

Fallo Gasatacama: El cambio de circunstancias en los contratos. *Quo vadis?*



FELIPE BAHAMÓNDEZ PRIETO¹

RESUMEN

El fallo arbitral que se analiza resuelve la pretensión de una de las partes en ciertos contratos de suministro eléctrico, la generadora de electricidad Gasatacama, dirigida a obtener la declaración de no encontrarse obligada a dar cumplimiento a los contratos pactados con las demandadas, grupo de empresas distribuidoras pertenecientes a Emel, sobre la base de que, si lo hace, le significa incurrir en cuantiosas pérdidas que no es capaz de resistir en su patrimonio y que, en último término, afectarán la existencia misma de la compañía. Para lograr lo anterior se vale de diversas instituciones, que, teniendo como fundamento el principio de buena fe contractual, le permiten invocar la aplicación de la excusa de la diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones; la doctrina de la imprevisión y el caso fortuito. La crisis del gas natural y sus efectos en Chile es el trasfondo de la discusión entre las partes.

SUMARIO

I. Introducción; II. Breve referencia a la crisis del gas natural; III. Validez de la economía aplicada a los contratos; IV. Alcances sobre el sistema eléctrico chileno; V. El cambio de circunstancias en los contratos: Visión comparada; VI. Síntesis de los argumentos de la demandante; VII. Síntesis de los argumentos de las demandadas; VIII. Las consideraciones del árbitro para fallar; IX. Algunos comentarios finales sobre los fundamentos del fallo. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El principio de la obligatoriedad de los contratos o *Pacta Sunt Servanda*, está siendo puesto a prueba tanto en nuestro país como en otras jurisdicciones. Evidentemente el tema de cómo se afectan los contratos frente al cambio en las circunstancias, es una cuestión debatida a nivel doctrinario y jurisprudencial en los distintos países. Las soluciones, como veremos, si bien son en algunos aspectos similares, están siempre llenas de matices y particularidades. La vigencia del principio *Pacta Sunt Servanda* refleja en los distintos ordenamientos jurídicos la voluntad de hacer respetar los

¹ Abogado, Master of Laws (LL.M) Harvard University. Profesor de Derecho Comercial, Pontificia Universidad Católica de Chile.

acuerdos válidamente celebrados entre las partes. Sin perjuicio de ello, la necesidad de dar respuesta a los cambios de circunstancias que pueden enfrentar los contratos de largo plazo o de cumplimiento diferido en el tiempo, ha hecho que se adopten posturas que recogen en mayor o menor medida el principio *Rebus Sic Stantibus*. El fallo que analizamos justamente nos enfrenta a este tema toda vez que resuelve la pretensión de una de las partes en ciertos contratos de suministro eléctrico, la generadora de electricidad Gas Atacama Generación S.A. (en adelante Gasatacama), dirigida a obtener la declaración de no encontrarse obligada a dar cumplimiento a los contratos pactados con las demandadas, un grupo de empresas distribuidoras pertenecientes a Emel denominadas Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A, Empresa Eléctrica de Arica S.A. y Empresa Eléctrica de Iquique S.A. (en adelante indistintamente Elecda, Emelari y Eliqda), sobre la base de que, si lo hace, le significa incurrir en cuantiosas pérdidas que no es capaz de resistir en su patrimonio y que, en último término, afectarán la existencia misma de la compañía. Para lograr lo anterior se vale de diversas instituciones, que, teniendo como base la buena fe contractual, le permiten invocar la aplicación de la excusa de diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones; la doctrina de la imprevisión y el caso fortuito. La crisis del gas natural y sus efectos en Chile es el trasfondo de la discusión entre las partes. El fallo, dictado por el árbitro Sr. Ricardo Peralta Valenzuela con fecha 24 de enero de 2008, realiza un análisis exhaustivo y detallado de cada una de las pretensiones de Gasatacama y las defensas presentadas por las demandadas. Concluye rechazando la declaración de terminación de los contratos de suministro por cada una de las causales invocadas, esto es, por no considerar aplicable la excusa de la diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones, la doctrina de la imprevisión o el caso fortuito. Comparto las razones que lo llevaron a esa conclusión y que, en definitiva, reafirman para este caso concreto la intangibilidad de los contratos y la vigencia del principio *Pacta Sunt Servanda*.

II. BREVE REFERENCIA A LA CRISIS DEL GAS NATURAL

La llamada crisis del gas natural es un tema que está en el trasfondo de toda la discusión en este fallo arbitral. En efecto, diversos instrumentos jurídicos, tanto internacionales como su implementación en la legislación local, hicieron posible que importantes proyectos de integración energética con Argentina se llevaran adelante a partir

de la segunda mitad de la década pasada². La base legal de la integración energética se remonta al Tratado de Paz entre Argentina y Chile (1984) y la posterior suscripción de diversos acuerdos entre ambos países, entre ellos, el Acuerdo de Complementación Económica N° 16 (1991) que incluyó el Protocolo N° 2 sobre “Normas que regulan la interconexión gasífera y el suministro de gas natural entre la República Argentina (Cuenca Neuquina) y la República de Chile”, posteriormente modificado en el año 1995 aumentando el volumen de gas autorizado para ser exportado a Chile y eliminando las restricciones al origen del gas exportable a nuestro país. De acuerdo con el citado Protocolo, cada parte fomentaría y adelantaría un régimen jurídico que permitiría a las personas la libre comercialización, exportación, importación y transporte de gas natural entre Chile y Argentina. Además las partes no pondrían restricciones a las exportaciones de gas natural, sobre la base de reservas y disponibilidades debidamente certificadas que a tal fin comprometieran los exportadores e importadores. Se garantizó también la eliminación de restricciones legales, reglamentarias y administrativas a la importación, exportación y transporte de gas natural, garantizándose también el principio de no discriminación y las situaciones de caso fortuito que afectaran a infraestructura, entre otras disposiciones, que hicieron que los proyectos y los contratos respectivos, entre otros los celebrados por Gasatacama, se llevaran adelante sobre la base de una situación jurídica que, en ese minuto, se consideró estable.

Esa aparentemente estabilidad jurídica cambió radicalmente a los pocos años. La crisis económica experimentada por Argentina a partir del año 2001 la llevaron a comenzar un lento pero persistente camino de cambios legales que afectaron severamente las exportaciones de gas natural a Chile³. Se dictó la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario N° 25.561 de 6 de enero de 2002, por medio de la cual se estableció la llamada “pesificación” de las tarifas de servicios públicos y de los precios de suministro de gas natural a tales servicios, cuestión que significó en los hechos que estos pasaran a tener un tercio de su valor antes de la crisis. Se produjo asimismo un aumento de los consumos en Argentina debido a sus bajos precios y, por otra parte, menores inversiones en exploración por no resultar dichas inversiones rentables para los productores de gas natural. Todo lo antes expuesto causó falta de disponibilidad para abastecer

² PALUMBO (2008); pp. 21-52.

³ LÓPEZ (2008); pp. 93-129.

las necesidades de Argentina y, en lo que nos interesa, de Chile. Las supuestas garantías del Protocolo fueron vulneradas, toda vez que el consumo interno en Argentina tenía prioridad por sobre las exportaciones a Chile y se comenzaron a restringir las entregas. La respuesta de nuestro país a esta situación ha sido analizada y es un tema con aristas políticas y diplomáticas, más allá de las puramente económicas, que exceden el análisis que estamos emprendiendo en este comentario⁴. Basta decir por ahora que una consecuencia económica muy relevante de la crisis es que, en la práctica, se produjo un reemplazo de gas natural por otros combustibles, particularmente fuel oil y diésel, lo que aumentó fuertemente los costos que enfrentan los agentes económicos del sector.

III. VALIDEZ DE LA ECONOMÍA APLICADA A LOS CONTRATOS

Es difícil discutir la premisa que la economía aporta una mirada muy valiosa al Derecho, y particularmente a los contratos, como en el caso que nos ocupa. En efecto, hay valor en cambiar la óptica de ver las normas legales únicamente como instrumentos de la justicia a ver también las normas como incentivos para el cambio de las conductas, actuando ellas como precios implícitos, así como para lograr objetivos de política públicas como la eficiencia y la distribución. Para estos efectos, siguiendo a un clásico en la materia, la economía debe ser vista como la ciencia de la elección racional en un mundo donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas y el ser humano, por su lado, visto con la óptica económica como un maximizador racional de su interés propio y capaz de responder a ciertos incentivos⁵. Dentro de la sociedad, los contratos cumplen el rol fundamental de dar curso a intercambios voluntarios entre las personas, posibilitando que se destinen recursos de los usos menos valiosos a los más valiosos. La teoría económica nos ha enseñado, entre otras cosas, que los contratos legalmente exigibles hacen que las partes cooperen, evitando comportamientos oportunistas y esa cooperación es eficiente en términos económicos. En efecto, el que se obliga invierte en el cumplimiento de sus obligaciones, y por otra parte, el beneficiario de la obligación, invierte también en la confianza que le da la obligación de su contraparte. La inversión puede estar

⁴ ERRÁZURIZ (2008) pp. 163-195.

