2009, conforme lo programado, se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, en la que luego de dar lectura al pacto arbitral y a las cuestiones sometidas a arbitraje, el Tribunal, mediante auto No. 11, asumió competencia para conocer y resolver, en derecho, las diferencias sometidas a su conocimiento. En esa misma oportunidad, siguiendo el trámite previsto en la ley, mediante auto No 12 el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes en la reforma de la demanda arbitral y en las correspondientes contestaciones de la misma, así como en el término de traslado de las excepciones de mérito contenidas en las contestaciones.

4.2. La etapa probatoria se desarrolló de la siguiente manera:

4.2.1. El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales los documentos enunciados y aportados con la demanda inicial, su reforma y las contestaciones a los anteriores libelos.

4.2.2. Se practicaron los testimonios de HECTOR FABIO MONTOYA AYALA, EDUARDO TOVAR SALAS, MANUEL GUILLERMO SUAREZ ARIAS, SIGIFREDO GUTIERREZ TORRES, MARIA TERESA MORIONES ROBAYO, GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA, MONICA LUCIA TABORDA AGUDELO, FEDERICO MAYA MOLINA, MARCO GERMAN MONTENEGRO PEPINOSA, JAIME VELASQUEZ VILLAMIL, ALFREDO LOPEZ CAMPO, RICARDO DE JESUS ROMERO ERIME, JOSE RODRIGO ROA, LUIS FERNANDO RICO ECHEVERRI, WILLIAM MARTINEZ GONZALEZ y EDOMAR GOMEZ RENDON.

Respecto de los testimonios decretados de JAIME ECHEVERRI, HERNANDO FABIANO RAMIREZ, LEONARDO GONZALEZ, ESPERANZA URREA, y ALEXANDRA TORRES estos fueron desistidos por los solicitantes de la prueba, sin objeción por su contraparte y aceptados por el Tribunal dichos desistimientos.

Es del caso mencionar que varios de los testigos fueron citados para reconocer documentos obrantes al expediente, reconocimientos que, con excepción de los desistidos, se surtieron positivamente en su totalidad.

4.2.3. Conforme se había decretado, se practicó la declaración de parte del representante legal de FAVESTRELLA S.A., doctor JAVIER CAMACHO ROBLEDÓ.

4.2.4. Se exhibieron los documentos solicitados por las partes y decretados por el Tribunal; exhibición de las compañías FAVESTRELLA S.A., SEGUROS COLPATRIA S.A. y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS. Practicadas las exhibiciones mediante el traslado de los documentos a la sede del Tribunal, y conformes los solicitantes de las pruebas con su práctica, las partes desistieron de la inspección judicial a las sedes de las empresas referidas, desistimientos que fueron aceptados por el Tribunal.

4.2.5. Los oficios solicitados por las partes y decretados por el Tribunal, fueron oportunamente remitidos y contestados por los solicitantes, excepción hecha de ECOPETROL S.A. quien solo contestó 2 de las 4 solicitudes formuladas.

La parte solicitante del oficio a ECOPETROL, finalmente desistió de las 2 preguntas no contestadas, desistimiento que fue admitido por la contraparte y aceptado por el Tribunal.

4.2.6. De oficio, el Tribunal decretó un dictamen pericial con el objeto de calcular el lucro cesante y los diferentes escenarios de su causación; para este dictamen se designó como perito al Ingeniero y experto en finanzas GERMAN NOGUERA CAMACHO, quien en tiempo aceptó su designación y en audiencia tomó posesión ante el Tribunal.

El perito elaboró su dictamen, experticio que fue rendido y surtida plenamente su contradicción; las convocadas objetaron el dictamen por error grave, objeciones para la que ninguno de los objetantes solicitó en definitiva la práctica de un segundo dictamen. Las objeciones se resuelven en el presente Laudo.

4.2.7. El 19 de Noviembre de 2009, concluida la instrucción del proceso, en audiencia y mediante auto No. 36 se declaró cerrada la etapa probatoria y se citó

a audiencia de ALEGATOS DE CONCLUSIÓN, para el 15 de Diciembre de 2009, a las 10 de la mañana.

4.3. En la audiencia de alegatos de conclusión, las partes los presentaron ratificando la convocante sus pretensiones y las convocadas sus excepciones. Cada parte adjuntó un resumen escrito de sus alegaciones que fue incorporado al expediente

El Ministerio Público presentó sus alegaciones por escrito el día 25 de Enero de 2010.

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, ante la ausencia de manifestación en contrario de las partes. Su cómputo se inicia a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, es decir, el 13 de Mayo de 2009, con lo cual el término de seis meses previsto en la ley vencería el 13 de Noviembre de ese mismo año. Sin embargo a dicho término deben adicionarse los siguientes días durante los cuales el proceso estuvo suspendido por solicitud expresa de los apoderados de las partes:

Auto que la decretó	Fechas que comprende la suspensión	Días calendario suspendidos
No 15 de 29 de Mayo de 2009	Entre el 30 de Mayo y 16 de Junio de 2009	17
No 17 de 17 de Junio de 2009	Entre el 19 de Junio y el 6 de Julio de 2009.	18
No 22 de 13 de Julio de 2009	Entre el 18 de Julio y el 23 de Agosto de 2009.	37
No 33 de 18 de Noviembre de 2009	Entre el 19 de Noviembre y el 14 de Diciembre de 2009.	26
No 34 de 15 de Diciembre de 2009	Entre el 19 de Diciembre de 2009 y el 14 de Enero de 2010.	27

TOTAL	125
--------------	------------

En consecuencia, el término vence el 18 de Marzo de 2010 y, por lo mismo, el presente laudo se profiere dentro del término legal.

CAPITULO SEGUNDO - LA CONTROVERSIA.

1. La demanda arbitral y el pronunciamiento de la parte convocada en la contestación.

1.1. Hechos.

Las pretensiones formuladas por la parte convocante en la REFORMA DE LA DEMANDA están fundadas en los hechos que seguidamente se transcriben, siguiendo la redacción y orden allí propuesto por la demandante, así:

Hechos relativos a la actividad de FAVESTRELLA S.A. y al contrato de seguros celebrado.

1. “Por Escritura Pública No. 597 del 18 de febrero de 1969 de la Notaría Segunda de Cali, se constituyó la sociedad denominada Fábrica de Velas Estrella Limitada. Mediante Escritura Pública No. 2030 de 10 de diciembre de 2002 de la Notaría dieciséis de Cali, debidamente inscrita en la Cámara de Comercio, la sociedad se transformó de sociedad limitada a sociedad anónima, bajo el nombre de Fábrica de Velas Estrella S.A. Sigla: FAVESTRELLA S.A.”

2. “FAVESTRELLA S.A. es una de las empresas productoras de velas, velones y veladoras, líder en el mercado nacional de este producto, atendiendo el mercado nacional a través de todos los canales de distribución tales como grandes superficies (almacenes de cadena), supermercados, hipermercados, tiendas de decoración y hogar, cajas de compensación y distribuidores, tal como se deriva del denominado “INFORME DE INSPECCIÓN INDUSTRIAL” – “CONTROL Y PREVENCIÓN DE PERDIDAS”, realizado por el Ingeniero Jaime Velásquez Villamil para SEGUROS COLPATRIA.”

3. “FAVESTRELLA S.A., ha exportado sus productos a Estados Unidos, Venezuela, Puerto Rico y Haití, según el “INFORME DE INSPECCIÓN INDUSTRIAL” – “CONTROL Y PREVENCIÓN DE PERDIDAS”, realizado por el Ingeniero Jaime Velásquez Villamil para SEGUROS COLPATRIA.”

4. “FAVESTRELLA S.A., tiene contratados sus seguros con la aseguradora COLPATRIA S.A. desde junio 27 de 1997 y en este programa, vigente a la fecha del siniestro, esta aseguradora participa asumiendo un 50% del riesgo, o suma asegurada y el resto está distribuido con las siguientes co-aseguradoras, LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS que participa con el 30%, y, SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. que participa con el 20% restante, empresas estas que actúan como coaseguradoras.”

5. “La póliza de rotura de maquinarias se empezó a contratar por parte de FAVESTRELLA S.A. desde el año 2000.”

6. “Entre los seguros contratados por FAVESTRELLA S.A., está la póliza de ROTURA DE MAQUINARIA No. 330-0000670 contratada con la compañía de

seguros Colpatria S.A., para la vigencia Junio 27 de 2002 a Junio 27 de 2003, que incluye los siguientes amparos con sus respectivos valores asegurados:

Básico Rotura de Maquinaria	\$ 4.291.311.250
Incendio Interno	\$ 4.291.311.250
Explosión Química interna	\$ 4.291.311.250
Rayo	\$ 4.291.311.250
<u>Lucro Cesante</u>	<u>\$ 7.000.000.000</u>
Índice Variable	\$ 429.131.125 "

7. "Entre las cláusulas y condiciones particulares de dicha póliza, también encontramos el amparo de PROVEEDORES, DISTRIBUIDORES O PROCESADORES."

8. "Ni SEGUROS COLPATRIA, ni las coaseguradoras solicitaron a FAVESTRELLA la lista de proveedores, de tal manera que de acuerdo con su conducta y, conociendo el riesgo por el "INFORME DE INSPECCIÓN INDUSTRIAL" – "CONTROL Y PREVENCIÓN DE PERDIDAS", realizado por el Ingeniero Jaime Velásquez Villamil para SEGUROS COLPATRIA, sabían que ECOPETROL era proveedor de mi poderdante."

Hechos relativos al mercado de la parafina.

9. "La materia prima básica e indispensable que emplea mi poderdante para desarrollar su objeto social, es la parafina, la cual se puede adquirir de dos formas: a proveedores internacionales, o comprarla en el mercado nacional en el cual el único **productor** y quien a la vez actúa como **proveedor**, es ECOPETROL."

10. "La decisión de comprar parafina nacional o extranjera, se toma según el factor precio."

11. "ECOPETROL es productor de parafina, y a la vez, proveedor de FAVESTRELLA, tal como lo manifestó dicha empresa en la comunicación VSM-GCN-001369-2004-S con fecha 27 de abril de 2004, dirigida a Comercio Internacional Ltda., cuya copia obra como prueba en el proceso y que a la letra indica:

"Queremos aclarar que Ecopetrol S.A., entrega esta información por ser uno de los proveedores de parafina a Favestrella S.A. y entendiendo que también ha sido abastecido con nuestro producto a través de la compañía comercializadora C.I. Disan con sede en la ciudad de Bogotá."

12. "Tal como se desprende de la comunicación citada en el hecho anterior, C. I. Disan S.A. Colombia, es una de las comercializadoras de parafina ECOPETROL."

13. "ECOPETROL, como ya se dijo, es el único productor de parafina en el país, constituyéndose un monopolio del producto nacional. Este es un hecho ampliamente conocido por las aseguradoras y que fue reconocido por el ajustador Crawford, en su Informe Interino de 22 de enero de 2005, documento que también reposa en el proceso y en el que se indica:

"Es un hecho que el sector de parafinas en Colombia presenta un monopolio local en su manufactura, donde ECOPETROL es el único fabricante" (pág. 16)"

Hechos relativos al siniestro.

14. "Durante el mes de junio de 2002, la compañía de Seguros Colpatria realizó una visita a las instalaciones de FAVESTRELLA S.A., producto de la cual elaboró

el Informe de Inspección Industrial; documento que también hace parte del presente proceso.”

15. “Dicho Informe contiene las generalidades de FAVESTRELLA como fábrica de velas; la evaluación de cada uno de los riesgos amparados por la póliza expedida por Colpatria y una serie de recomendaciones para el control y prevención de pérdidas. “

16. “Igualmente, en dicho Informe de inspección realizado por Colpatria, se comprueba que las aseguradoras conocían que la compra de parafina como materia prima básica se realizaba en el mercado internacional o en el mercado nacional a ECOPETROL; decisión que dependía exclusivamente el precio. El mencionado Informe señala:

*“La materia prima básica la constituye la parafina que se puede comprar a proveedores internacionales desde donde es traída vía marítima al puerto de B/Ventura y transportada vía terrestre a la planta, **ó se puede comprar localmente a Ecopetrol. La decisión final depende del precio.**”*

17. “Así pues, si bien FAVESTRELLA S.A., obtenía en mayor porcentaje la materia prima en el mercado internacional, procedente de la China, en el segundo semestre del año 2002, para el año 2003 decidió que dicho insumo se compraría en el mercado nacional, es decir, que se compraría parafina producida por ECOPETROL.”

18. “Lo anterior, con fundamento en el estudio de mercado de parafina, que se hizo con la debida anticipación, ya que se preveía un alza esperada por todos los colombianos del precio del dólar, a una tasa estimada peso – dólar promedio año 2002 de \$2.580,00 y una tasa de cierre a diciembre 31 de 2002 de \$3.000,00.”

19. “Este estudio que hizo “FAVESTRELLA S.A.” proyectó los costos de importación a diciembre 31 de 2002, los cuales daban como resultado un sobrepeso en la materia prima importada, así: el valor de una tonelada de parafina importada al 31 de diciembre de 2002 era de \$1.595.848,10 y los precios históricos que mostraba ECOPETROL en su página Web, www.ECOPETROL.com.co, daban como precio de venta por tonelada, a partir de marzo 1 de 2002, un valor de \$ 1.411.514,68; resultando una diferencia por tonelada de (\$184.333,42), es decir un 13,05 % por debajo del costo de la parafina importada.”

20. “El estudio respectivo realizado por mi poderdante, determinó el cambio de proveedor con fundamento en el precio, lo cual era conocido por las aseguradoras, según consta en el Informe de Inspección de finales de 2002 realizado por Colpatria.

21. “A partir de enero de 2003, FAVESTRELLA S.A. dejó de comprar parafina extranjera y empezó a comprar únicamente la producida por ECOPETROL.”

22. “Lo anterior se desprende de la certificación emitida por el revisor fiscal de FAVESTRELLA S.A. el 26 de septiembre de 2005 e incluida como prueba en la demanda de reconvención presentada en el proceso iniciado en Cali, en la cual consta que desde febrero hasta junio del año 2003, la parafina a adquirir era la suministrada por ECOPETROL. “

23. “Justamente, fue por la ausencia de parafina nacional, ante la información suministrada por ECOPETROL, que se tuvo que realizar el primer pedido de parafina extranjera, con el fin de evitar la propagación del siniestro y la agravación del riesgo.”

24. “La decisión de comprar, únicamente, parafina nacional, también se puede evidenciar con la certificación emitida por el revisor fiscal el 18 de abril de 2005, que también obra como prueba en este proceso, en la que se observa que en el

año 2003, aumentó el porcentaje de compra de parafina nacional, a pesar del desabastecimiento sufrido.”

25. “Con la compra de parafina nacional, FAVESTRELLA S.A. obtendría beneficios económicos:

- a) Con el mejor precio, FAVESTRELLA S.A., obtendría, no sólo una mayor utilidad, sino también una mayor competitividad para sus productos.
- b) Los pedidos a ECOPETROL se hacían con mayor rapidez, por estar ubicado en el territorio nacional. No se tenía que incurrir en trámites de importación.
- c) Al obtener la materia prima de ECOPETROL, la entrega se daba casi en forma inmediata, pues si se importaba, era necesario esperar entre 60 y 90 días, desde el momento en que se hacía el pedido; dicho lapso comprende el período de embarque y transporte en un buque en condiciones normales. “

26. “Sin embargo, desde el 5 de febrero de 2003, se presentaron daños en algunos equipos de la planta de lubricantes y parafinas dentro de la refinería de ECOPETROL, situada en la ciudad de Barrancabermeja. Por lo tanto, hubo restricciones en la producción y consecuentemente en las entregas de la parafina; hecho que fue conocido por FAVESTRELLA con posterioridad.”

27. “Según consta en comunicación dirigida a FAVESTRELLA S.A., de fecha marzo de 2003 suscrita por la señora Mónica Lucía Taborda Agudelo, ingeniero de ventas de C.I. DISAN, una de las comercializadoras de ECOPETROL cuya copia se adjunta como prueba, *“ECOPETROL no ha podido solucionar los problemas técnicos en su planta de producción de parafina, lo que ha causado problemas en lo que llevamos del año, tan sólo les hayamos podido entregar 64 ton totales, de las 200 ton/mes que acordamos para el año 2003”*. “

28. “ECOPETROL certificó frente a las restricciones de entrega de parafina, lo siguiente en la comunicación emitida el 13 de mayo de 2003, la cual reposa en el expediente:

“Durante el presente año (2003) hemos tenido restricciones en la entrega de la Parafina líquida liviana, parafina líquida media y de la parafina empacada en la refinería de Barrancabermeja y en las almacenadoras (...)”

Resaltamos que ECOPETROL está implementando todas las actividades operacionales pertinentes a fin de normalizar las entregas de Parafinas en la refinería de Barrancabermeja.”“

Hechos relativos a los equipos que sufrieron la rotura.

29. “Los equipos averiados en ECOPETROL, según se desprende de la comunicación VSM-GCN-001573-2005-S, son equipos mecánicos, pues dicha entidad manifestó:

“(...) nos permitimos informar que el C1101/02 A es un equipo mecánico. Este equipo es un compresor recíprocante de tres etapas, cuya función principal es la de comprimir el hidrógeno requerido en las unidades de tratamiento final a las bases lubricantes y parafinas producidas en la planta de Parafinas.”“

30. “Ahora bien, de acuerdo con los respectivos informes técnicos y comunicaciones que se recibieron directamente de ECOPETROL, los daños sufridos fueron los siguientes:

- a) Daño en el compresor C1101/02 A, - Desde el 5 de febrero hasta el 10 de marzo de 2003
- b) (...)
- c) Daños en filtros, durante el mes de abril de 2003.

d) Daños en las bombas P-1216 A/B, P1203A, del 5 al 13 y del 14 al 18 de mayo de 2003. “

31. “Los equipos averiados forman parte del sistema de producción de parafina de la planta de lubricantes y parafinas ubicados dentro de la refinería de ECOPETROL situada en la ciudad de Barrancabermeja. Debido a fallas mecánicas de equipos y problemas eléctricos, ECOPETROL certifica en la comunicación VRM-GMV-000783-2003-S del 2 de julio de 2003 que se aporta como prueba:

“Los equipos que usted menciona forman parte de los sistemas de producción de parafinas afectados por las paradas intempestivas de la Refinería de Barrancabermeja, debidas a fallas mecánicas de equipos y problemas eléctricos. Como consecuencia directa de estos hechos, tuvimos drásticas reducciones en la disponibilidad de inventarios de nuestros productos Parafinas y Lubricantes.

Lo expuesto anteriormente ha venido disminuyendo progresivamente la confiabilidad operacional de la planta, dejando como consecuencia una menor disponibilidad de productos para ofrecer al mercado local.”

32. “Por tal motivo, FAVESTRELLA S.A. tuvo un lucro cesante, como consecuencia de la escasez de la materia prima necesaria para el cumplimiento de su objeto social, pues la parafina constituye un 99% de las velas producidas por ella. “

Hechos relativos al lucro cesante.

33. “Las definiciones contenidas en la póliza que sirven como base para el cálculo de lucro cesante y se definen las fórmulas base de la cuantificación, son las siguientes:

ix. Pérdidas y gastos indemnizables:

El amparo del presente anexo está limitado a la pérdida real de beneficio bruto debida a la disminución del volumen del negocio y a los gastos para reducir la pérdida tal como se define a continuación.

A) respecto a la disminución del volumen del negocio, la pérdida de beneficio bruto se calcula multiplicando el tipo de beneficio bruto por la diferencia entre el volumen normal de ventas registrado en el ejercicio anterior correspondiente al periodo de indemnización y el volumen de ventas obtenido durante el periodo de indemnización.

(...)

Parágrafo:

A) Para el cálculo de la pérdida real de beneficio bruto, el volumen normal de ventas de que trata la cláusula ii-a tomara en cuenta, el incremento esperado para el ejercido (sic) en curso”. “

34. “Los elementos que componen la definición del lucro cesante, a su vez, se definen en la póliza así:

Volumen de ventas:

La suma de todos los ingresos percibidos por el asegurado por bienes vendidos o suministrados que se hayan producido o acabado en la empresa, así como por los servicios prestados en los locales de su empresa asegurada en el curso de las operaciones.

Volumen anual de ventas:

Volumen de ventas registrado durante los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha el siniestro.

Volumen normal de ventas:

Volumen de ventas registrado durante el ejercicio fiscal anterior a la fecha del Siniestro.

Tipo de beneficio bruto:

La relación entre el beneficio bruto y el volumen normal de ventas.”

35. “Los ingresos de FAVESTRELLA en el periodo 1999 a 2002 y para el mercado nacional presentan un crecimiento promedio anual del 3.5% y para el año 2003 se estimaba que este porcentaje se incrementaría de manera importante, tal como se demuestra con los incrementos en ventas de enero y de septiembre a diciembre del 2003, de acuerdo con la información del experticio técnico que se presenta con la presente demanda.”

36. “Los meses de Septiembre a Diciembre de 2003 presentaron incrementos en ventas del 21.2%, 55.2%, 24% y 39.9% respectivamente con relación al año anterior, indicando que para el año 2003 se podía prever un crecimiento total importante, tal como se puede verificar en el experticio. “

37. “De hecho, dado el incremento de estos últimos meses del año el crecimiento anual resultó siendo el 10.5%, cifra superior al IPC para dicho año a pesar de la caída en ventas ocasionada por la rotura en la maquinaria de Ecopetrol para la producción de parafina, lo cual puede ser verificado en el experticio anexo a la presente reforma.”

Hechos relativos a la duración del siniestro.

38. “Los hechos que impidieron el suministro formal de parafina ocurrieron el día 5 de febrero del 2003, sin embargo, el efecto del mismo se prolongó hasta diciembre de ese mismo año para FAVESTRELLA.”

39. “Dicho período está cubierto por la póliza, en la medida que las condiciones generales de la póliza de Rotura de Maquinaria # 330-0000670 de seguros Colpatria S.A. en su amparo de Lucro Cesante por Rotura de Maquinaria, estipula en su cláusula IV lo siguiente:

“Periodo de Indemnización

El período de indemnización no excederá el limite convenido, dicho período comienza en el momento de ocurrir el siniestro y perdura mientras los resultados del negocio estén afectados a causa del mismo, (subrayado por el suscrito) siendo entendido que la compañía no responderá de la pérdida sufrida en los primeros días que hayan sido acordados como “deducible temporal”.

El periodo de indemnización convenido, el cual aparece estipulado en la carátula de la citada póliza, es de 12 meses (*folio 64*). Mi poderdante sociedad considera que el siniestro concluyó el día 31 de diciembre del 2003, fecha hasta la cual hubo afectación de los resultados del negocio. De tal forma que es a partir de esta fecha en que empezaría a correr para mi poderdante sociedad Fábrica de Velas Estrella S.A. “FAVESTRELLA S.A.” los términos de prescripción. “

40. “En consideración al lucro cesante definido en la póliza, el período durante el cual se extendieron los efectos del siniestro y las cifras extraídas de la contabilidad de FAVESTRELLA, el valor de la indemnización asciende a la suma de **mil ochocientos setenta y cuatro millones seiscientos treinta y nueve mil novecientos ochenta y seis pesos (\$1.874.639.986).**”

Hechos relativos a la reclamación.

41. “Ante los hechos descritos, mediante comunicación rotulada Informe de Siniestro Póliza RM670, firmada por el Doctor Javier Camacho Robledo, Director Operativo, se dio aviso de la ocurrencia del siniestro, tanto a la aseguradora líder, como a las coaseguradoras. “

42. “Con la comunicación DO-005 fechada en mayo 31 de 2004, FAVESTRELLA S.A., hizo la reclamación formal del siniestro, tal como lo dispone el artículo 1077 del Código de Comercio, solicitando una indemnización por valor de MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS NUEVE MIL SESENTA PESOS MCTE. (\$1.291.609.060,00).”

43. “El 20 de mayo de 2003, la compañía de Seguros Colpatria contrata al ajustador de seguros Comercio Internacional Ltda, para la liquidación de la pérdida. Este ajustador recomienda ofrecer *“una cifra indemnizable de \$152.200.000, respecto a la siguiente pérdida, por pertenecer íntegramente a la afectación del Amparo adicional de Proveedores, Distribuidores o Procesadores, dentro de la cobertura de Lucro Cesante por Rotura de Maquinaria de la póliza que en sus Condiciones Generales y Particulares más adelante comentamos.”* Dentro de dicho Informe Final Siniestro 5017/2003 con fecha 25 de junio de 2004, el ajustador hizo los siguientes comentarios:

- a) Confirma que *“(…) hasta Abril 26/04 logramos que Ecopetrol nos hiciera llegar todas la información técnica, comercial y estadística que **nos permite certificar la “destrucción o daños en las propiedades” en la planta de Ecopetrol, que redujeron las actividades normales de producción y ventas de Favestrella S.A., desde Febrero 5/03 y hasta Mayo 28/03, por la serie de episodios que cronológicamente y en forma detallada indica el Ing. Enrique Valencia, período que corresponde a 103 días**”(pág. 5)(Subrayado y negrillas fuera del texto)*
- b) Confirma que *“(…) **Así las cosas tenemos que, está demostrado y certificado de Ecopetrol como Proveedor de parafina de Favestrella S.A., sufrió destrucción y daños en la maquinaria instalada en Barrancabermeja para la producción de esa materia prima, a consecuencia de lo cual la entidad asegurada redujo las actividades normales del negocio**”(pág. 5)*
- c) Afirma, *“Para concluir este aparte, **el hecho de no haber cumplido el Asegurado con la obligación de suministrar el listado de los proveedores con el porcentaje de incidencia, no podría jamás dejar inexistente el Amparo en mención**, puesto que según opinamos y por la labor que aquí se ha hecho, en cualquier momento y, eso si, antes del siniestro, puede y debe determinarse en los libros de contabilidad del establecimiento asegurado, quiénes son sus proveedores y con qué incidencia cuantitativa, para darle una aplicación a esa cobertura. Es decir, para nosotros, nunca queda exonerado el Asegurado de que se determine el Proveedor o sus Proveedores así como su porcentaje de incidencia, siempre que suceda una pérdida con ellos relacionada o cuanto la Compañía de Seguros lo determine –durante la vigencia del seguro-, por eso queda establecido que el Proveedor en esta oportunidad es Ecopetrol” (pág. 7)”*

44. “Por medio del oficio CAC-460-04ind-g, de junio 30 de 2004 que reposa en el expediente, la Compañía de seguros Colpatria S.A., compañía líder, da respuesta a la comunicación DO-005, en la cual ofrecen como indemnización la suma de CIENTO CINCUENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MCTE. (\$151.200.000,00), negándose a reconocer una indemnización mayor, bajo los siguientes supuestos:

- a) No obstante la compañía de seguros reconocer, que la cobertura afectada es el amparo adicional de *“Proveedores, distribuidores o*

procesadores”, la cual es una extensión particular a la cobertura de Lucro Cesante por Rotura de Maquinaria de la póliza No. 330-0000670, mencionan que para el año fiscal de 2002, se estableció que el porcentaje de participación en las compras efectuadas a ECOPETROL no superaron el 10,80%. Por tal motivo, el monto indemnizable no puede ser superior para la compañía de seguros, que la cantidad de \$ 151.200.000,00.

b) Considera la compañía líder, que la cuantía de la pérdida solicitada por el asegurado, Fábrica de Velas Estrella S.A., no se encuentra comprobada.

c) Determinan, de manera errónea, que la suma asegurada en el amparo adicional de *“proveedores, distribuidores o procesadores”* otorgada en la cobertura de Lucro Cesante por Rotura de Maquinaria es de MIL CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$1.400.000.000,00.)

d) Determinan que ECOPETROL es el único proveedor que se ha afectado y que las utilidades de mi poderdante sociedad, Fábrica de Velas Estrella S.A. “FAVESTRELLA S.A.”, son solamente del 10.80%. El resto le corresponde a otros proveedores que en ningún momento se han afectado.

e) Que teniendo en cuenta la participación de compra a ECOPETROL, que fue del 10.80%, al ser aplicado a la suma asegurada de \$1.400.000.000,00, resulta una indemnización de \$151.200.000,00, suma esta que sería entregada a mi poderdante sociedad, FAVESTRELLA S.A., por intermedio de sus corredores de seguros, Willis Colombia S.A..”

45. “De acuerdo con lo anterior, no había duda de la ocurrencia del siniestro; se reconoció por parte de la Aseguradora que se había presentado la rotura de maquinaria de un proveedor de FAVESTRELLA, y se ofreció conforme a ello una indemnización.”

46. “La indemnización ofrecida fue calculada, de manera errónea, con base en una suma asegurada diferente a la de lucro cesante por rotura que era de \$7.000 millones y no de \$1.400 millones de pesos.”

47. “Por oficio IND-5372 el cual se adjunta a este expediente como prueba, de fecha 3 de septiembre de 2004, la Compañía de Seguros Colpatria S.A., da respuesta a la comunicación No, DO-008 de fecha 12 de agosto de 2004, de mi poderdante, mediante la cual se solicitó reconsiderar el valor propuesto de \$151.200.000,00, como indemnización, y sus comentarios fueron los siguientes:

a) Confirman que el *“amparo adicional afectado es el de “proveedores, Distribuidores o Procesadores, expedido en extensión al amparo de Lucro Cesante por Rotura de Maquinaria”*.

b) Confirman que la indemnización propuesta es fruto de *“(…) la **comprobación de unos factores y un procedimiento establecido en las condiciones de la póliza** que en este caso fueron oportunamente identificados para todos los participantes en este proceso de ajuste **y para esta aseguradora indudablemente están comprobados con el acervo probatorio que lo sustenta**”* (Subrayado y negrillas fuera del texto)

c) Confirman *“... que hemos reversado el cheque No. 25465159 girado el día 6 de agosto de 2004 a favor de Fábrica de Velas Estrella S.A., y para efectos contractuales y legales hemos recompuesto la reserva por el valor de \$151.200.000,00, que arroja la liquidación que nos ocupa (subrayado del suscrito), informándoles que estaremos atentos al desarrollo de las acciones que ustedes a su arbitrio estimen pertinentes, pues desde nuestra respetuosa perspectiva este asunto ya esta definido”* .”

48. “No obstante que en forma conjunta, es decir aseguradoras y asegurado, se realizaron a cabo varias reuniones para demostrar que el monto de la pérdida era

realmente la establecida por FAVESTRELLA S.A., la aseguradora COLPATRIA S.A., envía a mi poderdante sociedad, la comunicación IND-2306-AJ de fecha 7 de abril de 2005, documento que se adjunta como prueba en esta demanda, en la cual manifiesta que:

“OBJETA totalmente la reclamación presentada por ustedes, con ocasión de la falta de suministro de parafina por parte de ECOPETROL.” “

49. “Por su contenido, mi poderdante considera que no es seria esa objeción, toda vez que es totalmente distinta a la expresada en las dos comunicaciones anteriores, donde tan sólo se puso en discusión el monto de la indemnización. Los supuestos que la aseguradora COLPATRIA S.A., invoca a última hora para objetar totalmente la reclamación presentada por mi poderdante sociedad, son los siguientes:

a) Invocan que FAVESTRELLA S.A. no suministró el listado de los proveedores y su incidencia en el lucro cesante, condición suspensiva positiva bajo la cual se expidió la cobertura.

b) Invocan *“(...) que si en gracia de discusión se admitiera la eficacia contractual del amparo de proveedores, a pesar del incumplimiento de la condición suspensiva convenida, bajo este escenario hipotético, el tomador-asegurado, tenía la obligación legal que incumplió cuando decidió dejar como único proveedor a ECOPETROL, con lo cual agravó de manera significativa el estado del riesgo, sin haber notificado de esta circunstancia a la aseguradora.”*

c) De igual forma expresan que los daños que sufrieron los equipos de ECOPETROL no son materia de cobertura por lo siguiente *“... les manifestamos que de conformidad con lo establecido respecto a las causas de los daños en las válvulas del compresor C-1101/02, en 7 de los 8 filtros del sistema, en las bombas P 1216 A/B y P-1203 A, se observa que los daños derivados de dichas causas, no son objeto de cobertura de la póliza de rotura de Maquinaria, por el contrario, están expresamente excluidos en el Literal f) de la cláusula quinta de las condiciones de la póliza. (Subrayado por el suscrito) Igualmente, la falta de suministro del metil etil cetona a ECOPETROL, el mantenimiento general de la planta de ECOPETROL y el conflicto colectivo, son también eventos extraños a la cobertura otorgada por la pluricitada póliza”*. “

50. “La conducta de las aseguradoras es contradictoria, en la medida que cambian de posición: de reconocer la existencia del siniestro a objetar por completo la reclamación, con base en argumentos según los cuales, el amparo expedido y por el cual cobraron la prima respectiva, nunca existió.”

51. “Con las comunicaciones emitidas por SEGUROS COLPATRIA se evidencia que FAVESTRELLA S.A. cumplió con la obligación de realizar la reclamación en los términos previstos por la legislación comercial.”

52. “Lo anterior da pie para cobrar intereses moratorios sobre la suma del lucro cesante demostrado.

53. “Finalmente, debe tenerse en cuenta que FAVESTRELLA S.A. convocó a una conciliación a las aseguradoras, cuya audiencia fue fallida, en la medida que no hubo ánimo conciliatorio, según se deriva del acta del 17 de marzo de 2005 la cual fue aportada como prueba.”

1.2. Pretensiones.

La reforma de la demanda, que integró en un solo escrito la demanda inicial, formuló las siguientes pretensiones definitivas las cuales se trascriben, eliminando

las citas legales y comentarios de la pretensión séptima, que no hacen parte de lo pedido como tal.

1.2.1. Peticiones principales.

“ **PRIMERA: DECLARAR** que durante el año 2003, la maquinaria y equipos de la Planta de Parafinas en la Refinería de Barrancabermeja de ECOPETROL sufrieron daños, debido a fallas mecánicas de equipos y problemas eléctricos.

SEGUNDA: DECLARAR que, como consecuencia de lo anterior, durante el año 2003, ECOPETROL, quien es proveedor de FAVESTRELLA, tuvo restricciones en la producción y suministro a nivel nacional, de parafina líquida liviana, parafina líquida media y parafina empacada media.

TERCERA: DECLARAR que, como consecuencia de lo anterior, la **FÁBRICA DE VELAS ESTRELLA S.A.-FAVESTRELLA-** fue afectada patrimonialmente por el desabastecimiento de parafina, y tuvo un lucro cesante por valor de **mil ochocientos setenta y cuatro millones seiscientos treinta y nueve mil novecientos ochenta y seis pesos (\$1.874.639.986)** o lo que resulte probado en el proceso.

CUARTA: DECLARAR que, como consecuencia de las declaraciones de las pretensiones primera a tercera, ocurrió el siniestro amparado por la póliza de Rotura de Maquinaria No. 330-0000670 expedida por SEGUROS COLPATRIA S.A., Anexo de lucro cesante, amparo de proveedores, distribuidores y procesadores, en la cual se especifica la siguiente participación: Colpatria S.A. 50%; La Previsora S.A. 30% y Seguros Bolívar: 20%, con vigencia desde el 27 de junio de 2002 hasta el 27 de junio de 2003.

QUINTA: DECLARAR, como consecuencia de la declaratoria anterior, que las aseguradoras SEGUROS COLPATRIA S.A., SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR S.A., y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, en proporción a su participación, están obligadas a pagar a la **FÁBRICA DE VELAS ESTRELLA S.A.** la suma de **mil ochocientos setenta y cuatro millones seiscientos treinta y nueve mil novecientos ochenta y seis pesos (\$1.874.639.986)** o lo que resulte probado en el proceso, por concepto de lucro cesante.

SEXTA: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a las aseguradoras SEGUROS COLPATRIA S.A., SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR S.A., y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, según la proporción de sus participaciones, al pago de **mil ochocientos setenta y cuatro millones**

seiscientos treinta y nueve mil novecientos ochenta y seis pesos (\$1.874.639.986) a favor de la **FÁBRICA DE VELAS ESTRELLA S.A.** por concepto del lucro cesante originado en la ocurrencia del siniestro amparado con la póliza de Rotura de Maquinaria No. 330-0000670 expedida por SEGUROS COLPATRIA S.A., Anexo de lucro cesante por rotura de maquinaria, amparo de proveedores, distribuidores y procesadores, con vigencia del 27 de junio de 2002 al 27 de junio de 2003.

SÉPTIMA: DECLARAR civilmente responsables a las mismas aseguradoras COLPATRIA S.A., LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS y SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. al pago a mi poderdante sociedad, Fábrica de Velas Estrella S.A. "FAVESTRELLA S.A.", de los intereses moratorios, desde el mismo momento en que "FAVESTRELLA S.A." dio efectivo cumplimiento al artículo 1080 del Código de Comercio (31 de mayo de 2004)....."

....

"OCTAVA.- CONDENAR en costas a las demandadas."

1.2.2. Peticiones subsidiarias.

"PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRINCIPAL: ORDENAR que las sumas aquí reconocidas, sean pagadas con adición de los intereses moratorios sean reconocidos desde la fecha en que se presentó la demanda hasta el momento que se realice el pago.

PRETENSIÓN SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA SUBSIDIARIA ORDENAR que las sumas aquí reconocidas, sean pagadas con adición de los intereses corrientes, desde la fecha en que se venció el plazo para pagar la reclamación y la fecha en que efectivamente se reciba su pago.

PRETENSIÓN SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA SUBSIDIARIA: ORDENAR que las sumas aquí reconocidas, sean pagadas incluyendo su actualización, desde la fecha en que se venció el plazo para pagar la reclamación y la fecha en que efectivamente se reciba su pago. "

Se hace expresa mención que las dos últimas pretensiones subsidiarias tienen idéntica nominación tal cual consta en el texto de la reforma de la demanda transcrita⁴, no obstante su contenido es distinto.

⁴ Folio 333 cuaderno principal No 1

2. Contestación de la demanda y formulación de excepciones por las convocadas.

Las convocadas se opusieron a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; respecto de los hechos, aceptaron algunos como ciertos; admitieron otros como parcialmente ciertos; se sujetaron en otros a lo que resultase probado y rechazaron los restantes.

Respecto de las excepciones de mérito formularon las siguientes, las cuales se transcriben en la misma forma y orden que fueran nominadas por las convocadas:

2.1. Excepciones formuladas por SEGUROS COLPATRIA S.A.

Nominadas como “excepciones de fondo”, formuló las siguientes:

2.1.1. PRESCRIPCION DE LA ACCION DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO

2.1.2. Nominadas como excepciones primeras subsidiarias:

2.1.2.1. INEXISTENCIA DE AMPARO

2.1.2.2. RIESGO EXCLUIDO

2.1.2.3. INEXISTENCIA DE SINIESTRO

2.1.2.4. INEFICACIA DEL ANEXO DE PROVEEDORES, DISTRIBUIDORES Y PROCESADORES.

2.1.2.5. AGRAVACION DEL RIESGO

2.1.2.6. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION A CARGO DE LAS ASEGURADORAS POR FALTA DE AMPARO PARA EVENTOS RELACIONADOS CON CONFLICTOS LABORALES.

2.1.2.7. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION A CARGO DE LAS ASEGURADORAS DEMANDADAS POR EXCLUSION EXPRESA DE SU RESPONSABILIDAD POR HUELGA.

2.1.2.8. CULPA EXCLUSIVA DEL ASEGURADO.

2.1.2.9. INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 1074 DEL C. DE CO.

2.1.2.10. COMPENSACION.

2.1.3. Nominadas como excepciones segundas subsidiarias:

2.1.3.1. INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 1077 DEL C. DE CO.

2.1.3.2. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION AL PAGO DE INTERESES.

- 2.1.3.3. APLICACIÓN DEL DEDUCIBLE.
- 2.1.3.4. EXCEPCION GENÉRICA.
- 2.2. **Excepciones formuladas por SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A.**
 - 2.2.1. INEXISTENCIA DE OBLIGACION A CARGO DE MI MANDANTE.
 - 2.2.2. **Nominadas como excepciones subsidiarias:**
 - 2.2.2.1. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO POR AGRAVACIONES DEL RIESGO.
 - 2.2.2.2. INEFICACIA DEL AMPARO DE DISTRIBUIDORES, PROVEEDORES Y PROCESADORES.
 - 2.2.2.3. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.
 - 2.2.2.4. INEXISTENCIA DE SINIESTRO.
 - 2.2.2.5. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO.
 - 2.2.2.6. RIESGO EXCLUIDO.
 - 2.2.2.7. INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 1074 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.
- 2.3. **Excepciones formuladas por LA PREVISORA S.A. – COMPAÑÍA DE SEGUROS.**
 - 2.3.1. PRESCRIPCIÓN ORDINARIA DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO.
 - 2.3.2. INOPERANCIA DEL AMPARO DE LUCRO CESANTE POR ROTURA DE MAQUINARIA, RESPECTO DE PROVEEDORES, DISTRIBUIDORES Y PROCESADORES.
 - 2.3.3. AUSENCIA DE COBERTURA CONTRACTUAL POR CUANTO ECOPETROL NO ES PROVEEDOR DE LA SOCIEDAD DEMANDANTE.
 - 2.3.4. TERMINACION DEL CONTRATO DE SEGUROS POR FALTA DE NOTIFICACION DE LA MODIFICACION DEL ESTADO DEL RIESGO.
 - 2.3.5. CULPA GRAVE DEL ASEGURADO.
 - 2.3.6. EXCLUSION POR PÉRDIDAS O DAÑOS QUE EN SU ORIGEN O EXTENSIÓN SEAN CAUSADAS POR DESGASTE Y DETERIORO PAULATINO

- 2.3.7. COASEGURO Y PORCENTAJE DE PARTICIPACION DE LA PREVISORA S.A. EN UN 30%.
- 2.3.8. DEDUCIBLE A CARGO DEL ASEGURADO DE 10 DIAS PARA TODOS LOS EVENTOS.
- 2.3.9. EXCEPCION GENERICA.

CAPITULO TERCERO - PRESUPUESTOS PROCESALES.

Síguese del recuento efectuado en los numerales precedentes que la relación jurídico- procesal existente en el caso presente se constituyó regularmente y que en el desenvolvimiento de la misma no se configura defecto alguno que, por tener la trascendencia legalmente requerida para invalidar en todo o en parte la actuación surtida y no haberse saneado, imponga darle aplicación al artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, motivo que permiten decidir de fondo la controversia sometida a arbitraje por las partes convocante en sus pretensiones y convocadas en sus respectivas excepciones .

No existe duda ni controversia sobre la competencia del Tribunal para dirimir el litigio planteado, tal como se definió, en la oportunidad legal, mediante auto No. 11 del 13 de Mayo de 2009.

CAPITULO CUARTO – CONSIDERACIONES.

Surtida la tramitación del proceso, el Tribunal de Arbitramento procede a decidir la controversia, mediante las siguientes consideraciones:

1. Aspectos esenciales respecto de la determinación que deba adoptarse en el laudo.

Como las tres compañías aseguradoras convocadas, en sus respectivos escritos de contestación a la reforma integrada de la demanda efectuada por la convocante y admitida por el Tribunal, formulan la excepción de prescripción de la presente acción adelantada por FAVESTRELLA, se procederá en primera medida a su estudio, pues de prosperar la misma se haría inoficioso adentrarse en otros aspectos materia de la litis.

1.1. La excepción de prescripción de las acciones derivadas de la póliza.

Aduce Seguros Colpatria S.A. que en este caso es procedente la declaratoria de prescripción bajo el contrato de seguros materia de la *litis*, toda vez que la convocante, conoció o debió conocer del hecho que da base a su acción, el día 5 de febrero de 2003, por lo que considera que debió haber presentado la demanda, a más tardar, el 5 de febrero de 2005 con el fin de interrumpir el cómputo del término de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro. Aclara que el término de prescripción de la mencionada acción no se inicia a partir del 31 de diciembre de 2003 (como lo expresa la convocante en su libelo demandatorio), ya que tomar como punto de partida esa fecha, conlleva que se está confundiendo la fecha del siniestro – momento a partir del cual se inicia el cómputo – con el vencimiento del “*periodo de indemnización*” pactado en la póliza, que es el instante hasta el cual, si se presenta un evento amparado por el seguro, llega la obligación de indemnizar del asegurado con cargo al amparo de lucro cesante.

Destaca que la demanda que origina el presente trámite arbitral sólo vino a presentarse el 25 de agosto de 2008, la cual fue inadmitida por el auto de febrero 3 de 2009 y, posteriormente, admitida por el auto de febrero 13 del mismo año, cuando el Tribunal, consideró cumplidos los requisitos de una demanda arbitral.

En relación con el proceso que promovió Favestrella contra las convocadas y que cursó en el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali, anota que en octubre de 2006, se declaró la prosperidad de la excepción previa de compromiso o cláusula compromisoria propuesta por Seguros Comerciales Bolívar S.A., circunstancia que dio pie a que se declarara terminado el proceso respecto de dicha sociedad. Señala que posteriormente, SEGUROS COLPATRIA S.A. presentó solicitud de trámite de incidente de nulidad con fundamento en la causal de falta de jurisdicción, el cual fue tramitado y resuelto de manera favorable a dicha aseguradora mediante providencia que quedó ejecutoriada en noviembre de 2007; providencia confirmada por el Tribunal Superior de Cali bajo la causal de falta de competencia y en la cual se declaró la nulidad de todo lo actuado, incluido el auto admisorio de la demanda y se declaró, en consecuencia, rechazada la demanda.

Circunstancias que lo llevan a colegir que nunca hubo un proceso ni una demanda formalmente presentada y con capacidad de interrumpir la prescripción conforme a las previsiones del artículo 90 del C. de P.C. pues, la declaratoria de nulidad involucró toda la actuación surtida desde la presentación de la misma. Reitera que en dicho proceso se declaró la nulidad de la totalidad del trámite, incluido el

auto admisorio de la demanda, y de conformidad con el numeral 3º del artículo 91 del C.P.C., no se considera interrumpida la prescripción cuando la nulidad del proceso comprenda la notificación del auto admisorio de la demanda, y de la otra, por cuanto la parte demandada estima ilegal e inconstitucional la orden del juez de la causa de ordenar la remisión del expediente a la Cámara de Comercio de Bogotá y señalar un término para integrar el Tribunal de Arbitramento.

En consecuencia, aduce que habiendo ocurrido el “supuesto” siniestro el 5 de febrero de 2003 y debiéndose haber presentado la demanda a más tardar el 5 de febrero de 2005, el término de prescripción de dos años a que se refiere el artículo 1081 del C. de Co. se cumplió a cabalidad, pues la demanda arbitral sólo vino a ser presentada el 25 de agosto de 2008.

