

**ÁRBITRO MIXTO SR. LUIS SIMÓN FIGUEROA DEL RIO****12 de Noviembre 2002  
ROL 296**

**MATERIAS:** Contrato de suministro de gas natural - contrato de adhesión - término de contrato por incumplimiento contractual (consumos impagos), indemnización de perjuicios y reivindicación de bienes dados en comodato - medida prejudicial precautoria de secuestro de bienes - medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos - peritajes sobre estado actual de los bienes y los perjuicios - acción de nulidad del contrato por vicios del consentimiento (error de hecho) - rechazo de excepciones alegadas por falta de prueba y por improcedentes - contrato de suministro con tarifa comercial o tarifa industrial: el primero no exige consumo mínimo obligado, por lo tanto, no procede indemnización de perjuicios por término anticipado porque no existe lucro cesante - valor probatorio de las facturas - procede indemnizar los perjuicios por el deterioro de los bienes dados en comodato.

**RESUMEN DE LOS HECHOS:** XXX S.A. dedujo demanda en contra de ZZZ y Compañía Limitada, por el término del contrato de suministro de gas natural por incumplimiento contractual por no pago de los consumos mensuales, más indemnización de perjuicios y reivindicación de los bienes dados en comodato. La demandada dedujo demanda reconvenional de nulidad relativa de contrato con indemnización de perjuicios por lucro cesante, basada en el error de hecho respecto de lo contratado en cuanto al tipo de tarifa, y en subsidio, demanda reconvenional de término de contrato por incumplimiento contractual e indemnización de perjuicios.

**LEGISLACIÓN APLICADA:**

Código Civil: artículos 1.489 y 1.545.  
Código de Comercio: artículo 160.

**DOCTRINA:**

Nulidad relativa por error de hecho respecto de lo contratado en cuanto al sistema o tipo de tarifa.

La empresa ZZZ y Cía. Ltda. tuvo claro conocimiento en los detalles y alcances de la oferta que en definitiva aceptó y da cuenta el contrato suscrito, que tuvo posibilidades de negociar, que de hecho logró modificar acuerdos suscritos y en aplicación, y que tiene gran capacidad de negociación.

Por consiguiente no se dan los presupuestos de hecho y legales para estimar que hubo el vicio de consentimiento alegado y tampoco hubo desequilibrio de poder (Considerando N° 1).

Demanda reconvenional de término de contrato por incumplimiento contractual e indemnización de perjuicios.

De los antecedentes que proporcionan ambas partes está reconocido que la parte del contrato relativa a esas instalaciones se cumplió, independientemente de cuál de las partes fue la causante de la demora para su cumplimiento.

El artículo 1.489 del Código Civil para ser aplicado requiere que no se haya cumplido lo pactado. En este caso se hicieron las instalaciones y se suministró gas. El atraso en la ejecución de lo primero no altera que efectivamente se cumplió. Por consiguiente no se dan los hechos que exige el citado artículo y no es posible dar lugar a la resolución del contrato pedida (Considerando N° 2).

Resolución del contrato e indemnización de perjuicios pedidas por la demandante:

El contrato de suministro de gas natural que las partes han suscrito se ejecuta constantemente, y ellos pactaron en la cláusula tercera la facultad de XXX S.A. de ponerle término anticipado si el cliente no paga oportunamente tres o más facturas, que es lo que ha ocurrido en este caso.

Es la ley del contrato la aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 1.545 del Código Civil, por lo que procede declarar el término del contrato.

En cuanto a la indemnización de perjuicios solicitada por lucro cesante por los 20 meses que quedaban de duración del contrato y en lo que no hubo consumo, debe tenerse en cuenta que se trata de un contrato con tarifa comercial. Este tipo de contrato se distingue del con tarifa industrial, entre otras cosas, porque no tiene un consumo mínimo obligado, lo que sí tiene el de tarifa industrial.

El distingo entre estos dos tipos de contrato determina claramente los efectos jurídicos distintos para uno y otro caso si hay incumplimiento: para el caso de contrato con mínimo obligado éste deberá pagarse necesariamente por el tiempo que falte; por contraposición, para el caso sin ese mínimo, no se desprende perjuicio si no hay consumo (Considerando N° 4).

**DECISIÓN:** Se acoge la demanda interpuesta por XXX S.A. en lo que se refiere a consumos impagos y se condena a la demandada a pagar las facturas impagas que indica; se declara terminado el contrato, se rechaza la petición de la demandante de indemnización del lucro cesante; se ordena la restitución de los bienes dados en comodato a la demandada, la que deberá pagar la suma que indica por concepto de indemnización por el deterioro de dichos bienes, con intereses si existe atraso; se condena a la demandada a pagar por concepto de indemnización de perjuicios la suma que indica como proporción de los gastos de instalación de los bienes dados en comodato y los servicios de prolongación de red, acometida, asesorías en conversión, estación de medición y regulación red interior por el período del contrato que no se cumplió.

Se rechaza la excepción de nulidad relativa, la demanda reconventional de nulidad relativa y la demanda reconventional de terminación de contrato con indemnización de perjuicios planteadas por ZZZ y Cía. Ltda. Se condena en costas a la demandada.

**SENTENCIA ARBITRAL:**

Santiago, 12 de noviembre de 2002.

**VISTOS:**

1. Son partes en el Juicio Arbitral sobre el cual recae esta sentencia M.SA., en adelante XXX, empresa de distribución y comercialización de gas, petróleo y otros combustibles, cuyos representantes son don E.M.M. y F.G.Sch., todos domiciliados en A.E.B.N. N° 0177 piso 11 de la comuna de Las Condes, Santiago. Esta empresa designó abogado patrocinante y confirió poder a don J.L.B.T. domiciliado en A. N° 1022 piso 10 oficina 1001 de la comuna de Santiago.

