

“E. M. DE M. B. S.A. (XXX) CON E. E. DEL N. G. S.A. (ZZZ)”

ÁRBITRO DE DERECHO: SR. JUAN CARLOS DÖRR ZEGERS

25 DE SEPTIEMBRE DEL 2000

Rol 180-99

SUMARIO: Interpretación del contrato. Facultades del Juez - generación y distribución eléctrica. Estructura legal. Costo variable de producción. Utilidad. Reajuste de precio - base económica del contrato. Intención de los contratantes - principio de intangibilidad de los contratos. Circunstancias posteriores no previstas - interpretación subjetiva - interpretación objetiva - condición resolutoria tácita. Alcances. Fundamento.

RESUMEN DE LOS HECHOS: La E. M. de M. B. S.A. (XXX) presentó demanda en contra de la E. E. del N. G. S.A. (ZZZ), solicitando la declaración de resolución del Contrato de Suministro de Energía suscrito entre ambas partes, con indemnización de perjuicios, debido al incumplimiento de la sociedad demandada de su obligación de reajustar el precio de la energía suministrada de acuerdo a lo establecido en la Cláusula Undécima del Contrato; en subsidio, se condene a la sociedad demandada al cumplimiento fiel de la obligación, con indemnización de perjuicios.

LEGISLACIÓN APLICADA: Artículos 1489 - 1560 Código Civil - 160 Código de Comercio.

DOCTRINA: Es efectivo que todo contrato, como acuerdo de voluntades, es ley entre los contratantes y, en consecuencia, no puede ser modificado sino por mutuo consentimiento de los contratantes. Este principio de la intangibilidad de los contratos, que alcanza tanto al legislador como al juez, es un principio elemental de la contratación al cual este sentenciador adhiere en plenitud.

Sin embargo, el contrato es una institución jurídica que excede el marco de lo literal. El contrato es un acuerdo de voluntades y lo escrito o literal no necesariamente representa todo el contenido de ese acuerdo de voluntades; o dicho de otra forma, lo contratado o convenido no necesariamente es lo que las partes plasmaron en el texto escrito.

No es extraño que, tratándose de contratos de larga duración se hagan presente o surjan situaciones que, no previstas en un inicio por las partes, pueden tener influencia en el contrato y se hará necesario, entonces, determinar cómo esas nuevas circunstancias deben ser tratadas al interior del desenvolvimiento del contrato; o cómo esas circunstancias alteran o no el alcance del contrato según originalmente se previó. Para ello, será necesario interpretar el contrato para concluir fijando su verdadero sentido y alcance, lo que puede requerir, incluso, integrar el contrato creando la norma que —ajustada a la verdadera intención de las partes— llene la laguna que separa los hechos previstos por las partes y el desenvolvimiento real de las circunstancias dentro de las cuales el contrato se desarrolla en el tiempo.

SENTENCIA ARBITRAL:**Vistos:**

Primero: Que la materia que debe ser resuelta por esta sentencia es el sentido y alcance de la Cláusula Undécima del Contrato de suministro de energía suscrito entre XXX y ZZZ con fecha 31 de marzo de 1994. En virtud de esta disposición contractual, el precio del suministro de la energía establecido en el Contrato debe reajustarse mensualmente según la variación que experimenten determinados factores que la Cláusula contempla, cuales son: (1) En el período comprendido hasta el 30 de septiembre de 1995, precio del fuel oil N° 6 y el índice de precios al consumidor de los Estados Unidos de América (CPI); y (2) en el período comprendido entre el 1 de octubre de 1995 en adelante, el precio del carbón, del petróleo y del fuel oil N° 6. El conflicto entre las partes lo suscita el hecho que ZZZ utilizó en determinados períodos el combustible “petcoke” a raíz de lo cual XXX estima que tiene derecho a beneficiarse, mediante la baja del precio, por el menor costo de dicho combustible, lo que es rechazado por ZZZ por no estar incluido el “petcoke” en la fórmula de ajuste;

Segundo: Que son hechos establecidos en el proceso los siguientes:

- (1) Que las partes suscribieron con fecha 31 de marzo de 1994 un contrato de suministro de potencia y energía, en virtud del cual ZZZ se obligó a vender a XXX, quien se obligó a comprar, una demanda máxima de potencia de 24 MW y la energía asociada durante el período comprendido entre la fecha en que XXX hiciera entrega, a título de arrendamiento, a ZZZ de su Casa de Fuerza N° 2 y el 30 de septiembre de 1995 y una demanda máxima de 36 MW y la energía eléctrica asociada, a partir del 1 de octubre de 1995 y hasta el término del Contrato. El Contrato se convino con vigencia indefinida, pudiendo cualquiera de las partes ponerle término mediante aviso comunicado con tres (3) años de anticipación, obligándose XXX a no enviar dicho aviso antes de haber transcurrido siete (7) años desde el 1 de octubre de 1995.

Estos hechos aparecen del Contrato reconocido por las partes;

- (2) Que la energía vendida para el período 30 de septiembre - 1 de octubre de 1995, se asociaba a la potencia de la Casa de Fuerza N° 2 tomada en arrendamiento por ZZZ y la vendida en el período posterior, a la potencia proyectada, incluyendo la Central Térmica de ZZZ en M. que entró en operación comercial a fines de febrero de 1996. Estos hechos emanan del texto del Contrato; han sido afirmados por XXX en su demanda y reconocidos por ZZZ en la contestación;
- (3) Que el Contrato establece una fórmula de reajuste del precio de la energía para el período posterior al 30 de septiembre de 1995 —que incluye el período relevante en esta causa— que incluye como factores a considerar: (a) el precio del carbón, expresado en giga calorías (US\$/G cal.), puesto el combustible en canchas de la Central de ZZZ, informado de acuerdo a los

contratos con sus proveedores, con una incidencia de 70%; (b) el precio del petróleo fuel oil N° 6, expresado en toneladas (US\$/ton) puesto en Antofagasta, según precios informados por ZZZ de acuerdo a contratos con sus proveedores, con una incidencia de 20%; y (c) precio del petróleo diesel expresado en US\$/ton puesto en Antofagasta e informado sobre la misma base, con incidencia de 10%;

