Señores
MAPFRE SEGUROS DE COLOMBIA S.A.
Ciudad

Asunto: Concepto Caso deslizamiento doble calzada Pasto-Rumichaca

Apreciados señores:

En el presente concepto, se realizará un análisis respecto a la posición jurídica que se sugiere adoptar a la aseguradora, en relación con el aviso de siniestro realizado por el asegurado Consorcio SH identificado con NIT 9009376622; para el efecto, (i) se relaciona el contrato de seguro que fue otorgado y algunos aspectos como su vigencia, modalidad de cobertura, objeto, entre otros; (ii) se efectuará una síntesis del aviso realizado; (iii) un análisis relativo a la cobertura, el cual se encontrará dividido en el reporte recibido, las causas del siniestro conforme al informe del experto Terratest; y (iv) un análisis sucinto respecto a las exclusiones estipuladas en la póliza.

1. **Póliza aportada por Mapfre Seguros Generales S.A. (en adelante, "Mapfre" o la "Aseguradora").**

Se trata de la Póliza Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 201218056277 (en adelante, la "Póliza") con la siguiente vigencia:

Vigente del 24 de agosto de 2018 al 15 de febrero de 2021

Modalidad de cobertura: La modalidad de cobertura es por reclamación (Claims Made), con un periodo de retroactividad desde el 27 de octubre de 2017 pero específicamente para las actividades de diseño.

En la Póliza, el tomador y asegurado es el Consorcio SH y, además, se especifica como asegurado adicional a la Concesionaria Vial Unión del Sur exclusivamente en relación a las responsabilidades que se le pudieran derivar de errores u omisiones profesionales de Consorcio SH.

El beneficiario es cualquier tercero afectado, especificando que la Concesionaria Vial Unión del Sur, pese a su condición de asegurado adicional, no pierde su calidad de tercero y posible beneficiario.

Riesgo asegurado: En la póliza se estipula que **"***Queda cubierta la Responsabilidad Civil Profesional que le fuera imputable a los asegurados como consecuencia de errores u omisiones profesionales en los que pueda incurrir en el ejercicio de su actividad profesional en relación al proyecto asegurado*."

2. **El aviso de "siniestro" presentado por el Consorcio SH**

Se conoce que el deslizamiento de tierra en la vía Rumichaca-Pasto ocurrió el 23 de enero de 2020, después de realizar los trabajos de excavación entre las abscisas Pk 40 + 400 y Pk 40 + 900 de la Unidad Funcional 3 del proyecto de la doble calzada.

Mapfre recibió el aviso del siniestro por conducto del corredor, DeLima Marsh. Entonces, Advanta Global Service de Colombia fue designado para hacer el ajuste. Posteriormente, Mapfre autorizó contratar los servicios de un experto en geotecnia para el estudio de las causas del deslizamiento, conclusiones que permitirán determinar si es posible afectar la

póliza de responsabilidad civil extracontractual, toda vez que la ocurrencia del siniestro se atribuye a un error profesional por parte del asegurado.

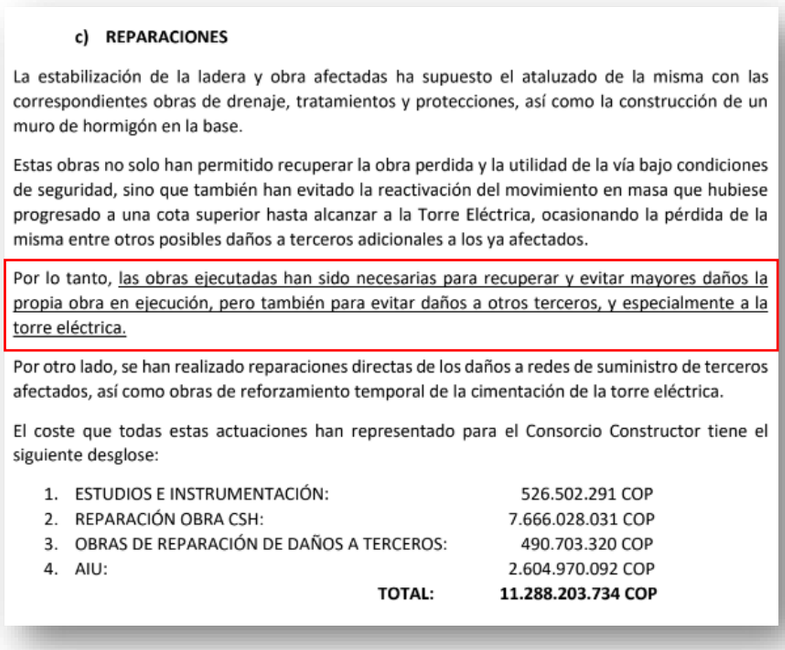
3. Análisis sobre la cobertura:

Mapfre nos ha encomendado el análisis de cobertura de los Gastos de Rectificación reclamados por el Asegurado. Partiendo de lo señalado, se presentarán los argumentos relativos a la obligación indemnizatoria a cargo suyo, anticipando que sí hay lugar a la afectación de la póliza.