⁵ POSNER (1998); pp. 11-26.

representada, por ejemplo, por el dinero, esfuerzo o tiempo dedicado al cumplimiento⁶. Otra función muy relevante de los contratos, que resulta muy atingente al fallo en análisis, es la de desplazar o asignar los riesgos a las partes involucradas. Por obvio que resulte, los contratos normalmente se proyectan en el tiempo y, Perogrullo, el futuro es incierto. Por lo mismo, los contratos normalmente asignan en forma explícita algunos de los riesgos asociados al contrato. La asignación *ex ante* de los riesgos es difícil porque enfrenta a las partes a negociar en detalles las áreas más conflictivas de su relación contractual e implica asumir los costos de transacción de esa certeza. Si las partes, por las razones que sean, no asignan los riesgos o algunos de ellos, deben asignarse *ex post* las pérdidas, lo que muchas veces terminará reclamándose por la vía litigiosa. Dicho de otra manera, el costo de transacción esperado de un riesgo no asignado por las partes es igual a la probabilidad que la pérdida ocurra multiplicado por su costo de asignación. Las partes no asignarán el riesgo cada vez que estimen que el costo de negociar esa asignación sea superior al costo esperado de asignar ese riesgo. Dicho en términos sencillos, el costo de negociar y redactar los términos contractuales para asignar riesgos que se visualizan como remotos no se justificarán para las partes. Eso no impide que el evento de riesgo ocurra, en cuyo evento surge la necesidad de ponerse de acuerdo en la asignación *ex post* de esa pérdida, o bien, si ello no es posible, serán los tribunales los que deben decidir. Digamos por ahora que desde la óptica económica hay una regla sencilla para asignar eficientemente los riesgos, y ella indica que el riesgo se asigna a aquel contratante que pudo asumirlo a un costo menor. Ello parece de toda lógica porque es dable suponer que si las partes hubiesen asignado de manera explícita el riesgo en cuestión, lo hubiesen hecho a la parte que puede tomarlo a un costo menor, por lo que la solución aparecería como una especie de reconstrucción racional de la voluntad de los contratantes. En el fallo materia de este comentario, veremos cómo los principios y postulados antes enunciados entran en juego, y son invocados ya sea de manera expresa o tácita por las partes o el juez árbitro.

IV. ALCANCES SOBRE EL SISTEMA ELÉCTRICO CHILENO

Para entender con mayor precisión el conflicto materia del fallo es indispensable conocer algunos aspectos básicos del sistema eléctri-

⁶ COOTER y ULEN (1998); pp.228-288.

co nacional. Las partes, a efectos de fundamentar sus pretensiones, proporcionaron descripciones de Sistema Eléctrico, sus principales características y funcionamiento, las que aprovechamos para efectos ilustrativos. En sus argumentaciones Gasatacama explicó el denominado Sistema Interconectado del Norte Grande (en adelante indistintamente "SING") y el Centro de Despacho Económico de Carga del SING (en adelante indistintamente "CDEC-SING"). Al efecto, señaló que la legislación eléctrica, con el objeto de lograr la mayor seguridad, economía y eficiencia posible, establece que los sistemas eléctricos cuya capacidad instalada de generación supere los 100 kW, deben operar de manera interconectada y coordinada y que estos últimos se encuentran compuestos por centrales generadoras y por los sistemas de transmisión y transformación que unen a estas entre sí y con los clientes y consumidores. La operación interconectada permite garantizar el suministro ante eventuales fallas, con lo cual, si una central deja de generar energía en un momento, es reemplazada por otras del sistema que entran en operación y permite a las centrales generadoras participar del mercado de transferencias de energía y potencia –mercado spot– del respectivo CDEC que tiene a su cargo la coordinación del sistema, quedando así habilitadas para cumplir con sus contratos con electricidad generada por otros agentes del sistema. A estos efectos Gasatacama forma parte del SING, cuya operación comenzó en 1993. La coordinación del SING es efectuada por CDEC-SING de acuerdo a la ley y su finalidad es que la demanda generada sea provista con la mayor seguridad posible y al menor costo, en términos que solo se inyecte energía de las centrales que sean "despachadas", esto es, las que sean más económicas en su generación en un momento dado y que la central que inyecta al sistema más energía que la que vende a sus clientes se denomina excedentaria y, en caso contrario, se llama deficitaria. La energía que retiran las generadoras deficitarias es comprada a las excedentarias a precio spot, es decir, al precio marginal instantáneo del sistema, esto es, al costo variable de producción de energía de la central de mayor costo variable de las que se encuentran generando o están siendo despachadas en el sistema en una hora determinada, con lo cual, el productor que fija o marca el precio marginal instantáneo en cada caso recibirá por su energía aportada al mercado spot un precio que solo cubrirá su costo variable y, a su turno, aquel que tenga un menor costo variable de producción recibirá un mayor beneficio por su energía aportada al mercado spot. A su vez, las generadoras, entre las cuales se incluye Gasatacama, pueden contar con dos tipos de clientes, los

libres y los regulados. Los libres son los que de acuerdo a la ley no están sujetos a los precios máximos fijados por la autoridad y los regulados son los que sí están sujetos a los precios máximos, a través de lo que se denomina “precio de nudo”. Según expresa la actora, hay razones que explican el ingreso de Gasatacama y otras centrales de ciclo combinado al SING. A tal efecto, expresó que el Protocolo de Integración Gasífera entre Chile y Argentina, que otorgaba plena seguridad acerca del suministro de gas en el largo plazo, permitió que Chile materializara la importación de gas argentino. Sobre esta base jurídica, en la segunda mitad de los años 90, se implementó una serie de proyectos, entre los cuales se encuentra Gasatacama. Dicho proyecto se estructuró sobre la base de dos negocios desarrollados independientemente por dos sociedades filiales, a saber, el transporte de gas desde Argentina a través de un gasoducto de 1.200 kilómetros especialmente construido al efecto; y la generación de energía eléctrica con gas natural para ser despachado en SING, a través de una central de ciclo combinado con una capacidad máxima de generación de 740 MW; el negocio de generación de energía eléctrica se desarrolló por Gasatacama Generación S.A., sociedad adscrita al SING, y que opera a través de una central de ciclo combinado a gas natural, que también permite su uso con diésel, con una capacidad máxima de generación de 740 MW, dividida en dos bloques de 370 MW cada uno. El negocio del transporte de gas desde el noroeste de Argentina a Chile se desarrolló por dos sociedades chilenas, una de las cuales es propietaria de la parte argentina y la otra de la parte chilena del gasoducto.

Por su lado, la actividad de la distribución fue claramente expuesto por las demandadas al expresar que las distribuidoras tienen por objeto la distribución de electricidad, tanto en su componente de potencia como energía, a sus clientes regulados y libres en su zona de concesión y para ello adquieren de las generadoras la electricidad requerida para el abastecimiento de sus clientes, la que llega a través de las líneas de transmisión correspondientes. Dada la libertad de precios con los clientes industriales, sus necesidades son actualmente servidas por generadoras, en desmedro de las distribuidoras. Tratándose de clientes regulados de las distribuidoras, la energía y la potencia son adquiridas a precio de nudo, determinado semestralmente por la autoridad de acuerdo a la ley. El precio de nudo es traspasado luego por las distribuidoras a sus clientes regulados sin alteración, constituyendo la ganancia para las distribuidoras el llamado Valor Agregado de Distribución, también determinado por la autoridad,

sobre la base de las inversiones de las distribuidoras y los costos de operación y mantenimiento de dichas instalaciones. Sirva todo lo anterior como una básica descripción del sistema eléctrico en lo que afecta a este conflicto, lo que nos ayudará a entender las alegaciones de las partes y el fallo arbitral que comentamos.

V. EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS EN LOS CONTRATOS: VISIÓN COMPARADA

La vigencia del principio *Pacta Sunt Servanda* refleja en los distintos ordenamientos jurídicos la voluntad de hacer respetar los acuerdos válidamente celebrados entre las partes. Sin perjuicio de ello, la necesidad de dar respuesta a los cambios de circunstancias que pueden enfrentar los contratos de largo plazo o de cumplimiento diferido en el tiempo, ha hecho que se adopten posturas que recogen en mayor o menor medida el principio *Rebus Sic Stantibus*. En los párrafos siguientes trataremos de sintetizar, aun a riesgo de simplificar, el tratamiento de un tema complejo en las distintas jurisdicciones comparadas que nos han parecido interesantes⁷. Además, conocer cómo se resuelve esta materia en los distintos países es importante desde el punto de vista práctico, toda vez que manejar el criterio legal aplicable puede incidir en la redacción de la cláusula de elección de ley aplicable a un contrato internacional⁸.

- La situación en Francia: El principio *Pacta Sunt Servanda* aparece claramente recogido en el Artículo 1134 del Código Civil Francés. Sin perjuicio de ello, también aparece recogida, como contrapartida, la noción de Fuerza Mayor como causal excluyente de responsabilidad contractual, si se dan los estrictos supuestos para su aplicación y que se recogen en los Artículos 1147 y 1148 del Código Civil francés⁹. Por años, la causal de Fuerza Mayor fue la única vía de escapar a las obligaciones contractuales frente a un cambio de circunstancias. Eso cambió a comienzos del siglo pasado, en que se comenzó a discutir la doctrina de la imprevisión. En efecto, la jurisprudencia se vio enfrentada a casos en que el cumplimiento del contrato, si bien era posible, se había hecho excesivamente oneroso para una de las partes. Esa discusión se dio originalmente en relación a contratos administrativos que involucraban a entes

⁷ BANFI (2006); pp. 29-49.

⁸ RIMKE (1999-2000); pp. 197-243.

⁹ FIROOZMAND (2007); pp. 161-185.

gubernamentales por un lado, y a particulares por otro. El caso emblemático se denomina *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux V. Ville de Bordeaux (1916)*, donde se acogió en definitiva que el cambio de circunstancias que afectaba la posición económica de las partes era suficiente argumento para la revisión de los términos contractuales¹⁰. Con todo, pareciera que aún no es posible sostener que la teoría de la imprevisión en Francia tiene un reconocimiento general, toda vez que la doctrina está dividida en cuanto a su aplicación más allá del ámbito de contratos administrativos. De esta forma la causal de Fuerza Mayor sigue siendo la forma de tratar el cambio de circunstancias tratándose de contratos entre particulares, sin que la teoría de la imprevisión reciba una aplicación general.