- (4) Que ZZZ utilizó “petcoke” mezclado con carbón en los períodos comprendidos entre el 13 de junio de 1998 y el 14 de octubre de 1998 y 15 de octubre de 1998 y 17 de marzo de 1999, en el primero con una mezcla de 20% de petcoke y 80% de carbón; y, en el segundo, 40% de petcoke y 60% de carbón. Así aparece de lo afirmado por la demandante en su demanda no controvertido por la demandada;
- (5) Que el precio del “petcoke” es sustancialmente inferior al precio del carbón mineral, hecho afirmado por la demandante, no contradicho por la demandada y que aparece confirmado por el informe de perito que rola a fojas 243 de autos;

Tercero: Que la argumentación central de XXX para sostener su demanda, es que la clara intención de las partes al convenir la Cláusula de reajuste, fue la de incluir en la fórmula de reajuste los combustibles que ZZZ utilizaba o utilizaría en la generación eléctrica, intención que estaría confirmada, fundamentalmente, por cuatro circunstancias, a saber: (a) La diferenciación que hace la Cláusula Undécima entre los combustibles que integran la fórmula de reajuste en el período anterior y posterior al inicio de operaciones de la Central M. I de ZZZ, considerando en el primero sólo el fuel oil N° 6 —combustible utilizado en la Casa de Fuerza N° 2— y, en el segundo, además, el carbón y el petróleo diesel —a ser utilizados en la Central M. I— y siempre sobre la base de los precios informados por ZZZ según los contratos con sus proveedores; (b) la circunstancia de que fue ZZZ quien propuso los combustibles a utilizar en la fórmula; (c) la circunstancia de que ZZZ se obligó por la disposición del párrafo final de la Cláusula Undécima a hacer sus mejores esfuerzos para obtener los menores precios posibles en la adquisición de sus combustibles; y, (d) la aplicación práctica que las partes hicieron del Contrato, expresada por la determinación de ZZZ de no traspasar a los clientes el mayor precio de un carbón especial utilizado para prueba en la primera etapa de funcionamiento de la Central M.;

Cuarto: Que ZZZ controvierte el planteamiento de XXX destacando que: a) conforme lo dispone el artículo 1.560 del Código Civil, sólo es posible al intérprete prescindir del tenor literal de una cláusula contractual cuando una voluntad o intención contraria se manifiesta claramente, lo que implica que, en alguna forma, ha de existir un grado de oscuridad o contradicción en el Contrato que amerite sea dirimida mediante una labor de interpretación. Y sostiene que nada hay de oscuro ni contradictorio en el Contrato de la especie; b) que la Cláusula Undécima, con toda claridad y precisión determina los factores objetivos que hay que considerar en la fórmula de reajuste entre los que se encuentra el fuel oil N° 6, el petróleo diesel y el carbón, lo que excluye toda posibilidad de que un juez árbitro, a pretexto de interpretar el contrato, lo modifique agregando a la fórmula de reajuste un factor —el petcoke— no considerado por las partes; c) que carece de sentido sostener que la voluntad o intención de las partes fue la de considerar en la fórmula de reajuste el costo de los combustibles utilizados por ZZZ en la generación, si se tiene en cuenta que, dada la forma como funciona el sistema eléctrico en Chile, la interconexión de los distintos generadores en el SING hace

que no necesariamente la energía vendida a XXX sea energía generada por ZZZ, sino por quien, en cada instante, sea “despachado” en orden ascendente a sus costos marginales; d) que el “petcoke” es un combustible que de manera alguna puede asimilarse al carbón porque tiene un origen y características diferentes; e) por cuanto los combustibles incluidos en la fórmula de indexación no corresponden a los utilizados por ZZZ, toda vez que en la Central M. I sólo se utilizaba el carbón, mas no el petróleo diesel ni el fuel oil N° 6, y, por último; f) que por la aplicación de práctica que las partes han dado al Contrato, se excluye la posibilidad de que XXX pueda demandar lo que demanda, toda vez que pagó las facturas correspondientes al período en que se utilizó el petcoke sin reclamar de ellas.

Quinto: Que, como consecuencia de lo anterior, lo primero que corresponde dilucidar es si es posible para este Tribunal Arbitral entrar a interpretar la Cláusula Undécima del Contrato la que, desde el punto de vista semántico, es clara, precisa y no contiene contradicción ni en sí misma ni con el resto del Contrato.

En nuestro ordenamiento jurídico, la voluntad de las partes, su intención claramente establecida, prima por sobre el tenor literal del contrato; y existiendo controversia acerca del sentido o alcance del tenor literal de un contrato o acerca de la verdadera intención de ellas, habrá lugar a una labor de interpretación independientemente del hecho de ser claro el contrato desde un punto de vista semántico.

Carece de sentido lógico pretender que un juez no tiene la facultad de interpretar un contrato o una cláusula contractual “clara” desde un punto de vista semántico, puesto que, por una parte, incluso para determinar si el contrato o cláusula es clara u oscura, tendría que ejecutar el acto de interpretar y, por otra parte, un contrato o una cláusula contractual será clara cuando exista una plena coincidencia entre “lo que se dijo” y “lo que se quiso decir” y para establecerlo es indispensable indagar, esto es, interpretar, la verdadera intención de las partes.

En definitiva, es la contienda judicial entre las partes la única condición para que el juez pueda interpretar, por lo que se hace necesario determinar cuál fue la intención o voluntad de las partes al convenir la Cláusula Undécima de indexación.

Sexto: Que, como se ha dicho, XXX ha invocado en apoyo de sus pretensiones la intención de los contratantes, claramente establecida, en cuanto a que lo que las partes quisieron y convinieron al pactar la Cláusula Undécima de reajuste fue que el precio del Contrato se ajustara según la variación del precio de los combustibles utilizados por ZZZ en la generación. ZZZ controvierte esta afirmación porque la energía vendida no necesariamente sería energía producida por ZZZ sino que puede ser energía generada por cualquiera de los demás integrantes del SING (Sistema Interconectado del Norte Grande) por lo que no puede haber coincidencia entre el precio de la energía vendida y el costo de la energía generada por ZZZ. En consecuencia, sostiene, la intención de las partes estuvo desvinculada de los costos de ZZZ, conviniéndose como factores de reajuste, combustibles determinados, excluyéndose, por lo tanto, los no incluidos en la fórmula.