3.1. Sobre el reclamo presentado por el asegurado:

El asegurado Consorcio SH dirigió a Advanta la solicitud por los gastos de rectificación, por medio de la cual se solicitó el pago de los mismos, incurridos con el fin de evitar la caída de la torre de interconexión eléctrica de Cedenar, que de haberse presentado, daría lugar a tal reconocimiento, con base en la póliza, por cuanto cubre los perjuicios ocasionados a terceros; resultando pertinente resaltar lo propio a continuación:

Imagen pertinente de la comunicación



c) REPARACIONES

La estabilización de la ladera y obra afectadas ha supuesto el ataluzado de la misma con las correspondientes obras de drenaje, tratamientos y protecciones, así como la construcción de un muro de hormigón en la base.

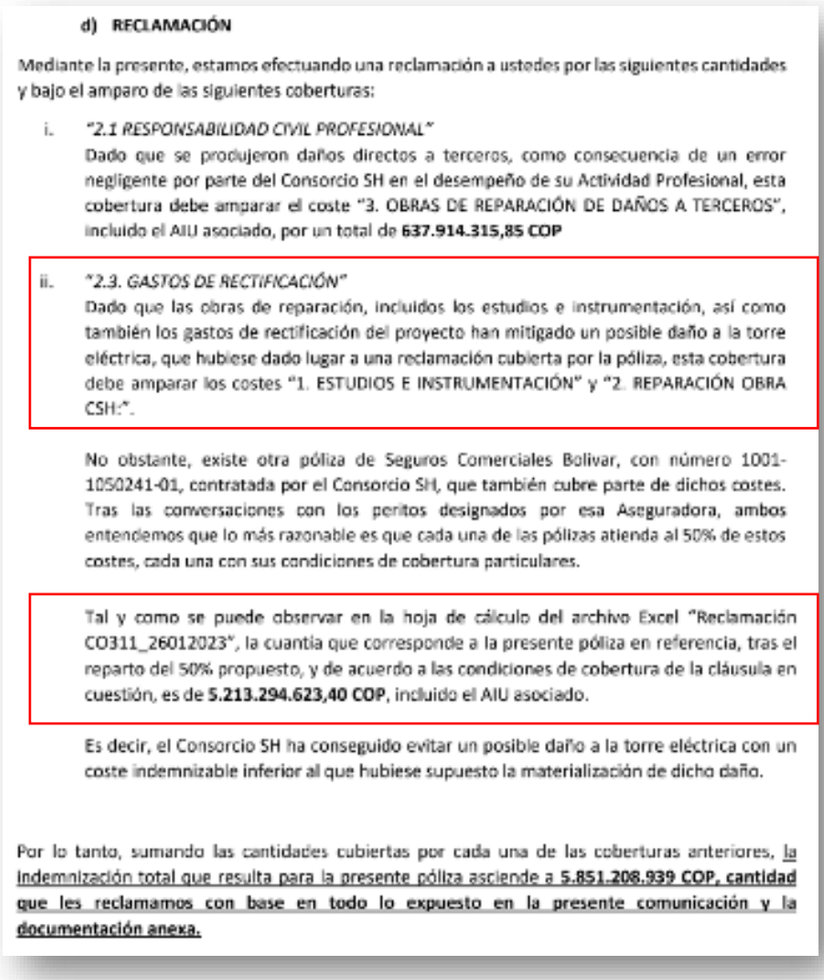
Estas obras no solo han permitido recuperar la obra perdida y la utilidad de la vía bajo condiciones de seguridad, sino que también han evitado la reactivación del movimiento en masa que hubiese progresado a una cota superior hasta alcanzar a la Torre Eléctrica, ocasionando la pérdida de la misma entre otros posibles daños a terceros adicionales a los ya afectados.

Por lo tanto, las obras ejecutadas han sido necesarias para recuperar y evitar mayores daños la propia obra en ejecución, pero también para evitar daños a otros terceros, y especialmente a la torre eléctrica.

Por otro lado, se han realizado reparaciones directas de los daños a redes de suministro de terceros afectados, así como obras de reforzamiento temporal de la cimentación de la torre eléctrica.

El coste que todas estas actuaciones han representado para el Consorcio Constructor tiene el siguiente desglose:

1.	ESTUDIOS E INSTRUMENTACIÓN:	526.502.291 COP
2.	REPARACIÓN OBRA CSH:	7.666.028.031 COP
3.	OBRAS DE REPARACIÓN DE DAÑOS A TERCEROS:	490.703.320 COP
4.	AIU:	2.604.970.092 COP
	TOTAL:	**11.288.203.734 COP**



d) RECLAMACIÓN

Mediante la presente, estamos efectuando una reclamación a ustedes por las siguientes cantidades y bajo el amparo de las siguientes coberturas:

i. *"2.1 RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL"*
Dado que se produjeron daños directos a terceros, como consecuencia de un error negligente por parte del Consorcio SH en el desempeño de su Actividad Profesional, esta cobertura debe amparar el coste "3. OBRAS DE REPARACIÓN DE DAÑOS A TERCEROS", incluido el AIU asociado, por un total de **637.914.315,85 COP**

ii. *"2.3. GASTOS DE RECTIFICACIÓN"*
Dado que las obras de reparación, incluidos los estudios e instrumentación, así como también los gastos de rectificación del proyecto han mitigado un posible daño a la torre eléctrica, que hubiese dado lugar a una reclamación cubierta por la póliza, esta cobertura debe amparar los costes "1. ESTUDIOS E INSTRUMENTACIÓN" y "2. REPARACIÓN OBRA CSH:".

