

José Pedro Silva Prado

Arbitrador en cuanto al procedimiento y de Derecho en cuanto al fallo

Fecha de Sentencia: 29 de noviembre de 2016

ROL: 2212-2014

MATERIAS: Contrato de prestación de servicios de carga, descarga y almacenaje de combustible - terminación anticipada del contrato - cláusula de retracto - precio del desistimiento- cláusula penal -interpretación de los contratos.

RESUMEN DE LOS HECHOS: La sociedad "XX" interpuso contra la sociedad "ZZ", hoy "ZZa", demanda de declaración de término unilateral y anticipado del contrato e incumplimiento de la obligación contractual de pagar la indemnización de perjuicios prevista por dicho término. Al respecto, indica la demandante que, en virtud de la cláusula 9.4 del contrato denominado "Addendum" al Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustibles Diesel y Gasolina sin Plomo en DML1", ("Addendum"), la parte demandada estaba facultada para poner término anticipado al mismo, mediante aviso escrito enviado a la sociedad demandante a través de un Notario Público con, a lo menos, 90 días de anticipación, facultad que habría sido ejercida por la demandada mediante carta de 20 de agosto de 2013. Agrega además que el ejercicio de dicha facultad trae aparejada la obligación de pagar la suma prevista en el contrato a título de indemnización y evaluación anticipada de perjuicios, suma que se negó a pagar la demandada. En consecuencia, la actora solicita se declare que el Addendum terminó en forma anticipada por decisión unilateral de la sociedad demandada, y, en definitiva, se condene a esta última a pagar a la sociedad demandante una indemnización ascendente a la cantidad US\$12.766.596, dólares de los Estados Unidos de América, o la suma mayor o menor que resulte pertinente en aplicación del Addendum, con intereses.

Al contestar la demanda, "ZZ" argumentó que, si bien efectivamente envió una carta a la actora mediante la cual puso término al referido contrato, dicho término no fue en el ejercicio voluntario de la cláusula 9.4 del contrato. Al respecto, indica la demandada que en la referida carta de 20 de agosto de 2013, señaló expresamente que se encontraba obligada a finiquitar el Addendum en razón de la orden impartida por la Corte Suprema por sentencia de 2 de enero de 2013 que aprobó la operación de concentración entre las sociedades TR1 y TR2, sujetándola a la adopción de dos medidas de mitigación. De este modo, afirma la demandada que el término anticipado del contrato no fue producto de un ejercicio voluntario de la facultad consagrada en la cláusula 9.4., sino que en virtud de la orden impuesta por la Excm. Corte Suprema, en que no le cupo otra alternativa que cumplir lo ordenado. Agrega además que dicha orden resultó ser imprevisible y que la carta fue enviada con las formalidades de la hipótesis de fuerza mayor, que permitirían la homologación del "acto de autoridad" (orden de la Corte Suprema), al caso fortuito o fuerza mayor. En consecuencia, solicita que se rechace la demanda en todas sus partes, con expresa condena en costas.

LEGISLACIÓN APLICADA: Código de Procedimiento Civil: Artículos 144, 346, 384, 628 y siguientes. Código Civil: Artículos 45, 46, 1.440, 1.489, 1.535, 1.537, 1.538, 1.545, 1.546, 1.560, 1.562, 1.698, 1.803, 1.945, 1.955. Artículo 96 de la Ley 18.045 sobre mercado de valores

DOCTRINA:

1.- La operatividad de la cláusula supone el ejercicio de un derecho subjetivo de carácter potestativo, consistente en que la sola manifestación unilateral de voluntad por parte de "ZZ", hoy ZZa", permite dar por terminado anticipadamente el contrato, debiendo seguirse para tales efectos el procedimiento de notificación previsto en la propia regla contractual, y ello con independencia de las causas o motivaciones subjetivas que sean subyacentes a esa manifestación de voluntad, puesto que no se requiere invocar motivo alguno. Se trata ésta de una cláusula que puede ser calificada como una "cláusula de salida" o "cláusula de retracto", que hace excepción al principio que impera en nuestro ordenamiento jurídico de conformidad al artículo 1.545 del Código Civil, del cual se sigue que no es generalmente admisible la terminación anticipada del contrato por medio de la manifestación unilateral de voluntad de las partes. En este caso, al contrario, y en uso de la autonomía privada como principio que impera en la configuración de las relaciones contractuales entre particulares, se ha previsto una excepción sobre el punto en ejercicio de la autonomía de la voluntad, configurándose la posibilidad de que solo uno de ellos, en este caso el usuario-arrendatario ponga término unilateral al contrato, regulándose las formalidades del caso, como asimismo las consecuencias económicas y jurídicas derivadas de dicha manifestación de voluntad por parte de "ZZ", hoy ZZa".

2.- La inconveniencia económica de no llevar adelante la operación con base en las eventualmente gravosas condiciones impuestas por la Excm. Corte Suprema, no restan en caso alguno libertad a la voluntad actuada, pues ello cae en el ámbito de las decisiones empresariales habituales, que suponen siempre el discernimiento permanente de los pros y contras que tales decisiones traen habitualmente aparejadas. En consecuencia, no es correcto sostener que la sentencia de la Corte Suprema constituya un "acto de autoridad" que obligue al consultante a proceder y ejecutar las medidas de mitigación sin espacio a la actuación de la voluntad libre, es decir de un acto, inevitable o irresistible. El estándar jurídico para estos efectos es muy exigente. Por ello resulta jurídicamente imposible conceptualizar lo dispuesto por la sentencia de la Excm. Corte Suprema, en el contexto analizado, como un "acto de autoridad", desde luego si se atiende a una cuestión básica, cual es la naturaleza de la potestad pública con base a la cual se han decretado las medidas de mitigación. Tal potestad pública por definición no tiene naturaleza jurisdiccional y por ende las decisiones proferidas en ejercicio de ella carecen de la coercibilidad propia de las sentencias jurisdiccionales, cuya cualidad esencial es la inmutabilidad de la cosa juzgada, coercibilidad y cualidad no concurrentes en la especie.

3.- De otra parte si bien la decisión de poner término al contrato provino inicialmente de una persona jurídica diversa (su matriz, TR2), al aceptar la aplicación de las medidas de mitigación señaladas por la Excelentísima Corte Suprema, "ZZ", hoy ZZa", en tanto filial de aquella, hizo naturalmente suya esa decisión y ésta pasó a formar parte de una decisión corporativa del grupo empresarial a la que no puede calificar de ajena por no formar parte de su esfera de control. En este sentido, el artículo 96 de la Ley 18.045 sobre mercado de valores, presume la existencia de un interés común del grupo empresarial derivada de los vínculos que existen entre las entidades que lo componen en lo que atañe a su propiedad, administración o responsabilidad crediticia.

4.- Que habiéndose determinado que no procede la calificación de terminación involuntaria en los térmi-

nos expresados por la parte demandada en autos, forzoso es concluir con base en las estipulaciones del "Addendum", que la única alternativa legítima y jurídicamente eficaz para terminar unilateralmente este contrato (efecto buscado y obtenido), ha sido al amparo y en ejercicio del derecho subjetivo potestativo contemplado en la Sección 9.4 de la Cláusula Novena de dicho Addendum, debiendo asumirse las consecuencias jurídicas allí mismo previstas, de cara a la fuerza del vínculo contractual que el artículo 1.545 del Código Civil eleva a una verdadera ley para las partes. Por consiguiente los términos expresados en la carta de fecha 20 de agosto de 2013 enviada por ZZ a XX, en concepto de este Tribunal, no pueden sino calificarse jurídicamente como una clara y explícita manifestación de voluntad de terminación unilateral del contrato, proferida en ejercicio del derecho subjetivo potestativo contemplado en la Sección 9.4 de la Cláusula Novena de dicho Addendum (única regulación contractual prevista para tal propósito), y por ende regida en sus efectos y consecuencias jurídicas por esa misma estipulación.

Que conceptualizada de estos modos, no resulta posible atribuir a la estipulación contenida en la Sección 9.4. de la Cláusula Novena del "Addendum" la naturaleza jurídica de una cláusula penal, puesto que su operatoria no se basa en una situación de incumplimiento o retardo por parte de ZZa, sino lisa y llanamente en un derecho que le es asignado a XX en el mismo texto contractual como resultado del término anticipado al contrato por parte de la primera.

5.- Que, como corolario de lo anterior, se desprenden dos consecuencias relevantes para el análisis del extremo planteado. La primera se refiere a la imposibilidad de aplicar las disposiciones contenidas en el artículo 1.544 del Código Civil, que habrían permitido a este tribunal moderar los términos de la cláusula en cuestión bajo los diversos parámetros conferidos por la citada norma para verificar su carácter de enorme. Que, en segundo lugar, y atendiendo a la regla de interpretación prevista en el artículo 1.560 del Código Civil, no podrá darse a la referida cláusula contractual la naturaleza de una cláusula penal, aun a pesar del lenguaje utilizado, sino el sentido de tratarse de un precio a ser pagado por ZZa en razón del ejercicio de un derecho de terminación anticipada convencionalmente asignado. En estos términos, la referencia a las ideas de indemnización y evaluación anticipada de perjuicios deben entenderse desde la perspectiva en que las partes previeron en el contrato las consecuencias económicas que se derivarían del ejercicio del derecho de terminación anticipada otorgado a "ZZ", hoy ZZa", buscando, en definitiva, que de tal ejercicio no se ocasionara un detrimento de la inversión efectuada por XX.

6.- Que de lo anterior, y como se ha anticipado, se deduce que su consagración en el texto contractual se aviene de mejor manera con lo que nuestra doctrina ha denominado como "cláusula de retracto" (Hernán Corral, La "cláusula penal". Función y eficacia del contrato penal en el Derecho chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, pp. 131-135). Al efecto, el referido autor señala que se trata ésta de aquella convención por la cual las partes convienen en que una o cualquiera de ellas tendrá derecho, durante cierto tiempo o con ciertas condiciones, a dejar sin efecto el contrato que no admite revocación o terminación anticipada por voluntad unilateral, disponiendo que quien hace uso de dicho derecho debe realizar una prestación en beneficio de la contraparte. Asimismo, Sergio Gatica agrega que se trata ésta de una estipulación que no ha sido reglamentada por nuestro derecho positivo, de manera que comporta un contrato innominado, pero lícito, de gran utilidad en las transacciones mercantiles, como es el caso, definiéndola como "aquella que

permite a cualquiera de las partes desistirse libremente del contrato, mediante el pago de una multa convenida, y que la exonera no sólo de su cumplimiento, sino también de cualquier otra prestación que pudiera exigírsele a título de indemnización" (Sergio Gatica Pacheco, Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1959, pp. 397 y 398).

7.- Que, en consideración a lo anterior, cabe sostener que la naturaleza de ese pago se ha entendido doctrinalmente como el "precio de la facultad de desistimiento" (Hernán Corral, La "cláusula penal". Función y eficacia del contrato penal en el Derecho chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, p. 133), y como tal, no existen facultades generales consagradas a los tribunales por parte del ordenamiento jurídico para su revisión.

8.- Que si bien nuestro ordenamiento jurídico no regula especialmente las denominadas "cláusulas de retracto", nuestra doctrina ha indicado que ellas comparten una unidad funcional con las arras penitenciales, autorizando al contratante que se beneficia a desdecirse del compromiso que había suscrito anteriormente. En consecuencia, ante la existencia de un vacío en la tipificación al tratarse de una convención innominada, bien puede utilizarse el criterio de la asimilación a aquella figura que comparta la citada unidad funcional. La unidad funcional de las arras penitenciales y la cláusula de retracto se advierte desde que ellas autorizan al menos a una de las partes a desdecirse del acuerdo ya perfeccionado a cambio de una prestación compensatoria.

9.- Que comprendido lo anterior, y aplicado al pago a ser efectuado en razón de una cláusula de retracto, resultará que tanto la independencia de la referida cláusula, como la ausencia de una finalidad propiamente indemnizatoria de perjuicios, impiden su modulación por circunstancias ajenas a la misma que no se han integrado en su fórmula de cálculo.

DECISIÓN: Se acoge la demanda solo en cuanto: **a)** se declara que el Addendum de 15 de mayo de 2003 terminó en forma anticipada, por decisión voluntaria y unilateral de la demandada, causando con ello la obligación indemnizatoria prevista en la cláusula 9.4 del Addendum; **b)** se condena a la demandada a pagar la cantidad de US\$11.444.035, a título de indemnización y evaluación anticipada de perjuicios; c) no se condena en costas a la demandada por estimar que ha tenido motivo plausible para litigar, debiendo, por consiguiente cada una de las partes deberán soportar sus propias costas.

SENTENCIA ARBITRAL:

En Santiago, a veintinueve de noviembre de dos mil dieciséis,

VISTOS:

I.- Antecedentes generales.

1.- Que rola a fojas 1 que, con fecha 7 de noviembre de 2014, XX, representada por don E.P., y por don G.CH., todos con domicilio en DML, Providencia, Santiago, presentan solicitud de designación de árbitro al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, sometiendo a dicho mecanismo

compositivo sus diferencias con la sociedad "ZZ", representada por don N.C., ambos con domicilio en DML, Huechuraba, Santiago, en relación con el "Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustible Diesel y Gasolina Sin Plomo en DML1, suscrito el 26 de junio de 1997 y el Addendum al contrato antes señalado, suscrito el 15 de mayo de 2003.

Junto a otros documentos, acompañan a su solicitud de arbitraje copia del Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustibles Diesel y Gasolina Sin Plomo en DML1, de fecha 26 de junio de 1997, y del Addendum al contrato antes señalado, suscrito el 15 de mayo de 2003.

2.- En la cláusula Vigésimo Primera del Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustibles Diesel y Gasolina Sin Plomo DML1, de fecha 26 de junio de 1997, cláusula que se extiende también al Addendum, suscrito el 15 de mayo de 2003, en virtud de la cláusula Décimo Segunda de este último, las partes acordaron que todas las dudas o controversias que se produzcan entre las partes con motivo del presente pacto y sus efectos, sus documentos complementarios o modificatorios, ya se refieran a su interpretación, cumplimiento, validez, terminación o cualquier otra materia relacionada con los mismos, que no haya sido resuelta por las partes en forma amigable, se someta a árbitro arbitrador designado de común acuerdo por las partes y a falta de acuerdo en su designación, a arbitraje mixto conforme al Reglamento del Centro de Arbitrajes de la Cámara de Comercio de Santiago AG., confiriéndose mandato especial e irrevocable a esa Cámara para que, a solicitud escrita de cualquiera de las partes, designe a un árbitro mixto de entre los integrantes de su Centro de Arbitraje.

3.- Que rola a fojas 103 que, por resolución de fecha 10 de diciembre de 2014, el Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago AG, don Peter T. Hill, procedió a la designación de este Árbitro, José Pedro Silva Prado, para que se abocara a conocer y resolver esta controversia. A fojas 106 rola el Acta de Aceptación de fecha 26 de diciembre de 2014, en virtud de la cual el suscrito aceptó el cargo y juró desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible. Asimismo por resolución de fecha 7 de enero de 2015 que rola a fojas 107, el Árbitro tuvo por constituido el compromiso y citó a las partes a un primer comparendo con el propósito de oír las, establecer el objeto del juicio y fijar el procedimiento, de conformidad al Reglamento Procesal aplicable.

4.- Con fecha 22 de enero de 2015 se llevó a efecto el comparendo decretado, cuya Acta rola a fojas 130, con la asistencia de las partes, sus respectivos abogados y del Árbitro, estableciéndose básicamente:

a) Que son partes de este juicio en calidad de demandante, "XX", cuyos representantes legales son don E.P. y don G.CH., todos con domicilio en DML, Providencia, Santiago, quienes han otorgado mandato judicial a don AB1 y a doña AB2, ambos con domicilio en DML, Las Condes, Santiago, y como demandado, "ZZ", hoy "ZZa", cuyo representante legal es don N.C., ambos con domicilio en DML, Huechuraba, Santiago, quien ha otorgado mandato judicial a don AB3 y a don AB4, ambos con domicilio en DML, Las Condes, Santiago.

b) Que el objeto del arbitraje es resolver las diferencias ocurridas entre "XX" y "ZZ, hoy "ZZa", en relación al Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustible Diesel y

Gasolina sin Plomo en DML1, suscrito el 26 de junio de 1997, y en relación al Addendum al Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustible Diesel y Gasolina sin Plomo en DML1, suscrito el 15 de mayo de 2003, y sus respectivos documentos modificatorios complementarios y demás que los integran, de los cuales emana la jurisdicción y competencia del Árbitro para conocerlas y fallarlas.

c) Que las normas de procedimiento son las contempladas en el Reglamento Procesal de Arbitraje y los Estatutos del CAM Santiago, con las modificaciones que constan en la misma Acta. En lo no previsto por dicho Reglamento, se estará a la voluntad de las partes; en su defecto, a la del Tribunal y, supletoriamente, se aplicarán las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil y en el Código Orgánico de Tribunales, más las normas complementarias que podrá dictar el Árbitro.

II.- Pretensiones, excepciones y defensas de las partes.

1.- De la Demanda:

1.1.- A fojas 140, "XX", - en adelante, también, "XX", la "Demandante" y/o la "Actora"-, interpone demanda de declaración de término unilateral y anticipado de contrato e incumplimiento de la obligación contractual de pagar la indemnización de perjuicios prevista por dicho término, en contra de "ZZ", hoy "ZZa", - en adelante, también, "ZZ", y/o "ZZa", y/o "ZZ", hoy "ZZa", y/o la "Demandada"-, solicitando al S.J.A. las siguientes peticiones concretas: **(a)** declarar que el Addendum de fecha 15 de mayo de 2003 celebrado entre las partes terminó en forma anticipada, por decisión unilateral del Usuario Arrendatario, notificada el 20 de agosto de 2013; **(b)** declarar que dicho término anticipado por parte de "ZZ", hoy "ZZa" produce la obligación de pagar a "XX" la indemnización acordada de conformidad a la cláusula 9.4 del referido Addendum; **(c)** En razón de lo señalado en la letra anterior, condenar a "ZZa", a pagar a "XX" una indemnización ascendente a la cantidad de US\$ 12.766.596,-dólares de los Estados Unidos de América, o la suma mayor o menor que el S.J.A. estime resulte pertinente en aplicación del Addendum- en su valor en pesos, según el valor del dólar observado a la fecha de pago efectivo; **(d)** En subsidio de la petición anterior, y para el evento en que el S.J.A. estime que la demanda debe hacerse en moneda de curso legal, condenar a "ZZa", a pagar a "XX" una indemnización ascendente a la suma de US\$ 12.766.596, dólares de los Estados Unidos de América, equivalente a \$8.081.638.265, 88, o la suma mayor o menor que el S.J.A. estime que resulta pertinente en aplicación del Addendum, según el valor del dólar observado de la fecha de presentación de la demanda; **(e)** Adicionalmente a la letra c) o d) condenar además a "ZZa" al pago del interés máximo convencional sobre la indemnización señalada, desde la fecha de la presentación de la demanda, o en subsidio, desde la dictación de la sentencia, o desde la fecha que el Árbitro estime pertinente. En subsidio, condenar a "ZZa" a pagar el interés corriente sobre las sumas adeudadas, desde la fecha de la presentación de la demanda, o en subsidio, desde la dictación de la sentencia, o desde la fecha que el Árbitro estime pertinente; y **(f)** condenar a "ZZa" al pago de las costas.

1.2.- La Demandante fundamenta sus pretensiones en los términos que siguen:

I. Hechos

A.- Antecedentes generales de las partes. Se describe a XX como una de las principales empresas del negocio químico integral de Chile, que participa activamente en la distribución y comercialización de productos químicos y petroquímicos, tanto en el mercado nacional como extranjero. Asimismo, se señala que XX cuenta con servicios especializados, dentro de los que se encuentra la división de terminales marítimos y servicios de logística, que tienen como objetivo prestar servicios de transferencia de graneles líquidos desde y/o hacia naves especializadas, así como también de almacenaje y carga y/o descarga desde camiones. Por último, se indica que los terminales marítimos de XX se encuentran ubicados en DML2, DML1 y DML3, y prestan servicios de recepción, almacenaje y despacho de graneles líquidos, incluidos combustibles.

En lo que respecta a la Demandada, XX señala que "ZZa" es la continuadora legal de "ZZ", y a su vez, filial de "TR2" Afirma la actora que ZZa es una empresa dedicada a la elaboración, comercialización y distribución de combustibles, lubricantes y otros productos derivados del petróleo y gas natural, al amparo de la marca TR3. Que, en lo que interesa a este juicio, en mayo de 2003, el contrato materia de esta demanda fue celebrado por TR4, que posteriormente pasó a llamarse ZZ, producto de un cambio de propiedad que se explica en detalle. Sobre el particular, la Demandante explica que:

- (i) TR4a era una sociedad relacionada a TR4, empresa argentina fundada en 1992 y creada en Chile en 1994.
- (ii) El año 1999 TR5 (España) adquirió el 97,81% de TR4 (Argentina), adquiriendo el nombre de TR5-TR4. Posteriormente, esta última decide aumentar su participación en el mercado chileno a través de la compra de distribuidoras existentes en el mercado nacional como son TR6, TR7 y TR8.
- (iii) Luego, en el año 2007, Organización TR1 S.A.(Colombia) adquirió TR5-TR4 Chile y cambió su nombre a Organización TR1 Limitada (TR9 Chile), y asimismo, TR4a pasó a llamarse ZZ.
- (iv) En el año 2010, TR10, adquirió una participación en TR1 Colombia, lo que implicó adquirir de forma indirecta TR1 Chile y los activos de la sociedad, entre los cuales estaba ZZ.
- (v) En vista de los posibles efectos de concentración en el negocio de distribución de combustibles, con fecha 22 de junio de 2010, TR10 presentó ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, "TDLC"), una consulta sobre los efectos para la competencia en Chile por la compra de TR1 Colombia y consecuente adquisición de TR1 Chile. Al respecto, TR10 manifestó su voluntad de desprenderse de la participación indirecta en TR1 Chile apenas le fuera posible y propuso una serie de medidas de mitigación tendientes a que la actividad competitiva de TR10 y TR1 Chile se desarrollara en forma autónoma e independiente mientras no se concretara la desvinculación de ambas compañías, manteniéndose como competidoras en el mercado nacional.
- (vi) La consulta de TR10 fue resuelta con fecha 26 de mayo de 2011, mediante Resolución **/2011, en la cual el TDLC estableció las condiciones necesarias para que el asunto consultado se ajustara a las normas de libre competencia. Entre dichas medidas se estableció que en caso que se pretendiese enajenar los activos de TR1 Chile, o alguna de sus empresas relacionadas, se deberá consultar al Tribunal tal operación, en forma previa a su materialización, según lo dispuesto en el artículo 18 N°2 del DL 211.

(vii) En ese contexto, el Grupo TR2, a través de sus filiales ZZa e Inversiones ZZa, decide adquirir estos activos de TR1 Chile (entre los cuales estaban la filial ZZ, el Usuario Arrendatario), que adquirió TR10 de TR1 Colombia. Así, para dar cumplimiento a lo ordenado por el TDLC en su Resolución **/2011, tanto TR1 Chile como TR2 sometieron a consulta la operación que pretendían materializar. En dicho proceso no contencioso (Rol NC ***-2011), la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, también, la "FNE"), evacuó un informe y concluyó que, de aprobarse la operación, ésta debía sujetarse a lo menos a dos medidas de mitigación. En cuanto a la medida que importa a la demanda, la FNE señaló que TR2 deberá tomar las medidas para que, en los contratos de capacidad de almacenamiento celebrados por TR1 con XX respecto de las plantas de las localidades de LL, NN, DML1 y HH, se otorgue una opción a terceros que puedan requerir capacidad de almacenamiento dentro de un plazo no superior a 6 meses desde que concluya la consulta. Pues bien, con fecha 26 de abril de 2012, el TDLC rechazó la operación consultada por considerarla riesgosa para la libre competencia.

(viii) Ante dicho rechazo, TR1, TR2 y demás intervinientes en el proceso, presentaron recurso de reclamación ante la Excma. Corte Suprema solicitando la revocación de dicha resolución. Al respecto, la Excma. Corte Suprema dictó sentencia con fecha 2 de enero de 2013, en el proceso rol N°****-2012, aprobando la operación consultada, pero sujetándola al cumplimiento de dos medidas de mitigación señaladas en el considerando trigésimo tercero de la sentencia. Dichas medidas correspondían a las siguientes: "a) En primer término, se debe efectuar la desinversión de estaciones de servicio en todas aquellas comunas en que operan tanto ZZa como TR1 y en las que, producto de la operación consultada, la variación del índice de concentración supera los umbrales establecidos en la Guía sobre Operaciones de Concentración elaboradas por la Fiscalía Nacional Económica. Tal desinversión deberá ser realizada mediante licitación pública, sin precio de reserva, en el plazo de 6 meses contados desde que se lleve a cabo la operación consultada. b) Además, en lo referente a los contratos de arrendamiento y capacidad de almacenamiento celebrados por TR1 Chile, ellos deben ser finiquitados en el mismo plazo señalado para la desinversión, de manera que cualquier persona natural o jurídica pueda requerir capacidad de almacenamiento en dichas instalaciones para utilizarlas en sus operaciones".

(ix) De este modo, señala la Demandante que era completamente previsible para TR2 y todos aquellos involucrados en la operación que de perseverar en la operación consultada, debería, como medida de mitigación, disponer que su nueva filial pusiera término a los contratos de capacidad de almacenamiento celebrados con XX, y, a sabiendas de ello, TR2 siguió voluntariamente con la operación, adquiriendo con fecha 27 de junio de 2013, a través de sus filiales ZZa e Inversiones ZZa, los activos de ZZ y Operaciones y Servicios TR1, sociedades pertenecientes a TR1 Chile.