- a) La situación en Alemania: La situación sobre el cambio de circunstancias en materia contractual es bastante más flexible en Alemania. En efecto, la adhesión al principio *Pacta Sunt Servanda* es menos absoluta, según se desprende de los Artículos 241, 242 y 275 del Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB). Así por ejemplo, la norma del Artículo 242 establece que la parte debe cumplir sus obligaciones de acuerdo a la buena fe, y la interpretación de esa norma ha llevado a que los tribunales puedan exigir de los contratantes ejercer sus derechos y obligaciones de una manera que puede ir más allá de lo literal de los acuerdos entre las partes. Por lo mismo, la excesiva onerosidad sobreviviente, distinta de la Fuerza Mayor, es aceptada pudiendo los tribunales modificar e incluso dejar sin efecto las obligaciones de las partes. Además, el desarrollo de la doctrina denominada *Wegfall der Geschäftsgrundlage* se encamina expresamente a la posibilidad de adaptación del contrato a la realidad imperante¹¹. Debido a la aceptación clara de esta doctrina se puede decir que en Alemania se va más allá de los que sostiene la impresión francesa y se acerca a la noción de *Hardship*, que veremos.
- b) La situación en Inglaterra: Por mucho tiempo la aplicación estricta del principio de que las obligaciones contraídas debían cumplirse en forma estricta ("*Absolute Contract*"), independiente de los cambios en las circunstancias, fue la regla de aplicación general. Ello cambió a partir del fallo *Taylor v. Caldwell (1863)*, que marca un hito jurisprudencial que reconoció la noción de *Impossibility* en el

¹⁰ VON MEHREN y GORDLAY (1977); pp. 545-547.

¹¹ FIROOZMAND; *op. cit.*, pp. 169-173.

cumplimiento, es decir, aquellas circunstancias sobrevinientes que hacen imposible el cumplimiento. A partir de ahí se evolucionó el concepto inglés de *Frustration*, que recoge la idea de cambio de circunstancias en materia contractual y que partió siendo aplicado a casos donde el contrato se puede cumplir pero no tiene sentido para las partes que se cumpla justamente porque su propósito se frustró. Su caso más relevante es *Krell v. Henry (1903)*, en que el propósito del contrato se había frustrado, no imposibilitado en forma absoluta, y por lo mismo se estableció que el contrato debía terminar. A partir de ese hito la noción de *Frustration* ha comenzado a abarcar otras circunstancias distintas que alteran las obligaciones originalmente contraídas, tales como imposibilidad física, legal o incluso nuevas circunstancias que alteran las bases del contrato. La consecuencia de aceptar el argumento de *Frustration* es que el contrato debe terminar, no pudiendo el juez modificarlo o ajustarlo a la nueva situación. Con todo, hay jurisprudencia inglesa más reciente como en *J Lauritzen AS v. Wijsmuller BV (1990)* que demuestra que los tribunales de ese país desean mantener a raya las alegaciones de *Frustration*, dándole una interpretación restrictiva a las hipótesis para su aplicación, lo que no impide que las partes negocien libremente cláusulas de Fuerza Mayor y asignen en ellas libremente los riesgos que enfrentan el contrato.

- c) La situación en los Estados Unidos: Como herederos de la tradición inglesa, los tribunales norteamericanos han aplicado las nociones de *Impossibility* y de *Frustration*. Pero junto a eso se han elaborado teorías que van más allá y que buscan dar soluciones a casos concretos que no caen dentro de las nociones antes referidas. Surge así un desarrollo propio de ese país, la llamada doctrina de la *Commercial Impracticability*. Se demuestra así una característica de la evolución jurisprudencial en ese país, esto es, constante búsqueda de las mejores soluciones prácticas a los problemas. Agreguemos que la *Commercial Impracticability* a que nos hemos referido está expresamente recogido además en la Section 2-615 del *Uniform Commercial Code (UCC)* y en el *Chapter 11 of Restatement (Second) of Contracts 261*, dos fuentes legales de gran autoridad en dicho país. En efecto, el desarrollo de la noción de *Commercial Impracticability* complementa las nociones jurídicas de *Impossibility* y *Frustration* ya vistas y alcanza casi siempre a los casos de cambio de circunstancias económicas que rompen el equilibrio contractual. Con ello la *Commercial Impracticability* se aproxima a las nociones francesas de imprevisión y alemana de

Wegfall der Geschäftsgrundlage. Con todo, no debemos quedarnos con la sensación que la aplicación de estas teorías en los Estados Unidos es un tema pacífico en la doctrina, sino muy por el contrario, hay un fuerte movimiento a tratar de sistematizar el tema de una manera coherente, lo que ciertamente no resulta sencillo a la luz de las muy diversas situaciones a las cuales podría aplicarse. Esto ha hecho que cobre relevancia mirar el problema desde la óptica de la economía aplicada al Derecho y buscar las soluciones más eficientes al problema del cambio de circunstancias en los contratos¹².

- d) La situación en Argentina: Interesa consignar para el análisis de este fallo que la legislación argentina consagra desde hace muchos años la teoría de la imprevisión en sus normas civiles. En efecto, la Ley N° 17.711 de reforma al Código Civil argentino acogió en el año 1968 la excesiva onerosidad sobreviviente, al disponer en el Artículo 1198 inciso 2° del Código Civil que “En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimiento extraordinario e imprevisible, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas ajenas al riesgo propio del contrato”. Luego agrega “En los contratos de ejecución continuada, la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos” y finaliza indicando que “No procederá la resolución, si el perjudicado hubiera obrado con culpa o estuviera en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”. Es interesante traer a colación esta normativa argentina, dado que el trasfondo de la discusión del caso que se analiza, la crisis del gas natural, tiene su origen precisamente en ese país. Por lo mismo, a modo de revisión *ex post* de los resultados de esta contienda judicial, cabe preguntarse si la estrategia legal podría haber sido distinta, iniciando primero una revisión del contrato de Gasatacama con los productores en dicho país sobre la base legal antes referida. Luego, en función de una eventual resolución de dichos contratos, cuestionar mediante las adecuadas invocaciones jurídicas, la validez de los contratos de Gasatacama aguas abajo. Los resultados de una estrategia de esa naturaleza no los sabemos por ahora, pero a mi juicio

¹² POSNER (1977), pp. 83-118.

no se descarta que sea considerando en los casos que aún no se litigan frente a la crisis del gas y que de seguro tendremos oportunidad de ver en un futuro no muy lejano.

Por último, agreguemos que frente al dispar tratamiento que las legislaciones dan al tema del cambio de circunstancias aplicables a los contratos, desde el punto de vista contractual las partes pueden intentar acotar esa incertidumbre por la vía de redactar expresamente cláusulas de Fuerza Mayor o bien incorporar las cláusulas denominadas *Hardship*. Con ello es posible que cubran expresamente las hipótesis que más les preocupan en materia de riesgos, estableciendo claramente un listado de eventos que en caso de ocurrir hacen que la relación contractual se suspenda o derechamente termine sin responsabilidad para la partes en el caso de la Fuerza Mayor, o bien tratándose de una cláusula *Hardship* se genere una revisión normalmente hecha por las mismas partes o eventualmente un tercero. Lo interesante de una cláusula expresa de Fuerza Mayor es la posibilidad de alcanzar eventos que podrían quedar fuera de una aplicación de la *vis major* recogida en la legislación local, lo que es perfectamente legítimo toda vez que las partes pueden tomar sobre sí una o más hipótesis de Fuerza Mayor. Respecto de la noción de *Hardship* en general, digamos que se recoge en este concepto la idea de un cambio de circunstancias que hace que una de las partes, si bien puede cumplir, ese cumplimiento representa un sacrificio desproporcionado que rompe el equilibrio contractual¹³. Agreguemos que si bien las cláusulas *Hardship* han sido normalmente abordadas muchas veces desde una óptica de la contratación internacional, su estipulación en contratos puramente internos, como el que se analiza en el fallo, parece perfectamente válida. En síntesis, dado que en muchas legislaciones no está aceptado de manera clara el cambio de circunstancias en los contratos, negociar una cláusula de Fuerza Mayor detallada o bien la introducción de la noción de *Hardship* por la vía de una cláusula expresa en el contrato parece ser una opción deseable para hacerse cargo de este tema, estableciendo *ab initio* las consecuencias si se dan las hipótesis contempladas en la cláusula respectiva. Con todo, como los contratos son del mundo real, las partes harán una evaluación de los costos de transacción involucrados en la negociación de estas cláusulas y, actuando racionalmente, las partes no asignarán el riesgo cada vez que estimen que el costo de negociar esa asignación sea superior al costo esperado de asignar ese riesgo.

¹³ NEHME (2001); pp. 18-57.