No obstante, existe otra póliza de Seguros Comerciales Bolivar, con número 1001-1050241-01, contratada por el Consorcio SH, que también cubre parte de dichos costes. Tras las conversaciones con los peritos designados por esa Aseguradora, ambos entendemos que lo más razonable es que cada una de las pólizas atienda al 50% de estos costes, cada una con sus condiciones de cobertura particulares.

Tal y como se puede observar en la hoja de cálculo del archivo Excel "Reclamación CO311_26012023", la cuantía que corresponde a la presente póliza en referencia, tras el reparto del 50% propuesto, y de acuerdo a las condiciones de cobertura de la cláusula en cuestión, es de **5.213.294.623,40 COP**, incluido el AIU asociado.

Es decir, el Consorcio SH ha conseguido evitar un posible daño a la torre eléctrica con un coste indemnizable inferior al que hubiese supuesto la materialización de dicho daño.

Por lo tanto, sumando las cantidades cubiertas por cada una de las coberturas anteriores, la indemnización total que resulta para la presente póliza asciende a **5.851.208.939 COP, cantidad que les reclamamos con base en todo lo expuesto en la presente comunicación y la documentación anexa.**

La póliza de Mapfre otorga entre las coberturas contratadas, las de responsabilidad civil profesional y la de gastos de rectificación, las cuales se convinieron conforme a la siguiente transcripción:

- **RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL**

2.1 RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL
El Asegurador se compromete a indemnizar al Asegurado hasta el límite de indemnización por:
a)Cualquier suma de la que el Asegurado sea legalmente obligado a indemnizar por cualquier reclamación hecha contra el Asegurado durante el período de seguro o el periodo de descubrimiento establecido sujeto a que:
(i)el Asegurado notifique por primera vez dicha reclamación al Asegurador durante el período de seguro o periodo de descubrimiento (o dentro de 30 días siguientes a los mismos) y,
(ii)dicha reclamación sea consecuencia de una acción, error u omisión negligentes por parte del Asegurado (o de aquellos de los que legalmente deba responder) en el desempeño de las Actividades Profesionales.
b)Los Gastos de Defensa en relación con cualquier reclamación cubierta por la presente póliza así como en relación a cualquier circunstancia que conlleve una alta probabilidad de dar lugar a una reclamación amparada por la póliza.

- **AMPARO GASTOS DE RECTIFICACIÓN**

"Dentro de los límites y condiciones de la póliza, con el límite establecido en condiciones particulares y previo consentimiento por escrito, la Compañía acuerda

indemnizar al Asegurado por los costes y gastos necesarios y razonables en los que deba incurrir el Asegurado en relación con cualquier acción a tomar durante la vigencia del seguro, incluida la rectificación de cualquier parte del proyecto, para mitigar o aminorar un daño o posible daño que de otra forma hubiera dado lugar a una reclamación cubierta por la póliza.
No obstante queda excluido en todo caso:
1.Los costes y gastos para aminorar o prevenir daños o posibles daños que no sean consecuencia directa de errores profesionales cometidos por el Asegurado en el desarrollo de su actividad profesional en relación al proyecto asegurado
2.Los costes o gastos que no sean consecuencia directa de hechos de naturaleza súbita y accidental
3.Los costes o gastos que supongan una mejora con respecto al proyecto inicial, así como los costes o gastos en los que un correcto proyecto hubiera incurrido en todo caso"

Conforme al tenor de lo citado, la cobertura que describe la póliza comprende los gastos de rectificación, aparte de que encuentra plena armonía con la previsión que establece el artículo 1074 del Código de Comercio, que consagra el deber del asegurado de evitar la propagación del siniestro y el reconocimiento por parte del asegurador del importe de los gastos razonables para cumplir con esta carga. Entonces, como primer aspecto, es fundamental prever cuáles son los costos del asegurado Consorcio SH pretendidos bajo este amparo, y si eventualmente se excluyen o no de cobertura, conforme a las tres causales eximentes que contiene, o por alguna otra forma de exoneración según las condiciones generales de la póliza. Al respecto, véase que con el reclamo del 6 de marzo de 2023, se pretende que el pago de los costos de las obras que debió realizar para evitar la caída de la torre de interconexión eléctrica de Cedenar:

c) REPARACIONES

La estabilización de la ladera y obra afectadas ha supuesto el ataluzado de la misma con las correspondientes obras de drenaje, tratamientos y protecciones, así como la construcción de un muro de hormigón en la base.