(x) Agrega además que este proceso de consulta motivó asimismo un significativo ajuste de precio en favor de TR2, según lo informado en marzo de 2013 a la Superintendencia de Valores y Seguros (en adelante, también, "SVS") en carácter de hecho esencial, pagando finalmente TR2 en junio de 2013 la suma de UF 5.291.345, esto es US\$240.000.000 aprox., es decir, un 25% menos del precio fijado inicialmente (US\$320.000.000). Además de ese ajuste de precios, una vez concretada la operación, TR2 percibió ingresos adicionales por US\$27.000.000 a causa del cumplimiento de la primera de las medidas de mitigación.

(xi) Por último, en diciembre de 2014, se disuelve la sociedad ZZ, por haberse reunido la totalidad de las acciones en manos de ZZa, la que pasó a ser la continuadora legal de ZZ en todos sus derechos y obligaciones.

B. - Contratos celebrados entre XX y ZZ, hoy ZZa.

b.1. Indica la Demandante que, con fecha 26 de junio de 1997, Establecimientos Industriales XX (hoy XX) y TR4 (hoy ZZa en su calidad de continuadora legal de ZZ), suscribieron un contrato de prestación de servicios de carga, descarga y almacenaje de combustible Diesel y gasolina sin plomo, en DML1, (en adelante, "Contrato PP"). El objeto de éste fue proyectar, financiar, construir, poner en servicio, operar y mantener un sistema de carga, almacenamiento y descarga de combustible Diesel y gasolina sin plomo, su equipamiento y obras anexas, en el terminal marítimo de XX en DML1, también denominado "Red de Carga y Descarga PP". Una vez que la Red de Carga y Descarga de PP entró en operaciones, XX prestó a ZZ los servicios de carga, almacenamiento y descarga de combustible Diesel y gasolina sin plomo, en los términos y condiciones indicadas en el contrato.

b.2. Posteriormente, las partes empezaron a negociar la prestación de servicios similares en el terminal marítimo de XX ubicado en DML3. En este contexto, luego de culminado el proceso de negociación, el 15 de mayo de 2003 XX y ZZ suscribieron el contrato de prestación de servicios definitivo, denominado "Addendum" al Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustible Diesel y Gasolina sin Plomo en DML1" (en adelante, también, el "Addendum").

b.3. De acuerdo a la cláusula segunda del Addendum, su objeto fue la prestación de servicios de recepción, almacenaje y despacho de combustible Diesel y gasolina sin plomo y kerosene en el terminal marítimo DML3, obligándose XX a financiar, construir, poner en servicio, operar y mantener la infraestructura necesaria para brindar estos servicios, y ZZ (en adelante, también, el "Usuario Arrendatario"), a usar las instalaciones y servicios brindados y a pagar las tarifas de acuerdo a los términos y condiciones del Addendum. De la misma forma ocurrida con la prestación de servicios en el contrato PP, XX financió, construyó, desarrolló y operó para el Usuario Arrendatario una red de carga y descarga en el terminal marítimo DML3.

b.4. Por su parte, la cláusula novena del Addendum estableció un plazo de vigencia del Addendum de 15 años, contados a partir de la fecha de inicio de los servicios encomendados. Asimismo, en ella se estableció que el Usuario Arrendatario tenía el derecho de renovar el mismo por un período de 5 años, derecho que debía comunicar dentro del décimo tercer año de vigencia, con una anticipación mínima de 15 días a dicho término. El no ejercicio de dicho derecho tenía aparejada la obligación del Usuario Arrendatario de pagar a XX el monto indicado en la cláusula 9.3 del Addendum, y que corresponde al valor residual de estos servicios, esto es, US\$3.781.044, reajustado conforme al CPI de los Estados Unidos de América, y ajustado al valor final de la inversión efectivamente efectuada.

b.5 Agrega el demandante que tanto la duración del contrato como el monto de las tarifas y modalidad del contrato ("take or pay"), encontraban su causa en la obligación recíproca asumida por XX de financiar y construir la infraestructura necesaria para prestar los servicios de descarga, almacenaje y despacho de combustibles por un período no inferior a 15 años, renovables por otros 5 años, de acuerdo a las necesidades específicas de su cliente. Por su parte, ZZ se obligó a contratar los servicios referidos recientemente

por los períodos mínimos pactados, reservándose según lo establecido en la cláusula 9.4 del Addendum el derecho a terminar unilateral y anticipadamente el Addendum, contrayendo la obligación correlativa de pagar a XX una indemnización equivalente a los “flujos futuros acordados” hasta el término de los periodos de vigencia del Addendum en el caso de hacer efectivo el término anticipado. De este modo, se acordó regular especialmente el sistema de tarifas de acuerdo a la modalidad de los contratos “take or pay”, así como la indemnización y evaluación anticipada de perjuicios por término unilateral y anticipado del Addendum por parte del Usuario Arrendatario.

b.6. En relación a las tarifas del Addendum, se estableció en la cláusula séptima que sus valores estarían bajo el sistema “take or pay”, debiendo ser pagadas a XX se hiciera uso o no de la Red de Carga y Descarga del terminal marítimo DML3. Dicha tarifa tenía un componente fijo denominado “Tarifa Fija Anual Garantizada”, y asimismo, contemplaba la posibilidad de pagos variables adicionales en el evento de “aumento sustancial” de los volúmenes transferidos, en los términos de la cláusula 7.2.

b.7. En relación a la indemnización convenida como mecanismo para mantener el equilibrio económico del Addendum en el evento de término anticipado, la Demandante señala que el derecho de poner término al Contrato que tiene el Usuario Arrendatario contemplado en la cláusula 9.4, tiene como contrapartida el deber de pagar a XX una indemnización, que es representativa de los flujos acordados hasta el término de los períodos. De este modo, y aplicando la norma de interpretación que se dieron los contratantes, el demandante señala que resulta evidente que el “sentido comercial” que inspira dichas cláusulas, es que la obligación correlativa a la construcción y financiamiento de la infraestructura que beneficiaría al Usuario Arrendatario, era el pago en el tiempo de las mismas por parte de éste, ya sea: **(i)** en la tarifa total por la vigencia del contrato por 20 años, incluida la renovación por 5 años; **(ii)** en la tarifa total por la vigencia del Addendum por 15 años, más los US\$3.781.044.- establecido en la cláusula 9.3, representativos de los 5 años de renovación; o **(iii)** el pago de la tarifa por la vigencia efectiva hasta el término anticipado, más el pago de la cláusula 9.4 a título de indemnización anticipada de perjuicios.

b.8. Por último, agrega que, en cumplimiento de lo convenido, XX construyó y desarrolló la Red de Carga y Descarga del terminal marítimo DML3 a su costo, finalizando la construcción en el mes de agosto de 2004. De este modo, el terminal marítimo DML3 comenzó a operar en septiembre de 2004, según consta en la factura N°0888061 de fecha 29 de septiembre de 2004, emitida por XX al Usuario Arrendatario. En consecuencia, el contrato terminaba en septiembre de 2019 sin renovación, y en septiembre de 2024 de operar la renovación de 5 años.

C.- Término unilateral y anticipado del Addendum por parte del Usuario Arrendatario. La facultad otorgada por la cláusula 9.4.

c.1. Indica el actor que, con fecha 20 de agosto de 2013, don N.CL., en representación de ZZ, (hoy, ZZa) envió una carta a XX indicando que, con fecha 27 de junio de 2013, ZZa e Inversiones ZZa habían adquirido la totalidad de las acciones de ZZ, operación que fue aprobada por la Excma. Corte Suprema, la que ordenó como medida de mitigación que se finiquitaran los contratos de arrendamiento y capacidad

de almacenamiento celebrados por TR1. Asimismo, comunicó en la misma carta que se encontraba obligado a finiquitar el Addendum dentro del plazo de 6 meses contados desde el día 27 de junio de 2013.

c.2. Por su parte, mediante carta de 27 de septiembre de 2013, XX acusó recibo de la carta referida, indicando que con dicha comunicación entendía que el Usuario Arrendatario ponía término anticipado al Addendum. Asimismo, señaló que el Usuario Arrendatario tomó la decisión voluntaria de llevar a efecto la transacción autorizada por la Excma. Corte Suprema y de terminar unilateralmente el Addendum. Se reiteró, asimismo, que de conformidad al Addendum, correspondía que ZZ cancelara a XX a título de indemnización y evaluación anticipada de perjuicios los flujos futuros acordados hasta el término de los períodos, dentro de los 90 días siguientes al envío de la carta de notificación de término unilateral. De este modo, la indemnización debía calcularse, según la Demandante, a partir de septiembre de 2013, y pagarse en el mes de noviembre de 2013.

D.- Hechos ocurridos con posterioridad al término anticipado del Addendum.

d.1. Con posterioridad, y dado que el Usuario Arrendatario no cumplió con su obligación de pagar la indemnización en noviembre de 2013, el día 30 de junio de 2014 y de acuerdo a lo establecido en la cláusula 9.4 del Addendum, XX envió una carta a ZZ solicitando el pago de la suma de US\$12.766.596 correspondientes a la indemnización y evaluación anticipada de perjuicios. Dicha indemnización fue calculada en dólares de los Estados Unidos de América a la fecha de notificación del término anticipado y unilateral del Addendum, de acuerdo a las reglas prescritas en el Addendum, más los intereses correspondientes a la mora en el cumplimiento del pago, el que debió efectuarse a más tardar el 18 de noviembre de 2013. Asimismo, y a fin de evitar cualquier duda, XX señaló expresamente en su comunicación que aquella carta de 30 de junio de 2014 importaba el requerimiento formal de pago de la indemnización.

d.2. Luego, con fecha 29 de julio de 2014, ZZ respondió dicha carta negándose a efectuar dicho pago, argumentando para ello que la decisión de poner término al contrato no fue voluntaria, sino que impuesta por un acto de autoridad. El Usuario Arrendatario agregó que estuvo dispuesto a llegar a una "amigable salida", mitigando cualquier daño que hubiere podido experimentar XX como consecuencia del finiquito ordenado por la autoridad judicial.

d.3. Sin embargo, la Demandante indica que, tal como se explicará más adelante, los supuestos legales que configuran el caso fortuito y fuerza mayor no son aplicables a la decisión voluntaria por parte del Usuario Arrendatario de someterse a una decisión de la Excma. Corte Suprema que no le era oponible ni exigible a ella, sino a su controladora, todo ello en perfecto conocimiento de las consecuencias que le originaría y estando dispuesto a asumirlas.

d.4. La Demandante agrega además que, en vista del escaso avance de las conversaciones entre las partes en torno al pago de la indemnización, con fecha 4 de septiembre de 2014, XX le envió una nueva carta a ZZ lamentando la falta de disposición de éste y la negativa a cumplir con el pago de la obligación. Asimismo, en dicha carta se informó al Usuario Arrendatario que el directorio de XX acordó designar a

los señores E.P., C.P. y G.CH., como las personas encargadas de emplear los mayores esfuerzos para solucionar la controversia en el plazo de 60 días desde la fecha de la carta. Al respecto, mediante carta de 16 de septiembre de 2014, ZZ contestó la carta de XX reiterando su discrepancia en relación a la existencia de una supuesta obligación de indemnizar perjuicios, e insistiendo en la involuntariedad del término contractual por parte del mismo. Por tanto, el plazo para lograr resolver las diferencias y lograr un acuerdo conciliatorio entre las partes venció el 4 de noviembre de 2014, sin que éstas hubieren acordado una solución al respecto. En vista de ello, XX presentó solicitud de designación de árbitro ante la Cámara de Comercio de Santiago.

d.5. Posteriormente, mediante carta de 27 de noviembre de 2014, ZZ señaló su desconcierto ante la decisión de XX de poner fin a las negociaciones, y propuso en dicha carta a XX realizar una presentación conjunta ante el TDLC a fin de que se autorice a XX a contratar con ZZ y así poner fin al conflicto entre las partes, solicitud que fue reiterada mediante carta de 5 de enero de 2015. Por último, mediante carta de 8 de enero de 2015, XX respondió las solicitudes de ZZa, señalando que se habrían cumplido todos los plazos establecidos en el contrato para solucionar las diferencias y que no lográndose un acuerdo, procedía el nombramiento de un árbitro. Además, indicó que XX no estaba de acuerdo con realizar una presentación conjunta ante el TDLC, por ser improcedente.

II. Naturaleza Jurídica del Contrato

A. - Gestión de Contratos de Prestación de Servicios que requieren del Desarrollo de Infraestructura Especializada.

a.1. Al respecto, XX señala que es de normal ocurrencia que servicios tales como los de terminal marítimo para la carga, descarga y almacenamiento de combustibles sean negociados con bastante anticipación, y que en caso que la parte que preste los servicios, no posea la infraestructura, se comprometa a desarrollarla y construirla a su costo para poder dar la atención necesaria al cliente en cuestión, todo ello en el marco de una relación a largo plazo, donde se establecen los resguardos necesarios para permitir y garantizar la recuperación de la inversión con el pago de las tarifas. Agrega que en la especie, las partes dejaron expresa constancia de ello en las cláusulas segunda y tercera del Addendum. Así, en la cláusula segunda se señala de forma general la obligación de XX de construir las instalaciones necesarias en su terminal marítimo de DML3, y la obligación de ZZ de usar dichas instalaciones y servicios y pagarlos según las estipulaciones del Addendum. Por su parte, la cláusula tercera describe de forma general las instalaciones a construirse, según los requerimientos técnicos y comerciales del Usuario Arrendatario.

a.2. Lo anterior trae las siguientes consecuencias prácticas: **a)** La recuperación de las respectivas inversiones es esencial al momento de determinar la duración mínima de los contratos, sus tarifas y sus condiciones de pago; **b)** un uso alternativo de las instalaciones puede ser dificultoso, improbable y/o requerir de inversiones adicionales; y **c)** el plazo de duración de los contratos y las causales de término anticipado de los mismos, son un punto crítico en su negociación, al igual que las eventuales indemnizaciones que

las partes pacten en caso de término anticipado.

B. - El Contrato celebrado entre las partes establece la modalidad "Take or Pay". Indica la Actora que, en la cláusula séptima del Addendum, relativa a los pagos y reajustes, se hace referencia expresa a que el contrato se celebra bajo la modalidad del "take or pay", que corresponde a un contrato atípico, en el que el comprador o arrendatario queda obligado a pagar la encomienda que hace, independiente si consume o usa el producto o servicio. El objetivo de la cláusula séptima es que ZZ pague a XX una tarifa fija anual por el servicio contratado, aun cuando dicho servicio no sea requerido por un período específico. Agrega que dicha modalidad "take or pay", busca preservar el equilibrio económico del contrato y resguardar el riesgo que el prestador del servicio asume al financiar y construir la infraestructura necesaria para prestar el servicio, la que se deberá amortizar en un período extenso de tiempo, asegurando a XX que el pago de las tarifas fijas, durante la vigencia del contrato, 15 años más 5 años de renovación- le permitirá recuperar su inversión.

C.- Aplicación Subsidiaria de las Normas del Contrato de Arrendamiento. Señala XX que, frente a los vacíos contractuales del Addendum, deben aplicarse supletoriamente las normas del contrato de arrendamiento contenidas en los artículos 1915 y siguientes del Código Civil, por ser el contrato típico más parecido al Addendum.

D.- El Resguardo del Equilibrio Económico del Contrato. Señala el demandante que el contrato celebrado entre las partes es un contrato bilateral, oneroso y conmutativo. Ello se traduciría en la negociación del precio o tarifa, la que debe incluir necesariamente la recuperación de la inversión inicial, más una rentabilidad, todo lo que debía reflejarse en una tarifa que "arrojase una TIR real para XX de 14% en el horizonte de duración del contrato." Además, dicho contrato, según el actor, estableció para las partes obligaciones de ejecución duradera, lo que obligó a las partes a enfrentar dos problemáticas para resguardar el equilibrio económico: **(i)** actualización de la tarifa en relación a la inversión real: resuelta en la cláusula séptima; y **(ii)** término unilateral y anticipado del Addendum: se estableció expresamente en el Addendum que el Usuario Arrendatario debe pagar a XX "los flujos futuros acordados, hasta la terminación de los períodos". Este mismo principio se aplicaba en caso que ZZ no hiciera uso de su derecho a renovar por 5 años el Addendum, caso en que debe pagar el "valor residual convenido para los servicios convenidos, esto es, US\$3.781.044 (...)". De este modo, queda en evidencia que el preservar el equilibrio económico del contrato fue especialmente considerado por las partes, tanto en la definición de las tarifas como en el cumplimiento por equivalencia, a través de las indemnizaciones convenidas por término anticipado.

E.- Terminación Unilateral y Anticipada del Contrato.

e.1. Señala la Demandante que el Addendum, como todo contrato de ejecución duradera, presentaba el riesgo que durante su vigencia ocurrieran eventos, circunstancias o cambios que llevaran a una de las partes o a ambas a terminar anticipadamente el contrato, cuestión que fue prevista expresamente en la cláusula 9.4. del Addendum. Añade que, una de las obligaciones que emanan para el Usuario Arrendatario por el ejercicio de la facultad que le concede la cláusula 9.4 referida, es la de pagar a XX

una indemnización por los perjuicios que le ocasiona dicho término, estableciéndose de manera clara y precisa cómo debe calcularse dicha indemnización. Al respecto, en dicho evento, el Usuario Arrendatario debe pagar a XX los flujos futuros acordados hasta el término de los períodos, que para estos efectos, es la utilidad después de impuestos de XX por el Contrato, más la depreciación no realizada al momento del ejercicio de la opción y los valores residuales. El cálculo de dicha indemnización fue traducido en la fórmula de cálculo contemplada en el Anexo N°6 del Addendum.

e.2. Agrega, además, que las medidas de mitigación impuestas por la Excm. Corte Suprema no tienen fuerza obligatoria respecto del Usuario Arrendatario, pues sólo era aplicable para los consultantes (entre los cuales no estaba ZZ), y sólo en el evento que quisieren perseverar en su operación. De este modo, la terminación del contrato por parte de ZZ se produce única y exclusivamente por la decisión voluntaria de éste, manifestada en su carta de 20 de agosto de 2013, y XX no tiene por qué asumir los costos de las decisiones comerciales que tome el Usuario Arrendatario.

F.- No existe caso fortuito o fuerza mayor que exima de responsabilidad al Usuario Arrendatario.

f.1. Afirma la Demandante que ZZ ha pretendido fundar su incumplimiento en la eximente de responsabilidad consistente en el caso fortuito o fuerza mayor. Sin embargo, señala en su defensa que jamás le ha imputado a ZZa un incumplimiento del Addendum. A mayor abundamiento, XX indica que el caso fortuito o fuerza mayor no tiene incidencia legal en el ejercicio o no de un derecho, como ocurrió en la especie, sino que en materia de responsabilidad contractual exime del deber de indemnizar frente a un incumplimiento.

f.2. Sin perjuicio de lo anterior, agrega que de todas formas no concurre ninguno de los requisitos para que la eximente de caso fortuito o fuerza mayor concurra. En efecto: **(i)** En relación a la imprevisibilidad, la demandada no puede sostener que la decisión de la Excm. Corte Suprema constituye un hecho que le fue imposible de prever; **(ii)** en relación a la irresistibilidad, ZZ puso término al Addendum de forma voluntaria, en supuesto cumplimiento de una instrucción de sus controladores, ya que el cumplimiento de la condición impuesta por la Corte Suprema jamás ha sido legalmente exigible a ZZ. Por otro lado, el "acto de autoridad" invocado por ZZ, en ninguna parte le impide o pone restricciones al pago de las indemnizaciones de la cláusula 9 del Addendum; y **(iii)** en relación a la exterioridad o ajenidad, es evidente que la sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema y las medidas de mitigación impuestas no son ajenas al control de TR2, ya que son fruto de la decisión de ésta de realizar una transacción con TR1 y de solicitar su autorización a la autoridad.

III. Cálculo de la Indemnización.

A.- Disposiciones Contractuales Aplicables. Señala la Demandante que la cláusula 9.4 del Addendum permite al Usuario Arrendatario poner término anticipado al contrato bajo determinadas condiciones, conllevando la obligación de pago de indemnizaciones a XX, las cuales se encuentran expresamente reguladas y acordadas por las partes en el Addendum. Agrega que el detalle de la forma de calcular dicha indemnización

zación se encuentra contenido en el Anexo N°6 del Addendum, donde se señala la siguiente fórmula:

$$I = \{(15 A * ((180 - Z)/180) + B * ((12-N)/12) + \sum_{t+1}^{15} C + VR\} * R\} + G$$

Dónde:

I = valor a cancelar en dólares de los Estados Unidos de América.

A = valor de la depreciación anual.

B = utilidad presupuestada en el año de salida.

N = mes del año en el cual se produce la salida.

C = valor utilidades finales anuales.

Z = número de meses enteros que hayan transcurridos entre la fecha de inicio de los servicios y la fecha en que el Usuario Arrendatario le pone término al Addendum.

t = número del año de salida.

VR = valor residual, según el mismo es determinado en la cláusula 9.3. (esto es, US\$3.781.044)

R = tendrá el valor 0 antes de la fecha de notificación de inicio de los servicios y el valor uno a partir de ese momento.

G = son todos los gastos incurridos o comprometidos por XX con ocasión del Addendum previos a la notificación de los inicios de los servicios, más los perjuicios sufridos por XX.

De esta forma, en base a la aplicación de la fórmula referida, el monto a indemnizarse corresponde básicamente a la siguiente suma: **a)** toda aquella parte de las inversiones en infraestructura realizada por XX y que no haya sido depreciada a la fecha de término o salida; y **b)** las utilidades esperadas por XX entre la fecha de término anticipado y la fecha de terminación del Addendum. En ambos casos, incluyendo los valores correspondientes a la eventual prórroga del contrato, lo cual se encuentra incorporado en la fórmula del Addendum, bajo la sigla "VR", correspondiente al valor residual.

B.- Cálculo de la Indemnización Aplicable. La Demandante señala que, aplicando la fórmula descrita precedentemente, el monto total correspondiente a la indemnización asciende a la suma única y total de US\$12.766.596, la que al tipo de cambio del dólar observado al día 11 de marzo de 2015 corresponde a la suma de \$8.081.638.265,88. Explica que dicho monto se obtiene de la aplicación estricta de la fórmula, con ajuste de mes completo a partir de agosto de 2013, y que a dicha suma debe aplicarse la tasa de interés máximo convencional desde el día 18 de noviembre de 2013 y hasta la fecha de pago efectivo de la indemnización.

C.- Razonabilidad de la Indemnización Adeudada. Por último, señala XX que el monto de la indemnización se encuentra justificado en la ley del contrato y basado en el equilibrio económico de las partes en el Addendum, el que incluye: **a)** posibilitar a XX recuperar las inversiones realizadas; y **b)** garantizar a XX una tasa interna de retorno del 14% sobre dichas inversiones por la duración completa, constituyendo con ello un real desincentivo para el Usuario Arrendatario el ejercer su derecho contractual de poner término

anticipado al contrato. Recalca que ambas partes acordaron voluntaria y conscientemente la fórmula del Cálculo de la Indemnización.

1.3.- A su demanda, "XX" acompañó los siguientes documentos, que rolan a fojas 198 a 285:

- 1)** Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustibles Diesel y Gasolina sin Plomo en DML1 entre Establecimientos Industriales Químicos XX y TR4, de fecha 26 de junio de 1997.
- 2)** Addendum al Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustibles Diesel y Gasolina sin Plomo en DML1 entre Establecimientos Industriales Químicos XX y TR4, de fecha 15 de mayo de 2003.
- 3)** Carta enviada por el señor N.C., Gerente General de ZZ., al señor E.P., Gerente General de XX, con fecha 20 de agosto de 2013.
- 4)** Carta enviada por el señor E.P., Gerente General de XX, al señor N.C., Gerente General de ZZ, con fecha 27 de septiembre de 2013.
- 5)** Carta enviada por el señor E.P., Gerente General de XX, al señor N.C., Gerente General de ZZ, con fecha 30 de junio de 2014.
- 6)** Carta enviada por el señor N.C., Gerente General de ZZ, al señor E.P., Gerente General de XX, con fecha 29 de julio de 2014.
- 7)** Carta enviada por el señor E.P., Gerente General de XX, al señor N.C., Gerente General de ZZ, con fecha 4 de septiembre de 2014.
- 8)** Carta enviada por el señor N.C., Gerente General de ZZ, al señor E.P., Gerente General de XX, con fecha 16 de septiembre de 2014.
- 9)** Carta enviada por el señor N.C., Gerente General de ZZ, al señor E.P., Gerente General de XX, con fecha 27 de noviembre de 2014.
- 10)** Carta enviada por el señor N.C., Gerente General de ZZ, al señor E.P., Gerente General de XX, con fecha 5 de enero de 2015.
- 11)** Carta enviada por el señor E.P., Gerente General de XX, al señor N.C., Gerente General de ZZ, con fecha 8 de enero de 2015.
- 12)** Factura N°0888061, de fecha 29 de septiembre de 2004, emitida por XX a ZZ por los servicios prestados en dicho primer período mensual (desde el 1 de septiembre 2004).

13) Inscripción de fojas **N°**2 del año 2003, de la modificación de la sociedad XX S.A. a XX, del Conservador de Bienes Raíces y Comercio de DML, junto con la publicación del extracto en el Diario Oficial, de fecha 29 de agosto de 2003.

14) Certificado emitido por el Banco BO que da cuenta del valor en pesos del dólar observado al día 11 de marzo de 2015 de conformidad a la publicación efectuada por el Banco Central de Chile.

2.- De la Contestación:

2.1.- A fojas 287, la demandada "ZZ", hoy "ZZa", en adelante también, la "Demandada" y/o "ZZ" y/o "ZZa" y/o "ZZ", hoy "ZZa", contesta la demanda y solicita el rechazo de la misma en todas sus partes, con costas.

2.2.- Fundamenta sus alegaciones y defensas en los términos que siguen:

I. Declaración Preliminar.

La Demandada sostiene, en primer lugar, que XX está ejerciendo la acción de ejecución forzada de la obligación contenida en la cláusula 9.4 del Addendum, y que esta acción sólo surge en el caso que ZZ ejerza su derecho de terminar voluntariamente el Addendum, lo que no habría ocurrido en la especie, ya que ZZ se habría visto obligada a ponerle término por orden de la Excm. Corte Suprema. De este modo, la terminación del Addendum no fue una manifestación de voluntad de ZZ, ya que de no haber existido la cláusula 9.4, ZZ igualmente le tendría que haber puesto término al Addendum.