Sobre esta defensa de ZZZ debe tenerse presente que el mercado eléctrico del Norte Grande está

conformado, fundamentalmente, por centrales generadoras térmicas que utilizan como combustible carbón o petróleo, habiendo adquirido sólo en los últimos años importancia el gas natural. En consecuencia, el costo de producción de cada kWh generado se encuentra vinculado, obviamente, al costo de los combustibles; a diferencia de lo que sucede en las centrales generadoras hidráulicas, caso en el cual el valor del agua tiene incidencia escasa, sin perjuicio de su costo de oportunidad, siendo trascendente, en cambio, la gran inversión que requieren las instalaciones para generar la electricidad.

La estructura legal que rige en Chile para la generación y distribución eléctrica se basa en la interconexión de las generadoras y el establecimiento de un organismo —CDEC— encargado de programar la generación en las distintas centrales que, en el caso del Norte Grande, es el CDEC-SING, al que se encuentra integrado ZZZ. Dado este sistema y su finalidad, cual es, que la demanda de energía requerida sea provista al menor costo económico posible, sólo inyectan energía al sistema interconectado aquellas generadoras que resultan “despachadas”, esto es, aquellas que son más económicas en su generación en un momento dado. De esta forma, la generadora que inyecta al sistema más energía que la que vende a sus clientes libres será excedentaria y, en caso contrario, deficitaria. La energía que retiran las generadoras deficitarias del sistema, la compran en definitiva a las excedentarias a precio “spot”, que equivale al precio marginal instantáneo del sistema. Haciendo abstracción de ciertos tecnicismos, este concepto equivale al costo variable de producción de energía de la central de mayor costo variable de las que se encuentran generando para el sistema. De esta forma, el productor que “fija” o “marca” el precio marginal instantáneo en cada caso, recibirá por su energía aportada al mercado “spot” un precio que sólo cubrirá su costo variable, recibiendo, en consecuencia, un mayor beneficio aquel que tiene un menor costo variable de producción.

La verdadera utilidad que obtienen las generadoras es la que proviene de sus clientes libres, a quienes venden energía a precios libremente convenidos que, o producen ellas o adquieren del mercado “spot” para cumplir sus contratos.

Por otra parte, las ventas que las generadoras hacen a distribuidores las deben hacer a precio regulado denominado “de nudo”.

Aparece, así, la importancia que tiene para las generadoras su costo variable de producción, determinado fundamentalmente para las centrales térmicas del Norte Grande por el precio del combustible que utilizan, independientemente del hecho de si generan ellas o terceros en el sistema interconectado, la energía que entregan a sus clientes libres;

Séptimo: Que ZZZ ha argumentado que los combustibles distintos del carbón contenidos en la fórmula de reajuste no son utilizados por la Central Térmica de M. ya que ésta sólo utiliza carbón, por lo que no es posible que la intención de las partes haya sido la de que el precio del Contrato se reajustara, a partir del 1 de octubre de 1995, según la variación del precio de los combustibles utilizados por ZZZ en la generación eléctrica.

El Contrato fue suscrito el año 1994 y la Central M. entró en operación comercial en febrero de 1996, como consta de la carta de ZZZ enviada al CDEC-SING con fecha 16 de febrero de 1996 (fs.

183), sin perjuicio que dicha Central empezó a generar en noviembre de 1995 según aparece de la información oficial que entrega dicho organismo y que es citada más adelante.

Según aparece de la publicación oficial de CDEC-SING "Estadísticas de Operación", del CDEC-SING 1993-1997, la potencia bruta instalada de ZZZ, el año 1994, era de 96,2 MW distribuida en la siguiente forma:

| |
|------------------------------|
| Hidráulica |
| 10,2 MW |
| 10,6% |
| Petróleo (diesel y fuel oil) |
| 86 MW |
| 89,4% |
| Carbón |
| 0 |
| 0% |

Durante el mismo período, la energía generada por ZZZ fue de 175,8 GWh, correspondiendo 26% a generación hidráulica y 74% a petróleo (diesel y fuel oil).

Con la puesta en marcha de la Central M. a carbón, que inició su operación comercial en febrero de 1996, pero que empezó a generar en noviembre de 1995, su potencia bruta total instalada en 1995 alcanzó a 262,1 MW, según el siguiente detalle:

| |
|------------------------------|
| Hidráulica |
| 10,2 MW |
| 3,9% |
| Petróleo (diesel y fuel oil) |
| 86 MW |
| 32,9% |
| Carbón |
| 165,9 MW |
| 63,3% |

Durante el año 1995 la energía generada por ZZZ fue de 244,8 GWh, correspondiendo 15,4% a generación hidráulica; 70,26% a petróleo (diesel y fuel oil) y 14,34% a carbón.

Sentencias Arbitrales

1994 - 2000

Durante 1996, ya en operación comercial la Central M. estas cifras fueron:

En potencia:

Hidráulica

13,4 MW

4,5%

Petróleo (diesel y fue oil)

117,3 MW

39,6%

Carbón

165,9 MW

55,9%

En cuanto a energía:

Hidráulica

46,5 GWh

3,5%

Petróleo (diesel y fuel oil)

214,7 GWh

16,2%

Carbón

1.063,5GWh

80,3%

A fines del año 1995, la potencia bruta instalada del conjunto de las generadoras del SING era de 1.101,2 MW, de la cual un 66,43% correspondía a máquinas que utilizaban carbón y 32,65% petróleo (diesel y fuel oil) y 0,93% de origen hidráulico.

Durante 1996, estas cifras fueron:

Hidráulica

13,4MW

1,2%

Petróleo (diesel y fuel oil)

414,5 MW

36,1%

Carbón

720,4 MW

62,7%

La información oficial precedentemente referida demuestra dos hechos que, en concepto del sentenciador, son importantes, a saber:

- (i) Que ZZZ utilizaba desde fines de 1995 petróleo diesel y fuel oil N° 6;
- (ii) Que la potencia instalada de ZZZ, en la misma época, se basaba en los combustibles carbón y petróleo (diesel y fuel oil) (63,3%, 32,9%), en porcentajes semejantes a los que se contienen

en la fórmula de ajuste del precio de la energía del Contrato (70% y 30%), comparables con los porcentajes relativos al conjunto de las empresas del SING (66,43%, y 32,65%).

Estas conclusiones no son desvirtuadas por la circunstancia que la Central de M. I utilice fundamentalmente sólo carbón, toda vez que lo relevante para los efectos que se analizan, son los combustibles que constituyen costo para el conjunto de operaciones de ZZZ y no sólo la Central mencionada.