Estas obras no solo han permitido recuperar la obra perdida y la utilidad de la vía bajo condiciones de seguridad, sino que también han evitado la reactivación del movimiento en masa que hubiese progresado a una cota superior hasta alcanzar a la Torre Eléctrica, ocasionando la pérdida de la misma entre otros posibles daños a terceros adicionales a los ya afectados.

Por lo tanto, las obras ejecutadas han sido necesarias para recuperar y evitar mayores daños la propia obra en ejecución, pero también para evitar daños a otros terceros, y especialmente a la torre eléctrica.

Por otro lado, se han realizado reparaciones directas de los daños a redes de suministro de terceros afectados, así como obras de reforzamiento temporal de la cimentación de la torre eléctrica.

El coste que todas estas actuaciones han representado para el Consorcio Constructor tiene el siguiente desglose:

1.	ESTUDIOS E INSTRUMENTACIÓN:	526.502.291 COP
2.	REPARACIÓN OBRA CSH:	7.666.028.031 COP
3.	OBRAS DE REPARACIÓN DE DAÑOS A TERCEROS:	490.703.320 COP
4.	AIU:	2.604.970.092 COP
	TOTAL:	**11.288.203.734 COP**

Como se extrae del reclamo presentado, corresponde al costo de las obras realizadas para la estabilización de la ladera, pretendidos bajo el amparo de gastos de rectificación; cuyo monto asciende a la suma de $***5.213.294.623,40 (COP),*** *como se observa a continuación:*

"*2.3. GASTOS DE RECTIFICACIÓN"*
Dado que las obras de reparación, incluidos los estudios e instrumentación, así como también los gastos de rectificación del proyecto han mitigado un posible daño a la torre eléctrica, que hubiese dado lugar a una reclamación cubierta por

la póliza, esta cobertura debe amparar los costes "1. ESTUDIOS E INSTRUMENTACIÓN" y "2. REPARACIÓN OBRA CSH:".

No obstante, existe otra póliza de Seguros Comerciales Bolivar, con número 1001-1050241-01, contratada por el Consorcio SH, que también cubre parte de dichos costes. Tras las conversaciones con los peritos designados por esa Aseguradora, ambos entendemos que lo más razonable es que cada una de las pólizas atienda al 50% de estos costes, cada una con sus condiciones de cobertura particulares.

Tal y como se puede observar en la hoja de cálculo del archivo Excel "Reclamación CO311_26012023", la cuantía que corresponde a la presente póliza en referencia, tras el reparto del 50% propuesto, y de acuerdo a las condiciones de cobertura de la cláusula en cuestión, es de ***5.213.294.623,40 COP****, incluido el AIU asociado.*

Es decir, el Consorcio SH ha conseguido evitar un posible daño a la torre eléctrica con un coste indemnizable inferior al que hubiese supuesto la materialización de dicho daño."(reclamo del 6 de marzo de 2023)

Para resolver la pregunta sobre el amparo de los gastos de rectificación, nos remitimos al informe de Terratest que denota que el deslizamiento de tierras afectó los cortes que de manera interna en la obra se individualizan como CO310 (vía principal), CO311 (acceso al condominio Mirador del Sol) y CO312 (trinchera para el tronco de la vía principal), y que la causa del deslizamiento obedeció a "*un error en el diseño del talud de la margen derecha del corte CO311. El diseño consideró la existencia de depósitos coluviales, que representan los materiales más débiles del perfil estratigráfico, en un menor espesor que el realmente existente en el terreno*"[1].

Lo anterior, muestra que el diseño que realizó el asegurado para hacer la obra del talud y que se asocia al acceso vial al condominio Mirador del Sol, presentó un error en el cálculo geotécnico del espesor del terreno y que, al ser ejecutado tal acceso, se ocasionó el deslizamiento de la ladera. Este hecho, a su vez, aparejó la inestabilidad que puso en riesgo la torre de energía eléctrica de Cedenar ubicada en la parte alta de la ladera.

En ese sentido, el error de diseño para ejecutar el acceso de entrada al Condominio Mirador del Sol es, en efecto, un yerro profesional que se encuentra cubierto por el contrato de seguro, toda vez que, en la póliza se especificó que el riesgo consistía en:

"DESCRIPCION DEL RIESGO
Queda cubierta la Responsabilidad Civil Profesional que le fuera imputable a los asegurados como consecuencia ***de errores*** *u omisiones* ***profesionales en los que pueda incurrir en el ejercicio de su actividad profesional en relación al proyecto asegurado****."*

Asimismo, la póliza define el alcance de las actividades profesionales de la siguiente manera:

"ACTIVIDAD/ES PROFESIONAL/ES- significa el ***desarrollo de cualquier diseño****, especificación, inspección o supervisión, así como los estudios de viabilidad,* ***elaboración de información tecnica, cálculo*** *o supervisión, y en general todas las actividades para las que la titulación o autorización correspondiente habilitase al Asegurado, realizado por o bajo la dirección y control de un arquitecto o ingeniero o supervisor o cualquier otro asesor o inspector debida y adecuadamente cualificado.*

[1] Informe Terrastest, pág.17

> *Para evitar cualquier tipo de duda, este concepto de-Actividades Profesionales-no incluye:*
> 1. La supervisión diaria de la construcción del Proyecto generalmente llevada a cabo por los contratistas de obras o contratistas de ingeniería; y / o 2. El asesoramiento en materia de seguros, garantías de caución, avales o cualquier otro elemento financiero en relación con el Proyecto."