VI. SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDANTE

En sede arbitral, Gasatacama presentó demanda en contra de Elecda, Emelari y Eliqsa, todas ellas pertenecientes al grupo Emel S.A. En su demanda, Gasatacama declara que la acción tiene por objeto que el Juez, en una labor de interpretación e integración de los contratos de Suministro de Energía y Potencia Eléctrica, celebrados el 6 de noviembre de 1998, declare:

- a) La terminación de los contratos suscritos entre las partes sobre la base del hecho que declara cierto y sustancial que el cumplimiento de las obligaciones de suministro y venta de energía eléctrica que tales contratos regulan a favor de Elecda, Emelari y Eliqsa, habría pasado a imponer a Gasatacama un grado de diligencia o cuidado significativamente mayor que el previsto en los contratos. Ello, originado en la situación de crisis del gas provocada por el gobierno argentino y que se ha traducido no solo en que las obligaciones de suministro se hayan vuelto en extremo gravosas para Gasatacama, sino que, peor aún, que deba enfrentar pérdidas que no puede resistir durante el resto de la vigencia de los contratos, quedando eximidas por esto, ambas partes, de la obligación de efectuar cualquier pago o indemnización como consecuencia de la referida terminación;
- b) En subsidio de la acción principal y por aplicación de la teoría de la imprevisión, declarar terminados los contratos suscritos entre las partes, por cuanto, a su juicio, Gasatacama ha dejado de quedar obligada a suministrar y vender a Elecda, Emelari y Eliqsa la energía eléctrica que establecen los citados contratos, toda vez que por acontecimientos imprevisibles y posteriores a la suscripción de los contratos, tales prestaciones han perdido por correlato el básico equilibrio bajo el cual fueron consentidas por la actora y, al igual que en el caso anterior, eximiendo a las partes de la obligación de efectuar cualquier pago o indemnización como consecuencia de la referida terminación; y
- c) en subsidio de la petición precedente y constituyendo la crisis del gas un evento de caso fortuito o fuerza mayor, declarar terminados los contratos suscritos entre las partes, atendido que Gasatacama no se encuentra obligada a suministrar y vender a Elecda, Emelari y Eliqsa la energía eléctrica a que se refieren los contratos celebrados, puesto que ello le significaría incurrir en perjuicios derivados de la ocurrencia de eventos imprevistos que no son susceptibles

de ser resistidos por la actora empleando el grado de diligencia que imponen los contratos, y, al igual que en los otros casos, liberando a ambas partes de la obligación de efectuar cualquier pago o indemnización como consecuencia de la terminación pedida.

A lo anterior, en su demanda Gasatacama hizo ver que si bien los mismos eventos que han dado lugar a la demanda, llevaron a los principales clientes libres de Gasatacama a repactar sus precios contractuales a las nuevas condiciones imperantes, en el caso de Elecda, Emelari y Eliqsa tal alternativa no se encuentra disponible en lo que toca a la esencia de los consumos contratados con Gasatacama, por cuanto al ser las demandadas empresas distribuidoras que destinan la energía que obtienen de Gasatacama fundamentalmente a servir a sus clientes regulados, el precio que gobierna la transferencia entre las partes por tales consumos no es un resorte a disposición de ellas, sino que se trata de una tarifa determinada por la autoridad conforme al procedimiento y criterios expresamente establecidos en la ley, con lo cual queda en evidencia que la demanda no encontraría su explicación en un eventual falta de disposición de Elecda, Emelari y Eliqsa para llegar a un acuerdo con Gasatacama en la forma y/o montos en que debería ser incrementada la tarifa con el objeto de ajustarla a las nuevas condiciones, y que ante la imposibilidad legal de poder ajustar de común acuerdo las tarifas de los contratos de suministro suscritos entre las partes, lo que sí resulta procedente tratándose de los clientes libres de Gasatacama, la demanda constituye la única vía procedente para que se declare que en las actuales condiciones Gasatacama se encuentra exenta de la obligación de suministro de que dan cuenta los contratos.

Respecto de los fundamentos legales, Gasatacama indicó:

1. Que el artículo 1546 del Código Civil reconoce y da un contenido preciso a la buena fe contractual y por su lado el artículo 1444 del mismo cuerpo legal se refiere a los elementos de la naturaleza de un contrato. Expresa la actora que Gasatacama no se encuentra obligada a cumplir los contratos de suministro por concurrir en la especie la eximente de responsabilidad de ausencia de culpa o incumplimiento no culpable, conforme al cual un contratante se encuentra exento de dar cumplimiento a sus obligaciones cuando ello le signifique emplear un grado de diligencia superior a aquel al cual se obligó al momento de contratar. En los contratos de suministro los contratantes son responsables de culpa leve y de acuerdo con el artículo 1547 del Código Civil, el deudor debe

acreditar que ha empleado la diligencia que le corresponde conforme a la utilidad del contrato, no la imposibilidad de resistir un hecho constitutivo de fuerza mayor ni la imprevisibilidad. Expresa que a virtud de lo anterior, el cumplimiento de la obligación que se le exige supondría desplegar un grado de diligencia que excede del que emana de los contratos de suministro y siendo esta imposibilidad de ejecución sustancial, lo pertinente es declarar terminados los contratos.

2. En subsidio de la solicitud principal, solicita se declare que Gasatagama se encuentra eximida de cumplir con los contratos de suministro por aplicación de la doctrina de la imprevisión. Al efecto, expresa que el artículo 1545 del Código Civil señala que el contrato es una ley para las partes y no puede ser invalidado por mutuo acuerdo o por causas legales, lo que garantiza la permanencia de los términos de intercambio por el tiempo que fuese. Para fundar la aplicación de la doctrina de la imprevisión, cita a don Lorenzo de la Maza y los fallos de don Claudio Illanes Ríos y don Ángel Cruchaga Gandarillas. Explica que los supuestos de la doctrina de la imprevisión son los siguientes: a) debe tratarse de un contrato bilateral, oneroso, conmutativo y de tracto sucesivo; b) debe haberse verificado un imprevisto sobreviniente y, c) el cumplimiento de la obligación debe importar al deudor un desembolso exagerado, todos los cuales, a su juicio, se cumplen.
3. En subsidio de las peticiones anteriores, solicita que se declare que Gasatagama no se encuentra obligada a cumplir los contratos de suministro, por concurrir en la especie un evento de caso fortuito o fuerza mayor. Esto, en atención a que, producto de situaciones imprevisibles Gasatagama no es capaz de contrarrestar o resistir sus efectos según el grado de diligencia a que se obligó en virtud de los contratos referidos. Señala que, de acuerdo con el artículo 45 del Código Civil, el caso fortuito es el imprevisto al cual no es posible resistir, y que Gasatagama se encuentra en la imposibilidad jurídica de cumplir con su obligación. Asimismo, citó el artículo 99 de la Ley Eléctrica, que establece que no se considera fuerza mayor o caso fortuito, las fallas de centrales a consecuencia de restricciones totales o parciales de gas natural provenientes de gasoductos internacionales; que resultaban tan imprevisibles los cortes de gas decretados por la autoridad argentina, como que solo una vez ocurrida dicha situación el legislador intervino a fin de reglar la circunstancia e impedir que tratándose de nuevos contratos fuera procedente invocarla, al haber dejado de ser ines-

perada, pero que los contratos se pactaron varios años antes que los cortes de gas perdieran el carácter de imprevisibles y que es precisamente lo que Gasatacama alega. Concluye expresando que de conformidad con la cláusula decimoctava y decimoséptima de los contratos de suministro, en el caso de Elecda, denominada "Obligaciones", dados los impuestos vigentes y las restricciones conocidas y proyectadas, la demanda constituye aviso escrito del evento constitutivo de fuerza mayor y, junto con lo anterior, solicita que se declaren terminados los contratos de suministro por dicha causa.

4. A lo anterior, Gasatacama agrega que aun cuando terminen los contratos de suministro, las demandadas quedarán amparadas por el ordenamiento jurídico, en lo que se refiere a la obtención de la energía que requerirán en el futuro. Esto, por cuanto las empresas que integran el CDEC respectivo, tienen la obligación de satisfacer íntegramente la demanda total del sistema, debiendo despacharse todas las unidades necesarias para tal fin, todo de conformidad con la Ley Eléctrica y su Reglamento que se ocupan de preservar la seguridad y continuidad de abastecimiento merced a la interconexión de los sistemas y sus obligaciones consiguientes de operación. Señala que lo anterior se encuentra reconocido por la Resolución Exenta N° 88 de 2001 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

VII. SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS DE LAS DEMANDADAS

Por su parte Elecda, Emelari y Eliqsa contestaron la demanda, solicitando sea rechazada en todas sus partes, con costas, en razón de los siguientes argumentos:

- a) GasAtacama pretende sustraerse ilegítimamente del cumplimiento de sus obligaciones sin que exista razón que la ampare, traspasando arbitrariamente a las demandadas perjuicios económicos que no le son imputables y que lo que se deduce es una defensa o justificación anticipada de un eventual incumplimiento futuro de obligaciones contractuales ya que descansan en verdaderas excepciones o defensas y no en acciones propiamente tales. Agrega que la terminación anticipada de los contratos implica modificar los contratos contra la voluntad expresa de las demandadas, lo que resulta expropiatorio y que de acuerdo con el artículo 682 del

Código de Procedimiento Civil y 1545 del Código Civil y faltando el mutuo consentimiento de las partes, debe concurrir una causa previamente establecida que determine su aplicación, lo que en la especie no se verifica. Expresa que las partes no pactaron una forma especial de poner término al contrato y que no existe norma alguna que permita poner término a un contrato en consideración a que hipotéticamente aumentó el grado de diligencia con el cual debe cumplirse;

- b) Que no procede aplicar la teoría de la imprevisión, desde el momento que no es reconocida por la legislación nacional y
- c) Que no se ha producido un caso fortuito o fuerza mayor por no concurrir sus elementos.
- d) Agrega que la actora ejerce una acción que no le corresponde a esa parte y se adelanta a ejercer un derecho que surge para ella del eventual incumplimiento. Expresa que no se trata de tres acciones sino de una misma y única acción que se ejerce tres veces, variando solo el fundamento de la misma; no considera la legislación eléctrica y señala que la terminación de los contratos sí perjudica a las demandadas, por cuanto se generaría gran incertidumbre en cuanto al precio aplicable al suministro destinado a clientes regulados, por cuanto no existe ninguna disposición vigente que los regule en caso de terminación judicial de los contratos y que dicha terminación judicial produciría graves perjuicios económicos para las demandadas respecto de los suministros comprometidos, tanto clientes libres como regulados y que, además, resultaría injusto, puesto que las demandadas han cumplido sus obligaciones generando utilidades para Gasatacama. En cuanto a los contratos celebrados, expresa que actualmente su vencimiento es el 31 de diciembre de 2011. Señala que la principal obligación de Gasatacama es suministrar y vender a las demandadas toda la potencia y energía eléctrica requerida para el suministro de sus clientes regulados y libres, con lo cual las demandadas renunciaron a la posibilidad de contratar las demandas provenientes del crecimiento natural de sus zonas de concesión con otras generadoras, haciendo fe de la declaración de la actora en el sentido que contaba con la capacidad suficiente. Respecto de las obligaciones de las demandadas, expresa que estas se obligaron a recibir y comprar de Gasatacama toda la potencia y energía eléctrica requerida para el suministro de sus clientes regulados y libres.