II. Objeción a la relación de hechos presentada por XX.

A.- Las partes del conflicto: XX y ZZa (continuadora legal de ZZ):

a.1. En este punto, la Demandada declara que XX es una sociedad anónima abierta dedicada a la fabricación de resinas para la industria de paneles de madera y resinas industriales, a la distribución de productos químicos para la industria y la minería, y a los servicios de almacenaje y carga/descarga de naves de graneles líquidos en sus terminales marítimos de DML1 y HH. En lo que respecta a ZZa, señala que es una sociedad anónima cuyo giro es la elaboración, comercialización y distribución mayorista de combustibles, lubricantes y otros productos derivados del petróleo y del gas natural.

a.2 Asimismo, señala que los contratos que configuran el marco contractual del conflicto fueron suscritos por las partes en los años 1997 y 2003. Al respecto explica que al año 1997, ZZ era una sociedad filial de la sociedad argentina TR4, mientras que en el año 2003, producto de un cambio de control en la sociedad matriz, ZZ pasó a ser filial chilena de la sociedad española TR5-TR4, actuando en Chile como TR5-TR4 Chile. Posteriormente, el año 2007, la empresa colombiana TR1 adquirió a TR5-TR4, pasando a denominarse Organización TR1 Limitada (TR1), sociedad que pasó a ser la controladora de ZZ y Organización TR1 S.A. Luego, el año 2011, como consecuencia de las medidas adoptadas en un proceso de consulta ante el TDLC en la operación por la cual la empresa chilena TR10 adquirió a la sociedad TR1 Colombia, esta última enajenó las acciones de TR1 y de sus

sociedades filiales. Ese mismo año, la sociedad controladora de ZZa, TR2 y TR1 Chile celebraron un contrato de promesa de compraventa de acciones, en virtud del cual la primera adquiriría las acciones de TR1 en las sociedades de ZZ y Operaciones y Servicios TR1 Limitada. Con fecha 27 de junio de 2013, ZZa, como sociedad filial designada por TR2, adquirió la totalidad de la participación de Organización TR1 S.A. en las sociedades ZZ y Operaciones y Servicios TR1 Limitada. Por último, con fecha 12 de diciembre de 2014, ZZ se disolvió, pasando todas sus acciones a ZZa, siendo esta última la continuadora legal de ZZ.

B.- El Contrato objeto del presente arbitraje. Al respecto, indica que el contrato objeto de este arbitraje, el "Addendum" del año 2003, se trató de un acuerdo que, complementó a un instrumento original, el "Contrato" del año 1997.

(i) El Contrato celebrado entre XX y ZZ en el año 1997. En el año 1997, XX y ZZ, luego de una negociación, celebraron el "Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustibles Diesel y Gasolina sin Plomo en DML1". En virtud de dicho acuerdo, XX se obligó a proyectar, financiar, construir, poner en servicio, operar y mantener un sistema de carga, almacenamiento y descarga de combustible Diesel y gasolina sin plomo en el Terminal Marítimo de DML1 cuyo usuario exclusivo sería ZZ. Por su parte, ZZ se obligó a pagar una "Tarifa Fija" \$33.513.600 mensuales más impuestos y una "Tarifa Variable" \$670,27 por cada metro cúbico de combustible Diesel y gasolina sin plomo transferido entre naves y los estanques de almacenamiento, por los servicios prestados por XX durante la vigencia del contrato (15 años). Las partes dejaron expresa mención que dichas tarifas constituían la única y total compensación por los servicios contemplados en el Contrato, sin perjuicio de otros cargos y costos eventuales relacionados con la operación del Terminal. Del mismo modo, se estableció que si ZZ decidía voluntariamente ponerle término al Contrato antes del período de 15 años, se obligaba a pagar "el equivalente en pesos moneda nacional aquella parte de la inversión efectivamente realizada aún no depreciada a la fecha de terminación", además de una suma variable en caso de que la terminación voluntaria se produjese dentro de los 3 primeros años del Contrato.

(ii) El Addendum celebrado entre XX y ZZ en el año 2003. Teniendo como antecedente el Contrato celebrado el año 1997, las partes celebraron un nuevo acuerdo denominado Addendum al Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustibles Diesel y Gasolina sin Plomo en DML1", en adelante, "Addendum". Dicho Addendum siguió la misma estructura contractual y operacional que el Contrato del año 1997, el que continuó vigente en todas las materias no modificadas por el Addendum. Bajo el Addendum, XX se obligó nuevamente a construir, poner en servicio, operar y mantener la infraestructura necesaria para la recepción, almacenaje y despacho de combustible Diesel, gasolina sin plomo y kerosene en beneficio de ZZ. Por su parte, ZZ se obligó a pagar una "Tarifa Fija Anual Garantizada", a la que podía agregarse eventualmente un "Aumento Sustancial" durante la vigencia del Addendum, pactada en 15 años (ampliable a 5 años). De este modo, a diferencia del contrato del año 1997 que contemplaba una "tarifa fija" y otra "tarifa variable", bajo el Addendum, XX sólo tenía derecho a cobrar una única tarifa ("Tarifa Fija Anual Garantizada"), que cubría tanto los costos de inversión e infraestructura en el contrato, como también la prestación de servicios mensuales. Esta Tarifa Fija Anual

Garantizada le aseguraba a XX una tasa interna de retorno (TIR) de 14% y permitía que se agregara un "Aumento Sustancial" en caso de que los volúmenes de combustibles transferidos por la red de XX superasen en un 25% los volúmenes sobre los cuales se realizó el cálculo inicial de los servicios. Mediante dicha tasa, por tanto, XX aseguraba en los flujos futuros del Addendum la recuperación de la inversión inicial, más una ganancia asociada.

De esta manera, en caso que ZZ, voluntariamente, por una decisión comercial, decidiera terminar anticipadamente el Addendum, ésta se obligaba a pagar los flujos futuros restantes del Addendum. Por el contrario, en todos aquellos casos en que la terminación anticipada no fuese resultado de una decisión voluntaria de ZZ, XX no tiene derecho a reclamar ninguna indemnización. De esta manera, el equilibrio económico está perfectamente delimitado en el Addendum y en el Contrato PP y la cláusula 9.4 no constituye un seguro a todo evento.

C.- El proceso de adquisición de TR1 por parte de TR2 a través de ZZa. La Demandada explica que ZZa no intervino en la ejecución del contrato ni en la del Addendum, sino que su participación en este juicio ocurrió a propósito de una serie de operaciones "aguas arriba" y resoluciones judiciales que llevaron a ZZa a ser la continuadora legal de ZZ. En efecto, la historia de este conflicto tuvo su origen en una operación inicial, mediante la cual la sociedad chilena TR10 adquirió los activos de TR1 Colombia, la que a su vez suponía adquirir de forma indirecta TR1 Chile, y de esta forma, a ZZ y Organización TR1 Limitada, como sus sociedades filiales. Luego de que se materializó esta operación inicial, TR10 realizó una consulta ante el TDLC, respecto a la forma en que debía enajenarse TR1 Chile, a lo cual el TDLC resolvió que ésta debía enajenarse como una unidad económica en un plazo de 18 meses. Pues bien, es en este contexto que la sociedad matriz y controladora de ZZa, TR2, inició una operación millonaria con el objeto de adquirir los activos de ZZ y Operaciones y Servicios TR1 Limitada. Como acto fundante de esta operación, Organización TR1 y ZZ, como vendedoras, y TR2, como compradora, celebraron el 2 de septiembre de 2011 el contrato denominado "Purchase and Sale Agreement", el que se encontraba sujeto a un conjunto de condiciones para su concreción. Dentro de estas últimas, la aprobación por parte del TDLC de la operación que se estaba realizando. Dicha compraventa significaría el traspaso a TR2 del negocio de combustibles a través de 200 estaciones de servicios a lo largo de Chile propiedad de TR1. Ni ZZa ni ZZ fueron parte de dicha operación.

D.- La consulta obligatoria ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 2 de enero de 2013.

d.1. La Demandada señala que con fecha 10 de noviembre de 2011, TR1 Chile y TR2 sometieron la operación proyectada a la consulta del TDLC. En dicho proceso, la Fiscalía Nacional Económica recomendó la adopción de ciertas medidas de mitigación en caso de aprobarse la operación, las cuales comprendían: (i) la desinversión de las estaciones de servicios ZZa/TR3 o TR1 con mayores volúmenes de venta en ciertas comunas de Chile; y (ii) la adopción de medidas para que en los contratos de capacidad de almacenamiento celebrados por TR1 con TR11 y XX respecto de las plantas de las localidades de LL, NN, DML1 y HH, se otorgue una opción a terceros que puedan requerir de capacidad de almacenamien-

to dentro de un plazo no superior a 6 meses desde que se concluya la consulta. De este modo, según la Demandada, la FNE señaló que la última medida suponía que si ningún tercero contrataba, ZZ podía naturalmente continuar usando la capacidad disponible.

d.2. Luego, expone, que con fecha 26 de abril de 2012, el TDLC rechazó la operación consultada. Contra esta resolución, TR1 Chile, TR2, ZZa y ZZ interpusieron recursos de reclamación con el objeto de que la Excma. Corte Suprema enmendara esta resolución. Así, con fecha 2 de enero de 2013, la Excma. Corte Suprema acogió los recursos de reclamación, aprobando la operación entre TR1 Chile y TR2, pero condicionándola a la adopción de dos medidas de mitigación: **(i)** desinversión de estaciones de servicios en aquellas comunas en que operan tanto ZZa como TR1, y en las que, producto de la operación consultada, la variación del índice de concentración supera los umbrales establecidos en la Guía sobre Operaciones de Concentración elaborada por la FNE; y **(ii)** en lo referente a los contratos de arrendamiento y capacidad de almacenamiento celebrados por TR1 Chile, ellos deben ser finiquitados, de manera que cualquier persona natural o jurídica pueda requerir capacidad de almacenamiento en dichas instalaciones para utilizarlas en sus operaciones. Ambas medidas debían llevarse a cabo en un plazo de 6 meses contado desde que se lleve a cabo la operación consultada. Sobre el particular, la Demandada señala que ambas medidas fueron absolutamente sorpresivas para las partes recurrentes y para las involucradas en la operación, y que la medida decretada por la Corte Suprema nunca fue propuesta ni por la FNE ni por ninguno de los interesados en el proceso ante el TDLC. Sin embargo, agrega, que no obstante el impacto de las medidas, en particular de la primera, dada la magnitud e importancia del negocio –casi USD\$320.000.000- se hacía absolutamente irracional detener la operación. De ahí que TR2 y TR1 Chile debieron renegociar su precio, renegociación que sólo habría contemplado el impacto económico de la primera de las medidas de mitigación. Finalmente, las partes con fecha 27 de junio de 2013, suscribieron la “Compraventa de Acciones de ZZ” y la “Cesión de Derechos y Modificación de Sociedad de O. TR1 Limitada”. Y, por medio de estos instrumentos, ZZa pasó a ser la controladora de ZZ.

E.- El término del Addendum celebrado entre XX y ZZ como consecuencia de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema. La Demandada señala que, no obstante las medidas de mitigación impuestas, TR1 Chile y ZZ y TR2 decidieron continuar con la operación, sin que ZZ tuviera ninguna injerencia en dicha decisión, y que habiéndose materializado la operación, ZZ se vio obligada a cumplir una de las medidas de mitigación impuestas: finiquitar el Addendum suscrito con XX. Así, con fecha 20 de agosto de 2013, el Gerente General de ZZ, hoy ZZa, don N.C., envió carta a XX, señalando que se veía obligada a finiquitar el Addendum.

F.- Las negociaciones entre las partes luego del término del Addendum. La Demandada señala que, luego de la respuesta de XX a la carta de ZZ, las partes intentaron llegar a una salida amigable al conflicto. Al respecto, indica que se efectuaron reuniones en relación a una propuesta de un proceso de open season, que se materializó en un documento elaborado por XX. Asimismo, las partes intercambiaron incluso borradores de término y finiquito del Addendum, en virtud del cual las partes daban por terminado el mismo y ZZ se comprometía a contratar la capacidad de almacenamiento del terminal marítimo DML3 que no fuese contratada por terceros, luego del open season. De este modo, agrega que dichas negociaciones dieron a entender a ZZ que XX entendía y compartía la postura de la primera en orden a que la terminación anticipada del

Addendum no había sido el ejercicio de un derecho en aplicación de la cláusula 9.4, y que su intención era contratar la capacidad remanente del terminal marítimo DML3. A mayor abundamiento, agrega que pese a que durante el open season de 2013, XX recibió ofertas que le hubiesen permitido disminuir la capacidad ociosa del terminal marítimo DML3, XX no aceptó ninguna de ellas, y si XX hubiera aceptado dichas ofertas y accedido a arrendar a terceros, el cobro de la multa a ZZ no tendría ningún sentido y constituiría un enriquecimiento sin causa para ella.

Durante el año 2014, las partes siguieron negociando. Incluso se analizó la posibilidad de que las partes recurrieran al TDLC a fin de que dicho organismo aprobara el contrato proyectado. Sin embargo, XX no accedió a ninguna de las propuestas planteadas en esta etapa, como tampoco accedió a contratar con terceros su capacidad de almacenamiento en el terminal marítimo DML3, teniendo la posibilidad para ello, y decidió interrumpir las negociaciones con ZZa e iniciar el presente arbitraje, ello con el objeto, según expone la Demandada, de obtener mayores ganancias con el cobro de la multa.

III. La cláusula 9.4 del Addendum no resulta aplicable al presente caso.

En primer lugar, en el presente capítulo de la contestación, la Demandada objeta el monto de US\$12.766.596 demandado por XX, como resultado de la aplicación de la cláusula 9.4 del Addendum. Ello, pues, según ésta, utilizando la misma fórmula contemplada en el Anexo N°6 del Addendum se llega a un monto inferior, y ello porque XX no habría aplicado ninguna tasa de descuento que corresponde aplicar para traer el monto al valor presente al tratarse de flujos futuros.

En segundo lugar, expone que más allá de los errores de cálculo que puede haber cometido XX, el pago de cualquier indemnización por parte de ZZa es improcedente, ya que la cláusula 9.4 del Addendum no resulta aplicable al caso, en cuanto nunca existió una decisión voluntaria de ZZ en orden a poner término al Addendum. En efecto, señala que ZZ jamás invocó el ejercicio de este derecho como pretende plantearlo XX, y que el término del Addendum es resultado del efecto erga omnes de la decisión de la Excma. Corte Suprema, tratándose de un acto de autoridad que habría compelido a ZZ a poner término al referido Addendum. A mayor abundamiento, señala que existen conductas claras de XX y de ZZa que de manera inequívoca demuestran que el entendimiento de las partes fue que el término del Addendum no se trató del ejercicio voluntario de un derecho, y que ZZ quería, y aún quiere, poder contar con la capacidad de almacenamiento del terminal marítimo DML3.

IV. Declaración Final

Por último, la Demandada señala que es claro que: **(i)** ZZ no ejerció ningún derecho para ponerle término al Addendum; **(ii)** todo ejercicio de derecho supone voluntariedad en su ejercicio; **(iii)** la terminación del Addendum se produjo como consecuencia de la decisión de la Excma. Corte Suprema que ordenó la terminación del mismo; **(iv)** ZZ nunca quiso terminar el Addendum; **(v)** ZZ y ZZa siempre han querido continuar utilizando la capacidad de almacenamiento del terminal marítimo DML3; **(vi)** XX sabe que ZZ/ZZa nunca quiso terminar el Addendum; y **(vii)** XX sabe que la existencia de la cláusula 9.4 del Addendum es meramen-

te anecdótica en este caso, ya que igual se le tendría que haber puesto término al mismo. Por todas estas razones, solicita que la Demanda sea rechazada.

A mayor abundamiento de lo anterior, señala que por razones de equidad, la Demanda debe rechazarse. Ello, pues: **(i)** XX siempre tuvo y continúa teniendo posibilidades de contratar con terceros su capacidad de almacenamiento en el terminal marítimo DML3; y **(ii)** que ha tomado conocimiento que tanto TR11 como TR10 habrían estado recientemente utilizando la capacidad de almacenamiento en el terminal marítimo DML3, por lo que XX estaría recibiendo pago de terceros.

2.3.- En su contestación, ZZa acompañó los siguientes documentos, ordenados en anexos, que rolan de fojas 333 a 608:

- 1) Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustibles Diesel y Gasolina sin Plomo en DML1 entre XX y TR4, de fecha 26 de junio de 1997. (DRD-1)
- 2) Addendum al Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustibles Diesel y Gasolina sin Plomo en DML1 entre Establecimientos Industriales XX y TR4, con fecha 15 de mayo de 2003, no objetado. (DRD-2)
- 3) Resolución N°**4/11 dictada por el Tribunal de Defensa de La Libre Competencia, de fecha 26 de mayo de 2011, rol NC ***0-10. (DRD-3)
- 4) Consulta realizada por Organización TR1 ante el TDLC con fecha 10 de noviembre de 2011, rol NC ***-11. (DRD-4)
- 5) Informe elaborado por la Fiscalía Nacional Económica a solicitud del TDLC mediante resolución de 15 de noviembre de 2011 en procedimiento rol NC-***-11, de 20 de diciembre de 2011. (DRD-5)
- 6) Resolución N°**/12 dictada por el Tribunal de Defensa de La Libre Competencia, de fecha 26 de abril de 2012, rol NC ***-11. (DRD-6)
- 7) Sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema con fecha 2 de enero de 2013, Rol ****3-2012. (DRD-7)
- 8) Hecho esencial informado por TR2 a la Superintendencia de Valores y Seguros con fecha 27 de junio de 2013. (DRD-8)
- 9) Contrato de Compraventa de Acciones de ZZ celebrado entre ZZa e Inversiones ZZa por una parte, y Organización TR1 y ZZ por la otra, con fecha 27 de junio de 2013. (DRD-9).
- 10) Contrato de Cesión de Derechos y Modificación de Sociedad celebrado entre ZZ a e Inversiones ZZa por una parte, y Organización TR1 y ZZ por la otra, con fecha 27 de junio de 2013. (DRD-10)

- 11) Carta de N.C. enviada a E.P., con fecha 20 de agosto de 2013, bajo la referencia "Addendum al Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustibles Diesel y Gasolina sin Plomo en DML1". (DRD-11)
- 12) Carta de E.P. a N.C. con fecha 27 de septiembre de 2013, bajo la referencia "Su carta de agosto 20 de 2013, sobre el Addendum". (DRD-12)
- 13) Documento denominado XX HH.docx, adjunto a correo electrónico enviado por A.SH. a C.P. con fecha 2 de octubre de 2013, bajo el asunto "XX HH". (DRD-13)
- 14) Borrador de "Término de Addendum, Transacción y Finiquito de XX y ZZ", del año 2013, adjunto a correo electrónico enviado por N.C. a E.P. con fecha 11 de noviembre de 2013, bajo el asunto "Propuesta de Acuerdo". (DRD-14)
- 15) Borrador de "Transacción y Finiquito de XX y ZZ", y borrador de "Contrato de Prestación de Servicios de recepción, almacenamiento y despacho de combustibles líquidos en terminal marítimo XX en DML4", documentos adjuntos a correo electrónico enviado por A.SH. a E.P. y C.P. con fecha 2 de mayo de 2014, bajo el asunto "Borrador preliminar". (DRD-15)
- 16) Carta de E.P. enviada a N.C., con fecha 30 de junio de 2014, bajo la referencia "Su carta de fecha de 30 de junio de 2014 sobre Pago de Indemnización de perjuicios/Requerimiento de pago." (DRD-16)
- 17) Carta de N.C. a E.P. con fecha 29 de julio de 2014, bajo la referencia "Su carta de fecha 30 de junio de 2014 sobre Pago de Indemnización de perjuicios/Requerimiento de pago." (DRD-17)
- 18) Carta de E.P. a N.C. con fecha 4 de septiembre de 2014, bajo la referencia "Designa personas para efectos que indica". (DRD-18)
- 19) Carta de N.C. a E.P. con fecha 16 de septiembre de 2014, bajo la referencia "Su carta de fecha 4 de septiembre de 2014 sobre 'Designa personas para efectos que indica'". (DRD-19)
- 20) Carta enviada por N.C. a XX (señor H.L.) con fecha 05 de enero de 2015, bajo la referencia "Reitera solicitud efectuada en carta de fecha de 27 de noviembre pasado. Terminación Anticipada de Addendum de fecha 15 de mayo de 2003. (DRD-20).
- 21) Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema con fecha 2 de septiembre de 2014, rol ***43-2013. (Anexo Legal-DRL-1)
- 22) Decreto Ley N°211 dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de fecha 22 de diciembre de 1973. (Anexo Legal DRL-2).

3.- De la Réplica

3.1.- A fojas 610, la Actora replica en los siguientes términos:

I. Introducción

En primer lugar, la Demandante ratifica en todas sus partes los hechos y fundamentos de derecho expuestos en la Demanda, los que da por expresamente reproducidos. Asimismo, afirma que los hechos sublite son medianamente pacíficos, y que las partes discrepan en la calificación jurídica de los mismos, en particular, en lo que se refiere a la voluntariedad versus la obligatoriedad de la decisión de poner término al Addendum. Por último, indica además que la contestación de la demanda contiene una serie de hechos falsos e impertinentes y niega tajantemente que XX haya aceptado en forma expresa o tácita que el término del Addendum no generaba la obligación de indemnizar.

II. ZZ puso término de manera libre y voluntaria al Addendum.

A. El término del Addendum por parte de ZZ si corresponde al ejercicio de un derecho: específicamente al ejercicio del derecho a la libertad económica y comercial. Sobre este punto, la Demandante señala que el término del Addendum no es más que la consecuencia de una serie de decisiones comerciales, sucesivas, beneficiosas y voluntarias, señalando como ejemplo una serie de decisiones voluntarias que llevaron a perfeccionar la operación de concentración. A mayor abundamiento, indica que ZZa en su contestación es clara en admitir que decidió poner término al Addendum debido a que su matriz TR2 quería materializar una operación por razones comerciales.

Por otro lado, las partes previeron que el contrato podía terminar en forma anticipada y lo regularon expresamente en la cláusula 9.4 del Addendum, en la cual, independientemente de la causa de término, se debe pagar la indemnización. De este modo, señala la actora, que el concepto de "terminación involuntaria" no estaba previsto en el Addendum, y que no se explica cómo la redacción y envío por ZZ/ZZa de la carta de notificación de término de 20 de agosto de 2013 pueda ser involuntaria, más aun cuando ZZ no ha alegado la existencia de error, fuerza o dolo. Así, constando el envío de la carta de término anticipado, sólo cabe dar aplicación a la cláusula 9.4.

Asimismo, el segundo análisis que se podría haber hecho era determinar si el deudor de la obligación podía eximirse de su cumplimiento, mediante la alegación de caso fortuito. Sin embargo, aun cuando ZZa no lo invocó, la Actora reitera que la decisión de la Excma. Corte Suprema no es constitutivo de caso fortuito.

B. El término del Addendum por parte de ZZ si corresponde a la situación prevista y tipificada por la cláusula 9.4 del mismo. Al respecto, la actora señala que, de acuerdo a los hechos afirmados en la contestación, la racionalidad económica llevó a TR2 a aceptar las condiciones que impuso la Excma. Corte Suprema. Es decir, por un hecho voluntario, la Demandada aceptó cumplir dichas condiciones, lo que hace ilógico pretender que el cumplimiento de una obligación que aceptó y asumió voluntariamente, pueda devenir en un acto involuntario. De este modo, la operación de concentración fue una decisión netamente comercial, y

que obliga a la Demandada al pago de las indemnizaciones señaladas en la cláusula 9.4.

III. Efectos y alcances de la sentencia de 2 de enero de 2013 dictada por la Excma. Corte Suprema.

A. La Sentencia de la Excma. Corte Suprema no fue sorpresiva y, en todo evento, ello es inocuo. Sobre este punto, XX indica que las medidas impuestas difícilmente pueden considerarse “sorpresivas” como intenta hacer creer la demandada, ya que tal como lo reconoce en su contestación, durante el proceso de consulta la FNE había planteado, si bien en una extensión distinta, las mismas medidas que luego decretaría la Excma. Corte Suprema. A mayor abundamiento indica que, la medida de mitigación propuesta por la FNE de otorgar una “opción” a terceros, no difiere en sus efectos de la medida decretada por la Excma. Corte Suprema, ya que ambas procuran que sean terceros, distintos de ZZ, quienes puedan hacer uso de la capacidad de almacenamiento disponible. Además, señala que el supuesto carácter “sorpresivo” de las medidas es indiferente para el análisis, ya que de todas formas la decisión de TR2 fue voluntaria.

B. La resolución de la Excma. Corte Suprema no tiene efectos erga omnes. La actora indica que no puede pretender la demandada que la sentencia dictada por la Corte Suprema tenga efectos erga omnes, cuando está ampliamente reconocido en la doctrina y la jurisprudencia que las sentencias judiciales producen efectos relativos entre quienes concurren como partes en dicho proceso, entre los cuales no se encontraban ni ZZ ni XX. Basta la lectura de la sentencia, para constatar que ella impone una obligación a los consultantes, calidad que no tenía ZZ.

IV. Actos posteriores al término del Addendum.

A. XX sí ofreció a terceros su capacidad de almacenamiento disponible para tratar de mitigar los daños provocados por el término anticipado del Addendum por parte de ZZ. La demandante señala que, el hecho que XX haya realizado un open season tiene como única y exclusiva razón que se debía utilizar la infraestructura construida para ZZ, tras el término del Addendum. Sin embargo, señala que no hubo terceros interesados que cumplieran con los requisitos exigidos, y en todo caso, los esfuerzos por utilizar la infraestructura por parte de XX, en nada alteran la obligación de indemnizar que tiene ZZa.