Con las dos citadas estipulaciones, y dada la claridad respecto del resultado del yerro en el diseño del corte del talud CO311, en cuanto el mismo corresponde a un error profesional, máxime considerando que el asegurado - epecista – tiene a su cargo la totalidad de la obra y de sus riesgos, acorde con la adjudicación realizada a a Concesión Vial Unión del Sur S.A.S., por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura, mediante el contrato de concesión No. 15 del 2015; se concluye que el contratista asegurado tiene, entre sus obligaciones, el diseño y ejecución de la obra de la doble calzada Pasto-Rumichaca, situación que insoslayablemente comprende el diseño de aquella y la geotecnia, que es precisamente donde se encuentra el error subjetivo de conducta del asegurado, por la omisión de contemplar, de manera adecuada, en sus cálculos la condición y estratificación del terreno en el cual se debía confeccionar el talud para la zona de influencia de dicho ingreso al condominio Mirador del Sol, y no precavió el debilitamiento y deslizamiento de la ladera.

Es claro que el deslizamiento pudo evitarse o preverse, y no habiéndose hecho se dan los presupuestos subjetivos generadores de la culpa, es decir del error profesional. Por eso ahora, se efectúa el análisis del tópico de la necesidad de adelantar obras e incurrir en los costos asociados a estas, entre otras razones, para mitigar el daño, y que de no haberse realizado, potencialmente implicarían una situación de una futura reclamación cubierta por la póliza. Sobre el particular, es determinante señalar que las obras de contención que posteriormente realizó el Consorcio SH, y cuyo monto motiva la petición de afectar el amparo de gastos de rectificación, efectivamente constituyen gastos razonables de cara a la morigeración del daño y la necesidad de su continuidad, al igual que para precaver el colapso de la mencionada torre de transmisión, todo lo cual afectaría a terceros, para el caso específico a Cedenar, propietario de esa torre, la cual era preciso procurar salvaguardar.

Obsérvese que sobre la afectación del terreno, posterior al acontecimiento del siniestro de la avulsión, las obras ejecutadas por el Consorcio SH, de acuerdo con el informe técnico de Terratest, precisamente tenían como finalidad estabilizar la ladera y consistieron en *"un terraceo del área del deslizamiento con bermas intermedias y taludes de baja pendiente, instalación de pantallas de micropilotes en las bermas B1, B2 y B4, protección de la superficie de los taludes y bermas de la erosión recubrimiento vegetal con hidrosiembra en los taludes T1, T2, T3, T4 y T5 y el talud y los escarpes laterales del deslizamiento con un tratamiento de pernos pasivos con concreto lanzado. Para evitar que el agua de escorrentía se infiltre en el subsuelo del área de intervención, fueron diseñado un canal de coronación tras la corona del talud superior y cunetas con filtro francés en cada una de las bermas[2]."*

Previa la ejecución de las obras que nos ocupan, se realizaron ensayos de laboratorio de las muestras extraídas en el proceso de exploración del subsuelo; que habrían permitido llevar a cabo el diseño y ejecución adecuados de las mismas. Véase que del informe de Terratest se aprecia que estos ensayos y la metodología utilizados fueron acordes para definir el modelo geológico – geotécnico – relativo al terreno. La necesidad de estos, entonces se evidencia para precaver con un rango mayor de seguridad, (i) la caída de la citada torre de Cedenar y (ii), en general, que en la ladera se produzcan nuevos deslizamientos que a más de afectar el terreno y de las demás obras inherentes a la concesión. Al punto que está acreditado, en efecto, que si no se realizaban las obras de

[2] Informe Terratest, pág. 47

contención o respectivas, los perjuicios que se derivarían de la eventual realización de esas contingencias, las cuales estarían también amparadas bajo la póliza, darían paso a la obligación de Mapfre de indemnizar los perjuicios que se ocasionarían; reiteramos; mismos cubiertos mediante la póliza.

- **Riesgo de caída de la torre eléctrica de Cedenar**

De acuerdo con el informe de Terratest, se establece que sin el despliegue de las obras de contención, era posible una retrogresión hacía la parte alta de la ladera, lo cual podría terminar propiciando sino ocasionando la caída de la torre, sin limitarse a esto. En semejante caso, provocado por otro deslizamiento de tierra que tendría su origen en el error de diseño y construcción del talud CO312, que generó el ¨desconfinamiento¨ de la ladera, se precave en un alto porcentaje la caída de la torre, y la reclamación del tercero Cedenar, lo cual confirma la pertinencia de su solución con cargo al amparo de la póliza.