La vinculación entre la fórmula de reajuste y los combustibles utilizados por ZZZ en la generación aparece, así, como evidente. Además de aparecer como evidente, aparece como de todo sentido lógico y como lo que explica el hecho notorio (Calamandrei, "La definición de hecho notorio", Revista de Derecho Procesal, Bs. Aires, 1945, año 3, 1a. parte, pág. 95) entre todos quienes se relacionan con la industria eléctrica, en cuanto a que prácticamente la totalidad de los contratos de venta de potencia y su energía asociada dentro del SING —y hasta la introducción del gas natural— contienen fórmulas de reajuste idénticas variando tan sólo, y en forma no muy significativa, los porcentajes de incidencia de los combustibles carbón y petróleo, este último en su variedad de diesel y fuel oil Nº 6. Y también, que en los contratos relacionados con el SIC —tratándose de generadoras hidroeléctricas— utilizan en sus fórmulas de reajuste el CPI norteamericano y el dólar, sin relación con el combustible utilizado dado que su generación es en base a agua que tiene escasa incidencia en los costos.

Esta estrecha vinculación entre el combustible utilizado en la generación y las fórmulas de reajuste de precios, constituye un elemento importante a considerar en la interpretación de la cláusula Undécima del Contrato;

Octavo: Que, en este mismo orden de ideas, debe tenerse en cuenta que la vinculación entre los combustibles incluidos en la fórmula de indexación están tan ligados a los utilizados por ZZZ que, como aparece del texto mismo del Contrato, los precios base de los combustibles incluidos en la fórmula deben ser comparados para los efectos de su reajuste con los precios de los mismos combustibles en las instalaciones de ZZZ e informados por ésta de acuerdo a los contratos con sus proveedores. Además, como se ha destacado anteriormente, ZZZ se obligó, en el párrafo final de la cláusula de reajuste, "a realizar sus mejores esfuerzos para conseguir los menores precios posibles en sus contratos de adquisición de combustibles"; estipulación contractual que carecería de sentido si no estuviera referida a aquellos combustibles usados por ZZZ y cuyo precio incide en sus costos de operación;

Noveno: Que, siendo el Contrato un mecanismo de distribución y asignación de riesgos en el que las partes prevén los resultados del comportamiento en el tiempo de las distintas variables involucradas, importante resulta analizar la base económica del Contrato en procura de determinar cuál fue la verdadera intención de las partes.

En el Contrato, en concepto del sentenciador, aparece clara su base económica y la forma cómo las partes se distribuyeron y asignaron los riesgos: Por una parte, ZZZ aseguraba un cliente de alto consumo por un largo período a un precio libremente convenido y, en consecuencia, que le era beneficioso. Los contratos a largo plazo en la generación eléctrica son de la mayor importancia por la necesidad de asegurar el retorno necesario frente a la importante inversión realizada. Al mismo tiempo, al acordar la fórmula de reajuste del precio convenido, puso el riesgo del aumento del precio de los combustibles que utiliza en la generación —el factor de mayor incidencia en el costo de generación— de cargo de XXX.

Por su parte, XXX se aseguró por largo plazo la energía necesaria para sus operaciones mineras —evitando, así, realizar inversiones cuantiosas en proveerse de energía propia y administrar el negocio de generación— a precios libremente convenidos y, consecuentemente, convenientes. Además, si bien aceptó asumir el riesgo del aumento del precio de los combustibles carbón, petróleo y fuel oil N° 6, resultaría beneficiado con bajas en el precio de los mismos.

Resulta de lo anterior que la cláusula de reajuste es una disposición perfectamente equilibrada que denota con claridad una intención común de las partes: ninguna de las partes obtendría un beneficio adicional producto de la variación de los precios de los combustibles señalados. Si los precios subían y, en consecuencia, subían los costos de la generación de la energía, ZZZ resultaba compensada con un alza en el precio del Contrato; si los precios bajaban y, consecuentemente bajaban los costos de la generación, XXX, como contrapartida, se beneficiaba con una baja en el precio. Esto aparece como una clara manifestación de voluntad o como intención de las partes, lo que se ve confirmado por la obligación asumida por ZZZ de hacer sus mejores esfuerzos para obtener el menor precio posible en la adquisición de sus combustibles, como expresa el párrafo final de la Cláusula Undécima.

Carecería de todo sentido que ZZZ hubiera estado dispuesta a aceptar una fórmula de reajuste que implicara para ella el riesgo de verse ante la necesidad de bajar el precio del Contrato por haber bajado el precio de combustibles que no incidían en sus costos;

Décimo: Que lo razonado en los Considerandos precedentes lleva al sentenciador a la convicción que la intención de las partes claramente manifestada en el Contrato fue que el precio de la energía se ajustara, en el período comprendido desde el 1 de octubre de 1995, en adelante, sobre la base del precio de los combustibles que se preveía que ZZZ utilizaría en ese período en la generación eléctrica, esto es, el carbón, con una incidencia de 70% y el petróleo (diesel y fuel oil) , con una incidencia del 30%, porcentajes semejantes al porcentaje en que dichos combustibles incidían en la potencia instalada, tanto de ZZZ como del Sistema Interconectado del Norte Grande, en su conjunto;

Undécimo: Que establecida la premisa anterior, corresponde analizar si la utilización por ZZZ de un combustible de menor precio, otorga a XXX derecho a reclamar el ajuste del precio del Contrato, no obstante que dicho combustible no se encuentre incluido entre los factores que contiene el polinomio de indexación.

En concepto de ZZZ, ello no es posible por cuanto significaría introducir una modificación al Contrato, que, si no es consentida por ellos, no es posible dada la intangibilidad de los contratos.

Es efectivo que todo contrato, como acuerdo de voluntades, es ley entre los contratantes y, en consecuencia, no puede ser modificado sino por mutuo consentimiento de los contratantes. Este principio de la intangibilidad de los contratos, que alcanza tanto al legislador como al juez, es un principio elemental de la contratación al cual este sentenciador adhiere en plenitud.

Sin embargo, el contrato es una institución jurídica que excede el marco de lo literal. El contrato es un acuerdo de voluntades y lo escrito o literal no necesariamente representa todo el contenido de ese acuerdo de voluntades; o dicho de otra forma, lo contratado o convenido no necesariamente es lo que las partes plasmaron en el texto escrito.