B. Las negociaciones entre las partes dan cuenta que ZZ sí quiso dar término al Addendum y que sí pretendía indemnizar a XX por los perjuicios que le ocasionó con el término anticipado. La actora afirma que es falso lo sostenido por la contraria cuando señala que las propuestas de transacción y finiquito darían cuenta que ZZ no quiso poner término al Addendum. Al respecto, indica que el hecho de que ZZ manifestara su intención de continuar utilizando la capacidad de almacenamiento del terminal marítimo DML3, no implica que no haya existido una decisión voluntaria por parte de ésta de poner término al Addendum en cuestión. Asimismo, indica que las propuestas de transacción y finiquito no habrían sido fruto de un acuerdo, como pretende sostener la contraria, sino que éstas fueron redactadas por ZZa, siendo esta última la beneficiada con ellas, señalándose en ellas que las partes ponían término “de común acuerdo” al Addendum. Por último, XX indica que en la contestación, ZZa omitió referirse a la propuesta de transacción y finiquito del año 2014, donde se realizaron importantes declaraciones. En esta última, se da cuenta que ZZa intentó llegar a un

acuerdo con XX que le compensara los perjuicios que le ocasionó la salida anticipada de las instalaciones.

C. XX no tiene ninguna obligación de concurrir al TDLC para solicitar la autorización de contratación de ZZa. Al respecto, XX indica que ésta no tiene ninguna obligación de concurrir al TDLC a realizar consulta alguna, ya que no debe pedir autorización para disponer de su capacidad de almacenamiento, y además, si ZZa era el interesado, debía haber sido éste quien realizara una consulta ante el TDLC, cuestión que no hizo. Es más, XX nunca tuvo inconvenientes con que ZZa concurreniera al TDLC.

V. Si se aplica la cláusula 9.4 del Addendum al término unilateral y anticipado del mismo realizado por ZZ.

La Demandante reitera la plena aplicación de la cláusula 9.4 del Addendum al caso particular. Al respecto, señala que dicha cláusula es un elemento característico de un contrato como el de la especie, en que el prestador del servicio asume el costo de construir la infraestructura dedicada a la prestación del servicio, la que el beneficiario se obliga a pagar durante la vigencia del contrato o, con una indemnización, si el mismo termina anticipadamente. De este modo, XX no busca obtener rentas, sino que recuperar la inversión y la rentabilidad que las partes acordaron en el contrato.

VI. Conclusiones Finales.

Por último, y resumidamente, XX establece las siguientes conclusiones: **(i)** La carta de 20 de agosto de 2013 constituye un acto voluntario; **(ii)** las condiciones impuestas por la Excma. Corte Suprema no son constitutivas de una causal de caso fortuito o fuerza mayor; **(iii)** La sentencia de la Excma. Corte Suprema no produce efectos erga omnes; **(iv)** Los hechos ocurridos con posterioridad al término del Addendum dan cuenta de la voluntariedad de la decisión y la conciencia que tenía ZZ de que debía pagar la indemnización; **(v)** Los esfuerzos de XX de ofrecer su capacidad de almacenamiento no deben entenderse como una liberación de la responsabilidad de ZZa de indemnizar por el término anticipado; y **(vi)** El término anticipado del Addendum por parte de ZZ se encuadra dentro de la situación prevista por la cláusula 9.4 del mismo, de manera tal que gatilla la obligación de indemnizar en caso de término anticipado.

4. De la Dúplica:

4.1. A fojas 632, la Demandada evacúa el trámite de la dúplica en los siguientes términos:

I. Introducción.

La Demandada indica que la controversia se reduce a determinar la aplicación o no de la cláusula 9.4 del Addendum al caso, señalando que la pregunta fundamental es si el término del contrato fue o no el ejercicio de un derecho por parte de ZZ, señalando que la conclusión es inequívocamente que no. Asimismo, señala que resulta relevante analizar la conducta de las partes durante el período en que se desarrollaron los hechos que motivan el conflicto.

II. Primera pregunta: ¿La terminación del Addendum consistió, o no, en el ejercicio del derecho contemplado

en su cláusula 9.4 por parte de ZZ?

En este capítulo, la Demandada sostiene que para XX la cláusula 9.4 referida es un seguro a todo evento, mientras que ZZa ha sostenido que la cláusula 9.4 sólo resulta aplicable en los casos que por una decisión libre y voluntaria de ZZ, ésta ejerciera su derecho de poner término anticipado al contrato, lo que no ha ocurrido en la especie, toda vez que fue única y exclusivamente la sentencia de la Excm. Corte Suprema la que obligó a ZZ a finiquitar el Addendum.

a) ZZ no participó del proceso de adquisición de las sociedades filiales de TR1 Chile, sino una persona jurídica distinta, cual es TR2.

La Demandada señala que XX busca confundir, asimilando la hipotética decisión comercial de ZZ de ejercer voluntariamente su derecho de ponerle término anticipado a un contrato específico, con la decisión comercial de TR2 de adquirir ZZ y Operaciones y Servicios TR1 Limitada. Al respecto, señala que XX no sólo presenta como una misma entidad a TR2 y a ZZ, sino que además pretende construir un argumento artificial: el término del Addendum sería el desenlace previsto por TR2 a una serie de hechos sucesivos ocurridos desde el inicio del proceso de adquisición de ZZ y de Operaciones y Servicios TR1 Limitada, lo que según la demandada es totalmente ajeno a la realidad. Sobre este punto, ZZa insiste en el hecho de que XX no comprende que el hecho de que el término del Addendum por parte de ZZ haya tenido como antecedente una serie de decisiones corporativas y comerciales instadas por TR2, no supone que el término del contrato haya sido fruto de una decisión voluntaria de ZZ mediante el ejercicio del derecho que le otorgaba la cláusula 9.4. La decisión comercial de continuar con la adquisición de ZZ y Operaciones y Servicios TR1 Limitada recayó definitivamente en TR2, y si ZZ tuvo que poner término al Addendum fue consecuencia de una serie de decisiones adoptadas como consecuencia de la decisión de una autoridad, la Excm. Corte Suprema.

b) No obstante no haya sido parte consultante ante el TDLC, ZZ sí fue recurrente ante la Excm. Corte Suprema y estaba obligada a cumplir la sentencia por su efecto erga omnes.

Contrario a lo que señala XX, la Demandada señala que ZZ sí estaba obligada a dar cumplimiento a la sentencia de la Excm. Corte Suprema, y que la actora nuevamente juega con las personas jurídicas según su conveniencia. A mayor abundamiento, señala que el TDLC ha sido claro en sostener que los efectos de sus sentencias incluso alcanzan a terceros que no han sido parte de la operación.

c) El antecedente del término anticipado del Addendum es la sentencia de la Excm. Corte Suprema y no la comunicación formal de ZZ a XX informando dicha situación.

ZZa señala que la demandante asimila la comunicación formal de un hecho, con el hecho mismo. Reitera que, a consecuencia de lo resuelto por la Excm. Corte Suprema, ZZ, como sociedad filial de una de las consultantes y recurrente formal ante la Corte Suprema, se vio en la obligación de finiquitar el Addendum, y que este hecho se materializó en la carta de 20 de agosto de 2013 enviada por el señor N.C. a XX. Agrega que dicha comunicación no tuvo como propósito ejercer el derecho de terminar anticipadamente bajo la

cláusula 9.4, sino que el envío de esta carta tuvo como antecedente la sentencia de 2 de enero de 2013 dictada por la Excm. Corte Suprema y su contenido. En otras palabras, dicha carta fue la comunicación formal mediante la cual se informó a XX sobre los efectos de la sentencia de la Excm. Corte Suprema. A mayor abundamiento, dicha carta no fue remitida con las formalidades de la cláusula 9.4, esto es, **(i)** aviso escrito certificado por un Notario Público; y **(ii)** con un plazo de 90 días de anticipación, y que, por el contrario, dicha carta fue enviada con las formalidades contempladas en el contrato del año 1997, referidas a la hipótesis de fuerza mayor.

d) La cláusula 9.4 del Addendum sólo opera en casos de que la terminación anticipada haya sido una decisión libre y voluntaria por parte de ZZ.

Al respecto, ZZa indica que la terminación del Addendum en ningún caso puede ser considerada como el ejercicio libre y voluntario de un derecho por parte de ZZ. **(i)** en primer lugar, porque la cláusula 9.4 señala que ZZ "podrá" ponerle término anticipado, teniendo, por tanto, un derecho subjetivo en su acepción de "potestad". En ese sentido, ZZ no necesitaba de la decisión de la Corte Suprema para ponerle término, sino que bastaba con su "voluntad jurídica de ejercer el derecho"; **(ii)** en segundo lugar, porque el riesgo de la inversión inicial no pertenece a todo evento a ZZ, sino que únicamente en el caso de que el término anticipado sea consecuencia de una decisión comercial libre y voluntaria. Ello es de toda lógica, porque la cláusula 9.4 funcionaba como un desincentivo a que ZZa pusiera término al contrato anticipadamente; y **(iii)** porque el Addendum no estableció un derecho expreso de uso exclusivo en favor de ZZ durante la vigencia del contrato, como sí había sido en el contrato del año 97, reconociéndose así por las partes desde el momento de la suscripción del contrato que la infraestructura de XX en el terminal marítimo DML3 tenía un uso alternativo y podía ser contratada por un tercero.

e) Ante una causa distinta del ejercicio libre y voluntario del derecho de ZZ de ponerle término anticipado al Addendum, la cláusula 9.4 del mismo no es aplicable.

La Demandada sostiene que si ZZ por una causa no voluntaria debía ponerle término al Addendum, la cláusula 9.4 no resultaba aplicable. Ello, por las razones expuestas con anterioridad y además porque del análisis del Addendum, se concluye que éste tiene dos polos respecto a la asunción de los riesgos en casos de terminación anticipada: si la terminación es consecuencia del ejercicio del derecho del finiquitante, el riesgo recae sobre éste; por el contrario, si la terminación no responde a una causa voluntaria, el riesgo es del finiquitado. Lo último por aplicación de la cláusula 18° del Contrato del año 1997 (que integra el Addendum en virtud de la cláusula 12° de éste), la cual contempla los casos de quiebra y estado de notoria insolvencia y el caso fortuito o fuerza mayor como causas no voluntarias de término de contrato, y en las que el riesgo es del finiquitado.

f) El comportamiento de las partes con posterioridad al 20 de agosto de 2013 demuestra su entendimiento común que el término anticipado del Addendum en ningún caso fue el ejercicio de un derecho por parte de ZZ y que, por tanto, no era aplicable la cláusula 9.4.

Sobre este punto, la Demandada señala que las negociaciones que se llevaron a cabo entre las partes son reveladoras de que ZZ nunca tuvo voluntad de poner término al Addendum. Señala que durante ese período de negociaciones, XX habría entendido y compartido la postura de ZZa en orden a que la terminación del Addendum no correspondía al ejercicio de un derecho y que ésta podría contratar la capacidad remanente del terminal marítimo DML3, ya que de lo contrario, no habría tenido ningún sentido para XX sentarse a negociar con ZZa. Agrega que estas negociaciones siempre se hicieron bajo el supuesto de un entendimiento común de que la terminación del Addendum no había sido pretendida por ninguna de éstas, y que la indemnización que ZZ estaba dispuesta a pagar, era simplemente la concesión recíproca propia de una transacción.

g) Conclusión.

Concluye la Demandada en este capítulo que el supuesto fáctico que sustenta la pretensión de XX no es correcto, ya que la terminación del Addendum no fue consecuencia del ejercicio voluntario del derecho de ZZ de poner término anticipado al contrato. En efecto, ZZ y, actualmente ZZa, como su continuadora legal, nunca han querido la terminación de dicho contrato, toda vez que necesitan las instalaciones del terminal marítimo DML3. Y, que en caso que se considerara que la terminación anticipada no correspondería a un hecho absolutamente involuntario, tampoco correspondería aplicar la cláusula 9.4, pues la quiebra y notoria insolvencia tiene los mismos efectos jurídicos que el caso fortuito, es decir, el riesgo recae en el finiquitado, aun cuando las partes hayan podido tener algún grado de injerencia respecto a la situación en la que se encuentran. De este modo, si en esos casos, el riesgo de la terminación recae en XX, con mayor razón debiera recaer en él si el término anticipado se debe a la orden impuesta por un fallo de la Excma. Corte Suprema.

III. Segunda Pregunta: No obstante no haberse ejercido una acción de indemnización de perjuicios por parte de XX, ¿ZZa sería responsable civilmente en este caso?

La Demandada señala que la acción de ejecución forzada interpuesta es improcedente, toda vez que la obligación que reclama XX no existe porque la cláusula 9.4 del Addendum no es aplicable. Ahora bien, en caso que la Demandante hubiera ejercido una acción de responsabilidad civil, demandando la terminación con indemnización de perjuicios, los requisitos para que esta demanda hubiera prosperado son más exigentes, y en el caso, no se hubieran cumplido toda vez que concurrió en la especie el caso fortuito o fuerza mayor.

a) Aun cuando XX le hubiera imputado un incumplimiento contractual a ZZa, en la especie se cumplen los requisitos del caso fortuito o fuerza mayor.

Explica que, no obstante que XX no imputa un incumplimiento contractual a ZZa, los requisitos de responsabilidad civil no se cumplen por haber acaecido un caso fortuito. Señala que la Demandante sabe perfectamente que ZZ se vio obligada a poner término al Addendum en razón de una cuestión que escapaba absolutamente de su esfera de control, como lo es la imposición de una medida de mitigación a través de la orden de un tribunal. De este modo, sería un acto de autoridad el imprevisto que ha tenido lugar en el presente caso y que eximiría de responsabilidad a ZZa, como continuadora legal de ZZ.

A mayor abundamiento, y remitiéndose a lo señalado en la contestación, reitera que en la especie concurren todos los requisitos del caso fortuito: **(i)** irresistibilidad, toda vez que la terminación fue consecuencia del cumplimiento de un fallo de la Excm. Corte Suprema en la cual ZZ fue recurrente; **(ii)** imprevisibilidad; toda vez que las medidas impuestas por la FNE no contemplaban la condición impuesta por la Corte Suprema; y **(iii)** exterioridad, ya que es un hecho ajeno al deudor, pues la operación de adquisición fue realizada por personas jurídicas distintas a las de este arbitraje, y son nada más ni nada menos que sus controladoras.

b) Conclusión.

Concluye que la naturaleza jurídica del fallo de la Excm. Corte Suprema es un caso fortuito, ya que corresponde a un hecho imprevisible, irresistible y ajeno a la voluntad de ZZ. De este modo, aún ante una acción de indemnización de perjuicios eventualmente interpuesta por XX, la Demandada no sería responsable.

IV. Tercera Pregunta: ¿Cuál ha sido el comportamiento de ZZa una vez terminado el Addendum?

Señala que ZZa ha actuado siempre de buena fe, y que tras la carta de 20 de agosto de 2013, intentó por todos los medios posibles llegar a una solución amigable del conflicto que implicara seguir utilizando el terminal marítimo DML3 y mitigar cualquier perjuicio que pudiese experimentar SS. Así, ayudó a diseñar una estructura de open season que dejara indemne a XX, aun cuando no se le contratara la totalidad de la capacidad del terminal marítimo DML3 por parte de uno o más terceros. Sin perjuicio de que el open season fracasó, ZZa intentó celebrar un nuevo contrato de arrendamiento y prestación de servicios en el terminal marítimo DML3 con XX, en condiciones aún más favorables para esta última que las contenidas en el Addendum, esto en el entendido de que se acudiera ante la autoridad correspondiente a fin de autorizar la operación. Sin embargo, señala que la Demandante se negó sistemáticamente a consultar ante el TDLC la celebración de un nuevo contrato, y se ha negado a llegar a cualquier acuerdo razonable.

V. Cuarta Pregunta: ¿Cuál ha sido el comportamiento de XX una vez terminado el Addendum?

Señala que XX, en su réplica, abandonó por completo su teoría del equilibrio económico del contrato, y ello se debería a juicio de la demandada, a que XX sabe que es insostenible esa línea argumentativa, si existen terceros que pagan una tarifa que le permite recuperar sus inversiones en el terminal marítimo DML3. Agrega que actualmente TR10 estaría pagando las tarifas respectivas mediante las cuales XX cubre tanto su inversión como el mantenimiento de la infraestructura y de los servicios que presta en el terminal marítimo DML3, lo cual demuestra que las instalaciones de XX en el terminal marítimo DML3 sí tenían un uso y un usuario alternativo. De este modo, es falso que ZZ se haya obligado a soportar todo el riesgo de la financiación y construcción de las instalaciones en el terminal marítimo DML3. En consecuencia, señala que por medio de esta demanda, XX pretende obtener un "doble pago" por el uso de los mismos servicios e instalaciones en el terminal marítimo DML3.

4.2. A su dúplica, la parte demandada acompaña los siguientes documentos, que rolan a fojas 676 a 760:

- 1) Copia de sentencia del TDLC, rol ***7-2011, de fecha 29 de diciembre de 2012.
- 2) Hohfeld, Wesley Newcomb. Conceptos Jurídicos Fundamentales. Editorial Fontamara, México (2004).
- 3) Barros Bourie, Enrique. Finalidad y Alcance de los Remedios Contractuales. Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valparaíso (2007), Editorial LegalPublishing.

III.- De la Conciliación y la Prueba.

1.- Llamado a conciliación e Interlocutoria de Prueba:

Por resolución de fecha 25 de mayo de 2015, de fojas 761, las partes fueron citadas a una audiencia de conciliación para el día 5 de junio de 2015. En la fecha indicada, se llevó a efecto la audiencia, en la cual las partes acordaron dar inicio a un período de conciliación que se extendería por un período de 30 días, procediendo el Tribunal a reunirse separadamente con cada una de las partes para explorar las posibilidades de un avenimiento en la causa. Dicho período de conciliación se extendió finalmente hasta el día 23 de septiembre de 2015, no prosperando un avenimiento entre las partes. Consiguientemente, y según consta a fojas 765, se dictó la correspondiente interlocutoria de prueba, fijándose como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes:

- 1) Hechos, antecedentes y circunstancias previas, coetáneas y/o posteriores a la terminación anticipada del contrato objeto de estos autos, denominado "Addendum", al Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustible Diesel y Gasolina sin Plomo en DML1, entre TR4 y XX", de fecha 15 de mayo de 2003.
- 2) Efectividad de configurarse en la especie los presupuestos para la aplicación y procedencia de la hipótesis prevista y tipificada en la cláusula 9.4 del Addendum antes referido.
- 3) Si la indemnización de US\$12.766.596 solicitada por XX en su demanda se ajusta a la fórmula de cálculo establecida por las partes, denominada "Fórmula de Cálculo Opción Terminación Anticipada", contenida en el Anexo N°6 del Addendum antes referido.

Ambas partes interpusieron recursos de reposición en contra de esta interlocutoria, los que fueron rechazados por el Tribunal, sin costas.

2.- Sintética y sustancialmente las partes rindieron la siguiente prueba:

2.1. Prueba de la parte demandante: al tenor de los hechos controvertidos, la parte demandante rindió la siguiente prueba:

A) Documental:

- a.1. Mediante escrito que rola a fojas 811, la parte demandante acompañó una serie de documentos

para acreditar los hechos en que funda su demanda y su réplica, los que consisten en los siguientes:

a.1.1. En lo principal de dicha presentación, reiteró como medio de prueba todos los documentos acompañados en la Demanda, que corresponden a los siguientes:

- Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustibles Diesel y Gasolina sin Plomo en DML1 entre XX y TR4, de fecha 26 de junio de 1997.
- Addendum al Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustibles Diesel y Gasolina sin Plomo en DML1 entre XX y TR4, de fecha 15 de mayo de 2003, no objetado.
- Carta enviada por el señor N.C., Gerente General de ZZ, al señor E.P., Gerente General de XX con fecha 20 de agosto de 2013.
- Carta enviada por el señor E.P., Gerente General de XX, al señor N.C., Gerente General de ZZ, con fecha 27 de septiembre de 2013.
- Carta enviada por el señor E.P., Gerente General de XX, al señor N.C., Gerente General de ZZ, con fecha 30 de junio de 2014.
- Carta enviada por el señor N.C., Gerente General de ZZ, al señor E.P., Gerente General de XX, con fecha 29 de julio de 2014.
- Carta enviada por el señor E.P., Gerente General de XX, al señor N.C., Gerente General de ZZ, con fecha 4 de septiembre de 2014.
- Carta enviada por el señor N.C. Gerente General de ZZ, al señor E.P., Gerente General de XX, con fecha 16 de septiembre de 2014.
- Carta enviada por el señor N.C., Gerente General de ZZ, al señor E.P., Gerente General de XX, con fecha 27 de noviembre de 2014.
- Carta enviada por el señor N.C., Gerente General de ZZ, al señor E.P., Gerente General de XX, con fecha 5 de enero de 2015.
- Carta enviada por el señor E.P., Gerente General de XX, al señor N.C., Gerente General de ZZ, con fecha 8 de enero de 2015.
- Factura N°0888061, de fecha 29 de septiembre de 2004, emitida por XX a ZZ por los servicios prestados en dicho primer período mensual (desde el 1 de septiembre 2004)

- Inscripción de fojas **N°**2 del año 2003, de la modificación de la sociedad XX S.A. a XX, del Conservador de Bienes Raíces y Comercio de CS, junto con la publicación del extracto en el Diario Oficial, de fecha 29 de agosto de 2003.
- Certificado emitido por el Banco BO que da cuenta del valor en pesos del dólar observado al día 11 de marzo de 2015 de conformidad a la publicación efectuada por el Banco Central de Chile.

a.1.2. En el primer otrosí del escrito referido, acompañó los siguientes documentos, que constan en cuaderno separado de documentos:

- Correo electrónico de fecha 23 de octubre de 2013, enviado por el señor A. Sh. de ZZa, dirigido a la Sra. C.P. de XX, con copia a J.L. de ZZa, por el cual se adjunta borrador de "Término de Addendum, Transacción y Finiquito" entre XX y ZZ.
- Correo electrónico de fecha 2 de mayo de 2014, enviado por el señor A. Sh. de ZZa, dirigido a E.P. y C.P. de XX, con copia a N.C. y a J.L. de ZZa, por el cual se adjunta borrador preliminar de "Transacción y Finiquito" entre XX y ZZ.
- Copia de carta enviada por el señor C.S., Gerente División Terminales XX, con referencia: Ampliación de Contrato de Servicios en DML1 y DML3, dirigida al señor J.S. de TR5-TR4 (España) con copia a los señores E.P. de TR4 y P.F. de TR4, Argentina, con fecha 1 de noviembre de 2002.

B) Testimonial:

La parte demandante rindió la siguiente prueba testimonial, todos integrantes de la lista de testigos oportunamente presentada con fecha 18 de noviembre de 2015, de fojas 801, los que fueron debidamente juramentados y legalmente examinados:

- Declaración de C.S., que rola a fojas 39 y siguientes del Cuaderno de Transcripciones.
- Declaración de C.P., que rola a fojas 97 y siguientes del Cuaderno de Transcripciones.
- Declaración de G.P.C., que rola a fojas 59 y siguientes del Cuaderno de Transcripciones.

2.2.- Prueba de la parte demandada: al tenor de los hechos controvertidos, la parte demandada rindió la siguiente prueba:

A Documental:

a.1. Documentos acompañados en la contestación a la demanda, individualizados anteriormente en el punto 2.3 del capítulo II de la Sentencia, ordenados en anexos, que rolan de fojas 333 a 608. (Anexos DRD-1 al DRD-20).

a.2. Mediante escrito que rola a fojas 819, la parte demandada acompañó una serie de documentos para acreditar los hechos en que funda su contestación a la demanda y su dúplica, los que consisten en los siguientes:

- Acuerdo de promesa de compraventa denominado "Purchase and Sale Agreement", suscrito entre Organización TR1 Chile S.A., TR6, Organización TR1 S.A. y TR2, con fecha 2 de septiembre de 2011. (DRD-21).
- Recurso de aclaración, rectificación o enmienda interpuesto por TR1 Chile S.A, ZZ, TR2 y ZZa con fecha 10 de enero de 2013. (DRD-22).
- Carta enviada por TR2 a TR1 Chile con fecha 11 de enero de 2013. (DRD-23).
- Carta enviada por TR1 Chile a TR2 con fecha 15 de enero de 2013. (DRD-24).
- Resolución de la Excma. Corte Suprema del recurso de aclaración, rectificación y enmienda presentado por TR1 Chile, ZZ, TR2 y ZZa, de fecha 30 de enero de 2013. (DRD-25).
- Carta enviada por TR2 a TR1 Chile con fecha 31 de enero de 2013. (DRD-26).
- Carta enviada por TR1 Chile a TR2 con fecha 4 de febrero de 2013. (DRD-27).
- Hecho esencial comunicado por TR2 a la Superintendencia de Valores y Seguros de marzo de 2015. (DRD-28).
- Amendment to Purchase and Sale Agreement celebrado por TR2 y TR1 Chile de abril de 2015. (DRD-29).
- Carta enviada por XX a ZZ con fecha 8 de enero de 2015. (DRD-30).
- Carta enviada por ZZ/ZZa a XX con fecha 27 de noviembre de 2014. (DRD-31).

a.3. En el otrosí de escrito que rola a fojas 840, acompañó los siguientes documentos:

- Boletín estadístico marítimo, pp.***-205, año 2014, objetado, y rechazada la objeción documental.
- Boletín estadístico marítimo, pp.***3-205, año 2013, objetado y rechazado la objeción documental.
- Fallo de la Corte Suprema, Rol N°****5-11, de 2 de mayo de 2012.
- Fallo de la Corte de Apelaciones de SS, Rol N° ***.2003, de 13 de agosto de 2008.