Finalmente, expone que: *“Aún en la improbable e ilegal hipótesis en que se considerara que la prescripción quedó interrumpida con la presentación de la primera demanda, no puede olvidarse que la consecuencia de dicho fenómeno – interrupción -, es la de reiniciar el cómputo del término por el lapso previsto para cada acción, es decir, para nuestro caso, el de dos años contados a partir de dicho momento y que inexorablemente, para nosotros, culminó en mayo de 2007, teniendo en cuenta que la primera demanda se presentó en mayo de 2005”.*

Por su parte, al proponer esta excepción, La Previsora S.A. Compañía de Seguros se expresa en términos semejantes y concluye que: *“...la demanda debió haberse presentado por tardar el 5 de febrero de 2005, en tanto que ésta fue presentada el 25 de agosto de 2008, lo cual deja claro que el término de prescripción de dos años que prescribe el artículo 1081 del C. de Co., corrió indefectiblemente contra el asegurado, razón por la cual debe declararse probada la excepción de prescripción”.*

De otro lado, Seguros Comerciales Bolívar S.A. solicita al Tribunal declarar esta excepción para lo cual invoca el numeral 3º del artículo 91 del C. de P.C.

Para efectos del análisis de la excepción de prescripción propuesta por las aseguradoras demandadas en los términos recién compendiados, el Tribunal empieza por destacar que encuentra debidamente acreditadas en el expediente las siguientes circunstancias fácticas relevantes:

- (i) De conformidad con lo afirmado por la convocante en su reforma integrada de la demanda (hechos 16 y 38)⁵, lo certificado por Ecopetrol en diversas comunicaciones (mayo 13, julio 1, agosto 15 y diciembre 2 de 2003)⁶, lo reseñado en los distintos informes de ajustadores obrantes en el plenario⁷, y lo reafirmado en la prueba pericial⁸, desde el 5 de febrero de 2003 se presentaron daños en algunos equipos de la planta de lubricantes y parafinas dentro de la refinería de ECOPETROL, situada en la ciudad de Barrancabermeja.
- (ii) Mediante comunicación del mes de marzo de 2003 (sin que conste fecha exacta de su emisión y recibo), suscrita por la señora Mónica Lucia Taborda Agudelo, ex funcionaria de la empresa C.I. DISAN, quien en el presente trámite arbitral reconoció su autoría y el contenido del citado documento⁹, se le informó a FAVESTRELLA acerca de que, *“ECOPETROL no ha podido solucionar los problemas técnicos en su planta de producción de parafina, lo que ha causado problemas en lo que llevamos del año, tan sólo les hayamos podido entregar 64 ton totales, de las 200 ton/mes que acordamos para el año 2003”*.
- (iii) Como consecuencia de la solicitud que formulara la convocante, Ecopetrol en comunicación de 13 de mayo de 2003¹⁰ le informa de manera más específica acerca de ciertos daños presentados en la refinería de Barrancabermeja que han generado restricciones en el suministro de parafina.
- (iv) En mayo 31 de 2004, mediante comunicaciones D-005, D-006 y D-007, FAVESTRELLA allegó a cada una de las distintas coaseguradoras diversa documentación e información formalizando su reclamación¹¹.
- (v) Mediante comunicación CAC-460-04ind-g de junio 30 de 2004¹², SEGUROS COLPATRIA, compañía líder del seguro, dio respuesta a la anterior petición de indemnización, manifestando que *“objeta formalmente la reclamación así planteada y rechaza su pago por cuanto la cobertura para el Amparo Adicional de Proveedores, como extensión particular a la Cobertura de Lucro*

⁵ Folios 329 a 365 del Cuaderno principal No 1

⁶ Folios 183, 179,190,201 respectivamente del Cuaderno de pruebas No 6

⁷ Folios 1 a 135 (Crawford) y 310 a 319 (Comercio Internacional) cuaderno de pruebas No 6.

⁸ Folios 21,23 y 26 cuaderno de pruebas No 37

⁹ Folio 71 del cuaderno de pruebas No 1

¹⁰ Folio 40, cuaderno de pruebas No. 1

¹¹ Folios 27 a 32 del cuaderno de pruebas No 1

Cesante por Rotura de Maquinaria de la Póliza No. 330 0000670, que es el afectado, es de mera indemnización y por ende no puede desembolsarse una suma superior a la del perjuicio sufrido verdaderamente.” Estima que el lucro cesante asciende a la suma de \$151.200.000, “es decir que este es el monto del perjuicio indemnizable”, para concluir que “En este orden de cosas bajo el amparo afectado el derecho a la indemnización es exclusivamente por la suma de \$151.200.000= y debe objetarse la solicitud de pago en cuanto a lo que exceda esa cantidad”. Consecuente con lo anterior, termina indicándole a la asegurada que el cheque que cubre la indemnización “se está entregando a su favor por intermedio de sus Corredores de Seguros”.

- (vi) El 5 de mayo de 2005, FAVESTRELLA presentó demanda ordinaria contra SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A., LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS y SEGUROS COLPATRIA S.A., cuyo reparto le correspondió al Juzgado 10 Civil del Circuito de Cali, persiguiendo el pago del siniestro alegado con base en la citada póliza de rotura de maquinaria No. 330 0000670 en la cobertura de lucro cesante y bajo la extensión del amparo de proveedores, distribuidores o procesadores¹³. La referida demanda fue admitida mediante auto de 31 de mayo de 2005¹⁴, que fuera notificado en estado de 2 junio, y de manera personal a las demandadas, en su orden, el 8, 11 y 13 de julio siguientes¹⁵.
- (vii) Mediante auto de febrero 8 de 2006¹⁶, el Juez 10 Civil del Circuito de Cali declaró no próspera la excepción previa de cláusula compromisoria propuesta por las demandadas SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. y SEGUROS COLPATRIA S.A., el que fuera confirmado por el mismo funcionario judicial en providencia de abril 24 de 2006¹⁷. Al resolver la apelación interpuesta por SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A., el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali revocó la providencia del *a quo*, y en su lugar declaró probada la excepción de cláusula compromisoria y dio por terminado el proceso respecto de la aseguradora apelante, todo ello en auto de 23 de octubre de 2006¹⁸.

¹² Folio 33 del cuaderno de pruebas No 1

¹³ Folios 1 a 46 cuaderno principal No 1

¹⁴ Folio 271 del cuaderno de pruebas No 1

¹⁵ Folios 299 vuelto, 301 vuelto y 312 del Cuaderno de pruebas No 1

¹⁶ Folios 160 a 168 del cuaderno de pruebas No 4

¹⁷ Folios 175 a 178 del cuaderno de pruebas No 4

¹⁸ Folios 87 a 95 del cuaderno de pruebas N 4

(viii) Con soporte jurídico principal en la anterior providencia del Tribunal Superior de Cali que reconoció la operancia de la cláusula compromisoria, SEGUROS COLPATRIA S.A., con oposición de FAVESTRELLA y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS ¹⁹, tramitó un incidente de nulidad del proceso por falta de jurisdicción y falta de competencia²⁰, el cual fue resuelto por el juzgado de conocimiento mediante auto de mayo 31 de 2007²¹ declarando la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción y procediendo al rechazo de la demanda, *“para que en su lugar se provoque la constitución del Tribunal de arbitramento, conforme a la cláusula compromisoria”*. En segunda instancia, aunque por motivos diferentes, el Tribunal Superior de Cali confirmó la providencia del juzgado mediante auto de 25 de octubre de 2007²², entendiendo que se trataba de una nulidad por falta de competencia y había un litisconsorcio necesario que imponía que fuera en un mismo escenario procesal (el arbitral) donde se resolvieran las controversias suscitadas entre las partes.

(ix) El 19 de Noviembre de 2007, con fundamento central en lo dispuesto en la sentencia C-662 de la Corte Constitucional, FAVESTRELLA solicitó al Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali la remisión del expediente a la Cámara de Comercio de Bogotá y fijara un plazo razonable para el inicio del trámite de integración del tribunal de arbitramento²³. El referido juzgado, con base fundamental en la sentencia constitucional aludida, dispuso, mediante auto de 6 de Diciembre de 2007²⁴, remitir el expediente a la Cámara de Comercio de Bogotá, señalándole a las partes un término de 6 meses, a partir de su ejecutoria, para iniciar el arbitramento. Esta providencia fue objeto de recurso de reposición y subsidiario de apelación por parte de SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. y SEGUROS COLPATRIA S.A., los cuales fueron desatados negativamente mediante auto de Abril 1 de 2008²⁵, que no revocó el auto impugnado y no concedió la apelación interpuesta.

Consta igualmente en el expediente que contra la anterior decisión del Juzgado 10 Civil del Circuito fue interpuesta una acción de tutela por parte de

¹⁹ Quienes en su momento estimaban que la cláusula compromisoria no aplicaba para la póliza reclamada (folio 194 del Cuaderno de pruebas No 4 y 81 a 89 del cuaderno de pruebas No 2A).

²⁰ Folios 184 a 188 cuaderno de pruebas No 4

²¹ Folios 246 a 253 cuaderno de pruebas No 4

²² Folios 363 a 367 cuaderno de pruebas No 4

²³ Folios 98 a 103 del cuaderno de pruebas No 2A

²⁴ Folio 104 del cuaderno de pruebas No 2A

²⁵ Folios 120 a 127 del cuaderno de pruebas No 2A

SEGUROS COLPATRIA S.A., la cual fue denegada en primera instancia por el Tribunal Superior de Cali²⁶.

- (x) Está acreditado, de igual manera, que el expediente fue remitido a la Cámara de Comercio de Bogotá, constando en el cuerpo de la demanda como fecha de recibido por parte de esta última el día 25 de agosto de 2008²⁷. Habiéndose cumplido los trámites de rigor para la instalación del Tribunal de Arbitramento, referidos en el acápite de antecedentes del Laudo, la aludida demanda fue admitida el 13 de febrero de 2009 mediante auto de esa fecha²⁸ que fuera notificado personalmente ese mismo día a las demandadas SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. y SEGUROS COLPATRIA S.A., y el 18 de febrero siguiente, a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS²⁹. Posteriormente, la convocante presentó una reforma integrada de la demanda que fuera admitida por el Tribunal mediante providencia de 28 de abril de 2009³⁰.

Ahora bien, para resolver la excepción propuesta por las convocadas, estima el Tribunal hacer unas breves consideraciones como sustento de la decisión que adoptará, como sigue:

La prescripción es un modo de adquirir el dominio y al mismo tiempo de extinguir las acciones y derechos. Se traduce entonces, en la inactividad del titular al no ejercitar el derecho de que se trata y que vencido el término previsto en la ley se consolida liberando al deudor de la obligación a su cargo. Cuando asume la modalidad de extintiva, que es la que interesa en el caso bajo examen, para que opere deben concurrir los siguientes requisitos: transcurso del tiempo e inacción del acreedor. Por lo demás, debe ser alegada por el demandado y no suspendida ni interrumpida

Es bien sabido que la interrupción puede ser natural o civil; es natural cuando el deudor de manera expresa o táctica reconoce la obligación a su cargo frente al acreedor (art. 2539, inc. 1º, C.C.); es civil, en virtud de la presentación de la demanda judicial (art. 2539, inc. 2º, ibídem), pero siempre que el auto admisorio de la demanda se notifique al demandado dentro del año siguiente, contado a

²⁶ Folio 1 del cuaderno principal No 2

²⁷ Folio 1 del cuaderno principal No 1

²⁸ Folios 199 y 200 del cuaderno principal No 1

²⁹ Folios 202 a 204 del cuaderno principal No 1

³⁰ Folios 373 y 374 del cuaderno principal No 1

partir del día siguiente de la notificación al demandante de dicha providencia. En su defecto, dicha interrupción se surte a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda.

Respecto de la prescripción bajo el contrato de seguro, el artículo 1081 del estatuto mercantil contempla que puede ser ordinaria o extraordinaria, como quiera que dispone que: *"La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción"* y a renglón seguido dispone que: *"La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho."*

Tienen suficientemente decantado doctrina y jurisprudencia vernáculas que el legislador mercantil vinculó la prescripción ordinaria a un factor eminentemente subjetivo, al disponer que los dos años para ésta corren desde el momento *"...en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción"*, mientras que la extraordinaria se gobernó por un factor objetivo, al ordenar que el término de cinco años allí previsto corre a partir del momento en que *nace el respectivo derecho'*.

En el caso que se ha sometido a decisión de este Tribunal, se tiene que la fecha de ocurrencia de los primeros daños en las maquinarias de ECOPETROL que se alegan como base de la acción, es decir, el 5 de febrero de 2003, no es materia de discusión entre las partes. Pero, según lo entienden las aseguradoras demandadas, la actora confesó, al invocar el hecho 38 de la reforma de la demanda, que conoció (o debió conocer) del evento que da base a la acción ese mismo día, vale decir, el 5 de febrero de 2003, por lo que, en sentir de aquéllas, la asegurada debió haber presentado la demanda, a más tardar, el 5 de febrero de 2005 con el fin de interrumpir el cómputo del término de prescripción.

Empero, el Tribunal no comparte la anterior apreciación. Es claro que de la narración efectuada por la sociedad convocante en el hecho 38³¹ del escrito de reforma, no se deriva ningún acto de confesión acerca del conocimiento por parte

de la beneficiaria del seguro, desde el día 5 de febrero de 2003, de los daños en las plantas de ECOPETROL que impidieron el abastecimiento normal de parafina, pues en el citado acápite la actora se limita a referir la fecha a partir de la cual se empezaron a presentar los hechos que obstaculizaron el suministro de la materia prima, sin hacer alusión alguna al conocimiento real o presunto de ellos por su parte desde aquél momento, lo cual se aún más evidente, cuando en el hecho 26 de la misma reforma integrada del libelo introductor del proceso manifestó expresamente que tal conocimiento se dio en tiempo posterior. En efecto, esto dijo la actora al respecto:

“26. Sin embargo, desde el 5 de febrero de 2003, se presentaron daños en algunos equipos de la planta de lubricantes y parafinas dentro de la refinería de ECOPETROL, situada en la ciudad de Barrancabermeja. Por lo tanto, hubo restricciones en la producción y consecuentemente en las entregas de la parafina; hecho que fue conocido por FAVESTRELLA con posterioridad”. (subraya el Tribunal).

Adicionalmente, en el hecho vigésimo-séptimo de su demanda la convocante expresa que en el mes de marzo de 2003 recibió de DISAN una comunicación en la cual le informaba que Ecopetrol no había podido solucionar los problemas en la planta de producción de parafina, lo cual no les había permitido cumplir con el volumen de entrega de 200 toneladas convenido para el 2003.³² Como consecuencia de la solicitud que formulara la convocante, Ecopetrol en comunicación de 13 de mayo de 2003³³ le informa acerca de los daños que se habían presentado a partir del 5 de febrero y posteriormente, en carta de 20 de mayo de 2003³⁴ lo convida a una reunión como comprador de parafina el 23 de mayo de ese año en la ciudad de Bogotá.

No obstante las precisiones fácticas precedentes, en todo caso, encuentra irrelevante el Tribunal para estos propósitos entrar a determinar si FAVESTRELLA conoció o debió conocer de los hechos que originan la acción el 5 de febrero de 2003, cuando acaecieron, según los diversos reportes obrantes al proceso, los primeros daños en las máquinas de ECOPETROL, o en fecha posterior, como en el mes de marzo siguiente cuando según se resaltó recién C.I. DISAN le informó a FAVESTRELLA acerca de los problemas técnicos en la planta de producción de parafina de ECOPETROL con incidencia en la entrega del producto convenido , o

³¹ El citado Hecho No. 38 de la reforma dice, textualmente: “**38. Los hechos que impidieron el suministro formal de parafina ocurrieron el día 5 de febrero del 2003, sin embargo, el efecto del mismo se prolongó hasta diciembre de ese mismo año para FAVESTRELLA**”.

³² Folio 343 del cuaderno principal No 1

³³ Folio 40 del cuaderno de pruebas No 1

³⁴ Folios 324 , cuaderno de pruebas No.6

el 13 de mayo siguiente cuando ECOPETROL le informa con mayor detalle a la actora sobre los daños ocurridos en algunos de sus equipos a partir de febrero 5 anterior, pues lo cierto es que jurídicamente se produjo una interrupción natural de la prescripción el día 30 de junio de 2004 cuando la aseguradora líder, en respuesta a la reclamación previa de la demandante de mayo 31 de ese año dirigida a todas las coaseguradoras, efectuó un ofrecimiento de pago mediante la comunicación CAC-460-04ind-g³⁵, con el consecuente reconocimiento de la obligación que tal manifestación conlleva, así haya sido por una cuantía menor a la reclamada por la sociedad asegurada.

En efecto, obra en el expediente comunicación de Seguros Colpatria S.A. de fecha 30 de junio de 2004³⁶ y suscrita por la señora Adriana Alvarez Gómez en su calidad de representante legal de la aseguradora, en la cual objeta la reclamación de Favestrella de 31 de mayo de 2004, *“... por cuanto la cobertura otorgada por el Amparo Adicional de Proveedores, como extensión particular a la Cobertura de Lucro Cesante por Rotura de maquinaria de la Póliza No. 330 0000670, que es el afectado, es de mera indemnización y por ende no puede desembolsarse una suma superior a la del perjuicio sufrido verdaderamente”* y añade que: *“...se estableció que el porcentaje de participación en las compras de materia prima realizadas a Ecopetrol son solamente del 10.80 %, y por esta razón el lucro cesante realmente asciende a la cantidad de \$ 151.200.000=, es decir que este es el monto de perjuicio indemnizable”*.

Enseguida expresa la representante de la aseguradora: *“En este orden de cosas bajo el amparo afectado el derecho a la indemnización es exclusivamente por la suma de \$151.200.000= y debe objetarse la solicitud de pago en cuanto a lo que exceda esa cantidad”*. Consecuente con lo anterior, la aseguradora líder termina ofreciendo el pago de la suma que en su sentir cubre la indemnización mediante la expedición de un cheque que *“se está entregando a su favor por intermedio de sus Corredores de Seguros”*.(Subraya el Tribunal).

De manera que, es claro que la aseguradora reconoció la afectación del amparo de proveedores, distribuidores y procesadores como anexo de la cobertura de lucro cesante, pero discrepó respecto del monto reclamado de \$ 1.291.690.060.

³⁵ Folios 33 y 34 , cuaderno de pruebas No.1

³⁶ Ob cit. 34

Ante una oferta específica de pago al beneficiario del seguro, se desprende de manera inequívoca, para ese momento, un claro reconocimiento de la obligación indemnizatoria, que a la luz de lo preceptuado en el artículo 2539 del Código Civil implica un evento de interrupción natural de la prescripción extintiva³⁷, pues, como lo enseña la doctrina autorizada, “*El reconocimiento parcial de una deuda por parte del obligado implica interrupción de la prescripción de toda ella*”³⁸. En el mismo sentido, pero referido de manera específica para el caso del contrato de seguro, el profesor LÓPEZ BLANCO ha señalado:

[..] En nuestra obra Aspectos procesales del contrato de seguro (ed. cit., pág. 67) dijimos, además, que tampoco se interrumpía la prescripción cuando había expresa aceptación de la aseguradora realizada extrajudicialmente, lo cual requiere corrección porque, si existe esa expresa aceptación de la obligación, se presenta el caso de interrupción natural de la prescripción a que se refiere el art. 2539 del C.C.: “Se interrumpe naturalmente [la prescripción] por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente”, pues, como bien lo afirma JOSÉ FERNANDO TORRES, “el art. 2539 del C.C. no puede entenderse derogado con el Código de Procedimiento Civil, sino solo modificado, en lo atinente a la manera de producirse la interrupción civil de la prescripción”³⁹.

*Así, por ejemplo, si faltando tres meses para que se consolide un término de prescripción la aseguradora envía una comunicación donde ofrece pagar determinada suma como indemnización, esta nota por implicar reconocimiento de la obligación tiene los efectos de interrumpir la prescripción.*⁴⁰ (Resalta el Tribunal).

De igual forma, la jurisprudencia ordinaria⁴¹, y la arbitral han reconocido efectos de interrupción natural a la prescripción extintiva, derivados de actos del deudor de talante semejante a los observados en el presente caso.

Así, por ejemplo, y en lo que al fuero arbitral respecta, mediante laudo de mayo 16 de 2003⁴² se expresó lo siguiente:

“Varios aspectos llevan al Tribunal al convencimiento de que existe un reconocimiento tácito de la obligación de Cetta con Bavaria. En efecto, examinemos en primer término las razones que la convocada esgrime en forma

³⁷ Según el artículo 2539 del C.C., “La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente.

Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente.

Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2524”.

³⁸ HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo I. 2002. Pág 835.

³⁹ TORRES JOSÉ FERNANDO, *Principales acciones en el contrato de seguro*. Tesis de grado, Bogotá, Universidad Javeriana, 1980, pág. 125.

⁴⁰ LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO, *Contrato de Seguro*, 3ª. edición. Dupré Editores Ltda. Santafé de Bogotá, 1999. Pág. 253.

⁴¹ En este sentido, por ejemplo, se pronuncia la sentencia de casación civil de mayo 23 de 2006. Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez. Expediente No. 1998-03792-01.

⁴² Laudo de la Cámara de Comercio de Bogotá en arbitramento de Bavaria S.A. v. Compañía Especializada en Transportes Terrestres Ltda. Transportes Cetta Ltda..

*expresa, a manera de soporte justificatorio para motivar su propuesta de pago, a saber: que un tribunal de arbitramento implica una demora de por lo menos dos años, por una parte, y por otra que “sobre estos valores” (se refiere a la suma cobrada por la remitente) no puede Bavaria pedir indexación ni cobrar el impuesto al valor agregado. Las eventuales dudas que puedan resultar de la lectura de la carta, quedan despejadas por otros documentos que obran en el proceso y que el Tribunal encuentra como suficientes para concluir que existió interrupción tácita de la prescripción. Así, en la misma carta lo que se hace a renglón seguido es ofrecer la cancelación de \$14,000.000 “...dentro de los quince (15) días siguientes **a la firma del contrato de transacción entre las partes**” [se destaca] Es importante en este punto resaltar que, como quedó consignado precedentemente en la autorizada opinión de Fernando Hinestrosa, “...el ofrecimiento [...] de **transacción...**” es una de las muchas formas de expresión de la denominada “conducta concluyente”, constitutiva de **reconocimiento tácito** de la deuda.*

*Por último, y para una mayor abundancia, en su comunicación Cetta formula una “propuesta de **indemnizar** (se destaca) la suma de [...] \$14.000.000”, cantidad que no armoniza con lo que sería el ofrecimiento de quien actúa bajo la convicción de **no estar obligado**. Pero además, en su declaración de parte la representante de Cetta (fl. 100 y ss. del cdno. de pbas. 1) que por lo demás es la misma persona que suscribe la comunicación a que se alude, reconstruye ese momento histórico refiriéndose a “...una propuesta de pago **inicial**(se destaca) de \$14.000.000 para arreglar el siniestro”, y enfatiza enseguida haciendo notar que tal cantidad equivale “...como al 40 o 50% del valor de la mercancía...”, para agregar finalmente que dicha suma fue luego elevada a \$18.000.000”. (las negrillas son del original).*

De otro lado, en comunicación de 3 de septiembre de 2004 Seguros Colpatria S.A., dio respuesta a la comunicación No, DO-008 de fecha 12 de agosto de 2004⁴³ en la cual Favestrella había solicitado la reconsideración de la suma propuesta como indemnización del reclamo, donde ratifica la afectación del amparo de proveedores, distribuidores y procesadores y la suma inicialmente liquidada de \$ 151.200.000=

De manera que con base en los hechos que refleja el acervo probatorio, es claro que Seguros Colpatria S.A. en su calidad de asegurador líder bajo la póliza de rotura de maquinaria No. 330 0000670 y de sus anexos, interrumpió de manera natural el término de prescripción desde el 30 de junio de 2004 por cuanto hizo reconocimiento de su responsabilidad de manera expresa y por lo cual se infiere con certeza que reconoció o aceptó su obligación de indemnizar bajo la póliza pero en una cuantía distinta a la reclamada por el asegurado. Así las cosas, el conteo del término de prescripción reiniciaba a partir de esa fecha por 2 años más, esto es, hasta el 30 de junio de 2006. Veamos qué sucedió después.

Posteriormente, Favestrella presentó solicitud de conciliación el 20 de

diciembre de 2004⁴⁴, que se llevó a cabo el 17 de marzo de 2005 y la cual se declaró fracasada⁴⁵; en este sentido, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 21 de la ley 640 de 2001 la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho suspende el término de prescripción o de caducidad *“hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expida las constancias a que se refiere el artículo 2º de la presente ley o hasta que se venza el término de 3 meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operara por una sola vez y será improrrogable”*; de manera que dicho término estuvo suspendido desde el 20 de Diciembre de 2004 hasta el 17 de marzo de 2005, fecha en que se produjo la respectiva constancia.⁴⁶

Finalmente, la demanda fue presentada ante la jurisdicción ordinaria el 5 de mayo de 2005⁴⁷, la cual fue admitida mediante auto de 31 de mayo de 2005, notificado por estado de junio 2 de 2005⁴⁸ y la notificación a las aseguradoras se surtió el 8, 11 y 13 de julio de 2005⁴⁹. En consecuencia, la prescripción se entendería interrumpida civilmente en razón de la demanda presentada el día 5 de mayo de 2005, por haber sido notificada a la parte pasiva dentro de los términos establecidos en la ley.⁵⁰

No obstante, con apoyo en razones que ya se tuvo ocasión de compendiar anteladamente vinculadas de manera principal con lo dispuesto en el artículo 91 del C.P.C., las compañías aseguradoras han alegado en el presente Tribunal que la referida demanda ordinaria no podría legalmente producir ese efecto interruptor del término prescriptivo.

En este sentido, consta que en el citado proceso ordinario, Seguros Colpatria S.A. promovió incidente de nulidad con fundamento en la causal de falta de jurisdicción, el cual fue tramitado y resuelto de manera favorable a dicha

⁴³ Folios 36 y 37 cuaderno de pruebas No.1

⁴⁴ Folios 4 a 11 cuaderno de pruebas No. 1

⁴⁵ Ob cit. nota No 40

⁴⁶ Folio 11 vuelto, cuaderno de pruebas No 1

⁴⁷ Folio 268, cuaderno de pruebas No 1

⁴⁸ Folio 271, cuaderno de pruebas No 1

⁴⁹ Ob cit. nota No 11

⁵⁰ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del C.P.C., en concordancia con lo señalado en el artículo 2539 del C.C., *“La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquélla, o el del mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado ese término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado”*.

aseguradora mediante providencia que quedó ejecutoriada en noviembre de 2007; providencia confirmada por el Tribunal Superior de Cali bajo la causal de falta de competencia y en la cual se declaró la nulidad de todo lo actuado, incluido el auto admisorio de la demanda y se declaró, en consecuencia, rechazada la demanda.

Ahora, el artículo 91 del estatuto procedimental civil regula la ineficacia de la interrupción de la prescripción y la operancia de la caducidad. En sus dos últimos numerales contempla los siguientes términos: *“No se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad, en los siguientes casos:*

(...)

2. *Cuando el proceso termine por haber prosperado algunas de las excepciones mencionadas en el numeral 7 del artículo 99 o con sentencia que absuelva al demandado.*

3. *Cuando la nulidad del proceso comprenda la notificación del auto admisorio de la demanda”.*

Sin embargo, el numeral 2º fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-662 de 8 de julio de 2004, M. P. Dr. Rodrigo Uprimny Yepes, en cuanto se refiere a la excepción de falta de jurisdicción prevista en el numeral 1 del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, como también en cuanto se refiere a la excepción de compromiso o cláusula compromisoria prevista en el numeral 3º del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil; en este supuesto la Corte dispuso que en el mismo auto, el juez señalará un plazo judicial razonable para que las partes inicien el trámite de integración del correspondiente tribunal de arbitramento, mientras el legislador no regule de manera distinta el tema.

En esta oportunidad la Corte expresó:

“En caso de prosperidad de la excepción de cláusula compromisoria o compromiso, ante la inexecutable de la norma acusada, el juez de conocimiento que estime probada la excepción, deberá señalar un término razonable para la integración del tribunal de arbitramento, teniendo en cuenta para ello factores económicos, de interés de las partes, de prescripción y caducidad de los derechos, etc., de manera tal que una vez trabada la controversia y definida la jurisdicción, las partes encuentren claridad en los límites temporales a la definición de sus derechos. Nótese que este límite temporal fijado por decisión judicial, no es ajeno a la legislación civil, ya que en el artículo 119 del C.P.C., este estatuto prevé posibilidad para el juez de establecer términos, por expresa habilitación legal.

Con todo, si pasado el tiempo prudencial fijado por el juez, y las partes, - esto es cualquiera de ellas o ambas-, no convocan el tribunal de arbitramento como corresponde, es evidente que el efecto interruptor de la prescripción y de la no

operancia de la caducidad cesa para el demandante, en beneficio del demandado”.

Contrario sensu, si el tribunal de arbitramento es convocado dentro del término señalado por la autoridad judicial, no cesa el efecto interruptor de la prescripción de la demanda presentada y notificada oportunamente.

Pues bien, mediante providencia de 6 de diciembre de 2007, el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali dispuso remitir el expediente a la Cámara de Comercio y concedió un plazo de seis (6) meses para la integración del respectivo Tribunal de arbitramento; decisión que fue materia de recursos de reposición y apelación, los cuales fueron desatados en providencia de abril 1º de 2008 confirmando la decisión de 6 de diciembre y negando el recurso de apelación por no ser susceptible del mismo el auto recurrido, providencia ésta última que fue notificada por estado del 8 de abril de 2008.⁵¹ La remisión del expediente fue ordenada por el Juzgado en providencia del 15 de julio de 2008.

Por contera, al tenor de lo dispuesto por el artículo 331 del estatuto procedimental civil subrogado por el artículo 34 de la ley 794 de 2003, la providencia del juez quedó ejecutoriada tres (3) días después de haber sido notificada, lo que sucedió el 11 de abril de 2008 y, por lo mismo, al haber sido presentada la demanda el 25 de agosto de 2008, aunque fue inadmitida por auto de febrero 3 de 2009 y, posteriormente, admitida por auto de febrero 13, es evidente que la solicitud de integración del tribunal se cumplió dentro del término de seis (6) meses señalado por el Juez Décimo Civil del Circuito de Cali y por ende, la interrupción de la prescripción se consolidó desde el 5 de mayo de 2005.

Ahora bien, en lo que toca con lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 91 del estatuto procedimental civil, dicha disposición fue declarada exequible de manera condicional, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 227 de marzo 30 de 2009, M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, 'en cuanto se refiere a las causales de nulidad previstas en los numerales 1º y 2º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, *“en el entendido que la no interrupción de la prescripción y la operancia de la caducidad sólo aplica cuando la nulidad se produce **por culpa del demandante**”* (Se destaca).

En esta materia, la Corte manifestó que:

“En materia civil la culpa se configura a partir de un acto sujeto a reproche, que genera una censura para el actor por un acto específico de omisión o de

⁵¹ Folio 127 vuelto, cuaderno de pruebas No. 2A

comisión. Ese hecho puede consistir en la inejecución de una obligación, el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de una obligación preexistente. En el presente caso el acto susceptible de generar reproche es el incumplimiento de los deberes que el orden jurídico impone al demandante que acude a la jurisdicción, **en particular el de presentar oportunamente la demanda.**

En los eventos en que el demandante **ha presentado oportunamente su demanda** ante la justicia, el efecto de una declaratoria de nulidad por falta de jurisdicción o competencia debe ser el envío del proceso al funcionario competente, sin que tal hecho genere interrupción de la prescripción, ni operancia de la caducidad". (Resalta el Tribunal).

A este respecto, la misma Corporación destacó que:

"En la jurisdicción contencioso administrativa, esta materia está tratada con mayor racionalidad, por cuanto tal como lo establece el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo: "(...) En caso de falta de jurisdicción o de competencia mediante decisión motivada el juez ordenará remitir el expediente al competente, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión".

Sobre este tópico, en la sentencia C-662 de 2004, la Corte al evaluar la carga del demandante de acertar la jurisdicción y particularmente sobre el fundamento de las excepciones de falta de jurisdicción y de existencia de compromiso o de cláusula compromisoria puntualizó:

*"Ambas excepciones como se ve, plantean desde un punto de vista abstracto, condiciones que a primera vista parecen claras tanto para el demandante como para el demandado. Por consiguiente, la exigencia al actor de no errar en la selección de la jurisdicción o en el conocimiento de los alcances de la cláusula compromisoria, parece a priori una carga debidamente fundada en preceptos constitucionales, en la medida en que aparentemente existen criterios jurídicos y contractuales objetivos que le permiten discernir al demandante válidamente y con corrección, ante quien debe dirigir la acción desde el inicio. Puede colegirse entonces, que con ocasión al principio constitucional de buena fe, **no resulta razonable que un demandante interesado en interrumpir el término de prescripción y hacer inoperante la caducidad, omita flagrantemente el deber jurídico de verificar ante qué jurisdicción debe interponer su causa, o que desconozca evidentemente el acuerdo entre las partes establecido mediante compromiso o cláusula compromisoria.** Por consiguiente, errar de jurisdicción o llevar un conflicto a su resolución por una vía aparentemente distinta a la pactada o a la jurídicamente correcta, puede ser interpretado por el legislador como una actuación gravemente equivocada y abiertamente contraria a lo esperado en Derecho. Esto haría suponer eventualmente negligencia por parte del demandante y justificaría plenamente los efectos de la no interrupción de la prescripción y operatividad de la caducidad, en caso de procedencia de las excepciones enunciadas.*

"31. Una vez reconocido el alcance general de estas excepciones y del efecto establecido por la ley civil ante su prosperidad judicial, esta Corte reconoce que el fundamento o fin de su existencia se deriva del querer del legislador de asegurar dos objetivos específicos: a) la búsqueda de la eficacia de la justicia, en la medida en que ante factores tan aparentemente objetivos desde un punto de vista abstracto, establecer estas cargas permiten asegurar que no se pierdan recursos necesarios del sistema jurisdiccional en procesos que tienen otro juez de

conocimiento y, lograr a su vez que el tiempo de conocimiento de una causa no se extienda innecesariamente, en trámites encauzados indebidamente por negligencia del demandante. No olvidemos que la eficacia y eficiencia del acceso a la justicia, son garantías que constitucionalmente debe asegurar el legislador. b) El segundo elemento que justifica el establecimiento de estas excepciones como carga impuesta al demandante, es el interés de proteger al demandado, a fin de que su situación no quede indefinida en el derecho por error del demandante y sea resuelta a través de los medios procesales conducentes. El objetivo es asegurar la seguridad jurídica. De allí que la prosperidad de las excepciones acusadas permita premiar, de alguna forma, al sujeto pasivo de la acción que ha actuado diligentemente al ejercer las excepciones que le correspondían, y sancionar la actuación errada y presuntamente negligente del demandante". (Se destaca).

Concordante con lo anterior, la Corte Constitucional resalta ciertas variables que deben ser consideradas para apreciar la conducta del demandante que se equivocó en la selección de la jurisdicción llamada a conocer de su asunto, y que muestran el carácter desproporcionado de la sanción prevista en el citado artículo 91 del C.P.C. , pues tal yerro no necesariamente obedece a una negligencia grave del actor, y menos aún a su exclusiva culpa, pues el mismo puede ser producto de otras causas que escapan a su control como las incongruencias y demoras propias del engranaje jurídico como tal, o las divergencias doctrinarias y jurisprudenciales existentes en materia de competencia y jurisdicción⁵².

Examinadas las circunstancias que se presentaron en este caso, encuentra el Tribunal que a pesar del error en que incurrió inicialmente la sociedad convocante en la escogencia de la jurisdicción apta para tramitar el asunto (la ordinaria y no la arbitral), su proceder no resulta censurable en los términos reseñados en la jurisprudencia constitucional, toda vez que la demanda ordinaria fue presentada

⁵² En este sentido, en el citado fallo C-662-2004 se precisa, entre otros aspectos de importancia, lo siguiente:

"[...] Tal y como lo sostienen el actor y algunos de los intervinientes en este proceso, el tema de las excepciones previas de falta de jurisdicción y cláusula compromisoria resulta ser un asunto complejo que genera diversas consideraciones procesales acerca de su alcance, por lo que no es necesariamente la negligencia o el error craso del demandante lo que conduce siempre al equívoco de concurrir a una jurisdicción incorrecta o de iniciar un proceso ante la jurisdicción ordinaria aunque exista cláusula compromisoria entre las partes.

"[...] el juez de conocimiento puede, ante la actuación presentada, ejercer su potestad de rechazarla, por carecer la acción claramente de jurisdicción⁵². Si no lo hace, es esencialmente porque cree que tiene competencia funcional por alguna razón, y en consecuencia, al ser el "error" del demandante prácticamente reafirmado por el juez, no resulta pertinente pensar que la actuación del primero fue abiertamente negligente por este concepto".

"[...] Otro aspecto que afecta indiscutiblemente la proporcionalidad de la norma acusada frente a la actuación efectiva del demandante diligente, es igualmente la demora natural y actual que existe en la jurisdicción para la resolución de este tipo de excepciones, teniendo en cuenta la magnitud de procesos en curso. En efecto, si la actuación judicial pudiera ser relativamente rápida en la definición de la potestad para conocer o no de un proceso o de su competencia para analizar el alcance pleno de la cláusula compromisoria, la exigencia impuesta al actor no sería tan gravosa, en la medida en que el demandante podría acudir en un término razonable a la jurisdicción correspondiente, sin que eso le significara la pérdida de un derecho. La asunción de la responsabilidad de instaurar el proceso ante el juez correspondiente en un tiempo relativamente corto, no sería en principio, desproporcionado". (Lo destacado es del Tribunal).

dentro del plazo legal; igualmente, la demandante cumplió con la carga procesal de notificar el auto admisorio a las compañías demandadas dentro del término fijado en la ley para efectos de que la interrupción opere desde la fecha de presentación de la demanda; al descorrer el traslado de las excepciones previas de falta de jurisdicción y cláusula compromisoria, el apoderado de Favestrella expuso⁵³ que en su sentir la cláusula compromisoria no tenía efecto por no haber sido suscrita por su poderdante y para lo cual se apoyó en apartes de la sentencia C-163 del 17 de marzo de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero y en providencias de 21 de junio de 2002 y de abril 16 de 2004 en las cuales se había desestimado la operancia de la cláusula compromisoria en sendos contratos de seguro en que ésta se había incorporado pero donde no aparecía la firma del asegurado; adicionalmente, revelante en punto de excluir la calificación de actuar negligente de la demandante en este frente, resulta el hecho de que su elección en cuanto a la vía procesal tuvo eco inicial en el juez de conocimiento pues la pluricitada demanda ordinaria no fue rechazada *ab initio* por falta de jurisdicción o de competencia suya para adelantar su trámite, como tampoco lo fue después por el juez *a quo*, al resolver las excepciones previas propuestas por dos de las compañías demandadas, y máxime cuando, aunque por razones distintas, una de las propias aseguradoras demandadas (La Previsora Compañía de Seguros S.A.) entendió en su momento la inoperancia de la cláusula compromisoria.⁵⁴

Por otra parte, en cuanto a las glosas que la aseguradora líder le achaca al auto de 6 de diciembre de 2007, que fuera confirmado en providencia de abril 1º de 2008, mediante el cual el Juzgado 10 Civil del Circuito de Cali, con invocación principal de la sentencia C-662/04, dispuso remitir el expediente a la Cámara de Comercio de Bogotá, señalándole a las partes el término de los 6 meses siguientes a su ejecutoria para iniciar el arbitramento, cabe señalar que, según se destacó con antelación, contra tal decisión del juez ordinario se interpuso por la aseguradora en cuestión una acción de tutela, respecto de la cual lo que da noticia el expediente es que fue denegada en primera instancia, sin que hay constancia de su prosperidad en instancias posteriores. De tal manera, que estamos en frente de una decisión judicial en firme, debidamente ejecutoriada, sobre la cual no consta la procedencia del amparo constitucional formulado en su contra, y por lo mismo, lo dispuesto en ella debe ser observado y acatado.

En consecuencia, las consideraciones anteriores permiten colegir que, en relación con la reclamación formulada por la convocante bajo el amparo de

⁵³ Folios 38 a 45 cuaderno de pruebas No 4.

⁵⁴ Folios 81 A 89 del cuaderno de pruebas No. 2A

lucro cesante de la póliza de rotura de maquinaria, no se ha consumado el fenómeno prescriptivo, toda vez que la prescripción ordinaria prevista en el artículo 1081 del estatuto mercantil se encuentra interrumpida desde el 5 de mayo de 2005 y además, no queda la menor duda que cuando Favestrella acudió a la jurisdicción pretendiendo el pago de la indemnización no habían transcurrido los dos (2) años a que se refiere el estatuto mercantil para que la prescripción respecto de esta reclamación se consumara, habida cuenta de la interrupción natural que se había producido el 31 de mayo de 2004, como resulta claro en las consideraciones precedentes y, posteriormente, al discurrir el nuevo termino, este fue interrumpido de manera civil (arts 2534, inc 3º C.C. y 90 y 91C. de P.C.).

Por último debe mencionarse que con similares consideraciones y argumentación jurisprudencial, el Ministerio Público, en el concepto final rendido para el presente trámite, llega a las mismas conclusiones del Tribunal, esto es que *“la excepción alegada no tiene lugar de prosperidad bajo ninguno de los presupuestos alegados por las aseguradoras...”*⁵⁵.

Por las razones anteriormente expuestas, la excepción de prescripción propuesta por las sociedades convocadas no está llamada a prosperar y así se declarara en la parte resolutive de este laudo.

1.2. Las excepciones de inoperancia o ineficacia del amparo y de inexistencia de siniestro.

Descarta la configuración de la prescripción extintiva de la acción ejercida, un segundo aspecto esencial a ser analizado, apunta a los medios de defensa propuestos por las convocadas, que aunque con diversas denominaciones, involucran unos planteamientos y fundamentaciones comunes que ameritan ser revisados en forma conjunta, y que en su esencia se dirigen a mostrar la inoperancia del anexo de proveedores, distribuidores y procesadores, y al tiempo, la inexistencia de amparo y de siniestro derivado de los daños sufridos en las máquinas de Ecopetrol.

1.2.1. La controversia surgida entre las partes.

Aparece en el plenario que FAVESTRELLA S.A. es una productora de velas, velones y veladoras en el mercado nacional, el cual atiende a través de todos los

⁵⁵ Folio 33 del concepto del Ministerio Público

canales de distribución tales como grandes superficies (almacenes de cadena), supermercados, hipermercados, tiendas de decoración y hogar, cajas de compensación y distribuidores y ha exportado sus productos a algunos países.

Dentro de su programa de seguros, FAVESTRELLA contrató la póliza de Rotura de Maquinaria No. 330-000670 con Seguros Colpatria S.A., como líder, y con Seguros Comerciales Bolívar S.A. y La Previsora S.A. Compañía de Seguros, en calidad de coaseguradoras, para la vigencia comprendida entre el 27 de junio de 2002 y el 27 de junio de 2003, con las siguientes sumas aseguradas:

Básico Rotura de Maquinaria	\$4.291.311.250
Incendio Interno	\$4.291.311.250
Explosión Química Interna	\$4.291.311.250
Rayo	\$4.291.311.250
Lucro Cesante	\$7.000.000.000
<hr/>	
Índice Variable	\$429.313.125

Bajo el anexo de lucro cesante se contempló el anexo de proveedores, distribuidores o procesadores y en el cual, se encontraba establecido que el asegurado debía suministrar el listado correspondiente y su porcentaje de incidencia en el lucro cesante. No obstante, renglones más abajo de la carátula de la póliza en cuestión, se estableció, sin condicionamiento alguno, el amparo de proveedores, distribuidores o procesadores.

Ahora bien, a partir del 5 de febrero de 2003, se presentaron daños en algunos equipos de la planta de lubricantes y parafinas dentro de la refinería de ECOPETROL, localizada en la ciudad de Barrancabermeja, lo que generó restricciones en la producción y consecuentemente en las entregas de parafina; hecho que aduce FAVESTRELLA S.A. que conoció con posterioridad y el cual continuó prolongándose durante algunos meses mas, por lo cual se vio obligada a realizar pedidos de parafina a proveedores extranjeros para evitar la propagación del siniestro y la respectiva agravación del riesgo.

Mediante comunicación DO-005, fechada en mayo 31 de 2004, FAVESTRELLA S.A., formuló reclamación del siniestro, solicitando una indemnización por valor de Mil Doscientos Noventa y Un Millones Seiscientos Nueve Mil Sesenta Pesos Mcte (\$1.291.609.060.oo).

Seguros Colpatria designó como ajustador a Comercio Internacional Ltda. quien recomendó ofrecer la suma de \$152.200.000, por estimar afectado el amparo de

Proveedores, Distribuidores o Procesadores, dentro de la cobertura de Lucro Cesante por Rotura de Maquinaria. Dicho ajustador presentó su Informe Final Siniestro 5017/2003 con fecha 25 de junio de 2004.⁵⁶

Con comunicación CAC-460-04 ind-g, de junio 30 de 2004⁵⁷, Seguros Colpatria S.A. como aseguradora líder, dio respuesta a la nota anterior manifestando que la indemnización procedente es de \$151.200.000.00, sobre la base que la cobertura afectada es el amparo adicional de “*Proveedores, distribuidores o procesadores*” como extensión particular de la cobertura de Lucro Cesante por Rotura de Maquinaria de la póliza No. 330-0000670 y habida cuenta que para el año fiscal de 2002, se estableció que el porcentaje de participación en las compras efectuadas por Favestrella a Ecopetrol no superaron el 10.80% aplicada sobre la que considera es la suma asegurada bajo dicho amparo, es decir, la suma de \$1.400'000.000.

Por medio de la comunicación IND-5372 de fecha 3 de septiembre de 2004⁵⁸, Seguros Colpatria S.A., da respuesta a la comunicación No. DO-008 de fecha 12 de agosto de 2004, de la Fábrica de Velas Estrella S.A. en la cual había solicitado reconsiderar la suma ofrecida de \$151.200.000.; nuevamente confirma la afectación del amparo de “*Proveedores, Distribuidores o Procesadores*”, formula algunas consideraciones sobre la manera como se estableció la indemnización y comunica que ha procedido a dejar sin efecto *el cheque No. 25465159 girado el día 6 de agosto de 2004 a favor de Fabrica de Velas Estrella S.A.*

En el trámite de la reclamación intervino también la firma ajustadora Crawford, por designación de la aseguradora líder, cuyos distintos informes obran en el expediente.⁵⁹

Posteriormente, según lo afirma la convocante en su demanda y dieron cuenta de ello varios testimonios recibidos en este proceso, las aseguradoras y Favestrella celebraron diversas reuniones.