En cuanto a los fundamentos legales de su defensa, se expresó:

1. Que la demanda no contiene tres acciones incompatibles entre sí, a fin de que sean resueltas una en subsidio de la otra, sino que se deduce una única acción fundada en hechos similares, a los que se les da una distinta interpretación y calificación jurídica, con lo cual, expresan las demandadas desnaturaliza el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil y lo infringe, ya que se trata de una sola acción, cual es, la terminación de contrato sin indemnización y que el tribunal solo puede pronunciarse sobre la petición y fundamento principal, puesto que el resto de ellas no son subsidiarias. Además de lo anterior, expresan las demandadas que la demanda carece de sentido, por cuanto a la fecha no existe un conflicto actual entre las partes relativo al incumplimiento de las obligaciones contractuales susceptibles de ser resuelto por la vía judicial, ya que la demanda se basa en un hecho futuro e incierto, que por lo tanto aún no se ha producido, ni se sabe si va a ocurrir o no. Agrega que la actora pretende aplicar al caso exclusivamente criterios del derecho civil, prescindiendo del derecho eléctrico, puesto que se trata de contratos que no solo surten efectos entre quienes los celebran, como es el caso de los contratos civiles; en el caso, la terminación afectaría a los clientes libres y regulados, a las demás eléctricas y, posiblemente, generaría discrepancias y procedimiento contenciosos ante el Panel de Expertos, cuyo resultado es incierto. Señala que, por otra parte, las demandadas quedarían en una situación perjudicial, puesto que por una parte la ley no les permite interrumpir el suministro y, por otro lado, no dispondrían de contrato con un generador que les provea de título para efectuar retiros con cargo a este, con lo cual las distribuidoras deberán continuar suministrando a sus clientes a precio de nudo, en tanto que pasarán a retirar energía a precios y proveedores inciertos, lo que generará un grave conflicto con el resto de las generadoras, que se opondrá a abastecer a las demandadas a precios regulados, lo que podría llevar a las demandadas a una situación insostenible y sin solución en el mediano plazo.
2. En cuanto al argumento consistente en que el cumplimiento de los contratos excede el nivel de diligencia exigido por la ley a Gasatagama, expresa que esto no es así y si así fuera, no constituye causal legal para poner término a los contratos de suministro. Agrega que no existe norma legal en el sistema jurídico chileno que ampare la tesis de la demandante, en cuanto que el incumplimiento no culpable constituye una causal eximente de responsabilidad y

que los artículos 1545 y 1545 del Código Civil establecen todo lo contrario. Agrega que no concurren los presupuestos de hecho que invoca la actora para los efectos de aplicar la exención de responsabilidad por falta de culpa, por cuanto se está frente a una obligación de resultado; dicha obligación es de suministrar una obligación de género que se encuentra disponible en el sistema; ni siquiera ha cumplido con el deber de diligencia que la actora misma afirma que el contrato le impone y por cuanto en cualquier caso el nivel de diligencia exigible es muy superior al indicado por la actora, por tratarse de contratos sujetos a la legislación eléctrica, que contiene normas y criterios especiales al respecto.

3. En lo relativo a la denominada teoría de la imprevisión, según la cual estaría permitido dejar sin efecto los contratos de suministro por la ocurrencia de imprevistos ajenos a la voluntad de los contratantes, expresa que ella no tiene aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, sino en las situaciones de excepción expresamente establecidas por la ley. Señala que es un principio de orden público económico la seguridad, esto es, que en el mundo de los negocios merece protección la confianza razonable adquirida objetivamente por quien de buena fe celebra un contrato fundado en la expectativa cierta que le suscita una situación de apariencia creada o mantenida por el otro contratante, la cual debe ser protegida aunque de ello resulta un sacrificio para el derecho de este otro. Como excepciones, cita el artículo 2003 del Código Civil y el artículo 2087 del Código Civil. Señala que los hechos que la actora invoca como imprevistos no son tales, ya que ello requiere que las partes no lo hubieren podido imaginar al momento de celebrar el contrato, de manera que les resultaba imposible prevenir sus efectos o tomar las medidas necesarias para evitarlo; que en este caso, el hecho invocado consiste en el encarecimiento de uno de los combustibles para generar energía eléctrica, esto es, el gas natural y en su escasez. Señala que esto no es aceptable, puesto que todo el sistema interconectado se funda en que el costo de generar energía es variable. Por otra parte, expresa que la escasez de gas es un hecho que depende del cumplimiento de contratos y el evento del incumplimiento siempre existe. En cuanto al mayor costo, señala que no dice relación con los contratos celebrados sino con aquellos firmados con quienes la proveen de gas. Agrega que la teoría de la imprevisión no constituye una causal de terminación de un contrato, sino que introduce la posibilidad de revisión judicial, a fin de restablecer el equilibrio perdido.

4. En cuanto al tercer argumento presentado en la demanda en forma subsidiaria, señala que no concurre ningún evento de caso fortuito o fuerza mayor que la actora ha hecho consistir en el advenimiento de restricciones a las importaciones de gas desde Argentina y en el aumento de los impuestos a esa operación por decisión de la autoridad. A tal respecto, expresa la demandada, en la cláusula primera de los contratos se definió el concepto de caso fortuito, remitiéndose al Código Civil. Agrega que por lo anterior la pretensión debe ser rechazada y que la imposibilidad jurídica no constituye caso fortuito o fuerza mayor. Sobre la materia, la demandada expresa que los hechos invocados por la actora son completamente ajenos a las obligaciones asumidas por las partes en el contratos de suministro; que los contratos materia de autos no tienen por objeto el suministro de gas por Gasatacama, ni siquiera el suministro de potencia y energía eléctrica generada por medio de gas, ya que la actora se obligó a suministrar y vender a las demandadas la totalidad de la potencia y energía eléctrica que estas requieran, debiendo contar al efecto con la capacidad de generación suficiente para hacerlo y que los contratos en caso alguno podrían haber restringido el suministro al gas natural. Expresa que los hechos invocados por la actora no son constitutivos de caso fortuito de acuerdo con el artículo 45 del Código Civil, ya que no concurren los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad y que el hecho de que un contrato genere pérdidas a una de las partes jamás ha constituido una causal de terminación de un contrato, menos en los de larga duración y que es de suponer que experimentará variaciones, lo que no sucede aún en los casos de insolvencia; que la ley regula los efectos del caso fortuito y no lo establece como causal de terminación y que la demanda no constituye un aviso escrito de un evento constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor.

Agreguemos que en sendos escritos de Réplica por parte de la demandante y de Dúplica por parte de las demandadas, ellas reforzaron sus argumentos e hicieron alcances a las argumentaciones de la contraria, que no reproducimos dado que mantienen en esencia la línea de sus respectivas argumentaciones.

VIII. LAS CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO PARA FALLAR

El árbitro parte delimitando con claridad el conflicto que se ve obligado a resolver al señalar que se debe resolver la pretensión de una

de las partes de los contratos de suministro, dirigida a obtener la declaración de no encontrarse obligada a dar cumplimiento a aquellos pactados con las demandadas, sobre la base de que, si lo hace, le significa incurrir en cuantiosas pérdidas que no es capaz de resistir en su patrimonio y que, en último término, afectarán la existencia misma de la compañía y que, para ello, se ha valido de diversas instituciones, que, canalizadas a través del principio de buena fe contractual, han arribado a la aplicación de la diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones; la doctrina de la imprevisión y el caso fortuito.

A. La naturaleza de la actividad económica desarrollada por las partes

El árbitro parte afirmando que los contratos discurren sobre la base de obligaciones que reconocen su origen en un sistema jurídico reglamentado, cuyos alcances deben ser estudiados dentro de tal sistema. En definitiva, se debe efectuar una labor de integración normativa, que permita desprenderse de consideraciones que pudieren resultar meramente teóricas si no tienen la virtud de asilarse en el ordenamiento jurídico eléctrico.

Argumenta que las partes, con toda certeza, no han podido abstraerse de lo que naturalmente impone participar en alguna calidad en el negocio eléctrico, desde el momento que el derecho de asumir la calidad de agente en él impone deberes, uno de los cuales, tal vez el principal, consiste en no desarrollar acciones, en forma pasiva o activa, que impliquen aislarse del contenido del negocio en el cual voluntariamente, esto es, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, han querido interactuar. Es en esto en donde se debe radicar el consentimiento, más que en las obligaciones y derechos específicos de las partes, sin que por ello se las excluya, por cuanto la autonomía de la voluntad, a que se ha hecho referencia precedentemente, se encuentra, en todo caso, limitada por la naturaleza jurídica regulada del negocio.

Lo esencial del negocio materia de esta controversia, sostiene el árbitro, es que se trata de una actividad que no puede ejecutarse sin considerar que las empresas generadoras, transmisoras y distribuidoras operan interconectadas. Otra cosa son, entonces, las seguridades y garantías del sistema, fundamentalmente dirigidas al buen servicio a los usuarios regulados, y no a proteger los intereses particulares de la

cadena empresarial. En segundo término, debe reconocerse como un elemento incorporado al negocio, la calidad de servicio público que posee el servicio de distribución, que, si bien es cierto no se transmite a la actividad de la generación, no puede serle indiferente y con ello, ajena al contrato.