B) Testimonial:

La parte demandada rindió la siguiente prueba testimonial, todos integrantes de la lista de testigos oportunamente presentada con fecha 18 de noviembre de 2015, de fojas 803, los que fueron debidamente juramentados y legalmente examinados:

- Declaración de don N.C., que rola a fojas 1 y siguientes del Cuaderno de Transcripciones.
- Declaración de don J.L., que rola a fojas 19 y siguientes del Cuaderno de Transcripciones.
- Declaración de don G.S., que rola a fojas 69 y siguientes del Cuaderno de Transcripciones.
- Declaración de don M.L., que rola a fojas 88 y siguientes del Cuaderno de Transcripciones.

2.3. Informes de Expertos e Informes en Derecho acompañados por las partes.

2.3.1. Informes de la parte demandante: En el primer otrosí del escrito de fojas 811, la parte demandante acompañó los siguientes informes:

- Memoria de Cálculo relativa a Indemnización por Término Anticipado asociada al Addendum al Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustibles Diesel y Gasolina sin Plomo en DML1, elaborado por don G.P.C., Ingeniero Comercial de la Universidad KK, Magister en Contabilidad y Finanzas de la Universidad JJ, y Magíster en Tributación de la Universidad HH. Documento acompañado al punto de prueba N°3.
- Informe en Derecho denominado "Incumplimiento de Contratos TP en Infraestructura para Combustibles Líquidos", elaborado por los profesores don F.A., Director Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad HH; y doña M.B., profesora asistente del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad HH.
- Informe en Derecho denominado "PC del TDLC y AS de las Medidas establecidas en OC", elaborado por el profesor don F.A., Director Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad HH.

2.3.2. Informes de la parte demandada.

- Mediante escrito que rola a fojas 834, la parte demandada acompañó Informe de Experto denominado "Informe Económico. Juicio arbitral entre XX y ZZ Rol CAM 2212-14", y sus anexos, elaborado por la consultora E.RS.C. y el experto económico señor G.S.
- Asimismo, mediante presentación de 29 de enero de 2016, de fojas 891, la parte demandada acompañó Informe en Derecho elaborado por el profesor, señor AB, que rola a fojas 897 y siguientes.

2.4. Medida probatoria decretada de oficio por el Tribunal:

Mediante resolución de 29 de diciembre de 2015, de fojas 869, el Tribunal decretó como medida probatoria oficiosa que la demandante XX informase por escrito al Tribunal lo siguiente: (i) el número de contratos

celebrados con terceros para la ocupación de la capacidad de las instalaciones del terminal marítimo DML3; **(ii)** duración de cada uno de ellos y si cuentan con cláusulas de prórroga automática; **(iii)** porcentaje de ocupación de esas instalaciones, con independencia de la naturaleza, categoría o especificidad de los productos almacenados; **(iv)** ingresos brutos mensuales que han generado para esa compañía dichos contratos; y **(v)** utilidad mensual antes de impuestos que han generado esos mismos contratos. Dicha información solicitada corresponde al período que transcurre entre el 28 de diciembre de 2013 y el 28 de diciembre de 2015.

De este modo, mediante escrito que rola a fojas 884, XX cumplió lo ordenado por el Tribunal, acompañando la información solicitada. Asimismo, y con el objeto de resguardar la confidencialidad de la información proporcionada, el tribunal accedió a la solicitud de XX, agregando la versión pública al expediente y ordenando mantener en custodia en la secretaría del CAM la versión reservada para consulta exclusiva de las partes y del tribunal.

IV.- De las Observaciones a la Prueba, Citación a oír Sentencia y Plazo para dictarla.

1. Por escritos de fecha 24 de junio de 2016, ambas partes presentaron sus observaciones a la prueba rendida en el proceso, y el Tribunal mediante resolución de fecha 29 de junio de 2016, resolvió tener por formuladas las observaciones a la prueba presentadas por ambas partes. Asimismo, en dicha resolución, el Tribunal ordenó que se citara a las partes a una audiencia verbal a fin de que realizasen sus exposiciones acerca del mérito de la prueba rendida, la que tuvo lugar el día 2 de agosto de 2016.

2. Mediante resolución de fecha 9 de agosto de 2016, se citó a las partes a oír sentencia. Asimismo, según consta en dicha resolución y en virtud de acuerdo de las partes, la competencia de este Tribunal para dictar sentencia fue prorrogada hasta el día 14 de octubre de 2016, sin perjuicio de que con posterioridad a esa fecha, el Tribunal conservará su competencia para los efectos de proveer los recursos que se interpongan y hacer ejecutar el fallo de ser necesario.

3. Luego, mediante resolución de 29 de septiembre de 2016, de conformidad a lo dispuesto en el párrafo 11 del Acta de Reglas del Procedimiento y al artículo 28 del Reglamento Procesal de Arbitraje, el Tribunal citó a las partes debidamente representadas por sus apoderadas a una última audiencia de conciliación, entrando las partes en un nuevo proceso de negociación, el cual tampoco prosperó, prorrogándose en virtud de acuerdo de las partes la competencia de este Tribunal para dictar sentencia hasta el día 9 de diciembre de 2016, sin perjuicio de que con posterioridad a esa fecha el Tribunal conservará sus facultades para proveer los recursos que se interpongan y hacer ejecutar el fallo en caso de ser necesario.

V.- De los Incidentes pendientes de resolución.

1. Que según consta a fojas 1 del Cuaderno de Transcripciones, en audiencia llevada a cabo el día 21 de abril de 2016, la parte demandante solicitó la exclusión del testigo presentado por la parte deman-

dada don N.C. Al respecto, la demandante argumenta que la persona que se ha traído como testigo es el Gerente General de la Compañía, y que de acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 8° del Código de Procedimiento Civil, es su representante legal. De este modo, señala que el señor N.C. no es un tercero ajeno al juicio, sino que es la propia parte. A mayor abundamiento, señala que las personas fictas actúan a través de sus órganos y/o representantes legales, y que precisamente en este caso, el señor N.C. es el representante legal de la demandada, de tal modo que su declaración es la declaración de la propia parte. Asimismo, cita doctrina y jurisprudencia que respalda su postura, en orden a que los testigos deben ser terceros en el juicio.

2. Que según consta a fojas 3 del Cuaderno de Transcripciones., en la misma audiencia antes dicha, la parte demandada evacuó el traslado conferido, solicitando el rechazo del incidente formulado por la parte demandante, argumentando que: **(i)** habiéndose presentado la lista de testigos en noviembre de 2015, resulta impresentable que con el testigo ya presente, se solicite su exclusión; **(ii)** que, según consta en las bases del procedimiento y de acuerdo a las reglas del CAM, las partes renunciaron a la inhabilidad de los testigos, con la finalidad de que justamente las personas que formaron parte del conflicto puedan declarar para que el árbitro pueda tomar conocimiento de la verdad de la disputa de los hechos de la forma más cercana posible; **(iii)** que, en el caso particular, precisamente la persona que participó activamente en todas las negociaciones con XX fue el señor N.C., siendo un testigo clave en lo que concierne a lo que se discute en este proceso; y **(iv)** que, por último, está establecido expresamente en las bases del procedimiento que no hay testigos inhábiles, sin perjuicio del valor probatorio que quiera dársele a la declaración de dicho testigo.

3. En relación con dicho incidente, se resuelve lo siguiente: **(i)** que efectivamente consta en el expediente que don N.C. es el Gerente General de XX, y como tal, es el representante legal de la sociedad demandada; **(ii)** asimismo, si bien es efectivo que las partes renunciaron a las inhabilidades de los testigos, ello no significa que pueda declarar como tal una persona que no revista dicha calidad. Al respecto, "testigo" es "tercero extraño al proceso", de tal manera que el representante legal de la compañía jamás puede considerarse como un tercero extraño, toda vez que representa a la misma parte demandada. Por tanto, atendido los argumentos señalados, se acoge el incidente deducido por la parte demandante, y se tiene por no presentada la declaración de don N.C., como testigo de la parte demandada.

VI.- CONSIDERANDO:

1.- Para un adecuado análisis del conflicto suscitado entre las partes, debemos establecer desde ya el marco contractual que rige sus relaciones jurídicas y con base en el cual este Tribunal deberá resolver la controversia, integrado por los siguientes contratos, cuya existencia y validez no ha sido puesta en cuestión, estatutos respecto de los cuales se relevan sus principales estipulaciones con atinencia al caso:

- (a)** El primero denominado "Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustible Diesel y Gasolina sin Plomo en DML1" celebrado con fecha 26 de junio de 1997, en adelante, también, "Contrato PP".

(b) El segundo denominado "Addendum" al Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustible Diesel y Gasolina sin Plomo en DML1", celebrado con fecha 15 de mayo de 2006, en adelante, también, el "Addendum".

Un cuadro sinóptico de ambos contratos, que resume sus cláusulas y disposiciones esenciales es el siguiente:

Título Contrato	"Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustible Diésel y Gasolina sin Plomo en DML1"
Partes	XX y TR4
Fecha	26 de junio de 1997
Objeto	Cláusula 2ª: XX proyectará, financiará, construirá, pondrá en servicio, operará y mantendrá un sistema de carga, almacenamiento y descarga de combustible diésel y gasolina sin plomo, su equipamiento y obras anexas, en su Terminal Marítimo de DML1, (en adelante, denominado también, "Red de Carga y Descarga"), y una vez que la misma entre en operaciones, prestará a TR4 los servicios de carga, almacenamiento y descarga de combustible diésel y gasolina sin plomo en los términos del presente contrato.

Precio - Tarifas

Cláusula 9ª: Tarifas

a) Tarifa fija: \$33.513.600, más el impuesto a los servicios que corresponda, que se devengará desde el 1 de marzo de 1998, o desde la fecha en la que XX comunique el inicio de los servicios encomendados por el presente contrato, de conformidad a la cláusula 18ª, si este hecho fuere posterior a la fecha referida. La tarifa fija se reajustará de conformidad a lo establecido en la cláusula 9ª letra a).

b) Tarifa Variable: \$670,27, más el impuesto a los servicios que corresponda, por cada metro cúbico de combustible diésel y gasolina sin plomo transferido entre naves y los estanques de almacenamiento. La Tarifa Variable se reajustará de acuerdo a lo establecido en la cláusula 9ª letra b).

Las partes dejan constancia que las tarifas establecidas en el presente contrato constituyen la única y total compensación por los servicios encomendados de conformidad al mismo, sin perjuicio de lo establecido en la cláusula 5ª, 6ª y 11ª del presente instrumento.

Responsabilidad

Cláusula 12ª: Pérdidas o daños.

- XX será responsable por las pérdidas o daños que sufra el combustible diésel y gasolina sin plomo por hecho o culpa suyos, de su personal, dependientes o contratistas a cargo, limitándose su responsabilidad al valor de reposición en plaza de los productos perdidos o dañados en la parte que exceda a los rangos normales de pérdida definidos en el N°2 de la Cláusula 4ª.

- TR4 será responsable por las pérdidas o daños que sufran los bienes de XX, los productos a su cargo y los perjuicios por paralización o lucro cesante por hecho o culpa suyos, de su personal, contratistas, transportadores, o dependientes de cualquiera de ellos, en la parte que no resulte, por cualquier causa, indemnizada por sus seguros o por los seguros contratados

por XX al efecto.

- Ambas partes deberán contratar y mantener seguros que cubran las responsabilidades mencionadas precedentemente.

Caso Fortuito**Cláusula 15ª: Caso Fortuito o Fuerza Mayor.**

- XX no será responsable por las pérdidas, daños, retrasos u otra forma de incumplimiento de los servicios encomendados por el presente contrato que sea resultado de algún caso fortuito o fuerza mayor.
- TR4 no será responsable del incumplimiento de sus obligaciones cuando éste se deba a caso fortuito o fuerza mayor, tales como guerra declarada entre Chile y Argentina, o impedimento legal de TR4 para seguir operando en Chile.

Vigencia del Contrato

Cláusula 18ª: El presente contrato tendrá una duración de 15 años contados a partir de la fecha de inicio de los servicios encomendados, fecha que será comunicada por XX a TR4 por medio de carta enviada por correo certificado por intermedio de un Notario Público.

Término Anticipado

Cláusula 18ª: Las partes podrán poner término anticipado al contrato, de inmediato y sin derecho a indemnización alguna, en caso de que tenga lugar alguno de los siguientes eventos:

a) Si una de las partes fuere declarada en quiebra o se encontrare en notorio estado de insolvencia y tales hechos no fueren subsanados dentro del término de treinta días de la fecha en que se haya declarado en quiebra o se haya representado por la otra parte el estado de insolvencia a través de carta enviada por correo certificado por intermedio de un Notario Público.

b) Si por caso fortuito o fuerza mayor se hiciera imposible a una de las partes el cumplimiento de sus obligaciones y el respectivo impedimento subsistiere por un lapso superior a 120 días contados desde su ocurrencia.

En tales casos, la parte que desee poner término al contrato deberá enviar a la otra una carta por correo certificado despachada por intermedio de un Notario Público en la que comunique su intención en tal sentido.

Sin perjuicio de lo anterior, TR4 podrá poner término anticipado al contrato mediante aviso escrito enviado a XX a través de un Notario Público con, a lo menos, 30 días de anticipación, y, en tal caso, considerando la inversión efectuada por XX en la Red de Descarga, deberá pagar las siguientes indemnizaciones: **(i)** el equivalente en pesos moneda nacional a aquella parte de la inversión efectivamente realizada aún no depreciada a la fecha de terminación, de acuerdo a la "Fórmula de Depreciación" referida en la letra f) de la cláusula 19ª.; más **(ii)** el equivalente en pesos moneda nacional a US\$600.000 (seiscientos mil dólares de los Estados Unidos de América) si la terminación del contrato tuviere lugar durante el segundo año, o el equivalente en pesos moneda nacional a US\$100.000 si la terminación del contrato tuviere lugar durante el tercer año de operación de los servicios. Estos pagos serán efectuados a más tardar dentro de los 60 días siguientes a la fecha del aviso mencionado en este párrafo.

Aplicación e Interpretación del Contrato **Cláusula 20ª** Las partes manifiestan expresamente su deseo y su compromiso en orden a que las estipulaciones del presente contrato sean interpretadas de buena fe y conforme al sentido comercial que las inspira.

Título Contrato	"Addendum Terminal Marítimo Escuadrón "TME" al Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustible Diésel y Gasolina sin Plomo en DML1"
Partes	XX y TR4a.
Fecha	15 de mayo de 2003
Objeto	Cláusula 2ª: El Addendum tiene por objeto la prestación de servicios de Recepción, Almacenaje y Despacho de Combustible Diesel, Gasolina sin Plomo, Kerosene, en TME de acuerdo a los términos establecidos en el presente documento, obligándose, por una parte, XX, a construir, poner en servicio, operar y mantener la infraestructura necesaria para brindar estos servicios, y por la otra, TR4 se obliga a usar las instalaciones y servicios brindados por XX, y a pagarlos, de acuerdo a los términos y condiciones que se detallan en las cláusulas del Addendum "TME".

Pagos y Reajustes**Cláusula 7ª:**

TR4 se obliga a pagar a XX por los servicios encomendados en este Addendum los siguientes valores:

7.1. Tarifa fija anual garantizada: Las tarifas por los servicios descritos en el presente Addendum serán pagadas mensualmente en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, al tipo de cambio vigente al día del pago efectivo, de acuerdo a la cláusula 8ª. El valor mensual a pagar será un doceavo de las sumas señaladas en el siguiente cuadro de pagos:

Año	Valor US\$
1	880.000
2	1.000.000
3	1.130.000
4	1.270.000
5	1.390.000
6	1.460.000
7	1.552.000
8	1.580.000
9	1.660.000
10	1.730.000
11	1.800.000
12	1.900.000
13	1.990.000
14	2.100.000
15	2.130.000

Se establece expresamente que las tarifas serán ajustadas a las inversiones efectivamente realizadas por XX, teniendo presente que la tarifa debe arrojar

un TIR real para XX del 14%. Conforme con lo anterior, una vez determinado el monto efectivo de la inversión, las tarifas serán recalculadas de acuerdo a la fórmula de cálculo de tarifa del terminal marítimo DML3, contenida en el Anexo N° 4 denominado "Cuadro de Cálculo de Tarifas del terminal marítimo DML3", que forma parte integrante del presente Addendum.

A las sumas antes indicadas se les deberá agregar el Impuesto a los servicios que corresponda, y cualquier otro impuesto, gravamen, tarifa o cargo que la autoridad establezca en el futuro para estos productos, su manejo, su almacenamiento y/o uso.

Las tarifas antes acordadas se devengarán a contar del primer mes en que XX comunique el inicio de los servicios objeto de este Addendum, de acuerdo a lo previsto en la cláusula 9.1.

Se establece de modo expreso que los valores de las tarifas están bajo el sistema "take or pay", por lo que deberán ser pagados a XX, se haga uso o no de la Red de Carga y Descarga por parte de TR4.

7.2. Aumento Sustancial: Adicionalmente, y en el caso que TR4 aumentara sustancialmente el volumen de Los Productos, esto es, que los volúmenes efectivamente transferidos superen en más de un 25% los volúmenes sobre los cuales se han calculado el valor de los servicios, dentro de cada período anual, XX cobrará los costos adicionales que este mayor volumen implique. Este cálculo se hará en forma semestral y su cobro se efectuará conjuntamente con la factura del mes siguiente. Se adjunta Anexo N°5 que establece los volúmenes de productos a receptionar durante la vigencia del presente Addendum.

7.3. Reajustes: Las tarifas se reajustarán anualmente de acuerdo a la variación que experimente el CPI (Consumer Price Index de los Estados Unidos de América). El primer reajuste se hará el 1° de enero siguiente a la firma del presente Addendum.

Vigencia del Contrato

Cláusula 9ª:

9.1. El presente Addendum tendrá una duración de 15 años, contados a partir de la fecha de inicio de los servicios encomendados, fecha que será comunicada por XX a TR4 por medio de carta certificada, enviada al domicilio de TR4.

9.2. TR4 tendrá la opción de renovar por un período de cinco años la vigencia de este Addendum del terminal marítimo DML3, opción que deberá comunicar dentro del décimo tercer año de vigencia, pero con una anticipación mínima de 15 días a dicho término, mediante carta certificada a XX.

Al comunicar XX la opción de renovación, la Red de Carga y Descarga será sometida a una evaluación técnica por parte de un experto independiente, quien determinará si es necesario, o no, implementar reparaciones o mejoras en la

misma, para su uso adecuado y seguro dentro de los siguientes cinco años. De determinarse necesario efectuar reparaciones y/o mejoras a las instalaciones, el monto que éstas impliquen será financiado por XX, pero serán cobrados a TR4 dentro de las tarifas convenidas para dicho período. La nueva tarifa será calculada sobre la base de las mismas consideraciones económicas usadas para el presente Addendum, sin el valor residual, según Anexo N°4, debiendo arrojar un TIR real de 14% para dicho período.

La tarifa anual dentro del período de renovación, será la que se establece a continuación, sin perjuicio del ajuste que corresponda, según lo señalado en el párrafo precedente.

Año	Valor US\$
16	1.846.000
17	1.879.000
18	1.846.000
19	1.879.000
20	1.846.000

9.3. Ante el evento que TR4 no ejerza su opción de renovación, se obliga desde ya a cancelar a favor de XX el valor residual convenido para los servicios del terminal marítimo DML3, esto es, US\$3.781.044 (valor que corresponde a la utilidad final de XX, entre el año 16 y 20), valor que se reajustará anualmente de acuerdo al CPI de USA conforme a la cláusula 7.3 y que será ajustado al valor final de inversión efectivamente efectuada.

Término Anticipado

Cláusula 9.4: Sin perjuicio del plazo de vigencia establecido en el numeral 9.1 y la opción de renovación del numeral 9.2, se conviene expresamente que TR4 podrá poner término anticipado al presente Addendum mediante aviso escrito enviado a XX a través de un Notario Público con, a lo menos, 90 días de anticipación. En este evento, TR4 deberá cancelar a XX a título de indemnización y evaluación anticipada de perjuicios, los flujos futuros acordados hasta el término de los períodos. Para estos efectos, se definen como flujos futuros, la utilidad después de impuesto de XX, que arroja el presente Addendum, más la correspondiente depreciación no realizada al momento del ejercicio de la opción y los valores residuales. Si TR4 diere este aviso durante el período de renovación del numeral 9.2, el monto a indemnizar será calculado de acuerdo a la misma fórmula, sin valor residual.

Se anexa fórmula de cálculo de la indemnización por término anticipado denominada "Fórmula de Cálculo Opción Terminación Anticipada", el que firmado por las partes pasa a formar parte integrante del Addendum, como Anexo N°6.

Las sumas antes señaladas no sustituyen o modifican las indemnizaciones por término anticipado establecidas en el Contrato Cláusula 18ª y Addendum PP-Cláusula 10ª, las cuales se mantienen vigentes de acuerdo a los términos establecidos en dichos documentos.

El pago de la indemnización deberá efectuarse dentro de los 90 días contados desde la notificación de término por parte de TR4, sin perjuicio de los pagos adeudados por servicios prestados.

Caso Fortuito

Cláusula 10ª: Para los efectos de esta cláusula, no será aplicable el artículo 15º inciso segundo de El Contrato, la que se regirá por la siguiente estipulación: no se considerará como Caso Fortuito o Fuerza Mayor, circunstancias tales como, guerra declarada o no, actos de terrorismo, sabotaje y/o huelga legal o ilegal que afecte las instalaciones de TR4 en Argentina, impedimento legal de TR4 para exportar productos, excesivos gravámenes impuestos por la autoridad argentina, paralización de los puertos marítimos argentinos, etc. Asimismo, las partes establecen que un impedimento en la refinería de DML6, de propiedad de TR4 (Argentina) para despachar productos no constituirá caso fortuito o fuerza mayor.

Cesión del Contrato**Cláusula 11ª:**

Se deja constancia que la consideración de las partes ha sido esencial para la celebración del presente contrato y, en consecuencia, las partes no podrán ceder, en todo o parte los derechos emanados del presente contrato, sin el consentimiento previo y escrito de la otra, el que no podrá ser negado sin causa objetiva, razonable y justificada.

Otras Estipulaciones**Cláusula 12ª:**

Se aplicarán todas y cada una de las estipulaciones de "El Contrato"- ("Contrato PP")- con relación a los respectivos derechos, obligaciones, responsabilidades y garantías de las partes, salvo en aquellas materias que hayan sido expresamente establecidas y modificadas por este Addendum.

A mayor abundamiento, en todo lo no modificado por el presente Addendum, y en lo que no fuera contrario a su naturaleza, continuarán plenamente vigentes las estipulaciones de "El Contrato".

Anexos

- Anexo 1: Especificaciones técnicas Fondeadero terminal marítimo DML3.
 - Anexo 2: Layout de Instalaciones para Combustible Diésel, Gasolina sin Plomo y Kerosene del terminal marítimo DML3.
 - Anexo 3: Especificaciones de los Productos.
 - Anexo 4: Cuadro de Cálculos de Tarifas terminal marítimo DML3.
 - Anexo 5: Volumen de productos para los efectos del art.7.2.
 - Anexo 6: Fórmula de cálculo Opción Terminación Anticipada.
 - Anexo 7: Carta Garantía TR5-TR4. Obligaciones de Pago.
 - Anexo 8: Contratistas Aprobados, para los fines de la Cláusula 13ª de El Contrato.
-

El Addendum constituye una ampliación del "Contrato PP" cuyo objeto aparece descrito más arriba, y no obstante constituir un estatuto jurídico virtualmente autosuficiente, reconoce su plena integración al contrato matriz conforme lo establece su cláusula Décimo Segunda, excluyéndose solamente aquellas materias que hayan sido expresamente establecidas y modificadas por el referido Addendum; se agrega que: "en todo lo no modificado por el presente Addendum, y en lo que no fuera contrario a su naturaleza, continuarán vigentes las estipulaciones de El Contrato".

Las actuales partes de ambos estatutos y titulares activos y pasivos de sus derechos y obligaciones respectivamente y por ende partes en este juicio, son de un lado "XX" en tanto continuadora legal de "Establecimientos Industriales XX", y por el otro "ZZa" en tanto continuadora legal de "ZZ", esta última a su vez, filial de "TR2."

2.- Que no existiendo discusión en torno al marco contractual, tampoco existe respecto de ciertos hechos fundamentales, a saber:

2.1.- Que en 2011, "TR10" adquirió los activos de "Organización TR1", matriz del grupo TR1 en Colombia ("TR1 Colombia"), adquiriendo también en forma indirecta a las sociedades "Organización TR1 Chile S.A." ("TR1 Chile"), esta última a su turno dueña de las filiales chilenas "ZZ" y "Operaciones y Servicios TR1 Limitada".

2.2.- Que dado que TR10 contaba con una participación relevante en el mercado nacional de la distribución de combustibles y con el propósito de ajustar dicha adquisición a las normas de libre competencia chilenas dado que ello implicaría el aumento de su participación de mercado, procedió a consultar al Tribunal de la Libre Competencia (TDL) la licitud de la operación, ofreciendo enajenar "TR1 Chile". Dicha operación fue aprobada por el TDL mediante Resolución N° **/2011 dictada en los autos NC N° ***-10, sujeto al cumplimiento de diversas condiciones, entre éstas la de enajenar "TR1 Chile", como una unidad, en el plazo de 18 meses.

2.3.- Que cumpliendo con la medida decretada, TR10 acordó vender a ZZa, filial de "TR2" toda su participación accionaria directa e indirecta en "ZZ" y en "Operaciones y Servicios TR1 Limitada", operación que debía ser consultada al TDL puesto que ZZa tenía participación en el mismo mercado como continuadora legal de "TR3". Por sentencia de fecha 26 de abril de 2012, Resolución N° **9/2012 dictada en el procedimiento No Contencioso NC N° ***-11, el TDL se pronunció respecto de la consulta formulada por "Organización TR1 Chile S.A." y por "TR2" relativa a la adquisición por parte de esta última de los activos de las sociedades "ZZ" y "Operaciones y Servicios TR1 Limitada", negando lugar a lo solicitado, por estimar la operación propuesta como contraria a las normas del Decreto Ley N° 211.