Por medio de comunicación IND2306-AJ de fecha 7 de abril de 2005⁶⁰, Seguros Colpatria S.A., objetó la reclamación con fundamento en que el asegurado no

⁵⁶ Folios 518 a 529, Cuaderno de pruebas 2B

⁵⁷ Folio 33 cuaderno de pruebas No 1

⁵⁸ Folio 36 y 37 Cuaderno de pruebas No. 1

⁵⁹ En el cuaderno de pruebas 2B folios 340 a 474 y cuaderno de pruebas No 6 folios 1 a 136 y 418 a 485.

⁶⁰ Folios 38 y 39 , Cuaderno de pruebas No. 1

suministró el listado de los proveedores y su incidencia en el lucro cesante, condición suspensiva positiva bajo la cual se expidió la cobertura y por agravación del riesgo al haber optado la convocante por Ecopetrol como único proveedor y no haber notificado esa circunstancia a la aseguradora.

Igualmente, aduce que los daños que sufrieron los equipos de Ecopetrol no son materia de cobertura, respecto a lo cual aseveran que: *“... de conformidad con lo establecido respecto a las causas de los daños en las válvulas del compresos C-1101/02, en 7 de los 8 filtros del sistema, en las bombas P 1216 A/B y P-1203 A, se observa que los daños derivados de dichas causa, no son objeto de cobertura de la póliza de rotura de Maquinaria, por el contrario, están expresamente excluidos en el Literal f) de la cláusula quinta de las condiciones de la póliza. Igualmente, la falta de suministro del metil etil cetona a Ecopetrol, el mantenimiento general de la planta de Ecopetrol y el conflicto colectivo, son también eventos extraños a la cobertura otorgada por la pluricitada póliza”.*

Objeción que la entidad asegurada no comparte y que ha motivado la controversia judicial que ahora entra a decidir este Tribunal de arbitramento.

1.2.2. El seguro de lucro cesante por rotura de maquinaria bajo el amparo de proveedores, distribuidores y procesadores: algunas reflexiones preliminares.

La sociedad convocante ha adelantado la presente acción alegando la ocurrencia de un siniestro amparado por la póliza No. 330-0000670 expedida por las aseguradoras demandadas, para su vigencia del 27 de junio de 2002 al 27 de junio de 2003.

Además de reunir las características generales que acompañan al contrato de seguro en general, esto es, su naturaleza mercantil, consensual, de tracto sucesivo, bilateral, oneroso y aleatorio (artículo 1036 del C. de Co.), el amparo que origina la *litis* encaja, de manera particular, dentro de la modalidad de un seguro de lucro cesante por rotura de maquinaria bajo el amparo de proveedores, distribuidores y procesadores.

Dentro de los denominados por algún sector de la industria de los seguros como los “ramos técnicos”, sobresale el seguro de rotura de maquinaria que, como es sabido, encontró su origen en Inglaterra a mediados del siglo XIX, y como su propio nombre lo sugiere, surgió con la finalidad de cubrir a los asegurados los gastos necesarios para la reparación o reposición de las máquinas amparadas

que resultaren afectadas por algún evento que de conformidad con la ley y el contrato llegara a ser considerado como un siniestro indemnizable.

Empero, atendiendo a la realidad práctica que se encargó de mostrar, y de manera principal a partir del importante auge industrial experimentado en el mundo en el siglo antepasado, que el perjuicio que puede padecer un empresario no solo está limitado a los costos que supone el arreglo o la reposición de alguna de sus máquinas por las averías que puedan llegar a sufrir, sino que puede extenderse a otros frentes aún más gravosos, como por ejemplo, a la pérdida de los beneficios que el asegurado deje de recibir por causa de la interrupción de sus operaciones ocasionada por el daño material de sus maquinarias, o de las maquinarias de sus proveedores, distribuidores o procesadores, se han implementado en el mercado asegurador, también a partir de iniciativas forjadas fundamentalmente en Inglaterra, otras modalidades o variantes de coberturas encaminadas a amparar tales riesgos, como es el caso, precisamente, del seguro de lucro cesante por rotura de maquinaria con su eventual amparo adicional de proveedores, distribuidores o procesadores.

En este sentido, con énfasis especial en la experiencia alemana, se ha dicho que “[..] El seguro de rotura de maquinaria y el seguro de incendios constituyen meros seguros de bienes, bajo los cuales se indemnizan al asegurado los costos que le surjan por la reparación o reposición de una maquina dañada o destruida por un daño material. Pero con ello, en la mayoría de los casos, un empresario no está amparado contra todas las pérdidas que puedan sobrevenir en relación con un daño, porque en muchos casos el daño material ocurrido trae consigo de forma adicional una interrupción o un menoscabo en las operaciones de la empresa. Como consecuencia de ello, el empresario se ve confrontado también con perjuicios financieros a causa del beneficio comercial no obtenido y de los costos fijos de operación no cubiertos. Con frecuencia, esta pérdida originada por la interrupción de las operaciones supera, con creces, el daño material propiamente dicho. Por este motivo, surgió ya hace mucho tiempo la necesidad de crear una modalidad de seguro que protegiera al empresario contra las consecuencias financieras de un daño material: así, pues, se implantaron el seguro de pérdida de beneficios por incendios y el de pérdida de beneficios por rotura de maquinaria (seguro PBM)”.⁶¹

⁶¹ “Seguro de Pérdida de Beneficios por Rotura de Maquinaria”. Publicación de Münchener Rück – Munich Re. 1997, página 3.

Esta modalidad particular de seguro apunta desde sus orígenes, entonces, básicamente a cubrir el perjuicio financiero por interrupción de operaciones derivadas de daños amparados dentro del marco del seguro de rotura de maquinaria, y de manera principal, la pérdida de beneficios por ventas, aunque no exclusivamente circunscrita a amparar ésta, pues, por ejemplo, el alcance de la cobertura se puede extender, si así se establece en el contrato, a los gastos en que incurra el asegurado para reducir tales pérdidas y/o a los gastos fijos totales o parciales de operación o funcionamiento, esto es, aquellos que siguen causándose no obstante la suspensión operacional.

Adicionalmente, para efectos de delimitar temporalmente la indemnización a cargo de las compañías aseguradoras en los eventos en que se presenta durante la vigencia del seguro un siniestro amparado, en esta clase de coberturas de lucro cesante o pérdida de beneficios por rotura de maquinaria, suelen entrar en juego e incluirse sendas estipulaciones encaminadas en una triple dirección: (i) en primer lugar, señalando un período de indemnización, esto es, un tiempo máximo de duración del perjuicio por el cual se comprometen a responder los aseguradores en caso de interrupción operacional; (ii) en segundo término, fijando un deducible generalmente en días, cuya finalidad es que el beneficiario asuma por su propia cuenta los perjuicios proporcionales correspondientes a ese tiempo inicial; y (iii) por último, determinando un período de valoración donde se destacan dos formas aptas para tal propósito: la *inglesa*, cuyo alcance es indemnizar las pérdidas dejadas de recibir hasta cuando los resultados del negocio sigan afectados por el siniestro; o la *americana* que limita la indemnización hasta el momento de la reparación o reposición de la maquinaria afectada, así sea que, para ese instante, no se hubieren restablecido a su normalidad las ventas y los ingresos; en uno u otro caso, claro está, sin sobrepasar el período de indemnización ni la suma asegurada.

De otra parte, por el carácter eminentemente técnico que le es inherente a este seguro de lucro por rotura de maquinaria, la propia industria aseguradora destaca la importancia especial que reviste la consideración y evaluación completa de los diversos factores de incidencia a tener en cuenta para la correcta valoración del riesgo, y conforme a su resultado, determinar en forma adecuada la prima respectiva. Como de tiempo atrás lo recomienda la *Münchener Rück*, una de las reaseguradoras más prestigiosas y reconocidas a nivel mundial:

“[...] Aparte de las condiciones adecuadas para corresponder a la demanda del mercado, también las tasas de prima ajustadas al respectivo

riesgo constituyen otra premisa esencial para poder operar con éxito el seguro PBM⁶². Por consiguiente, hay que tener en cuenta los siguientes factores de incidencia:

- *el riesgo técnico general y particular de la máquina a asegurar,*
- *el riesgo subjetivo y técnico del empresario,*
- *las repercusiones del fallo de la máquina asegurada sobre la suma asegurada (cifra de incidencia),*
- *maquinaria de reserva y piezas de repuesto,*
- *las posibilidades de aminoración de pérdidas,*
- *las circunstancias económicas y políticas.⁶³*

Esta característica ha sido resaltada, igualmente, por la justicia arbitral. Así en el Laudo de la EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS contra LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, de octubre 30 de 2002⁶⁴, referido de manera principal al seguro de rotura de maquinaria, se expresó lo siguiente a este respecto:

[..] Declaración del estado del riesgo.

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

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

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

Agregando más adelante:

[..] Inspecciones periódicas.

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

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

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

⁶² La expresión “Seguro PBM” comprende el seguro de pérdida de beneficios por incendio y el de pérdida de beneficios por rotura de maquinaria.

⁶³ Ob cit, Nota 57.

⁶⁴ Árbitros: Jorge Suescún Melo, Maristela Sanín Posada y Bernardo Botero Morales.

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

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

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

1.2.3. La cláusula de proveedores, distribuidores y procesadores de la cobertura de lucro cesante en el caso en concreto.

Seguros Colpatria S.A, propuso dentro de las excepciones primeras subsidiarias las que denominó como “ineficacia del anexo de proveedores, distribuidores y procesadores”, habida cuenta que *“para que el anexo surta los efectos que previeron las partes, se requería del suministro por parte del asegurado de la lista de proveedores, distribuidores o procesadores y su porcentaje de incidencia en el lucro, y la condición de la que pendía la eficacia no se dio por negligencia de éste, es evidente que el amparo no surtió efectos y que, en consecuencia, la obligación que se imputa a mi mandante, es inexistente”*.⁶⁵

De manera semejante, dentro de los argumentos esbozados para fundamentar la excepción de “inexistencia de amparo”, se alega que *“[...] tampoco existe amparo para maquinaria de cualquier proveedor, distribuidor o procesador, habida cuenta que, cláusula particular de la póliza para el amparo de lucro por rotura para proveedores, distribuidores o procesadores – que se ve a folio 65 de la demanda inicial – consigna condición suspensiva positiva para la eficacia del mismo, alusiva al suministro por parte del asegurado, de la lista de estos, con su incidencia en el lucro cesante. La condición suspensiva positiva de la que pendía la eficacia del amparo y la existencia de la obligación para el asegurador, no se cumplió por parte del asegurado, por lo que aquél se tornó ineficaz e inoperante y, en consecuencia, así hubiera estado amparado el proveedor, distribuidor o procesador - que no lo está – y el daño a la maquinaria de éste, cubierto por rotura – que tampoco lo está -, el presunto siniestro no está amparado en la medida en*

⁶⁵ Folio 44 cuaderno principal No 2

que el amparo de proveedores y distribuidores no surtió efectos por negligencia del asegurado”.

Por su parte, Seguros Comerciales Bolívar S.A. propuso como excepción principal la que rotuló como “inexistencia de obligación a cargo de mi mandante”, y es reiterativa al contestar la demanda en el hecho que, a su juicio, el punto central de la controversia consiste en la inexistencia del amparo de lucro cesante por proveedores, distribuidores o procesadores ante el claro incumplimiento de la obligación del asegurado de suministrar la lista de ellos y su incidencia en el lucro cesante, condición suspensiva positiva de la que pendía la eficacia de dicho amparo. Es así como al responder el hecho 44 de la demanda, aduce: “*Seguros Comerciales Bolívar, por la probada razón –Confesión- de que el amparo de proveedores, distribuidores o procesadores del amparo de lucro cesante no tuvo eficacia por incumplimiento del asegurado, obviamente no reconoce que haya “cobertura afectada” o que se deba cualquier suma de dinero, grande o pequeña de la que tratan los literales contenidos en el hecho*”.⁶⁶

Igualmente, propuso como excepción subsidiaria la relativa a “ineficacia del amparo de distribuidores, proveedores y procesadores”, pues estima que: “*Lo cierto, lo que está probado, es que Favestrella incumplió con la condición de la que pendía el amparo de distribuidores, proveedores y procesadores y la prueba que existe en el proceso lo confirma irrefutablemente. Confirma también el acervo probatorio que, la condición aludida se convino en esta póliza y en todas las anteriores, lo que hace del todo indiscutible **la intención de las partes**”* (negritas del texto original)⁶⁷.

Por su parte, La Previsora S.A. Compañía de Seguros en la contestación de la demanda propuso la excepción de “inoperancia del amparo de lucro cesante por rotura de maquinaria, respecto de proveedores, distribuidores y procesadores”, sobre la base que: “*...respecto del AMPARO DE LUCRO CESANTE POR ROTURA DE MAQUINARIA en su extensión de proveedores, distribuidores y procesadores, la intención de las partes contratantes era condicionar dicho amparo al suministro por parte del asegurado, de la lista de los mismos con su incidencia en el lucro cesante, pues desde que la Póliza se emitió y en sus renovaciones posteriores, siempre estuvo sujeta a dicha condición suspensiva positiva a cargo del asegurado.*

⁶⁶ Folios 2,5,6 y 8 cuaderno principal No 2

⁶⁷ Folio 18 cuaderno principal No 2

*No hay por lo tanto ambigüedad en las Cláusulas que establecen este amparo y su condicionamiento, como lo pretende la demandante. La obligación envolvía una condición suspensiva positiva, que al no cumplirse por el asegurado a cuyo cargo estaba, dejó sin operancia el amparo, pues nunca adquirió ese derecho”.*⁶⁸

Por tanto, el Tribunal entra a examinar si el amparo de proveedores, distribuidores y procesadores, como anexo de la cobertura de lucro cesante, tuvo operancia en el presente caso, como quiera que no es materia de discusión entre las partes si éste se encontraba pactado, por cuanto de ello da cuenta el acervo probatorio.

Toda vez que varios de los puntos que son materia de controversia entre las partes, según se compendió, giran alrededor del alcance y entendimiento que debe dársele a ciertas condiciones y cláusulas contenidas en los documentos contractuales que soportan la relación de seguro entre ellas trabada, principalmente en lo que se refiere a la determinación de la cobertura del amparo otorgado, a la extensión de los riesgos asumidos y excluidos, y a los derechos y obligaciones de los contratantes, el Tribunal pasa a reseñar algunos elementos y criterios que de conformidad con la ley y la jurisprudencia están llamados a guiarlo, como juez de esta causa, en la exigente tarea asignada de interpretar el contrato cuando existen al respecto discrepancia entre las partes que lo celebraron.

Pues bien, mediante la interpretación se trata de tutelar y resaltar el querer de los contratantes expresado en las distintas estipulaciones contempladas en el respectivo contrato⁶⁹ y como ello es así, sirven de elementos auxiliares las manifestaciones de las partes en los tratos preliminares o tratos precontractuales cumplidos como etapa previa a la formación del contrato e igualmente, las prácticas o usos que se hayan creado o consentido durante su ejecución⁷⁰. Como lo dispone la legislación italiana, *“Para determinar la común intención de las partes, se debe evaluar su comportamiento integral, incluso el que es posterior a la celebración del contrato”* (artículo 1362 del C.C.).

⁶⁸ Folio 83 cuaderno principal No 2.

⁶⁹ BETTI, Emilio “Interpretación de la ley y de los actos jurídicos”, traducción y prólogo por José Luis DE LOS MOZOS, Editorial Revista de Derecho Privado, madrid, 1975, págs 343 y ss. MESSINEO, Francesco “ Doctrina General del Contrato”, Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, págs 87 y ss. GALGANO, Francesco “ El negocio jurídico”, traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, , Tirant Lo blanch tratados, Valencia, 1992, págs. 427 y ss.

⁷⁰ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio “Sistema de Derecho Civil”, Volumen II, 5ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, págs. 86 y ss.

Como los contratos deben ejecutarse de buena fe, no sólo obligan a lo que en ellos se expresa, “...sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley le pertenecen a ella” (art. 1603, C.C.). Disposiciones del Derecho Común que por remisión expresa del artículo 822 del Código de Comercio resultan aplicables a la contratación en materia mercantil, amén de la consagración expresa que de este principio hace el artículo 871 de este mismo estatuto normativo.

Recuérdese, en este sentido, que cuando de lo que se trata es de la interpretación de un contrato mercantil, opera la aplicación preferente de los criterios plasmados en esta materia en la legislación del ramo. Por ello, en esta línea de argumentación, la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que:

“[...] el juzgador no puede circunscribir su atención exclusivamente a las precitadas reglas hermenéuticas, todas ellas establecidas en el Código Civil, pero aplicables a los negocios jurídicos de esa estirpe, por la integración normativa que dispone el artículo 822 del Código de Comercio, sino que debe igualmente atender los principios –o directrices- que, de manera especial, consagra esta última codificación, entre ellos, por vía de ejemplo, el que aparece entronizado en el artículo 871, conforme al cual, ‘los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo estipulado expresamente en ellos, sino además a todo lo que corresponde a su naturaleza, según la ley, la costumbre o la equidad natural (se destaca), o el que recoge el artículo 835, que ordena presumir esa buena fe, aún la exenta de culpa”.

En adición a la anterior referencia a la buena fe que por vía de ilustración trae a colación la Corte, que, valga señalarlo, más que tratarse de una directriz de especial consagración en la legislación comercial, es un principio general del derecho que irradia todo el ordenamiento jurídico, no pueden ignorarse a la hora de la interpretación contractual otras reglas, estas sí de particular reconocimiento para los negocios mercantiles, como la prevista en el artículo 823 del Código de Comercio, en cuanto señala que “los términos técnicos o usuales que se emplean en documentos destinados a probar contratos u obligaciones mercantiles, o se refieran a la ejecución de dichos contratos u obligaciones, se entenderán en el sentido que tengan en el idioma castellano”, con el agregado, de que “El sentido o significado de que trata este artículo es el jurídico que tenga el término o locución en el respectivo idioma, o el técnico que le dé la ciencia y arte a que pertenezca o finalmente el sentido natural y obvio del idioma a que corresponda”, o la prevista en el artículo 5 de la misma codificación que establece que “las costumbres mercantiles servirán, además, para determinar el sentido de las palabras o frases

técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenios mercantiles”. En el mismo sentido, pero considerando la finalidad que es propia de los contratos comerciales, no puede pasar desapercibido, como lo destaca SÁNCHEZ CALERO, que “[..] el contrato ha de ser interpretado teniendo en cuenta la finalidad económica que las partes han querido alcanzar y lo que es usual en el ambiente o medio comercial o industrial en que se desenvuelven las mismas”.⁷¹

De manera que se trata no sólo de interpretar la voluntad de las partes expresada en palabras en las distintas estipulaciones, sino también de extraer el significado de su comportamiento en las etapas previas a la conclusión del contrato y durante su ejecución. Al fin y al cabo el sistema positivo colombiano acoge a la tesis latina de la prevalencia de la voluntad real sobre la voluntad material⁷² y ello explica porque el legislador colombiano ordena que en todo negocio jurídico, conocida claramente la intención de los contratantes, deba estarse más a ella que a lo literal de las palabras, y que igualmente en la interpretación de una estipulación debe preferirse la que produzca algún efecto a aquella en que se convierta en letra muerta.(arts 1618 y 1619, C.C.)

En ese mismo sentido, la expresión de los contratantes manifestada en una determinada estipulación debe encuadrarse dentro del contexto de la relación negocial y por ello, las cláusulas deben interpretarse “...unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”, como también se le da cabida a la interpretación “...de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia”, o bien “...por la aplicación práctica que hayan hecho de ella ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte” (art. 1622, C.C.).

En fin, como bien lo ha expresado nuestra Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás:

“La intención de las partes al celebrar los contratos puede desentrañarse tomando en consideración la naturaleza del contrato y las cláusulas claras y admitidas del mismo que sirvan para explicar las dudosas; las circunstancias que influyeron en su celebración determinando la voluntad de las partes para consentir en él; los hechos posteriores de las mismas, que tienen relación con lo que se disputa; las costumbres de los contratantes y los usos del lugar en que han pactado; la aplicación práctica que del contrato hayan hecho ambas partes o una de ellas con aprobación de la otra, y otras convenciones o escritos emanados de los contratantes. En una palabra, el Juez tiene amplia libertad para buscar la intención

⁷¹ Sánchez Calero, Fernando. *Instituciones de derecho mercantil*. Tomo II. Madrid, 1996. Página 150.

⁷² OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo “ Teoría general del contrato y del negocio jurídico”, 6ª edición, Editorial Temis S.A. , Bogotá D.C., 2000, págs 403 y ss.

de las partes y no está obligado a encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato para apreciar su sentido.”⁷³

Ahora bien, aunque todas las reglas precedentemente anunciadas, tanto las generales previstas en los artículos 1618 a 1623 del Código Civil, como las específicas contenidas en la legislación comercial para los negocios mercantiles, resultan aplicables en la interpretación de un contrato de esta última estirpe, no escapa al Tribunal que en tratándose, como se trata en el caso que ocupa la atención, de un contrato de adhesión a condiciones predispuestas⁷⁴, y de manera particular, de un contrato de seguro, algunas reflexiones y precisiones adicionales se impone advertir en este frente, toda vez que principalmente la jurisprudencia, aunada a la doctrina, se han encargado de destacar ciertas reglas especiales que adquieren particular connotación, matiz y realce cuando lo que está de por medio son conflictos interpretativos de cláusulas o condiciones contenidas en contratos de la naturaleza anunciada. En este sentido, cabe resaltar consideraciones como las siguientes:

(i) Los contratos de adhesión a condiciones predispuestas, según se resaltó, se caracterizan de manera fundamental porque los términos y condiciones que configuran el enramado contractual es dispuesto de manera previa y anticipada por una sola de las partes, lo que de por sí, no puede desconocerse, constituye un factor que puede llegar en la mayoría de los casos a dificultar, o incluso impedir, la consecución del objetivo primordialmente perseguido por el legislador en materia de interpretación, esto es, que sea establecida la “intención común” de los contratantes, lo que en el sentir del Tribunal, no obstante, no excluye *ab initio* acudir a reglas y herramientas a su alcance como las ya señaladas con antelación que puedan brindarle al intérprete luces en ese frente, por supuesto, en la medida en que el caso en concreto lo permita y resulten aptas a este propósito.

(ii) Concordante con lo anterior, ante esa dificultad que suele presentarse para deducir una voluntad común en contratos cuyas cláusulas y condiciones son fruto del dictado unilateral y exclusivo del contratante que las predispone, adquieren preponderancia especial las reglas de interpretación que la doctrina califica de “objetivas”, por cuanto, precisamente, ellas no apuntan a averiguar la intención de las partes, sino, más bien, a establecer lo que significa o cómo deber ser entendida su declaración exterior a la luz del común tráfico social. Como lo apunta FARINA, siguiendo a DIÉZ PICAZO, “[...] Dado que el contenido del contrato se

⁷³ Sentencia de 3 de junio de 1946, *Gaceta Judicial* LX, p. 656.

⁷⁴ En la carátula de la póliza correspondiente a la vigencia durante la cual se alega por la convocante la realización del siniestro reclamado, se señala: “SE DEJA CONSTANCIA QUE LOS TEXTOS Y CLAUSULAS QUE OPERAN EN LA PRESENTE PÓLIZA SON TEXTO SEGUROS COLPATRIA S.A.”

encuentra previamente redactado e impuesto literalmente, esto impide recurrir a los criterios subjetivos de interpretación, pues no se puede buscar una intención común de los contratantes porque, en rigor, no ha existido una elaboración en común de la cual haya surgido el contenido del contrato. Por ello, la interpretación del contrato por adhesión debe hacerse siempre objetivamente. Entre las reglas de interpretación objetiva cabe destacar tres criterios que resultan fundamentales: 1) el que indica que debe existir la mayor reciprocidad posible de intereses; 2) el de compatibilizar la finalidad objetiva del contrato desde el punto de vista del interés socioeconómico general, y 3) de interpretación según la buena fe (conf. art. 1198, Cód Civil). Una aplicación de este último punto vista es la regla llamada *interpretatio contra stipulatorem*.⁷⁵

(iii) A nivel legislativo, resulta claro que ni el Código Civil ni el de Comercio contienen una regulación especial y sistémica de los contratos de adhesión, pero en materia de interpretación, a partir de lo estatuido en el artículo 1624 de la primera de las codificaciones citadas, la jurisprudencia patria ha ido sentando algunas reglas de ayuda a la hora de superar escollos interpretativos relacionados con este tipo particular de contrataciones.

Según reseña la norma en cuestión, *“No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”*.

Como claramente lo dispone la regla legal en cuestión, y lo recordó en oportunidad reciente la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de diciembre 19 de 2008⁷⁶, su aplicación es de carácter subsidiario, esto es, “que la interpretación en contra de quien ha elaborado cláusulas contradictorias o ambiguas es un recurso al que solo se puede llegar cuando los verdaderos criterios de interpretación no hayan sido exitosos (art. 1624 del C.C.), y siempre que esa ambigüedad provenga, como la propia norma lo exige, *“de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”*”.

En consecuencia, en la interpretación de las condiciones contenidas en las pólizas de seguros se procede de la misma manera señalada para todos los contratos, vale decir, que conocida claramente la intención de asegurado y aseguradora, ha

⁷⁵ Farina, Juan M. *“Contratos Comerciales Modernos”*. Astrea. 1993, pág 76.

⁷⁶ Sentencia de casación civil. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

de acatarse esta más que lo literal de las palabras “*in claris non fit interpretatio*”(C.C., art. 1618), encontrando, con todo, especial relevancia en esa tarea hermenéutica, por las connotaciones particulares que acompañan a los contratos por adhesión, la regla según la cual las cláusulas ambiguas se interpretan contra la parte que las haya redactado o dictado (que en el contrato de seguro por lo regular lo es la aseguradora) “*siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella*” (art. 1624 ibídem).

Respecto del anexo de renovación de la póliza 330-000670 correspondiente a la vigencia comprendida entre el 27 de junio de 2002 y el 27 de junio de 2003, aparece en el acápite correspondiente a las condiciones aplicables a la cobertura de lucro cesante por rotura la mención del amparo de proveedores, distribuidores y procesadores “*condicionado al suministro por parte del asegurado, de la lista de los mismos con su incidencia en el lucro cesante*” y líneas más abajo aparece la sola mención de “*amparo de proveedores, distribuidores y procesadores*” y sin ningún tipo de exigencia.

Para el Tribunal resulta claro, como tuvo oportunidad de destacarlo, que la concesión de un amparo de esta naturaleza, hace que resulte de la mayor importancia para el asegurador conocer en detalle la forma como su asegurado desarrolla sus labores de abastecimiento de materia prima, como posteriormente comercializa sus productos o la manera como aquello precisa de un proceso industrial posterior para la generación de un producto encaminado a satisfacer una necesidad específica que es materia de demanda en el mercado.

Dentro de los aspectos que un asegurador diligente y profesional debe atender en esa fase de suscripción de responsabilidades que asume, también se resaltó, es evidente que para ese tipo de amparo en particular cobra importancia el grado de dependencia que pueda tener respecto de tales proveedores, procesadores y distribuidores pues le permite visualizar el grado de exposición que asume, la suma asegurada que deba establecerse para cada uno de ellos y el monto de la eventual prima adicional que para otorgar la protección está dispuesto o requiere cobrar.

No puede perderse de vista que la aseguradora desarrolla una actividad especializada, de manera habitual y a título oneroso y para ese efecto, se vale de una organización que le brinda la infraestructura necesaria para contar con medios físicos, económicos y tecnológicos que le permiten brindar, por regla

general, de manera eficiente y eficaz sus servicios a tomadores y asegurados y lo cual le permite contar con una competencia y habilidad técnica producto de su experiencia y de investigaciones en el ámbito científico y técnico, que lo ubican en una situación de preeminencia desde el punto de vista profesional en relación con los demás intervinientes en la actividad aseguradora.

En este sentido, es crucial para el asegurador en su labor de suscripción determinar, además de tal dependencia, el grado en que la actividad productiva del asegurado pueda verse afectada por razón de un daño que sufra su proveedor, procesador o distribuidor; el término en que pueda prolongarse tal afectación; los costos adicionales que pueda representar acudir a proveedores, procesadores o distribuidores alternos; la disponibilidad o facilidad para ubicarlos con prontitud en el mercado local o si debe acudir a mercados foráneos; el carácter estacional de los suministros que requiere; la disponibilidad de las materias primas requeridas; sus propios niveles de existencia, entre otros factores. A ello obedece que en la praxis aseguradora en el respectivo anexo se identifique al proveedor, distribuidor o procesador amparado y un porcentaje respecto de la suma asegurada fijada en el anexo o respecto de la aplicable al amparo de lucro cesante.

De manera que tales detalles resultaban de suma trascendencia para el asegurador y por lo tanto, la debida diligencia que en cuanto profesional en su actividad, le imponía obtener esa información y de ser necesario, reiterar sus solicitudes al asegurado y aún, como es usual en la praxis aseguradora, establecer una fecha límite para el suministro de tal información, la cual le era indispensable para la expedición previa del respectivo anexo bajo parámetros técnicos propios de este tipo de extensiones de cobertura.

Cabe recordar que para la expedición de tal anexo, la ley le impone un término perentorio de 15 días contados a partir de la fecha de su celebración (Art. 1046 C. de Co., modificado por el Art. 3º de la ley 389 de 1997), como quiera que de acuerdo con las voces del artículo 1048 del estatuto mercantil, los anexos hacen parte integrante de la póliza.

Ahora bien, respecto del anexo materia de la controversia, el Tribunal estima necesario efectuar algunas precisiones sobre el mismo que servirán de base para evaluar algunas de las excepciones propuestas por las aseguradoras y relativas a la ausencia de cobertura en frente de las circunstancias propias de este caso.

Pues bien, para no hacer nugatoria la finalidad del amparo, el daño material que afecte a tales proveedores, procesadores y distribuidores, se considera como ocurrido en los predios del asegurado y en este mismo sentido, el anexo mismo deja de lado la exigencia de un daño material amparado por la póliza misma de daño material, por cuanto es inaplicable para unos predios que se encuentran por fuera del control del asegurado y respecto de los cuales él carece claramente de un interés asegurable.

Sin embargo, es menester puntualizar que el otorgamiento de la cobertura se encuentra restringido a que la causa del daño y la consiguiente interrupción o suspensión de labores del respectivo proveedor, distribuidor o procesador corresponda a los mismos amparos de la póliza del asegurado; como también a que el proveedor, distribuidor o procesador esté localizado en el mismo país del asegurado, a menos que exista estipulación en contrario para amparar proveedores extranjeros, lo cual encuentra explicación en la limitación territorial que es usual en los distintos tipos de cobertura de reaseguro y lo cual tiene un efecto reflejo directo en las pólizas de seguro que otorgan protección para ese tipo de eventualidades.⁷⁷

En este sentido, dada la finalidad del amparo, resulta explicable y ampliamente justificado que usualmente la extensión para los proveedores, distribuidores o procesadores se otorgue para aquellos que operan localmente, es decir, en el mismo país en que el asegurado desarrolla sus actividades económicas.

Ahora bien, no es extraño que se otorgue cobertura para proveedores, distribuidores o procesadores no clara y expresamente especificados, lo que se presenta cuando aquellos tienen el carácter de múltiples y por lo tanto, la incidencia de cada uno de ellos en la actividad del asegurado es tan pequeña que no resulta representativa.

Ante la mención del amparo en el mismo anexo de la cobertura de proveedores, procesadores y distribuidores “*condicionado al suministro por parte del asegurado, de la lista de los mismos con su incidencia en el lucro cesante*” y líneas más abajo

⁷⁷ En este sentido un autor clásico en materia de seguro de lucro cesante, sobre este tipo de amparo o de extensión de la cobertura de lucro cesante puntualiza: “*The material damage proviso (para. 12 (e)) is not mentioned in this memorandum because, as it is obviously inapplicable to premises outside the insured’s control where they have no insurable interest, it is considered to be inoperative with regard to such property and premises in them*”(RILEY, Denis “ Consequential loss insurance and claims”, Sweet & Maxwell Limited, fourth edition, London, 1977, pág. 315, 316.

la sola mención de “*amparo de proveedores, distribuidores y procesadores*” sin ningún tipo de exigencia ni condicionamiento, esta dicotomía que quedó plasmada en las condiciones aplicables a la cobertura de lucro cesante por rotura, conlleva para el Tribunal que para dilucidar el real sentido de esas estipulaciones, que reflejan de manera unívoca la intención de los contratantes, como fue el otorgamiento de la cobertura y ante la discrepancia que se presenta entre ellas, el Tribunal debe aplicar la regla de interpretación contenida en el Art. 1624 del C.C. en el sentido de que “*Las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella*”.

Como es sabido, esta regla “*contra proferentem*” consagrada en el artículo 1624 del C.C. encuentra su fundamento en tres principios básicos, como lo ha resaltado la Corte Suprema de Justicia: “el de “favor debitoris” (inciso 1º) y los de “contra stipulatorem” (contra el predisponente) y el de no poder alegar la propia torpeza o culpa en beneficio propio (non auditur propriam allegans turpitudinem) (inciso 2º)”⁷⁸. De manera pues que el Tribunal, siguiendo las enseñanzas de la jurisprudencia ordinaria y arbitral en materia de interpretación en los contratos de adhesión, con referencia específica al contrato de seguro, entiende que en el asunto *sub-júdice*, “las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes se interpretarán contra ella”⁷⁹, y por lo mismo, “entre dos cláusulas incompatibles el juez podrá preferir la que parezca expresar mejor la intención del adherente”⁸⁰, y, finalmente, “tiende a prevalecer con razón en los jueces el criterio de que el contrato en cuestión, en la medida que se enmarque en los de adhesión y en consecuencia contenga aquellas condiciones dispuestas de antemano por el asegurador, no admite alcances ni efectos que redunden en menoscabo de la posición jurídica del asegurado”⁸¹.

Así las cosas, no se puede perder de vista que no sólo la redacción de la póliza y de sus anexos fueron obra de la aseguradora, de donde se infiere que aceptando en gracia de discusión que puede ser dudoso si la póliza exigía o no el listado de proveedores, distribuidores y procesadores con su porcentaje de incidencia, lo cierto es que las partes aceptan la existencia del amparo y en el expediente obra

⁷⁸ Sentencia de casación civil de agosto 1 de 2002. Exp. 6907. M.P. Jorge Santos Ballesteros.

⁷⁹ Sentencia de casación civil de mayo 8 de 1974. M.P. Ernesto Escallón Vargas. G.J CLXVIII, pág 96. En el mismo sentido, G.J XLIV, pág 678 -680.

⁸⁰ Ibidem.

un texto del mismo que las partes no han cuestionado y que por lo tanto, entienden vinculante entre ellas, aunque, en verdad, no aparece aportado el que específicamente ha debido expedirse a Favestrella; de manera, que el Tribunal estima que debe optarse por la interpretación más favorable a quien no hizo la redacción, de ahí que también por este aspecto se concluye que la póliza adoptó el amparo, como la misma aseguradora líder lo da por sentado en sus comunicaciones CAC-460-04 ind-g, de junio 30 de 2004⁸² y -5372 de fecha 3 de septiembre de 2004⁸³, pero la aseguradora no expidió el anexo respectivo; oportunidad en que hubiera podido reexaminar lo relativo a los proveedores, distribuidores y procesadores de Favestrella que se ampararían, la suma asegurada y el porcentaje de incidencia de cada uno de ellos respecto de dicho límite y de esa manera culminar en debida forma el proceso de suscripción que, de forma inadvertida e inexplicable, dejó trunco.

En el informe de Crawford Colombia Ltda de 22 de enero de 2005, se afirma lo siguiente:

“Existe, eso si, una Lista de “Proveedores” incorporada en la solicitud de seguro de la póliza de incendio No. 100 0001549 para la vigencia de junio 27 de 2002 a junio 27 de 2003 , así:

“17. Proveedores

Manchor de Bélgica(sic), finocom de houston (sic), petrofin de nueva york (sic) y mexico (sic) quienes traen la parafina con procedencia de la china (sic), kiser lacke de alemania(sic), Marubeni Corporation de japon (sic), litocosta, canor print, plásticos (sic) panorama, maquinar, manufacturas de textiles de la costa y demás proveedores”.

Todo lo cual, lleva al ajustador a concluir que: *“Lo anterior indica que al iniciarse la vigencia de la Póliza de Rotura de maquinaria No. 330 0000670, el Asegurado tenía un número plural (3) de proveedores de Parafina”*⁸⁴.

Lo anterior es corroborado por los señores Eduardo Tovar Salas y Héctor Fabio Montoya Ayala en sus testimonios, quienes, como funcionarios de la firma intermediaria en la renovación, al respecto manifestaron lo siguiente:

“DR. GARZÓN: En su calidad de gerente de la cuenta de Favestrella dentro de Willis, usted le dijo a Favestrella, oiga aquí hay una condición en la póliza de rotura de maquinaria que dice que usted debe suministrar un listado de

⁸¹ Arbitramento de Telebucaramanga S.A. ESP v. La Previsora S.A. Compañía de Seguros. Laudo de Febrero 12 de 2008.

⁸² Folio 33 y 34 Cuaderno de pruebas No 1

⁸³ Folio 36 y 37 Cuaderno de pruebas No 1

⁸⁴ Folios 14 y 15 cuaderno de pruebas No 6.

proveedores con el porcentaje de incidencia en el lucro cesante, usted ya lo aportó o por favor apórtelo.

SR. TOVAR: Nosotros hacemos análisis de ese tipo pero si usted se da cuenta en la póliza, a ver, la empresa es una sola y hace un solo producto y los proveedores son uno solo y los proveedores ya estaban suministrados y estaban corroborados por la parte de riesgos; la compañía lo único que tenía que sacar era una fotocopia de este y anexarla acá, porque es que en la póliza de rotura usted no va a utilizar un proceso una vez la diferente a la de incendio, el proveedor ya estaba y además la póliza, es que es algo ahí es donde yo digo la parte técnica nosotros si la, si a usted le colocan una condición, listo, pero es que vuelvo y le repito, si fuera una empresa que tuviera diferentes actividades de negocios, si tenemos por lo menos un... que hace ropa, que hace buses y que hace tubería, te lo acepto; pero es que esto es una fábrica de velas que ya entregó el documento.....⁸⁵

Y, por su parte, el señor Montoya Ayala, declaró:

“DR. GARZÓN: Usted ha dicho que la lista de proveedores que se entregó y que se aplicó a la póliza de incendio era la misma en lista que debía aplicarse y entenderse entregada para la póliza de rotura de maquinaria.

SR. MONTOYA: No, no he dicho eso.

DR. GARZÓN: Entonces en la medida en que usted no ha dicho eso, como me lo acaba de aclarar, usted me quiere decir en su basta (sic) experiencia, qué es lo que buscan las compañías de seguro, no solamente las que están aquí involucradas en este proceso sino en general todas ellas, cuando piden a sus asegurados que les suministren una lista de sus proveedores con el porcentaje de incidencia en el lucro cesante?

SR. MONTOYA: Aclaro, yo lo que mencioné es que, la compañía de seguro recibió una lista de proveedores, tenía conocimiento de una lista de proveedores y se la aplicó a una sola póliza, que la póliza de rotura de maquinaria digamos haya sido posterior o el anexo de proveedor haya sido posterior a lo de incendio pues se entiende que lo que estoy tratando de decir es que la compañía sí conocía cuales eran los proveedores que tenía el cliente, esa es mi respuesta; no que tenía que aplicarla, porque el cliente no le va a decir aplique la póliza de incendio, aplique la póliza de rotura, él manda un listado y no hace de pronto ninguna mención a qué contrato me estoy refiriendo, lo que quiero decir es, que si la compañía de seguro tenía conocimiento de una lista de proveedores pues conoce perfectamente que también es el mismo para rotura de maquinaria”.⁸⁶

Conclusiones que no podían ser diferentes, pues el proceso de fabricación que cumple Favestrella es el mismo para los efectos de las pólizas de incendio y de rotura de maquinaria; por lo tanto, aunque el asegurado no remitió dicha información de manera expresa bajo la póliza de rotura de maquinaria, la evidencia es que sí estaba en poder de las aseguradoras tal información y que éstas hubieran podido extraerla de allí, con una meridiana diligencia.

⁸⁵ Folio 68 cuaderno de pruebas N11.

⁸⁶ Folios 55 y 55 vuelto cuaderno de pruebas N11

En esta línea, cabe destacarlo, la Directora de Indemnizaciones de la Sucursal Cali de la aseguradora líder, doctora María Teresa Moriones, corroboró en su declaración la apreciación antes señalada en cuanto a la necesaria coincidencia de los proveedores de la convocante, independientemente de la modalidad de cobertura, rotura de maquinaria o incendio, que pretenda ampararse. En efecto, esto dijo la testigo en cuanto al punto en comento:

“DR. BONIVENTO: Y finalmente, en razón del conocimiento que usted tiene de este tipo de amparos y particularmente del seguro de incendios (sic) y rotura de maquinaria, habría alguna razón técnica o de otro tipo, sobre la cual usted pudiera ilustrar al tribunal, que pudiera explicar que los procesadores, distribuidores o proveedores de Favestrella pudieran ser distintos para uno u otro tipo de amparo?, hay algo desde el punto de vista técnico o de otra perspectiva que pudiera llevar a una conclusión como esta?

SRA. MORIONES: Que sean diferentes para rotura y para incendio?

DR. BONIVENTO; Sí

SRA. MORIONES: NO, tienen que ser los mismos.”⁸⁷(Subraya el Tribunal)

A lo cual la testigo agregó que “[..] las pólizas como las expide Colpatria, eso es un paquete, para nosotros el cliente es uno solo, es una póliza con todas sus cosas, entonces se da la póliza de incendios, la de rotura, la de manejo, todas las pólizas que nosotros damos con un paquete como mi cliente.

Para nosotros incendio es la póliza principal y sobre la cual se hace, todos los anexos y todas las condiciones, entonces todo lo que se aplique para incendio se aplican para las demás pólizas”⁸⁸.

Ahora bien, en refuerzo a lo ya manifestado, resulta particularmente dicente para el Tribunal que la aseguradora líder en las comunicaciones antes mencionadas, vale decir, en las cartas CAC-460-04 ind-g, de junio 30 de 2004⁸⁹ e IND-5372 de fecha 3 de septiembre de 2004, reconociera la afectación del amparo de proveedores, distribuidores y procesadores como anexo de la cobertura de lucro cesante por rotura de maquinaria y, posteriormente, en comunicación IND2306-AJ de fecha 7 de abril de 2005⁹⁰, Seguros Colpatria S.A., objetó la reclamación con fundamento, entre otros motivos invocados, en que el asegurado no suministró el listado de los proveedores y su incidencia en el lucro cesante; a su juicio, condición suspensiva positiva bajo la cual se expidió la cobertura, y en la agravación del riesgo al haber optado por Ecopetrol como único proveedor y no haber notificado esa circunstancia a la aseguradora.

⁸⁷ Folio 95 cuaderno de pruebas N11

⁸⁸ Folio 87 vuelto cuaderno de pruebas N11

⁸⁹ Folios 33 y 34 , Cuaderno de pruebas No 1

⁹⁰ Folios 38 y 39, Cuaderno de pruebas No 1

Respecto de esos ofrecimientos iniciales efectuados por la aseguradora en las referidas comunicaciones de junio y septiembre de 2004, se advierte que no se hicieron con salvaguarda alguna o con criterio puramente comercial, como lo ratifican el señor Héctor Fabio Montoya Ayala y el señor Eduardo Tovar Salas, funcionarios del intermediario de seguros, quienes expusieron en sus respectivas declaraciones lo siguiente:

“DR. DE VIVERO: Antes de pasar a este tema del conocimiento, quisiera simplemente que usted le indicara al Tribunal, si en algún momento tuvo conocimiento de que la aseguradora informase que el reconocimiento de los ciento cincuenta millones obedecía a una estrategia comercial de conservación del cliente o algo de este estilo?”

SR. MONTOYA: Para nada, absolutamente para nada, la compañía en ningún momento lo habló como un pago comercial, ni un pago de gracia en absoluto, siempre lo habló en una parte técnica de donde salía su valor y así lo mencionó y así se estableció, inclusive la operación matemática es muy fácil, coger el valor asegurado de la póliza de incendio, multiplicada por el valor que aparece en los registros del año 2002, que le compraron parafina a Ecopetrol y nos da preciso lo que la compañía ofreció, pero en ningún momento lo hizo con un ánimo de pago comercial.

Fuera de eso, antes de haber ofrecido los ciento cincuenta y un millones de pesos se analizaron las exclusiones que posteriormente invocó, se hablaba del condicionamiento del listado, se habló también de la parte de agravación de riesgo, esas dos situaciones y eso lo conoció la compañía de seguro, ah y el daño de la máquina, esas tres cosas que la compañía invocó casi a los dos años posteriormente eso lo conoció perfectamente y lo desvirtuó, lo desvirtuó con quién, con informe del señor Gustavo Herrera, asesor jurídico de la parte de la compañía Colpatria, con el mismo ajustador de Comercio Internacional en la cual se dijo, no hay mercancía en el mercado, no hay materia prima y el cliente, porque él mismo hizo la gestión de buscar en el mercado parafina y lo otro; fue también mencionó que el cliente había hecho la importación correspondiente como le consta, en un tiempo récord cuando se dio cuenta del problema existente.⁹¹

Y el testigo Tovar Salas, manifestó al respecto lo siguiente:

“DR. DE VIVERO: Usted sabe si en esa ocasión cuando se ofrecieron esos ciento cincuenta y un millones de pesos, se adujo por parte de la aseguradora que esto se hacía con ocasión de alguna política comercial de mantenimiento al cliente o alguna razón particular?”

SR. TOVAR: Que yo recuerde, no, la carta llegó haciendo el ofrecimiento, los ciento cincuenta millones dando unos argumentos, sus argumentos, también dicen que si no está de acuerdo, el cliente puede en un momento dado obrar y sustentar la pérdida que de todas maneras esa plata queda provisionada, si yo hago un pago comercial yo no provisiono eso porque eso me va a castigar, no sé contablemente, yo no puedo provisionar algo que no, es decir, si fuera

⁹¹ Folios 50 vuelto y 51 cuaderno de pruebas N11.