No es extraño que, tratándose de contratos de larga duración se hagan presente o surjan situaciones que, no previstas en un inicio por las partes, pueden tener influencia en el contrato y se hará necesario, entonces, determinar cómo esas nuevas circunstancias deben ser tratadas al interior del desenvolvimiento del contrato; o cómo esas circunstancias alteran o no el alcance del contrato

según originalmente se previó. Para ello, será necesario interpretar el contrato para concluir fijando su verdadero sentido y alcance, lo que puede requerir, incluso, integrar el contrato creando la norma que —ajustada a la verdadera intención de las partes— llene la laguna que separa los hechos previstos por las partes y el desenvolvimiento real de las circunstancias dentro de las cuales el contrato se desarrolla en el tiempo.

El imperativo de la buena fe contractual, que ha de incidir en la formación del consentimiento y en su cumplimiento, alcanza también a la interpretación, porque, si conforme al artículo 1.546 del Código Civil los contratos deben ejecutarse de buena fe, bajo este mismo supremo principio de la contratación deberá ser interpretado el contrato para poder ser ejecutado. Y aún más, si es en razón de la buena fe que la misma disposición expresa que los contratos no sólo obligan a lo que en ellos se expresa sino, también, a las cosas que naturalmente le pertenezcan, quiere decir que es la buena fe la que obliga a los contratantes a cumplir no sólo las obligaciones literales sino que todo aquello que fue verdaderamente convenido en su alcance más completo.

Lo que venimos expresando no es postulado solamente de la escuela de la interpretación subjetiva del contrato que obliga al intérprete, en el lenguaje del Código Civil francés, a indagar la “común voluntad de las partes” por sobre el tenor literal del contrato, principio que Bello especificó con mayor claridad en la conocida fórmula del artículo 1.560 del Código Civil, que impone al intérprete el deber de estarse a la intención de los contratantes “conocida claramente”, más que a lo literal de las palabras; sino también, postulado de la escuela de la interpretación objetiva que, si bien considera como “voluntad real” lo manifestado por las partes en un contrato escrito, la labor del intérprete no se agota sólo en lo literal de las palabras, sino que su labor indagatoria debe extenderse, también, a las circunstancias objetivas de la especie, entre las cuales “los resultados económicos perseguidos por las partes ocupan un lugar destacado” por cuya concreción el juez debe velar (Jorge López Santa María, “Sistemas de Interpretación de los Contratos”, de Edit. U. Valparaíso, 1971, págs. 176 y 177). El acto de interpretar consiste precisamente “en tener en cuenta todas las circunstancias del caso; sólo aquél que de este modo, penetrando en los más finos matices del caso concreto —pero sin entrar para nada en la voluntad interna que haya podido mover a las partes— investigue el sentido de la declaración de voluntad estudiada, podrá llegar a un resultado justo en consonancia con el sentimiento general del Derecho” (Erich Danz, “La interpretación de los negocios jurídicos”, 3a. ed., Madrid, 1955, cit. por Jorge López Santa María, op. cit. pág. 172).

Se aprecia, así, que la mera literalidad de la Cláusula Undécima del Contrato, aislada de la voluntad de las partes de perseguir, a través de ella, determinados resultados económicos, no constituye un criterio interpretativo válido en ninguna de las escuelas de interpretación jurídica reconocidas por el derecho civil;

Décimo Segundo: Que, establecido que la intención de las partes, claramente manifestada en el Contrato, fue que el precio se ajustara según la variación del precio de los combustibles utilizados por ZZZ en la generación eléctrica y que, en consecuencia, no puede oponerse a esta voluntad la circunstancia de no encontrarse un combustible determinado incluido en la fórmula de reajuste, cabe analizar si esta intención real alcanza a cualquier combustible que pudiera utilizar la empresa generadora o sólo a algunos en determinadas circunstancias.

En concepto del sentenciador, en procura de fijar la extensión o alcance de la voluntad de las partes en este extremo, no es concebible que la voluntad de las partes, en cuanto a que los precios se ajustaran conforme a las variaciones de precios de los combustibles utilizados por ZZZ, pueda extenderse a otros combustibles que, a la época del Contrato, fueran de utilización razonablemente

previsible, ni a aquellos combustibles que, siendo de un uso razonablemente no previsible, requirieran para su utilización nuevas tecnologías, distintas a las utilizadas en la Central M. I.

Lo primero, por cuanto, si al momento de suscribir el Contrato las partes hubieran previsto el uso posible de determinado combustible, habrían debido incluirlo en la fórmula de indexación y, al no hacerlo, debe presumirse su intención de excluirlo.

Lo segundo, por cuanto el Contrato, para su segundo período de vigencia, consideró la entrada en funcionamiento de la Central M. I a carbón, lo que excluye que haya podido existir la voluntad de incluir entre los combustibles aquel o aquellos que, para su utilización, se hubiera requerido de ZZZ inversiones en nuevas tecnologías, como modificaciones sustanciales en su Central M. I o en otras Centrales Generadoras. Si se pretendiera que la voluntad de las partes alcanzaba a tales combustibles, podría romperse el equilibrio contractual y la consideración de esas nuevas inversiones y tecnologías harían que esta litis no se circunscribiera a un problema de ajuste de precio de la energía, sino a la modificación del precio mismo del Contrato tanto en su componente de potencia, como de energía, que sería o no posible según las circunstancias del caso, todo lo cual excede el marco de esta causa.

Como consecuencia de lo anterior, corresponde analizar si el “petcoke” —cuya utilización por ZZZ ha originado las dificultades surgidas entre las partes— se encuentra o no entre aquellos combustibles cuya utilización era previsible al tiempo del Contrato y cuya utilización requiere de inversión de consideración en nueva tecnología;

Décimo Tercero: El “petcoke” o carbón de petróleo es un producto resultante de la refinación del petróleo que, sometido a un proceso conocido como “coquización retardada” genera un sólido negro o gris que se utiliza como combustible asociado, fundamentalmente, con el carbón (“Petcoke ¿Residuo o Producto?” Publicación CONAMA, Región Bío-Bío, relativo a Seminario organizado por U. de Concepción, julio 1999, pág. 13).