2.4.- Que deducidos sendos Recursos de Reclamación en contra de dicha sentencia por las empresas "Organización TR1 Chile S.A.", "TR2", "Empresa Nacional ZZa" y "ZZ para ante la Excelentísima Corte Suprema, autos rol ****-2012, esta alta magistratura acogió los recursos de reclamación, por sentencia de fecha 2 de enero de 2013, accediendo a la operación consultada, esto es, la compra

por parte de "XX" de los activos de "ZZ" y de "Operaciones y Servicios TR1 Limitada", debiendo cumplir las consultantes, con dos medidas de mitigación, siendo la relevante al caso de autos la que a continuación se transcribe: b) Además, en lo referente a los contratos de arrendamiento y capacidad de almacenamiento celebrados por TR1 Chile, ellos deben ser finiquitados en el mismo plazo señalado para la desinversión (6 meses contados desde que se lleve a cabo la operación consultada), de manera que cualquier persona natural o jurídica pueda requerir capacidad de almacenamiento en dichas instalaciones para utilizarlas en sus operaciones.

La operación en definitiva se perfeccionó por sendas escrituras públicas de fecha 27 de Junio de 2013 Repertorios **.689-2013 y **.690-2013 otorgadas en la Notaría de Santiago de don NT, de manera que las filiales de "TR2", "Empresa Nacional ZZa" e "Inversiones ZZa." adquirieron "TR1 Chile", informándose a la Superintendencia de Valores y Seguros mediante hecho esencial de la misma fecha, fecha que a su turno daba inicio al cómputo del plazo de 6 meses para llevar a cabo las medidas de mitigación, entre éstas, la de finiquito de los contratos de arrendamiento y capacidad de almacenamiento celebrados por TR1 Chile en este caso con XX.

2.5.- Que por carta de fecha 20 de agosto de 2013 enviada por correo certificado Notarial, don N.C. en su calidad de Gerente General de "ZZ" se dirige a XX, "Atención: señor E.P., Gerente General", y en referencia al "Addendum" le manifiesta lo resuelto por la Excm. Corte Suprema y le indica que: "En mérito de lo anterior, ZZ se encuentra obligada a finiquitar el Addendum de la referencia, dentro del plazo de seis meses contados desde el día 27 de junio de pasado, es decir, no más allá del día 27 de diciembre próximo".

2.6.- Que por carta de fecha 27 de septiembre de 2013 y en respuesta a la de fecha 20 de agosto de 2013, don E.P., Gerente General de "XX" se dirige a "ZZ", con atención a su Gerente General don N.C., acusando recibo de aquella y, dando cuenta del objeto del "Addendum", señala que, con base en sus estipulaciones: "... si ZZ ejercía el derecho de terminar anticipadamente el referido contrato, "deberá cancelar a XX a título de indemnización y evaluación anticipada de perjuicios, los flujos futuros acordados, hasta el término de los períodos".

3.- Que para establecer adecuadamente el objeto del presente proceso, deben relevarse las posiciones de las partes expresadas respecto del actor en sus pretensiones consignadas en sus escritos de demanda y réplica y respecto de la demandada en sus excepciones o defensas consignadas en sus escritos de contestación a la demanda y réplica:

3.1.- Para la sociedad demandante "XX", el término del "Addendum" se produjo anticipadamente por la decisión unilateral del Usuario Arrendatario notificada el 20 de agosto de 2013, y no por el vencimiento del plazo natural que, según señala, debía producirse a finales del año 2019, sin considerar la renovación de 5 años, en cuyo caso sería en septiembre del año 2024. A este respecto sostiene que la opción de término anticipado se encuentra expresamente regulada en el numeral 9.4 del citado "Addendum" y que habiéndose ejercido, ello trae aparejada la obligación para el Usuario Arrendatario de pagar a "XX" la indemnización de perjuicios que le ocasiona el término unilateral y anticipado

del contrato prevista en dicha cláusula. Agrega que el numeral 9.4 señalado, establece la manera clara y precisa de cómo debe calcularse la indemnización, y que en síntesis consiste en el pago de los flujos futuros acordados hasta el término de los períodos contractuales, que para esos efectos es la utilidad después de impuestos que tenía derecho XX a percibir, más la depreciación no realizada al momento del ejercicio de la opción y los valores residuales.

En la demanda solicita entonces se condene a "Empresa Nacional de ZZa", en su calidad de continuadora de "ZZ" (en adelante, también indistintamente "ZZa" y/o "ZZ" y/o "TR4" y/o "ZZ, hoy "ZZa") al pago de la indemnización acordada en la Sección 9.4 de la Cláusula Novena del referido Addendum, que ascendería a la suma de US\$ 12.766.569 en su valor en pesos, según el valor del dólar observado a la fecha de pago efectivo; y, en subsidio, la indemnización en dólares de los Estados Unidos de América por un monto mayor o menor que este tribunal estimase resulta pertinente en aplicación del Addendum, pagadera en pesos según el valor del dólar observado a la fecha de pago efectivo.

A su vez, en subsidio de lo anterior, solicita que si este tribunal determinase que la demanda debe hacerse en moneda de curso legal, se condenase a ZZa a pagar a XX, una indemnización ascendente a la suma de US\$ 12.766.596 equivalente a \$8.081.638.265,88 pesos, según el valor observado de esta fecha, y, en subsidio de lo anterior, la indemnización en pesos por un monto mayor o menor que este tribunal estimase resulta pertinente en aplicación del Addendum, pagadera en pesos según el valor del dólar observado a la fecha de pago efectivo.

Finalmente, se solicita la condena a ZZa al pago del interés máximo convencional sobre la indemnización señalada, desde la fecha de la presentación de la demanda o, en subsidio, desde la dictación de la sentencia, o desde la fecha en que este tribunal estimase pertinente; y, en subsidio de lo anterior, al pago de los intereses corrientes sobre las sumas adeudadas, desde la fecha de la presentación de la demanda o, en subsidio, desde la dictación de la sentencia, o desde la fecha en que este tribunal estimase pertinente.

Todo lo anterior sin perjuicio del pago de las costas.

3.2.- Para la demandada "ZZ", hoy "ZZa", en cambio, ella no habría puesto término voluntario al "Addendum" por lo que no resulta aplicable la cláusula del numeral 9.4, prevista para la hipótesis en que por una decisión "comercial" como construir su propio terminal o contratar los servicios de otro proveedor, decidiera terminar anticipadamente el Addendum. Que "ZZ", hoy "ZZa", no ejerció un derecho ni manifestó voluntad alguna, sino que se habría visto obligada a finiquitar dicho contrato en razón de la orden impartida por la Corte Suprema a virtud de la sentencia referida en el numeral 2.4 anterior, que produciría efectos erga omnes, tanto es así, que su real voluntad e interés era seguir utilizando las instalaciones del terminal marítimo DML3. En síntesis, sostiene, que nada debe a "XX" puesto que se vio forzada a terminar el contrato por un "acto de autoridad" que, a mayor abundamiento le resultó imprevisible, en que no le cupo otra alternativa que cumplir lo ordenado por la Corte Suprema y así lo habría manifestado claramente en su carta de fecha 20 de agosto de 2013 referida ut supra 2.5. Abunda en que esta carta no fue remitida cumpliendo con las formalidades ni considerando los plazos previstos

en la cláusula del numeral 9.4, sino que conforme a las modalidades de las hipótesis de fuerza mayor contempladas en el Contrato matriz de 1997 y en el "Addendum", que permiten la homologación del "acto de autoridad" (orden de la Corte Suprema) al caso fortuito o fuerza mayor, siendo relevante para tal interpretación la reglamentación de la cláusula décimo octava del referido Contrato matriz.

Solicita entonces se rechace la demanda en todas sus partes, con expresa condena en costas.

3.3.- Así las cosas, y simplificada de esa manera la cuestión nuclear, corresponde anticipar que la tarea básica de este sentenciador, consistirá en calificar jurídicamente los hechos en términos de si se configuran los presupuestos de aplicación de la cláusula del numeral 9.4 del Addendum y su consiguiente indemnización o, en caso contrario, nos encontramos en una hipótesis de una actuación involuntaria, imperada por un "acto de autoridad" y por ende propias de la reglamentación legal y contractual del caso fortuito o fuerza mayor, conducentes a desligarse del contrato sin que asista a la demandante derecho a indemnización alguna.

4.- Que es punto de partida forzado analizar lo dispuesto en la Sección 9.4. de la Cláusula Novena del Addendum, que dispone lo siguiente: "Sin perjuicio del plazo de vigencia establecido en el numeral 9.1 y la opción de renovación del numeral 9.2, se conviene expresamente que TR4 podrá poner término anticipado al presente Addendum mediante aviso escrito enviado a XX a través de un Notario Público, con a lo menos, 90 días de anticipación. En este evento, TR4 deberá cancelar a XX a título de indemnización y evaluación anticipada de perjuicios, los flujos futuros acordados, hasta el término de los periodos. Para estos efectos se definen como flujos futuros, la utilidad después de impuesto de XX, que arroja el presente Addendum, más la correspondiente depreciación no realizada al momento del ejercicio de la opción y los valores residuales. Si TR4 diere este aviso durante el periodo de renovación del numeral 9.2, el monto a indemnizar será calculado de acuerdo a la misma fórmula, sin valor residual".

5.- De la lectura de dicha cláusula contractual resulta pertinente distinguir los siguientes aspectos: **(i)** lo referente a los requisitos para la procedencia del pago de la indemnización en ella prevista; **(ii)** la naturaleza jurídica de dicha indemnización; y **(iii)** el cálculo de dicha indemnización. Estos aspectos se analizarán confrontando las distintas argumentaciones de las partes para justificar sus pretensiones y excepciones y defensas respectivamente.

6.- Que respecto al primer punto, esto es, lo referente a los requisitos para la procedencia del pago de la indemnización, deberá estarse a lo previsto en la frase inicial de la Sección 9.4. de la Cláusula Novena del Addendum, antes transcrita, referida a la posibilidad de que "ZZ", hoy ZZa", pusiere término anticipado al mentado Addendum mediante aviso escrito enviado a XX a través de un Notario Público, con a lo menos, 90 días de anticipación.

7.- Que de acuerdo a la frase en cuestión, aparece que la operatividad de la cláusula supone el ejercicio de un derecho subjetivo de carácter potestativo, consistente en que la sola manifestación unilateral de voluntad por parte de "ZZ", hoy ZZa", permite dar por terminado anticipadamente el contrato, debiendo

seguirse para tales efectos el procedimiento de notificación previsto en la propia regla contractual, y ello con independencia de las causas o motivaciones subjetivas que sean subyacentes a esa manifestación de voluntad, puesto que no se exige contractualmente la invocación de motivo alguno.

Se trata ésta de una cláusula que puede ser calificada como una "cláusula de salida" o "cláusula de retracto", que hace excepción al principio que impera en nuestro ordenamiento jurídico de conformidad al artículo 1.545 del Código Civil, del cual se sigue que no es generalmente admisible la terminación anticipada del contrato por medio de la manifestación unilateral de voluntad de las partes. En este caso, al contrario, y como principio que impera en la configuración de las relaciones contractuales entre particulares, se ha previsto una excepción sobre el punto en ejercicio de la autonomía de la voluntad, configurándose la posibilidad de que sólo uno de ellas, en este caso el Usuario Arrendatario ponga término unilateral al contrato, regulándose las formalidades previstas para ello, como asimismo las consecuencias económicas y jurídicas derivadas de dicha manifestación de voluntad por parte de "ZZ", hoy ZZa".

8.- Que, sobre este particular, ZZa ha sostenido –como señalamos– la inaplicabilidad de dicha cláusula puesto que la acción prevista en razón de la cláusula en comento surgiría sólo en el caso que "ZZ", hoy ZZa", ejerciera su derecho de terminar voluntariamente el Addendum, y que ello no sería el caso, puesto que no habría existido el ejercicio de un derecho ni una manifestación de una voluntad, sino una conducta imposible de resistir derivada de la orden dada por la Excelentísima Corte Suprema, por medio de la sentencia de 2 de enero de 2013. Al efecto, como puede leerse de la referida resolución, el máximo tribunal señaló que "[a]demás, en lo referente a los contratos de arrendamiento y capacidad de almacenamiento celebrados por TR1 Chile, ellos deben ser finiquitados en el mismo plazo señalado para la desinversión, de manera que cualquier persona natural o jurídica pueda requerir capacidad de almacenamiento en dichas instalaciones para utilizarlas en sus operaciones".

De tal suerte, la parte demandada sostiene que las medidas de mitigación decretadas por la Excelentísima Corte Suprema en relación con la adquisición ("aguas arriba") de TR1 por parte de "TR2" además de constituir una orden o "acto de autoridad" ineludible, habrían sido absolutamente sorpresivas e imprevisibles para las partes recurrentes y las partes en la operación y que, dada su naturaleza de "acto de autoridad" tendría un efecto erga omnes.

9.- Que para efectos de descartar la aplicación de la Sección 9.4 de la Cláusula Novena del "Addendum" sería necesario establecer que la justificación de la terminación del contrato por parte de "ZZ", hoy "ZZa", se hubiese referido a circunstancias ajenas a su voluntad, en particular, como esta última expresa, en razón de un "acto de autoridad". Dicho de otra forma, efectuado el discernimiento de si efectivamente estamos ante la presencia de un "acto de autoridad" de aquellos ejemplificados por el artículo 45 del Código Civil como constitutivos de "caso fortuito o fuerza mayor", no cabría la aplicación de la citada cláusula, como asimismo de contrario, descartada dicha hipótesis, será procedente su aplicación, puesto que en la especie, la terminación unilateral del contrato, no habría podido concebirse con efectos jurídicamente eficaces sino mediando una manifestación de voluntad en tal sentido, siendo indiferentes en rigor las formas empleadas, las motivaciones internas o psicológicas que le sirvan de causa (irrelevantes

conforme a los términos convenidos), bastando haberse manifestado esa voluntad de manera libre (exenta de vicios), seria (con el propósito de producir efectos jurídicos, en esta caso terminar anticipadamente el contrato) y exteriorizándose, es decir, manifestándose mediante una declaración expresa, en este caso escrita, entregada al otro contratante. A mayor abundamiento, exteriorizada esa voluntad, ella se objetiviza y adquiere vida independiente de quien la profirió, generando en tal caso los efectos jurídicos previstos por las partes en el mismo contrato.

10.- La nomenclatura de “actos de autoridad” se encuentra prevista en el Código Civil a efectos de configurar un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor en los términos de su artículo 45. Sabido es que el referido Código se sirve de varios ejemplos que buscan ilustrar los casos en los que el deudor se encuentra ante un imprevisto que no es posible resistir y, por consiguiente, que lo libera de responsabilidad o bien lo impulsa a actuar o no actuar de determinada manera. Así señala, entre otros ejemplos, cuando se está frente a “los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público”. De esta manera, la parte demandada al amparar su conducta bajo el imperativo de un “acto de autoridad”, estaría expresando la completa **(i)** irresistibilidad, **(ii)** imprevisibilidad y **(iii)** ajenidad de la decisión de terminación, puesto que se habría visto forzada a la misma en razón de las medidas de mitigación señaladas por la Excelentísima Corte Suprema, no dimanando de consiguiente ninguna obligación indemnizatoria.

11.- Que para estos efectos, la parte demandada ha debido justificar en derecho que, sin perjuicio del hecho inconcuso de haber enviado a XX el aviso de término de fecha 20 de agosto de 2013, éste respondió como señalamos a una decisión completamente ajena a su voluntad. En efecto, uno de los requisitos señalados por la doctrina para la admisibilidad del caso fortuito como causa de exoneración de responsabilidad es la exterioridad o ajenidad del hecho que ocasiona el incumplimiento (Hernán Corral Talciani, *Contratos y daños por incumplimiento*, Santiago, Abeledo Perrot/LegalPublishing, 2010, pp.136-139). Se trata de una exigencia lógica, pues el caso fortuito debe constituir un evento que queda fuera de la esfera de control del deudor, pues de lo contrario estará en su origen causal y sería responsable del mismo. Por eso, el inciso segundo del artículo 1.547 del Código Civil señala que el caso fortuito sobrevenido por culpa del deudor no lo libera de responder.

Sólo cuando existe esta exterioridad del hecho, que implica que el caso fortuito sea ajeno al comportamiento del deudor y a los riesgos típicos que ha asumido por el contrato, cabe preguntarse a continuación por el carácter imprevisible e irresistible. Esto supone, entonces, que para determinar si un hecho queda o no comprendido dentro de la esfera de control del deudor es necesario acudir al propio contrato y a sus previsiones en materia de riesgo y, enseguida, analizar la concreta esfera de organización del deudor atendiendo al contenido y a la naturaleza de la relación obligatoria (Natalia del Olmo Guarido, *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2004, p. 202).

12.- Ahora bien, de las circunstancias fácticas que precedieron a tal determinación es posible advertir una serie de actuaciones voluntarias por parte de la matriz de ZZa (TR2) al tiempo de pretender adquirir los activos de TR1 Chile y Operaciones y Servicios TR1 Limitada, incluyendo desde luego los acuerdos

preliminares de enajenación, la consulta formulada al TDLC en el ámbito de su competencia no contenciosa, así como la aceptación de las medidas de mitigación impuestas por la Excelentísima Corte Suprema como condicionantes para llevar a cabo la operación antes descrita, cuestión por lo demás perfectamente habitual. En otros términos, "TR2" no se encontraba obligada a la adquisición de los activos de ZZ y Operaciones y Servicios TR1 Limitada, sino que ello respondió a una decisión comercial adoptada libremente que, entre los factores a considerar, debía tener presente las consecuencias jurídicas y económicas que de ella proviniesen. La inconveniencia económica de no llevar adelante la operación con base en las eventualmente gravosas condiciones impuestas por la Excm. Corte Suprema, no restaron en caso alguno libertad a la voluntad actuada, pues ello cae en el ámbito de las decisiones empresariales habituales, que suponen siempre el discernimiento permanente de los pros y contras que tales decisiones traen habitualmente aparejadas. Tales consecuencias económicas adversas fueron además libremente negociadas, según se advierte del considerando siguiente.

13.- En efecto, confirma lo que se viene sosteniendo, esto es el carácter voluntario y basado en consideraciones netamente comerciales de la decisión de "TR2" de proceder por medio de su filial a la adquisición de los activos de ZZ y Operaciones y Servicios TR1 Limitada que, habiendo conocido las medidas de mitigación establecidas por la Corte Suprema, en un primer momento manifestó su voluntad de desistirse del negocio con TR10. En un "Hecho Esencial" enviado por "TR2" a la Superintendencia de Valores y Seguros -SVS- de enero de 2013 y en alusión a las referidas medidas de mitigación fijadas por la Corte Suprema, ésta informa: "...habiéndose tornado a resultados de ello inviable la materialización del compromiso de compra de TR1 por parte de TR2" en los términos originalmente previstos, esta última ha comunicado a los vendedores que no obstante lo anterior, se encuentra dispuesta a negociar términos alternativos que posibiliten la venta de TR1 de una manera que resulte armoniosa con las exigencias de lo resuelto por la Excm. Corte Suprema". Fruto de tales negociaciones "TR2" hizo una nueva oferta a sus vendedores, rebajando de US\$ 320 millones el precio original a US\$ 270 millones, ajuste generado precisamente en la valorización de las medidas de mitigación fijadas por la Corte Suprema. Tal nueva oferta fue aceptada por TR1, según así lo informó "TR10" en Hecho Esencial informado a la SVS por carta de fecha 15 de marzo de 2013. Los términos de la carta, no dejan lugar a dudas acerca de lo que se ha venido razonando: "...Como consecuencia de las medidas de mitigación establecidas en el fallo de la Excm. Corte Suprema, y lo indicado por la Fiscalía Nacional Económica en relación a dicho fallo, TR2 procedió a presentar a TR1 el una proposición que hiciera viable la materialización de la transacción aludida, habida cuenta de los importantes costos que implican dichas medidas de mitigación. La proposición de TR2 señala un nuevo precio ajustado equivalente a US\$ 270 millones". Más adelante la misiva da cuenta de haberse aceptado este nuevo precio señalando que en los próximos días se procedería a la materialización del contrato de promesa respectivo, de manera que la compraventa se celebrara "dentro de los próximos 90 días, con lo cual se cerrará la transacción". Lo anterior, deja en manifiesta evidencia en el plano fáctico, que la operación pudo o no materializarse voluntariamente y en los hechos lo hizo a base de una decisión comercial que redundó en la rebaja sustancial del precio, precisamente en consideración a las tantas veces referidas "medidas de mitigación".

14.- No es correcto sostener entonces que la sentencia de la Corte Suprema haya constituido un "acto de

autoridad" que obligara indefectiblemente al consultante a proceder y ejecutar las medidas de mitigación, sin espacio a la actuación de la voluntad libre, es decir propias de un acto, inevitable o irresistible. El estándar jurídico para estos efectos es muy exigente, puesto que, como afirma Gianfelice, debe tratarse de un hecho que el deudor no pueda contrarrestar; o bien que esté dotado de una fuerza invencible; o que el hombre sea impotente para impedir su ocurrencia; o, en fin, que importe un obstáculo insuperable que coloque al deudor en la imposibilidad de ejecutar la obligación (Mario César Gianfelice, "Caso Fortuito y Caso de Fuerza Mayor" en el Sistema de Responsabilidad Civil, Abeledo-Perrot, página 50). No se configura tal estándar como ha quedado en palmaria evidencia de los considerandos anteriores.

15.- Adicionalmente tampoco resulta jurídicamente posible conceptualizar lo dispuesto por la sentencia de la Excm. Corte Suprema, en el contexto analizado, como un "acto de autoridad", atendiendo también a una cuestión básica, cual es la naturaleza de la potestad pública con base a la cual se han decretado las medidas de mitigación. Tal potestad pública por definición no tiene naturaleza jurisdiccional y por ende las decisiones proferidas en ejercicio de ella carecen de la coercibilidad propia de las sentencias jurisdiccionales, cuya cualidad esencial es la inmutabilidad de la cosa juzgada, coercibilidad y cualidad no concurrentes en la especie.

En efecto, corresponden al ejercicio de la potestad calificada por el DL 211 como "no contenciosa", y en virtud de ella el TDLC absuelve una consulta formulada por quien tiene interés legítimo o por la FNE relativa a hechos actos o contratos existentes o por celebrarse y que pudieren resultar contrarios a la libre competencia, fijando ex ante las condiciones que al efecto deban ser cumplidas para ajustarse a la ley. Su efecto relativo al consultante y eventualmente extensible a sus relacionados, según se dirá, será darle certeza y seguridad jurídicas, así como el beneficio de inmunidad de responsabilidad antimonopólica, en la medida que ajuste su conducta a las condiciones fijadas por el Tribunal. Pero el ajustar o no esa conducta a las medidas decretadas es una cuestión absolutamente voluntaria y discrecional del consultante, en tanto representan simplemente condiciones para optar a un beneficio, cuya ponderación corresponde única y exclusivamente al consultante. No está en la ratio iuris de la función consultiva ni en el acto que resulte de su ejercicio, obligar o forzar al consultante a actuar de determinada manera y ni siquiera a actuar, cuestión radicalmente distinta a la naturaleza de la función jurisdiccional, por definición generadora de efectos muy diversos.

16.- De otra parte si bien la decisión de poner término al contrato provino inicialmente de una persona jurídica diversa (su matriz, TR2), al aceptar la aplicación de las medidas de mitigación señaladas por la Excelentísima Corte Suprema, "ZZ", hoy ZZa", en tanto filial de aquella hizo naturalmente suya esa decisión y ésta pasó a formar parte de una decisión corporativa del grupo empresarial a la que no puede calificar de ajena por no formar parte de su esfera de control. Como expresa Eduardo Jequier, "[I]o dicho supone aceptar, por ende, que el sometimiento del interés de las sociedades dominadas y dependientes al interés colectivo del grupo constituye la manifestación más notoria de un fenómeno económico-jurídico originado en la iniciativa empresarial, que por necesario no ha podido ser prohibido ni restringido por el legislador en términos tales que lo hagan impracticable" (Eduardo Jequier Lehedé, "Grupos empresariales y responsabilidad de los administradores en el Derecho chileno. Una aproximación a la teoría del

administrador de hecho”, en Modernización del derecho societario (dir. María Fernanda Vásquez y José Miguel Embid), Thomson Reuters, Santiago, 2015, p 397).

En este sentido, el artículo 96 de la Ley 18.045 sobre mercado de valores, presume la existencia de un interés común del grupo empresarial derivada de los vínculos que existen entre las entidades que lo componen en lo que atañe a su propiedad, administración o responsabilidad crediticia. Lo anterior, sin eliminar la posibilidad de que su existencia pueda ser discutida en los así llamados “grupos fácticos”, que son aquellos que se forman por las vinculaciones mencionadas en el citado artículo 96 de la Ley 18.045 y donde se constata la ausencia de un contrato de grupo, donde no existe un derecho de la sociedad matriz de impartir instrucciones de obligado cumplimiento respecto de las sociedades subordinadas que haga desaparecer la capacidad de decisión interna (María Luisa de Arriba Fernández, Derecho de los grupos de sociedades, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2ª ed., 2009, pp. 360-364). Cuanto más cabe hablar de la posibilidad de la matriz de influir decisivamente en la administración de las filiales (artículo 97 b) de la Ley 18.045), sin que tal posibilidad termine siendo imperativa para las decisiones que aquella debe adoptar dentro de su gestión ordinaria. A fin de cuentas, cada sociedad conserva su autonomía e independencia para optar por una u otra decisión, pues debe tenerse en cuenta el particular interés de la compañía (artículo 30 de la Ley 18.046) y las consecuencias de sus actos dentro de su propia economía.

17.- Resulta inconcuso entonces que “ZZ”, hoy ZZa”, requerida por su matriz “TR2”, al enviar la carta de término anticipado del “Addendum”, por mucho que así lo manifestara en su texto, no estaba actuando objetivamente con base en un “acto de autoridad” que la hubiere compelido forzosamente a actuar de esa manera. No cabe entonces sostener que para ZZa, la sentencia de la Corte Suprema en tanto ordenaba como medida de mitigación el término de la relación contractual, pudiere calificarse de un “acto de autoridad” constitutivo de un caso fortuito o fuerza mayor de acuerdo con el artículo 45 del Código Civil, instituto asimismo recogido por el Contrato matriz.