La otra parte en este juicio es G.yC.Ltda., en adelante ZZZ, representada por R.C.G.S., ambos domiciliados en B.E. N° 2.501, comuna de Santiago. Esta empresa designó abogado patrocinante y confirió poder en la etapa final del juicio a don A.G.K. domiciliado en C. N° 1.036 oficina 65 de la comuna de Santiago.

El arbitraje fue requerido por XXX.

El Juez Árbitro que suscribe fue designado por el Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., don Esteban Alvano Kraljevic, el 23 de octubre de 2001, y notificado y juramentado por el Notario Enrique Tornero Figueroa, el 13 de noviembre de 2001. El 25 de abril de 2002, a fs. 37, se prorrogó el plazo para dictar sentencia en seis meses más a contar del 13 de mayo 2002, por lo que dicho plazo vence el 13 de noviembre de este año.

Con el propósito de evitar confusiones sobre las normas que rigen las tramitaciones de este Juicio Arbitral, a fs. 19 se dejó claramente establecido que éste se tramita de acuerdo al Reglamento Procesal del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. Todo ello sin perjuicio que en lo que se refiere al pronunciamiento de la sentencia definitiva deberá aplicarse la ley.

Se deja constancia que de acuerdo al Art. 28 inciso final del referido Reglamento Procesal de Arbitraje "Quedará a criterio del Tribunal decretar la admisibilidad, pertinencia e importancia de las pruebas presentadas"; y que de acuerdo al Art. 30 del mismo Reglamento "el valor de los medios de prueba será apreciado en conciencia y de acuerdo a las reglas de la sana crítica por el Tribunal".

Se designó Ministro de Fe a fs. 16 al Notario Humberto Quezada Moreno y se estableció el oficio del Tribunal en la oficina del Juez Árbitro ubicada en H. N° 903 oficina 815, piso 8°, sin perjuicio que las audiencias se llevaran a efecto en las oficinas del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, ubicada en Monjitas 392 piso 3.

2. Don J.L.B.T., abogado, en representación de XXX, demandó a ZZZ representada por don R.C.G.S., de cobro de facturas impagas, de término de contrato de suministro de gas natural por incumplimiento contractual, más indemnización de perjuicios y de reivindicación de bienes dados en comodato.
3. En relación con el primero de los asuntos demandados XXX adujo que el demandado comenzó a consumir gas natural en enero de 2001 y que adeuda consumos por un monto de \$ 33.706.077 más los intereses correspondientes. Agrega que se emitieron oportunamente las facturas que no fueron pagadas ni reclamadas respecto de su contenido dentro de los ocho días siguientes a su entrega, por lo que según el Art. 160 del Código de Comercio, debe entenderse irrevocablemente por aceptadas e impagas. El demandante enumera las facturas cuyo pago se demandan y acompaña copias de las mismas autorizadas ante Notario.

4. En cuanto al segundo punto, esto es, el término de contrato por incumplimiento del mismo más indemnización de perjuicios, XXX manifiesta que de acuerdo al contrato suscrito entre las partes y que se acompañó, el “no pago de tres o más facturas dará derecho a XXX a poner término anticipado al acuerdo sin que sea necesario declaración judicial alguna”.

Agrega que en consideración al no pago de las facturas quedó de manifiesto el incumplimiento contractual de parte de ZZZ y por ende el derecho de XXX a ponerle término anticipado al contrato de suministro de gas.

Señala, además, que el plazo de duración del contrato es de mínimo de 36 meses contados desde la fecha de inicio del suministro y que éste se interrumpió en agosto de 2001, debiendo haberse mantenido a lo menos hasta marzo de 2003, y que como el promedio mensual suministrado en los últimos seis meses facturados fue de \$ 5.424.747, multiplicado por los 20 meses que no hubo consumo son \$ 108.494.940 que XXX tiene derecho a demandar por lucro cesante.

El demandante solicita que se declare la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, y funda su petición en el Art. 1.489 del Código Civil porque, explica, se trata de un contrato bilateral cuyo incumplimiento es imputable al demandado, que el demandante ha estado llano a cumplir y por ende la resolución del contrato puede ser declarada por el Tribunal.

Agrega que según el Art. 1.556 del Código Civil la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y también el lucro cesante, y que éste procede cuando se ha privado a la parte cumplidora de una ganancia futura, lo que conlleva un daño futuro, esto es, el que no ha sucedido aún y no cabe duda que va a ocurrir. Según el demandante el lucro cesante es siempre un daño futuro.

Agrega XXX que si fuera un hecho futuro e incierto, una hipótesis de ganancia, queda entregado enteramente a criterio del Juez apreciarlo considerando siempre lo que normalmente ha ocurrido. Apoya sus argumentos en el tratadista Abeliuk y en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, según la cual se debe proporcionar al Tribunal antecedentes más o menos ciertos que permitan determinar la ganancia probable y que, si no es posible establecerlos por medio de una regulación precisa, deben determinarse equitativamente.

5. XXX deduce también demanda reivindicatoria por bienes dados en comodato a ZZZ respecto de nueve quemadores nuevos que están individualizados en las facturas acompañadas y en el escrito de prejudicial precautoria. Señala que éstos fueron valorados al 19 de febrero de 2001 en US\$ 39.940 equivalentes a UF 1.422,087.

Pide se indemnice el deterioro de los bienes cuya reivindicación se solicita, da pautas sobre el particular y faculta al Árbitro para determinarlos. También cobra “la proporción de los gastos de instalación” de esos bienes y los servicios de prolongación de red, acometida, asesorías en conversión, estación de medición y regulación, y red interior, por el período por el que no se ha podido ejecutar el contrato por culpa del deudor. Estima que ese período es el 58,33% del plazo del contrato. Cobra también intereses y reajustes.

Al igual que en los puntos anteriores, solicita que se condene a la demandada al pago de las costas arbitrales procesales, personales, y gastos cobrados por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

6. La demandada, esto es, ZZZ, representada por su abogado A.C.C. contestando la demanda opuso la excepción de nulidad relativa; en demanda reconvenzional adujo la acción de nulidad relativa, y en subsidio de esta última demandó reconvenzionalmente de terminación de contrato con indemnización de perjuicios.