Desde el punto de vista de su composición química comparativamente con el carbón, los parámetros de ambos combustibles —carbón y carbón de petróleo— son los siguientes:

Parámetro (wt%)

Rango Carbón

Rango petcoke

Valor calorífico bruto (Kcal/Kg)

6.070 - 7.600

7.500 - 8.800

Carbono

34,8 - 78,0

82,7 - 91,0

Hidrógeno

2,3 - 6,0

2 - 15

Nitrógeno

0,7- 2

0,8 - 3,2

Cloro

0,01 - 0,1

0,01 (1 data point)

Sulfuro

0,25 - 6,2

0,2 - 6,0

Oxígeno

1,0 - 19

0,09 - 0,25

Moisture

2 - 36

1,6- 9

Ceniza

4,5 - 40

0,1 - 1

Maerial volátil

4,6 -60

3,7 - 18

Ni + V

0,003 - 0,17

0,02 - 0,8

(Fuente: "Petcoke, ¿Residuo o Producto?", op. cit, pág. 29).

Del análisis de este cuadro comparativo, aparece que, desde el punto de vista de su composición y de la función que desempeñan, ambos, el carbón y el carbón de petróleo, reúnen características muy semejantes con la especialidad en cuanto a que el "petcoke" tiene normalmente un mayor poder calorífico que el carbón y un mayor contenido de carbono.

Se puede concluir, en consecuencia, que, desde el punto de vista de su origen, el carbón y el carbón de petróleo son diferentes ya que, mientras el primero tiene un origen mineral, el segundo es un producto tratado de la refinación del petróleo. Sin embargo, desde el punto de vista de sus características físicas y químicas, como desde la perspectiva de la función que tienen, ambos productos son similares y para su utilización ambos requieren de una misma tecnología.

La producción mundial de "petcoke" en 1969 era de, aproximadamente, 20 millones de toneladas, alcanzando, en 1997, a prácticamente 60 millones de toneladas.

El principal productor de petcoke en el mundo, entre los años 1990 y 1997, fue EE.UU., alcanzando al 80%.

En 1996, se destinaron a la generación eléctrica no más de 4 millones de toneladas de petcoke en los países de OECD (Organisation for Economic Co-Operation and Development). El número de

centrales eléctricas que utilizaron petcoke en EE.UU. aumentó de 10, en 1992, a 21, en 1995. En los países de la OECD en los años 1995 y 1996, sólo 4.162.000 ton. y 3.590.000 ton. del consumo de petcoke se destinó a la producción de energía eléctrica, respectivamente.

El aumento de consumo de petcoke en la generación eléctrica es posterior a 1995. A esa época, el consumo de petcoke se vinculaba, en un 47%, con la industria del cemento; un 46% de la industria del acero, industria química, vidrio y otro tipo de industria. (Fuente: "The Economy of Petroleum Coke", Third Edition, 1999, Roskill Informations Service Ltd., pgs. 34, 80, 81, 96, 97 y 97).

Ningún antecedente o elemento proporcionado por las partes en el juicio controvierte la afirmación de XXX en cuanto a su desconocimiento de la posibilidad que ZZZ, a la época de la firma del Contrato, pudiera utilizar "petcoke" mezclado con carbón en sus instalaciones; y de la circunstancia de no haber informado ZZZ a XXX de esa posibilidad, deduce el sentenciador que, a esa época, tampoco ZZZ había previsto dicha circunstancia, de todo lo cual se colige que el uso del petcoke no fue previsto por las partes, simplemente, porque entonces su uso era escasamente conocido en el ámbito de las generadoras eléctricas y porque su fuerte baja en el precio iniciada en 1997 ("The Economics of Petroleum Coke", op. cit., pág. 96) originó posteriormente el interés en su uso.

En cuanto a la tecnología necesaria para la utilización del petcoke, debe tenerse presente que el petcoke, por su baja volatilidad, requiere ser utilizado mezclado con carbón mineral, y para hacerlo—esto es, para quemar petcoke— se quema conjuntamente con el carbón, de donde se desprende que la tecnología para quemar petcoke no difiere de las necesarias para quemar diversas variedades de carbón mineral diferenciadas por el poder calorífico, dureza, contenido, granulometría u otras características físicas o químicas.

En cuanto al monto de las inversiones que haya debido efectuar ZZZ para poder utilizar petcoke, no ha sido éste un punto de hecho discutido ni planteado por las partes, no habiéndose rendido prueba legal sobre este extremo, lo que conduce al sentenciador a estimar que ellas no han debido tener una cuantía de significación.

En consecuencia, el petcoke no puede excluirse del concepto de "combustible utilizado por ZZZ" para los efectos del reajuste del precio de la energía vendida a XXX;

Décimo Cuarto: Que en concepto de ZZZ, dada la fórmula de reajuste, no es tampoco posible incluir en el polinomio el factor "precio del petcoke" puesto que, a su respecto, no existe un precio o valor inicial convenido de manera que, para hacerlo, habría que entrar de lleno a modificar la fórmula y crear o suponer un valor base que implicaría una decisión judicial imposible, que sería abiertamente modificatoria del Contrato y, consecuentemente, atentatoria contra la intangibilidad del mismo.

Sobre este extremo, debe tenerse en cuenta que la fórmula contenida en el Contrato en lo que al carbón se refiere, no dice relación con el precio de la tonelada u otra unidad de masa del carbón, como acontece con el petróleo y fuel oil N° 6, sino que la fórmula considera un valor base para la giga caloría del carbón (US\$/G cal). Así, lo que en la fórmula importa no es el dato del valor de determinada cantidad de carbón expresada en toneladas, sino que el valor de la unidad de calor que con el carbón se logra. Es un hecho conocido que existen en el mercado diversos tipos de carbón con variado poder calorífico y, en consecuencia, existen muchos precios distintos y mezclas de carbones posibles; pero la fórmula no establece un precio inicial para el valor de esos carbones o mezclas de carbones sino que, tan sólo, un valor de la unidad de calor que con ellos se logra.

Como consecuencia de lo anterior, como aparece del peritaje agregado a fojas 243, el perito pudo incluir en el polinomio el elemento petcoke sin necesidad de crear un valor base para el petcoke, sino que estableciendo el valor final de la unidad de calor (US\$/G cal) que resulta de quemar una mezcla petcoke/carbón comparándola con el valor inicial de la unidad de calor (US\$/G cal) fijado por las partes;

Décimo Quinto: Que en lo que dice relación con la aplicación práctica que las partes han dado al Contrato, considera el sentenciador que no se han probado hechos de los que pueda deducirse una determinada aplicación práctica del Contrato ni para sustentar la posición de la parte demandante, ni de la parte demandada.