Es evidencia de lo anterior diversas normas contenidas en el ordenamiento jurídico eléctrico. Al efecto, cita el árbitro: **a)** el artículo 221 del Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos, que establece en su inciso 2º, lo siguiente: “Todo aquel que proporcione suministro eléctrico, tanto en generación, transporte o distribución, sea concesionario o no, será responsable del cumplimiento de los estándares de calidad de suministro que establecen este reglamento y las normas técnicas pertinentes”; **b)** el inciso segundo del artículo 224 del mismo Reglamento, dispone: “La responsabilidad por el cumplimiento de la calidad de servicio exigida en este reglamento, compete a cada concesionario”. Agrega el inciso segundo: “La responsabilidad por el cumplimiento de la calidad de suministro será también exigible a cada propietario de instalaciones que sean utilizadas para la generación, el transporte o la distribución de electricidad, siempre que operen en sincronismo con un sistema eléctrico. Todo proveedor es responsable frente a sus clientes o usuarios, de la calidad del suministro que entrega, salvo aquellos casos en que la falla no sea imputable a la empresa y la Superintendencia declare que ha existido caso fortuito o fuerza mayor”; y **c)** el artículo 240 inciso 1º, del citado Reglamento: “Para asegurar el cumplimiento de la obligación de dar suministro, los concesionarios de servicio público de distribución deberán disponer permanentemente del abastecimiento de energía que, sumado a la capacidad propia de generación, les permita satisfacer el total de sus necesidades proyectadas para, a lo menos, los próximos tres años”. Además se debe considerar lo dispuesto por el artículo 240 del mismo Reglamento General de Servicios Eléctricos, en cuanto dispone: “Para asegurar el cumplimiento de la obligación de dar suministro, los concesionarios de servicio público de distribución deberán disponer permanentemente del abastecimiento de energía que, sumado a la capacidad propia de generación, les permita satisfacer el total de sus necesidades proyectadas para, a lo menos, los próximos tres años” (Inciso 1º).

La operación interconectada de los sistemas eléctricos, indica el árbitro, impone uno de los principios sobre los cuales se ha estructurado, cual es, **el principio de la confiabilidad**. El artículo 225 de la Ley General de Sistemas Eléctricos (Texto Refundido, Coordinado

y Sistematizado de Ley General de Sistemas Eléctricos), establece: “Para los efectos de la aplicación de la presente ley se entiende por: r) Confiabilidad: cualidad de un sistema eléctrico determinada conjuntamente por la suficiencia, la seguridad y la calidad de servicio”. A su vez, la letra s) de la misma norma entiende por “Suficiencia” el “atributo de un sistema eléctrico cuyas instalaciones son adecuadas para abastecer su demanda”; por “Seguridad de servicios”, la letra t) señala que consiste en la “capacidad de respuesta de un sistema eléctrico, o parte de él, para soportar contingencias y minimizar la pérdida de consumos, a través de respaldos y de servicios complementarios”; y, finalmente, la letra u), define la “calidad de servicio, como el atributo de un sistema eléctrico determinado conjuntamente por la calidad del producto, la calidad de suministro comercial, entregado a sus distintos usuarios y clientes”. En consecuencia, concluye el árbitro, se tiene que, a diferencia de otras actividades comerciales, la generación, la transmisión y la distribución de energía eléctrica conforman un negocio regulado, que constituye, como se verá, una característica de las actividades que no son meramente privadas. Si bien es cierto que la generación, por sí sola no tiene el carácter de servicio público, como es el caso de la distribución, la ley la integra al sistema eléctrico y la asigna cualidades que de manera individual no tendría. Dicho de otra manera, la integración de la generación a un sistema interconectado cobra sentido solo si se la mira bajo este carácter.

Por otra parte, el **principio de la suficiencia** del sistema eléctrico, indica el árbitro, se dirige, en lo sustancial, a una cuestión de instalaciones, esto es, a exigir a quien intervenga en el sistema eléctrico, un nivel de instalaciones que le permita dar cumplimiento a este atributo. Esto no dice relación con el combustible que emplee el empresario para participar en el negocio, sino que, atendida la situación de su negocio particular dentro del sistema, realice las inversiones destinadas a tal efecto, de tal manera de ser, además, eficiente.

En cuanto al **principio de la seguridad de servicio** de un sistema eléctrico, manifiesta el árbitro, puede estimarse que dice relación, al igual que el anterior, con las instalaciones, pero encaminada más bien a la actividad de los Centros de Despacho Económico de Carga.

Finalmente, la denominada “calidad del servicio”, que luego el árbitro eleva a calidad de principio del sistema, dice relación con el servicio que recibe el usuario final, vale decir, centra su atención en la distribución, lo que no significa que sea una suerte de entidad in-

dependiente, desde el momento que se está hablando de un sistema eléctrico y de sus atributos.

Además, se debe tener presente para todo el análisis que se haga acerca de argumentaciones hechas valer en este juicio, la definición que de sistema eléctrico contiene la letra a) del artículo 225, de la Ley General de Servicios Eléctricos: “Conjunto de instalaciones de centrales eléctricas generadoras, líneas de transporte, subestaciones eléctricas y líneas de distribución, interconectadas entre sí, que permite generar, transportar y distribuir energía eléctrica”.

De esta manera, en los fundamentos del fallo indicados por el árbitro, el principio de la seguridad que integra una de las cualidades del sistema eléctrico, cual es, la confiabilidad, resulta particularmente relevante la consideración de que ya se ha hecho mención, en cuanto a la interconectividad del sistema eléctrico. Al efecto, el artículo 137 de la Ley (Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de Ley General de Sistemas Eléctricos), establece que “La operación de las instalaciones eléctricas que operan interconectadas entre sí, deberá coordinarse con el fin de: 1. Preservar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico; 2. Garantizar la operación más económica para el conjunto de las instalaciones del sistema eléctrico, y 3. Garantizar el acceso abierto a los sistemas de transmisión troncal y de subtransmisión, en conformidad a esta ley”. Agrega: “Esta coordinación deberá efectuarse a través de un CDEC, de acuerdo a las normas y reglamentos que proponga la Comisión”. Sin perjuicio de lo anterior, vale decir, de la labor de coordinación que el CDEC realice para garantizar la seguridad del sistema, el inciso segundo del artículo 184, del Reglamento de la ley General de Servicios Eléctricos, establece: “cada empresa efectuará, bajo su propia responsabilidad, la operación efectiva de las instalaciones de su propiedad o de aquellas que explote bajo cualquier título”.

De todo lo anterior, concluye el árbitro, la actividad de la actora, esto es, la generación, se encuentra inmersa en un sistema que, además de presentar las características que en líneas generales se ha esbozado, se distingue porque una de las etapas de la cadena presenta el carácter de servicio público: se trata de la distribución. En esta línea de pensamiento, el árbitro cita al Prof. Alejandro Vergara Blanco que expresa acerca de los principios de funcionamiento de cada servicio eléctrico así: “... hoy podemos afirmar como esenciales los siguientes caracteres de los servicios eléctricos: continuidad, obligatoriedad, regularidad y seguridad de los servicios eléctricos, los que operan tanto para la actividades de servicio público (distribución y

transporte), como para las que no lo son” (Derecho Eléctrico-Editorial Jurídica-2004). Estos caracteres se encuentran diseminados en la legislación eléctrica a través de distintas normas que enderezan sus términos hacia la seguridad, calidad y regularidad entre otros, quedando comprendidos, al decir del prof. Vergara, en su obra citada, en el concepto de calidad del servicio eléctrico. Por su lado, el artículo 225 de la ley Servicios Eléctricos (Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de Ley General de Sistemas Eléctricos), distingue la “calidad del producto” (letra v), la “calidad del suministro” (letra w) y la “calidad del servicio comercial” (letra x). Se entiende por “calidad del producto”, el “componente de la calidad de servicio que permite calificar el producto entregado por los distintos agentes del sistema eléctrico y que se caracteriza, entre otros, por la magnitud, la frecuencia y la contaminación de la tensión instantánea de suministro”; por “calidad del suministro” el “componente de la calidad de servicio que permite calificar el suministro entregado por los distintos agentes del sistema eléctrico y que se caracteriza, entre otros, por la frecuencia, la profundidad y la duración de las interrupciones”; y, por “calidad de servicio comercial”, el “componente de la calidad de servicio que permite calificar la atención comercial prestada por los distintos agentes del sistema eléctrico y que se caracteriza, entre otros, por el plazo de restablecimiento del servicio, la información proporcionada al cliente, la puntualidad en el envío de boletas o facturas y la atención de nuevos suministros”. De estas definiciones surge que el **principio de la calidad de servicio** es más bien un concepto que engloba toda la prestación que cada empresa o concesionario entrega a sus distintos usuarios o clientes y que para conocer su contenido es necesario revisar cada una de las exigencias derivadas (calidades del producto, del suministro y de servicio comercial)”. Sin embargo, este concepto no puede quedar desprovisto de los demás, sin los cuales puede perder sustancia y que, como ya se vio, son los de continuidad, seguridad, regularidad y obligatoriedad. Esto se ve especialmente refrendado por el artículo 224 del Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos, que hace responsable de la calidad de suministro a “cada propietario de instalaciones que sean utilizadas para la generación, el transporte o distribución de la electricidad”.