*comercial pues yo no, bueno no sé si lo provisionan o no, pero comercialmente, no*⁹²

Por otra parte, valga señalarlo, que aunque la Directora de Indemnizaciones de la Sucursal Cali de la aseguradora líder manifestó en su declaración que Seguros Colpatria maneja la figura de ofrecimientos de “pagos comerciales” a clientes especiales aunque el siniestro alegado se entienda que no está amparado, aclarando que tales autorizaciones no son de su resorte sino de la Vicepresidencia Ejecutiva o de la Presidencia de la compañía⁹³, también lo es que según su dicho, cuando tales pagos son procedentes, dicha justificación o motivación se hace constar en el respectivo pago ofrecido⁹⁴, lo que no se advierte que haya ocurrido en el caso que nos ocupa, o al menos no consta ello así en el texto de las mencionadas comunicaciones CAC-460-04 ind-g, de junio 30 de 2004⁹⁵ e IND-5372 de fecha 3 de septiembre de 2004 de la aseguradora a la convocante con la oferta de pago por la suma conocida de \$ 151.200.000.

En consecuencia, el Tribunal no puede ignorar estas conductas contractuales de la aseguradora, como si éstas no se hubieran presentado o no produjeran efecto jurídico alguno. De una parte, como la jurisprudencia ha tenido a bien reconocerlo⁹⁶, en el desarrollo de la labor interpretativa de un contrato resulta de especial relevancia por parte del juez auscultar los actos desplegados por los contratantes, no sólo al tiempo de la conclusión del convenio y en los momentos previos a su celebración, sino también los llevados a cabo durante su ejecución o desarrollo posterior, como es el caso de las respuestas iniciales dadas a la reclamación de la convocante con reconocimiento expreso a través de la aseguradora líder de la afectación del amparo de proveedores, distribuidores y procesadores como anexo de la cobertura de lucro cesante por rotura de maquinaria, pues tales conductas dan luces sobre el verdadero querer y alcance de las estipulaciones que son objeto de discordia entre las partes en conflicto; y de otra parte, por cuanto la ejecución de los contratos por las partes contratantes es uno de los elementos constitutivos de la buena fe, pues la ley obliga a las partes a que esa ejecución se haga de conformidad con ese postulado. Entre estos principios está el de la conducta coherente y uniforme de los contratantes quienes no pueden actuar en forma contradictoria y excluyente, ejerciendo actos en un sentido y después en sentido contrario. Esto es lo que se ha denominado como la

⁹² Folios 66 y 66 vuelto cuaderno de pruebas N11

⁹³ Folios 90 vuelto y 91 cuaderno de pruebas N11.

⁹⁴ Folios 94 vuelto cuaderno de pruebas N11

⁹⁵ Ob cit. 84

⁹⁶ Sentencia de casación civil de junio 28 de 1989.M.P. Rafael Romero Sierra.

teoría de los actos propios y que hace parte de nuestro derecho positivo, con fundamento en la buena fe que estatuye el artículo 83 de la Constitución Política.

Como es bien sabido, la teoría de los actos propios (*venire contra factum proprium*) es un desarrollo del principio de la buena fe. Según esta teoría, debe existir plena identificación en los actos realizados por una de las partes contratantes, sin que sea permitido jurídicamente que esa misma parte realice actos incompatibles y contrarios a su conducta anterior. En otras palabras, no se puede vulnerar la buena fe mediante la realización de conductas que vayan contra de los actos propios de la misma persona. Debe existir una continuidad y una coherencia de actos que no se contradigan ni se opongan entre sí. La corrección, la rectitud y la lealtad contractual exigen que haya consistencia y uniformidad de conductas en cada una de las partes contratantes, para que éstas puedan cumplir con el principio legal de la buena fe.

Nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos anteriores, mediante el ejercicio de una conducta incompatible que sea deliberada y eficaz. La confianza que se suscita en el otro contratante, la lealtad en el cumplimiento del propio compromiso, el sometimiento al acuerdo voluntario que dio origen al negocio, la correcta ejecución del convenio, son actos derivados de la buena fe que obligan a una conducta coherente para conservar el mismo comportamiento.

Por ello, con razón, la Corte Constitucional ha reiterado que:⁹⁷

“[...] El principio de respeto del acto propio opera cuando un sujeto de derecho ha emitido un acto que ha generado una situación particular, concreta y definida a favor de otro. Tal principio le impide a ese sujeto de derecho modificar unilateralmente su decisión, pues la confianza del administrado no se genera por la convicción de la apariencia de legalidad de una actuación, sino por la seguridad de haber obtenido una posición jurídica definida a través de un acto que creó situaciones particulares y concretas a su favor”.

O Como lo señala el profesor Rubén Stiglitz, con invocación de jurisprudencia argentina al respecto en materia específica de seguros:

“[...] La conducta de las partes en todo el iter contractual es indicativa de su genuina voluntad al punto de que se constituye en referencia en cuestiones significativas como ser la noción de apariencia, la renuncia tácita a invocar consecuencias sancionatorias, etcétera.

En el sentido indicado se tiene expresado que, por “efecto del peculiar régimen normativo del seguro, los efectos de cualquier relación de esta índole

⁹⁷ En igual sentido pueden consultarse las sentencias T-141 de 2003; T-323 de 2003; T-346 de 2003; T-544 de 2003; T-546 de 2003; T-550 de 2003; T-705 de 2003; T-959 de 2003; T-733 de 2004.

*no quedan determinados tan sólo por sus propios términos, por las disposiciones legales y por los hechos materialmente acaecidos, sino que también incide notablemente el desempeño de las partes, aun posterior al siniestro. En pocos campos de las relaciones contractuales el juego de las caducidades y renunciaciones, producidas aun por implicancia de otras conductas, influye tan llamativamente como ocurre en el seguro*⁹⁸.

*En esa dirección conceptual, se tiene resuelto que si el asegurador realiza actos que importan poner en ejecución sus obligaciones como tal, respecto del asegurado, no le está permitido hacerlo con la reserva mental de invocar la caducidad de los derechos del asegurado (denuncia del siniestro fuera de término) cuando le pareciere conveniente, atribuyéndose la facultad de invalidar a su arbitrio el seguro.*⁹⁹

*De allí que se tenga decidido que “resulta necesario exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que se ha suscitado en el otro contratante”.*¹⁰⁰

De lo anterior se colige, que no se debe actuar de una manera con actos deliberados para luego actuar de otra manera desconociendo sus propios actos o invocar su nulidad o ineficacia, pues este es un proceder contrario a la buena fe.

Advierte el Tribunal que en el ámbito del contrato de seguro, son cardinales los principios de la buena fe y de la naturaleza indemnizatoria de los seguros de daños, pues tienen por fundamento preservar la finalidad que cumple el seguro como mecanismo de protección para el conglomerado social, contribuyendo de esta forma a un mayor desarrollo económico, porque anima a los empresarios a comprometer diferentes recursos en diversos sectores de la actividad industrial y comercial.

Ello explica el celo del legislador en tutelar la buena fe en el contrato de seguro en virtud del principio de mutualidad que anima y sustenta la institución y por ende, la actividad aseguradora, que se basa en las leyes de probabilidad y en principios actuariales y por lo tanto, la conducta maliciosa del tomador al momento de celebrar el contrato o bien, la del asegurado respecto de la causación del siniestro, su extensión y la valoración del mismo, no pasan desapercibidas del propósito legal de evitar prácticas, que de generalizarse podrían afectar de manera grave la estabilidad de la institución; como tampoco resulta admisible que el asegurador pretenda tornar inane la protección que otorgó y en contraprestación de la cual recibió la respectiva prima.

⁹⁸ CNCom., Sala D, 14-III-1980, “Durán, J. C/La Nueva Coop. de Seg.” (inédito).

⁹⁹ Ccom., Cap., 7-XI-1945, “Saubidet, R. c/La Holando Sudamericana Cía. De Seguros”, L.L., 41-364; Ccom. Cap., 31-XII-1946, “Massero, C. c/Industria y Comercio Cía. De Seg.”, L.L., 45-534.

¹⁰⁰ “Derecho de Seguros”. Tomo I. Buenos Aires. Págs 633 y 634.

Además, doctrina y jurisprudencia al unísono estiman que el seguro es un contrato de interpretación restringida, principio según el cual la responsabilidad asumida por parte del asegurador no puede verse limitada sino por obra de cláusulas claras y expresas “...y por eso en su ámbito operativo, para determinar con exactitud los derechos y las obligaciones de los contratantes, predomina el texto de la que suele denominarse “escritura contentiva del contrato” en la medida en que, por definición, debe conceptuársela como expresión de un conjunto sistemático de condiciones generales y particulares que los jueces deben examinar con cuidado, especialmente en lo que tiene que ver con las cláusulas atinentes a la extensión de los riesgos cubiertos en cada caso y su delimitación, evitando favorecer soluciones en mérito de las cuales la compañía aseguradora termine eludiendo su responsabilidad al amparo de cláusulas confusas que de estar al criterio de buena fe podrían recibir una inteligencia que en equidad consulte mejor los intereses del asegurado ...ha sostenido esta corporación que siendo requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (G.J. t. CLVIII, pág. 176) y que por lo tanto, en este campo rige el principio según el cual la responsabilidad asumida en términos generales como finalidad del contrato no puede verse restringida sino por obra de cláusulas claras y expresas”.¹⁰¹

En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 29 de agosto de 1980 había expresado:“... inspiradas en la equidad, jurisprudencia y doctrina han sostenido que estos contratos deben ser interpretados a favor de la parte que ha dado su consentimiento por adhesión.

“Mas, este criterio interpretativo no puede entrañar un principio absoluto: es correcto que se acoja cuando se trata de interpretar cláusulas que por su ambigüedad u oscuridad son susceptibles de significados diversos o sentidos antagónicos, **pero no cuando las estipulaciones que trae la póliza son claras, terminantes y precisas.** En tal supuesto esas cláusulas tienen que aceptarse tal como aparecen, puesto que son el fiel reflejo de la voluntad de los contratantes y por ello se tornan intangibles para el juez. Pueden aparecer ante este exageradas, rigurosas y aún odiosas tales estipulaciones; sin embargo, su claridad y el respeto a la autonomía de la voluntad contractual le vedan al juzgador, pretextando

¹⁰¹ Sentencia de 1998 enero 29, Sala de Casación Civil, magistrado ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Expediente 4894.

interpretación, desconocerles sus efectos propios". (Negrilla por fuera del texto original).¹⁰²

De manera que, en el ámbito de la contratación privada, para la satisfacción de las prestaciones no sólo importa su tenor literal, sino también el comportamiento de aquel quien la tenía a cargo y el resultado obtenido con la ejecución de la prestación, la forma como se satisfizo su finalidad.

Es que la contratación mercantil se basa en el principio de confianza mutua entre los contratantes, como manifestación de la buena fe y por lo mismo, es legítimo esperar de aquel con quien se establece una relación comercial, rectitud, honestidad y lealtad y, por lo tanto, los contratantes deben cumplir con el contenido de la prestación y con todas aquellas consecuencias que se deriven de este principio, aunque no se consignent expresamente (artículo 871 del Código de Comercio).

Por consiguiente, no prosperan las excepciones propuestas por las aseguradoras convocadas, dirigidas a enervar la operancia o aplicación para el caso debatido, del amparo de proveedores, distribuidores o procesadores, como así se señalará en la parte resolutive.

De otro lado, las coaseguradoras también propusieron las excepciones de inexistencia de siniestro y de ausencia de cobertura, de la siguiente manera:

Seguros Colpatria S.A. expone que: *"...los daños sufridos por maquinaria de la entidad estatal, por no ser un riesgo amparado, no generarían nunca la existencia de un siniestro, ni harían surgir la condición de la que pende la obligación indemnizatoria del asegurador.*

*En el caso en estudio, ni ECOPETROL es un proveedor del asegurado – el proveedor según su dicho y la prueba que aporta es C.I. DISAN COLOMBIA S.A. – ni la póliza ampara al proveedor del distribuidor – sería una extensión no prevista contractualmente y de imposible cobertura asegurativa – ni los daños sufridos por maquinaria de la entidad estatal serían objeto de cobertura de la póliza de rotura de maquinaria y sus anexos, ni contarían con amparo por el anexo de proveedores y distribuidores".*¹⁰³

¹⁰² Jurisprudencia y Doctrina, tomo IX, Bogotá, Legis Editores S.A., No 106, págs. 725 y 726.

¹⁰³ Folio 42 cuaderno principal No 2.

Seguros Comerciales Bolívar S.A. fundamenta la excepción, que denominó de “inexistencia de siniestro” en los siguientes términos: *“Para la improbable hipótesis que los señores árbitros consideraran que las condiciones generales del anexo de proveedores, distribuidores y procesadores acceden a la póliza en la que mi mandante es coasegurador, y para la más improbable aun, que consideraran que dicho amparo es eficaz, les ruego tener en cuenta que a las aseguradoras nunca se les informó que Ecopetrol o C.I. Disan fueran proveedores, distribuidores o procesadores de Favestrella....”*

La Previsora S.A. Compañía de Seguros, por su parte, plantea como excepción la ausencia de cobertura y por los términos en que se encuentra estructurada, responde a la esgrimida por las otras dos coaseguradoras, pero con denominación diferente.

En efecto, dicha aseguradora expresa que: *“De las pruebas documentales aportadas se infiere que el sistema de ventas de este producto por parte de ECOPETROL se basa en la disponibilidad del producto, previa consignación del valor de la materia prima a despachar. En ninguna parte de la demanda se hace referencia a la existencia de UN CONTRATO DE SUMINISTRO entre FAVESTRELLA S.A. y ECOPETROL y mucho menos de una cláusula de exclusividad a favor de ECOPETROL.*

De lo anterior se concluye que no existiendo CONTRATO DE SUMINISTRO entre la demandante y ECOPETROL, no puede concluirse que este último sea su PROVEEDOR y por tanto no hay cobertura contractual.

*De igual forma, de acuerdo con la correspondencia recibida por la demandante, sobre el incumplimiento en la entrega de la parafina como consecuencia del daño en la planta de ECOPETROL en Barrancabermeja, la notificación de esta situación no la hizo directamente ECOPETROL sino la empresa C.I. DISSAN S.A. PROVEEDOR DE FAVESTRELLA”.*¹⁰⁴

Respecto de esta última excepción que propuso La Previsora S.A. Compañía de Seguros y que designó como ausencia de cobertura contractual por cuanto Ecopetrol no es proveedor de la sociedad demandante, como respecto de las propuestas en sentido similar por las otras convocadas, el Tribunal considera que

como no aparece expedido un anexo específico para Favestrella bajo la póliza de rotura de maquinaria, no es posible determinar si dicho anexo exigía que el asegurado celebrara un contrato de suministro con ciertas formalidades con quien lo abasteciera de materia prima y de esa manera pudiera llegar a alcanzar la calidad de proveedor, o que este último debiera cumplir con determinados requisitos.

El señor Héctor Fabio Montoya Ayala, funcionario del intermediario de seguros de Favestrella, respecto de la relación de ésta última con Ecopetrol, manifestó en su declaración:

“DR. DE VIVERO: Quisiera pasar a otro tema y es, que también fue mencionado, usted en el relato inicial y es la forma como Ecopetrol vende y un poco el papel de Ecopetrol dentro del mercado de parafina; quisiera que me indicara cuál fue su conocimiento entorno a, o qué le consta respecto a la posición de las aseguradoras previo a la ocurrencia del siniestro y luego con posterioridad al siniestro; me refiero básicamente en el mercado nacional quién produce la parafina?”

SR. MONTOYA: Eso el mismo funcionario de la compañía Colpatría se lo mencionó a la aseguradora, que el único proveedor, distribuidor nacional era Ecopetrol, es Ecopetrol todavía, Ecopetrol como tal, no hace contratos en la cual yo le diga, mire, hagamos un contrato de tantos pedidos, usted me consigna, eso es lo que me ha manifestado el cliente porque ya es una parte administrativa interna de él, en la cual dice, usted me consigna y yo le despacho, pero yo con usted no adquiero ninguna garantía, ni crea que hay algún compromiso en la cual yo me obligo a entregarle un pedido y que si le incumplo usted me va a demandar a mi porque le incumplí el pedido, simplemente es consígneme y si hay materia prima yo le voy a despachar la materia prima correspondiente, este fue el caso particular porque el cliente también demostró a la compañía aseguradora que en el mes de marzo de 2003, no teniendo noticias efectivamente de que había un daño, no tenía todavía la certeza, hizo unas consignaciones a Ecopetrol además de quinientos millones de pesos, Ecopetrol dijo, que pena, no hay materia prima ni nada eso”.

Y ante una pregunta del Tribunal con respecto a la existencia del anexo de proveedores, distribuidores y procesadores expedido a Favestrella, manifestó:

“DR. NARVAEZ: Quisiera hacerle una pregunta con respecto a eso y es en la carátula de... resulta claro que está mencionado el anexo de procesadores, de distribuidores y proveedores; la pregunta es, se expidió algún anexo para esa vigencia, porque es que en mi caso particular, veo que hay uno aportado al expediente pero ese no tiene firmas, está en el folio 77 del cuaderno No.1. Quisiera que nos aclare si se expidió un anexo o simplemente se mencionó en la carátula.

SR. MONTOYA: Se mencionó en la carátula.

¹⁰⁴ Folios 84 y 85 cuaderno principal No 2.

DR. NARVAEZ: No se expidió ningún anexo.

SR. MONTOYA: No se expidió, lo que pasa es que nosotros recurrimos porque tenemos condicionado de póliza, etc en ese sentido o uno va a la Superintendencia y pide copia, o la misma compañía me da copia del alcance de la cobertura”.

Ahora bien, la condición de Ecopetrol como proveedor de Favestrella, y el conocimiento de esa situación por parte las aseguradoras, se hace patente en el Informe de Inspección Industrial adelantado por la compañía líder en junio de 2002, con ocasión de la renovación de los seguros para ese período anual, en el cual se hace constar, de manera expresa, al referirse al “proceso” de la demandante en cuanto a materias primas, que *“La materia prima básica la constituye la parafina que se puede comprar a proveedores internacionales desde donde es traída vía marítima al puerto de B/Ventura y transportada vía terrestre a la planta, o se puede comprar localmente a Ecopetrol...”*¹⁰⁵ (Subraya el Tribunal).

A este respecto, nótese adicionalmente, que en relación con esas empresas internacionales respecto de las cuales las aseguradoras no han negado en el proceso el carácter de proveedoras de la convocante, no consta en el expediente la existencia de contratos de suministro suscritos con cada uno de ellas, y menos que fuera esa circunstancia la que les otorgara la calidad de tales.

Hay varios elementos probatorios más, que apuntan en la misma línea de mostrar la condición de proveedor de parafina que tuvo Ecopetrol frente a Favestrella para el período de vigencia de la póliza en que sobrevinieron los daños a varias máquinas del operador de petróleos, y desde épocas anteriores.

El plenario da cuenta de una comunicación de ECOPETROL dirigida a la firma Comercio Internacional Ltda. de fecha 26 de Abril de 2004¹⁰⁶ y en la cual manifiesta que Favestrella es uno de sus clientes.

En el dictamen pericial rendido en este proceso por el Ingeniero Germán Noguera Camacho se expresa que en los años 2000, 2001 y 2002 Favestrella realizó compras de parafina a Ecopetrol, y a Disan a finales del año 2002 y en el 2003.¹⁰⁷

De otra parte, también obran en el expediente algunas facturas de Ecopetrol expedidas a Favestrella,¹⁰⁸ así como recibos de consignación al complejo de

¹⁰⁵ Folio 239 cuaderno de pruebas No 1.

¹⁰⁶ Folio 60 del cuaderno de pruebas No 1 y 342 cuaderno de pruebas No 6

¹⁰⁷ Dictamen, respuesta a cuestionarios, octubre 13 de 2009, folio 4.

Barrancabermeja¹⁰⁹ y con lo cual se acredita esa relación de abastecimiento y de otra parte, porque en la actividad mercantil es frecuente que los empresarios celebren convenios de manera informal o que decidan no sujetarlos a la modalidad de suministro por las mismas exigencias que trae el artículo 968 del estatuto mercantil en el sentido que el abastecedor asume el compromiso de efectuar prestaciones periódicas o continuadas y, en muchas ocasiones, el mismo proveedor no desea adquirir semejante obligación o prefiere optar por la fórmula de proveer o abastecer según disponibilidad, como es el caso de ECOPETROL, pues así aparece en algunos documentos.

En efecto, de acuerdo con la comunicación de 1º de julio de 2003 suscrita por la señora María del Rosario Rubio, Gerente de Comercialización de Ecopetrol, respecto de las condiciones de venta, le señala a Favestrella: *“Vale la pena recordar que la práctica comercial en este tipo de productos está fijada sobre la base de una oferta comercial del producto disponible para la venta”*¹¹⁰, modalidad de comercialización que no desdibuja el carácter de proveedor por parte de Ecopetrol respecto de quienes con esa entidad contratan y en esas condiciones.

Como si fuera poco, en respuesta al oficio del Tribunal en que se le requería información sobre compradores de parafina para los años 2002 y 2003, Ecopetrol relaciona a Favestrella como cliente para ambos años.¹¹¹

De otra parte, como Seguros Colpatria S.A. aduce en la contestación de la demanda que: *“En el caso en estudio, ni ECOPETROL es un proveedor del asegurado – el proveedor según su dicho y la prueba que aporta es C.I. DISAN COLOMBIA S.A. – ni la póliza ampara al proveedor del distribuidor – sería una extensión no prevista contractualmente y de imposible cobertura asegurativa – ni los daños sufridos por maquinaria de la entidad estatal serían objeto de cobertura de la póliza de rotura de maquinaria y sus anexos, ni contarían con amparo por el anexo de proveedores y distribuidores”*¹¹², el Tribunal encuentra que en el informe de Crawford Colombia Ltda de 22 de enero de 2005, resulta claro que la

¹⁰⁸ Concretamente en Mayo de 2002 se ubican 2 facturas de ECOPETROL a Favestrella por más de 70 millones de pesos (folios 1 y 2 cuaderno de Pruebas No 8), de igual manera en Julio 15 de 2003 hay una factura de 59 millones de pesos de ECOPETROL a FAVESTRELLA (cuaderno de pruebas No 10 folio 168), en Junio 3 de 2003 una factura de 61 millones de pesos (cuaderno de pruebas No 10 folio 139) otra de 51 millones de pesos de 14 de Abril de 2003 (cuaderno de pruebas 10 folio 52).

¹⁰⁹ Folio 26 cuaderno de pruebas No 3

¹¹⁰ Folio 74 cuaderno de pruebas No 1.

¹¹¹ Folios 249 a 251 del cuaderno principal No.2.

¹¹² Folio 43 del cuaderno principal No.2.

intervención de C.I. DISAN como intermediario en el suministro de parafina obedece a razones plausibles y ampliamente justificadas.

En efecto, en dicho informe se lee lo siguiente: *“Nos informó el asegurado que la razón por la que el suministro de parafina fue contratado con C.I. DISAN y no con ECOPETROL, fue porque C.I. DISAN S.A. compartía con el asegurado un descuento del 5% que obtenía de ECOPETROL sobre el precio de lista y además le concedía un plazo para pago de 60 días mientras que ECOPETROL sólo otorgaba plazo de pago de 30 días y sujeto a presentación de Carta de Crédito”*¹¹³.

Con base en lo expuesto, el Tribunal estima que estos medios exceptivos reflejan un tecnicismo y un rigorismo excesivo, que no resulta de recibo.

Lo cierto es que las aseguradoras otorgaron el amparo y habiendo podido obtener los detalles de tales proveedores y el grado de exposición que cada uno representaba, no lo hicieron en su oportunidad y aún pudiendo efectuar un seguimiento para que esas informaciones le fueran suministradas por el asegurado, no aparece en el plenario que hubieran adoptado una conducta de esa naturaleza y por lo mismo, no se compadece con la lealtad debida, pretender ahora acudir a una argumentación de esta estirpe para invalidar el reclamo del asegurado.

Es claro, además, que las aseguradoras recibieron el importe del precio de la protección y en ningún momento hicieron devolución de la misma. Así lo manifestó el señor Héctor Fabio Montoya Ayala, funcionario del intermediario de seguros de Favestrella, quien respondió a un interrogante que le fuera planteado, de la siguiente manera:

“DR. DE VIVERO: Entonces, sino existía cubrimiento de rotura de maquinaria por ausencia de la lista de los proveedores de acuerdo con lo afirmado por las aseguradoras, en algún momento se hizo devolución del valor de la prima pagada?”

SR. MONTOYA: Tampoco, en absoluto, la compañía de seguro no devolvió ningún valor por la prima correspondiente al anexo, no la devolvió, ahora eso, uno diría, cuánto vale, cuánto me devuelve, es que como la tasa es integral, yo no puedo decir que la compañía me está cobrando para el incendio por terremoto tanto, por incendio tanto, por lucro tanto, la tasa, el cliente ni nosotros mismos conocemos cuál es el valor correspondiente o qué porcentaje le corresponde al anexo pero tiene que tener un costo, eso no es gratuito, la compañía aseguradora sabía decir vea, le devuelvo

¹¹³ Folio 354 del cuaderno de pruebas 2B.

*correspondiente del valor de la prima del anexo tal porque usted no me cumplió con esto o esto, exactamente; o porque no le pagué el siniestro se lo estoy devolviendo, eso no ocurrió.*¹¹⁴

No hay que olvidar, de otra parte, que el diccionario de la Real Academia de la Lengua, trae las siguientes acepciones de proveedor: “*Persona o empresa que provee o abastece de todo lo necesario para un fin a grandes grupos, asociaciones, comunidades, etc.*” y de proveer contempla la siguiente:” 2.*Suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin*”, lo cual muestra a las claras que quien abastece a otro tiene el carácter de proveedor, sin importar la existencia o el tipo de título jurídico que los una, y menos aún, circunscribiendo tal eventualidad al que lo hace sólo a través de un contrato de suministro.

Ese significado o alcance de la expresión “proveedor” se impone y es el que debe ser considerado para los efectos de fijar el alcance del “Anexo” respectivo, cuando, adicionalmente, no obra en el proceso prueba de que el referido término tenga un entendimiento técnico diverso en el sector de los seguros, para un amparo del tipo que nos ocupa y por el contrario, las pocas referencias en los medios probatorios incorporados al proceso no ofrecen ninguna claridad al respecto, como lo manifestado por el encargado del área jurídica de Willis Colombia, quien al ser interrogado por el Tribunal sobre su entendimiento de la diferencia entre proveedor, distribuidor y procesador para efectos del amparo, esto contestó:

*“SR MONTROYA: Lo entiendo así: el procesador como tal, es aquella entidad correspondiente que realmente la produce, produce esa materia prima, para mí es ese el procesador, el que la hace, el que la transformador. Para mí un distribuidor que también puede ser en un momento dado un procesador pues esa es la persona que distribuye en el mercado adicional a diferentes clientes; y viene un proveedor, **a veces pienso que para mí el proveedor o distribuidor como que tiene una similitud, allí no le veo como que marcará la diferencia, ...exactamente proveedor para mí también puede ser un distribuidor, yo diría el proveedor también puede ser aquella persona que procesa, provee y distribuye; realmente no entiendo para nada como esa diferencia que pueda uno marcar, esa es la cuestión, lo importante en esto es que el reclamo está enfocado a un daño es de ECOPETROL, estoy hablando que ECOPETROL como tal es distribuidor y es procesador, ese es el punto y encaja dentro de la cobertura o del anexo que la póliza tiene..**”.*¹¹⁵ (Resalta el Tribunal)

Por lo demás, aunando en razones, el informe de la firma ajustadora Crawford Colombia Ltda de 22 de enero de 2005, concluye que ante las circunstancias

¹¹⁴ Folio 54 cuaderno de pruebas No 11.

¹¹⁵ Folios 61 y 61 vuelto del cuaderno de pruebas No 11.

presentadas en este caso, no es que no exista cobertura, sino que es evidente la dificultad para liquidar el reclamo.

En efecto, esa firma ajustadora expresa que: *“En estas condiciones, consideramos que desafortunadamente no existe entonces disposición contractual que permita delimitar la responsabilidad de los Aseguradores para cada uno de los Proveedores, Distribuidores o Procesadores del Asegurado, lo cual representa una enorme dificultad para lograr una apropiada definición y decisión de este reclamo”*.¹¹⁶

En apartes posteriores de dicho informe, la firma ajustadora también expresa: *“El siniestro reportado sería objeto de Cobertura bajo la póliza, pues con base en el principio de efectividad, el Amparo de Lucro Cesante por Rotura de maquinaria de Proveedores, Distribuidores y Procesadores se otorgó pura y simplemente, es decir, sin condición alguna”*.¹¹⁷

Y con antelación a dicho informe, como quedó establecido en este proceso y no puede pasar inadvertido en este punto, la calidad de Ecopetrol como proveedor de la sociedad actora no fue puesta en entredicho por las propias coaseguradas cuando mediante las ya pluricitadas comunicaciones CAC-460-04 ind-g, de junio 30 de 2004¹¹⁸ e IND-5372 de fecha 3 de septiembre de 2004, reconocieran la operancia del amparo de proveedores, distribuidores y procesadores como anexo de la cobertura de lucro cesante por rotura de maquinaria ante la reclamación efectuada por Favestrella, con lo que ello traduce en lo jurídico, según también se tuvo oportunidad de resaltar con antelación, como acto de ejecución comercial que ilustra sobre el entendimiento de las partes al respecto, y en la órbita de las convocadas, como una conducta relevante de aceptación de un determinado contenido contractual.

Con fundamento en todas las consideraciones anteriores, el Tribunal desestima las excepciones de ineficacia del anexo de proveedores, distribuidores y procesadores; inexistencia de obligación a cargo de las aseguradoras e inoperancia del amparo de lucro cesante por rotura de maquinaria, respecto de proveedores, distribuidores y procesadores; inexistencia de siniestro y de ausencia de cobertura o amparo, como lo declarará en la parte resolutive de este laudo.

¹¹⁶ Folio 351 del cuaderno de pruebas 2B.

¹¹⁷ Folio 381 del cuaderno de pruebas 2B

2. Otras excepciones propuestas por las convocadas.

Habiendo llegado el Tribunal a las conclusiones advertidas en el acápite anterior, en el sentido de descartar las excepciones de prescripción, de inexistencia de amparo, de inexistencia de siniestro, de ineficacia o inoperancia del anexo de proveedores, distribuidores y procesadores, y de ausencia de cobertura por no ser ECOPETROL proveedor de la convocante, propuestas todas ellas por las compañías demandadas, corresponde ahora revisar los demás medios exceptivos formulados en los respectivos escritos de contestación a la reforma integrada de la demanda, empezando inicialmente, por agrupación temática, con aquellas dirigidas de manera central a alegar la operancia de *exclusiones*, en particular, siguiendo las denominaciones empleadas por las convocadas, la excepción de “RIESGO EXCLUIDO” (en la terminología de Seguros Colpatria S.A. y Seguros Comerciales Bolívar S.A) y de “EXCLUSIÓN POR PÉRDIDAS O DAÑOS QUE EN SU ORIGEN O EXTENSIÓN SEAN CAUSADAS POR DESGASTE Y DETERIORO PAULATINO” (en palabras de La Previsora S.A Compañía de Seguros), de una parte, y de la otra, las excepciones de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DE LAS ASEGURADORAS DEMANDADAS POR EXCLUSIÓN EXPRESA DE SU RESPONSABILIDAD POR HUELGA” y de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DE LAS ASEGURADORAS POR FALTA DE AMPARO PARA EVENTOS RELACIONADOS CON CONFLICTOS LABORALES”, planteadas estas dos últimas por la compañía líder del coaseguro.

En cuanto a las excepciones de “riesgo excluido” y de “exclusión por pérdidas o daños que en su origen o extensión sean causadas por desgaste y deterioro paulatino”, las convocadas fundamentan su procedencia, de manera principal, en que los daños sufridos en las máquinas de ECOPETROL están expresamente excluidos de cobertura por el literal f. de la condición quinta de la póliza, en concordancia con el numeral quinto de la cláusula segunda de exclusiones del Anexo de Lucro Cesante por Rotura.

En desarrollo de su planteamiento, en los escritos de contestación, las convocadas Seguros Colpatria S.A. y Seguros Comerciales Bolívar S.A., alegan de manera uniforme que está probado documentalmente que los daños que se ocasionaron en los filtros y en las bombas tuvieron como causa un desgaste natural derivado de su uso y su deterioro paulatino, lo que está excluido de

¹¹⁸ Folio 33 Cuaderno de pruebas No 1

amparo a la luz de las estipulaciones reseñadas, como también lo están los daños ocurridos en la bomba de solvente de MEC por herrumbre y corrosión. Este planteamiento central, en esencia, es reiterado en los respectivos alegatos de conclusión.

En el caso específico de la compañía líder, dentro de los fundamentos invocados en la formulación de la excepción propuesta bajo la denominación de “inexistencia de amparo”, que en su planteamiento referido a la ineficacia del anexo de proveedores fue descartado como quedó dicho, señala en cuanto a la temática que ahora nos ocupa, aunque de una manera más genérica, que “...para la hipótesis improbable de que la maquinaria de ECOPETROL pudiera considerarse como de un proveedor, distribuidor o procesador - no cuentan con amparo ni de la póliza de rotura en sus coberturas básicas, ni con aquellas previstas en el anexo que forma parte de ella, alusivo al lucro cesante por proveedores, distribuidores o procesadores”.¹¹⁹

Por su parte, La Previsora S.A Compañía de Seguros, en términos semejantes a los anteriores, plantea en su escrito de contestación a la reforma integrada de la demanda, y así lo reafirma en sus alegaciones finales, que de conformidad con algunas comunicaciones emanadas de ECOPETROL y aportadas al proceso (de octubre 2 y diciembre 2 de 2003), los distintos daños en los equipos están excluidos de cobertura, así: frente a las válvulas del “Compresor C- 1101/02”, entiende que ECOPETROL determinó como causa de la falla la herrumbre y la corrosión, excluidas expresamente en el punto f) de la cláusula quinta de las condiciones generales de la póliza de rotura de maquinaria; respecto a la indisponibilidad de meil-etil-cetona (mec) en la unidad de desparafinado con mectolueno (mdu), señala que la paralización no tuvo su origen en un daño físico, sino por carencia de suministro de MEC a ECOPETROL por incumplimiento de su proveedor en las fechas acordadas, riesgo que no está cubierto en la póliza de rotura de maquinaria; en cuanto a los filtros, la aseguradora considera que acorde con lo certificado por la empresa de petróleos, la causa de los daños obedeció a desgaste y deterioro paulatino por uso o funcionamiento normal por su contacto permanente con MEC (metil-etil cetona), expresamente excluido en la póliza; y finalmente, en relación con los daños en las bombas P- 1216 A/B y P1203A, considera que la causa aducida se debió a “...corrosión interna de las tuberías de acero-carbón, sometidas al contacto permanente con MEC (metil-etil cetona)”, daño que está expresamente excluido de la póliza.

Antes de analizar en detalle los distintos eventos que afectaron equipos y maquinaria de ECOPETROL, considera pertinente el Tribunal realizar algunas precisiones.

Como es bien conocido, la existencia de un riesgo asegurable se erige como un elemento esencial del contrato de seguro (art. 1045, numeral 2º C.Co.) y corresponde a las partes su individualización o delimitación (art. 1047, numeral 9º C.Co.), pues como lo enseña la doctrina autorizada, “[..] *En efecto, el interés asegurado no es factible de hallarse amparado bajo cualquier circunstancia o causa (en todos los casos), sin límites temporales, o en cualquier lugar en que se halle o ubique. Por el contrario, se hace necesario delimitar el riesgo causal, temporal y espacialmente. Tampoco es factible el amparo de todos los eventos susceptibles de provocar daño, ni que un mismo contrato garantice indeterminadamente la totalidad de los riesgos a que se halla sometido un interés económico lícito. Lo expresado muestra la necesidad de que se individualice el riesgo asegurado*”.¹²⁰

En este sentido, como lo enseña el artículo 1056 del Código de Comercio, “*Con las restricciones legales, el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado*”, y por lo mismo, de manera consecuente, es absolutamente claro que el asegurador sólo estará llamado a responder por los riesgos efectivamente asumidos.

Para efectos de llevar a cabo esa individualización o determinación de los riesgos, salvo los casos de prohibición legal (v.gr. el artículo 1055 del C.Co.), es jurídicamente viable acudir en el contrato a distintos mecanismos, dentro de los que se destacan, tanto la fórmula de indicar por vía afirmativa o positiva los eventos que son asumidos por el asegurador y que quedan cubiertos por el seguro, como la de señalar por vía negativa, y de manera expresa y precisa, los acontecimientos que por disposición de las partes quedan por fuera de amparo, esto es, fijando exclusiones de origen convencional. Estas últimas, entonces, implican ciertos supuestos o circunstancias bajo las cuales el riesgo no es asumido por el asegurador.

¹¹⁹ Folio 42 cuaderno principal No 2.

¹²⁰ Stiglitz, Ruben. “Derecho de Seguros”. Tomo I. 1998, página 174.

De manera tal, como lo tiene ya decantado la jurisprudencia patria¹²¹, que la delimitación de riesgos no sólo puede llevarse a cabo válidamente mediante una enumeración individualizada de los riesgos que son asumidos por las aseguradoras (al estilo de las llamadas pólizas de riesgos “nombrados” o de riesgos “enumerados”), sino que tal finalidad también se puede cumplir, y en forma adecuada y legalmente procedente, cuando acude el asegurador a la fórmula de cubrir todas las contingencias que afecten el interés asegurado dentro del amparo otorgado, con la sola excepción de las expresamente excluidas, es decir, mediante el convenio de pólizas que se conocen bajo la denominación de “todo riesgo” (“*all risk*”), de cuya naturaleza suelen participar, en ocasiones, los seguros de rotura de maquinaria, pues como bien lo explica Benito Rivero, “[..] Por último, y dentro del capítulo de coberturas, el Seguro de Rotura de Maquinaria indica que quedan cubiertos, en general, *todos aquellos accidentes* ocurridos en forma súbita e imprevisible y *que son inherentes al normal funcionamiento de la máquina asegurada*. En esta última generalización es donde se evidencia la imposibilidad de recoger a través de unas Condiciones Generales de Seguro toda la gama de posibles averías que pueden presentar la gran variedad de máquinas e instalaciones industriales potencialmente asegurables por este seguro, siendo normalmente suficiente con que la máquina esté vinculada y ejerciendo la actividad para la que fue diseñada para que, si resulta dañada por un suceso de carácter súbito e imprevisible, sea objeto de indemnización, si dicho suceso no está comprendido en las expresas exclusiones de la póliza.”¹²² (Las cursivas son del original).

El seguro de rotura de maquinaria que es materia de discusión en el presente litigio, no constituye una excepción a la anterior característica. En efecto, la cláusula primera de las condiciones generales de la póliza de seguro de rotura de maquinaria materia de la controversia, dispone:

“CLÁUSULA PRIMERA- RIESGOS CUBIERTOS

Este seguro ampara los daños causados directamente por:

¹²¹ En este sentido, ver por ejemplo, los laudos arbitrales de Amoníacos del Caribe S.A. y Abonos Colombianos S.A. v. Aseguradora Grancolombiana S.A., Aseguradora Colseguros S.A. y Seguros Caribe del 3 de agosto de 1994; Termocartagena S.A. ESP v. Royal & Sunalliance Seguros (Colombia) S.A.. de mayo 21 de 2001; Palmar del Oriente Limitada v. Ace Seguros S.A y Compañía de Seguros Colmena S.A. de Julio 16 de 2002; Comercializadora Internacional Pesquera Vikingos de Colombia S.A. v. Aseguradora Colseguros S.A. de octubre 16 de 2002; Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. Empresa de Servicios Públicos v. La Previsora S.A. Compañía de Seguros de octubre 30 de 2002; y Termoflores S.A. E.S.P. v. Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A. de Junio 25 de 2009.

¹²² Benito Rivero, José Antonio. El Seguro de Rotura de Maquinaria. En: Revista Española de Seguros. - Madrid. - nº 5, enero-marzo 1976, p 42.

- a. *Impericia, descuido y sabotaje individual del personal del asegurado o de extraños.*
- b. *La acción directa de la energía eléctrica como resultado de cortos circuitos, arcos voltaicos y tempestad, así como la acción indirecta de la electricidad atmosférica.*
- c. *Errores de diseño, defectos de fabricación, fundición y uso de materiales defectuosos.*
- d. *Defectos de mano de obra y montaje incorrecto.*
- e. *Falta de agua en calderas de vapor, explosión física, desgarramiento debido a fuerza centrífuga (sólo se cubren los daños por explosión o desgarramiento a la máquina asegurada).*
- f. *Cuerpos extraños que se introduzcan en los bienes asegurados.*
- g. *Otros accidentes ocurridos a los bienes asegurados, por causas no expresamente excluidas más adelante*. (Subraya el Tribunal)

Como se observa entonces sin hesitación, la cláusula precedente no pretende circunscribir el amparo del seguro a los eventos allí enlistados, sino que, por el contrario, siguiendo el parámetro habitual empleado en los seguros de rotura de maquinaria, señala en sus primeros literales (del a. al f.), y sólo a título enunciativo o ilustrativo, algunos ejemplos específicos de riesgos cubiertos que suelen ser los mas comunes, pero dejando claro en su aparte final, de manera general, que están cubiertos “otros accidentes ocurridos a los bienes asegurados, por causas no expresamente excluidas más adelante”. Estas últimas, las exclusiones, *contrario sensu*, sí están limitadas a las expresa y particularmente descritas en el contrato.

De otra parte, por ahora baste precisar que la exclusión del vicio propio o de desgaste o deterioro paulatino prevista en las pólizas de seguros de daños como también en el seguro marítimo, no sólo reviste por lo general carácter contractual sino que también es acogida por el legislador (art. 1104 C. de Co.) lo cual responde a un imperativo técnico y es colocar por fuera de la esfera contractual riesgos que por su carácter cierto, si no se adoptan unas determinadas medidas de prevención y protección para preservar los bienes de esa potencialidad e daño que es inherente a su naturaleza, desquiciarían no solo el carácter futuro de incierto que debe revestir el riesgo amparable bajo el contrato de seguro, sino también sus presupuestos técnicos que exigen aleatoriedad en su sobrevinimiento u ocurrencia para que sean merecedores de la protección asegurativa.

En otras palabras, la exclusión de vicio propio tiene por finalidad ratificar el carácter futuro incierto que debe reunir un riesgo para que pueda considerarse asegurable y hace referencia a la naturaleza misma del bien asegurado y que lo excluyen de la protección brindada por la póliza.

2.1. La garantía de daño material bajo la cobertura de lucro cesante: la excepción de riesgo excluido y las pretensiones primera y segunda de la demanda.

Para el riesgo específico y particular de lucro cesante por rotura de maquinaria, la condición primera del “Anexo” respectivo, bajo el título “AMPARO”, dispone que la compañía aseguradora “[...] se obliga a indemnizar al asegurado por el lucro cesante o pérdida de beneficios como consecuencia de un daño físico, indemnizable, a los bienes asegurados bajo la póliza de rotura de maquinaria”.

Por consiguiente, desde el punto de vista causal y objetivo, el amparo en cuestión por lucro cesante cubre la pérdida de beneficios sufrida por la asegurada que sea consecuencia de daños que cumplan estas exigencias: (i) que sea un daño físico o material, amparado bajo la cobertura de rotura de maquinaria; (ii) que el daño recaiga sobre bienes asegurados; (iii) que constituya un accidente, o lo que es igual, que sea un daño de naturaleza accidental, esto es, según la definición de “accidente” de la Real Academia Española, que se trate de un “suceso eventual que altera el orden natural de las cosas”; o como lo ha expresado la jurisprudencia arbitral, “[...] Accidental. El evento que surge en forma casual, contingente, como resultado de fenómenos en cuya producción el asegurado no hubiere tenido ingerencia alguna, excepción hecha de la participación que pudiere serle atribuible en la producción del mismo, por razón de impericia, negligencia, descuido o manejo inadecuado”¹²³, o en sentido semejante, “[...] el concepto “accidental” incluye dos características importantes que delimitan riesgos o eventos de los no asegurados: el siniestro asegurado tiene que ocurrir tanto de forma “súbita” como “imprevista”...”¹²⁴ (las negrillas son del original); y (iv) que no esté excluido.

De otra parte, pero unido a lo anterior, cobra vital importancia a la hora de la evaluación judicial correspondiente, tener muy presente las reglas de distribución legal en materia de la carga de la prueba que aplican en estos asuntos. Y en este sentido, es sabido que el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil consagra el principio general de que “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, concordante con lo cual, el artículo 1077 del Estatuto Mercantil dispone, para el caso específico del contrato de seguro, que “Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del

¹²³ Laudo arbitral de Comercializadora Internacional Pesquera Vikingos de Colombia S.A. v. Aseguradora Colseguros S.A. de octubre 16 de 2002.

¹²⁴ Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. Empresa de Servicios Públicos v. La Previsora S.A. Compañía de Seguros de octubre 30 de 2002.

siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso” y “El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad”.

Como ha quedado claramente establecido en el proceso, la fuente primaria y básica de información acerca de los daños ocurridos, su extensión en el tiempo, y sus causas, proviene fundamentalmente de las diversas comunicaciones emanadas de ECOPETROL incorporadas al proceso. Con base en lo reportado por ECOPETROL, se encuentran igualmente en el expediente diversas opiniones técnicas acerca de si tales daños deben entenderse amparados o excluidos de cobertura, como las expuestas por Comercio Internacional Ltda. en su “Informe Final Siniestro No 5017/2003”¹²⁵, Crawford Colombia Ltda. en sus informes, preliminar¹²⁶ e interino¹²⁷, de noviembre 23 de 2004 y enero 25 de 2005, respectivamente, y Marco Montenegro y Asociados Ltda., en su estudio de junio 12 de 2009 incorporado por su representante legal durante el testimonio técnico rendido por éste¹²⁸. En adición, dentro del curso del proceso se decretó y practicó un dictamen pericial a cargo del ingeniero mecánico y especialista en finanzas, Germán Noguera Camacho, quien, con vista en la información proveniente de ECOPETROL y con conocimiento de los estudios recién referidos de las firmas aludidas, se pronunció sobre la temática en cuestión.