En lo que dice relación con la defensa de ZZZ en esta materia, de la sola circunstancia que XXX no haya reclamado de las facturas pagadas por el período en que se utilizó petcoke, no puede desprenderse su renuncia a reclamar derechos que estima le corresponden por la aplicación de la Cláusula Undécima del Contrato.

Si bien el artículo 160 del Código de Comercio expresa que no reclamado el contenido de una factura dentro de los ocho días de su entrega se entenderá por irrevocablemente aceptada, el pago de las facturas emitidas por ZZZ en su oportunidad sin protesta por XXX sólo puede significar una aceptación a su contenido; pero no la aceptación de determinada interpretación del Contrato de la cual pueda desprenderse la renuncia o preclusión de los derechos que del Contrato emanan para XXX.

Décimo Sexto: Que, lo relacionado lleva al sentenciador a la convicción de que: (1) la intención de las partes claramente manifestada en el contrato fue la de ajustar el precio del Contrato conforme a las variaciones que experimentara el precio de los combustibles —expresado en el valor de la unidad de calor, en el caso del carbón— utilizados por ZZZ en la generación sin asumir esta empresa el riesgo de aumento en el precio de los mismos y beneficiándose XXX de los efectos de una baja en los costos de generación, como contrapartida; (2) la posibilidad de utilizar petcoke no era razonablemente previsible a la época de celebrarse el Contrato; (3) la introducción del petcoke no significa una nueva tecnología e inversiones importantes ni sus características técnicas ni su utilización se diferencian esencialmente de los combustibles en uso en la fecha del cambio; y (4) la fórmula de reajuste, en lo que a carbón se refiere, por el hecho de basarse en la variación del precio de la unidad de calor producida por el carbón, no requiere de una modificación para considerar un valor base para el petcoke.

Sin perjuicio de lo anterior —y a mayor abundamiento— no puede el árbitro dejar de considerar que, si bien el petcoke no es carbón mineral, es una especie de carbón de la misma manera que lo es, también, el carbón vegetal. Así aparece no sólo del término “carbón de petróleo”, sino también, sus características físicas, químicas y su utilidad como combustible usado como mezcla o aditivo del carbón mineral, teniendo este último, incluso, un menor componente de carbono que el petcoke. En consecuencia, resulta plausible la argumentación de XXX en cuanto a que el petcoke debe ser considerado como carbón;

Décimo Séptimo: Que, por todas estas consideraciones, concluye el árbitro infrascrito que XXX tiene derecho a beneficiarse del menor costo del petcoke utilizado por ZZZ en mezcla con el carbón mineral en la generación eléctrica;

Décimo Octavo: Que corresponde, en consecuencia, determinar a cuánto asciende el beneficio a que tiene derecho XXX, a cuyo efecto es imperativo hacer referencia al informe del perito designado por las partes de común acuerdo y que rola a fojas 243, peritaje a que el árbitro asigna valor de

plena prueba, tanto por emanar de un ingeniero de prestigio, designado para el cargo de común acuerdo, como por cuanto su pericia se ha preparado sobre la base de información entregada por ambas partes. Expresa el perito que, para llegar a las conclusiones a que arriba, ha tenido en cuenta la información proporcionada por XXX en su demanda y la especialmente entregada por ambas partes a requerimiento del árbitro.

Concluye el perito, en primer lugar, que la utilización del "petcoke" no incide en el precio de la potencia, pero sí en el de la energía y que, al efecto, es posible introducir en el polinomio el efecto de la utilización del petcoke dado que, al referirse la fórmula al carbón, no lo hace a su precio por tonelada, como sucede en el caso del petróleo y el fuel oil N° 6, sino al precio de la unidad de calor (US\$/G cal.) Agrega que, dada la distinta información proporcionada por las partes, llega a tres valores distintos para cuantificar la diferencia de facturación, esto es, el beneficio que XXX debería haber obtenido si en el ajuste del precio ZZZ hubiera considerado el uso del petcoke: US\$ 1.245.785, considerando los datos proporcionados por ZZZ con su escrito de fojas 254; US\$1.344.530, considerando los datos proporcionados por XXX en su demanda; y US\$ 1.942.203 si se toman en cuenta los datos proporcionados por XXX en su escrito de fojas 232. Considerando que la suma demandada por XXX asciende a US\$ 970.534 más intereses, el sentenciador ordenará el pago de esta suma que es inferior a la menor de las tres indicadas por el perito y, menor, incluso, a la que determina el perito sobre la base de la información proporcionada por ZZZ;

Décimo Noveno: Que establecido que ZZZ no ha participado a XXX del menor precio de la energía vendida en razón de la utilización de carbón petcoke, corresponde analizar si procede o no acoger la petición principal de la demanda de XXX en cuanto a declarar la resolución del Contrato por haber operado la condición resolutoria tácita consagrada en el artículo 1.489 del Código Civil, implícita en todo contrato bilateral.

Tradicional ha sido entre los doctrinarios chilenos del derecho civil el plantearse la pregunta de si la condición resolutoria tácita opera cuando ha habido cualquier incumplimiento a las obligaciones contraídas en un contrato bilateral, aún cuando no sean esenciales; o si tal resolución procede sólo cuando el incumplimiento incide en una obligación esencial o llevada a tal categoría por la voluntad de las partes; o bien, a una obligación de importancia dentro del contrato. Así, los autores Arturo Alessandri Rodríguez ("Teoría de las Obligaciones", Edit. Cono Sur, 1988, pág. 197); Alfredo Barros Errázuriz ("Curso de Derecho Civil. De las Obligaciones". Nascimento, 1932, pág. 135); Ramón Meza Barros ("Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones". Edit. Jurídica. 1990, pág. 90) son sostenedores de la tesis de que el incumplimiento de cualquier obligación, sin importar su entidad, sea incumplimiento total o parcial, autoriza para solicitar la resolución toda vez que el artículo 1.489 del Código Civil no distingue el grado de incumplimiento para hacer operable la condición. En cambio, Fernando Fueyo ("Cumplimiento o Incumplimiento de las Obligaciones", Edit. Jurídica, 1991, pág. 306); Luis Claro Solar ("Explicaciones de Derecho Civil y Comparado. De las Obligaciones", Nascimento, 1936, págs. 190 y siguientes); René Abeliuk ("Las Obligaciones", Edit. Jurídica, Tomo 1, págs. 417 y 418) sostienen la tesis de que no es el incumplimiento de cualquier obligación lo que autoriza la resolución del contrato, sino de aquellas obligaciones esenciales o aquellas que tienen un efecto significativo o importante. Hay autores, incluso, que circunscriben la procedencia de la resolución sólo para la infracción de obligaciones esenciales o elevadas a esa categoría por acuerdo de las partes (Klaus Krebs, "La Condición Resolutoria Tácita", Memoria de Prueba U.C., 1999).