7. En cuanto a la excepción de nulidad relativa planteada por la demandada, ésta la funda en que hubo un error de hecho respecto de lo contratado en lo que se refiere al sistema o tipo de tarifa.

Señala que la razón de optar por el consumo de gas natural es el ahorro que ello le significa en razón de las ofertas que al efecto le hizo XXX.

Describe las negociaciones que hubo desde junio de 1999 a la fecha en que finalmente se firmó el contrato, esto es, el 24 de octubre de 1999 y se refiere al intercambio de notas entre las partes respecto al monto de la tarifa que XXX estaba aplicando, haciendo presente la disconformidad, a su juicio entre la oferta y el contrato suscrito. Manifiesta que se trató de una oferta engañosa, porque ofertó un contrato de “abastecimiento” de gas natural con estudios de ahorro de energía y menor precio y se terminó con un

contrato con tarifas a precios más elevados que los ofertados que se creyó contratar. Señala que no se lograron los ahorros programados, lo que en definitiva significó un “pésimo negocio” para ZZZ “con perjuicio de imagen y una tardía y defectuosa atención para sus clientes”.

Agrega que el 31 de enero de 2001 solicitó a XXX se le enviara la tarifa vigente y que como respuesta recibió un fax “que corresponde a lo expresado en el proyecto original” y que la tarifa vigente para la empresa “era de carácter único para las industrias y se diferenciaba en las cantidades consumidas, lo que fue conformado por el señor D.Sq. y por el señor J.F.F.O.” en una reunión que al efecto ocurrió.

Recién el 15 de marzo del 2001 XXX aclaró la situación de las tarifas y que sólo en ese momento tuvo la demandada conocimiento de la distinción de tarifas que XXX realiza, de las cuales no tuvo ilustración en la etapa de la oferta.

Reconoce que el contrato que se firmó es de “suministro”, pero insiste que el que se aceptó en las negociaciones previas al contrato fue de “abastecimiento” con características más ventajosas con respecto a la calidad y precios.

En cuanto a los puntos de derecho argumenta que el error también se produce por la equivocación, esto es, por no haber valorado exactamente la influencia de las circunstancias que influyen en el pacto. Que hay un vicio de voluntad porque hubo una discrepancia entre lo querido y lo declarado.

En relación con el Art. 1.451 del Código Civil manifiesta que el concepto de calidad esencial de una cosa es subjetivo y dice relación con la intención de las partes, con los motivos que ésta tiene para contratar, de manera que si la cosa respecto de la cual recae el contrato carece de las cualidades que se cree tiene, no se habría celebrado el contrato.

Manifiesta que entiende “que en nuestra legislación el error substancial vicia al consentimiento, y que el acto en que incide dicho error se sanciona con la nulidad relativa”, y agrega que en su opinión lo que el legislador requiere es que el error haya sido determinante para la actuación del sujeto, y que esto está implícito en el primer inciso del Art. 1.454 y explícito en el inciso 2º del mismo y en el Art. 1.455. Agrega que según la oferta de XXX la empresa demandada ahorraría un consumo del orden de 19,234% al año a menores precios y mejor calidad, y que finalmente no hubo tal ahorro y terminó pagando un 11% más caro en relación al gas licuado que compraba.

También aduce que el contrato celebrado es de adhesión, que se contrapone a los libremente discutidos; que las cláusulas del contrato en cuestión fueron redactadas o establecidas por XXX limitando según ZZZ a adherir en bloque, y que el desequilibrio de poder de negociación de los contratantes es evidente por lo que el demandado sólo tuvo poder de conclusión y no de contingencia.

Finalmente la demandada solicita que se declare la nulidad o rescisión del contrato de suministro de gas natural suscrito por las partes con condenación en costas a la demandada.

8. ZZZ en relación con la acción reivindicatoria entablada por la demandante, manifestó que ella es improcedente porque los bienes sobre la cual aquélla recae han sido entregados en comodato y la comodataria, esto es, la demandada, no niega haberlos recibido en tal calidad. Agrega que el comodatario tiene las cosas recibidas en calidad de mero tenedor, y no como poseedor que requiere tener la cosa con ánimo de señor y dueño.

Cita sobre este particular los Arts. 889, 895, 896, 700, 714 y 725 del Código Civil.

La demandada reconoce el dominio de XXX sobre todo el sistema de combustión (quemadores) que recibió de ella en comodato, agrega que no los utiliza desde varios meses y que serán restituidos a su dueño o a quien el Tribunal determine.

De hecho la demandada quiso entregar los quemadores, lo que no fue aceptado por la demandante mientras no se determinara el estado en que ellos se encuentran, porque cobra perjuicios para el evento que estén deteriorados.

9. ZZZ sin perjuicio de la excepción que interpuso de nulidad relativa al contestar la demanda, de la cual se dio cuenta en el número 7 precedente, también presentó en contra de XXX demanda reconventional de nulidad relativa del contrato de suministro de gas natural con indemnización de perjuicios por lucro cesante.



Para estos efectos ZZZ dio por reproducidos los argumentos de hecho y de derecho que manifestó al contestar la demanda y que están referidos en el número 7 precedente. En cuanto a los argumentos relativos a la indemnización de perjuicios por lucro cesante se remitió a la demanda que se da cuenta en el número 10 siguiente.

10. ZZZ presentó en forma subsidiaria, para el caso que no fuere acogida la acción y la excepción de nulidad referida en los números anteriores, demanda reconvenzional de término de contrato de suministro de gas por incumplimiento contractual e indemnización de perjuicios, en contra de XXX

Manifiesta ZZZ que no estaba en posición económica y financiera para financiar el proyecto de reemplazar el gas licuado por gas natural, que le presentó el señor G. de XXX en junio de 1999. Expresa que por esa razón se acordó la entrega de equipos en comodato y se indicó las necesidades inmediatas y futuras de la empresa. Que XXX no cumplió el compromiso de suministrar gas a partir del 12 de enero del 2000 y que el proyecto tuvo un atraso de 12 meses, ocasionando daño económico y desprestigio, lo que ofreció probar.