De las comunicaciones obrantes en el expediente emanadas de ECOPETROL, se destacan frente al aspecto planteado de los daños en los equipos, sus causas e incidencia en el suministro de parafina, las fechadas los días 13 de mayo¹²⁹, 1 de julio¹³⁰, 15 de agosto¹³¹, 2 de octubre¹³², 14 de noviembre¹³³ y 2 de diciembre, todas del año 2003¹³⁴, y la de 20 de abril de 2005¹³⁵, de las cuales se desprende de cara al proceso la siguiente información relevante sobre los tópicos referidos:

- (i) Durante el año 2003 hubo restricciones en las entregas de parafina líquida liviana, parafina líquida media y parafina empacada media en la refinería de Barrancabermeja. Conforme a los Informes de Crawford –preliminar¹³⁶ e

¹²⁵ Folios 518 y ss. del cuaderno de pruebas No. 2B.

¹²⁶ Folios 1 y ss. del cuaderno de pruebas No. 6.

¹²⁷ Folios 418 y ss del cuaderno de Pruebas No.6.

¹²⁸ Folios 1 y ss del Cuaderno de Pruebas No.11.

¹²⁹ Folio 40 del Cuaderno de Pruebas No1

¹³⁰ Folio 74 del Cuaderno de Pruebas No.1.

¹³¹ Folios 72 y 73 del Cuaderno de Pruebas No.1

¹³² Folio 40 del Cuaderno de Pruebas No.1

¹³³ Folio 227 del Cuaderno de Pruebas No. 2A.

¹³⁴ Folios 265 a 267 del Cuaderno de Pruebas No. 1

¹³⁵ Folio 261 del Cuaderno de Pruebas No. 1

¹³⁶ Folio 445 del Cuaderno de Pruebas No.6.

interino¹³⁷-, “[...] Es de suyo conocido que la materia prima básica (casi única) que utiliza el Asegurado está representada por Parafina del tipo ‘líquida media’ y algunas pequeñas cantidades del tipo ‘líquida liviana’”.

- (ii) ECOPETROL afirma de manera general que la afectación en la disponibilidad de inventarios de parafinas y en su normal suministro, obedeció a las paradas intempestivas de la Refinería de Barrancabermeja debidas a fallas mecánicas y problemas eléctricos en equipos que forman parte de los sistemas de producción de parafinas.
- (iii) En la comunicación de diciembre 2 de 2003, ECOPETROL se refiere genéricamente a los daños ocurridos en sus máquinas como “hechos imprevistos que originaron fallas accidentales a los equipos averiados que impidieron el normal suministro de parafinas”.
- (iv) El compresor C-1101/02 A, una de las máquinas averiadas, es un equipo mecánico.
- (v) En los diversos “informes técnicos” rendidos por ECOPETROL se concretan los distintos daños, se alude a sus causas y se especifica el tiempo de duración de las diferentes averías, aspectos que aparecen debidamente compendiados en el dictamen pericial rendido por el doctor Germán Noguera Camacho¹³⁸, de la siguiente manera:

“Evento 1: Compresor C-1101/ 02 A. (Del 5 de febrero hasta el 10 de marzo de 2003)”

Daño en las válvulas No. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de la primera y segunda etapa del compresor, sellos del pistón de la primera y segunda etapa y anillos del pistón de la segunda etapa del C-1101 A. Se repararon las válvulas con accesorios nuevos, se instalaron sellos nuevos y se cambiaron los anillos del pistón de la segunda etapa.¹³⁹

La causa de éste daño se explica de la siguiente manera:

El sistema produce herrumbre debido al manejo de gases con presencia de ácido sulfhídrico H₂S y oxido de carbono CO₂ Dicha herrumbre fue arrastrada hasta las válvulas de compresión, produciendo su obstrucción y consecuencial daño.

Se realizó análisis de falla, en el cual se recomendó cambiar la metalurgia

¹³⁷ Folio 387 del Cuaderno de Pruebas No. 2A.

¹³⁸ Folios 22,23 y 24 del Cuaderno de Pruebas No.37.

¹³⁹ Comunicaciones de 13 de mayo, 15 de agosto, 2 de octubre de 2003

de la líneas de succión a material Acero Inoxidable 304 y abrir los tambores amortiguadores para limpieza total, lo cual se realizó en la inspección de agosto de 2003.¹⁴⁰

Se destaca que el compresor C-1101/02A por ser reciprocante (*), se le hace un monitoreo operacional de flujos, temperaturas, presiones y cuando alguna variable sale de sus ventanas operacionales, se realiza un análisis de confiabilidad que genera la recomendación para un mantenimiento preventivo o correctivo. Todo esto de acuerdo con las mejores prácticas operacionales y de mantenimiento en este tipo de instalaciones y siguiendo las recomendaciones del fabricante ..

(*). Comprimen y descargan la totalidad del volumen de gases admitido en las cámaras de succión y descarga.

Evento 2: Indisponibilidad de Metil-Etil-Cetona (MEC) en la Unidad de Desparafinado con MEC Tolueno (MDU) (Del 6 al 22 de marzo del 2003)

La unidad se sacó de servicio por falla en el suministro de MEC a la Unidad de Desparafinado con MEC-Tolueno (MDU), indispensable para la obtención de las Parafinas.

Esta falla se presentó por incumplimiento a Ecopetrol S.A en el suministro de MEC en las fechas de entrega acordadas.

Daños en los filtros

Daños en 7 de los 8 filtros del sistema, desde el 17 de marzo de 2003 hasta el 30 de abril de 2003. Los equipos afectados y daños ocurridos fueron:

- **Evento 3. Daño en filtro F-1201 A:** Daño en tornillo, chumaceras, lona de filtración y reductor de velocidad. Durante todo el mes de abril
- **Evento 4. Daño en filtro F-1201 B:** Obstrucción y daño en el sello de la bomba de cera (P-1207 E). Entre el 29 de marzo y el 14 de abril.
- **Evento 5. Daño en filtro F-1201C:** Obstrucción en el LIC -12090 de la bota del filtro. Entre el 8 y el 16 de abril.
- **Evento 6. Daño en filtro F-1202 A:** Descontrol del L1C-12092 de la bota del filtro. Entre el 7 y el 9 de abril.
- **Evento 7. Daño en filtro F-1202 B:** Pérdida de señal del L1C-12095 de la tina del filtro. Entre el 2 y el 3 de abril.
- **Evento 8. Daño en filtro F-1203 A:** Pérdida de señal del L1C-12097 de la tina del filtro. Entre el 2 y el 4 y 8 al 9 de abril.
- **Evento 9. Daño en filtro F-1203 B:** Daño en el reductor de transmisión, tornillo sinfín y bomba de manejo de parafina (P-1209D). Se sacó de servicio el filtro para reparar tornillo sinfín y cambiarlo por un tornillo nuevo con diseño nuevo. Se reparó manzera de lubricación y bomba P-1209 D. Desde el 17 de marzo y durante el mes de abril.

La falla en los filtros se produjo por daño de los sistemas mecánicos y de

¹⁴⁰ Comunicaciones de 2 de octubre y de 2 diciembre de 2003

control de campo, dada la criticidad del proceso por su contacto permanente con MEC (metil etil cetona). Al revisar se encontraron residuos de metal en las válvulas de control, provenientes del daño causado a los filtros.

Daño Bombas:

La unidad estuvo fuera de servicio desde el 5 de mayo hasta el 18 de mayo de 2003 por falla en las bombas P-1216 A/B y P-1203 A.

- Eventos 10 y 11. Daño en P-1216 A/B. Bombas de recobro de residual producto: daño en los rodamientos de las bombas. Del 5 al 13 de mayo de 2003.
- **Evento 12. Daño en P-1203 A, bomba de solvente MEC-Tolueno:** *daño en el anillo de arrastre; se reemplazó por anillo de arrastre nuevo. Del 14 al 18 de mayo de 2003.*

Los daños se produjeron por la acelerada corrosión interna de las tuberías de acero-carbón de la planta, sometidas al contacto permanente con MEC (metil etil cetona), generando residuos sólidos de hierro que causaron daño en los accesorios internos de la bomba. Como resultado del análisis de falla se realizaron las mejoras requeridas en los filtros de succión de las bombas y se realizó mantenimiento general a su tambor de succión.

Evento 13. Mantenimiento general de planta parafinas. *Durante el mes de Agosto de 2003 se realizó mantenimiento general programado para mejorar la confiabilidad mecánica y operacional de la planta de parafinas de Ecopetrol S.A. en la Refinería de Barrancabermeja”.*

Ahora bien, partiendo de las directrices jurídicas delineadas en el acápite precedente (numeral 2.), y con base en el material probatorio allegado al proceso, pasa el Tribunal a analizar los distintos eventos dañosos, descritos en la forma antedicha, para concluir si deben entenderse cubiertos, o por el contrario, por fuera de amparo o excluidos por disposición expresa de las partes en las cláusulas y condiciones del contrato fijadas para tal propósito, para lo cual separará su revisión en los siguientes grupos:

a. El “Evento” No. 2 y el “Evento” No.13.

Según quedó reseñado, el “Evento 2” consistió en la indisponibilidad de Metil-Etil-Cetona (MEC) en la Unidad de Desparafinado con MEC Tolueno (MDU) (Del 6 al 22 de marzo del 2003), y según lo refirió ECOPETROL, la falla se presentó por incumplimiento a Ecopetrol S.A en el suministro de MEC en las fechas de entrega acordadas. Por su parte, el “Evento 13” se derivó del mantenimiento programado para mejorar la confiabilidad mecánica y operacional de la planta de parafinas de Ecopetrol S.A. en la Refinería de Barrancabermeja durante el mes de agosto.

A este respecto, como quedó evidenciado líneas atrás, es propio de los seguros de rotura de maquinaria, y el que nos ocupa no constituye excepción, que sólo cubra daños *físicos o materiales* en los equipos asegurados. Por lo mismo, por no tratarse de daños físicos o materiales sufridos en máquina alguna, es absolutamente diáfano para el Tribunal que están por fuera de amparo los anteriores eventos identificados en la pericia bajo los números 2 y 13.

Comparte, pues, el Tribunal el criterio del perito en este punto, en el primer caso citado (Evento No. 2), al señalar que *“La paralización obedece a falta de un insumo para proceso, no es ocasionada por un daño. Por lo tanto no es objeto de cobertura”*, y en el segundo, al precisar que *“El denominado Evento 13, corresponde a una parada realizada en el mes de agosto para mantenimiento programado, que no se debe considerar como daño y por lo tanto no sería un evento amparado por la póliza”*.¹⁴¹

b. Los “Eventos” del No. 3 al No. 12.

Frente a estos “Eventos”, no hay duda alguna en cuanto a que configuran daños físicos ocurridos en ciertas maquinarias de ECOPEPETROL, toda vez que hacen alusión a afectaciones materiales de diversos filtros y bombas, tal y como lo corrobora la diversa documentación ya reseñada que así lo precisa.

La discusión central en este punto recae, entonces, como se anticipó, en si tales daños revisten carácter accidental, como lo pregonan la sociedad accionante, o por el contrario, en que no son súbitos ni imprevistos, como lo sostienen las convocadas, encajando para estas últimas tales daños en la causal convencional de exclusión prevista en el literal f. de la cláusula quinta de las condiciones generales de la póliza de rotura de maquinaria, en virtud de la cual, la aseguradora *“[...] no será responsable de pérdidas o daños que en su origen o extensión, sean causados por: [...] f. Desgaste y deterioro paulatino, como consecuencia del uso o del funcionamiento normales; daños al material de las máquinas hidráulicas por la formación de cavidades en el líquido (cavitaciones), erosiones, oxidaciones, corrosiones, herrumbres o incrustaciones.”*, en consonancia con lo fijado en el numeral 5º de la cláusula II. de las condiciones generales del anexo de lucro cesante por rotura de maquinaria, que bajo la denominación de “EXCLUSIONES”, expresa que *“El presente Anexo no cubre:[...] 5. La pérdida de beneficio por daño a un bien asegurado, que no sea indemnizable bajo las condiciones generales de la póliza de seguro de rotura de maquinaria”*.

No ofrece duda alguna al Tribunal que la cláusula convencional de exclusión recién aludida, hace referencia a una diversidad de daños que suelen ocasionarse de manera gradual con el paso del tiempo, y que por lo mismo, al ser previsibles en su ocurrencia y usualmente susceptibles de ser detectados, dejan de ser accidentales, y por ende, quedan por fuera de la garantía del seguro por expresa disposición contractual. Como lo expresa la doctrina autorizada, “[...] Otra exclusión es el agotamiento de material por *uso y desgaste*, los *deterioros* que se produzcan *de forma lenta y paulatina*, la *erosión, corrosión, incrustaciones, oxidaciones, etc.* son una serie de daños que se producen en forma progresiva en el transcurso del tiempo que, normalmente, el asegurado que cuida del mantenimiento de sus instalaciones, debe detectar. Por ello, y al ser perfectamente previsibles, no son objeto de indemnización.” (las cursivas son del original)¹⁴². O como también ha tenido oportunidad de señalarlo la jurisprudencia arbitral, apoyada de igual manera en publicaciones técnicas sobre la materia¹⁴³, “[...] el concepto **“accidental”** incluye dos características importantes que delimitan riesgos o eventos de los no asegurados: el siniestro asegurado tiene que ocurrir tanto de forma **“súbita”** como **“imprevista”**. Por consiguiente, no están cubiertos aquellos daños que se pueden prever **“a tiempo”** (...) y que podría evitar el asegurado tomando las medidas correspondientes. (...) tampoco responde el asegurador (...) por procesos naturales duraderos (por ejemplo, deterioro paulatino, corrosión, envejecimiento, etc.) ya que se trata de daños previsibles”¹⁴⁴ (las negrillas son del original).

Por lo tanto, para el Tribunal, el alcance liberatorio de responsabilidad a favor de las aseguradoras derivado de la causal de exclusión contenida literal f. de la cláusula quinta de las condiciones generales de la póliza de rotura de maquinaria, debe entenderse operante, fundamentalmente, para todos aquellos daños previstos o previsibles (no así los anormales o imprevistos), debidos o derivados de deterioro y desgaste paulatino por uso, o de manera específica, por cavitaciones, erosiones corrosiones, herrumbres o incrustaciones.

¹⁴¹ Folio 43 del cuaderno de pruebas No. 37

¹⁴² Benito Rivero, José Antonio. El Seguro de Rotura de Maquinaria. En: Revista Española de Seguros. - Madrid. - nº 5, enero-marzo 1976, p 43.

¹⁴³ “Introducción al Seguro de Rotura de Maquinaria, equipos electrónicos y lucro cesante”. Publicación de la Kölnische Rück, pág 15 y ss.

¹⁴⁴ Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. Empresa de Servicios Públicos v. La Previsora S.A. Compañía de Seguros de octubre 30 de 2002.

En este sentido, independientemente del tipo o clase de la máquina afectada (hidráulica o no)¹⁴⁵, como bien lo resalta Javier Rodríguez Gómez en su obra especializada sobre la materia, “[...] En esta exclusión juega un papel preponderante la predecibilidad de los daños, ya que todos estos fenómenos ocurren en la casi totalidad de las veces en forma paulatina, como una consecuencia inevitable y conocida del uso de las máquinas, o bien pueden ser prevenidos mediante supervisión, mantenimiento o cuidado.”¹⁴⁶

Lo anterior no quiere significar en criterio del Tribunal, siguiendo en ello la postura del especialista mexicano recién citado, que en tratándose de daños en maquinarias por desgaste y deterioro o por cavitaciones, erosiones, corrosiones, herrumbres o incrustaciones, su operancia sea absoluta o automática, pues si bien es cierto que tales fenómenos suelen ser paulatinos, y en razón a ello, usualmente previsibles y de evitable ocurrencia, tal circunstancia no excluye la posibilidad de casos en que su configuración sea anormal, fortuita o imprevisible, y por lo mismo, que deban ser entendidos como cubiertos por el amparo. En efecto, el autor en cuestión, criticando la postura consistente en entender de aplicación absoluta y literal las exclusiones por cavitaciones, erosiones corrosiones, herrumbres o incrustaciones, manifiesta lo siguiente:

“[...] Entonces, si una máquina asegurada le acontece fortuitamente cualquiera de los últimos cinco fenómenos mencionados en la cláusula 6a-2-a (se refiere a cavitaciones, erosiones corrosiones, herrumbres o incrustaciones), interpretando literalmente la cláusula y los artículos citados, no habría responsabilidad para el asegurador, a pesar de que el asegurado hubiera realizado todas las medidas reconocidas como efectivas para prevenirlo...Sin embargo, el espíritu de esta exclusión, con base en el ya mencionado artículo 98 de la LSCS, es dejar por fuera de la cobertura únicamente los daños totalmente previsibles (y por tanto prevenibles) por esos acontecimientos, lo que no avala el texto de la cláusula. Como consecuencia, es a todas luces inapropiado el uso de la exclusión en este ejemplo, dada la naturaleza accidental o imprevista del daño, porque debe entenderse en el sentido de la intención de la póliza original, no literalmente...” (Subraya el Tribunal)

¹⁴⁵ Teniendo en cuenta las directrices impuestas en el artículo 823 del Código de Comercio en materia de interpretación de las locuciones empleadas en los contratos mercantiles, observa el Tribunal que según la Real Academia Española, máquina hidráulica, es “la que se mueve por la acción del agua” y “la que sirve para elevar agua u otro líquido”, lo que, en términos generales, coincide con el concepto técnico de la expresión, en el que se alude a “una variedad de máquina de fluido que emplea para su funcionamiento las propiedades de un fluido incompresible o que se comporta como tal”, entendiéndolo, a su vez, por máquinas de fluidos, “aquellas que tienen como función principal intercambiar energía con un fluido que las atraviesa” (definiciones extractadas de Wikipedia).

Así las cosas, es dable entender que las máquinas hidráulicas hacen referencia a equipos que operan entregando o extrayendo energía de un fluido hidráulico, normalmente agua, pero no limitado a ésta, sino que se extiende también aquellas que lo hacen con otros líquidos (como el aceite, la gasolina, los solventes, entre otros), siendo las “bombas” un caso típico de esta clase de equipos.

¹⁴⁶ El Seguro de Rotura de Maquinaria. Análisis e interpretación de las condiciones generales y endosos. México. 1997. Pág 190.

Pues bien, volviendo al análisis de los “eventos” en estudio y revisado el material incorporado al proceso, el Tribunal encuentra, que si bien hay ciertos elementos que sugieren que algunos de los daños en cuestión pudieron deberse a circunstancias referidas a los diversos fenómenos descritos en el literal f. de la cláusula quinta de las condiciones generales de la póliza de rotura de maquinaria con el alcance recién precisado, lo cierto es que no obra prueba plena y suficiente que así lo permita concluir de manera inequívoca y excluyente, y como bien se tuvo ocasión de resaltar, se está ante una póliza de “todo riesgo” donde, salvo los daños en las maquinarias aseguradas por causas expresamente excluidas en la póliza, todos los demás son objeto de amparo y quedan cubiertos por el seguro, habiendo estado en cabeza de las aseguradoras la carga de la prueba contundente de las exclusiones alegadas y correspondiéndoles asumir a éstas, por ende, los efectos negativos de la ausencia en su plena acreditación al tenor de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1077 del Código de Comercio.

En efecto, como se reseñó, en la comunicación de julio 1 de 2003¹⁴⁷ ECOPETROL señala que el compresor C1101/02 A, los filtros y la bomba P-1216 son equipos que forman parte de los sistemas de producción de parafinas “*afectados por las paradas **intempestivas** de la Refinería de Barrancabermeja, debidas a **fallas mecánicas de equipos y problemas eléctricos**”, lo cual es complementado en el “informe técnico” de diciembre 2 de 2003¹⁴⁸, en el que se anuncia que “[...] nos permitimos documentar los hechos **imprevistos** que originaron **fallas accidentales** a los equipos averiados que impidieron el normal suministro de parafinas”.*

De manera particular, en cuanto a la causa de los daños en los filtros 1201A, 1201B, 1201C, 1202A, 1202B, 1203A y 1203B (“Eventos” del No. 3 al No. 9), se expresa que “[...] *La falla en los filtros se produjo por daño de los sistemas mecánicos y de control de campo, dada la criticidad del proceso por su contacto permanente con MEC (metil etil cetona). Al revisar se encontraron residuos de metal en las válvulas de control, provenientes del daño causado a los filtros*”.

Respecto de los daños a las bombas, se hace referencia a dos equipos distintos: las bombas de recobro de residual producto P-1216 A/B (“Eventos” No. 10 y No.11), de las cuales se menciona que sufrieron daño en los rodamientos, y la bomba de solvente MEC-Tolueno P-1203A (“Evento” No.12), frente a la cual se

¹⁴⁷ Folio 74 del Cuaderno de Pruebas No.1.

¹⁴⁸ Folio 265 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

reporta daño en el anillo de arrastre que se reemplazó por uno nuevo. A renglón seguido, en las misivas de ECOPETROL de octubre 2 y diciembre 2 de 2003, se informa que “[...] Los daños se produjeron por la acelerada corrosión interna de las tuberías de acero-carbón de la planta, sometidas al contacto permanente con MEC (metil etil cetona), generando residuos sólidos de hierro que causaron daño en los accesorios internos de la bomba. Como resultado del análisis de falla se realizaron las mejoras requeridas en los filtros de succión de las bombas y se realizó mantenimiento general a su tambor de succión”.

Nótese, pues resulta de manifiesto, tal y como lo puso de presente, tanto Crawford Colombia Ltda. en sus informes técnicos –preliminar e interino-, como el perito Germán Noguera Camacho en su dictamen de septiembre 21 de 2009, que la información sobre las causas de los anteriores daños que afectaron los equipos de ECOPETROL es, para la mayoría de los casos, exigua y precaria. Aquella firma ajustadora resaltó que “[...] Es escasa la información relacionada con las circunstancias que rodearon la ocurrencia de cada daño reportado, el alcance de los mismos y especialmente la causa de éstos”¹⁴⁹ (subraya el tribunal), y el perito, en similar sentido, aseveró que “[...] La cobertura de cada uno de los eventos es un punto de gran importancia en el análisis, sin embargo, la información existentes (sic) con relación a los daños ocurridos en los equipos de Ecopetrol es limitada.”¹⁵⁰ (ibídem).

En este orden de ideas, y dentro de la limitación de información advertida, se tiene que en el caso de los filtros (“Eventos” del No. 3 al No. 9), la sola afirmación emanada del operador de la maquinaria en cuanto a que su afectación “se produjo por daño de los sistemas mecánicos y de control de campo, dada la criticidad del proceso por su contacto permanente con MEC (metil etil cetona)”, no es suficiente, per se, para establecer, y menos en forma clara e inequívoca conforme sería menester a la luz de lo exigido en la póliza para la operancia de la exclusión alegada, que se trató de daños previsibles por desgaste o deterioro paulatino como lo sostienen las coaseguradoras, o por herrumbre como, sin más, se asevera en el estudio aportado al proceso por el testigo técnico Marco Montenegro¹⁵¹. En verdad, de lo manifestado por ECOPETROL en sus diversas misivas al respecto, no se puede objetivamente extraer conclusión semejante, máxime cuando, según se destacó, es el propio ECOPETROL el que, de manera general, se refirió a los distintos episodios como “hechos imprevistos que

¹⁴⁹ Folio 362 del Cuaderno de Pruebas No. 2B.

¹⁵⁰ Folio 28 del Cuaderno de Pruebas No 37.

originaron fallas accidentales a los equipos”, y como paradas “intempestivas de la Refinería de Barrancabermeja, debidas a fallas mecánicas de equipos y problemas eléctricos”. Nótese, en adición, que son múltiples, y de diversa naturaleza, los daños asociados a los filtros que fueron reportados (daños en chumaceras, lona de filtración, reductor de velocidad; obstrucción y daño en sello de bomba de cera; obstrucción, descontrol y pérdida de control del LIC; daño en reductor de transmisión, tornillo sinfín y bomba de manejo de parafina, con cambio de tornillo con diseño nuevo), cuyas causas particulares de avería no quedan claramente comprendidas dentro la explicación genérica antedicha (como en el caso de aquellos daños que en principio no están relacionados con su contacto con MEC, por ejemplo, el descontrol y pérdida de control del LIC), o que sugieren eventuales circunstancias amparadas (como errores de diseño en el tornillo del filtro 1203B).

Esta falta de información suficiente para soportar, con base en la documentación proveniente de ECOPETROL, la operancia de la exclusión del literal f. de la cláusula quinta de las condiciones generales de la póliza de rotura de maquinaria, fue por demás puesta de presente por la firma designada para revisar el ajuste efectuado inicialmente a raíz de la reclamación formulada por la sociedad convocante, este último el cual, a su vez, valga destacarlo, guardó absoluto silencio sobre el tema de eventuales exclusiones derivadas de la causa de los daños padecidos en los equipos de la empresa nacional surtidora de parafina.

Efectivamente, el “Informe Final Siniestro No 5017/2003” de Comercio Internacional Ltda., empresa encargada en un inicio para realizar el ajuste del siniestro reclamado¹⁵², no obstante dejar constancia de haber recopilado y conocido en abril de 2004 la información emanada de ECOPETROL, no hace alusión alguna acerca de la procedencia, en su concepto, de alguna exclusión en razón a la naturaleza u origen de los daños reportados, y por el contrario, las manifestaciones que plasma van en la dirección de entender realizado el riesgo en atención a los daños padecidos bajo el “Amparo de Proveedores, Distribuidores o Procesadores”, en la cobertura de “Lucro Cesante por Rotura de Maquinaria”. En el informe reseñado se lee:

“[...] solo hasta abril 26/04 logramos que ECOPETROL nos hiciera llegar toda la información técnica, comercial y estadística que nos permite certificar la “destrucción o daños en las propiedades” en la planta de

¹⁵¹ Folio 28 del Cuaderno de Pruebas No. 11

¹⁵² Folios 206 y 208 del Cuaderno de Pruebas No.5.

ECOPETROL, que redujeron las actividades normales de producción y ventas de Favestrella S.A., desde Febrero 5/03 y hasta Mayo 28/03, por la serie de episodios que cronológicamente y en forma detallada indica el Ing. Enrique Valencia, período que corresponde a 103 días, pero no todos de pérdida absoluta de producción de parafinas en ECOPETROL, como ellos mismos lo indican.

Así las cosas tenemos que, está demostrado y certificado que ECOPETROL como Proveedor de parafina a Favestrella S.A., sufrió destrucción y daños en la maquinaria instalada en Barrancabermeja para la producción de esa materia prima, a consecuencia de lo cual la entidad asegurada redujo las actividades normales del negocio, tal como lo indica el Sr. William Unás – Contador Titulado- quien en su Informe fechado en Junio 15/07, establece una Utilidad Esperada y que no se pudo llevar a cabo de \$382.298.604, a causa directa de haberse realizado el riesgo que se define en el Amparo de Proveedores, Distribuidores o Procesadores, bajo la Cobertura de Lucro Cesante por Rotura de Maquinaria de la Póliza No. 330-0000670 y en esas condiciones es procedente esta reclamación". (Las subrayas son del Tribunal).

Y Crawford Colombia Ltda., por su parte, al revisar el ajuste de Comercio Internacional, y referido de manera particular a los daños en los filtros, recomienda a los aseguradores "[...] notar desde ya que ECOPETROL indica que **"La falla en los filtros se produjo por daño de los sistemas mecánicos y de control de campo, dada la criticidad del proceso por su contacto permanente con MEC (metil etil cetona), lo cual permitiría sugerir que de haberse investigado debida, oportuna y técnicamente la causa de estos múltiples daños de los filtros, se habría llegado posiblemente a la conclusión de que tales daños eran objeto de Exclusión en los términos de la Exclusión f) de la Cláusula Quinta – Exclusiones – que reza: "f) Desgaste y deterioro paulatino, como consecuencia del uso o del funcionamiento normales;..."**". (las negrillas son del texto original; lo subrayado es del Tribunal). Lo anterior denota, con claridad, que para esta firma ajustadora no es viable establecer en forma indubitada de lo certificado por ECOPETROL, más allá de plantearse como una mera eventualidad, que los daños en los filtros encuentran su causa en un desgaste paulatino como consecuencia de su uso o funcionamiento normal. Consecuente con ello, Crawford concluye en su estudio en la inclusión de los daños en los filtros dentro de los eventos amparados¹⁵³.

En la misma dirección se pronunció el perito ingeniero mecánico y financiero en el dictamen rendido en el proceso, y en sus escritos posteriores de aclaraciones y complementaciones, cuando referido de manera particular a los daños en los filtros 1201A, 1201B, 1201C, 1202A, 1202B y 1203A ("Eventos" del No. 3 al No. 8), concluyó, con vista en la información obrante en el plenario, que "[...] Los daños en los filtros podrían deberse a deterioro progresivo, pues no se menciona ninguna

causa puntual, sino que se atribuye al contacto permanente con el MEC. Sin embargo, aunque discutible la consideración de cobertura, no hay elementos adicionales para configurar una exclusión concluyente”, y frente al filtro 1203B (“Evento No.9), “[...] Daño en un tornillo sin fin, que es un elemento mecánico. Se puede considerar dentro de la cobertura de la póliza, aunque no hay mayor información sobre la causa”.¹⁵⁴ (Lo resaltado es del Tribunal).

En consecuencia, al tenor de lo consagrado en el inciso 2º del artículo 1077 del estatuto mercantil, la insuficiencia probatoria advertida corresponde asumirla a las aseguradoras convocadas.

Algo similar se observa en relación con los daños en las bombas P1216 A/B y P1203A (“Eventos” No. 10, 11 y 12). En cuanto a los dos primeros (“Eventos” No. 10 y 11), se hace patente la ausencia probatoria acerca de que haya sido el desgaste o el deterioro paulatino la causa de las afectaciones reportadas por ECOPETROL, como de manera expresa lo pone de presente la misma firma ajustadora Crawford Colombia Ltda. en su informe interino de enero 22 de 2005, en el que destaca la incertidumbre al respecto, pues, en su criterio “[...] No existe en la documentación recibida información suministrada por ECOPETROL respecto de la causa de el (sic) daño de los rodamientos, por lo que bien pudo originarse el daño como resultado de “Desgaste y deterioro paulatino”, el cual es objeto de exclusión, ó como resultado de un daño súbito, imprevisto y accidental debidamente amparado”¹⁵⁵ (Destaca el Tribunal). Como en los eventos precedentes, Crawford concluye en la inclusión, como objeto de amparo, de estos daños en las bombas P1216A/B.¹⁵⁶

En el mismo sentido se encuentra lo dictaminado por el perito Noguera Camacho, quien recalcó sobre los daños en las bombas P1216 A/B que “[...] no hay mayor información sobre la causa”¹⁵⁷, y según su criterio, que comparte el Tribunal, “[...] Por tratarse la póliza de Rotura de Maquinaria de una póliza de exclusiones, todos aquellos eventos para los cuales no sea clara la exclusión, estarían amparados”¹⁵⁸.

En el caso de la bomba de solvente MEC-Tolueno P1203 A (“Evento” No. 12), que según la información suministrada por ECOPETROL tuvo un daño en el tornillo de

¹⁵³ Folio 368 del Cuaderno de Pruebas No. 2B

¹⁵⁴ Folios 29,38 y 43 del Cuaderno de Pruebas No. 37.

¹⁵⁵ Folio 365 del Cuaderno de Pruebas No.2B

¹⁵⁶ Folio 368 del Cuaderno de Pruebas No.2B

¹⁵⁷ Ob.cit. 149

arrastre que se reemplazó por anillo de arrastre nuevo, se indica, en cuanto a sus causas, que “[...] Los daños se produjeron por la acelerada corrosión interna de las tuberías de acero-carbón de la planta, sometidas al contacto permanente con MEC (metil etil cetona), generando residuos sólidos de hierro que causaron daño en los accesorios internos de la bomba. Como resultado del análisis de falla se realizaron las mejoras requeridas en los filtros de succión de las bombas y se realizó mantenimiento general a su tambor de succión”. Según Crawford, “[...] ECOPETROL determinó que ‘Su daño se produjo por la acelerada corrosión interna de las tuberías de acero-carbón, sometidas al contacto permanente con MEC (metil etil cetona),...’. Recordemos que la corrosión es un tipo de daño objeto de exclusión bajo la Cláusula Quinta – Exclusiones, punto f)”.¹⁵⁹ Marco Montenegro, por su parte, referido en general a los daños en las bombas, entiende que aplica la misma exclusión pero por “herrumbre”¹⁶⁰. Y acorde con el dictamen pericial rendido en el proceso, luego de anticipar como comentario previo que “[...] En algunos casos, la información disponible es suficiente para concluir la no existencia de cobertura, sin embargo, en otros solamente hay algunos indicios que permitirían considerar que se trata de eventos cuya ocurrencia está por fuera del alcance de la póliza pero no es posible afirmarlo con contundencia, pues no se cuenta con una prueba sólida que pueda sustentar la exclusión”, agrega, refiriéndose de manera particular al daño en la bomba P-1203A, que “[...] El evento corresponde a un daño mecánico. Se menciona la existencia de un fenómeno de corrosión en las tuberías, pero no se menciona explícitamente la causa del daño del tornillo de arrastre que se reemplaza.”¹⁶¹ Esto es, no se trata de uno de los eventos en que el perito concluyó, con base en la información aportada al proceso, en la exclusión de cobertura.

Para el Tribunal, no obstante que las certificaciones de ECOPETROL indican que los accesorios internos de la bomba en cuestión resultaron dañados por los residuos sólidos de hierro generados por un fenómeno de corrosión interna de las tuberías de la planta sometidas al contacto permanente con MEC (metil etil cetona), lo que podría dar sustento a la exclusión alegada, también señalan tales reportes de manera expresa que se trató de un proceso acelerado de corrosión, lo que apuntaría a la conclusión contraria e impediría tener por acreditada en forma cabal la procedencia de la causal de no amparo referida.

¹⁵⁸ Folio 28 del Cuaderno de Pruebas No. 37

¹⁵⁹ Folio 366 del Cuaderno de Pruebas No. 2B.

¹⁶⁰ Folio 28 del Cuaderno de Pruebas No.11

¹⁶¹ Folios 26,38 Y 43del Cuaderno de Pruebas No.37

Como ya se destacó líneas arriba de este laudo, el fundamento técnico de la exclusión de marras radica en dejar por fuera de amparo eventos que suelen ser predecibles, y por lo mismo, prevenibles, lo cual no resulta claramente predicable cuando se advierte que el daño se debió, no a un proceso normal de desgaste – que sería el predecible-, sino a uno de consumación “acelerada”, esto es, materializado con antelación a lo previsto. Como lo enseña Javier Rodríguez Gómez en la obra ya citada, a través de un ejemplo, “[...] *Esto es por demás adecuado y justo, ya que si un tipo de balero dura en promedio dos años (según la maquinaria y uso normal del asegurado) y uno de éstos se destruye en seis meses, a pesar de usarse y mantenerse de acuerdo con las indicaciones del fabricante, el daño debe considerarse, en primer lugar, como súbito e imprevisto, aunque se hubiese iniciado con el uso y, en segundo lugar, indemnizable, puesto que no fue el uso normal la causa del daño en seis meses, sino quizá alguna falla del material, error de construcción, de diseño, etc.*”¹⁶². Recuérdese, adicionalmente, que aunque de manera general, ECOPETROL en su carta de diciembre 2 de 2003 calificó los diversos eventos referidos en su misiva (que incluye el de la bomba P-1203A), como “hechos imprevistos que originaron fallas accidentales a los equipos”.

En atención a lo anteriormente señalado, para el Tribunal tampoco resultó debidamente probada la operancia de la exclusión frente al daño de la bomba de solvente (evento No 12).

c. El “Evento” No.1.

Según se mencionó, se trata del daño reportado en el Compresor C-1101/02 A, y de manera particular, del daño en las válvulas No. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de la primera y segunda etapa del compresor, sellos del pistón de la primera y segunda etapa y anillos del pistón de la segunda etapa del C-1101 A. Conforme a los informes técnicos de ECOPETROL, la causa del daño se explica por cuanto *“El sistema produce herrumbre debido al manejo de gases con presencia de ácido sulfhídrico H₂S y óxido de carbono CO₂. Dicha herrumbre fue arrastrada hasta las válvulas de compresión, produciendo su obstrucción y consecuencial daño. Se realizó análisis de falla, en el cual se recomendó cambiar la metalurgia de las líneas de succión a material Acero Inoxidable 304 y abrir los tambores amortiguadores para limpieza total, lo cual se realizó en la inspección de agosto de 2003”*.¹⁶³

¹⁶² Ob cit. 120 y 121

¹⁶³ Comunicaciones de 2 de octubre y de 2 diciembre de 2003

A diferencia de los eventos anteriores (No. 3 a No.12), respecto del daño en el Compresor C-1101/02 A, el Tribunal observa que hay coincidencia de criterio en los diferentes estudios técnicos allegados al proceso y la experticia practicada dentro del mismo, en el sentido de considerarlo excluido de cobertura en atención a lo dispuesto en el literal f. de la cláusula quinta de las condiciones generales de la póliza de rotura de maquinaria, aunque con ciertos matices distintos.

En efecto, según Crawford Colombia Ltda., tanto en su informe preliminar¹⁶⁴, como en el interino¹⁶⁵, *“Recomendamos a los Aseguradores notar desde ya que ECOPETROL determinó que ‘..la causa de esta falla radicó en la obstrucción de las válvulas de compresión por presencia de herrumbre, producto de la corrosión del sistema por manejo de gases..’ Recordemos que el herrumbre y la corrosión son dos tipos de daño objeto de exclusión bajo la Cláusula Quinta-Exclusiones, punto O (sic) que dice “o. Desgaste y deterioro paulatino, como consecuencia del uso o del funcionamiento normales; daños al material de las máquinas hidráulicas por la formación de cavidades en el líquido (cavitaciones), erosiones, oxidaciones, corrosiones, herrumbres o incrustaciones.”* (los resaltados son de los textos originales) En la misma dirección se encuentra el estudio de Marco Montenegro y Asociados Ltda¹⁶⁶.

Por su parte, de conformidad con la experticia rendida en el proceso, el perito Noguera Camacho se pronunció en el mismo sentido frente al daño en cuestión, concluyendo que *“El evento **no es de ocurrencia accidental, súbita e imprevista, es el resultado de un proceso de deterioro paulatino y gradual, asociado a corrosión. No estaría amparado**”*.¹⁶⁷ (la negrilla es del Tribunal).

Sobre este particular cabe resaltar que la actora solicitó aclaración al perito acerca de su conclusión en atención a lo manifestado por ECOPETROL en sus comunicaciones de diciembre 2 de 2003 y abril 20 de 2005, que en sentir de la demandante conllevan la inaplicación de la exclusión, de un lado, por tratarse el equipo afectado (el compresor) de una máquina mecánica y no hidráulica, y del otro, por cuanto la herrumbre no se produjo en el compresor sino que fue arrastrada hasta las válvulas de éste generando un daño súbito e imprevisto,

¹⁶⁴ Folio 438 del Cuaderno de Pruebas No.6.

¹⁶⁵ Folio 362 del Cuaderno de Pruebas No.2B

¹⁶⁶ Folios 27 y 28 del Cuaderno de Pruebas No. 11

¹⁶⁷ Folio 29 del Cuaderno de Pruebas No. 37

frente a lo cual el experto reafirmó su criterio y posición inicial, en los siguientes términos:

“Las pólizas de rotura de maquinaria cubren los daños que sean consecuencia de la realización súbita e imprevista de alguno de los riesgos amparados, u otros no excluidos expresamente.

La póliza de Colpatría expresamente excluye ‘el desgaste y deterioro paulatino como consecuencia del uso o del funcionamiento normales’, independientemente del tipo de máquina.

La consideración de no cobertura planteada en el dictamen no se sustenta en que el equipo sea una máquina hidráulica (pues es claro que no lo es) que haya sufrido corrosión o herrumbre. Se sustenta en que el problema que se ha presentado se desarrolló de manera paulatina, y de alguna manera podría ser previsible, debido al material utilizado en el sistema, que según el mismo Ecopetrol, decidió cambiar por Acero Inoxidable, pues de no hacerlo, en algún tiempo volvería a presentarse el problema”.¹⁶⁸ (destaca el Tribunal).

El Tribunal entiende y es del criterio de que en la apreciación y determinación de si la causa del daño del equipo en cuestión, dada la información suministrada por ECOPETROL, obedeció a un evento súbito e imprevisto, o por el contrario, a un fenómeno paulatino y previsible, los pronunciamientos de índole técnica juegan papel preponderante pues se trata, de manera principal, de una calificación donde, para llegar a ella, prima la consideración de unos conocimientos especiales en la materia. Y en este sentido, el Tribunal no encuentra ningún motivo o circunstancia que le impida acoger el pronunciamiento que al respecto fue señalado en el dictamen pericial rendido en el proceso -junto con sus aclaraciones posteriores- en los términos en que quedó dicho, máxime cuando la experticia en tal punto en particular no fue materia de objeción, y por lo demás, coincide en su conclusión, según se advirtió, con las apreciaciones vertidas en los estudios técnicos allegados al proceso de Crawford Colombia Ltda. y Marco Montenegro y Asociados Ltda..

Por consiguiente, no obstante que ECOPETROL calificó, genéricamente, los diferentes daños acaecidos en máquinas de su planta de parafina en Barrancabermeja como hechos imprevisibles y accidentales, lo cierto es que en atención a la explicación que en forma específica reportó la misma empresa de petróleos en cuanto a la causa que originó la afectación del Compresor C-1101/02A, los diversos pronunciamientos técnicos conocidos en el proceso fueron contestes en señalar, y de manera principal el del experto designado por el Tribunal, que la misma no obedeció a un evento súbito e imprevisto, sino que fue

fruto de un fenómeno de gradual y paulatina formación derivado de su uso o funcionamiento normal como lo es la producción de herrumbre que llega a obstruir con el tiempo las respectivas válvulas del equipo, y por lo mismo de previsible acaecimiento por el material utilizado en el sistema (tanto que fue cambiado a raíz del daño a acero inoxidable, que es precisamente, resistente a los procesos de oxidación y corrosión). Nótese al respecto, por otra parte, que la anterior apreciación explicativa sobre la causa del daño no fue descartada en el testimonio rendido por el doctor Federico Maya Molina, quien en su calidad de Vicepresidente de Refinación y Mercadeo suscribió la comunicación de agosto 15 de 2003 (uno de los informes técnicos suministrados por ECOPETROL a instancias de la convocante), que al ser indagado por el Tribunal sobre el particular manifestó no ser técnico ni tener responsabilidades sobre el mantenimiento de los equipos, y respecto de la máquina en cuestión, aseveró que “[...] no pudiera hablarle concretamente si el daño del compresor fue por desgaste normal o fue por fallas en el mantenimiento...”.¹⁶⁹

En conclusión, conforme a las reflexiones precedentes, el Tribunal encuentra que, efectivamente, en el año de 2003 se presentaron diversos daños en la maquinaria y equipos de la planta de parafinas en la refinería de ECOPETROL en Barrancabermeja, por lo que resulta procedente efectuar en la parte resolutive del laudo la declaración que en ese sentido se solicita en la pretensión primera de la reforma de la demanda, con excepción de lo relativo a las causas allí incluidas en razón de las consideraciones hechas, como también se impone hacer lo propio en cuanto a la pretensión segunda del libelo en la que solicita se declare que, como consecuencia de lo anterior, durante ese año Ecopetrol tuvo restricciones en la producción y suministro, a nivel nacional, de parafina líquida liviana, parafina líquida media y parafina empacada media.

Por otra parte, encuentra el Tribunal probada parcialmente la excepción propuesta de “INEXISTENCIA DE AMPARO” y de “RIESGO EXCLUIDO” (en la terminología de Seguros Colpatría S.A. y Seguros Comerciales Bolívar S.A., respectivamente) y de “EXCLUSIÓN POR PÉRDIDAS O DAÑOS QUE EN SU ORIGEN O EXTENSIÓN SEAN CAUSADAS POR DESGASTE Y DETERIORO PAULATINO” (en palabras de La Previsora S.A Compañía de Seguros), en lo relativo a los “Eventos” No.1, 2 y 13 descritos en el dictamen pericial, como se señalará en la parte resolutive.

¹⁶⁸ Folio 56 del Cuaderno de Pruebas No. 37

¹⁶⁹ Folio 116 del Cuaderno de Pruebas No. 11

2.1.1. Falta de amparo de la huelga y de los eventos laborales.

Este grupo de excepciones formuladas por la compañía aseguradora líder, se fundan, según lo expuesto en su contestación de demanda, en que las operaciones de Ecopetrol en su refinería de Barrancabermeja estuvieron adversamente afectadas por un gran conflicto laboral durante el primer semestre del año 2.003. Se alega que en el mes de noviembre de 2.002 se denunció la convención colectiva y el conflicto se prolongó hasta finales del mes de diciembre del año 2.003, mes en que se profirió el laudo arbitral.

Agrega la aseguradora que durante este periodo de tiempo los trabajadores, por causa y razón del conflicto laboral, generaron una reducción o afectación en la producción de parafina, situación que es ajena al seguro o amparo adicional al que se contrae la cobertura de proveedores, distribuidores o procesadores.

En soporte de sus afirmaciones, hace mención de algunas publicaciones del Diario Vanguardia Liberal de Santander, para concluir que “[..] Habiendo sufrido diferentes parálisis, Ecopetrol se vio impedido para producir parafina, razón por la que no la pudo suministrar a sus diferentes compradores, entre ellos la sociedad demandante”.

En adición a lo anterior, se manifestó que expresamente se encuentra excluida la responsabilidad de las aseguradoras en caso de huelga, remitiendo, para tal efecto, a lo señalado en el literal D. de la cláusula quinta de las condiciones generales de la póliza, y según su dicho, ECOPETROL sufrió parálisis de sus plantas de producción de parafina durante el periodo comprendido entre el 22 de abril y el 28 de mayo de 2.003, por huelga de sus trabajadores.

En relación con estas dos excepciones, cabe resaltar, *ab initio*, que ninguna referencia o mención de ellas se encuentra en los alegatos de conclusión de las aseguradoras demandadas.

De manera que, Seguros Colpatria S.A. también formuló como excepciones de mérito, la “inexistencia de la obligación a cargo de las aseguradoras demandadas por exclusión expresa de su responsabilidad por huelga” y la de “inexistencia de la obligación a cargo de las aseguradoras por falta de amparo para eventos

relacionados con conflictos laborales”, aunque, como ya se resaltó, ninguna alusión hizo a las mismas en sus alegaciones finales.