Por consiguiente resulta jurídicamente insostenible que la decisión de término del “Addendum” haya sido involuntaria o ajena a la esfera de control de ZZa, puesto que, se reitera, la decisión formó parte de una decisión libre adoptada en el contexto de una política empresarial proveniente de su grupo y, además, aceptada por ella misma en tanto filial, haciendo propio el criterio por el que se había decantado la matriz.

En razón de ello y como anticipábamos en el considerando 11, no existiendo “exterioridad” o “ajenidad” del hecho causante de la terminación unilateral del contrato, sino el ejercicio voluntario de un derecho subjetivo potestativo, se desvanece en su base la causalidad basada en un “acto de autoridad”, y hace totalmente innecesario abundar en los demás elementos o presupuestos de procedencia del caso fortuito o fuerza mayor, como son el carácter imprevisible e irresistible del acto o hecho causal.

18.- Que habiéndose determinado que no procede la calificación de terminación involuntaria en los términos expresados por la parte demandada en autos, forzoso es concluir con base en las estipulaciones del “Addendum”, que la única alternativa legítima y jurídicamente eficaz para terminar unilateralmente este

contrato (efecto buscado y obtenido), ha sido al amparo y en ejercicio del derecho subjetivo potestativo contemplado en la Sección 9.4 de la Cláusula Novena de dicho Addendum, debiendo asumirse las consecuencias jurídicas allí mismo previstas, de cara a la fuerza del vínculo contractual que el artículo 1.545 del Código Civil eleva a una verdadera ley para las partes. Por consiguiente los términos expresados en la carta de fecha 20 de agosto de 2013 enviada por ZZ a XX, en concepto de este Tribunal, no pueden sino calificarse jurídicamente como una clara y explícita manifestación de voluntad de terminación unilateral del contrato, proferida en ejercicio del derecho subjetivo potestativo contemplado en la Sección 9.4 de la Cláusula Novena de dicho Addendum (única regulación contractual prevista para tal propósito), y por ende regida en sus efectos y consecuencias jurídicas por esa misma estipulación. Viene a colación el axioma de que en derecho las cosas son lo que son y no lo que se dice que sean.

Lo anterior, sin embargo, no obsta a analizar la naturaleza de esa cláusula de cara a las alegaciones de la parte demandada, especialmente en su escrito de observaciones a la prueba, en torno a una virtual iniquidad derivada de su aplicación, puesto que ha señalado que el cobro de dicho monto implicaría un “enriquecimiento injustificado” en favor de XX. Lo mismo ante una posible “moderación jurisdiccional de la cuantía de la “indemnización” prevista. Parece entonces prudente abordar ese aspecto, no obstante que este Tribunal está imperado de actuar conforme a derecho, de suerte que la equidad no constituye en la especie y por sí misma fuente de derecho aplicable al tenor de las claras estipulaciones contractuales, que a su juicio no plantean vacíos de regulación que requieran ser integrados con base en ella, de manera que no aplica al caso el artículo 170 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil.

19.- Así, teniendo presente lo señalado y para resolver el punto, debe considerarse que la redacción empleada en la cláusula en análisis se presenta de manera equívoca, toda vez que al mismo tiempo utiliza conceptos jurídicamente incompatibles. Así, por una parte, se refiere a la asignación de una facultad a favor de “ZZ”, hoy ZZa”, para poner término anticipado a la relación contractual (especialmente, la referencia facultativa dada por “podrá” poner término anticipado al contrato) y, por la otra, indica un monto a ser pagado por ésta a título de “indemnización y evaluación anticipada de perjuicios”, que parece indicativa del establecimiento de una cláusula penal.

20.- Que en nuestro ordenamiento jurídico la cláusula penal se encuentra regulada en el Título XI del Libro IV del Código Civil (artículos 1.535 y siguientes), bajo la rúbrica “De las obligaciones con cláusula penal”. Dicha cláusula envuelve un contrato accesorio del principal, con un contenido que puede consistir en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal. Observado desde esta perspectiva, resulta que la operatoria de dicha cláusula requiere inequívocamente del incumplimiento de la obligación principal para poder desplegar sus efectos. En este sentido, en sentencia de 14 de julio de 2016, rol núm. ***96-2015, la Excelentísima Corte Suprema, ha fallado que: “[...] establecido que la cláusula penal participa de la naturaleza jurídica de la indemnización de perjuicios y no es sino una evaluación anticipada de los mismos que hacen las propias partes, ha de tenerse en cuenta para condenar a su pago que deben concurrir los requisitos que hacen procedente la indemnización de perjuicios, cuales son que la infracción de la obligación se deba a culpa o dolo del deudor, por una parte; y, por otra, que éste se encuentre constituido en mora”.

21.- Que la necesidad del incumplimiento de la obligación asegurada constituye un elemento esencial de la cláusula penal, como se desprende tanto de la propia definición otorgada por el artículo 1.535 del Código Civil, como del hecho de que para su cobro será necesaria la constitución del deudor de la cláusula penal en mora, como se dispone en los artículos 1.537 y 1.538 del mismo cuerpo legal. Así se ha resuelto por la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de 8 de abril de 2008, rol núm. ***5-06, al fallar que “[...] constituye una caución y por lo mismo accede a la obligación principal que garantiza y su efecto fundamental es permitir al acreedor cobrarla en caso de infracción al contrato por parte del deudor”.

22.- Que conforme a lo anterior se ha identificado que la cláusula penal también tiene la finalidad de servir de caución personal para asegurar el cumplimiento de la obligación principal, ajustándose a los términos generales del artículo 46 del Código Civil (Fernando Fueyo Laneri, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 3ª edición actualizada por el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 479). Desde esta perspectiva, la función de la cláusula penal se referiría a generar un resguardo superior al que ordinariamente ofrece el ordenamiento jurídico ante el incumplimiento de las obligaciones, puesto que permitirá al acreedor (incluso ante la ausencia de perjuicios) el cobro de una determinada prestación, sirviendo como un mayor aliciente para dar pronto y oportuno cumplimiento a sus obligaciones.

23.- Que conceptualizada de estos modos, no resulta posible atribuir a la estipulación contenida en la Sección 9.4. de la Cláusula Novena del “Addendum” la naturaleza jurídica de una cláusula penal, puesto que su operatoria no se basa en una situación de incumplimiento o retardo por parte de ZZa, sino lisa y llanamente en un derecho que le es asignado a XX en el mismo texto contractual como resultado del término anticipado al contrato por parte de la primera. En otras palabras, al tiempo en que ZZa manifiesta su intención de no perseverar en el contrato y, en consecuencia, dar término a los derechos y obligaciones que emanan del mismo, no lo incumple, sino que sólo ejercita una facultad convencionalmente dispuesta, que puede calificarse como el ejercicio de un derecho subjetivo-potestativo (con idoneidad por sí mismo de crear un nuevo estado o situación jurídica). Como expone Patricio-Ignacio Carvajal, “[...] “desistir” e “incumplir” son hipótesis tan distintas entre sí, que incluso se excluyen la una a la otra” (Patricio-Ignacio Carvajal, “Las arras perfeccionadas a través de un cheque”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, núm. 3, p. 530).

Por ello, al no estar frente a un incumplimiento, desaparece la *conditio iuris* que caracteriza la estructura de la cláusula penal, lo que lleva a la conclusión de que necesariamente nos encontramos frente a una figura jurídica diversa (Fernando Fueyo Laneri, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, tercera edición actualizada por el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 479; y Hernán Corral, *La “cláusula penal”. Función y eficacia del contrato penal en el Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, p. 118).

En este sentido, bien puede señalarse una diferencia sustancial entre las finalidades y propósitos de una cláusula onerosa de retracto y la cláusula penal. En el primer caso, las partes han pretendido organizar los efectos derivados de la terminación lícita de la convención. En el segundo caso, lo que se pretende

es garantizar, por medio de su amenaza, la ejecución del contrato (Denis Mazeaud, La notion de clause penale, LGDJ, París, 1992, p. 170).

24.- Que, como corolario de lo anterior, se desprenden dos consecuencias relevantes para el análisis del extremo planteado. La primera se refiere a la imposibilidad de aplicar las disposiciones contenidas en el artículo 1.544 del Código Civil, que habrían permitido a este tribunal moderar los términos de la cláusula en cuestión bajo los diversos parámetros conferidos por la citada norma para verificar su carácter de enorme. Sobre el particular, deberá considerarse que en nuestro ordenamiento jurídico la lesión no se encuentra configurada como un vicio del consentimiento de carácter general, de manera que su aplicación se encuentra circunscrita excepcionalmente a los casos previstos por la ley, sin permitir una construcción sobre la base de interpretaciones extensivas o analógicas (Ramón Domínguez Águila, Teoría general del negocio jurídico, 2ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, p. 105).

25- Que, en segundo lugar, y atendiendo a la regla de interpretación prevista en el artículo 1.560 del Código Civil, no podrá darse a la referida cláusula contractual la naturaleza de una cláusula penal, aun a pesar del lenguaje utilizado, sino en el sentido de tratarse de un precio a ser pagado por ZZa en razón del ejercicio de un derecho de terminación anticipada convencionalmente asignado. En estos términos, la referencia a las ideas de indemnización y evaluación anticipada de perjuicios deben entenderse desde la perspectiva en que las partes previeron en el contrato las consecuencias económicas que se derivarían del ejercicio del derecho de terminación anticipada otorgado a "ZZ", hoy ZZa", buscando, en definitiva, que de tal ejercicio no se ocasionara un detrimento de la inversión efectuada por XX. Tales consecuencias económicas derivadas de una terminación anticipada del contrato, fueron expresamente previstas como base esencial de la contratación, conforme ha quedado acreditado en autos. Y lo fueron pues como quedó establecido en autos y fluye de los contratos, las instalaciones del terminal marítimo DML3 fueron diseñadas y construidas a la medida de las necesidades del Usuario Arrendatario, conforme lo señalaron además los siguientes testigos coincidentes con el texto contractual. Así don C.S. (testigo de XX) expresó: "A ver, en DML1, lo único que teníamos para esos efectos, a la fecha de cuando se acercó el señor F. a nosotros, era el muelle y la tierra, el terreno. Había un muelle donde podían llegar barcos y había un terreno, lo único, todo se tuvo que construir y como le digo, a la medida, para estos efectos y en DML3, que había un fondeadero, de nuevo todo se tuvo, cuando hablo de todo, son ductos que van, en el caso de DML3, de fondeadero a tierra, los estanques en tierra, todo el tema de gestión de los estanques, porque usted tiene que medir volúmenes, temperaturas, ritmo de carga, ritmo de descarga, todo esto se mide con radar, de tal manera que uno está compensando con el barco, si el barco le falta o no porque hay una cañería rota, hay una serie de cosas que se toman de tal manera de resguardar que la operación sea lo más segura posible. Todo eso se construyó a la medida.". Otro tanto expresó doña C.P. (testigo de XX): "Esos estanques se construyeron entre el año 2003 y 2004 para TR1, de acuerdo a las necesidades de TR1 de la época, tanto en capacidades de los estanques como en tasas de descarga de las naves, como en tasas de carga de los camiones, o sea, un traje a la medida, eso es que lo que uno, y no sólo en el caso de TR1, eso es lo que uno hace y hablo por lo que me ha tocado en estos años que llevo en el terminal, cuando uno construyó una infraestructura para un cliente, uno le hace un traje a la medida al cliente, de acuerdo a sus necesidades, y son contratos, normalmente largos, de 20, 25, 15 años".

26.- Que, en consecuencia, la alusión a la indemnización efectuada en la citada cláusula y teniendo presente lo antes señalado, debe entenderse referida a que, sin perjuicio del término anticipado del contrato, XX siempre tendría el derecho a ser pagado de la totalidad de los resultados económicos esperados al tiempo de la realización de la inversión efectuada "a la medida del cliente", centrándose el punto de negociación sólo en aquél referente a la tasa de descuento aplicable para actualizar a valor presente los flujos futuros por el tiempo que el contrato hubiese mantenido su vigencia original.

27.- Que de lo anterior, y como se ha anticipado, se deduce que su consagración en el texto contractual se aviene de mejor manera con lo que nuestra doctrina ha denominado como "cláusula de retracto" (Hernán Corral, La "cláusula penal". Función y eficacia del contrato penal en el Derecho chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, pp. 131-135). Al efecto, el referido autor señala que se trata ésta de aquella convención por la cual las partes convienen en que una o cualquiera de ellas tendrá derecho, durante cierto tiempo o con ciertas condiciones, a dejar sin efecto el contrato que no admite revocación o terminación anticipada por voluntad unilateral, disponiendo que quien hace uso de dicho derecho debe realizar una prestación en beneficio de la contraparte. Asimismo, Sergio Gatica agrega que se trata ésta de una estipulación que no ha sido reglamentada por nuestro derecho positivo, de manera que comporta un contrato innominado, pero lícito, de gran utilidad en las transacciones mercantiles, como es el caso, definiéndola como "aquella que permite a cualquiera de las partes desistirse libremente del contrato, mediante el pago de una multa convenida, y que la exonera no sólo de su cumplimiento, sino también de cualquier otra prestación que pudiera exigírsele a título de indemnización" (Sergio Gatica Pacheco, Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1959, pp. 397 y 398).

28.- Que, en consideración a lo anterior, cabe sostener que la naturaleza de ese pago se ha entendido doctrinalmente como el "precio de la facultad de desistimiento" (Hernán Corral, La "cláusula penal". Función y eficacia del contrato penal en el Derecho chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, p. 133), y como tal, no existen facultades generales consagradas a los tribunales por parte del ordenamiento jurídico para su revisión. Lo anterior, como hemos señalado, ante la inaplicabilidad general de la lesión enorme en el Derecho chileno, y, en particular, aquellas referidas a la cláusula penal enorme. Rige, pues, la regla general sobre conmutatividad de las prestaciones, donde una de ellas se mira como equivalente de aquella a la que se ha obligado el otro contratante (artículo 1.440 del Código Civil), cumpliendo la voluntad la función de asegurar el equilibrio económico del contrato.

29.- Que cabe agregar que, conforme a lo indicado previamente en esta sentencia, el tenor de la cláusula en comento permite concluir que ella se encuentra sujeta a la condición de la terminación anticipada del contrato en razón de la voluntad expresada por "ZZ", hoy ZZa". De tal suerte, cabe concluir que su operatoria no se inserta en la lógica de las prestaciones que se deben las partes en razón del contrato de prestación de servicios de recepción, almacenaje y despacho de combustible Diesel, gasolina sin plomo y kerosene en los términos de la cláusula segunda del "Addendum", sino que tiene por objeto la realización de una prestación independiente que surge cuando los efectos propios de dicho contrato han cesado por decisión de aquella parte que se retira del contrato.

En este sentido, no cabe aplicar, ni siquiera por analogía, los términos del artículo 1.955 del Código Civil, que dispone: "Cuando el arrendamiento debe cesar en virtud del desahucio de cualquiera de las partes, o por haberse fijado su duración en el contrato, el arrendatario estará obligado a pagar la renta de todos los días que falten para que cese, aunque voluntariamente restituya la cosa antes del último día". Lo anterior puesto que la norma hace referencia expresa al pago de las rentas, que supone entonces la vigencia de la relación contractual entre las partes, supuesto que se presenta diverso al caso de autos que expresamente implica el término de dicha relación. De ahí que la regla del artículo 1.955 se refiera al arrendamiento que "debe cesar" y no al arrendamiento que "ha cesado", dando cuenta de la vigencia del contrato hasta que efectivamente se produzca su terminación.

30.- Que, a mayor abundamiento, el pago del monto previsto en la Sección 9.4 de la Cláusula Novena del "Addendum" no se encuentra establecido bajo la idea de la subsistencia de la obligación de ZZa de mantener el pago de la renta de arrendamiento, sino que se fija un monto que considera, entre otros factores, flujos futuros y amortizaciones de la inversión realizada por XX. La separación de uno y otro concepto ha quedado asimismo claramente manifestada por las partes al tiempo en que el último párrafo de la citada cláusula dispone que: "El pago de la indemnización deberá efectuarse dentro de los 90 días contados desde la notificación de término por parte de TR4, sin perjuicio de los pagos adeudados por servicios prestados". En consideración a lo anterior, es posible dar cuenta de una cierta autonomía del monto previsto para el ejercicio del derecho de retracto, en el sentido de que éste se independiza causalmente de las obligaciones derivadas para las partes en razón del contrato ya terminado.

31.- Que si bien el pago previsto en la mentada Sección 9.4. de la Cláusula Novena se desvincula de las obligaciones esenciales de las partes durante la vigencia del contrato de prestación de servicios, operando siempre al término del mismo, lo anterior no quita que ella se encuentre de algún modo vinculada a la pretensión prevista al tiempo de la contratación de mantener como cierta la recuperación de la inversión por parte de XX en cuanto justificación de la celebración misma del contrato como ya señalamos.

En este sentido, es posible observar una intención claramente establecida por las partes en este punto, especialmente si se compara con la lógica de las obligaciones asumidas por ZZa durante la vigencia del contrato bajo la modalidad de take or pay (dispuesta en la Sección 7.1. de la Cláusula séptima del Addendum), modalidad que de suyo refiere acerca de la intención resarcitoria a todo evento de las inversiones realizadas. De tal forma, la fijación del precio del retracto daría cuenta de una finalidad similar, vigente aún al término de la relación contractual, conformando una unidad para la fundamentación económica de las obligaciones asumidas por las partes.

32.- Que, como se ha expresado por la doctrina comparada, la finalidad de las partes al tiempo de pactar una cláusula de retracto se refiere a la admisión y organización de los efectos de la desaparición lícita del vínculo contractual (Denis Mazeaud, *La notion de clause penale*, LGDJ, París, 1992, p. 170). En tal sentido, es posible concluir que no existe –como puede advertirse en la cláusula penal- función sancionatoria alguna en el cobro de un monto en razón del ejercicio de la cláusula de retracto. Como indica Sergio Gatica, "la pena, en términos generales, es una sanción establecida por la ley en contra

del que culpablemente ha transgredido una situación jurídica protegida por el Derecho" (Sergio Gatica Pacheco, Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1959, p. 312), y, en este caso, no hay transgresión jurídica alguna. Antes, al contrario, ha existido el ejercicio de una posibilidad legítima reconocida por el propio contrato de retirarse de él mediante el pago de una determinada suma de dinero.

Adicionalmente, en sentencia de 2 de junio de 2016, rol núm. 6528-2015, la Excelentísima Corte Suprema ha expresado que "[...] el carácter punitivo de la cláusula en la legislación nacional queda plasmado en forma prístina en el artículo 1.542, el cual indica que: "Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio". Esta regla justifica en nuestra legislación el carácter punitivo de la cláusula penal, quedando liberado el acreedor de probar perjuicios, pues procede por el mero incumplimiento".

A su vez, debe advertirse que la posibilidad de retracto convencional no necesariamente implica el pago de un monto en razón de su ejercicio, puesto que la onerosidad de dicha cláusula no constituye un elemento esencial de su configuración (Denis Mazeaud, La notion de clause penale, LGDJ, París, 1992, p. 165). Así, si las partes lisa y llanamente hubiesen pactado la posibilidad de terminación anticipada por cualquiera de ellas, sin necesidad de pago de un monto alguno, cabe concluir que la otra parte no hubiese podido demandar indemnización de perjuicios puesto que no nos hubiésemos encontrado ante una conducta ilícita o antijurídica, sino una posibilidad prevista por las propias partes. Así, también a diferencia de una cláusula penal, el acreedor no podría ignorar la terminación del contrato y hacer valer las tutelas generales ante el incumplimiento.

33.- Que, en este sentido, el ejercicio de la facultad de retracto no puede envolver el incumplimiento del contrato en la medida en la que quien la ejecuta se encuentre dando estricto cumplimiento al tenor contractual. Y, en la medida en la que dicha facultad se encuentre asociada al pago de una suma de dinero, resultará que ella es la contraprestación asignada a su eventual ejercicio para equilibrar los intereses económicos tenidos en vista por las partes al tiempo de la contratación.

34.- Que si bien la conservación de dicho equilibrio podría haberse logrado por medio del establecimiento de un plazo fijo de duración del contrato, negando la posibilidad de término anticipado por parte de "ZZ", hoy ZZa", el mecanismo consensuado por las partes propuso un equilibrio basado en figuras jurídicas diversas. Al efecto, en caso de que las partes hubiesen pactado lo anterior, el término fáctico del contrato por parte de la demandada sólo podría haberse logrado por medio del incumplimiento culpable de sus obligaciones, las cuales, de conformidad al artículo 1.945 del Código Civil podrían haberse dado lugar al pago de la renta por el tiempo que hubiese faltado hasta el día en que desahuciendo hubiese podido cesar el arrendamiento o en que el arriendo hubiese terminado sin desahucio. Sin embargo, de haber sido esta la alternativa planteada por las partes, hubiese resultado que XX podría haber solicitado el cumplimiento de las obligaciones manteniendo la vigencia del contrato (conforme a los términos generales del artículo 1.489 del Código Civil), o hubiese demandado adicionalmente por indemnizaciones de

perjuicios por sobre el monto de las rentas pendientes, conforme reza el mentado artículo 1.945.

35.- Que, en definitiva, el acuerdo alcanzado por las partes en razón de la Sección 9.4. de la Cláusula Novena del Addendum plantea una lógica delimitativa de los efectos de la terminación del contrato que no sólo resultan favorables para XX, a quien se le ha asignado el pago de un monto a recibir por efecto de la terminación anticipada, sino también a ZZa. Lo anterior, por los motivos que se expresarán a continuación:

a) En primer término, porque la propia cláusula de retracto está establecida a favor de este último, en el sentido de permitir la terminación de un contrato que, sin ella, hubiese implicado su continuación hasta el término de la vigencia contractual estipulada conforme a los términos generales del pacta sunt servanda (artículo 1.545 del Código Civil). Así, Sergio Gatica sostiene que “[e]n la multa penitencial, en cambio [a diferencia de la cláusula penal] lo que se pretende es proporcionar al deudor un medio legítimo de eximirse de la ejecución del contrato, por lo que constituye una estipulación establecida en su exclusivo beneficio [...]” (Sergio Gatica Pacheco, Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1959, p. 398).

b) En segundo lugar, puesto que la terminación del contrato no supondría un incumplimiento por parte de ZZa, dando lugar a todas las tutelas previstas por el ordenamiento jurídico a favor del arrendador, que no se reducen (como en este caso) al solo pago de una cantidad de dinero pre configurada, y se extienden a los remedios generales ofrecidos por el ordenamiento para resguardar la posición del acreedor, tales como la ejecución forzada del contrato y la indemnización de perjuicios.

c) En tercer lugar, porque no existiendo un incumplimiento por su parte, sino el ejercicio de un derecho contractualmente asignado, no es posible configurar la posibilidad de pago de indemnizaciones de perjuicios que superen el monto convencionalmente establecido que, en este caso, configuran el precio acordado para el ejercicio del derecho a la terminación anticipada. Así lo ha sostenido también Sergio Gatica, al señalar que “el pago de una multa convenida, y que la exonera no sólo de su cumplimiento, sino también de cualquier otra prestación que pudiera exigírsele a título de indemnización” (Sergio Gatica Pacheco, Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1959, p. 398).

d) Y, por último, porque no operando como una cláusula penal, XX no tendría el derecho a ignorar los términos de la cláusula a efectos de solicitar una indemnización judicialmente declarada, como se encuentra permitido en nuestro ordenamiento en razón del artículo 1543 del Código Civil.

36.- Que el último punto a resolver sobre la materia se refiere a la posibilidad de que este Tribunal determine si, en razón del cobro del monto previsto en la Sección 9.4 de la Cláusula Novena del Addendum, se produciría un enriquecimiento injusto para XX, puesto que éste se encontraría recuperando la inversión y rentabilidad garantizada en el Addendum por medio de la comercialización de la capacidad de almacenamiento a terceros en razón del término de la relación contractual con “ZZ”, hoy ZZa”. Lo anterior, dada la existencia de un contrato de arrendamiento vigente por la capacidad de almacenamiento de

hidrocarburos del Terminal DML3 entre XX y otros terceros.

37.- Que, en referencia a este punto, cabe advertir los siguientes aspectos:

a) Que, como se ha indicado precedentemente, la prestación dineraria prevista en la Sección 9.4 de la Cláusula Novena del Addendum no tiene propiamente el carácter de indemnización de perjuicios conforme a las reglas de la responsabilidad contractual, puesto que no estamos frente a un incumplimiento, sino al ejercicio de una facultad prevista contractualmente para poder dar término al contrato. En tal sentido, no corresponde tener en cuenta las acciones posteriores al término por parte de XX a efectos de reducir el monto atendiendo a este expediente jurídico, puesto que el deber de mitigar las pérdidas es exclusivamente aplicable dentro de las exigencias de previsibilidad del daño contractual.

b) Que al tiempo de determinación del denominado “precio del retracto” las partes pudieron haber previsto la ocurrencia de eventos posteriores que, de alguna manera, modularan los efectos del pago a ser efectuado por parte de ZZa, tales como la posterior comercialización de la capacidad de almacenamiento a terceros, lo que no resulta formar parte expresa de los términos de la Sección 9.4 de la Cláusula Novena del Addendum. De igual suerte, no existen en autos antecedentes suficientes para entender la existencia de una voluntad diversa de las partes en el marco de la negociación de la citada cláusula.

c) Que si bien nuestro ordenamiento jurídico no regula especialmente las denominadas “cláusulas de retracto”, nuestra doctrina ha indicado que ellas comparten una unidad funcional con las arras penitenciales, autorizando al contratante que se beneficia a desdecirse del compromiso que había suscrito anteriormente (Hernán Corral, La “cláusula penal”. Función y eficacia del contrato penal en el Derecho chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, p. 131).