Agrega que el señor G. fue reemplazado por el señor J.F.F.O., el que desconoció todos los antecedentes e información en torno al proyecto y produjo nuevas demoras.

ZZZ relata irregularidades en el proceso de instalación del sistema de suministro de gas, y reitera que la tarifa aplicada por XXX es más cara de la ofertada y acordada, en aproximadamente un 9,2% que la competencia, y califica este hecho de un engaño por parte de XXX. Explicita que el hecho que la tarifa de XXX resulte más cara que la de A. se debe a que la primera cobra un cargo fijo por arriendo de medidor. Insiste en la baja de productividad en que debió incurrir en incumplimientos con sus clientes por las demoras ya referidas y en el deterioro de la imagen de la empresa, todo lo cual ofreció probar oportunamente.

Finalmente expresa que se ha dado lugar a la condición resolutoria tácita, cita en los Arts. 1.489, 1.556 del Código Civil y 314 y siguientes de Código de Procedimiento Civil y pide se declare "la resolución del contrato de suministro de gas celebrado entre las partes", por los incumplimientos contractuales alegados, "lo anterior con indemnización de perjuicios" por el lucro cesante que evalúa en \$ 80.000.000, todo ello con costas.

11. XXX contesta la demanda reconvenzional de nulidad relativa. Rechaza las afirmaciones de ZZZ en el sentido que habría incurrido en un error al contratar y a que el contrato celebrado es de adhesión sin que hubiera existido la posibilidad de discutirlo libremente.

Hace un relato circunstanciado de cada una de las etapas referentes a la negociación para suscribir el contrato, a la instalación de lo necesario para poder entregar el gas contratado y a lo ocurrido durante el período en que se proveyó de gas a ZZZ. Se refiere a 28 documentos acompañados por orden de fechas que van desde el 21 de julio del 1998 al 8 de agosto del 2001.

Se inicia ese relato con el registro de ZZZ como potencial cliente sobre la base de datos que esta empresa le aporta; y continúa con la información que XXX proporciona sobre el ahorro en el empleo de gas natural y con la tarifa que se ofrece que corresponde a la que esa empresa denomina tarifa industrial que, según explica el cliente, debe hacer las inversiones para utilizar el gas y se establece un consumo mínimo exigido. Los ahorros, explica, se obtienen incluyendo el costo fijo derivado del arriendo de la estación de medición y regulación.

Explica la nueva oferta que se hizo a ZZZ en razón de que ésta no deseaba realizar las inversiones, lo que significó ofertar la tarifa de tipo comercial, según la cual las inversiones las realiza XXX y no existe obligación de un consumo o pagos mínimos, salvo el cobro fijo ya referido de arriendo y mantención de la estación de medición y regulación que es del 2,9% del gasto total. Explica que esta tarifa que evita la inversión al cliente, es menos económica que la industrial pero conlleva importantes ahorros comparado con el consumo del gas licuado, y que, además, normalmente se oferta a empresas de menor envergadura.

Se refiere a la revisión por parte del cliente de este segundo tipo de ofertas y a las negociaciones que sobre el particular ocurrieron, lo que culmina con la firma del contrato.

En el documento N° 8 se refiere al presupuesto de fecha 27 de diciembre de 1999, que contiene el contrato que se propone y contempla el tipo de tarifa denominada comercial.

En lo que respecta a las demoras en la adaptación e instalación de los sistemas para proveer de gas natural XXX explica que se debieron a problemas al interior de la empresa ZZZ y se refiere al intercambio

de documentación sobre el particular. Agrega que durante ese proceso ZZZ continuó ocupando gas licuado, por lo que no puede aducir que tuvo incumplimientos para con sus clientes imputables a XXX.

También está incluido en ese circunstanciado relato un reestudio del contrato que culminó con la rebaja del arriendo del medidor de \$ 75.000 a \$ 35.000 y la aceptación de una nueva petición del cliente en orden a la compra de dos nuevos quemadores para completar nueve unidades.

Se refiere a una minuta del 3 de noviembre de 2000 que da cuenta de una reunión en la cual se acuerda modificar la vigencia del contrato para adaptarlo a los nuevos plazos de recuperación de inversiones, dado a los mayores gastos en que ha incurrido XXX para satisfacer las peticiones de ZZZ. En ese mismo documento ZZZ se compromete a pagar las facturas que se estaban debiendo por consumo de gas.

El 3 de enero de 2001 XXX insiste en el cobro de las deudas vencidas por consumo de gas natural, que a la fecha ascendía a \$ 491.854 y anuncia el corte del suministro de gas.

Desde este momento el relato se refiere a las consultas de ZZZ sobre los tipos de tarifas y al aumento de su deuda por consumo de gas.

XXX comenta y acompaña la minuta de la reunión del 20 de marzo del 2001, que se refiere al acuerdo de suministro contratado que aplica la tarifa comercial, y a la intención de ZZZ de cambiarse a la tarifa industrial, lo que conlleva que ésta se haga dueña de las inversiones y le pague a XXX US\$ 62.495 al contado o bien que XXX financie el pago en 24 cuotas. Se deja constancia en esa minuta que de cambiar el contrato al tipo de tarifa industrial debe establecerse un consumo trimestral mínimo y un consumo mensual mínimo que se paga exista o no consumo, y otros asuntos.

A continuación relata el aumento de la deuda de ZZZ que a ese momento asciende ya a \$ 20.194.476 más IVA; la recepción de cheques que son protestados; nuevas reuniones en las que participa el señor G. por la empresa ZZZ; el despido de aquél por parte del señor R.C.G.S. y el desconocimiento de los acuerdos tomados por el señor G.; la petición de nuevos antecedentes por parte del señor R.C.G.S.; cómo el señor R.C.G.S. posterga la firma de acuerdos de pago en forma reiterada, y que en lugar de abordar el problema anuncia salida de vacaciones; que finalmente, después de llamados insistentes de XXX al señor R.C.G.S., la primera opta por cortar el servicio de gas e iniciar las acciones legales correspondientes.