En cuanto a la huelga respecta, es bien sabido que de conformidad con el artículo 1105 del Código de Comercio, salvo expresa disposición de las partes en contrario, están excluidos de amparo los daños que sufran los bienes asegurados o los demás perjuicios provenientes de los que suelen denominarse “riesgos catastróficos”, dentro de los cuales, además de la huelga, la ley expresamente hace referencia, de un lado, a fenómenos como la guerra civil o internacional, motines, movimientos subversivos o, en general, conmociones populares de cualquier clase, y del otro, a erupciones volcánicas, temblores de tierra o cualesquiera otras convulsiones de la naturaleza.

El fundamento técnico de estas exclusiones presumidas de hecho, como lo recordó recientemente la jurisprudencia arbitral,

“[...] se basa en que la acumulación de riesgos en gran volumen, permite establecer pautas estadísticas que facilitan el cálculo de la exposición del asegurador para atender los siniestros de manera solvente. Los riesgos catastróficos escapan a esa operación, o al menos la dificultan, dado que carecen de periodicidad, de modo que el cálculo de la frecuencia se hace inviable. Por otro lado, como afectan intereses demasiado diversos, se pierde la homogeneidad necesaria o al menos deseable, para que el cálculo de probabilidades tenga solidez. Lo que está en juego, se repite, no es el interés de los aseguradores, sino la solvencia de la industria en beneficio de los asegurados”.¹⁷⁰

Concordante con lo anterior, en el literal d. de la cláusula quinta de las condiciones generales de la póliza de seguro de rotura de maquinaria que nos ocupa, se previó de manera expresa la ausencia de responsabilidad de la aseguradora por las pérdidas o daños directamente o indirectamente causados por o como consecuencia, entre otros eventos, de huelgas.

Ahora bien, en tratándose de una exclusión por huelga en un seguro de rotura de maquinaria con el anexo de lucro cesante, entiende el Tribunal, que el alcance de la misma está circunscrito a cuando se presentan daños o afectaciones físicas o materiales (rotura) en alguna maquinaria asegurada que, en los términos de la póliza respectiva, hayan sido causados “directa o indirectamente”, o “por o como consecuencia” de situaciones calificadas como huelgas. Esto es, que la exclusión opera cuando presentándose un evento de huelga, por causa o como

¹⁷⁰ Laudo arbitral de Marzo 15 de 2006 de Corporación Club El Nogal vs Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.

consecuencia del mismo se deriva un daño físico a los bienes asegurados, siempre y cuando, por supuesto, el riesgo específico no esté cubierto por el amparo (v.gr. frente a actos de sabotaje individual del personal asegurado –literal a. de la cláusula primera de las condiciones generales del seguro de rotura de maquinaria -).

Aunque ni el artículo 1105 del Estatuto Mercantil, ni en el clausulado del contrato de seguro, se define lo que debe entenderse por “huelga”, es sabido que en el derecho colombiano el artículo 429 del Código Sustantivo del Trabajo se encarga de dar precisión al concepto, al señalar que *“Se entiende por huelga la suspensión colectiva, temporal y pacífica del trabajo, efectuada por los trabajadores de un establecimiento o empresa con fines económicos y profesionales propuestos a sus patronos y previos los trámites establecidos en el presente título”*. Por consiguiente, para los fines del análisis que se adelanta, se impone partir del anterior concepto de huelga, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil, *“Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal”*, y de acuerdo con el artículo 823 del Código de Comercio, frente a los términos usados en los contratos mercantiles, el sentido o significado prevaleciente es el jurídico que tenga el vocablo en el respectivo idioma.

Así las cosas, para la operancia de la exclusión alegada por huelga, era menester, como primera medida y premisa de cualquier análisis ulterior, la acreditación por parte de las aseguradoras, de un lado, de la suspensión colectiva, temporal y pacífica del trabajo efectuada por los trabajadores de ECOPETROL en los términos definidos en la ley laboral, y del otro, que tal actividad fue la causante, o que como consecuencia de ella, acaecieron los daños físicos y materiales que llevaron a la afectación en el suministro de parafina a la convocante. A este respecto cabe recordar, como lo ha señalado la jurisprudencia arbitral, inspirada, a su vez, en la doctrina autorizada¹⁷¹, que *“[...] la prueba a cargo del asegurador debe encaminarse a evidenciar que la causa excluida del daño del seguro (antecedente material) fue el detonante adecuado del resultado (efecto). Es decir, que la empresa aseguradora deberá probar, por cualquier medio establecido para el efecto, que la pérdida o daño experimentado por el asegurado, en el seguro de daños, fue consecuencia directa o indirecta de la causa excluida, o sea que*

*deberá acreditar un nexo causal adecuado, una relación de dependencia entre la causa o hecho excluido, y el daño irrogado*¹⁷².

Sobre este particular, no obstante que según lo señalado por la aseguradora en su escrito de formulación de las excepciones que se estudian, se presentó un gran conflicto laboral en ECOPETROL en el primer semestre del año 2003 que se extendió durante todo ese año y el ente estatal sufrió parálisis de sus plantas de producción de parafina durante el periodo comprendido entre el 22 de abril y el 28 de mayo de 2.003 por huelga de sus trabajadores, lo cierto es que el acervo probatorio allegado al proceso no soporta fehacientemente tales aseveraciones.

En primer término, aduce como prueba de estos hechos que en el diario Vanguardia liberal en dos ocasiones se dió noticia de esas circunstancias de conflicto laboral en ECOPETROL.

Sobre el particular se encuentra huérfana de prueba esta excepción por cuanto no existen medios probatorios aportados al plenario que den cuenta de la existencia del conflicto, la duración del mismo y de la manera como pudo haber afectado la capacidad de producción de parafina en la planta.

De otro lado, con respecto a la mención de los hechos en un periódico, de lo cual no existe certeza en el plenario, son pertinentes las siguientes precisiones.

Como acaba de expresarse, en el presente caso la aseguradora excepcionante aduce que en el diario Vanguardia liberal en dos ocasiones se dió noticia de esas circunstancias de conflicto laboral en ECOPETROL, es decir, tuvieron difusión por un medio de comunicación, lo que además no acredita; esto la lleva a considerar, que esas circunstancias fueron conocidas por el asegurado en esas mismas fechas y de esa forma beneficiarse de la exoneración de prueba de los hechos notorios que consagra el inciso 2º del artículo 177 del C. de P.C.

Sin embargo, a juicio del Tribunal, la notoriedad de un hecho no la determina su difusión en un determinado periódico, o en un noticiero de radio o de televisión, pues la notoriedad hace relación al conocimiento generalizado de un hecho en el conglomerado social, como la ocurrencia de un terremoto o de cualquier otro

¹⁷¹ En particular, las enseñanzas de los profesores Efrén Ossa y Carlos Ignacio Jaramillo.

¹⁷² Laudo Arbitral de Biofilm S.A. v. BBVA Seguros Ganadero Compañía de Seguros S.A. de mayo 7 de 2002.

hecho de la naturaleza para los habitantes de una localidad que resulte afectada por tales circunstancias.

La aseguradora con su postura olvida que las presunciones son establecidas por la ley y que no están exentas de prueba, pues para que operen se requiere acreditar el hecho en el cual la ley funda la respectiva presunción.

De manera que el hecho notorio, tiene como elementos que la existencia del hecho sea conocida por la generalidad de los ciudadanos o que pertenezcan a una experiencia común y que ese conocimiento esté presente en el momento en que se produce la decisión.

José María ESGUERRA SAMPER anota que: *“la notoriedad de un hecho puede versar sobre una verdad geográfica, que es permanente, como que las cordilleras principales de Colombia son tres o que la cumbre más elevada del mundo es el Monte Everest. Puede ser también histórica, que es ocasional o transitoria como lo expresa Devis Echandía (Compendio de Derecho Procesal, Tomo II, Pruebas Judiciales, 2ª edición, Bogotá 1972, ABC, Página 66), que Bolívar fue libertador de cinco naciones o que el 24 de diciembre del mundo cristiano conmemora en nacimiento de Jesucristo”*.

Y más adelante remata diciendo: *“Hasta el momento la Corte sólo ha aceptado como hecho notorio, en ciertos casos, la desvalorización de la moneda, es decir, la creciente merma de su poder adquisitivo”*.¹⁷³

El Profesor Antonio ROCHA puntualiza que: *“De manera que la creencia resulta peligrosa para la parte que tiene interés en suministrar la prueba de la existencia del hecho cuya notoriedad se alega, porque lo que para ella es notorio puede no serlo para el Juez, dada la vaguedad e inasibilidad de la noción y más bien resulta acertada la siguiente observación de Bentham: “En materia judicial – dice - la notoriedad es justamente sospechosa, un pretexto a que a menudo se recurre cuando faltan pruebas o cuando es difícil darlas”*.

Después de algunas consideraciones en el sentido que la noción más práctica de notoriedad es cuando lo público y conocido por todos se refiere a un hecho permanente y no transitorio y para comprobar ese aserto, el autor recién citado se

¹⁷³ “Apuntes de Derecho Probatorio, Colección Profesores, N° 6, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Bogotá, 1992, Página 43.

refiere a un hecho ocurrido en la década de los cincuenta, en los siguientes términos: *“Así, por ejemplo, el 7 de agosto de 1956 fue destruido un barrio en la ciudad de Cali y causó centenares de muertos y miles de heridos el estallido de una dinamita cargada en camiones del ejército de Colombia. La catástrofe fue de tal magnitud y resonancia que su noticia colmó los ámbitos del país y la indignación cobró mayores caracteres nacionales al impulso y estímulo de la resistencia contra el gobierno impopular de dictadura cuya negligencia dio lugar al suceso. Así y todo, si alguien fundara en ese hecho una acción judicial de indemnización de perjuicios contra la Nación, no estaría seguro de que el Juez aceptara sin prueba la existencia de aquel hecho, complejo a fuer de transitorio y no permanente, seguir el criterio de Reiffenstuel y Della Rocca en primer lugar, y porque predicándose, según otros criterios, la evidencia respecto del hecho y no de su notoriedad, no podría tenerlo por evidente, aunque en su tiempo haya sido público y conocido por todos”*.

Ante esta exposición, concluye de la siguiente forma: *“La permanencia del hecho cuya notoriedad se predica de un caso dado parece ser, entre todos los criterios, el que los armoniza para aceptar que su prueba sea superflua. En efecto, si el hecho es permanente se explica su evidencia y conocimiento general en un medio dado (aunque no alcance a ser nacional, pero mejor si lo es), sin que por ello llegue al mayor límite de las verdades evidentes de la ciencia y la cultura generales, las cuales no requieren prueba por ser nociones y no hechos “del litigio”, y porque entonces hay más que la posibilidad el estímulo de conocerlo, como dice Carnelutti. Tales serían los hechos geográficos y los históricos. Por ejemplo, que Bogotá es la capital de la República, o que ésta tiene un régimen representativo democrático y determinadas ramas del poder público, o ciertas calidades de los mares o ríos”*.¹⁷⁴

Por lo expuesto, es claro que los hechos que suceden y que son materia de difusión en periódicos, revistas o en noticieros televisivos, no tienen el carácter de hechos notorios porque no se tratan de hechos que deban ser del conocimiento de todos los miembros de una comunidad. Más aún, cuando ni siquiera obra en el proceso el medio documental que acredita la publicación de la noticia invocada.

En segundo lugar, de la documentación remitida al proceso por parte del Ministerio de la Protección Social, se advierten las siguientes circunstancias fácticas: (i) que para el año 2003 y en relación con la planta de Barrancabermeja de ECOPETROL

donde se presentaron los daños en equipos para la producción de parafina, sólo se evidencia la ocurrencia de un cese de actividades para los días 19 y 21 de febrero de ese año¹⁷⁵; (ii) que hubo cese de actividades en otras plantas o instalaciones de ECOPETROL distintas al complejo de Barrancabermeja, como en la “Gerencia Sur”¹⁷⁶ la “Refinería Cartagena”¹⁷⁷, la “Gerencia Llanos”¹⁷⁸ y la “Gerencia Alto Magdalena”¹⁷⁹; (iii) que, de manera particular y concreta respecto a la planta de Barrancabermeja, conforme a las actas levantadas en su momento por la Inspección del Trabajo y Seguridad Social, hay reporte para el 19 y el 21 de febrero de 2003 de cese de actividades en diferentes áreas, como en el casino, talleres, metalisteria y tubería, con operación de brazos caídos y “afectación de la producción de la refinería bajando carga en las crackings, toppings y en petroquímica ...”¹⁸⁰, en los talleres de mecánica, refinería y balance, automotor y transporte, taller de pailería, soldadura y tubería, taller de instrumentos y eléctrico”¹⁸¹, y con constancia acerca de que se encontró “totalmente apagadas las cinco (5) unidades de destilación, tres (3) unidades de ruptura catalítica, la planta de alquilación, todas las plantas de petroquímica y no hay servicios industriales”¹⁸²; (iv) que mediante Resolución No. 140 de febrero 26 de 2003 el Ministerio de la Protección Legal declaró la ilegalidad de los ceses de actividades realizados por trabajadores de ECOPETROL en las instalaciones de la Gerencia Sur el día 19 de febrero de 2003, y de Barrancabermeja, Cartagena, Llanos y Alto Magdalena los días 19 y 21 de ese mismo año¹⁸³, y por último (v) que hubo ceses de actividades el 16 de septiembre de 2002 en diversas instalaciones de ECOPETROL (incluida la de Barrancabermeja), declarados igualmente ilegales por el Ministerio aludido¹⁸⁴.

Por consiguiente, la anterior prueba documental tan sólo acredita ceses de actividades en la planta de Barrancabermeja para los días 16 de septiembre de 2002 y 19 y 21 de febrero de 2003, que fueran declarados ilegales por la autoridad estatal competente, sin que, de otra parte, de la información allegada se pueda extraer evidencia alguna en cuanto a que por causa o como consecuencia de las anteriores suspensiones laborales se hayan producido los daños físicos o

¹⁷⁴ “De la Prueba en Derecho”, edición 1990, Biblioteca Jurídica, Dike, Medellín, páginas 176, 182 y 183

¹⁷⁵ Folios 224, 239 y 242 del Cuaderno de Pruebas No. 24.

¹⁷⁶ Folio 214 y 290 del Cuaderno de Pruebas No. 24.

¹⁷⁷ Folios 217, 280, del Cuaderno de Pruebas No. 24.

¹⁷⁸ Folio 228 del Cuaderno de Pruebas No. 24.

¹⁷⁹ Folio 271, 284, 338, 358 y 370 del Cuaderno de Pruebas No. 24.

¹⁸⁰ Folios 224 a 227 del Cuaderno de Pruebas No. 24.

¹⁸¹ Folios 239 a 241 del Cuaderno de Pruebas No.24.

¹⁸² Folios 242 a 246 del Cuaderno de Pruebas No.24.

¹⁸³ Folios 262 a 265 del Cuaderno de Pruebas No.24.

¹⁸⁴ Folio 373 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No.24.

materiales en la maquinaria de ECOPETROL que son invocados por la actora como base de su reclamación, como tampoco establecer en forma clara y directa su nivel concreto de incidencia, si la tuvo, en las labores de producción y suministro de parafina. En este sentido, obra la respuesta de ECOPETROL al requerimiento efectuado por el Tribunal a instancia de la compañía aseguradora líder, en cuanto a que certificara sobre la ocurrencia de huelga de los trabajadores de la empresa y/o la suspensión de labores o reducción de trabajo en la planta de Barrancabermeja durante el año 2003, con la indicación de las fechas de inicio y terminación, y en caso tal la afectación en la producción de parafina, ante lo cual fue enfática su respuesta en sentido negativo, al manifestar que “[...] Una vez revisados los registros que obran en la Empresa, no existen dentro de nuestros archivos información referente a la existencia de ceses de actividades, suspensión de labores, reducción del trabajo o huelga durante el año 2003 que reportaran afectación de los procesos en ECOPETROL S.A., tal como el de refinación.”¹⁸⁵ Si en adición a lo anterior se suma que de conformidad con el análisis efectuado por el Tribunal en el acápite precedente (numeral 2.1.), desde el punto de vista cronológico el primer daño material en los equipos de ECOPETROL que se entiende amparado por la póliza fue el acaecido el 17 de marzo del 2003 (“Evento” No. 9), queda descartada, con la información conocida en el proceso, cualquier incidencia o afectación de los ceses de actividades mencionados de septiembre 16 de 2002 y de febrero 19 y 21 de 2003 en la producción de parafina para tales fechas posteriores cuando se empezaron a verificar los daños en la maquinaria amparados por la póliza.

En consecuencia, no están llamadas a prosperar las excepciones propuestas por Seguros Colpatria S.A, bajo la denominación de “inexistencia de la obligación a cargo de las aseguradoras demandadas por exclusión expresa de su responsabilidad por huelga” y de “inexistencia de la obligación a cargo de las aseguradoras por falta de amparo para eventos relacionados con conflictos laborales”, como así se señalará en la parte resolutive.

2.2. La excepción de agravación del estado del riesgo.

Seguros Colpatria S.A. al proponer esta excepción aduce: *“La decisión del todo irregular, pero sobre todo sin notificación a los aseguradores que tomó FAVESTRELLA, de adquirir la parafina de un solo proveedor, se adecua típicamente al supuesto del artículo 1060 del C. de Co., evidenciando que por su*

¹⁸⁵ Folio 131 del Cuaderno principal No. 3.

imprudencia agravó el riesgo asegurado con la consecuencia sancionatoria de terminación del contrato que la norma en cita prevé.

“La falta de suministro de parafina y la serie sucesiva de daños ocurridos en la planta de Ecopetrol durante los meses febrero, marzo, abril y mayo de 2.003, son mas que reveladores de que la decisión de optar por un único proveedor constituyó una agravación del riesgo”.¹⁸⁶

Igualmente, argumenta que: *“Tenemos entonces que cuando entró en vigencia la póliza de rotura de maquinaria número 330 0000670, junio 27 de 2.002, la empresa venía adquiriendo su materia prima del exterior, incluso, así lo conoció la aseguradora al realizar la inspección industrial previa a la celebración del contrato, en cuyo informe se lee: “MATERIAS PRIMAS – La materia prima básica la constituye la parafina que se puede comprar a proveedores internacionales desde donde es traída vía marítima al puerto de B/ventura y transportada vía terrestre a la planta, o se puede comprar localmente a Ecopetrol. La decisión final depende del precio.*

Su consumo oscila entre las 500 toneladas al mes. Un pedido de importación y recibo en planta de Cali se estima alrededor de 45 días”.¹⁸⁷

La Previsora S.A. al proponer esta excepción después de diversas consideraciones, concluye que: *“...el asegurado (FAVESTRELLA S.A) a partir del 1 de enero de 2003, tomó la decisión unilateral y voluntaria de optar por un único proveedor de parafina (ECOPETROL), sin notificar a la compañía aseguradora de esta decisión, decisión que implicó la agravación del estado del riesgo y la ocurrencia del siniestro”.¹⁸⁸*

Por su parte, Seguros Comerciales Bolívar S.A., al sustentar su excepción en este mismo sentido, expone que el hecho de acudir Favestrella a un único proveedor agravó el riesgo y añade que: *“resulta aun mas preocupante y casi compatible con la disposición normativa del artículo 1078 del Código de Comercio, el hecho de que el asegurado una vez conoció, el cinco de febrero de 2003, que su único proveedor le había incumplido con la entrega de doscientas toneladas de parafina, supuestamente celebró un contrato con la empresa JB IMPORT EXPORT de Haití,*

¹⁸⁶ Folio 46 del cuaderno principal No 2.

¹⁸⁷ Folio 46 del cuaderno principal No 2..

¹⁸⁸ Folio 88 del cuaderno principal No 2..

en el mes de marzo de 2003, en donde se compromete a entregar a ésta, cuarenta y ocho contenedores con productos marca propia rica, que debían ser despachados según comunicaciones de ABC TRADING OF MIAMI y TUCSON INTERNATIONAL CORP, agravando así, nuevamente y de manera irrefutable el riesgo”¹⁸⁹.

A su vez, el Ministerio Público considera en su vista final del proceso que esta excepción propuesta por las aseguradoras ha de prosperar enervando la totalidad de las pretensiones de la demanda, ya que, a su juicio *“No deja margen de duda que la sola decisión de proveerse de la materia prima para la fábrica de velas solamente en el mercado nacional comporta un riesgo superior para el asegurador..”¹⁹⁰.*

Para resolver esta excepción el Tribunal considera que, en línea de principio, como las declaraciones del asegurado constituyen la base del contrato, es deber suyo manifestar claramente las variaciones que con posterioridad a la celebración del contrato puedan sobrevenir.

En este sentido el estado del riesgo hace referencia a las condiciones y probabilidades para que se produzca el siniestro y encuentra su fundamento en que, como elemento característico del contrato, es el estado del riesgo el factor que ha impulsado al asegurador para obligarse.

Teleológicamente, la obligación de conservar el estado del riesgo responde a que, dentro de la comunidad de riesgos, si el estado de estos no se mantuviera, aumentarían en idéntica proporción las posibilidades de ocurrencia de los siniestros y, por tanto, impedirían al asegurador la aplicación debida de las reglas que gobiernan la operación técnica de los seguros, como son el cálculo de probabilidades y un manejo eficiente de los mecanismos de dispersión de los riesgos. Por consiguiente, corresponde al asegurado no solo mantener las condiciones y circunstancias del riesgo existentes al momento de perfeccionarse el contrato, sino también informar verazmente y de la manera más exacta posible, sobre las circunstancias del riesgo durante las gestiones de renovación, y así mismo, comunicar las mutaciones que de las mismas acaezcan durante la vigencia del contrato.

¹⁸⁹ Folio 17 del cuaderno principal No 2.

¹⁹⁰ Página 36 del concepto del Ministerio Público

Sin embargo, si bien es cierto que todo cambio o modificación en las circunstancias del riesgo, desde un punto de vista eminentemente técnico, constituye una agravación del mismo, no es menos evidente que jurídicamente algunas de esas modificaciones pueden resultar irrelevantes.

Desde el punto de vista técnico, un hecho o circunstancia constituye agravación del riesgo cuando reúne los requisitos que puntualiza Horacio ROITMAN, a saber:

“1) *Debe tratarse de un hecho o una circunstancia que incida sobre el riesgo asegurado como tal.*

“2) *Debe tratarse de un hecho nuevo, con respecto al momento de celebración del contrato.*

“3) *Debe tratarse de un hecho que agrave el riesgo en una forma relevante, es decir, aumente la posibilidad que el siniestro se verifique o agrave la entidad de las consecuencias dañosas*”¹⁹¹.

Pues bien, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 1058 y 1060 del Código de Comercio, constituyen legalmente agravación del estado del riesgo los “...hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieran retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas...” (art. 1058 ,inc.1º).

En consecuencia, solo podría hablarse de agravación del riesgo cuando de conformidad con la respectiva tarifa o manual de suscripción del asegurador, la circunstancia que se dice que es agravante del riesgo, pudiera ocasionar un costo mayor en la prima; o cuando se acreditara que este es uno de los factores que usualmente analiza el asegurador dentro del proceso de selección de riesgos. Por contera, la prueba idónea podría encontrarse en el formulario de solicitud; en los formatos de reporte de inspección o mediante otros documentos estrechamente relacionados con la gestión técnica.

En el presente caso, la supuesta agravación del estado del riesgo la hacen consistir las aseguradoras en el hecho de haber optado Favestrella por valerse únicamente de Ecopetrol para proveerse de parafina para la producción de velas para el año 2003; sin embargo, no encuentra el Tribunal que se hubiere acreditado a través de cualquiera de los medios probatorios admitidos por la ley, que esa decisión las hubiera retraído de celebrar el negocio o los hubiera inducido a establecer condiciones más onerosas. Al contrario, como lo afirma Seguros

Colpatria S.A. la circunstancia de acudir a proveedores externos o a Ecopetrol, según se consigna en el informe de inspección, dependía de un factor puramente económico: el precio.

Esa era una circunstancia claramente conocida por las aseguradoras como quiera que el Ingeniero Jaime Velásquez Villamil en el informe de inspección de fecha junio de 2002, que da cuenta de las visitas de agosto 24 de 2001 y de junio 14 de 2002, al referirse a las materias primas utilizadas por Favestrella, bajo el numeral 1.4.1 expresa lo siguiente: “*La materia prima básica la constituye la parafina que se puede comprar a proveedores internacionales desde donde es traída vía marítima al puerto de B/ventura (sic) y transportada vía terrestre a la planta, ó se puede compra localmente a Ecopetrol. La decisión final depende del precio*”.¹⁹²(Subraya el Tribunal)

Por lo demás, con respecto a la finalidad que cumple el informe de inspección en cuanto a la suscripción de riesgos, resulta ilustrativa la manifestación hecha por el Ingeniero Manuel Guillermo Suárez en su declaración:

DR. GARZÓN: Aquí se ha manifestado que dentro de las labores que adelantó Colpatria para efectos de conocer el riesgo que representaba Favestrella, se adelantó una inspección por parte de la compañía; usted quiere indicarle al Tribunal qué es lo que se hace en una inspección de riesgo y particularmente en la que se realizó a Favestrella o en las que se le realizaron a Favestrella, qué fue lo que se analizó por parte del departamento que usted...

SR. SUÁREZ: El área que tengo a cargo, tiene entre varias de sus finalidades pues evaluar el riesgo obviamente con objetivos básicos de suscripción, de definir las condiciones, condiciones que no las define el área que tengo a cargo sino el área técnica de la compañía, hoy llamadas gerencias de línea; bajo esas circunstancias el área que tengo a cargo con los ingenieros que tengo también a mi cargo, tienen la función de ir a las instalaciones de los asegurados, tomar la información que nos permita evaluar el riesgo y con base en eso presentar unos informes.

En esas gestiones básicamente, recibimos la información que nos da el asegurado desde luego, la consideramos valedera y con base en eso obviamente reportamos o hacemos nuestro reporte de inspección y se lo pasamos al área técnica para suscripción. Así mismo, varios de esos informes o cuando el cliente ya viene con algún tiempo con la compañía, en los informes de inspección en la parte final incluimos unas recomendaciones básicamente buscando que el cliente mejore sus aspectos de seguridad para disminuir el riesgo en cierta forma, es básicamente las funciones. En el caso particular de Favestrella no tuve la oportunidad de hacer directamente la gestión directamente sino que las hizo uno de mis ingenieros y obviamente la información que conozco está basada en ese reporte y eventualmente,

¹⁹¹ ROITMAN, Horacio. Agravación del riesgo en el contrato de seguro, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot , 1973 , pág. 18.

¹⁹² Folio 239 cuaderno de pruebas No 1.

*también en las reuniones de trabajo que tenemos con mis ingenieros para discutir el nivel de riesgo de los asegurados.*¹⁹³

Como lo ha reafirmado la jurisprudencia patria, con fundamento en lo establecido en el artículo 1060 del Código de Comercio, para que opere la sanción de terminación del contrato de seguro prevista en esta disposición, no basta que los hechos aducidos impliquen una alteración relevante en el estado del riesgo, sino que, en adición, deben “[.] ser imprevisibles, pues es apenas obvio entender que el asegurador, en el momento en que analizó el riesgo asegurable, con el fin de decidir si lo asumía o no, y cuál sería el monto de la prima, debió considerar, a partir de la información liminarmente suministrada por el tomador al declarar el estado del riesgo, todas aquellas variables que, desde una perspectiva lógica y natural, podrían afectarlo.”¹⁹⁴

Si la circunstancia que podría implicar una mayor probabilidad de ocurrencia del riesgo, o de su intensidad, fue conocida oportunamente por la aseguradora, y no obstante ello, se procede a la renovación de la póliza respectiva, es evidente que no se abre paso a la terminación del contrato bajo el argumento de la agravación del riesgo. Es por tal razón que la disposición legal recién referida concluye señalando que la sanción contenida en su texto no será aplicable “cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella.”

De manera que, si las coaseguradoras fueron informadas de parte del asegurado que la decisión final de comprar parafina entre los distintos proveedores internacionales y el proveedor nacional dependía del factor precio, pues así se hizo constar en el informe de inspección de riesgos realizados con ocasión de la renovación del amparo para el período junio 2002-junio 2003, que en oposición, valga decirlo, a lo que aducen en sus contestaciones Colpatria y Bolivar (al hecho 2 y 8 de la reforma, respectivamente), no estaba circunscrito a la póliza de incendio¹⁹⁵, resulta jurídicamente inaceptable que luego de ocurrir el siniestro, e incluso de hacer oferta de pago como se vio, se aduzca la terminación del contrato en atención a que la convocante, acorde con el criterio que le había hecho saber con anterioridad a las aseguradoras, efectuó las compras de parafina en el mercado nacional en razón, precisamente, al mejor precio que representaba para entonces respecto a los proveedores foráneos. Es importante tener en

¹⁹³ Folios 73 y 73 vuelto cuaderno de pruebas No 11.

¹⁹⁴ Sentencia de Casación Civil de julio 6 de 2007. Exp. 1999-00359-01. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

¹⁹⁵ En el citado “Informe”, dentro de la evaluación general del riesgo, la misma se hace extensiva a la probabilidad de afectación por rotura de maquinaria y por lucro cesante de rotura de maquinaria (folio 234 del cuaderno de pruebas No. 1).

cuenta, en este frente, que en el dictamen pericial rendido en este proceso por el Ingeniero Germán Noguera Camacho, aparece un gráfico en el cual se ve claramente la evolución del tipo de cambio entre los años 2000 a 2005 y donde resulta claro que era más onerosa la importación de materia prima por razón de la marcada devaluación del peso colombiano entre mayo de 2002 y septiembre de 2003.¹⁹⁶

Aparece claro, entonces, que con ocasión de la última renovación del seguro de rotura de maquinaria con el anexo de lucro cesante y el amparo de proveedores, las coaseguradoras tuvieron la oportunidad de valorar y evaluar la información relativa al riesgo que podría implicar que la compra de parafina por parte de la sociedad asegurada dependiera del mejor precio de los distintos proveedores de esa materia prima. Bajo esa circunstancia conocida, lo cierto es que las convocadas, con capacidad profesional que las habilita legalmente para asumir riesgos (art. 1037, numeral 1º, del C.Co.), procedieron al otorgamiento de la cobertura y la expedición de la póliza respectiva.

Finalmente, en cuanto a lo expuesto por Seguros Comerciales Bolívar S.A., al argüir que el riesgo se agravó por el hecho de que el asegurado con posterioridad a que conoció de las restricciones en la entrega de parafina, celebró un contrato con la empresa JB IMPORT EXPORT de Haití, baste con señalar que por tratarse de una circunstancia acaecida con posterioridad a la ocurrencia del siniestro, descarta de plano la aplicación del artículo 1060 del estatuto mercantil.

Consideraciones, todas las precedentes, que conducen al Tribunal a desestimar esta excepción, como lo consignará en la parte resolutive de este laudo.

2.3. Culpa exclusiva del asegurado.

Seguros Colpatria S.A. argumenta que: *“Cuando FAVESTRELLA toma la decisión de cancelar el número plural de proveedores de parafina, para concentrar el suministro supuestamente en ECOPETROL – la prueba documental que aporta y los hechos de la demanda, la contradicen – no sólo se equivoca gerencialmente y agrava el riesgo asegurado, sino que se expone por culpa que le es imputable, a que cualquier evento que ocurra en las maquinarias del proveedor – amparado o*

¹⁹⁶ Folio 18 cuaderno de pruebas No 37..

*no – derive en la suspensión del desarrollo de su objeto social por falta de los insumos necesarios”.*¹⁹⁷

Por su parte La Previsora S.A. Compañía de Seguros, después de traer a colación lo dispuesto por el artículo 1055 del estatuto mercantil y la exclusión de dolo y culpa grave contemplada en la cláusula quinta de las condiciones generales de la póliza, aduce que: *“El Asegurado FAVESTRELLA S.A. incurrió en culpa grave cuando por decisión unilateral y voluntaria decidió pese al conocimiento de su negocio y del monopolio de la producción de materia prima (parafina) por parte de ECOPETROL, que a partir de Enero de 2003 únicamente compraría a esta última empresa, agravando el riesgo por depender de un solo vendedor de parafina, cuando históricamente la empresa tenía más opciones a través de la importación. Igualmente esta decisión gerencial equivocada implicó un desabastecimiento de materia prima, para la elaboración de velas y velones, pues la empresa no contaba con materia prima en stock.*

*Igualmente, incurrió en culpa grave cuando INCUMPLIO CON SU DEBER DE INFORMACIÓN a la compañía aseguradora, sobre la modificación del estado del riesgo. Pues cuando se contrató el seguro siempre se tuvo la convicción por parte de la Aseguradora de la existencia de varios proveedores (tal y como constas en la redacción del amparo- redacción plural) y por el mismo informe de inspección realizado a la empresa FAVESTRELLA S.A. donde se estableció la existencia de proveedores internacionales y nacionales”.*¹⁹⁸

Seguros Comerciales Bolívar S.A. sustenta esta excepción de culpa exclusiva del asegurado, entre otras cosas, en que: *“... los directivos de Favestrella por decisiones absolutamente culposas, son los únicos generadores del perjuicio que la empresa sufrió, si es que lo sufrió”.*¹⁹⁹

En relación con la excepción de culpa grave propuesta por La Previsora S.A. y de culpa exclusiva de la víctima que aducen como excepción las otras dos coaseguradoras, resulta claro para el Tribunal que la decisión de Favestrella de optar por el suministro de la parafina, se encuentra claramente justificada como quiera que obedeció a una decisión puramente económica y lo cual era de conocimiento de las aseguradoras, de acuerdo con lo que expresa el informe de

¹⁹⁷ Folio 50 del cuaderno principal No 2.

¹⁹⁸ Folio 90 del cuaderno principal No 2.

¹⁹⁹ Folio 18 del cuaderno principal No 2.

inspección industrial efectuado por el Ingeniero Jaime Velásquez Villamil de junio de 2002²⁰⁰, y se tuvo ocasión de analizar en aparte anterior de este laudo.

En consecuencia, no encuentra el Tribunal que esa circunstancia provocada por el asegurado **hubiera sido determinante del siniestro**, por cuanto resulta respecto de este de carácter puramente incidental, como quiera que no fue la causa del mismo, el asegurado por ese hecho no puede catalogarse como generador del daño, por cuanto su proceder no fue determinante en las averías que sufrieron los equipos de ECOPETROL y la posterior afectación en la producción de parafina, por lo cual tampoco resulta acreditado que la causa del siniestro hubiese sido producto de culpa exclusiva de la víctima.

De manera que la decisión del asegurado, en criterio del Tribunal, no puede llegar a calificarse como culpa grave que pueda asimilarse al dolo y que pueda considerarse como detonante del siniestro.

Por lo demás, sobre el punto la jurisprudencia arbitral ha dicho:

“... el que a la luz de la ley y el contrato sea inasegurable el siniestro ocurrido como consecuencia de la culpa grave del asegurado, resulta en parte inconciliable con la idea de que el siniestro tenga que ser el accidente, pues en esta hipótesis, que es la invocada por las Aseguradoras, cualquier intervención del asegurado en la ocurrencia del hecho previsto como riesgo, así sea meramente casual, excusa al asegurador de su compromiso, al paso que en la primera que, como se vio, es la aceptada por la ley colombiana, dado que se parte del supuesto de que la voluntad humana puede intervenir en el riesgo con tal de que no sea determinante en el siniestro, esa intervención excusa el compromiso del asegurador tan sólo cuando el asegurado quiso su realización, o intervino en él de manera tan torpe y grosera que simplemente equivalga esa intervención a ser indiferente con el resultado”²⁰¹

Por su parte, puede también aseverarse que: *“... en buena hora el Código de Comercio acogió la moderna teoría del riesgo, al no limitar el marco jurídico de la definición de riesgo a la exclusiva eventualidad del caso fortuito, sino, sensatamente, incorporar en la misma eventos inciertos que no dependan exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario, en cuya realización pueda, por lo tanto, concurrir la voluntad del asegurado o de sus agentes, mientras esta no tenga carácter determinante exclusivo del hecho causante de la pérdida”²⁰²*.

²⁰⁰ Folio 239 cuaderno de pruebas No 1.

²⁰¹ Laudo arbitral de junio 9 de 1989, Cerro Matoso S.A. y otros contra Compañía de Seguros la Andina S.A., árbitros: César Gómez Estrada, Carlos Holguín Holguín y Hernando Tapias Rocha.

²⁰² Laudo arbitral de octubre 16 de 2002, Comercializadora Internacional Pesquera Vikingos de Colombia S.A. contra Compañía de Seguros la Andina S.A., árbitro único Bernardo Botero Morales.

Resulta claro, por lo tanto, que las pérdidas reclamadas por FAVESTRELLA no obedecen a una conducta negligente, descuidada, imprudente del asegurado que refleje una manifiesta imprevisibilidad (culpa grave).

Es más, aún en el caso que se hubiera demostrado negligencia, impericia, descuido o manejo inadecuado por el asegurado en la selección de su proveedor de materia prima, la evidencia es que no se trataría de un hecho que llega a alcanzar el carácter de determinante y exclusivo en la producción del daño y por lo tanto, las pérdidas reclamadas caerían bajo el amparo otorgado.

Razones por las cuales el Tribunal estima que debe desestimarse esta excepción y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo.

2.4. El deber del asegurado de evitar la extensión y propagación del siniestro.

En términos casi idénticos, Seguros Colpatria S.A. y Seguros Comerciales Bolívar S.A., consideran configurada esta excepción por cuanto: *“FAVESTRELLA conoció - a mas tardar en marzo de 2003 a raíz de comunicación que en tal sentido le dirigió C.I. DISAN COLOMBIA S.A., pero por la realidad fáctica, desde febrero de la misma anualidad, acerca de la imposibilidad de su distribuidor para suministrarle las 200 toneladas mensuales de parafina a que se había comprometido según convenio que debía operar desde enero de 2003.*

*A pesar de lo anterior, nada hizo la demandante para evitar la extensión del siniestro – si es que se llega a considerar que en algún momento se presentó uno- , incumplimiento de ésta manera con la obligación contenida en el artículo 1074 del C. de Co”.*²⁰³

Con base en dicha premisa concluyen que: *“Dicho incumplimiento produce, a voces del artículo 1078 inc. 1º ibídem, la reducción de la indemnización en un monto igual al de los perjuicios sufridos por el asegurador con motivo de la falta de cumplimiento de los deberes del asegurado en caso de siniestro”.*²⁰⁴

La otra convocada, La Previsora S.A. Compañía de Seguros, no formuló excepción en este sentido.

²⁰³ Folio 51 del cuaderno principal No 2.- contestación de la reforma de la demanda por parte de Seguros Colpatria. En equivalentes términos se plantea la excepción por Seguros Comerciales Bolívar (folio 24 de su contestación) .

Para resolver el Tribunal estima que de acuerdo con lo que aparece demostrado en el plenario, Favestrella conoció en marzo de 2003 en virtud de comunicación de C.I. Disan²⁰⁵ de problemas técnicos en la planta de Ecopetrol que afectaban el suministro de parafina. En esta misiva no hay ninguna especificación sobre la naturaleza y la causa de los daños sufridos.

De otro lado, en comunicación de 13 de mayo de 2003 dirigida por Ecopetrol a Favestrella le informa sobre ciertos daños ocurridos a partir del 5 de febrero de 2003²⁰⁶ en virtud de requerimiento que ésta última le había formulado. Posteriormente, Ecopetrol en comunicación de 20 de mayo²⁰⁷ cita a Favestrella a reunión a celebrarse en la ciudad de Bogotá el 23 de mayo de 2003, en su calidad de comprador de parafina, con el objetivo principal de informar acerca de la situación operacional de la planta de parafinas y las expectativas de producción.

Con fecha 20 de mayo de 2003, Favestrella da aviso de siniestro a la aseguradora líder, informando que lo hace bajo el amparo de proveedores, distribuidores o procesadores, derivado de la falta de parafina por parte de Ecopetrol.²⁰⁸

De manera que, una vez Favestrella tuvo conocimiento del siniestro en Ecopetrol y de la afectación que tendría en el suministro de parafina, acudió a otras vías para proveerse de dicha materia prima. Es evidencia elocuente de ello los pedidos de que da cuenta la prueba documental aportada a este proceso; así: pedido de mayo 28 de 2003 de parafina a China; pedido de mayo 31 de 2003 a Aquitecno Ltda.; pedido de junio 18 de 2003 a Aquitecno Ltda.; pedido de agosto 1º de 2003 a Aquitecno Ltda.; pedido de octubre 1º de 2003 a Aquitecno Ltda.; pedido de noviembre 6 de 2003 a Aquitecno Ltda. y las certificaciones de HGT S.A. y Comarbel S.A.²⁰⁹

De otra parte, existe también evidencia que Favestrella realizó gestiones conjuntas con la firma ajustadora Comercio Internacional Ltda para proveerse de materia prima. En el "Informe Final de Siniestro" de este ajustador, de junio 25 de 2004, se precisa al respecto:

²⁰⁴ Ob.cit. 198.

²⁰⁵ Folio 71, cuaderno de pruebas No. 1

²⁰⁶ Folio 40, cuaderno de pruebas No. 1

²⁰⁷ Folio 324, cuaderno de pruebas No. 6

²⁰⁸ Folio 210 del Cuaderno de Pruebas No. 5.

“[...] Luego de asignarnos en Mayo 20/03 la liquidación de esta pérdida, al recoger la Póliza de Rotura de Maquinaria No 330 0000670 y examinar las Condiciones de la misma, sobre todo en las Coberturas de Lucro Cesante, nos reunimos en Mayo/03 con Favestrella S.A. y Willis Colombia, cambiamos ideas para la presentación del reclamo, recomendándoles cumplir la obligación de reducir la pérdida haciendo uso de cualquier otra fuente de aprovisionamiento, sobre todo al constatar que la planta estaba casi paralizada, pues solo algunos obreros laboraban recuperando material para evitarla del todo, hecho que nos llevó, al encontrar la situación igual en visitas sucesivas de otros días, a adelantar con ellos averiguaciones en el mercado nacional y en el exterior, que desafortunadamente no se pudo concretar lo primero, por escasez del producto y en lo segundo, a que los suministros tardarían entre 45 y 60 días para llegar al país, como efectivamente sucedió. De esto se informó oportunamente.”²¹⁰ (Resalta el Tribunal).

En este sentido, el Tribunal encuentra que el asegurado cumplió diligentemente con la carga que la ley le impone de evitar la extensión y propagación del siniestro y por lo tanto, esta excepción habrá de desestimarse en la parte resolutive de este laudo.

3. La cuantificación del siniestro.

Toda vez que el Tribunal ha arribado a la conclusión sobre la existencia del siniestro, corresponde a continuación abordar lo relacionado con su cuantificación, el análisis de las pretensiones de la demanda encaminadas a ese propósito, las objeciones por error grave formuladas por las demandadas al dictamen practicado para tal fin, y, finalmente, la resolución de las excepciones aún no revisadas y relacionadas con estos aspectos de la controversia.

3.1. Consideraciones sobre la cobertura de lucro cesante.

En virtud del seguro de lucro cesante, el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado la pérdida de rendimiento económico que hubiera podido alcanzar en su actividad materia de explotación económica, de no haberse producido el siniestro; en otras palabras, lo que pretende la cobertura de lucro cesante es amparar las consecuencias patrimoniales derivadas de un daño material amparado bajo la respectiva cobertura y que deba sufrir el asegurado como consecuencia de las actividades que desarrolla en el giro ordinario de sus negocios y que se define en la póliza como interrupción del negocio.

²⁰⁹ La totalidad del cuaderno de pruebas No 28 en 98 folios contiene las facturas y documentos de importación de estos pedidos durante el año 2003, de igual manera los folios 28 a 32, 36 a 40, 43 a 47, entre otros (hasta el folio 78) del cuaderno de pruebas No 3 dan razón de las importaciones realizadas desde la China en el año 2003

De manera que la finalidad del amparo, consiste en restablecer a la empresa asegurada al nivel financiero que hubiera alcanzado de no haberse presentado el siniestro, con base en la proyección del desarrollo mismo y lo cual se determina con fundamento en modelos técnicos de reconocido valor y por lo mismo, mediante el seguro de pérdida de beneficios o de lucro cesante, la indemnización vendrá determinada por la disminución de la utilidad derivada de la disminución en el volumen de ventas o los mayores costos en que se incurra con el propósito de evitar la disminución en el volumen de ventas.

Esto explica porque en el numeral IX de las condiciones generales del Anexo de Lucro Cesante por Rotura de Maquinaria se expresa con claridad lo siguiente:

“IX. Pérdidas y gastos indemnizables:

El amparo del presente anexo está limitado a la pérdida real de beneficio bruto debida a la disminución del volumen del negocio y a los gastos para reducir la pérdida tal como se define a continuación.

- A) *respecto a la disminución del volumen del negocio, la pérdida de beneficio bruto se calcula multiplicando el tipo de beneficio bruto por la diferencia entre el volumen normal de ventas registrado en el ejercicio anterior correspondiente al periodo de indemnización y el volumen de ventas obtenido durante el periodo de indemnización.*
- B) *Respecto a los gastos para reducir la pérdida se tendrán en cuenta todos aquellos gastos adicionales en que necesariamente incurra el asegurado con el único fin de reducir la pérdida amparada pero sin que la suma de dichos gastos excedan el monto en que se reduzca la pérdida indemnizable.”*

Y en el párrafo A) de la misma condición, agrega: *“Para el cálculo de la pérdida real de beneficio bruto, el volumen normal de ventas de que trata la clausula ii-a tomara en cuenta, el incremento esperado para el ejercido (sic) en curso”.*²¹¹

En otras palabras, lo que se ampara son los gastos generales fijos, la pérdida de beneficio neto y los gastos extraordinarios para reanudar la actividad empresarial.

En este sentido, es preciso destacar lo expuesto en el dictamen pericial en los siguientes términos: *“Es conveniente anotar que en lucro cesante con frecuencia se presenta una confusión entre la Utilidad Bruta definida en la póliza y el término Utilidad Bruta normalmente utilizado en contabilidad. La Utilidad Bruta contable corresponde a los ingresos menos el costo de ventas, mientras que la Utilidad*

²¹⁰ Folio 86 y 87 del Cuaderno de Pruebas No. 3

²¹¹ Folio 23 cuaderno de pruebas 1

*Bruta de la póliza corresponde a los ingresos menos los costos y gastos variables (valor máximo de la pérdida en caso de una paralización completa de un año), por esta razón en algunos clausulados (como el de la póliza de Colpatria) se denomina Beneficio Bruto*²¹².