En concepto del sentenciador, la solución de la controversia acerca del sentido y alcance de la condición resolutoria tácita no pasa por la aplicación mecánica de la norma del artículo 1.489 del Código Civil, por lo que deben descartarse las posiciones dogmáticas que pretenden que un juez

debe ordenar la resolución de un contrato sea cual sea el incumplimiento acreditado o que sólo pueda declararla cuando se ha infringido una obligación esencial quedándole vedada la posibilidad de hacerlo en otra circunstancia.

El fundamento de la institución bajo análisis es la equidad que debe respetar el equilibrio entre las recíprocas obligaciones de las partes en términos que “debe decidirse la resolución o negarse lugar a ella, según sean las circunstancias de la causa”; (Corte de Apelaciones de Talca. 12 de noviembre de 1920. Gaceta de los Tribunales, Causas Civiles, pág. 616).

En la especie, el incumplimiento se origina de una distinta interpretación que las partes contratantes dan a una cláusula accidental del Contrato que hacía plausible la negativa de ZZZ a traspasar a XXX la economía en los costos que le originó la utilización del petcoke; diferencia interpretativa que las partes sometieron al conocimiento de un árbitro de conformidad con la cláusula compromisoria que convinieron. Se rompería el equilibrio entre las partes ligadas por un Contrato de larga duración si, por el incumplimiento de una obligación accidental —que adquirirá certeza en virtud del fallo— se sancionara a una de ellas con la resolución del contrato si es que tal incumplimiento puede corregirse sin daño al otro contratante, por la vía de imponer la obligación de dar cumplimiento íntegro cubriendo los perjuicios causados; tanto más si se tiene presente que los contratos se hacen para ser cumplidos y no para ser resueltos, fin propio de todo contrato que no puede ser ignorado por el sentenciador.

Las consideraciones anteriores, que llevarán al árbitro a negar lugar a la resolución solicitada, hace innecesario referirse a las argumentaciones de la demandada en cuanto a que la demanda de autos dio inicio a un juicio declarativo y no de condena.

Vigésimo: Que la parte demandante, en su petición subsidiaria, solicitó se condene a la demandada al cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, perjuicios que, en este caso, se encuentran limitados por el propio demandante a la suma de US\$970.534. Los perjuicios corresponden a la diferencia de facturación entre lo efectivamente cobrado por ZZZ y pagado por XXX y lo que debería haberse facturado y pagado tomando en cuenta la influencia del uso del petcoke, según lo determinó el perito.

Demandándose intereses, corresponde aplicar el interés corriente para obligaciones en dólares de EE.UU. o expresadas en moneda extranjera vigente al tiempo de la notificación de la demanda, esto es, el 23 de diciembre de 1999, interés que ascendía al 11,52% anual, según aparece de la Resolución de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de diciembre de 1999.

Vigésimo Primero: Que la parte demandante pidió en el Primer Orosí de su demanda, también, que todos los reajustes futuros del precio del Contrato deben hacerse considerando la variación de todos los combustibles utilizados por ZZZ en su proceso de generación en los porcentajes que utilicen cada uno de ellos.

Esta petición será rechazada por el sentenciador por cuanto, como se ha relacionado, no puede entenderse que el costo de cualquier combustible utilizado por ZZZ deba considerarse para los efectos del ajuste, sino que aquellos cuyas características se analizan en el Considerando Décimo Segundo, por lo que en cada caso deberá determinarse la procedencia o improcedencia de incluir otros combustibles que los señalados en la fórmula de reajuste;

Vigésimo Segundo: Que el resto de la prueba documental acompañada en autos por las partes

no aporta elemento de juicio que constituyan base o fundamento del fallo ni para el establecimiento de los hechos en que se funda, el que se basa, esencialmente, en el texto del Contrato reconocido por ambos contratantes. Se omite, en consecuencia, referencia específica a ella.

Y teniendo además presente lo dispuesto por los artículos 170 del Código de Procedimiento Civil y 1.560, 1.545 y 1.546 del Código Civil,

RESUELVO:

- 1º No ha lugar a la petición principal de la demanda de resolución del Contrato;
- 2º Ha lugar a la petición subsidiaria de la demanda de cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicio, declarándose que ZZZ deberá pagar a XXX la suma de US\$ 970.534, que deberá solucionar en su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio del dólar vigente al día anterior al del pago efectivo a que se refiere el inciso 1º del N° 6 del Capítulo I del Título I del Compendio de Normas de Cambios Internacionales del Banco Central de Chile, con más el interés del 11,52% anual a partir del día 23 de diciembre de 1999, dentro de diez días de ejecutoriado el fallo;
- 3º No ha lugar a las demás peticiones de la demanda;
- 4º No se condena en costas a la parte demandada por haber tenido motivos plausibles para litigar y no haberse dado lugar a todas las peticiones de la demanda. No obstante lo anterior, los honorarios del perito serán sufragados por la parte demandante.

Autorícese por el Actuario y notifíquese personalmente por el Señor Secretario del Centro de Arbitrajes y Mediaciones de la Cámara de Comercio de Santiago, quien actuará como Ministro de Fe.

Archívese en su oportunidad.

Dictada por el Juez Árbitro de derecho, abogado Juan Carlos Dörr Zegers.

NOTA: Esta sentencia fue objeto de recurso de casación en la forma interpuesto para ante un tribunal arbitral de segunda instancia compuesto por los árbitros señores Adolfo Bañados C., Claudio Illanes R. y Raúl Varela M.

El tribunal de segunda instancia confirmó la sentencia del árbitro Sr. Dörr.