XXX agrega que su cliente tuvo ahorros significativos en los meses en que utilizó gas natural, y que al no haber invertido en los quemadores y en lo necesario para recibir el gas tuvo en esta materia una "rentabilidad infinita". Que incurre en una contradicción ZZZ cuando alega perjuicios por los atrasos en el inicio de la entrega del gas natural y afirma que este gas es el 11% más caro que el gas licuado, porque como durante esas demoras estuvo consumiendo este último no podría entonces haber tenido los perjuicios que aduce. Además explica que los cálculos para determinar esos porcentajes de mayor valor están errados porque las comparaciones no las hace con la cantidad real de metros cúbicos vendidos. Que los cálculos correctos expresan un ahorro acumulado de US\$ 7.435, incluso incluyendo los meses que por un bajo consumo hubo cifras negativas. XXX acompaña un gráfico sobre el nivel de ahorro por mes de consumo. También explica que no se puede prorratear el cobro de arriendo del medidor en un consumo pequeño porque arrojará una tarifa media anormalmente alta, lo que induce a engaño, como ha hecho la demandante reconvencional en sus conclusiones.

Agrega que XXX tiene más de cincuenta clientes industriales con este mismo sistema de tarifas sin que ninguno de ellos haya expresado desacuerdo con los ahorros que se obtienen.

Pide se tenga por contestada la demanda reconvencional de nulidad relativa del contrato de suministro de gas natural suscrito entre los litigantes, que se deseche de plano en toda y cada una de sus partes por no existir vicio de error que reparar, con costas.

12. XXX contesta el traslado a la demanda reconvencional de terminación de contrato de suministro de gas por incumplimiento contractual e indemnización de perjuicios interpuesta por ZZZ

Reproduce los argumentos del número precedente y se extiende en explicar los aspectos relevantes del tarifado comercial y los compara con el tarifado industrial.

Se encarga de reiterar que la intención de cambio a tarifado industrial durante la vigencia del contrato fue una iniciativa de ZZZ y que, naturalmente, para proceder a ese cambio ZZZ debía asumir los costos de inversión dadas las características de ese tipo de tarifas.

Manifiesta que quien incumplió el contrato fue ZZZ y en forma reiterada y que ahora pretende justificarse haciendo aparecer a XXX como el incumplidor. Agrega que el Art. 1.552 de Código Civil expresa que ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana cumplirlo en el tiempo debido. Que según lo anterior es imposible que XXX haya estado siquiera un momento en mora si previamente ZZZ ya lo estaba.

Agrega que con los documentos acompañados está mostrada la buena fe de XXX, incluso arriesgando perjuicios económicos, y que según el Art. 1.546 del Código Civil los contratos se deben ejecutar de buena fe y obligan a las partes en lo que ellos manifiestan y en lo que emana de la naturaleza de la misma obligación y en lo que por la ley o la costumbre le pertenecen.

Pide se tenga por contestada la demanda reconvenzional de resolución de contrato de suministro de gas natural y de indemnización de perjuicios, que se deseche en toda y cada una de sus partes por no existir incumplimiento contractual de parte de XXX, con costas.

13. XXX antes de demandar solicitó la medida prejudicial precautoria de secuestro de nueve quemadores de gas natural y otros bienes que fueron entregados por ésta en comodato a ZZZ.

Luego de haberse exigido el cumplimiento de ciertos requisitos se dio lugar a lo pedido y se ordenó se constituyera la fianza pertinente. Se produjo un incidente sobre esta materia y se mantuvo a firme lo que se había resuelto. Con todo, no se llevó a efecto esta medida prejudicial.

Se abrió cuaderno separado sobre esta prejudicial precautoria.

14. XXX solicitó precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre la propiedad ubicada en calle B.E. 2507 inscrita a fs. 6544 N° 60511 en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Santiago de 1996.

Se abrió otro cuaderno separado.

Se dio lugar a lo pedido y el receptor C.L.P. procedió a trabar la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos respecto del inmueble citado, la que fue anotada en el repertorio con el N° 45791 e inscrita en el Registro de Prohibiciones del Conservador de Bienes Raíces de Santiago a fs. 26461 N° 25654, el 31 de julio del año 2002.

15. Los documentos acompañados por las partes están agregados al expediente en los cuadernos respectivos y también en archivadores separados que forman parte del mismo expediente.

Ninguna de las partes objetó los documentos de la otra.

16. Hubo dos comparendos de conciliación que fracasaron.

17. A fs. 97 renunció al poder y patrocinio don A.C.C., abogado de ZZZ expresando que lo hacía "en razón de no poder supeditar mi libertad ni mi conciencia para ejercer mi profesión, en la defensa de esta causa". Manifestó que le fueron pagados sus honorarios profesionales y solicitó se suspendiera el procedimiento mientras no se designara otro abogado en su reemplazo.

A fs. 98 ZZZ designó a don A.G.K. como abogado patrocinante y le confirió poder.

18. Se abrió término probatorio y se rindió prueba testimonial a fs. 119 sólo con testigos de XXX.

El abogado de ZZZ tachó al testigo don J.F.F.O. por lo establecido en el Art. 358 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, en razón que el testigo declaró trabajar como ingeniero de proyectos de XXX.

Se acoge la tacha planteada.

19. XXX solicitó designación de perito haciendo uso de las atribuciones que el Reglamento Procesal en aplicación en este juicio le otorga al Juez Árbitro.

A fs. 95 se designó al ingeniero comercial R.C.S. para que informara sobre:

1. Monto de facturas impagas por parte de la empresa demandada, fechas desde que ello ocurre y manera de aplicar los intereses pactados.