De acuerdo con el informe técnico-económico del ingeniero Diego Alejandro Ruiz, los costos que representaría atender una eventual caída de la torre, que implican, sin limitarse, tanto a lucro cesante, por la suspensión del suministro o transporte de energía, el daño emergente derivado de la modificación en la línea 115 Kv Jamondino-Panamericana, el costo de 5 estructuras de emergencia y, en general, los costos de reparación y emplazamiento de las facilidades para reiniciar el servicio de suministro eléctrico. Los costos eventualmente podrían ascender a $5.588.006.841; monto este que si se tomara como parámetro para el cálculo de un valor aproximado por el que Cedenar hubiera realizado una reclamación, deviene clara la conclusión que las obras de contención si lograron morigerar que se produzca un daño.

Ahora bien, es necesario referirnos a la falta de cumplimiento de la norma NSR-10 al efectuar las obras de contención; y que tal situación en un principio podría ser interrogante sobre el derecho indemnizatorio de los gastos de rectificación; al respecto, en el estudio de Terratest se indica que las obras de contención, si bien dan una estabilización de la ladera, pese a no cumplir la citada norma de sismo resistencia, ésta última en Colombia está consagrada solo para las edificaciones o edificios, corrientemente urbanos, no para obras como la que nos ocupa. Por consiguiente, y tras analizar el potencial efecto de esta situación, debe decirse que, en este tema, sin perjuicio de que no es exigible la norma referida para esta clase de obras, principalmente, y de cara a los principios de interpretación de los contratos (1618 y Sts, del C.C.) y, en particular, del artículo 1578 del C.C., debe preferirse el sentido que produzca efectos a una cláusula convencional y no al que se los cercena. Por ello, comoquiera que en el amparo de gastos de rectificación no estipula que la procedencia del reembolso este condicionado o proceda solo si las obras cumplen con los parámetros de seguridad, sino que, por el contrario, solamente se supeditó a que aquellas evitaran un daño, y como lo cierto es que las obras han cumplido su finalidad, debe entenderse que los gastos para evitar dicho daño si se encuentran amparados por el seguro.

Lo expuesto arriba, también corresponde a la doctrina sobre la materia, que sea dicho de paso, ha sido empleada en la jurisprudencia y la justicia arbitral, pues en ella se ha considerado que el deber en cabeza del asegurado de evitar la propagación del siniestro, aparejada ala de procurar que se conserve el estado del riesgo, se describe como aquella conducta que se debe observar incluso como si no estuviere amparado por el seguro, es decir que su actuar ha de regirse, bajo el postulado de la buena fe, de forma tal que la finalidad sea evitar mayores erogaciones derivadas de un hecho dañoso, veamos:

> “En este sentido, en la doctrina nacional, el desaparecido maestro J. Efrén Ossa G, al abordar el fundamento y naturaleza de los deberes o cargas allí consagrados [refiriéndose al artículo 1074 C.Co, indica que, “la indiferencia del asegurado, al

> iniciarse el siniestro, prevalido de la existencia del seguro, es jurídicamente incompatible con la buena fe que debe presidir la ejecución de todo contrato. La ley quiere que, frente al peligro que amenaza sus intereses, el asegurado reaccione de igual modo que si ellos no estuvieran asegurados. Que haga causa común con el asegurador contractualmente obligado a indemnizar la pérdida o al menos para atemperarla en la medida de sus posibilidades. De ahí la carga que se le impone, y de ahí el derecho que le confiere al reintegro de los gastos conexos a su cumplimiento y por ende, este explica también la sanción a que lo somete (Art.1078) si la contraviene" (Efrén J Ossa G. Teoría General del Seguro. El Contrato. Pág. 368). Lo cual conjuga con otra regla cardinal en materia del contrato de seguro, según la cual, incluso habiéndose perfeccionado el contrato, y por ende ya trasladados los riesgos respectivos al asegurador, se le impone al asegurado evitar, en cuanto dependa de él, que con sus actos volitivamente no solo potencialice la amenaza de la ocurrencia de un siniestro, pues él no puede ex profeso causar su producción, toda vez que está proscrita la posibilidad de cobertura bajo la póliza del riesgo cuyo acaecimiento obedece a un acto meramente potestativo que tenga ese propósito, ya sea por acción u omisión.
>
> En el mismo sentido, Rubén Stiglitz señala que "de no existir esta carga, ningún asegurador querría afrontar el riesgo si el asegurado no asumiera el deber consistente en hacer cuanto pudiera por atenuar los daños del siniestro" (Derecho de Seguros. Tomo II. Pág. 281)"[3]

Por consiguiente las obras llevadas a cabo por el Consorcio SH, se encuentran dentro del deber que le impone a las partes del contrato de seguro obrar de buena fe también durante su ejecución, entre otras posibilidades, conservando el estado del riesgo e informando sobre cualquier circunstancia que lo agrave o acentúe, lo cual conlleva el de evitar, en caso de siniestro, como lo preceptúa el artículo 1074 del C.Co., su propagación, porque además está acreditada la finalidad de las obras, cual es la procurar precaver el daño (la caída de la torre de interconexión eléctrica), que aparecía inminente. Entonces, qué la póliza ampare expresamente estos hechos es procedente y tiene su base en dicho principio que informa tal negocio jurídico. De ahí es claro que los costos que ameritó su confección sí se encuentran amparados, y de ahí procede ahora, precisarse si hay razonabilidad por lo erogado o si se compadece que el costo de lo prevenido pueda equipararse a los costos que habría implicado una indemnización al tercero Cedenar.