En consecuencia, ante la existencia de un vacío de tipificación al tratarse de una convención innominada, bien puede utilizarse el criterio de la asimilación a aquella figura que comparta la citada unidad funcional. Así se ha resuelto, por ejemplo, en sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 31 de octubre de 2006, rol núm. 6557-2000, al indicar que “[e]l criterio que se ha impuesto para superar este inconveniente es el de asimilación del contrato atípico al contrato o contratos típicos más parecidos, a fin de aplicarle al primero las reglas legales de los últimos”.

38.- Que sobre el particular, nuestra doctrina ha entendido que las arras penitenciales, reguladas en el artículo 1.803 del Código Civil en razón del contrato de compraventa (y aplicables al contrato de arrendamiento a la luz de lo dispuesto en el artículo 1.921 del mismo cuerpo legal) son aquellas que permiten la penitencia o arrepentimiento de las partes, en el sentido que se ha dado en prenda un bien para garantizar la ejecución –y no la celebración- del contrato (Patricio-Ignacio Carvajal, “Las arras perfeccionadas a través de un cheque”, Revista Chilena de Derecho, vol. 35, N° 3, pp. 526-527).

La unidad funcional de las arras penitenciales y la cláusula de retracto se advierte desde que ellas autorizan al menos a una de las partes a desdecirse del acuerdo ya perfeccionado a cambio de una prestación

compensatoria. Al efecto, si bien las arras penitenciales previstas en el artículo 1.803 del Código Civil evidencian un carácter real (en el sentido que suponen la entrega de una cosa en prenda de la celebración y ejecución del contrato) y recíproco (en tanto previenen los efectos del arrepentimiento de cualquiera de las partes, una perdiéndolas y la otra restituyéndolas dobladas), se trataría de “diferencias meramente formales, ya que no habría impedimento alguno para pactar que las arras sólo darán derecho a desistirse a una de las partes o incluso en convenir que no se entregarán en la celebración del contrato, sino que se pagarán en caso de desistimiento (Hernán Corral, *La “cláusula penal”. Función y eficacia del contrato penal en el Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, p. 131).

En este sentido, y como puede observarse, el monto de las arras queda al arbitrio del acuerdo al que hayan llegado las partes sobre el particular, en el sentido de que éstas podrán determinar el valor que cada una de ellas asigna a la eventualidad del desistimiento por parte de la contraria. De hecho, la doctrina ha indicado que “efectivamente, no hay proporcionalidad alguna entre el monto de las arras y el monto del precio” (Patricio-Ignacio Carvajal, *“Las arras perfeccionadas a través de un cheque”*, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, núm. 3, p. 529), dando cuenta del hecho que, incluso en el caso de la compraventa (y del arrendamiento), la fijación del importe de las arras queda desconectado de la obligación principal que pretende asegurar.

A mayor abundamiento, el mismo autor recién mencionado señala algunas diferencias entre las arras y la cláusula penal que resultan ilustrativas para la resolución del asunto. Así, expone: “Tercero, la cláusula penal, en tanto evaluación de perjuicios, da lugar a una obligación subsidiaria: la de indemnizar ante la falta de cumplimiento íntegro, exacto y oportuno de la obligación principal; en cambio la pena es una obligación principal, pues de hecho el contrato desaparece por retractación y, por tanto, la obligación de la pena es la única subsistente. Cuarto, la cláusula penal es una evaluación anticipada del monto de los perjuicios; en cambio, las arras son una pena privada, y de ahí la indiferencia de la relación entre los montos de las arras y del precio -el recibo dado al comprador hablaba erróneamente de que las arras se daban como indemnización. Quinto, la cláusula penal releva de la necesidad de probar el monto de los perjuicios por el incumplimiento; en cambio, las arras excluyen la posibilidad de que existan perjuicios indemnizables, pues dan el derecho a retractarse, y quien ejerce su derecho no es responsable -malamente puede haber perjuicio por incumplimiento si la fuente de la obligación, el contrato, desaparece por retractación [...]” (Patricio-Ignacio Carvajal, *“Las arras perfeccionadas a través de un cheque”*, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, núm. 3, p. 531).

39.- Que comprendido lo anterior, y aplicado al pago a ser efectuado en razón de una cláusula de retracto, resultará que tanto la independencia de la referida cláusula, como la ausencia de una finalidad propiamente indemnizatoria de perjuicios, impiden su modulación por circunstancias ajenas a la misma que no se han integrado en su fórmula de cálculo. En otras palabras, en el contrato la parte que no se ha desistido del contrato puede conservar las arras recibidas, en un caso, o recibir su importe duplicado, en el otro, sin que sea admisible que dichos montos sean revisados por circunstancias ajenas al pacto (por ejemplo, que el vendedor igualmente haya logrado vender el bien que el comprador se desistió a comprar). De igual suerte, en la cláusula de retracto ocurre otro tanto, puesto que, como se ha indicado

previamente, se trata de una valoración efectuada por las partes al tiempo de permitir el desistimiento unilateral de una de ellas.

40.- Otro aspecto a tener en consideración, en tanto ha sido profusamente planteado y discutido en autos, se relaciona con las posibles implicancias jurídicas emanadas de la conducta de las partes con motivo y posterioridad al término unilateral del contrato. Refiere este aspecto a las diversas reuniones, conversaciones, acciones e intercambio de borradores durante los años 2014 y 2015 relativos a la búsqueda de una salida alternativa al pago de la indemnización por el término del contrato, negociaciones siempre tensionadas por las distintas interpretaciones en torno a la procedencia de la indemnización reclamada por XX con base en la Sección 9.4 de la Cláusula Novena del Addendum. Esos múltiples intentos y las irreductibles posiciones de las partes aparecen reflejados en la prueba rendida en autos dando cuenta de los esfuerzos desplegados por ambas, los que en definitiva resultaron infructuosos, pues no lograron llegar a acuerdo:

40.1.- Testimonial:

Mientras el testigo de ZZa, don J.L., señaló que en las reuniones de negociación, señor H.L., de XX, le habría planteado que si llegaban a un acuerdo no estarían interesados en cobrar la indemnización y renunciarían a ella, la testigo de XX, doña C.P. señaló todo lo contrario. En efecto, en su declaración, refiriéndose a los documentos enviados por medio de correos electrónicos que perseguían un acuerdo, señaló que nunca firmó esos documentos, precisamente porque ellos no reflejaban el acuerdo y las conversaciones sostenidas entre las partes. Según la testigo, XX jamás estuvo dispuesta a renunciar a la indemnización, porque a ella tenían derecho.

40.2. Prueba Documental:

De los documentos rendidos por ambas partes, éstos son: **(i)** carta enviada por el señor E.P., Gerente General de XX, al señor N.C., Gerente General de ZZ, con fecha 30 de junio de 2014; **(ii)** carta enviada por el señor N.C., Gerente General de ZZ, al señor E.P., Gerente General de XX, con fecha 29 N.C., Gerente General de ZZ, con fecha 4 de septiembre de 2014; **(iv)** carta enviada por el señor N.C., Gerente General de ZZ, al señor E.P., Gerente General de XX, con fecha 16 de septiembre de 2014; **(v)** carta enviada por el señor N.C., Gerente General de ZZ, al señor E.P., Gerente General de XX, con fecha 27 de noviembre de 2014; y **(vi)** carta enviada por el señor E.P., Gerente General de XX, al señor N.C., Gerente General de ZZ, con fecha 8 de enero de 2015, se desprende que las partes mantuvieron sus discrepancias hasta el final. Mientras XX indicaba que, de acuerdo al Addendum, ZZ debía pagar la suma correspondiente a la indemnización causada por el término anticipado del Addendum, calculada conforme a las reglas prescritas en éste último, de conformidad a la cláusula 9.4, "ZZ", hoy "ZZa", por su parte, sostenía que dicho término no fue una terminación voluntaria por parte de ZZ, sino que se basó en un acto de autoridad dada la decisión de la Excma. Corte Suprema de fecha 2 de enero de 2013, de finiquitar los contratos de arrendamiento y de capacidad de almacenamiento celebrados por TR1 Chile a efectos de cualquier persona natural o jurídica pueda requerir capacidad de almacenamiento en dichas instalaciones para utilizarlas en sus operaciones.

Asimismo, en dichas cartas se manifiesta la intención de ambas partes de llegar a una solución amigable al conflicto, designándose por cada una ellas a un equipo encargado de emplear los mayores esfuerzos para llegar a una solución satisfactoria para ambas.

Por otro lado, de la prueba documental rendida en el proceso, consta que ZZa envió borradores preliminares de transacción y finiquito a XX. En efecto, se rindió la siguiente prueba: **(i)** Borrador de "Transacción y Finiquito XX y ZZ", y borrador de "Contrato de Prestación de Servicios de recepción, almacenamiento y despacho de combustibles líquidos en terminal marítimo XX en DML4", documentos adjuntos a correo electrónico enviado por A.Sh. a E.P. y C.P., con fecha 2 de mayo de 2014, bajo el asunto "Borrador preliminar." (DRD-15); **(ii)** correo electrónico de fecha 23 de octubre de 2013, enviado por el señor A.Sh., de ZZa, dirigido a la señora C.P. de XX, con copia a J.L. de ZZa, por el cual se adjunta borrador de "Término de Addendum, Transacción y Finiquito" entre XX y ZZ; y **(iii)** Documento denominado XX DML4.docx, adjunto a correo electrónico enviado por A.Sh. a C.P. con fecha 2 de octubre de 2013, bajo el asunto "XX DML4". (DRD-13); y **(iv)** Borrador de "Término de Addendum, Transacción y Finiquito XX y ZZ", del año 2013, adjunto a correo electrónico enviado por N.C. a E.P. con fecha 11 de noviembre de 2013. (DRD-14).

En ellos se deja constancia también de las diferentes interpretaciones que tienen las partes respecto de la cláusula novena del Addendum. Asimismo, en el último borrador de transacción enviado por ZZa a XX consta que XX y ZZ acuerdan transigir efectuándose prestaciones recíprocas, entre las cuales se encuentran las siguientes: **a)** XX realizará una invitación a potenciales interesados con el objeto de ofrecer toda la capacidad de almacenamiento, la que los interesados podrán ofrecer tomar en todo o en parte. **b)** No obstante lo anterior, aquella parte de la capacidad de almacenamiento que XX no contrate con terceros como resultado de la invitación de la letra a), será contratada por ZZ o cualquiera de sus sociedades relacionadas bajo ciertas condiciones, que se definen en el borrador.

41.- Todo ese esfuerzo negociador se inscribe en el contexto de aplicación del deber de colaboración y de ejecución de los contratos de buena fe previsto en el artículo 1.546 del Código Civil que alcanza según se ha reconocido por la dogmática, la etapa post-contractual, principio asimismo explicitado en el artículo vigésimo del contrato matriz de 26 de junio de 1997. Con base en tales negociaciones ZZa sostiene que XX habría entendido y aceptado la "razonabilidad" de la no aplicación al caso de la Sección 9.4 de la Cláusula Novena del "Addendum" al extremo que, demostración de ello habría sido la apertura del proceso de "open season" destinado a licitar la ocupación de la capacidad ociosa del terminal marítimo DML3, proceso que en definitiva fracasara porque XX estimó no había tenido resultados positivos. Al contrario "XX" sostiene que la conducta desplegada por ZZa en el curso de esas negociaciones dan cuenta de su pleno reconocimiento a su obligación indemnizatoria, especie reflejada en borradores de transacción de su propia factura, aunque buscando alternativas de minimizar o eliminar su impacto. Como se aprecia, la interpretación de las partes a este proceso negociador difiere radicalmente.

En lo relevante al asunto, no aparece de la prueba señalada ninguna aceptación o más bien renuncia expresa o tácita de XX al cobro de la indemnización prevista en la citada cláusula de la Sección 9.4.

Del análisis sistemático de la prueba rendida en torno a este punto relevada en el considerando anterior, se aprecia un comportamiento de buena fe de ambas partes buscando una salida negociada al conflicto, tratando de satisfacer sus legítimos objetivos, complementados por la conveniencia evidente de mantener en buenos términos las relaciones comerciales futuras entre ellas, ambas actores relevantes en ámbitos complementarios. Sin embargo estos encomiables esfuerzos no dieron los frutos esperados por las partes, en tanto no satisficieron las aspiraciones e intereses económicos de cada una de ellas. En concreto, ZZa, ponderando los bienes jurídico-patrimoniales en juego en relación a sus intereses, no revocó su determinación de terminar el "Addendum". A su turno XX, asimismo ponderando su propia situación y el eventual sacrificio o afectación al menos de las relaciones comerciales futuras con su contraparte, no aceptó en definitiva ninguna de las proposiciones planteadas, optando por exigir el cumplimiento de lo pactado en la citada cláusula de la Sección 9.4. por efectos de la terminación unilateral del contrato. Así las cosas, el proceso de negociación fracasó por falta de acuerdo de las partes, lo que no tiene en la especie incidencia alguna respecto del contrato celebrado que, como se sabe, tiene para ellas la fuerza vincular de la propia ley, en palabras del artículo 1.545 del Código Civil.

Los términos de la cláusula de retracto, como ha quedado en evidencia en los razonamientos jurídicos de los considerandos anteriores y la naturaleza de este Arbitraje, impiden a este sentenciador asumir otras consideraciones basadas en fuentes del derecho distintas al estatuto contractual libremente convenido.

42.- Que un aspecto final a discernir se relaciona con establecer si el importe de la indemnización reclamado por XX en su petitorio, corresponde al cálculo que debe hacerse con base en lo estipulado en la Sección 9.4 de la Cláusula Novena del "Addendum", y Anexo N° 6 del Addendum denominado "Fórmula de Cálculo Terminación Anticipada". ZZa señala que el importe es muy inferior –no señala cuánto– dado que no se habría aplicado ninguna tasa de descuento que correspondería de traer el monto al valor presente al tratarse de flujos futuros, en tanto XX insiste en que la determinación de su importe reflejado en el petitorio de su demanda es correcto. Huelga tener presente que el punto es determinar el importe de la indemnización con base en la forma de cálculo contractualmente prevista y en caso alguno regular cuantitativamente ese importe lo que, como se ha señalado, escapa jurídicamente de las posibilidades de este tribunal. Para tal fin, efectuará el cálculo que a su juicio corresponde, ajustándose a los parámetros de la reglamentación contractual.

43.- Analizado lo expuesto por las partes durante el período de discusión, más sus respectivos escritos de observaciones a la prueba, y teniendo en consideración lo señalado en la Memoria de Cálculo elaborada por don G.P.C. presentada por XX y las conclusiones del informe económico elaborado por don SG presentado por ZZa, este Tribunal advierte que las diferencias en el cálculo de la indemnización con base en lo señalado en el Anexo 6 del Addendum, se refieren básicamente a dos variables: **i)** fecha de término del Contrato y **ii)** cálculo del Valor Residual que se aplica en la fórmula. Para XX, la cantidad a indemnizar ascendería a USD\$12.766.596, y para ZZa, la cantidad de USD\$ 11.728.097.

44.- En referencia a la "fecha de término del contrato", la cláusula 9.4 del "Addendum" dice explícitamente que ".....TR4 podrá poner término anticipado al presente Addendum mediante aviso escrito enviado a

XX a través de un notario público, con a lo menos, 90 días de anticipación. En este evento, TR4 deberá cancelar a XX a título de indemnización y valuación anticipada de perjuicios, los flujos futuros acordados, hasta el término de los períodos.”. Como se ha establecido, con fecha 20 de agosto de 2013, ZZ envía la carta a XX informándole que se encuentra obligado a finiquitar el “Addendum”. Esta sería, por lo tanto, la fecha del aviso escrito a contar de la cual se deben contar los 90 días estipulados en la cláusula referida para poner término anticipado al Contrato, venciendo por consiguiente el día 18 de noviembre de 2013.

De acuerdo a las fechas anteriores, para efectos del Cálculo de la Indemnización, el número del año de salida sería el año 10 (2013)¹ y el mes en que se produce la salida el mes 3². XX supone agosto 2013 como fecha de término del Contrato. Según consta en la Memoria de Cálculo que adjuntan, en la página 4, 3er bullet point, se indica: “Se toma como fecha de terminación de Addendum el mes de agosto de 2013 completo, en que fue notificado por ZZa a XX el término anticipado del Contrato por parte de ZZa (20/08/2013). De esta forma el Addendum fue terminado el mes doceavo (12) de su noveno año (9) de vigencia (inicio: septiembre 2004 - término: agosto 2013)”.

ZZa por su parte, supone diciembre 2013 la fecha de término anticipado. Según consta en el documento de su escrito de observaciones a la prueba, en el punto 199, señala: “...considerando que ZZ dejó de utilizar los servicios del Terminal DML3 en el mes de diciembre 2013...”. La sola diferencia en la fecha de término anticipado del Contrato, suponiendo todo el resto de las variables constantes, explica USD 378.747 (27%) del total de la diferencia entre ZZa y XX que asciende a USD 1.417.246. (USD 12.766.564- USD 11.349.348, respectivamente).

45.- En referencia al “valor residual”, la cláusula 7.3 del “Addendum” señala: “Las tarifas se reajustarán anualmente de acuerdo a la variación que experimente el CPI (Consumer Price Index de los Estados Unidos de Norteamérica). El primer reajuste se hará el 1° de Enero siguiente a la firma del presente Addendum.” De otra parte, la cláusula 9.3 del Contrato dice explícitamente “Ante el evento que TR1 no ejerza su opción de renovación de acuerdo a lo estipulado en el numeral 9.2, se obliga desde ya, a cancelar a favor de XX, el Valor Residual convenido para los servicios de terminal marítimo DML3, esto es US\$ 3.781.044.- (valor que corresponde a la utilidad final de XX, entre el año 16 y el 20), valor que se reajustará anualmente de acuerdo al CPI de los Estados Unidos de Norteamérica conforme a la cláusula 7.3, y que será ajustado al valor final de inversión efectivamente efectuada”.

El valor residual, en este Contrato, está definido para el año 15, como la suma del Flujo de Caja esperado para los últimos 5 años (años 16 al 20), descontados a una tasa del 14%³. Es decir, resultaba indiferente terminar el Contrato el año 15 y pagar el valor residual o continuar hasta el año 20. En ambos casos, la rentabilidad para XX era de un 14% y, por lo tanto, el costo para el Usuario Arrendatario era el mismo.

1 Los años se cuentan a partir del 1 de septiembre de cada año.

2 Septiembre es el mes número 1.

3 El Flujo de Caja para este período, se calcula como los Ingresos (o tarifa) menos los gastos (no se le suma la depreciación ya que el activo se deprecia totalmente el año 15).

En el evento en que diera por terminado anticipadamente el Contrato, las partes acordaron que se pagarían los flujos futuros acordados hasta el año 15 incluyendo el valor residual que es lo mismo, de acuerdo a lo explicado en el párrafo anterior, a pagar los flujos hasta el año 20⁴. Hasta aquí no hay diferencia entre las partes, puesto que tanto XX como ZZa reconocen que la fórmula incluye el Valor Residual. La diferencia radica entonces en si el cálculo de la indemnización debe hacerse en términos reales o nominales y en particular, el cálculo del valor residual. Para explicar este punto, la tabla siguiente presenta como ejemplo, los resultados que ambas compañías hubiesen obtenido en el cálculo de la indemnización si, tomando diferentes fechas de término anticipado, hubiesen hecho los cálculos con dólares nominales.

Cálculo con cifras en dólares NOMINALES

(Flujo de Caja en dólares del 2003 no reajustados por CPI)

Fecha Término Anticipado	año 9 mes 12	año 10 mes 4
Utilidad no realizada	5.621.667	5.372.108
Depreciación no amortizada	2.325.384	2.196.196
Valor Residual	3.781.044	3.781.044
Indemnización	11.728.095	11.349.348

La utilidad no realizada más la depreciación no amortizada, corresponden a los flujos entre la fecha de término anticipado y el año 15 que quedan pendientes de pago. Y el valor residual, son los flujos entre el año 16 al 20, que tampoco se ejecutan debido al término anticipado del contrato. Todas las cifras son nominales. Es decir, son la suma de dólares del año 2003 no reajustados por el CPI.

Si, por otra parte, calculamos el Valor Residual en términos reales, con dólares del 2003 reajustados por el CPI a la fecha del término anticipado del Contrato, los resultados que se obtienen son los siguientes:

Cálculo con cifras en dólares en términos reales:

(Valor Residual en dólares del 2003 reajustados por CPI según fecha de término)

Fecha Término Anticipado	año 9 mes 12	año 10 mes 4
Valor Residual	4.819.543	4.766.328

46.- De lo anterior fluye que el cálculo de la indemnización efectuado por ZZa, corresponde a la cifra en dólares nominales considerando la fecha que esa parte estima como término anticipado (año 10 mes 4, diciembre 2013) equivalente a USD 11.349.348.

Por su parte el importe determinado por XX corresponde al valor nominal de la utilidad no realizada y la

4 La fórmula des-incentivadora a que se refiere el testigo de XX señor G.P.C. (que rola a fojas 59 y ss del Cuaderno de Transcripciones), es porque el cliente, en este caso XX, debe pagar por el uso de la infraestructura entre los años 16 a 20 aunque decida no extender el Contrato por ese periodo. Nada tiene que ver con las tasas de descuento que se usan antes o después del año 15, de hecho, la cláusula 7.3 del Contrato explicita que las tarifas deben reajustarse por CPI de manera que la rentabilidad no disminuya (o aumente, lo que puede darse si el CPI es negativo) del 14% real acordado.

depreciación no amortizada (USD 5.621.667 + USD 2.325.384 = USD 7.947.051) más el valor residual en dólares reales (USD 4.819.543) a contar de la fecha que esta parte estima de término anticipado (año 9 mes 12, agosto 2013) equivalente a USD 12.766.596.

47.- En términos económicos y manteniendo inalterados los términos originales del "Addendum", es decir, que la rentabilidad de los flujos totales obtenidos por XX, los percibidos durante la vigencia del contrato más los que quedan pendientes de pago por el término anticipado del mismo, rentaran un 14% real, los dólares 2003 con que fueron hechos los cálculos originales debieron haber sido reajustados por el CPI a la fecha de término del contrato para el cálculo de todos los flujos futuros y no sólo de aquellos entre los años 16 y 20 (Valor Residual).

Ahora bien, en el Anexo N°6 del "Addendum", el ejemplo no incluye en ninguna de sus partes alguna referencia a la indexación de los valores por el CPI. Se entiende que el cálculo está hecho con valores reales a la fecha, sin embargo, se pudo haber incluido en la nomenclatura el CPI, pero no se hizo. En cambio, por ejemplo, sí se incluyó la variable G (gastos), que posteriormente siempre se mantuvo en cero.

48.- Atendido lo razonado en los considerandos precedentes, la indemnización de US\$12.766.596 solicitada por XX en su demanda no se ajusta a la fórmula de cálculo establecida por las partes, denominada "Fórmula de Cálculo Opción Terminación Anticipada", contenida en el Anexo N°6 del Addendum antes referido. Ello por cuanto la fecha de término anticipado a partir de la cual se deben realizar los cálculos de la indemnización, corresponde al 18 de noviembre de 2013 (año 10, mes 3), y no a la afirmada ni por XX ni por ZZa. Esto último pues el valor determinado por XX suma flujos nominales (anteriores al año 16) y flujos reales para el cálculo del Valor Residual. A su vez el valor determinado por ZZa, suma valores nominales para todo el período.

El ejemplo indicado en el Anexo 6 del "Addendum", es con dólares de la fecha y no considera en ninguna parte una indexación por el CPI, correspondiendo entonces a la suma de valores nominales.

Por consiguiente, el monto de la Indemnización asciende a USD 11.444.035 calculada utilizando como base el Anexo 6 del "Addendum" y el mes de noviembre 2013 como fecha de término anticipado.

VII.- Resuelvo:

Que se acoge la demanda sólo en cuanto:

a.- Se declara que el "Addendum" de fecha 15 de mayo de 2003 celebrado entre XX S.A. hoy "XX" y "TR4" hoy "ZZa" terminó en forma anticipada, por decisión voluntaria y unilateral de esta última, causando con ello la obligación indemnizatoria prevista en el numeral 9.4 de la cláusula novena del referido "Addendum".

b.- Con base en lo anterior, se condena a la demandada "ZZa" a pagar a la demandante "XX" la canti-

dad de USD 11.444.035 (once millones cuatrocientos cuarenta y cuatro mil treinta y cinco dólares de los Estados Unidos de América) en su equivalente en moneda nacional conforme al valor del tipo de cambio observado a la fecha de su pago efectivo, a título de indemnización y evaluación anticipada de perjuicios, de acuerdo con lo estipulado en el numeral 9.4 de la cláusula novena y forma de cálculo prevista en el Anexo N°6 ambos del referido "Addendum" de fecha 15 de mayo de 2003.

c.- Que la cantidad referida en la letra b.- decisoria precedente, deberá ser solucionada dentro de décimo quinto día hábil arbitral de ejecutoriado el fallo o que cause ejecutoria. El simple retardo y/o mora en el pago hará devengar sobre el importe adeudado el interés corriente, hasta que el pago efectivo se produzca, y

d.- Que no se condena en costas a la demandada por estimar que ha tenido motivos plausibles para litigar, debiendo por consiguiente cada una de las partes soportar sus propias costas.

Autorícese esta sentencia por la Secretaria del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago o por quien la reemplace o subrogue y notifíquese por cédula por un receptor judicial.

Dictada por el Juez Árbitro Mixto señor José Pedro Silva Prado.

Autorícese la presente sentencia por la Secretaria General del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, doña Macarena Letelier Velasco, o por quien la reemplace o subrogue, en calidad de Ministro de Fe.

Notifíquese esta sentencia a las partes por cédula a través de receptor judicial, pudiendo éstas, en todo caso, notificarse personalmente de ella ante la Secretaria General del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, o ante quien la reemplace o subrogue.

Nota: Esta sentencia fue objeto de recurso de queja interpuesto para ante la Illma. Corte de Apelaciones de Santiago. El Tribunal de Alzada confirmó la sentencia arbitral.