2. Si XXX ha tenido detrimento en su patrimonio por la privación de ganancias futuras como consecuencia de los incumplimientos de contrato a que se refiere la demanda, y si los ha habido evalúe su monto.
3. Gastos de instalación de bienes entregados en comodato al demandado y de los servicios de prolongación de red, acometida, asesoría en conversión, estación de medición y regulación y red interior. Porcentaje de ese gasto que la demandante no habría recuperado por el período que la demandada no habría consumido el gas contratado.
4. Monto de los otros daños que habría sufrido la demandante por los incumplimientos que ella aduce incurrió ZZZ.

La demandante pidió reposición del auto de prueba e hizo alcances acerca del peritaje.

La parte demandada también pidió nombramiento de un perito para que informara al tenor de lo siguiente:

1. Tipos de tarifas que ofrece la demandante.
2. Si XXX aplicó a la demandada una tarifa superior a la ofrecida para que se suscribiera el contrato.
3. Si la tarifa cobrada por XXX a la demandada fue más alta que la que en la misma época se cobraba por gas licuado.
4. Si hubo engaños contenidos en la oferta de XXX. Pidió que el perito fuese ingeniero civil mecánico inscrito en los registros de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

El perito señor R.C.S. declinó ejercer su cargo y en su reemplazo se designó al ingeniero comercial I. de la B.V.

Para atender la petición de ZZZ este Juez Árbitro se contactó y se reunió en su despacho con un ingeniero civil mecánico registrado en la Superintendencia citada. De la conversación quedó claramente establecido que los puntos sobre los cuales el perito debe emitir opinión son propios de un ingeniero comercial. Explicada telefónicamente esta situación al abogado señor A.G.K., se designó al ingeniero comercial don M.T.A.

La parte demandante también solicitó un perito para que informe sobre si los bienes individualizados en el escrito de petición de prejudicial precautoria (quemadores y otros) se han deteriorado mientras la empresa demandada los ha tenido, y en el evento que así haya sucedido señale el o los alcances del hecho y estime los perjuicios consiguientes, si los hubo. Para estos efectos se designó al Instituto de Investigaciones y Ensayes de Materiales de la facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile (IDIEM).

Se resolvió que el costo de los peritos es de cargo de la parte que los ha solicitado, sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva sobre las costas.

Los peritos presentaron sus presupuestos y XXX aprobó el del señor I. de la B.V. y del IDIEM.

En cuanto al perito señor M.T.A., el 24 de octubre de 2002 envió a este Árbitro una carta que rola a fs. 131, en la cual da cuenta que había aceptado verbalmente el cargo e iniciado el estudio de los antecedentes; que el 18 de ese mismo mes habló telefónicamente con el señor R.C.G.S. sobre sus honorarios, quien quedó de resolver sobre el monto conversado. Explica que como no ha tenido respuesta y entiende que la tramitación de la causa no puede detenerse, pone estos antecedentes en conocimiento del Árbitro y pide se le comprenda que no puede continuar estudiando el asunto si no se le ha aceptado expresamente su remuneración.

La carta citada fue puesta en conocimiento de los abogados de las partes mediante fax.

Por resolución del 4 de noviembre se declaró cerradas las audiencias y se citó a las partes a oír sentencia sin perjuicio de que se fijó el 8 del mismo mes como último día para que los peritos entreguen sus informes.

El viernes 8 de noviembre don A.G.K., abogado de ZZZ, solicitó telefónicamente a este Árbitro la posibilidad de que se emitiera el peritaje que a él le interesa con posterioridad a la fecha indicada. Se le hizo presente que el plazo del arbitraje vence el 13 de noviembre y que en lo que se refiere al Árbitro no tiene ningún inconveniente en aceptar lo que pide, siempre que las partes de común acuerdo le prorroguen el plazo para dictar sentencia, lo que finalmente no ocurrió.

El IDIEM y el señor I. de la B.V. entregaron sus informes oportunamente.

#### **CONSIDERANDOS:**

1. De acuerdo a todo lo que se ha expuesto es necesario resolver en forma previa las excepciones y acciones interpuestas por ZZZ, porque lo que sobre ellas se concluya influye en las acciones y alegaciones de XXX.



En primer lugar se analizará si hubo o no el error de hecho que alega ZZZ.

Las partes reconocen que hubo un largo período de negociaciones antes de contratar, y que aspecto importante de ello fue determinar quién debía hacer las inversiones para que se pudiera entregar el gas natural y operar con él, por las dificultades que el cliente tenía para asumirlas. Finalmente se concluyó que éstas las haría XXX para lo cual el contrato debió circunscribirse dentro del tipo de tarifa que contempla este hecho, el cual, dentro de la terminología elaborada por la empresa ofertante es denominada tarifa comercial.

El testigo señor G. confirmó que durante la negociación hubo varias ofertas que incluían distintos tarifados y condiciones y que la última fue la de tarifa denominada comercial “de manera que ZZZ no tuviera que invertir en equipos para la conversión”, y que ese tipo de tarifa es la que finalmente se suscribió en el contrato.

A su vez el perito señor I. de la B.V., también ilustra que XXX contempla para las industrias tarifas distintas si la inversión la hace el cliente o XXX, que a la primera se la denomina industrial y a la segunda comercial.

Más adelante, estando en aplicación el contrato, y habiendo problemas de pago del consumo por parte de ZZZ, las partes negociaron, y no está desconocido por ninguna de ellas, la posibilidad de cambiar el sistema pactado y en aplicación por otro que consista en que la inversión la pague ZZZ, incluso se habló de precios a reembolsar, todo ello para cambiar el sistema de tarifas pactado con el que se denomina industrial. Están acompañadas copias de comunicaciones escritas entre las partes que dan cuenta de ello, las que no fueron objetadas.

Consta del expediente que hubo largas negociaciones; durante el contrato se buscó por iniciativa de ZZZ cambiar el sistema de tarifa pactado; esta empresa no acreditó el engaño de que acusa a XXX; tampoco probó que el consumo de gas licuado es más económico que el natural; ni que XXX le aplicó una tarifa más cara que la ofrecida para que se suscribiera el contrato. También está reconocido por las partes que durante la aplicación del contrato se rebajó el costo de arriendo de la estación de medición y regulación.