Al respecto, sobre la proporcionalidad de los gastos de rectificación amparados y reclamados, tenemos que aunque la normatividad, ni el contrato de seguro establecen un límite a lo que puede erogarse por ese concepto, más que el valor asegurado estipulado en el amparo, se destaca aquello que la doctrina se ha encargado de explicar en relación con este criterio cuando, al ocuparse especialmente de lo que se requiere hacer para evitar que se propague el siniestro, indica que *"la razonabilidad de las medidas puede evaluarse desde ópticas distintas; a manera de ejemplo, pueden evaluarse, por relacionarse con el caso que nos ocupa, por una parte, la asociada a la aptitud de las mismas para generar un resultado positivo, esto es, para evitar efectivamente la extensión y propagación del siniestro; y por otra parte,* ***la relacionada con el costo que implica la adopción de las medidas, en el sentido de que el mismo debe guardar cierta proporción con el beneficio que pretende generarse***[4]*"*

En este punto se considera que, según se tiene referencia del asegurado, aunque el reclamo por concepto de gastos de rectificación ha alcanzado la cifra de **$5.213.294.623,40 COP**, incluido el AIU, y que tal cantidad correspondería apenas al 50% del total de los gastos incurridos, Mapfre no está obligada a pagar el restante 50%, que además se reclamaría a otra compañía, Seguros Comerciales Bolívar, asegurador de la póliza todo

[3] Citas tomadas del Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento de Oleoducto Central S.A. Ocensa para resolver diferencias con Liberty Seguros S.A.
[4] Cita tomada de Vélez Ochoa, R. (2013). La carga de evitar la extensión y propagación del siniestro. Bogotá: Ibañez. (Pág. 41 y 44).

riesgo construcción, por cuanto el valor del daño que se precavió apenas ascendería a $5.588.006.841, y por ende es indemnizable el exceso bajo la cobertura comentada, de gastos de rectificación, cuya sumatoria arrojaría como resultado la suma de $10.426.589.246, toda vez que no habría razonabilidad si se compara este con aquel monto que corresponde al efecto económico adverso que se generaría, pues pierde su razón que la rectificación supere en medida alguna la ventaja que se obtiene con ella. Por ende, una vez confirmada la cobertura de la póliza corresponderá definir cuáles eran, en estricto sentido, las obras necesarias para evitar la caída de la torre eléctrica y el costo de su realización.

- **No se encuentra cubierto el componente de utilidad (del AIU) asociado a los costes o gastos de rectificación**

El amparo respectivo está estipulado así: *"(…) costes y gastos necesarios y razonables en los que deba incurrir el Asegurado en relación con cualquier acción a tomar durante la vigencia del seguro, incluida la rectificación de cualquier parte del proyecto, para mitigar o aminorar un daño o posible daño que de otra forma hubiera dado lugar a una reclamación cubierta por la póliza (…)"*

Los costes y gastos necesarios comprendidos en la cobertura son exclusivamente aquellos en los cuales deba incurrir el asegurado, durante la vigencia del seguro, para mitigar o aminorar, es decir morigerar un daño o la posibilidad de que este se produzca, incluida la rectificación de cualquier parte del proyecto, luego el alcance de la protección está restringida únicamente al importe de lo que él deba erogar con ese exclusivo fin, toda vez que el resarcimiento es el medio para reestablecer el patrimonio erosionado por el costo de las obras que por sí solo asumió, para mitigar el daño. Consecuentemente no puede darse paso al reconocimiento de una indemnización por concepto de la utilidad (U) que habría podido reportar, no solo porque el seguro no puede ser fuente de beneficio o enriquecimiento, conforme a la norma del artículo 1088 del C.Co., sino porque para la confección de las obras concernientes a la mitigación empleó los recursos que tenía precisamente para el desarrollo el proyecto. En otras palabras, no es jurídicamente viable el pago de un componente de utilidad por la realización de los trabajos en cuestión, porque se estaría dando pie a un beneficio que excede la reparación, y la póliza puede ser la base para generar un efecto económico distinto al de cubrir en forma estricta el impacto adverso de los gastos incurridos para la rectificación, lo cual deja al margen de la protección, en el ámbito del seguro, todo lo que comporte un ingreso que no responde a un detrimento real, como sucede cuando se tiene una utilidad.

En efecto, particularmente en este caso se constata de la información que se nos ha transmitido a traves del ajustador que las obras de rectificación fueron el resultado de trabajos del propio asegurado y por ende no cabe la posibilidad de reconocerle una utilidad fundada en las mismas, toda vez que *per se* no tiene la naturaleza de un costo precisamente por ser un trabajo del asegurado, propio para sí mismo.