Agrega el árbitro a las consideraciones anteriores, que el Reglamento por su lado, más que trasladar la obligatoriedad de la calidad de servicio que impone a la distribución de energía eléctrica, le impone al generador responsabilidad por el cumplimiento de tal obligación. Ahora bien, los parámetros bajo los cuales debe ser observado el

cumplimiento de la obligación de que deriva tal responsabilidad, son los que el mismo artículo 221 del Reglamento establece. Ellos son: “a) las normas y condiciones que establezcan los decretos de concesión; b) la seguridad de las instalaciones y de su operación y el mantenimiento de las mismas; c) la satisfacción oportuna de las solicitudes de servicio, en los términos y condiciones establecidos en el Reglamento; d) la correcta medición y facturación de los servicios prestados, y el oportuno envío a los usuarios y clientes; e) el cumplimiento de los plazos de reposición de suministro; f) la oportuna atención y corrección de situaciones de emergencia, interrupciones de suministro, accidentes y otros imprevistos; g) la utilización de adecuados sistemas de atención e información a los usuarios y clientes; h) la continuidad del servicio, e i) los estándares de calidad del suministro”. Como ya se vio, la Ley define en su artículo 225, letra w), lo que debe entenderse por calidad del suministro.

Un primera conclusión relevante del árbitro es que el sistema eléctrico se encuentra estructurado, no solo materialmente sino también conceptualmente, **como un negocio integral**, en que ninguno de sus agentes quedan al margen, lo cual, además, es corroborado por la norma reglamentaria que establece la responsabilidad de todo los agentes que operan en el sistema eléctrico, por la calidad del suministro. Ahora bien, lo anterior reposa en otro principio que aplica de manera esencial en la actividad que se describe en estos razonamientos: **el principio de la confiabilidad del sistema eléctrico**. Se evidencia entonces que el ordenamiento jurídico eléctrico establece, de una manera un tanto inorgánica, principios más o menos globales que, en cada caso, se habrán de aplicar según la naturaleza de la prestación y la situación del agente afectado dentro del sistema eléctrico, siendo particularmente relevante destacar la confiabilidad, que viene a reunir los demás principios ya vistos, esto es, la suficiencia, la seguridad y la calidad de servicio.

Por su lado, el artículo 221 del Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos, hace una distinción entre “calidad de servicio” y “calidad de suministro”. En su inciso primero, señala que los concesionarios de servicio público de distribución, son responsables del cumplimiento de los estándares y normas de calidad de servicio; el inciso segundo establece la responsabilidad del que proporcione suministro eléctrico, tanto en generación, transporte o distribución, por el cumplimiento de las normas y estándares de “calidad de suministro”. Ya se dijo lo que comprende la “calidad de servicio”, como asimismo, la responsabilidad de los concesionarios por el cumplimiento

de esta obligación. Respecto de la “calidad de suministro”, el artículo 223 del Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos, señala: “La calidad del suministro es el conjunto de parámetros físicos y técnicos que, conforme a este Reglamento y las normas técnicas pertinentes, debe cumplir el producto electricidad. Dichos productos son, entre otros, tensión, frecuencia y disponibilidad”. De esta obligación, esto es, de la “calidad de suministro”, es responsable también el propietario de las instalaciones utilizadas para la generación, transporte o distribución y, en definitiva, el proveedor frente a su cliente o usuario, agregando la norma reglamentaria un principio de orden general en materia de responsabilidad para este caso: “salvo aquellos casos en que la falla no sea imputable a la empresa y la Superintendencia declare que ha existido caso fortuito o fuerza mayor”, lo que se analiza más adelante en el fallo. En consecuencia, el concesionario de distribución es responsable de la “calidad de servicio” y de la “calidad de suministro”. De lo anterior se desprende la obligación de continuidad, sobre la base de la prestación de un servicio y producto de calidad, de acuerdo con los estándares que la normativa establece, obligación que recae en el servicio público de distribución y que resulta, al decir del Prof. Vergara, comunicado por el hecho de la interconexión a los demás prestadores de energía eléctrica. El autor identifica esta relación con la regularidad del servicio, principio fundamental de todo servicio público.

Finalmente, señala el árbitro, una de las obligaciones fundamentales que la Ley General de Servicios Eléctricos establece de manera directa para los distribuidores, es el de la continuidad del servicio eléctrico. Si bien es cierto que se encuentra aludido en diversas disposiciones, tales como los artículos 140, 146 y 163 de la Ley General de Servicios Eléctricos (Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de Ley General de Sistemas Eléctricos), no se debe olvidar que es este uno de los elementos que caracterizan un servicio público. La continuidad de servicio es propia de un servicio público y es tal el de distribución. Resulta atingente analizar lo que el artículo 163 de la Ley General de Servicios Eléctricos (Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de Ley General de Sistemas Eléctricos), establece para el caso de fallas prolongadas, particularmente en el caso de la generación. Como ha quedado dicho, las empresas generadoras son responsables de la continuidad de servicio eléctrico, de tal manera que, frente a una interrupción o suspensión de energía eléctrica no autorizada, quedan expuestas a compensaciones y multas que pueden serle aplicadas, de acuerdo con el artículo 16 B de la Ley N° 18.410, que

crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. En efecto, la citada norma establece que la interrupción o suspensión no autorizada que afecte a una o más áreas de concesión de distribución, da lugar a compensaciones a los usuarios sujetos a regulación de precios, “independientemente del derecho que asista al concesionario para repetir en contra de terceros responsables”. Como fácilmente se puede desprender de la norma, uno de estos terceros podría ser una empresa generadora que suspenda o interrumpa el servicio de generación al margen de la ley. Por consiguiente, se regresa nuevamente a la característica que tiene la participación en el sistema eléctrico interconectado, en términos tales que, si bien no lo transforma en un servicio público, sí se transmiten sus efectos, particularmente uno de ellos, el de la continuidad del servicio.

B. El contrato entre las partes

El árbitro deja constancia que mediante instrumentos privados de 6 de noviembre de 1998, protocolizados el 7 de noviembre del mismo año en la Notaría de don Raúl Undurraga Laso, Noroeste Pacífico Generación de Energía Limitada, hoy Gas Atacama Generación S.A., celebró contratos de suministro de Energía y Potencia Eléctrica materia del litigio. En la cláusula segunda de los citados contratos se pactó lo que sigue como objeto del contrato: “NOPEL, cuyo giro es la producción, transmisión y comercialización de electricidad, declara contar, bajo las condiciones que se señala en el presente Contrato, con la capacidad de generación suficiente para suministrar a (EMELARI-ELISA-ELECDA) la potencia y la energía eléctrica que esta requiera. Esta capacidad de generación eléctrica de NOPEL proviene de unidades generadoras propias y de terceros”. La misma cláusula agrega: “(EMELARI-ELISA-ELECDA), sociedad cuyo giro principal es la distribución de energía eléctrica, declara que como Empresa Distribuidora de Servicio Público, requiere comprar la potencia de energía asociada, para satisfacer las necesidades de sus clientes ubicados en la (I-II) Región del país”. El tercer párrafo de la cláusula establece: “Las partes han llegado a un acuerdo en virtud del cual NOPEL se obliga a suministrar y vender y (EMELARI-ELISA-ELECDA) se obliga a recibir y comprar, la totalidad de la potencia y energía eléctrica requerida por esta última para suministrarla a sus clientes regulados y a sus clientes no regulados, de acuerdo a lo establecido en este contrato”. No menos importante, es la cláusula novena: “NOPEL y (EMELARI-ELISA-ELECDA) se comprometen a respetar las condicio-

nes y exigencias de calidad de servicio y suministro, y seguridad de servicio que establece la Ley Eléctrica y que se hayan incluido en el cálculo de las tarifas reguladas. Tanto el suministro y el consumo deberán cumplir con las normas y regulaciones sobre estándares de calidad que establece la Ley Eléctrica”.

Por otra parte, en los contratos citados, se pactó la siguiente cláusula de responsabilidad: “NOPEL no será responsable en ningún caso de los perjuicios que pueda sufrir (EMELARI-ELISA-ELECDA) o terceros por falta de suministro total o parcial de energía eléctrica causado por cualquier accidente o hecho que interrumpa, paralice o perturbe el servicio y que provenga de fuerza mayor o caso fortuito. A su vez, (EMELARI-ELISA-ELECDA) no será responsable de los perjuicios o perturbaciones que pueda sufrir el sistema de NOPEL, causados por cualquier accidente o falla ocurrida en el sistema eléctrico de (EMELARI-ELISA-ELECDA), que provenga de fuerza mayor o caso fortuito”. Agrega la cláusula: “Respecto a la ocurrencia de todo hecho que no sea constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, las responsabilidades de los contratantes se regularán por las normas de derecho común”. Asimismo, y en relación con la anterior, la cláusula Decimoctava, establece: “La parte que no pueda cumplir con alguna de sus obligaciones en razón de fuerza mayor o caso fortuito, tan pronto como ella ocurra, deberá dar aviso a la otra parte del hecho constitutivo de esa fuerza mayor o caso fortuito, de las medidas que ha adoptado o adoptará para superarla y del tiempo durante el cual estima que continuará impidiéndose el cumplimiento de su obligación. Las partes convienen que harán sus mejores esfuerzos para prevenir estos hechos, minimizar sus efectos y superarlos en el menor tiempo posible”.

C. Consideraciones respecto de los argumentos de la demanda

Las cláusulas transcritas precedentemente, en lo sustancial, son las que le permiten al árbitro analizar las pretensiones y defensas que en este juicio se han hecho valer por las partes. Esto, ya sea que el análisis quede centrado en la doctrina de la culpa, de la imprevisión o del caso fortuito.