Todo ello permite concluir a este Árbitro que la empresa ZZZ tuvo claro conocimiento de los detalles y alcances de la oferta que en definitiva aceptó y da cuenta el contrato suscrito, que tuvo posibilidades de negociar, que de hecho logró modificar acuerdos suscritos y en aplicación, y que tiene gran capacidad de negociación.

Por consiguiente no se dan los presupuestos de hecho y legales para estimar que hubo el vicio de consentimiento alegado y tampoco hubo desequilibrio de poder, por lo que se deberá rechazar la excepción de nulidad planteada al contestar la demanda y también la demanda reconvenzional de nulidad, puesto que ambas tienen los mismos fundamentos.

2. ZZZ en subsidio de la excepción y acción tratadas en el considerando precedente, entabla, en contra de XXX, demanda reconvenzional de término de contrato de suministro de gas por incumplimiento contractual e indemnización de perjuicios.

El fundamento está relatado en el punto 10 de los vistos de esta sentencia. Se trata de atrasos en la instalación de quemadores y sistema para proveer de gas.

XXX aduce que las demoras son imputables a ZZZ y ésta no acreditó que fueran imputables a la primera. Con todo, de los antecedentes que proporcionan ambas partes está reconocido que esa parte del contrato relativa a esas instalaciones se cumplió, independientemente de cuál de las partes fue la causante de la demora para su cumplimiento.

Se trata de un contrato que se ejecuta constantemente, la obligación de XXX es proveer constantemente gas natural, lo que efectivamente está reconocido que se hizo.

El Art. 1.489 del Código Civil para ser aplicado requiere que no se haya cumplido lo pactado. En este caso se hicieron las instalaciones y se suministró gas. El atraso en la ejecución de lo primero no altera que efectivamente se cumplió. Por consiguiente no se dan los hechos que exige el citado artículo y no es posible dar lugar a la resolución del contrato pedida.

La indemnización de perjuicios ha sido solicitada como consecuencia de que se acogiera la resolución del contrato, en razón de lo que dispone la parte final del referido artículo, de manera que tampoco puede

acogerse esta petición. Además, si se pretendiera la indemnización de perjuicios en forma independiente de la acción derivada de la condición resolutoria tácita, no se ha acreditado ninguno de los daños denunciados.

3. En cuanto al cobro que XXX hace por 8 facturas impagas de \$ 33.706.077, ZZZ al contestar la demanda nada dijo sobre este particular y no objetó los montos.

De la documentación acompañada constan los atrasos de ZZZ y están reconocidas las negociaciones para ponerse al día en su deuda. Es aplicable a este caso lo dispuesto en el Art. 160 del Código de Comercio.

Para tener mayor precisión sobre la cuantía de la deuda se le solicitó al perito señor I. de la B.V., que identifique las facturas pertinentes, revise los cálculos y emita su opinión. Del informe resulta que hubo un abono de \$ 7.777.507, que los montos netos de cada factura corresponde efectivamente al arriendo de medidor y al gas consumido multiplicado por la tarifa vigente en su oportunidad, de acuerdo con el listado que se publica en el diario L.N. El monto de las dos últimas facturas corresponde principalmente a intereses.

A continuación se indica el número de cada factura impaga, la fecha en que debió pagarse y el monto neto de la misma. El abono señalado se ha imputado al total de la primera factura del cobro, esto es la 358484 y a parte de la segunda que es la 364990. Por esta misma razón el listado que sigue comienza con esta última.

Factura	Fecha de pago	Monto neto
364990	27-04-01	\$ 2.057.969
371432	28-05-01	\$ 3.722.877
378141	29-06-01	\$ 4.620.734
384228	31-07-01	\$ 5.293.102
390952	29-08-01	\$ 5.448.021
397932	28-09-01	\$ 199.547
404187	26-10-01	\$ 35.000

Se deberá concluir que ZZZ debe pagar el monto neto de cada una de esas facturas más los intereses y el IVA correspondientes.

Los intereses deberán calcularse de acuerdo a lo estipulado en el contrato que ha sido acompañado y no objetado por las partes. La cláusula pertinente dice lo siguiente: "El pago de las facturas fuera de los plazos estipulados en el presente acuerdo dará derecho a XXX a cobrar, por todo el período que dure el estado de mora, una tasa de interés igual a la máxima para operaciones no reajustables determinada por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras".

El vencimiento del plazo para haber pagado cada factura es el indicado en el listado precedente.

4. Respecto de la resolución del contrato pedida por XXX en razón de lo establecido en el Art. 1.489 del Código Civil, se ha establecido el incumplimiento por parte de ZZZ y las variadas oportunidades que tuvo para ponerse al día en el cumplimiento de ellas.

El contrato de suministro de gas natural que las partes han suscrito se ejecuta constantemente, y ellos pactaron en la cláusula tercera la facultad de XXX de ponerle término anticipado si el cliente no paga oportunamente tres o más facturas, que es lo que ha ocurrido en este caso.

Es la ley del contrato la aplicable en virtud de lo establecido en el Art. 1.545 del Código Civil, por lo que procedé declarar el término del contrato.

En cuanto a la indemnización de perjuicios solicitada por lucro cesante por los 20 meses que quedaban de duración del contrato y en lo que no hubo consumo, por \$ 108.494.940, la demandada nada dijo sobre

el particular, pero debe tenerse en cuenta que se trata de un contrato con tarifa comercial. Este tipo de contrato se distingue del con tarifa industrial, entre otras cosas, porque no tiene un consumo mínimo obligado, lo que sí tiene el de tarifa industrial.

El distingo entre uno y otro contrato emana de los mismos dichos de la demandante, de su testigo y también del informe del perito.