En cuanto a los componentes de administración e imprevistos (AI), encontramos que son acertadas las apreciaciones que efectuó el ajustador, en lo relativo a que técnicamente es susceptible de identificación clara del valor detallado que por estos conceptos fueron necesarios específicamente para la rectificación, considerando por supuesto el amparo de la póliza de RCE expedida por Mapfre, al igual que la póliza todo riesgo construcción que por su cuenta tiene el asegurado con otra compañía. Por consiguiente, es identificable lo que se le puede imputar a una o a la otra de las protecciones mencionadas; considerando también factores tales como el hecho de que el asegurado tiene sus recursos, equipos, personal y subcontratistas en el sitio, lo mismo que materiales y otros.

Complementariamente, es pertinente recordar que en esta materia es aplicable, a parte de lo estipulado en el contrato materia de la protección de la póliza de responsabilidad civil, las normas relativas a los contratos EPC, lo cual nos lleva a la regulación de los códigos de comercio y civil; de manera que las cargas del epecista están compensadas con el valor pactado para la obra, y en esa medida el precio que el contratante tiene que pagarle está asociado a los elementos del AIU, que convenido en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes y acorde a la distribución de los riesgos que hicieron entre ellas, la independencia para la ejecución, provisión de materiales y equipos, Etc. Considerando esto, es oportuno recordar que el precio o valor de la obra (AIU), puede entenderse en la forma indicada en la siguiente definición que no es única ni tampoco de orden legal:

> *"El AUI es una estipulación que puede pactarse en los contratos en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, es de aclarar que no se Conoce ordenamiento legal que lo regule. El AIU se refiere a los costos requeridos para la ejecución del contrato, donde:*
>
> *A, significa Administración, La Administración son los costos indirectos necesarios para el desarrollo de un proyecto, como horarios, impuestos, entre otros.*
>
> *I, significa imprevistos, dependen de la naturaleza de cada contrato y constituyen el alea del negocio, es decir los riesgos normales en que incurre el contratista. En este término cabe hacer referencia a Imprevisión, falta de acción de disponer lo conveniente para atender a contingencias o necesidades previsibles" lo cual no es lo mismo que imprevisto, puesto que en la ejecución de los presupuestos de obra los imprevistos están determinados y se tiene plena seguridad de su presencia ya que es un riesgo normal en todo el desarrollo del proyecto.- Sobrecosto: valor adicional a todos los costos presupuestados que son necesarios para dar término a la obra, del cual se espera un retorno.*
>
> *U, significa Utilidad, La Utilidad es la ganancia que el contratista espera recibir por la realización del contrato, la cual debe ser garantizada por las entidades]. Cada contrato comporta un negocio jurídico en particular, por ende connota unas características especiales, en tal virtud la administración de acuerdo a las condiciones de cada contrato y a la conveniencia para las partes, puede determinar la viabilidad para pactar esta figura, sin que ello se torne ilegal. En este orden, la procedencia del mismo depende de la complejidad del negocio y de las obligaciones que se deriven del contrato mismo y no de otros factores."*[5]

Lo anterior ilustra de manera clara la improcedencia de reconocer un pago con cargo a la póliza, que cubra el concepto de la utilidad (U), por tratarse de una obra propia realizada por el asegurado; y en cuanto a la administración e imprevistos (AI), debe tenerse en cuenta que a esta altura los mismos han de estar debidamente acreditados, ya que las obras de rectificación, que se encuentran cubiertas por el amparo comentado, ya fueron ejecutadas y por ende es posible tener la perspectiva y las bases documentales adecuadas, de lo efectivamente hecho, para determinar a ciencia cierta si los gastos llevados a cabo corresponden o no a la administración (A) y/o a los imprevistos (I). Consecuentemente no hay lugar para contemplar con una especie de prospectiva hacía el futuro, costos de administración o de imprevistos, que no sean ya hechos ciertos y solo estos son los susceptibles de tomarse como base para la liquidación del valor a indemnizar.

[5] ROJAS LÓPEZ, MIGUEL DAVID, & BOHÓRQUEZ PATIÑO, NATALIA ANDREA. (2010). APROXIMACIÓN METODOLÓGICA PARA EL CÁLCULO DEL AIU. DYNA, 77(162), 293-302. Retrieved October 14, 2023, from http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0012-73532010000200030&lng=en&tlng=es.

- **No se encuentran causales contractuales de exoneración**

Al hacer el examen del contenido y alcance de cada una de las exclusiones pactadas, frente a los hechos que son materia del reclamo, se descarta la posibilidad de que lo sucedido se adecue a las causales convencionales de exoneración de la obligación de indemnizar, y a contrario sensu lo acaecido si está bajo la concepción del amparo referido arriba. Por lo tanto es procedente realizar la liquidación y el pago respectivo de la indemnización al asegurado.

De esta forma se rinde la opinión legal solicitada, quedando atentos a cualquier inquietud que pueda suscitar lo expuesto, igualmente respecto a lo concerniente a lo que se imputará directamente a la cobertura de los gastos de rectificación.

Cordialmente,

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA
Director GHA.