De las definiciones anteriores se colige que es crucial distinguir entre el período de vigencia de la póliza y el período de indemnización, lo cual es predicable fundamentalmente con respecto al sistema inglés y, en este orden de ideas, la vigencia de la póliza esta comprendida entre la fecha de inicio y la fecha de expiración, al paso que el período de indemnización empieza con la ocurrencia del daño material y se prolonga hasta el vencimiento del número de meses pactado y durante el cual los resultados del empresario en su negocio se encuentran afectados por el daño amparado bajo la póliza de daño material.

En consecuencia, el seguro de Lucro Cesante viene a proteger la pérdida que experimenta el asegurado en su capacidad de ganancia o de generación de utilidades como consecuencia de un hecho amparado bajo la cobertura de daño material; **pérdida de generación de utilidades que puede proyectarse en el tiempo** aún después de vencida la respectiva póliza y caso en el cual, subsiste la responsabilidad del asegurador hasta cuando el asegurado logre restablecer su nivel normal de utilidad bruta o deje de incurrir en gastos adicionales de funcionamiento y claro está, sin sobrepasar del período de indemnización estipulado en la póliza.

Con base en lo expuesto, puede aseverarse que el período de indemnización es independiente de la vigencia de la póliza y lo cual implica que tan sólo se requiere que el daño material que genera la pérdida de utilidad bruta o el aumento en los gastos de operación del asegurado, ocurra dentro de la vigencia de la póliza y poco importa que dicho período de indemnización sea superior al previsto en aquella, es decir, el período de indemnización puede perfectamente sobrepasar ampliamente el período de vigencia de la póliza, como quiera que el asegurador permite que dicho período de indemnización pueda ser como mínimo de un mes o máximo de 36 meses y lógicamente, en la medida en que este sea mayor se suele aplicar una sobretasa, habida cuenta que la exposición del asegurador es superior y correlativamente el límite de indemnización aumenta en la misma proporción en que se incremente el período de indemnización.

²¹² Folio 5 del cuaderno de pruebas No 37.

3.2. La prueba del lucro cesante.

En la praxis aseguradora, la determinación del lucro cesante es una tarea que no está exenta de dificultades, pues de lo que se trata es establecer con cierto grado de certeza, la tendencia que hubiera presentado el volumen del negocio y por lo mismo, es apenas obvio que las bases de cálculo sean materia de escrutinio en el proceso de ajuste y liquidación del reclamo, como quiera que no pueden fundarse esos estimativos en meras conjeturas o suposiciones sin soporte alguno, porque carecían de un mínimo de credibilidad y por ende, de algún grado de certidumbre razonable.

Esa labor de verificación se impone en el marco de la relación contractual porque al tenor del artículo 1088 del Código de Comercio los seguros de daños son de mera indemnización y no pueden constituir fuente de enriquecimiento y en tal sentido el artículo 1089 reitera que “...*la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario*”.

De manera que, ese perjuicio patrimonial debe estar debidamente acreditado, vale decir, su contenido y extensión debe poder expresarse y verificarse en términos pecuniarios. O lo que es igual, la obligación indemnizatoria a cargo del asegurador, o aseguradores, si son varios, no puede sobrepasar el monto del daño efectivamente padecido como consecuencia de la realización del riesgo amparado, y claro está, hasta concurrencia de la suma asegurada.

En lo relativo a la manera de acreditar el lucro cesante, a propósito de una controversia derivada de un contrato de transporte sobre un cilindro utilizado en la fabricación de una modalidad de cartón, caso en el cual se demandó la indemnización por daño emergente y por lucro cesante, sobre este último componente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia expresó:

*“[...] la jurisprudencia se orienta sin duda en un prudente sentido restrictivo cuando en sede litigiosa, se trata de admitir la existencia del material del “lucro cesante” y efectuar su valuación pecuniaria, haciendo particular énfasis en que procede la reparación de esta clase de daños en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, **prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas éstas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades demostradas con el rigor debido.** En otras palabras, toca al demandante darse a la tarea, exigente por antonomasia, de procurar*

establecer por su propia iniciativa y con la mayor aproximación que sea factible según las circunstancias del caso, tanto los elementos de hecho que producen el menoscabo patrimonial del cual se queja como su magnitud, siendo entendido que las deficiencias probatorias en estos aspectos de ordinario terminarían gravitando en contra de aquel con arreglo al art. 177 del C. de P.C.” (Se destaca)(Sentencia de 4 de marzo de 1998, M.P. Carlos Esteban Jaramillo S., exp. 4921).

En consecuencia, *mutatis mutandi*, en frente de una cobertura de lucro cesante, corresponde al asegurado acreditar en debida forma el sustento de los cálculos que le sirven para cuantificar la medida del daño que reclama.

En sede arbitral o judicial, el dictamen pericial resulta ser el mecanismo idóneo cuando es rendido por un experto y quien tiene la ocasión de efectuar un análisis financiero y sentar las bases que técnicamente habrían de adoptarse para efectos de establecer la pérdida de utilidad bruta experimentada por el empresario, de acuerdo con los términos de la póliza y, de otro lado, cuantificar, de ser necesario, el aumento en los gastos de operación con miras a evitar o cuando menos a aminorar esa pérdida de utilidad bruta.

3.3. La objeción por error grave del dictamen del perito Germán Noguera Camacho.

En el presente trámite arbitral las sociedades convocadas objetaron por error grave el dictamen pericial rendido por el Ingeniero Germán Noguera Camacho; Seguros Colpatria S.A. y Seguros Comerciales Bolívar S.A. no solicitaron prueba alguna como sustento de su objeción, al paso que La Previsora S.A. Compañía de Seguros solicitó un dictamen adicional, pero en la audiencia celebrada el día 18 de noviembre de 2009 y según consta en el Acta No. 22, desistió de ella y en esa oportunidad manifestó: *“Desisto del dictamen para sustentar la objeción por error grave, por cuanto consideramos que es suficiente la ilustración obrante al expediente, particularmente por que los motivos de objeción son de naturaleza jurídica, y porque se refieren al desbordamiento de la facultad del perito, motivos que pueden ser evaluados por el Tribunal sin necesidad de que para tal efecto se requiera un nuevo dictamen”*

Ahora bien, en sustento de su objeción, Seguros Colpatria S.A. empieza por exponer que *“Si no había lista de proveedores que relacionara a ECOPETROL como proveedor indicando su porcentaje de incidencia en el lucro cesante, todo lo que se hiciera en adelante era mera especulación, lo cual está expresamente*

prohibido en materia de demostración de perjuicios por lucro cesante” y lo cual estima como el primer error grave del dictamen.

Este aspecto, ciertamente de definición jurídica, no puede constituirse en base de una objeción al dictamen, menos aún cuando el perito en su dictamen deja sentado desde su inicio que: *“Los aspectos relacionados con la determinación de si el proveedor es Ecopetrol o Disan, o si estas empresas son proveedores amparados por la póliza, están fuera del alcance del presente dictamen, por lo que el análisis en este punto se centra en la determinación de cuál fue la afectación de las ventas y su impacto sobre las utilidades, así como la, o las, liquidaciones de las pérdidas asociadas a los eventos sufridos por Ecopetrol (se aclara que se presentaron varios eventos en Ecopetrol, que afectaron su operación)”*²¹³. Lo cual ciertamente responde con el cometido de la pericia y por ende, con la extensión y contenido del encargo encomendado al perito. En adición, en su informe complementario de octubre 13 de 2009, de manera clara y expresa, al referirse a la inquietud formulada por la apoderada de Seguros Comerciales Bolívar acerca de la posibilidad de cuantificar un lucro sin tener lista de proveedores, manifestó que *“por tratarse de una valoración de tipo jurídico se abstiene de contestar la pregunta”*²¹⁴.

La anterior apreciación descarta otras imputaciones de linaje semejante planteadas en contra de la pericia, como la alusiva a las circunstancias alegadas como constitutivas de agravación de riesgo por el supuesto cambio de varios a un solo proveedor de parafina, que ya fue objeto de análisis por parte del Tribunal.

El segundo error grave considera que obedece a que el perito manifiesta en su dictamen que no puede emitir conceptos de carácter jurídico y, sin embargo, al inicio de su dictamen manifiesta que: *“La parafina en el año 2003, según Favestrella, estaba previsto sería comprada a ECOPETROL, directamente o a través de un distribuidor Disan”* y lo cual según el objetante aduce que *“...es información que no obra en el expediente , proviene de una sola de las partes pero, especialmente, constituye un concepto de carácter jurídico que, a pesar de haberse dicho que no se ingresaría en dicho campo, si se emitió y equivocadamente”*.

²¹³ Folio 5 del cuaderno de pruebas No 37.

²¹⁴ Folio 4 del cuaderno de pruebas No 37.

En realidad, en este aspecto resulta claro en el expediente, como se destacó en su momento, que Ecopetrol fue proveedor de Favestrella durante los años 2000, 2001, 2002 y 2003, y respecto de Disan, efectuó compras durante 2002 y 2003 y quien, a su turno, se surtía de Ecopetrol. Adviértase, por lo demás, que nada de reprochable tiene que el experto haya acudido a la consecución de información necesaria para su dictamen de manos de la convocante, pues no sólo está legalmente habilitado para el efecto, sino es deber de las partes colaborar en tal sentido (art. 242 del C.P.C.).

Señala también como error grave del dictamen, el hecho que se efectúen cálculos en precios constantes y en precios corrientes y después de formular diversas consideraciones sobre estimaciones del perito concluye que no se observa que existiera un modelo matemático que valide las tendencias.

Prosigue su objeción con el análisis de las ventas nacionales, las exportaciones a Haití, las pérdidas por racionamiento, los eventos ocurridos en ECOPETROL donde destaca la existencia, en su criterio, de una concausa no amparada por la póliza como es la huelga; el hecho de tratarse de 13 eventos y por lo tanto, la necesidad de aplicar el deducible previsto en la póliza respecto de cada uno de ellos.

En cuanto a lo primero, en el dictamen se explica de manera clara y razonada la razón de ser de la distinción de la expresión de los datos en pesos corrientes o pesos constantes, al señalar que *“Los pesos corrientes, es sabido, involucran el efecto de la inflación y la comparación directa genera inconsistencias, pues los pesos de los diferentes años tienen diferente poder adquisitivo. Por lo tanto, la comparación para determinar la tendencia del negocio realmente debe realizarse con base en pesos constantes, que corresponden en este caso pesos del año 2003.”*²¹⁵

De otra parte, otros aspectos planteados (como los relativos a la huelga o a los eventos dañosos) fueron materia de pronunciamiento por parte del Tribunal en apartes anteriores de este laudo y, por consiguiente, no amerita reiterarlos por tratarse de temas de carácter principalmente jurídico y no relacionado con los cálculos propios con la liquidación de la pérdida o cuando menos, el objetante no precisa como puede afectar tal liquidación sus aseveraciones, como tampoco los hechos y la evidencia de los mismos en los cuales funda sus apreciaciones.

Frente a las glosas que se imputan en relación con los análisis efectuados por el perito en el tema de la afectación de las ventas de Favestrella en exportaciones y con ocasión del racionamiento eléctrico, como las anteriores, no son reproches de índole técnico sino jurídico, y particularmente de valoración probatoria, cuya definición, como se sabe, está en cabeza del fallador, y así lo hará en apartes subsiguientes del laudo. Cabe anotar, adicionalmente, que el experto respecto a ambos temas, fue reiterativo en señalar que era cuestión de los árbitros evaluar si con base en la documentación aportada al proceso, se encontraban adecuadamente acreditados tales reclamos.²¹⁶

En materia de deducibles, la metodología empleada por el perito para su aplicación para los posibles distintos eventos indemnizables, aparece explicado en la página 28 de la experticia inicial en los siguientes términos, sin que el Tribunal advierta alguna falencia grave en la misma:

“El deducible pactado en la póliza es un deducible temporal de 10 días. Se debe resolver el interrogante relacionado con el periodo de afectación a tomar en cuenta, que no es tarea fácil si se tiene en cuenta que el periodo de afectación es el resultado de los efectos de una serie de circunstancias que enmarcan la ocurrencia de los eventos, y que dentro de los eventos algunos se consideran amparados por la póliza y otros no.

El planteamiento ante esta circunstancia, para efectos del dictamen, toma como base las notas en cuanto a la normalización de la producción en Ecopetrol (en el mes de junio, según el testimonio del doctor Federico Maya), el comportamiento de las ventas de Favestrella, que para el mes de septiembre muestra un nivel relativamente normal, de modo que se asume que el periodo de afectación asociado al último de los eventos se extiende a partir de la reparación (que se culmina el día 18 de mayo) por un periodo que va desde esta fecha hasta fin de agosto, es decir durante 103 días.

Extrapolando esta conclusión, se asume para cada uno de los eventos que el periodo de afectación asociado tiene una duración de 103 días más el tiempo de la reparación. Si bien bajo esta propuesta se presentarían casos como el del evento 7, que tiene una duración de 1 día, y que bajo este supuesto tendría una afectación de 104 días, como al final lo que se busca es una forma de distribuir las pérdidas entre los diferentes eventos, se mantiene el modelo”.

Respecto de los tiempos de afectación que muestra el dictamen pericial, también asevera que el hecho que la huelga y el mantenimiento tengan una incidencia del 10% y los demás eventos del 90% para un total de 123 días no se sabe como los obtiene, como tampoco la distribución de tiempos. Aspectos que a diferencia de lo que anota el objetante, son analizados por el perito en folios 21 a 25 del dictamen

²¹⁶ Folio 10 del cuaderno de pruebas No 37.

de 21 de septiembre de 2009 y donde se adopta una metodología que pretende razonablemente establecer el período de afectación o de interrupción ante el hecho, como lo manifiesta el mismo perito que: *“Los eventos se traslapan en el tiempo, y la afectación de la producción de parafina resulta de un efecto combinado”*.²¹⁷ Cosa distinta, como se vio, es que el Tribunal, por consideraciones jurídicas y probatorias ya analizadas, haya concluido, por ejemplo, en descartar la huelga como elemento excluyente de la responsabilidad de las coaseguradoras.

Por último, estima que existe error grave por el hecho de haber efectuado el perito una liquidación, cuando en realidad, a su juicio, se trata de circunstancias excluidas de la póliza, pues en su sentir, en las comunicaciones de Ecopetrol obrantes al proceso en que se informa de los daños de las máquinas, se señalan causas no amparadas, y también le endilga error grave a la liquidación que según expresa, realiza el perito con cifras de 2002.

En aparte anterior del laudo se adelantó el análisis minucioso de si los daños sufridos en los equipos de la planta de parafinas de Ecopetrol se debían entender o no cubiertos por la póliza, con los resultados ya conocidos, lo que supuso la valoración de los documentos aludidos por el objetante. Por lo demás, mal puede fundarse una objeción a un experticio técnico, achacándole al perito una indebida o incorrecta apreciación de índole probatoria.

En el aspecto relativo a la liquidación efectuada por el perito, es preciso reiterar que el Tribunal al decretar el dictamen pericial le ordenó al perito que determinara con base en la metodología propia de la liquidación de pérdidas de lucro cesante las pérdidas que con cargo a este amparo habría sufrido Favestrella por los daños a la maquinaria de Ecopetrol.

Por su parte, Seguros Comerciales Bolívar S.A. adujo en sustento de su objeción por error grave que no podía el perito efectuar una liquidación de una eventual indemnización por lucro cesante sin tener claridad sobre el carácter de proveedores, distribuidores o procesadores de terceros (ECOPETROL y/o C.I. Disan) ante el hecho de no existir una lista de proveedores, distribuidores y procesadores.

²¹⁶ Folios 20,21 y 32 y 60 del cuaderno de pruebas No 37.

²¹⁷ Folio 24 del cuaderno de pruebas No 37.

Aduce que el perito modifica las calidades propias del objeto examinado y le atribuye características equivocadas por cuanto se requiere conocer previamente si existe un distribuidor, proveedor o procesador afectado y la falta de una lista en tal sentido conlleva que la determinación del riesgo se hace imposible, además, de resultar clara la ineficacia del amparo. Por lo anterior, estima que el primer error grave consiste en darle a un tercero una calidad que no tiene de acuerdo con los términos de la póliza y desconociendo la ineficacia del amparo.

Al respecto baste anotar que el perito es claro en cuanto que su trabajo: *“...se centra en la determinación de cuál fue la afectación de las ventas y su impacto sobre las utilidades, así como la, o las, liquidaciones de las pérdidas asociadas a los eventos sufridos por Ecopetrol (se aclara que se presentaron varios eventos en Ecopetrol, que afectaron su operación)”*²¹⁸. Como ya se resaltó, el perito, siguiendo las directrices dadas al respecto por el Tribunal al decretar la práctica de la prueba, fue claro en reiterar que su pronunciamiento no abarcaba aspectos como los planteados en la objeción. En efecto, al respecto dijo en forma expresa: *“Es clara la advertencia hecha al perito, en cuanto a que se debe abstener de formular pronunciamientos relacionados con valoraciones de tipo jurídico. Circunstancias sobre la consideración de Ecopetrol o Disan como proveedor, y las implicaciones de la existencia o no, de una relación de proveedores en la póliza, no son analizadas, y el desarrollo del dictamen se realiza independientemente del análisis de la operación o no de la póliza”*.²¹⁹

Añade la objetante que desconoce la pericia que el año de ejercicio con base en el cual se calcula la utilidad bruta corresponde al año 2002. Las exportaciones a Haití que no fueron realizadas, en su criterio, son reconocidas como un perjuicio cierto. Considera que el perito: *“...se abstrae absolutamente del objeto del dictamen y modifica las características del objeto analizado – la presunta pérdida- era tomar como ciertas expectativas creadas por el asegurado solo con el propósito de incrementar una futura indemnización”*.

En el mismo sentido, considera que existe error grave del perito en cuanto al número de eventos que toma como base, pues en virtud del deducible, algunos se subsumen en otros al paso que otros se ubican por debajo del deducible y, en consecuencia, el impacto se reduce por virtud de la pérdida que debe asumir el

²¹⁸ Folio 5 del cuaderno de pruebas No 37.

²¹⁹ Folio 32 del cuaderno de pruebas No 37.

asegurado y además, debe tomarse en consideración la estacionalidad del negocio, pues la afectación estará en función de las épocas en que ocurrieron los eventos.

Como lo indica la pericia con claridad, *“El tipo de beneficio bruto con el que se trabaja es el que se determina de acuerdo con lo indicado en la póliza, con base en el ejercicio fiscal anterior a la fecha del siniestro. Como los eventos objeto de análisis ocurrieron en 2003, el ejercicio fiscal a tener en cuenta sería el año 2002.”*. Luego el cargo formulado a este respecto no encuentra base.

En cuanto a si hubo un error grave de carácter técnico al haber el perito introducido en sus ejercicios cálculos referidos a las eventuales ventas al exterior afectadas por las restricciones de parafina, o en materia de la metodología empleada para aplicar el deducible establecido en la póliza, ya tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal al referirse a las objeciones, que en sentido semejante, formulara la aseguradora líder. Baste agregar, frente a la glosa formulada en materia de los deducibles aplicados por el experto, que en ella se confunde el número de días que duró el arreglo de cada uno de los daños reportados por Ecopetrol, con el tiempo de afectación que tales daños produjeron en el nivel de ventas de la asegurada.

En relación con la estacionalidad de las ventas, el Tribunal encuentra que en las páginas 4 a 6 del dictamen inicial de 21 de septiembre de 2009, el perito identifica los meses en que se concentra la mayor proporción de ventas y lo cual valida con informes de gestión del representante legal a la asamblea de accionistas.

Finalmente, La Previsora S.A. Compañía de Seguros destacó, en la formulación de su objeción por error grave, que los fundamentos técnicos y científicos del dictamen pericial son una clara exigencia de la ley procesal, para señalar a continuación que la falta de sustento técnico se presenta ante el hecho de calcular una afectación por lucro cesante, sin determinar previamente si la empresa afectada estaba relacionada dentro de los proveedores del asegurado y por lo mismo, el primer error que le endilga al dictamen consiste en que el perito hubiera adelantado su tarea *“...sobre la base, para el cierta, de que Ecopetrol era proveedor del asegurado”*, en lo cual el Tribunal se remite a lo expuesto anteriormente sobre este aspecto en relación con lo aducido por las otras dos aseguradoras.

En segundo lugar, estima como inaceptable que el perito responda que sí hay prueba de que Ecopetrol suministró parafina a Favestrella en años anteriores al 2003, lo que estima que le permite asumir que para el 2003 también era proveedor del asegurado.

En verdad, en este aspecto resulta claro en el expediente que Ecopetrol fue proveedor de Favestrella durante los años 2000, 2001, 2002 y 2003 y respecto de Disan, efectuó compras durante 2002 y 2003 y quien, a su turno, se surtía de Ecopetrol. De otra parte, como ya dijo y se reitera, de manera expresa el experto dejó a salvo que su dictamen no abarcaba pronunciamiento o calificación alguna en el aspecto que se comenta por revestir carácter jurídico.

En tercer término, La Previsora considera que en el expediente obra prueba en el sentido que: *“... el proveedor-distribuidor del asegurado era C.I. Disan S.A., quien además, importaba parte de la parafina que requerían sus clientes. Es más, el incumplimiento de los suministros de parafina que afectaron el negocio de Favestrella provino de este distribuidor...”* y por lo tanto, aduce que: *“Nuevamente, el perito supone lo que no está mostrado, a saber, que Ecopetrol era proveedor del asegurado”*

Aseveración que resulta desvirtuada con lo expuesto en párrafo precedente.

Además, señala La Previsora que, a pesar de la falta de la relación de proveedores, en la ampliación y complementación del dictamen el perito considera que respecto del amparo *“...se podría considerar que opera sin sublímite de responsabilidad”* y lo cual estima que no tiene fundamentación. Aspecto en el cual el Tribunal se remite a lo ya dicho sobre este aspecto en otros acápites de este laudo.

Respecto de la tendencia del negocio, La Previsora pone de presente las aseveraciones del perito en el sentido que para el período 1999-2002 muestran una tendencia decreciente y que, sin embargo, en la alta temporada del 2003 el comportamiento de las ventas fue superior a cualquier otro año y lo cual, obedece, según su dicho, al desplazamiento de las ventas del período febrero-agosto y por lo cual estima que es un contrasentido lógico aceptarla como una *“simple demanda del producto de fin de año”*.

Sobre el particular, el Tribunal anota que las conclusiones del perito respecto de la tendencia del negocio del asegurado, se encuentran ampliamente sustentadas en los folios 4 a 6 del dictamen de 21 de septiembre de 2009. En adición el objetante no aduce prueba alguna que obre en el plenario que le sirva de sustento a su afirmación, en particular en la vía de acreditar algún yerro del perito cuando, no obstante advertir que las mayores ventas presentadas en el período de alta temporada de Favestrella (septiembre-diciembre) para el año 2003 frente a los años anteriores pudieron incluir ventas desplazadas del primer semestre cuando hubo la afectación de parafina, terminó concluyendo que *“no habría argumentos sólidos para sustentar esta hipótesis”*.

Igualmente, indica La Previsora que la tendencia del negocio de Favestrella era claramente decreciente para el período 2001 a 2005 y cuestiona que el perito hubiera dejado de lado el año 2005, con base en que en informes a la Asamblea de accionistas estableció que en el año 2005 resultó afectado por una situación de bajo abastecimiento de parafina, información que el objetante rechaza por no obrar en el expediente y haber sido suministrada por la parte convocada, cuando en su sentir, la ley procesal sólo permite al perito recibir información de terceras personas.

Como ya también se destacó en líneas anteriores, el artículo 242 del C.P.C. impone el deber a las partes del proceso de prestar activa colaboración al perito en el suministro de los datos e información requeridos para el cumplimiento de su cargo, incluso bajo el efecto de ser apreciada su conducta opuesta como un indicio en su contra.

De otra parte, la documentación que el objetante echa de menos, fue oportunamente aportada al proceso y puesta en conocimiento de las partes para su contradicción.²²⁰

Finalmente, La Previsora concluye, sin precisar los aspectos específicos respecto de los cuales son predicables sus aseveraciones en relación con el experticio, distintos a los anteriores que ya fueron analizados por el Tribunal, que: *“Por lo tanto, el dictamen rendido por el perito Germán Camacho (sic) no es “preciso y detallado” como se lo exige la ley procesal, sino genérico, y no parte de bases ciertas sino de supuestos no demostrados, y por la misma razón no aplica un conocimiento técnico o científico, vale decir, no consulta los principios de ninguna*

ciencia, sino su propia opinión”, y agrega: “El dictamen que ha presentado el perito Germán Noguera omite el examen detallado y soslaya la tarea de investigación que se le solicitó, desecha toda metodología y se limita a emitir una opinión sin sustentación alguna, para la que no se requerían especiales conocimientos técnicos o científicos. De ahí el resultado de su informe, con el que no le presta ningún servicio al esclarecimiento de la verdad”, todo lo cual ciertamente no se compadece con el dictamen inicial y claro está, las aclaraciones y complementaciones del dictamen pericial, según lo pone de manifiesto la revisión adelantada por el Tribunal a las distintas glosas imputadas por las sociedades convocadas.

En sustento de su objeción, La Previsora había solicitado un segundo dictamen pericial para demostrar el error grave en que incurrió el perito Noguera Camacho.

Como se expuso en apartes anteriores de esta providencia, en la audiencia celebrada el día 18 de noviembre de 2009 y según consta en el Acta No. 22, desistió de tal prueba y en esa oportunidad sustentó su decisión *“por que los motivos de objeción son de naturaleza jurídica,...”*.

Por su parte, la convocante al descorrer el traslado de los escritos de objeción, después de efectuar algunas consideraciones respecto del procedimiento establecido en la ley para la contradicción del dictamen pericial, afirma que: *“En los escritos presentados se echa de menos la prueba con la cual se pretenden probar los desacuerdos frente al dictamen, que más que errores constituyen alegatos de parte”*.

Respecto de estos planteamientos, el tribunal estima necesarias algunas consideraciones adicionales de carácter jurídico.

Tal como lo dispone el numeral 6 del art. 238 del C. de P. C., *“la objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen”*, por lo que es del caso proveer lo pertinente dentro de presente laudo, pues bien sabido es que éste no es nada diferente a la sentencia que profieren los árbitros.

Ante todo, se debe poner de presente que el error grave, así lo dispone el numeral 4 del art. 238 del C. de P. C., implica que el mismo *“haya sido determinante de las*

²²⁰ Anexos a las aclaraciones folios 68 a 292 del Cuaderno de Pruebas No. 37

conclusiones a que hubieren llegado los peritos” o que “se haya originado en estas”, disposición respecto de la cual doctrina y jurisprudencia destacan de manera concordante que la falla debe ser de tal entidad “que de no haberse presentado, otro hubiera sido el sentido del dictamen rendido por los peritos”. Entre otras cosas, nuestra Corte Suprema de Justicia ha expresado que el error grave debe ser de tal grado que atente contra la naturaleza de las cosas o la esencia de sus atribuciones.²²¹

Del examen de las objeciones formuladas por las aseguradoras convocadas se aprecia que ellas, en su mayoría, se fundan en supuestas interpretaciones de la póliza de seguro que de haberlas efectuado correctamente el perito, no habría tenido cabida liquidación alguna bajo el amparo de lucro cesante.

Por supuesto, tales consideraciones se apartan del cometido que tiene un dictamen pericial y que al tenor del artículo 233 del estatuto procedimental civil tiene por finalidad: “...verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”; y también pierden de vista el encargo impuesto al experto por el Tribunal, como quiera que en auto No 18 de julio 7 de 2009, el Tribunal dispuso lo siguiente:”

“SEXTO.- Sin perjuicio de lo que se decida en el Laudo, haciendo uso de las facultades concedidas por el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil se decreta un dictamen pericial que será rendido por el Ingeniero Germán Noguera Camacho, con base en la información disponible en el expediente y la adicional que considere del caso solicitar a las partes.

El perito deberá determinar con base en la liquidación propia de perdidas del lucro cesante y con base en la documentación anexada al estudio deberá establecer las pérdidas que con cargo a este amparo habría sufrido FAVESTRELLA por los daños a la maquinaria de ECOPETROL...”

Resulta claro para el Tribunal que no correspondía al perito determinar si ECOPETROL o DISAN tenían o no, el carácter de proveedores amparados por la póliza, como tampoco el hecho de hacer mención que la parafina sería comprada directamente a ECOPETROL o por conducto de Disan, uno de su distribuidores, constituya un error grave que amerite declarar procedente su objeción, como quiera que el trabajo del perito se orientó a determinar si había existido afectación en las ventas de FAVESTRELLA y su consiguiente afectación en las utilidades como consecuencia de los distintos eventos que ocurrieron en ECOPETROL y que afectaron el suministro de parafina a FAVESTRELLA.

²²¹ PARRA QUIJANO Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Ediciones Librería del Profesional, 12ª. edición, Bogotá, 2002, página 543.

Por manera que, la disparidad o el desacuerdo con las fundamentaciones o las conclusiones de un perito, no constituye por sí sola razón plausible para admitir la censura por error, pues es necesaria la evidencia de una abierta pugna de lo sostenido por el experto con la realidad, sin que sea adecuada una objeción que desatienda en su ataque los aspectos centrales del trabajo que se censura y opte por enjuiciar supuestas valoraciones jurídicas no efectuadas por el auxiliar de la justicia en aspectos que no eran de su resorte, en orden a mostrar fallas en el mismo, pues en estricto sentido no se configuraría un cuestionamiento a una experticia por fallas de fondo y de índole técnica.

Sin duda, el análisis del dictamen debe ser integral, es decir junto con sus complementaciones y aclaraciones, de modo que es posible que, en ocasiones, lo que aparentemente pueda ser mirado como un error grave, por virtud de las aclaraciones o complementaciones deje de tener esa entidad.

Es bien sabido que la prueba pericial tiene como finalidad ayudar a formar el criterio del juez respecto de ciertos puntos que se controvierten dentro de un debate judicial, pero no tiene carácter imperativo para la decisión a tomar, pues del análisis y crítica de la respectiva experticia deducirá el juez sus propias conclusiones, que bien pueden apartarse de las del perito, sin que esa circunstancia conlleve que aquel haya incurrido en error grave, pues no se puede perder de vista que la decisión final, basada en la valoración conjunta de los medios probatorios y crítica de ellos, corresponde exclusivamente al fallador.

Con lo expuesto lo que desea destacar el Tribunal es que al decidir una objeción por error grave en el sentido de declarar no probado el mismo, no implica que se deban admitir sin análisis y valoración las conclusiones a las cuales llegó el perito. Ello es así, aún en el evento de que no se formule objeción, por cuanto el juez posee idéntico poder crítico frente a la experticia.

El dictamen pericial, como todo medio de prueba, está destinado a ser analizado por el juez, de modo que así la ley autorice al perito para efectos de consultar el expediente y los documentos que estime necesarios, no extiende sus atribuciones a la valoración y crítica de esos documentos u otros medios probatorios, por ser esta conducta, se reitera, del exclusivo ámbito del juez.

En este sentido, tampoco está obligado el experto a emitir opinión sobre cuestiones estrictamente jurídicas, por cuanto ese ámbito es del resorte exclusivo del juez.

Ahora bien, la forma de determinar la utilidad o beneficio bruto, en concordancia con el amparo de lucro cesante debe tomar el ingreso y restar todas las partidas o conceptos considerados como variables, es decir, aquellos costos en que el asegurado no incurriría en caso de paralizar su operación a consecuencia de un siniestro.

Observa el Tribunal que el análisis realizado en el dictamen de lucro cesante no tomó únicamente en cuenta el año anterior, sino que analizó toda la historia (hay gráficas y comentarios de análisis que así lo demuestran) y determinó para estimar el comportamiento esperado de las ventas durante el periodo de afectación, considerar un comportamiento similar al de los doce meses anteriores a la ocurrencia del evento,, para concluir, entre otros puntos abordados en la experticia, que *“La tendencia del negocio muestra decrecimiento para el período indicado (2000 a 2005), como se muestra en la gráfica de la página 13 del dictamen, en la que se compara el comportamiento de las ventas para el periodo de feb-agosto de varios años. Sin embargo, lo que el análisis realizado plantea es que el decrecimiento de las ventas en el periodo de afectación considerado (febrero-agosto) fue mayor a lo que la tendencia de decrecimiento permitía estimar, circunstancia que se atribuye al desabastecimiento de la materia prima”*. Sin duda, la tendencia del negocio siempre será un tema discutible.

En este tipo de pólizas se establece que existe cierto grado de incertidumbre sobre la proyección del comportamiento del negocio, si no se hubiere presentado el evento, y prevé que se haga una estimación hasta donde sea razonablemente posible, para este efecto este tipo de clausulado señala que para establecer el porcentaje de utilidad bruta, ingreso anual e ingreso normal se tendrá en cuenta lo siguiente: Las cifras deben ajustarse, teniendo en cuenta las tendencias del negocio y las circunstancias especiales y demás cambios que le afecten antes o después del “daño”, y también aquellos que le habrían afectado si no hubiere ocurrido el daño, de tal suerte que, después de ajustadas, las cifras representen hasta donde sea razonablemente posible las que se hubieran obtenido durante el periodo correspondiente después del “daño”, si éste no hubiere ocurrido.

No encuentra, pues, el Tribunal que pueda ser predicado error alguno en la labor desarrollada por el experto, de la naturaleza, contenido y gravedad requerida en la ley y la jurisprudencia para fundar una objeción al dictamen.

Lo expuesto es suficiente para considerar infundada la censura, pues de conformidad con la valoración que se ha hecho, pese a las limitaciones confesadas por el propio perito, su trabajo resulta serio y convergente, y por lo tanto el Tribunal rechaza la objeción por error grave formulada por la convocada, con fundamento en lo cual la declara no probada.

A juicio de este Tribunal, el experticio adelantado por el Ingeniero Germán Noguera Camacho resulta serio, explicado y adecuadamente fundamentado y, como se evidencia en otros apartes de la parte motiva de este laudo, el Tribunal acoge diversos criterios expuestos por el perito Noguera Camacho para fundamentar su decisión.

Por contera, considera el Tribunal que no aparece acreditado con el grado de certeza, que una tacha de esta naturaleza exige, que se haya incurrido en yerro en las consideraciones del dictamen o que las conclusiones puedan resultar discordantes, o que el yerro invocado se hubiera cometido en las conclusiones mismas y por consiguiente, la objeción por error grave contra el dictamen rendido por el Ingeniero Germán Noguera Camacho no está llamada a prosperar y así será declarado en la parte resolutive del laudo.

3.4. La objeción al experticio de la firma Valora

Con la reforma de la demanda, la convocante presentó este estudio, respecto del cual, en la primera audiencia de trámite según aparece en Auto No 12 de Mayo 13 de 2009, el Tribunal decidió que se incorporara como prueba "*...con el valor que legalmente le corresponda, el experticio entregado por al parte convocante con el escrito de reforma de la demanda, rendido por la firma VALORA CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA.*

Para los efectos y fines previstos en el inciso segundo del artículo 183 del C.P.P, modificado por el artículo 18 de la ley 794 de 2003, córrase traslado a las partes convocadas, por el término de 5 días, del anterior experticio presentado por la convocante"

Durante el término de dicho traslado, COLPATRIA presentó escrito en 6 folios y BOLIVAR en 6, objetando por error grave dicho experticio y solicitando restarle cualquier valor probatorio al estudio de VALORA.

En la audiencia del 27 de Mayo, el Tribunal mediante auto No 13 de Mayo 27, Numeral cuarto se determinó: *"Respecto de las objeciones y observaciones formuladas por las empresas SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. y SEGUROS COLPATRIA S.A. al concepto de VALORA CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA, pónganse en conocimiento de la parte convocante.*

Como consecuencia de lo anterior, el 29 de Mayo, FAVESTRELLA en memorial de 2 folios rechaza las objeciones, pues en su sentir: *"En los escritos presentados se echa de menos la prueba con la cual se pretenden probar los desacuerdos frente al dictamen, que mas que errores constituyen alegatos de parte*

Por lo anterior solicito respetuosamente rechazar de plano las objeciones por error grave presentadas por SEGUROS y SEGUROS COLPATRIA y SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR, al carecer de requisitos legales para acreditar la existencia del supuesto error, y en consecuencia, no darle trámite alguno a los escritos".

En audiencia del 17 de Junio de 2009, mediante auto 16, numeral CUARTO se dispuso: *Respecto de las manifestaciones de las partes referentes al experticio de VALORA CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA, el Tribunal valorará la prueba y las manifestaciones hechas al respecto de la misma al momento de proferir su laudo, sin perjuicio del eventual uso de las facultados oficiosas que la ley le otorga al juzgador para establecer o verificar los hechos relacionados con las alegaciones de las partes.*

Para el Tribunal no resultaba siendo una prueba concluyente respecto del lucro cesante en razón de las observaciones que formulara el testigo LUIS FERNANDO RICO en su declaración y quien aportó en esa diligencia de testimonio un documento en 13 folios que fue formalmente trasladado y que analiza el informe de VALORA, como en atención al estudio de MARCO MONTENEGRO, de igual manera allegado e incorporado debidamente al proceso.

Como se recordará, conforme al Código de Procedimiento Civil (art. 183 ya citado), *"Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para pedir*

pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente”.

En este sentido, es preciso recordar que ante las observaciones que se formularon a dicho estudio, el Tribunal haciendo uso de la facultad que la ley le otorga de decretar pruebas de oficio, mediante auto No. 18 de julio 7 de 2009 decretó dictamen pericial a cargo del Ingeniero Germán Noguera Camacho para rendir dictamen sobre la liquidación de lucro cesante que fuera procedente en este caso y de cuya objeción se ocupó en partes anteriores de este laudo.

3.5. La excepción de incumplimiento en la prueba de la ocurrencia y de la cuantía del siniestro.

Seguros Colpatria S.A. propuso dentro de las excepciones segundas subsidiarias la relativa a incumplimiento del artículo 1077 del C. de Co.; argumentó entre otras cosas que: *“En efecto y como ya se expuso y probó, al no haber un hecho amparado a través de la póliza, al estar excluidos algunas de los eventos relatados por la actora y que podrían configurar un hipotético siniestro y al haberse tornado ineficaz el anexo de proveedores, distribuidores y procesadores, resulta imposible considerar que FAVESTRELLA haya podido o pueda llegar a demostrar la ocurrencia de un siniestro indemnizable a la luz de la póliza de rotura expedida por las coaseguradoras.*

Pero si la demandante no ha podido demostrar la ocurrencia de un siniestro, qué decir respecto de la demostración de su hipotética pérdida?²²²

Pues bien, el momento en que se materializa el derecho a la indemnización del asegurado o beneficiario, coincide con el siniestro y el cual, de acuerdo con las voces del artículo 1072, es la realización del riesgo asegurado y por lo tanto, acaece en el momento en que cobran entidad los daños derivados del riesgo amparado.

Sin embargo, esa previsión que está contenida en el precepto antes citado merece contextualizarla en virtud de las modificaciones que el legislador introdujo respecto de la forma de operación de las pólizas de seguro respecto de determinados

²²² Folio 54 cuaderno principal No 2.

amparos o tipos de pólizas, con posterioridad a la expedición del Código de Comercio a través del Decreto 410 de 1971.

Por lo tanto, la lectura que corresponde a dicha norma en virtud de esas modificaciones legislativas, consiste en que el asegurado debe acreditar el siniestro y dependiendo del sistema de cobertura adoptado en la misma, habrá de comprobar, ya sea la realización del riesgo asegurado (art. 1072 C. de Co.), o bien, el descubrimiento de pérdidas que hubieren sido materia de amparo -ante la autorización que el Decreto 663 de 1.993 contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que consagró la posibilidad de amparar respecto de la actividad financiera los hechos pretéritos-, o eventualmente, acreditar la reclamación que le hubiere formulado el damnificado, a él mismo o a la aseguradora respecto de los amparos de responsabilidad que acojan este sistema de operación o de cobertura- ante la permisón que trae la ley 389 de 1.997 de acudir al esquema de aseguramiento bajo claims made o de reclamaciones presentadas-.

Ese momento de configuración del siniestro, también produce obligaciones a cargo del asegurado y entre sus deberes primordiales descuellan: el de salvamento, el de dar aviso del siniestro, el de declarar los seguros coexistentes y por supuesto, para hacer efectivo su derecho a ser indemnizado: debe acreditar la ocurrencia del siniestro y su cuantía. En el evento en que el asegurado o el beneficiario incumplan con las obligaciones que les correspondan en caso de siniestro, el asegurador puede deducir de la indemnización el valor de los perjuicios que le cause dicho incumplimiento (art 1078 inc 1º).

Es claro entonces que al asegurado le corresponde la carga de la prueba tanto del acaecimiento del siniestro como de su importe (C. de Co., art. 1077), lo cual obedece a que los seguros de daños, por disposición del artículo 1089 del Código de Comercio, son de naturaleza indemnizatoria, lo cual implica que están destinados a sufragar el detrimento patrimonial sufrido por el asegurado como consecuencia de un hecho amparado bajo la respectiva póliza, por lo mismo, el valor de la indemnización bajo este tipo de seguros se encuentra influenciado por la suma asegurada, el valor real del interés asegurado al momento de ocurrir el siniestro y el perjuicio que efectivamente derive el asegurado como consecuencia de dicho siniestro.

Estima el Tribunal que en virtud de la controversia que se ha presentado entre las partes respecto del contenido y extensión de la carga probatoria respecto de la ocurrencia del siniestro y el monto que este pudiera conllevar, es menester ahondar en este aspecto para motivar la decisión que se expresara en la parte resolutive de este laudo.

En primer término, a diferencia de otros ordenamientos, en nuestro derecho positivo, el artículo 1077 del estatuto mercantil contiene una disposición general en materia de prueba del siniestro y particularmente, de distribución de la carga probatoria entre los extremos de la relación contractual asegurativa, no porque constituya una ruptura de las reglas propias de ésta, como tampoco porque se hubiera pretendido crear un régimen excepcional, sino quizás para reiterar y dar claridad sobre la operancia de la misma para hacer efectiva la garantía asumida por el asegurador, de tal forma que allí se enfatiza que al asegurado le corresponde la carga de la prueba tanto del acaecimiento del siniestro como de su importe y al asegurador los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

En efecto, dicho precepto prescribe, como ya se destacó en aparte anterior de este laudo: *“Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.*

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

En la regulación del contrato de seguro no se encuentra alguna otra disposición a ese respecto y por lo tanto, es preciso tener presente que el artículo 822 del Código de Comercio establece la subsidiariedad de las disposiciones del Derecho Común, como quiera que en su inciso segundo expresa de forma perentoria: *“La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley”*

Por contera, resulta evidente que la temática de la prueba del siniestro es propia de las normas y principios generales del Derecho probatorio y sabido es que, si bien, el Código Civil contenía algunas disposiciones en materia de prueba de las obligaciones en los artículos 1757 a 1760, algunos fueron derogados por el C. de P.C., aunque subsisten los artículos 1757, 1760 y 1766, relativos, en su orden, a la

carga de la prueba, la necesidad de escritura pública cuando la ley la exija y la simulación, respectivamente.

Dentro de tales preceptos resulta pertinente recordar que el artículo 1757 es del siguiente tenor: *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”*, y al mismo tiempo, puntualizar que el Código de Procedimiento civil de 1970, que actualmente nos rige, introdujo diversos cambios en materia probatoria, entre los cuales se destacan el cambio de sistema de valoración de las pruebas, al pasar de la consagración de la tarifa legal al sistema de la sana crítica; el mayor énfasis en el decreto y práctica de las pruebas de oficio, con lo cual el juez toma parte activa en el proceso judicial, ya sea en la etapa probatoria misma, en el curso de los incidentes o bien, antes de proferir su fallo, por cuanto se reemplazó el auto para mejor proveer que estaba reservado para la segunda instancia y con el ánimo de aclarar puntos dudosos (art. 600 C.J.) y se le dio la posibilidad de hacerlo en la primera instancia y asimismo, la posibilidad de pruebas en la segunda instancia, vale decir, como consecuencia de la apelación de la sentencia y en frente de aquellas hipótesis previstas en el art. 361 del C. de P.C.

Igualmente, dicho estatuto adoptó una concepción más amplia de los medios de prueba que dejaron de ser taxativos, al declarar admisibles *“... cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”* (art. 175 C. de P.C) y de esta manera, dar cabida a medios de prueba no tradicionales.

En lo atinente a la carga de la prueba, el artículo 177 C. de P.C. amplió la concepción del art. 1757 C.C., al disponer: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”*

“Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”

Por lo tanto, debe probar quien pretenda demostrar la forma como sucedieron los hechos o las consecuencias derivadas de estos, en otras palabras, como la estructura de la norma jurídica, esta comprendida por supuestos de hecho y consecuencias jurídicas o sanciones, de lo que se trata es de acreditar las circunstancias fácticas comprendidas en dicha hipótesis normativa para que el juez pueda confrontar los hechos que le son acreditados y, si le generan certeza,

proceda a aplicar la consecuencia prevista en el precepto que se invoca como tal por las partes en sustento de sus pretensiones o de los medios exceptivos propuestos, de ahí las voces del artículo 174 del estatuto procedimental civil que prescribe: “ Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”.

Ahora bien, si el siniestro, por vía de principio, puede aseverarse que es la realización del riesgo asegurado, esto implica que al asegurado incumbe demostrar, a través de medios aptos, idóneos y que resulten convincentes, que la circunstancia de hecho, tal como se presentó, corresponde a uno de los riesgos que son materia de protección bajo la cobertura asegurativa y para lo cual, juega un papel importante el estado de la ciencia y de la técnica, pues determinará si se puede establecer con cierto grado de certeza o de probabilidad la forma como sucedió el hecho pretérito que se pretende incluido dentro de la cobertura en cuestión.

Para ese efecto, es preciso recordar que el artículo 175 del C. de P.C. preceptúa que *“sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”* y con lo cual se abre un amplio espectro con respecto a lo que el desarrollo tecnológico pueda traer y por ello, se afirma que nuestra regulación positiva consagra el principio de libertad de medios de prueba, lo cual por supuesto, es muy distinto a pretender que la simple afirmación o aseveración es prueba.

En este sentido, puede decirse que la actividad probatoria, de manera genérica, se encamina a generar certeza o convicción sobre los hechos que se aducen o se niegan y por lo tanto, el objeto de la prueba está determinado por los hechos invocados por las partes, al paso que el tema de la prueba tiene una connotación más de carácter procesal en cuanto que lo constituyen los hechos sobre los cuales versa el proceso judicial o arbitral en cuestión.