El distingo entre estos dos tipos de contratos determinan claramente los efectos jurídicos distintos para uno y otro caso si hay incumplimiento: para el caso de contrato con mínimo obligado éste deberá pagarse necesariamente por el tiempo que falte; por contraposición, para el caso sin ese mínimo, no se desprende perjuicio si no hay consumo.

La petición de indemnización por este concepto es además contradictoria con la que se hace sobre la proporción de gastos de instalación no recuperados que se tratará más adelante en estos considerandos, porque se debe cobrar lo uno o lo otro.

Es improcedente, por consiguiente, el cobro de esos perjuicios de lucro cesante.

5. Respecto de la reivindicación de los bienes dados en comodato que solicita XXX, deberá estarse a lo expresado al respecto por ZZZ, de lo cual se deja constancia en el número 8 de los vistos. Esta empresa reconoce la propiedad de XXX de los bienes en cuestión y manifiesta que los entregará a quien se le indique.
6. Respecto de la petición de indemnización que hace XXX por el deterioro de los bienes dados en comodato, de lo cual se da cuenta en el número 5 de los vistos, se solicitó un peritaje al Instituto de Investigación y Ensayos de Materiales de la Universidad de Chile (IDIEM). Según el informe falta 1 quemador, 1 tren de seguridad de gas, 1 sistema de distribución de aire y 1 sistema de distribución de llama, todo lo cual lo valora en US\$ 4.450.

En cada ítem encontrado e inspeccionado en las bodegas de la empresa se encontraron alterados o faltan los siguientes elementos:

En los trenes de seguridad de gas faltan dos válvulas de corte manual.

En los sistemas de distribución de aire falta 1 (un) motor, 3 (tres) presóstatos y 4 (cuatro) ventiladores, lo que valora en US\$ 5.380.

En los sistemas de distribución de llama falta 1 (un) switch monofásico y 1 (un) switch trifásico.

En cuanto al deterioro por uso, el informe expresa que "no fue factible determinar con precisión, sin ejecutar ensayos, si los equipos en funcionamiento o bodega se encuentran en correcto funcionamiento ni cuál es el nivel de eficiencia. Considerando sólo el tiempo de uso y una depreciación lineal sólo de los equipos en funcionamiento con una vida útil supuesta de 10 (diez) años, y un tiempo de uso de 20 (veinte) meses (transcurridos desde la fecha de sesión en comodato) el valor atribuible al uso se puede estimar en US\$ 1.430.

Hace presente el informe que no consideró el costo de oportunidad de los equipos que se encuentran sin funcionamiento en la empresa ZZZ.

La suma de los valores por elementos faltantes, alterados y depreciación por el tiempo es de US\$ 11.260. En consideración que a la fecha de esta sentencia el valor del dólar es de \$ 711 se concluye que ZZZ deberá reembolsar por estos conceptos y por indemnización de perjuicios a XXX la suma de \$ 8.005.860.

7. En cuanto a los perjuicios que cobra XXX por la proporción de los gastos de instalación de los bienes

dados en comodato y los servicios de prolongación de red, acometida, asesorías en conversión, estación de medición y regulación y red interior, por el período del contrato que no se cumplió, ZZZ nada dijo sobre el particular al contestar la demanda, no rechazó el concepto ni las maneras que se proponen para estimar su monto.

El señor I. de la B.V. que informó sobre este asunto incluyó en sus cálculos los bienes dados en comodato porque desconocía que deben restituirse a XXX. Advertido de este hecho rectificó su informe. En síntesis establece que XXX invirtió en los rubros señalados \$ 48.761.655, de los cuales recuperó \$ 13.089.697 y le falta por recuperar \$ 35.671.958. La devolución de los equipos la estimó en su valor original de \$ 29.094.692 por lo que falta por recuperar \$ 6.577.266. Teniendo en cuenta que se ha considerado que ZZZ deberá pagar una indemnización por el deterioro de los bienes a restituir, este Árbitro considera ajustado que esa empresa deba indemnizar en \$ 6.577.266 por los conceptos que este considerando trata.

**RESUELVO:**

1. Se acoge la demanda interpuesta por XXX en lo que se refiere a consumos impagos y se condena a ZZZ al pago de las facturas cuyo número, fecha en que debió pagarse y monto neto se indican a continuación:

Factura	Fecha de pago	Monto neto
364990	27-04-01	\$ 2.057.969
371432	28-05-01	\$ 3.722.877
378141	29-06-01	\$ 4.620.734
384228	31-07-01	\$ 5.293.102
390952	29-08-01	\$ 5.448.021
397932	28-09-01	\$ 199.547
404187	26-10-01	\$ 35.000

Al monto de cada una de las facturas indicadas deberá aplicarse desde la fecha en que debió pagarse una tasa de interés igual a la máxima para operaciones no reajustables determinada por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

El pago deberá hacerse dentro de 10 (diez) días corridos contados desde la notificación de esta sentencia.

2. Se declara terminado el contrato suscrito entre las partes.
3. Se rechaza la petición de XXX de indemnización por lucro cesante.
4. ZZZ deberá restituir a XXX los bienes que recibió en comodato, entregándolos a más tardar dentro de diez (10) días corridos contados desde la notificación de esta sentencia.
5. ZZZ deberá pagar a XXX por concepto de indemnización por el deterioro de los bienes dados en comodato \$ 8.005.860 (ocho millones cinco mil ochocientos sesenta pesos), dentro de 10 (diez) días corridos contados desde la fecha de la notificación de esta sentencia. El atraso en el pago de esta cifra devengará intereses cuya tasa será la misma indicada en el N° 1 precedente.
6. ZZZ deberá pagar a XXX por concepto de indemnización de perjuicios, la proporción de los gastos de instalación de los bienes dados en comodato y los servicios de prolongación de red, acometida, asesorías en conversión, estación de medición y regulación red interior por el período del contrato que no se cumplió ascendente a la suma de \$ 6.577.266 dentro de 10 (diez) días corridos contados desde la fecha de la notificación de esta sentencia. El atraso en el pago de esta cifra devengará intereses cuya tasa será la misma indicada en el N° 1 precedente.