Para delimitar la extensión de la carga de la prueba, conviene precisar que están consagradas en el ordenamiento positivo diversas excepciones a la carga de la prueba o lo que es igual, hechos exentos de prueba y los cuales se refieren de manera única y exclusiva a los hechos notorios, las afirmaciones y negaciones indefinidas, los hechos presumidos por la ley, así como también la ley de carácter nacional (arts. 176,177 y 188 C. de P.C.).

En el mismo sentido y como consecuencia de rezagos de tarifa legal probatoria, también existen algunas restricciones a la libertad de medios de prueba que pueden ser de carácter sustancial, las cuales alinderan el contenido de la carga de la prueba, como acontece con la imposición de solemnidades por el mismo legislador y que por ende deben atenderse v.gr. respecto de la manera de acreditar el estado civil de las personas, la existencia y representación de las sociedades comerciales y de ciertos contratos, o respecto de la costumbre mercantil que exige una modalidad particular de prueba que está establecida en la ley.

En virtud del principio *actori incumbit probatio*, que reitera para el contrato de seguro el artículo 1077 del estatuto mercantil, el asegurado debe llevar a la aseguradora o al juzgador al convencimiento de que se presentó un hecho que es materia del amparo asumido por el asegurador y por lo mismo, se configuran también unas exigencias intrínsecas respecto de los medios probatorios que pretendan aducirse, por cuanto han de ser pertinentes, conducentes y efectivos para alcanzar ese objetivo. Aspecto que se desarrolla en el aparte siguiente de esta providencia.

De manera que, si corresponde al asegurado demostrar los hechos sobre los cuales funda su derecho a la prestación indemnizatoria que exige del asegurador, es una clara manifestación de la regla *onus probandi incumbit actori* y de la misma forma, que el asegurador deba acreditar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad; axiomas que son consecuentes con la regla reconocida desde antaño en el sentido que, quien alega la inexistencia o extinción de una obligación debe probarlos y que recoge la máxima *reus in excipiendo fit actor*.

Como corolario de lo anterior, si a quien corresponde aducir la prueba no lo hace, debe exonerarse a su contraparte como quiera que *actore non probante reus absolvitur*. Sin embargo, este no es un principio de carácter absoluto, en razón de lo que la doctrina moderna denomina los sucedáneos de la carga de la prueba y los cuales corresponden al principio de la comunidad de la prueba, la facultad del juzgador de decretar pruebas de oficio, las presunciones establecidas en la ley, la conducta de las partes y más modernamente, lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado como la carga dinámica de la prueba.

En consecuencia, en el presente caso bajo examen, encuentra el Tribunal que desde las comunicaciones de mayo 31 de 2004 enviadas a las sociedades

convocadas, contentivas de su reclamación, el asegurado acreditó la ocurrencia de los hechos y la existencia del siniestro, según quedó evidenciado en el análisis efectuado a lo largo de este laudo, pero no aconteció lo mismo con la cuantía de la pérdida que tan sólo viene a establecerse como consecuencia del dictamen pericial practicado en este proceso, como se verá más adelante, sirven de base al Tribunal para concluir en la imposición de una suma dineraria a cargo de las demandadas por concepto del lucro cesante originado en la ocurrencia del siniestro amparado con la póliza de Rotura de Maquinaria No. 330-0000670, aunque por un valor menor al fijado en la reclamación de la actora.

Por tanto, aunque con posterioridad a la reclamación extrajudicial de mayo 31 de 2004 en lo que se refiere a la cuantía del siniestro, el Tribunal encuentra que la sociedad demandante cumplió con las exigencias previstas en el artículo 1077 del C.Co., por lo que la excepción propuesta se negará, como se señalará en la parte resolutive de este Laudo.

3.6. La excepción de compensación.

Esta excepción fue propuesta por Seguros Colpatria S.A. bajo una estrecha relación con la de incumplimiento del asegurado del artículo 1074 del estatuto mercantil y la sustenta de la siguiente manera: *“De acuerdo con lo enunciado precedentemente se propone esta excepción en la hipótesis de que a pesar del mencionado incumplimiento en que incurrió Favestrella y de su responsabilidad civil consecencial, se estime que la aseguradora pueda estar obligada a resarcirla, como quiera que en tal escenario estaríamos en presencia de dos obligaciones recíprocas; a saber, la de Favestrella de indemnizar a la aseguradora los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de su obligación de evitar la propagación del siniestro, y por el otro lado la de la aseguradora que en este caso es de igual magnitud a la de Favestrella, de pagar la indemnización de ese perjuicio producido por el siniestro cuya propagación no se evito. Por consiguiente ambas obligaciones son susceptibles de compensarse entre sí.*

El valor de las pérdidas de la demandante por no haber evitado la propagación del siniestro, la hace deudora de ese mismo valor, de la sociedad aseguradora, por lo cual, de acuerdo con el artículo 1.714 del Código Civil, aplicable por remisión

*expresa del artículo 822 del Código de Comercio, opera la compensación, que extingue las dos obligaciones”.*²²³

Como el Tribunal en un acápite anterior de este laudo desestimó la excepción de incumplimiento del asegurado de la carga de evitar la extensión y propagación del siniestro (art. 1074 C. de Co.) es claro entonces que esta excepción está condenada a ser desestimada, por cuanto falla uno de los elementos sobre el cual pretendió fundamentarse.

3.7. La excepción de deducible.

Esta excepción fue propuesta por Seguros Colpatria S.A. y por La Previsora S.A. Compañía de Seguros con el propósito que el Tribunal considerará en el caso de una eventual condena que el deducible previsto en la póliza es de diez (10) días.

Como el deducible es la primera parte de la pérdida que debe ser asumida por el asegurado y habida cuenta que aparece debidamente comprobado en la póliza que el amparo de lucro cesante cuenta con un deducible que es efectivamente de 10 días, el Tribunal tendrá en cuenta este aspecto al liquidar los montos a cargo de las sociedades convocadas.

Ahora bien, en la medida en que la sociedad demandante no ha discutido la aplicación del deducible a su liquidación del siniestro, no se está, en realidad, ante una verdadera excepción, al margen de la existencia de los diferentes criterios que en los distintos informes técnicos obrantes en el expediente se advierten sobre el particular, a partir del texto de las condiciones de la póliza que señala lo siguiente:

*“**DEDUCIBLE:** 10% DEL VALOR DE LA PERDIDA, MINIMO US\$2.000 APLICABLE SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA (DAÑOS) POR CUALQUIER EVENTO LUCRO CESANTE POR ROTURA DE MAQUINARIA: 10 DÍAS PARA TODOS LOS EVENTOS”.*²²⁴

Para efectos de la aplicación del deducible el Tribunal tendrá en cuenta las consideraciones efectuadas por el perito en el folio 28 de su dictamen inicial, de manera que se tendrá en cuenta el periodo de afectación asociado a cada uno de los eventos que, a juicio del Tribunal, se encuentran amparados bajo la cobertura de daño material y en consecuencia, tienen incidencia en la liquidación del daño por lucro cesante.

²²³ Folios 52 y 53 cuaderno principal 2 .

²²⁴ Folio 63 vuelto cuaderno de pruebas No. 1

3.8. La excepción de coaseguro.

Esta excepción fue propuesta por La Previsora S.A. Compañía de Seguros para poner de presente que en la póliza de rotura de maquinaria No. 330-0000670 existe un COASEGURO del cual LA PREVISORA S.A. tiene un porcentaje del 30%.

Es claro que la compañía LÍDER es SEGUROS COLPATRIA S.A., a cuyo cargo corre la administración y atención de la póliza y la cual recibe del asegurado la prima total para distribuirla entre las compañías coaseguradoras en las proporciones pactadas. Por lo anterior, el asegurado únicamente obtuvo respuesta de la compañía LÍDER.

En verdad, se encuentra acreditado en el plenario que las aseguradoras parte en este proceso participan en el amparo materia de esta litis en **coaseguro** “...y en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro”. (1095 del C. Co.).

En relación con el coaseguro, en sentencia de 9 de octubre de 1998, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, expediente 4895, la Corte Suprema de Justicia expresó: “1. *El coaseguro constituye una modalidad de coexistencia de seguros, donde un número plural de aseguradores conviene distribuirse entre sí, frente un asegurado, en una cuota o valor predeterminados, el mismo interés y riesgo asegurado. Este acuerdo debe realizarse con la anuencia del asegurado, pues por virtud de él se genera una relación asegurativa autónoma con cada uno de los aseguradores, por la cual se obligan a responderle al asegurado por la cuota o valor respectivo del daño indemnizable, constituyendo ella el límite de lo reclamable frente a cada uno de los aseguradores.*”(Negrilla fuera de texto original).²²⁵

De otro lado, es preciso poner de presente que la convocante igualmente reconoce la existencia de coaseguro entre las compañías participantes, como quiera que en varias de su pretensiones hace referencia a la distribución de las responsabilidades bajo el anexo de lucro cesante de la póliza de rotura de

²²⁵ “Jurisprudencia de Seguros- Corte Suprema de Justicia- 1971-2000”, publicación de Fasescolda y Acoldese, Bogotá, 2000, página 349.

maquinaria y por lo mismo, es claro que corresponde a la siguiente participación: Seguros Colpatría S.A. 50%; La Previsora S.A. Compañía de Seguros 30% y Seguros Comerciales Bolívar S.A. : 20%, para la vigencia desde el 27 de junio de 2002 hasta el 27 de junio de 2003.

En consecuencia, para las determinaciones que se adopten en la parte resolutive de este laudo se tendrá en cuenta la distribución en coaseguro entre las convocadas, más no como consecuencia de haber prosperado la presente excepción, que como se evidenció, en estricto sentido no reviste tal carácter, sino que hace parte de la propias solicitudes de la convocante en su *petitum*.

3.9. Determinación de la suma a indemnizar por las convocadas. Pretensión tercera a sexta de la demanda.

En la reforma integrada de la demanda se formulan las siguientes pretensiones al respecto:

“[.] TERCERA: DECLARAR que, como consecuencia de lo anterior, la **FÁBRICA DE VELAS ESTRELLA S.A.-FAVESTRELLA-** fue afectada patrimonialmente por el desabastecimiento de parafina, y tuvo un lucro cesante por valor de **mil ochocientos setenta y cuatro millones seiscientos treinta y nueve mil novecientos ochenta y seis pesos (\$1.874.639.986)** o lo que resulte probado en el proceso.

CUARTA: DECLARAR que, como consecuencia de las declaraciones de las pretensiones primera a tercera, ocurrió el siniestro amparado por la póliza de Rotura de Maquinaria No. 330-0000670 expedida por SEGUROS COLPATRIA S.A, Anexo de lucro cesante, amparo de proveedores, distribuidores y procesadores, en la cual se especifica la siguiente participación: Colpatría S.A. 50%; La Previsora S.A. 30% y Seguros Bolívar: 20%, con vigencia desde el 27 de junio de 2002 hasta el 27 de junio de 2003.

QUINTA: DECLARAR, como consecuencia de la declaratoria anterior, que las aseguradoras SEGUROS COLPATRIA S.A., SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR S.A., y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, en proporción a su participación, están obligadas a pagar a la **FÁBRICA DE VELAS ESTRELLA S.A.** la suma de **mil ochocientos setenta y cuatro millones seiscientos treinta y nueve mil novecientos ochenta y seis pesos (\$1.874.639.986)** o lo que resulte probado en el proceso, por concepto de lucro cesante.

SEXTA: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a las aseguradoras SEGUROS COLPATRIA S.A., SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR S.A., y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, según la proporción de sus participaciones, al pago de **mil ochocientos setenta y cuatro millones seiscientos treinta y nueve mil novecientos ochenta y seis pesos (\$1.874.639.986)** a favor de la **FÁBRICA DE VELAS ESTRELLA S.A.** por concepto del lucro cesante originado en la ocurrencia del siniestro amparado con la póliza de Rotura de Maquinaria No. 330-0000670 expedida por SEGUROS COLPATRIA S.A, Anexo de lucro cesante por rotura de maquinaria, amparo de proveedores, distribuidores y procesadores, con vigencia del 27 de junio de 2002 al 27 de junio de 2003.”

Como ya se ha tenido ocasión de referir, a instancia de las partes fueron aportados al proceso distintos ejercicios encaminados a cuantificar, de acuerdo con el respectivo anexo del seguro, el posible lucro sufrido por Favestrella en

virtud de las restricciones de parafina, provenientes de diversas personas, en disímiles momentos, siguiendo variables y metodologías en varios aspectos no coincidentes entre sí, y arrojando resultados igualmente divergentes. En este sentido se encuentra la reclamación -con sus anexos- presentada por la convocante en mayo 31 de 2004, el informe final de siniestro No. 5017/2003 de Comercio Internacional Ltda. de junio 25 de 2004, los informes de ajuste de Crawford Colombia Ltda. – preliminar e interino- de noviembre 23 de 2004 y enero 22 de 2005, respectivamente, el informe de Valora Consultoría Empresarial Ltda. de abril 27 de 2009, el estudio de la firma Marco Montenegro y Asociados Ltda. de junio 12 de 2009, y los documentos de análisis de Luís Fernando Rico de noviembre 25 de 2004 y mayo 18 de 2009.

En el curso del proceso, como también ya ha sido reseñado, el Tribunal de manera oficiosa decretó la práctica de un dictamen pericial para que, *“con base en la información disponible en el expediente y la adicional que considere del caso solicitar a las partes”*, lo que supuso la revisión por el experto de los plurales informes técnicos aludidos, se determinaran *“las pérdidas que con cargo a este amparo habría sufrido FAVESTRELLA por los daños a la maquinaria de ECOPETROL...”*.

En relación con el dictamen pericial rendido, junto a sus aclaraciones y complementaciones posteriores, como se vio, no prosperaron las objeciones por error grave formuladas por las convocadas, y el Tribunal lo encontró serio, coherente, razonable y adecuadamente fundamentado.

Por consiguiente, con bastión principal en el método y las fórmulas de liquidación propuestas por el perito Noguera Camacho, que el Tribunal sigue para estos efectos, se determinará la cuantificación del lucro cesante sufrido por la convocante a la luz del anexo respectivo, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias y consideraciones adicionales:

(i) Como ya se resaltó, de conformidad con el numeral IX de las Condiciones Generales del Anexo de Lucro Cesante por Rotura de Maquinaria de la póliza que nos ocupa, *“El amparo del presente anexo está limitado a la pérdida real de beneficio bruto debida a la disminución del volumen del negocio y a los gastos para reducir la pérdida tal como se define a continuación”*. Respecto a la disminución del volumen del negocio, precisa que *“la pérdida de beneficio bruto se calcula multiplicando el tipo de beneficio bruto por la diferencia entre el volumen*

normal de ventas registrado en el ejercicio anterior correspondiente al periodo de indemnización y el volumen de ventas obtenido durante el periodo de indemnización”. Y termina aclarando, en el parágrafo A) de la misma condición, que: “Para el cálculo de la pérdida real de beneficio bruto, el volumen normal de ventas de que trata la cláusula ii-a tomará en cuenta, el incremento esperado para el ejercido (sic) en curso.”(Subraya el Tribunal).

A partir de la información sobre el comportamiento en ventas de la convocante, tanto anterior (2002) como posterior (2004) al período de afectación (febrero-agosto de 2003), y considerando de manera principal la “tendencia del negocio”, en el dictamen pericial rendido en el proceso, cuya metodología fue acogida por el Tribunal, se determinaron las ventas nacionales perdidas de la convocante esperadas para el lapso temporal relevante, en los siguientes términos:

“Con base en el análisis de tendencia se estima el porcentaje en el que se deben ajustar las ventas del año 2002, en pesos constantes, para estimar las ventas teóricas del 2003, y esta cifra así estimada se compara con las ventas reales del período febrero agosto de 2003. La diferencia entre las ventas teóricas y las ventas reales corresponde a la estimación de ventas perdidas en este período. El cálculo se presenta en el cuadro siguiente, y determina una disminución de las ventas de \$710'008.000”²²⁶.

Así las cosas, se tiene que de conformidad con el ejercicio realizado en la experticia, el perito llegó a la cifra de \$710'008.000 como valor de disminución en las ventas nacionales de la convocante en el año 2003 (febrero a agosto), a partir de constatar la variación de las ventas reales y totales de la actora entre el año 2002 y el año 2004, esto es, dos períodos de tiempo cuando no hubo problemas de restricción de parafina y, por lo mismo, indicadores relevantes de la tendencia normal de la operación de la accionante y del valor total de las ventas nacionales razonablemente esperadas para el período de afectación en el año 2003, sin que quepa adicionar o acumular por separado casos o eventos particulares de ventas supuestamente frustradas, las que, en principio –si las hubo-, deben entenderse incluidas en el referido valor de estimación global.

En este sentido, para el Tribunal, el plenario no ofrece elementos de certeza sobre la excepcionalidad de episodios específicos en los períodos de ventas analizados en la experticia, que lo lleven a establecer que las eventuales pérdidas en ventas de la actora, con ocasión del alegado racionamiento eléctrico en mayo de 2003 por unos cuantos días en algunos municipios de Valle y Nariño, deban entenderse por fuera del cálculo y de las estimaciones realizadas por el perito en cuanto al

²²⁶ Folio 18 cuaderno de pruebas No 37.

total de ventas nacionales esperadas y afectadas para febrero-agosto de ese año, en los términos como quedó resumido.

Por lo demás, y de manera adicional, pone de presente el Tribunal que en este aspecto de la reclamación de lucro por el citado racionamiento, se evidencia una falta de acreditación (o de imposibilidad de verificación, en palabras del perito)²²⁷ de varias de las bases o supuestos que la apoyan, tanto en lo atinente a la existencia misma del supuesto lucro dejado de recibir, así como de su cuantía, empezando por la ausencia probatoria que se advierte sobre la existencia misma de pedidos que se hubiesen recibido de manera particular con ocasión del racionamiento alegado y que se dice no pudieron ser atendidos por razón de las limitaciones en la parafina, junto con la demostración de sus montos y cantidades requeridas. En consecuencia, este rubro de la reclamación será excluido de la liquidación de la pérdida sufrida por Favestrella.

(ii) A igual conclusión llega el Tribunal en lo que se refiere a la reclamación derivada de la supuesta pérdida de ventas de 48 contenedores a Haití aducida por la convocante.

En lo relativo a este punto, el Tribunal solicitó al perito mayores detalles sobre las negociaciones y exportaciones de la actora a Haití, en los siguientes términos:

“(i) en qué fechas, cuáles y por qué valores se realizaron pedidos efectivamente; (ii) en qué fechas, cuáles y por qué valores se facturaron efectivamente; (iii) en que fechas y cuáles se despacharon efectivamente al destinatario; y (iv) en qué fechas y cuáles fueron efectivamente pagados a Favestrella.”

A lo cual, el perito respondió en la página 7 de las aclaraciones rendidas el 3 de Noviembre de 2009, lo siguiente:

“Las exportaciones a Haiti son las que se relacionan en la tabla siguiente.”

HAITI							
Concepto	Documento	No. Doc.	Fecha	Empresa que emite	Empresa que Recibe	Cantidad	Valor Total
Pedido	Carta		21/04/2003	ABC Trading of Miami	Favestrella S.A.	6 conten	104.384
Facturación	Fact de Venta	FE - 7	15/09/2003	Favestrella S.A.	Rue Du Magasin De L'état	33.376	26.096

Con relación a otros despachos, salvo la mención de la comunicación de ABC Candles en cuanto al volumen proyectado de 8 contenedores/mes, no hay más información. Tampoco se tiene información sobre las fechas de pago.”

²²⁷ Folio 20 cuaderno de pruebas No 37.

Sobre este particular el Tribunal formula las siguientes precisiones:

Con respecto a la proyección del negocio de exportaciones con Haití de 48 contenedores, según se lee en la comunicación de septiembre 15 de 2004 de TUCSON INTERNATIONAL CORP²²⁸, por un valor de \$625.000 dólares hasta diciembre de 2003, y como se desprende la misma comunicación, no se trataba de un negocio en firme o ya definido, que implicara la entrega de producto en unas fechas determinadas.

En este sentido cabe resaltar que el señor EDOMAR GOMEZ, funcionario de la empresa intermediaria en la negociación (ABC CANDLES), en la declaración rendida ante el Tribunal, fue claro en reiterar que el negocio estaba circunscrito a 6 contenedores y en calidad de prueba, para efectos de eventuales negociaciones futuras, lo cual, como se vio, concuerda con la información suministrada al Tribunal por parte del perito Noguera Camacho con base en la documentación aportada al expediente. En consecuencia, ante el carácter eventual de la negociación de los supuestos 48 contenedores, el Tribunal estima que no puede considerarse la misma como parte del daño cierto y directo que habría recibido FAVESTRELLA a título de lucro cesante.

En comunicación de abril 21 de 2003, dirigida a Favestrella, por ABC CANDLES se señala que:

"...nos hicieron un pedido de 6 contenedores de Vela referencia tipo RIKA la cual se desarrollo con su colaboración. Las fechas de entrega son:

Primer Embarque de dos contenedores: MAYO 30, 2003.

Segundo Embarque de cuatro contenedores: JUNIO 27, 2003²²⁹

Ahora bien, de estos seis contenedores obra en el expediente, y así lo precisó el perito en su escrito de aclaraciones, se dejaron de despachar cuatro (4), y por lo tanto respecto de la pérdida por exportaciones a Haití, estima al final el perito que *"Podría eventualmente considerarse que esta parte de la pérdida está incluida en los \$ 475 millones estimados de exportaciones no realizadas."*, lo cual encuentra razonable el Tribunal por razones equivalentes a las reseñadas al respecto líneas atrás cuando tuvo ocasión de referirse a las pérdidas alegadas por la actora con motivo del racionamiento eléctrico que ésta invocó.

Cabe recordar que para estimar la cuantificación de las exportaciones el perito en su dictamen de 21 de septiembre de 2009 expuso lo siguiente:

²²⁸ Folio 91 cuaderno de pruebas No 1

²²⁹ Folio 87 cuaderno de pruebas N 1

“Para la estimación de la afectación de las exportaciones, se tiene en cuenta lo mencionado en el numeral 3.1.3, y si bien se cuenta con una muy corta trayectoria exportadora, se considera factible realizar un análisis similar al realizado en el párrafo anterior para las ventas nacionales, que permite estimar una disminución de las ventas, en este caso no en el periodo febrero-agosto, sino en el total del año, de \$ 475'356,000, como se muestra en el cuadro siguiente...”²³⁰

(iii) Respecto a las exportaciones a Venezuela, en las aclaraciones al dictamen pericial rendidas el 3 de Noviembre de 2009, ante una solicitud del Tribunal, el perito precisó lo siguiente:

“En cuanto al negocio, o proyección del negocio de exportación de Favestrella a Venezuela por valor de US\$ 20.603.98 al que se refiere la experticia en la página 17, se aclare y complemente lo siguiente: (i) en qué fechas, cuáles y por qué valores se realizaron pedidos efectivamente; (ii) en qué fechas, cuáles y por qué valores se facturaron efectivamente; (iii) en que fechas y cuáles se despacharon efectivamente al destinatario, o si fueron cancelados y por qué causa; y (iv) en qué fechas y cuáles fueron efectivamente pagados a Favestrella.

De acuerdo con la información existente en el expediente, las exportaciones realizada por Favestrella en el 2003, son las siguientes:

Exportaciones 2003					
Fecha	Venezuela	EEUU	Haiti	Puerto Rico	Ecuador
Ene-03	-	22.405,2	-	-	-
Ene-29	26.335,5	-	-	-	-
Feb-28	-	-	-	-	5.272,8
Mar-18	13.925,8	-	-	-	-
Mar-28	-	-	-	64,0	-
Jul-09	20.604,0	-	-	-	-
Sep-15	-	-	26.096,0	-	-
Sep-18	-	475,2	-	-	-
Sep-23	-	-	-	1.682,0	-
Dic-20	40.501,2	-	-	-	-
Total	101.366,5	22.880,4	26.096,0	1.746,0	5.272,8

El asegurado en sus documentos relaciona como parte de las ventas no realizadas la exportación correspondiente a la Orden de Compra emitida por Cativen, con fecha de abril 28 de 2003, por valor de US\$ 20,603,98. Exportación que para efectos del dictamen se tomó como parte de las ventas no realizadas.

La solicitud del tribunal en cuanto a revisar las exportaciones a Venezuela, fechas de pedido y de despacho, nos permite detectar que este pedido sí fue atendido, y fue despachado y facturado en el mes de julio de 2009. Los documentos que sustentan esta transacción son los siguientes (de estos documentos se anexa copia a este reporte):

VENEZUELA							
Concepto	Documento	No. Doc.	Fecha	Empresa que emite	Empresa que Recibe	Cantidad	Valor Total
Pedido	Orden de Compra	830437	28/04/2003	Cativen S.A.	Favestrella S.A.	1700 Cajas	20.603,98
Facturación	Factura de Venta	FE-6	08/07/2003	Favestrella S.A.	Cativen S.A.	1700	20.603,98
Despacho	Manifiesto de Carga	84934		Cordicargas	Favestrella S.A.	1700 Cajas	20.603,98
	Declaración de Exportacion	07010141	15/07/2003	DIAN	Favestrella S.A.	1700 Cajas	20.603,98

De acuerdo con lo anterior, este concepto debe ser excluido de la cuantía de la pérdida para efectos de la liquidación. “

²³⁰ Folio 19 cuaderno de pruebas No 37.

En consecuencia como estas exportaciones sí se efectuaron, no se requiere análisis adicional, y no se tendrán en cuenta para calcular la afectación en las exportaciones de la entidad asegurada.

(iv) De otro lado, como en apartes anteriores de esta providencia se establece que deben desestimarse las excepciones de huelga y conflictos laborales, el Tribunal ha acogido el método y fórmulas de liquidación propuestas por el perito Noguera Camacho, excluyendo expresamente darle peso o participación alguna a los eventos de cese de actividades laborales de Ecopetrol, en consonancia con las razones ya expuestas en el punto 2.1.1. de esta providencia.

(v) Finalmente, en lo relativo al lucro cesante reclamado, como el Tribunal encuentra probada parcialmente la excepción de Inexistencia de amparo, de riesgo excluido y de pérdidas o daños que en su origen u extensión sean causadas por desgaste y deterioro paulatino, en lo relativo a los eventos Nos 1,2 y 13 a que hace referencia el dictamen del perito Noguera Camacho, la incidencia de tales eventos en el lucro cesante, no serán tenidas en cuenta en la liquidación que a continuación efectúa este Tribunal.

Así, con base en las consideraciones expuestas, tomando en cuenta las fórmulas y el método de liquidación de pérdidas del dictamen y los eventos expresamente aceptados en este laudo, se hace la siguiente liquidación:

	Fecha ocurrencia	Porcentaje de participacion	Ventas no realizadas	Tipo de beneficio bruto	Pérdida de beneficio bruto	Días tomados por la reparación	Días de afectación (reparación más 103 días)	Días de deducible	Proporción días deducible vs días afectación	Monto del deducible	Indemnización
Evento 3	01-Abr	16,48%	182.580	50,40%	92.020	29	132	10	7,6%	6.971	85.049
Evento 4	29-Mar	8,52%	94.438	50,40%	47.597	15	118	10	8,5%	4.034	43.563
Evento 5	08-Abr	4,55%	50.367	50,40%	25.385	8	111	10	9,0%	2.287	23.098
Evento 6	07-Abr	1,14%	12.592	50,40%	6.346	2	105	10	9,5%	604	5.742
Evento 7	02-Abr	0,57%	6.296	50,40%	3.173	1	104	10	9,6%	305	2.868
Evento 8	02-Abr	3,98%	44.071	50,40%	22.212	7	110	10	9,1%	2.019	20.193
Evento 9	17-Mar	24,43%	270.722	50,40%	136.444	43	146	10	6,8%	9.345	127.098
Evento 10	05-May	4,55%	50.367	50,40%	25.385	8	111	10	9,0%	2.287	23.098
Evento 11	05-May	4,55%	50.367	50,40%	25.385	8	111	10	9,0%	2.287	23.098
Evento 12	14-May	2,27%	25.183	50,40%	12.692	4	107	10	9,3%	1.186	11.506

Las cifras de la tabla están presentadas en miles de pesos, así la cifra total es

Total indemnización en Col\$	\$ 365.312.718
------------------------------	-----------------------

Son TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS DOCE MIL SETECIENTOS DIEZ Y OCHO PESOS (\$ 365'312.718).

Suma que, en razón al coaseguro, se divide de la siguiente manera:

A cargo de SEGUROS COLPATRIA S.A. el 50% de esta suma esto es:

CIENTO OCHENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL
TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$182'656.359)

A cargo de la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS el 30% de esta suma
esto es:

CIENTO NUEVE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y TRES MIL
OCHOCIENTOS QUINCE PESOS (\$109'593.815)

A cargo de SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. el 20% de esta suma esto
es:

SETENTA Y TRES MILLONES SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CUARENTA
Y CUATRO PESOS (\$73'062.544).

3.10. Intereses de mora: la pretensión séptima principal y las subsidiarias de la demanda, y la excepción de inexistencia de la obligación de pago de intereses

En su demanda, la convocante plantea al respecto la siguiente pretensión principal:

“SÉPTIMA: DECLARAR civilmente responsables a las mismas aseguradoras COLPATRIA S.A., LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS y SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. al pago a mi poderdante sociedad, Fábrica de Velas Estrella S.A. “FAVESTRELLA S.A.”, de los intereses moratorios, desde el mismo momento en que “FAVESTRELLA S.A.” dio efectivo cumplimiento al artículo 1080 del Código de Comercio (31 de mayo de 2004), disposición legal ésta que trata sobre la “OPORTUNIDAD PARA EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN” y que a la letra señala:

“El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún EXTRAJUDICIALMENTE, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad”. De tal forma, el artículo 1077, de la misma obra que habla de la “CARGA DE LA PRUEBA”, esta norma establece que: “Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de pérdida, si fuere del caso”. Cuando estos dos elementos se cumplen a cabalidad, estamos entonces en presencia de una reclamación formal y las compañías aseguradoras, deben dar efectivo cumplimiento al artículo 1080 del citado código.

En este orden mi poderdante sociedad, Fábrica de Velas Estrella S.A. “FAVESTRELLA S.A.” con las comunicaciones: DO-005, DO-006, DO-007 de mayo 31 de 2004, formalizó legalmente la reclamación para todas y cada una de las anotadas aseguradoras. Documentos que se adjuntan como pruebas.

Solamente la aseguradora COLPATRIA S.A., se pronunció al respecto con su carta CAC-460Ind-g de junio 30 de 2004. En dicha comunicación esta compañía de seguros, propuso una indemnización por valor de CIENTO CINCUENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$151'200.000), objetando la solicitud de pago en cuanto exceda de dicho valor.

Al tenor de la citada norma (Artículo 1080 del Código de Comercio), los intereses moratorios empezarán a contabilizarse desde el día 1 de julio de 2004, hasta cuando se

verifique realmente el pago. Es de anotar, que al momento de la presentación de esta demanda estos intereses moratorios ascienden a CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS CINCO MIL NOVECIENTOS CINCO PESOS MCTE (\$481'805.905.00)".

Y como pretensiones subsidiarias, formula las siguientes:

“PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRINCIPAL: ORDENAR que las sumas aquí reconocidas, sean pagadas con adición de los intereses moratorios sean reconocidos desde la fecha en que se presentó la demanda hasta el momento que se realice el pago.

PRETENSIÓN SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA SUBSIDIARIA ORDENAR que las sumas aquí reconocidas, sean pagadas con adición de los intereses corrientes, desde la fecha en que se venció el plazo para pagar la reclamación y la fecha en que efectivamente se reciba su pago.

PRETENSIÓN SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA SUBSIDIARIA: ORDENAR que las sumas aquí reconocidas, sean pagadas incluyendo su actualización, desde la fecha en que se venció el plazo para pagar la reclamación y la fecha en que efectivamente se reciba su pago.”

Frente a estas pretensiones se propuso la excepción de “inexistencia de la obligación al pago de intereses”. Esta excepción fue propuesta por Seguros Colpatria S.A. y después de diversas consideraciones sobre los artículos 1077 y 1080 del estatuto mercantil, afirma que: *“Reitero, como lo manifesté en la excepción anterior que en el presente caso, el asegurado no ha cumplido con su obligación de demostrar la ocurrencia del siniestro, por lo mismo, y con mayor razón, no existe obligación a cargo de la aseguradora al reconocimiento de intereses”*.²³¹

Al respecto el Tribunal considera:

En efecto, el artículo 1080 del C. de Co. dispone que *“El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.”*

Ciertamente no ha sido pacífico el criterio, en jurisprudencia y doctrina, al momento de fijar el alcance de la referida norma, en particular, para los casos distintos a aquél en que el asegurado acudió a la etapa de formulación de una reclamación extrajudicial de pago en la que logró acreditar tanto la existencia del siniestro como su cuantía, pues en esta hipótesis, al tenor de la citada disposición

²³¹ Folio 55 cuaderno principal No 2.

legal, no cabe duda de que la mora del asegurador se configura pasado el mes siguiente. Conforme ya fue materia de revisión por parte del Tribunal, la conclusión a la que se llegó en el *sub-lite* es que la cuantía del siniestro alegado por la convocante sólo vino a ser debidamente acreditada con ocasión de las pruebas decretadas y practicadas dentro del proceso, de manera principal, aunque no exclusiva, del dictamen pericial rendido a instancias del Tribunal, junto con sus complementaciones y aclaraciones posteriores.

Pues bien, como el artículo 1077 del Código de Comercio exige que el asegurado además de demostrar la ocurrencia del siniestro debe hacerlo respecto de su cuantía y en relación con esta última ello ocurre con el reconocimiento que el Tribunal ha hecho y que se concreta en la parte resolutive de este Laudo, así solamente pasado el mes a que se refiere el artículo 1080 contado a partir de la fecha de esta providencia sin que se verifique su pago, se causarían los intereses de mora que allí se contemplan.

Por este motivo prospera la excepción propuesta por Seguros Colpatria de inexistencia de la obligación al pago de intereses, por cuanto no se acreditó la mora del asegurador como ha quedado expuesto.

En virtud de las consideraciones anteriores, el Tribunal estima que carecen de fundamento tanto la PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRINCIPAL que pretendía el reconocimiento de los intereses moratorios desde la fecha de presentación de la demanda como la PRETENSIÓN SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA SUBSIDIARIA, que pretendía que sobre las sumas que fueran reconocidas en este laudo, fueran pagadas, con adición de los intereses corrientes, desde la fecha en que hubiera vencido el plazo para pagar la reclamación y la fecha en que efectivamente se reciba su pago.

En lo relativo a la PRETENSIÓN SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA SUBSIDIARIA (A)²³² en la cual se solicitaba la actualización de las sumas reconocidas en el laudo, para que fueran pagadas incluyendo su actualización, desde la fecha en que se venció el plazo para pagar la reclamación y la fecha en que efectivamente se reciba su pago, es preciso señalar que el monto del perjuicio patrimonial materia de indemnización bajo el contrato de seguro debe corresponder, según las voces del artículo 1089 del estatuto mercantil, al valor real

²³² Dado que la demanda denominó las dos excepciones exactamente con el mismo nombre, se le agrega el literal (A) para distinguirla de la otra excepción con idéntica nominación.

del interés asegurado en el momento del siniestro y por lo mismo, la misma ley excluye la posibilidad de actualización o indexación, a menos que esto último expresamente se pacte, lo que no aconteció en este caso.

De otra parte, en cuanto a la determinación que adoptará el Tribunal en la parte resolutive, atinente a los intereses moratorios que se causarían de no ser pagado por las convocadas dentro del mes siguiente a la fecha de esta providencia (art. 1080 C. de Co.), el monto de la indemnización que ha liquidado el Tribunal, no es factible aplicarles factor de corrección alguno por cuanto no sólo no se han causado, sino también porque doctrina y jurisprudencia coinciden en que los intereses moratorios en materia comercial son calculados con base en el interés bancario corriente, el cual contempla dentro de sus componentes la corrección monetaria. En consecuencia, la actualización o indexación no resulta compatible con los intereses comerciales, sean estos corrientes o moratorios y por lo tanto, la pretensión en cuestión será despacha también de forma desfavorable en la parte resolutive de este laudo.

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), reiterando que el ordenamiento procesal civil adopta un criterio objetivo, no solo para la condena, pues *“(...) se condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso, independientemente de las causas del vencimiento”²³³, sino también para la determinación de aquellas en cada uno de sus componentes, siguiendo en este punto la teoría moderna procesal, pues como lo señala CHIOVENDA, “ la característica moderna del principio condena en costas, consiste precisamente en hallarse condicionada al vencimiento puro y simple, y no a la intención ni el comportamiento del vencido (mala fe o culpa).²³⁴* En el presente caso, conforme los numerales 1º y 6º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda se condenará en costas y agencias en derecho a las compañías demandadas, fundándose el Tribunal en que no obstante han prosperado algunas de las excepciones formuladas por las convocadas, estas no lograron enervar el núcleo de las

²³³ Corte Constitucional, Sentencia C-480 de 1995 MP Jorge Arango Mejía.

pretensiones declarativas y de condena, y de esta manera las compañías convocadas de un lado asumirán los costos que les ha generado el presente trámite y adicionalmente el Tribunal las condenará a asumir el SETENTA POR CIENTO (70%) de las expensas que efectivamente debió asumir la compañía convocante FAVESTRELLA S.A. a lo largo del trámite y que se encuentran acreditados en el expediente conforme la siguiente liquidación:

Costos asumidos por la CONVOCANTE FAVESTRELLA S.A.	Monto (pesos)
Honorarios de los árbitros (sin IVA)	100'836.037
IVA honorarios árbitros	16'133.766
Honorarios del secretario (sin IVA)	16'810.506
IVA honorarios secretario	2'689.681
Gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (sin IVA)	16'810.506
IVA gastos Centro de Arbitraje y Conciliación.	2'689.681
Protocolización y registro y otros.	6'500.000
Honorarios perito	7'000.000
IVA honorarios perito	1'120.000
Gastos pericia	1'750.000
TOTAL GASTOS ASUMIDOS FAVESTRELLA	\$ 172'340.177

Así, el 70% de esta suma es la suma de CIENTO VEINTE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL CIENTO VEITICUATRO PESOS (\$120'638.124.); adicionalmente se fijan como agencias en derecho la suma de SESENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL VENTICINCO PESOS (\$67'242.025) suma esta última que deberá ser asumida en un 100% por las convocadas. En conclusión se tiene que la liquidación total de las costas y agencias en derecho asciende a un total de CIENTO OCHENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL CUARENTA Y NUEVE PESOS (\$187.880.149); suma que se reparte entre las compañías aseguradoras en proporción a su participación en el coaseguro así:

A cargo de SEGUROS COLPATRIA S.A., el 50% de la suma liquidada, esto es la suma de NOVENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA MIL SETENTA Y CUATRO PESOS (\$93'940.074).; a cargo de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, el 30% de la suma liquidada, esto es la suma de CINCUENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CUARENTA Y CINCO PESOS (\$56'364.045); a cargo de SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. el 20% de la suma liquidada, esto es la suma de TREINTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS TREINTA PESOS (\$37'576.030).

²³⁴ Jose Chioyenda, la condena en costas, trad. Juan de la Puente y Quijano, Tijuana, B.C 1985 pag 220

CAPITULO SEXTO - DECISIÓN

En mérito de las consideraciones que anteceden el Tribunal de Arbitramento integrado para resolver las diferencias entre la FÁBRICA DE VELAS ESTRELLA S.A. –FAVESTRELLA S.A.- y SEGUROS COLPATRIA S.A., SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, por unanimidad

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar probada parcialmente la excepción de “inexistencia de amparo” y de “riesgo excluido” propuestas por Seguros Colpatría S.A., de “riesgo excluido” propuesta por Seguros Comerciales Bolívar S.A, y de “exclusión por pérdidas o daños que en su origen o extensión sean causadas por desgaste y deterioro paulatino” propuesta por La Previsora S.A Compañía de Seguros, en lo relativo a los “Eventos” No.1, 2 y 13 descritos en el dictamen pericial, en los términos señalados en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Declarar prospera la excepción segunda subsidiaria denominada “inexistencia de la obligación al pago de intereses” propuesta por Seguros Colpatría S.A. y en consecuencia declarar civilmente responsables a las aseguradoras SEGUROS COLPATRIA S.A., LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS y SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. al pago a FÁBRICA DE VELAS ESTRELLA S.A. “FAVESTRELLA S.A.”, de los intereses moratorios que se llegaren a causar sobre las condenas del numeral décimo de esta providencia solo a partir del mes siguiente a la fecha de este laudo.

TERCERO.- Declarar no probadas las demás excepciones perentorias presentadas por las convocadas y señalar que tampoco se estructuró dentro del proceso un hecho exceptivo susceptible de ser declarado de oficio.

CUARTO.- Declarar no probadas las objeciones por error grave formuladas por las convocadas respecto del dictamen pericial rendido dentro del presente trámite arbitral por parte del Ingeniero Germán Noguera Camacho.

QUINTO.- Declarar que durante el año 2003, la maquinaria y equipos de la Planta de Parafinas en la Refinería de Barrancabermeja de ECOPETROL sufrieron daños de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO.- Declarar que, como consecuencia de lo anterior, durante el año 2003, ECOPETROL, proveedor de FAVESTRELLA S.A., tuvo restricciones en la producción y suministro a nivel nacional, de parafina líquida liviana, parafina líquida media y parafina empacada media.

SÉPTIMO.- Declarar que, como consecuencia de lo anterior, la FÁBRICA DE VELAS ESTRELLA S.A. –FAVESTRELLA S.A.- fue afectada patrimonialmente por el desabastecimiento de parafina, y tuvo un lucro cesante por valor de **TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS DOCE MIL SETECIENTOS DIEZ Y OCHO PESOS.(\$ 365'312.718).**

OCTAVO.- Declarar que, como consecuencia de las declaraciones cuarta a sexta anteriores, ocurrió el siniestro amparado por la póliza de Rotura de Maquinaria No. 330-0000670 expedida por SEGUROS COLPATRIA S.A., Anexo de lucro cesante, amparo de proveedores, distribuidores y procesadores, en la cual se especifica la siguiente participación: SEGUROS COLPATRIA S.A. 50%; LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS 30% y SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR S.A.: 20%, con vigencia desde el 27 de junio de 2002 hasta el 27 de junio de 2003.

NOVENO.- Como consecuencia de la declaratoria anterior, declarar que las aseguradoras SEGUROS COLPATRIA S.A., SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR S.A., y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, en proporción a su participación, están obligadas a pagar a la FÁBRICA DE VELAS ESTRELLA S.A. –FAVESTRELLA S.A.- la suma de **TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS DOCE MIL SETECIENTOS DIEZ Y OCHO PESOS.(\$ 365'312.718)** por concepto de lucro cesante.

DÉCIMO.- Como consecuencia de lo anterior, se condena a las aseguradoras SEGUROS COLPATRIA S.A., SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR S.A., y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, según la proporción de sus participaciones, al pago de **TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS DOCE MIL SETECIENTOS DIEZ Y OCHO PESOS.(\$**

365´312.718) a favor de la FÁBRICA DE VELAS ESTRELLA S.A.-FAVESTRELLA S.A.-, por concepto del lucro cesante originado en la ocurrencia del siniestro amparado con la póliza de Rotura de Maquinaria No. 330-0000670 expedida por SEGUROS COLPATRIA S.A., Anexo de lucro cesante por rotura de maquinaria, amparo de proveedores, distribuidores y procesadores, con vigencia del 27 de junio de 2002 al 27 de junio de 2003, condena que conforme a la participación en el coaseguro se especifica así:

a. Se condena a SEGUROS COLPATRIA S.A. a pagar a FÁBRICA DE VELAS ESTRELLA S.A. -FAVESTRELLA S.A.- el 50% de esta suma esto es **CIENTO OCHENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$182´656.359)**

b. Se condena a la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS a pagar a FÁBRICA DE VELAS ESTRELLA S.A. -FAVESTRELLA S.A.- el 30% de esta suma esto es **CIENTO NUEVE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS QUINCE PESOS (\$109´593.815)**

c. Se condena a SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. a pagar a FÁBRICA DE VELAS ESTRELLA S.A. -FAVESTRELLA S.A.- el 20% de esta suma esto es **SETENTA Y TRES MILLONES SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$73´062.544)**

DECIMO PRIMERO.- Declarar no prósperas las pretensiones de la reforma de la demanda denominadas PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEPTIMA PRINCIPAL, PRETENSIÓN SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA SUBSIDIARIA y PRETENSIÓN SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA SUBSIDIARIA (A).

DECIMO SEGUNDO.- Condenar en costas a las demandadas en la proporción del coaseguro así:

a. Se condena a SEGUROS COLPATRIA S.A., a pagar a favor FÁBRICA DE VELAS ESTRELLA S.A. -FAVESTRELLA S.A.- la suma de **NOVENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA MIL SETENTA Y CUATRO PESOS (\$93´940.074).**

b. Se condena a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, a pagar a favor FÁBRICA DE VELAS ESTRELLA S.A. -FAVESTRELLA S.A.- la

suma de **CINCUENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CUARENTA Y CINCO PESOS (\$56´364.045)**

c. Se condena a SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. a pagar a favor FÁBRICA DE VELAS ESTRELLA S.A. -FAVESTRELLA S.A.- la suma de **TREINTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL TREINTA PESOS (\$37´576.030)**

DECIMO TERCERO.- El Tribunal dispone que el presidente elabore y presente a las partes la cuenta final de gastos de las partidas “protocolización y registro” y “gastos del proceso”, y ordene la restitución de las sumas remanentes a que hubiere lugar.

DECIMO CUARTO.- En firme el presente laudo el Presidente procederá a la protocolización del expediente en una notaría de la ciudad de Bogotá e igualmente rendirá cuenta a las partes de los gastos del proceso y, si hubiere lugar a ello, las requerirá para que por partes iguales y en un plazo máximo de ocho (8) días hábiles, asuman los valores faltantes para cubrir los gastos de protocolización.

DECIMO QUINTO.- El Secretario expedirá copia auténtica del presente laudo, con las anotaciones que ordena la ley, con destino a las partes y al Procurador Judicial, y una copia adicional para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE EDUARDO NARVAEZ BONNET
Presidente

SAUL FLOREZ ENCISO
Arbitro

JAVIER BONIVENTO JIMENEZ
Arbitro

JORGE SANMARTIN JIMENEZ
Secretario