C.1. La ausencia de culpa como eximente de responsabilidad

Sostiene la demanda que Gasatacama no se encuentra obligada a cumplir los contratos de suministro por concurrir en la especie la exi-

mente de responsabilidad de ausencia de culpa o incumplimiento no culpable. Con posterioridad, en su escrito de réplica, sostiene que el cumplimiento de tales contratos, atendido los hechos sobrevinientes ocurridos con posterioridad a sus suscripción, esto es, las restricciones a los envíos de gas y los gravámenes impuestos por el Estado argentino, han pasado a imponer a Gasatacama un grado de diligencia superior al pactado, en términos de proceder a declarar terminada tales convenciones por contemplar obligaciones no exigibles. Para ello se funda, básicamente, en los artículos 44, 45, 1547, 1440, 1441, 1546 y 1547 del Código Civil.

Para resolver adecuadamente este argumento el árbitro se centró en el estudio de qué se entiende por hecho sobreviniente; si el corte o restricción a los envíos de gas y los gravámenes ya referidos, constituyen un hecho sobreviniente a los contratos de suministro; cuál es el grado de diligencia que le han impuesto los contratos de suministro y si la alteración de tal grado de diligencia, de existir, trae como consecuencia el deber de dar por terminados los contratos por ausencia de una obligación exigible. Respecto del primer punto el árbitro concluye que un hecho es sobreviniente, cuando ocurre de improviso y, respecto del cual no ha sido posible anticiparse ni tomar medidas de mitigación de ninguna especie. En el caso, los hechos alegados como sobrevinientes serían las restricciones a los envíos de gas y los gravámenes impuestos por el Estado argentino, en términos de hacer extremadamente más gravosa la obligación de suministro pactada. Sin embargo, de lo invocado por la actora se desprende que aquello que la liberaría de dar cumplimiento a su obligación de suministro no es el hecho que invoca como sobreviniente, presuntamente constitutivo de tal eximente, sino los efectos del mismo. No se trata entonces de que el hecho que ha sucedido la exima de dar cumplimiento al contrato, sino los efectos de tal hecho, que, en este caso, consistirían en la agravación del grado de diligencia, todo lo cual conduciría a dicho resultado exoneratorio. Aparece, a juicio del árbitro, que la actora, en su intento de argumentar sobre la base de un hecho que en esta parte no se trataría de un hecho fortuito, se extravía en su argumentación a grado de tal confundir lo que la eximiría de responsabilidad, con los efectos del mismo hecho, de tal suerte que arrastra en su argumentación una conclusión imposible. En efecto, concluye, si se invoca como eximente de responsabilidad un hecho que sobreviene a la celebración del contrato, este debe poseer la autonomía suficiente para privar de responsabilidad al deudor, sin que sea necesario incorporar razonamientos destinados a acreditar que se ha aumentado el grado

de diligencia, que es un efecto de tal hecho, ya desprendido del hecho mismo. Un hecho, o hace posible o hace imposible el cumplimiento de un contrato: si lo hace más gravoso, con ello no se está significando necesariamente que se está haciendo imposible el cumplimiento de un contrato o imponiendo mayor grado de diligencia, como serían las circunstancias de mercado que afectan normalmente a los negocios, tales como factores inflacionarios, tipo de cambio, aumento de impuestos, conflictos laborales u otros. Se trata, entonces, de un hecho que, aun cuando se lo califique de sobreviniente, no impone mayor grado de diligencia, ni puede conducir a la conclusión en el sentido que impida dar cumplimiento al contrato, configure una eximente de responsabilidad o produzca la terminación de los contratos. Debe concluirse entonces que un hecho sobreviniente, por sí solo, no necesariamente reúne los requisitos para producir los efectos buscados por la actora y, además, que los hechos sobrevinientes son de la naturaleza de los contratos, debiendo las partes tomar las medidas necesarias destinadas a evitar los daños consecuenciales a tales hechos, siendo esta última la actitud diligente y no la que estima que su ocurrencia es constitutiva de terminación de contrato o de eximente de responsabilidad por un supuesto aumento de la diligencia en su cumplimiento. Lo anterior, a menos que el hecho sobreviniente pueda ser calificado de caso fortuito.

Para despejar las dudas que pudiere suscitar la tesis de la agravación del grado de diligencia, y constatar si la demandante se encuentra eximida de responsabilidad por el no cumplimiento de la obligación de suministro y, consecuentemente, la terminación de contrato se hace más vigorosa, el árbitro consideró que debe atenderse a los requisitos que debe cumplirse para que el hecho del tercero extinga la obligación del deudor. De acuerdo con la doctrina ellos son: a) el tercero debe ser independiente del deudor, esto es, no debe tratarse de un trabajador del deudor, o hallarse bajo su cuidado o subordinación o no ser responsable de los hechos del tercero, todo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1679 del Código Civil, conforme al cual "En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable"; b) el deudor no puede haberse valido del tercero para dar cumplimiento a la obligación, ya sea que se le haya encomendado a este tercero el cumplimiento de la misma o que colabore con él para su cumplimiento; c) la acción del tercero debe ser sobreviniente, imprevista y generar un obstáculo de tal entidad para el cumplimiento de la obligación que el deudor no esté obligado a evitarla.

Conforme ha quedado dicho con anterioridad, al árbitro le correspondió determinar si las restricciones de gas y la imposición de gravámenes al mismo constituyen hechos sobrevinientes. En opinión del árbitro, tales hechos no son, indiscutiblemente, hechos sobrevinientes, desde el momento que no cumplen con los requisitos precedentemente especificados para ello. Por otra parte, desde la postura contraria a la que se postula en el fallo, la sola circunstancia de ser sobreviniente un hecho, no alcanza para entender que extingue una obligación o que libera de responsabilidad al deudor. Eso pertenece más bien al caso fortuito, que constituye otro capítulo diferente de las pretensiones de la actora.

Lo que la actora sostiene, razona el árbitro, es que el aumento de diligencia o cuidado a consecuencia de un hecho sobreviniente, que a su vez agrava la diligencia o cuidado que ha debido emplear en el cumplimiento del contrato, es lo que la libera de servir una obligación cuyo cumplimiento es imposible, liberándola de responsabilidad contractual por ello. Sin embargo, en el caso, se trata del conflicto que puede producir la aplicación de la ausencia de culpa versus el caso fortuito o fuerza mayor y su integración a las obligaciones de medios o de resultados. En efecto, la ausencia de culpa, por una parte y el caso fortuito o fuerza mayor, por la otra, son cosa distinta y ello permite entender que se las haya tratado de manera diferente en la demanda. En la ausencia de culpa, el deudor está exento de responsabilidad desde el instante en que se acredite que ha actuado con la diligencia y cuidado debidos. En cambio, en el caso fortuito, se requiere la imposibilidad absoluta de que una persona prudente actuara de manera diferente a como lo ha hecho el deudor. Esto es, no ha podido obrar de manera diferente. Con el objeto de sustentar su tesis, la actora cita diversos autores que tratan la materia, concluyendo que para dar cumplimiento a su obligación, frente a las circunstancias anotadas, hubiera debido actuar con una diligencia y cuidado superiores a los que le eran exigibles. Sin embargo, se pregunta el árbitro ¿en qué consistía este aumento de diligencia y cuidado? ¿Se trata de un hecho realmente sobreviniente que ha impedido, según un modelo abstracto de conducta de acuerdo con la prudencia y diligencia que eran exigibles al deudor, cumplir con la obligación, o se trata del hecho de un tercero? El artículo 1547 del Código Civil es claro cuando expresa: "La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega". En consecuencia, la ley establece una presunción de culpabilidad en contra del deudor que ha incumplido su obligación, la que puede

ser destruida acreditando que dio cumplimiento a la diligencia que le correspondía de acuerdo con el contrato celebrado. Sin embargo, surge la duda acerca de la naturaleza de las obligaciones contraídas bajo los contratos de suministro. El árbitro analizó con anterioridad la legislación eléctrica, en cuanto a que la generación constituye un negocio que se encuentra indirectamente afectado por el carácter de servicio público de la distribución y transporte de electricidad, como asimismo, el régimen de responsabilidad por la continuidad de servicio y la calidad de suministro. Este régimen implica, en opinión del árbitro, la existencia de una suerte de responsabilidad cercana a la objetiva, que deriva precisamente de haberse pactado una obligación de resultado. En el caso de la legislación eléctrica, sostiene el árbitro, se admite la falta de responsabilidad en aquellos casos en que se acredite caso fortuito o fuerza mayor, que no es el caso de autos en este capítulo de la demanda, en que se alega, como se ha venido diciendo, la ausencia de culpa y no el caso fortuito o fuerza mayor. Al efecto, el árbitro reproduce lo que al efecto ha expresado el Profesor Iñigo de la Maza Gazmuri y Carlos Pizarro Wilson, en su obra "Responsabilidad Civil-Casos Prácticos" (LexisNexis-2006): "Ante el incumplimiento de una obligación de resultado el deudor no puede exonerarse probando que fue diligente, que su conducta estuvo acorde con aquella tipificada en el contrato o en la ley. La única causal de exoneración de responsabilidad está dada por la fuerza mayor o el caso fortuito. Ciertas obligaciones contractuales tienen el carácter de resultado, pues el deudor se obliga a satisfacer la pretensión sin consideración a los esfuerzos de diligencia que despliegue. En estos casos no procede la exoneración por diligencia, ya que la responsabilidad está fundada en la causalidad, mas no en la culpabilidad." Agregan los autores: "Por lo anterior, nos parece inapropiado desconocer el interés por la distinción entre la fuerza mayor y la ausencia de culpa. Al desconocer la relevancia de la distinción se deja sin resolver el problema de la fuerza mayor en todas las hipótesis de responsabilidad objetiva. No es posible asimilar la prueba de una conducta diligente a la fuerza mayor en presencia de una obligación de resultado. El deudor de una obligación de resultado, por ejemplo, el proveedor de un producto o servicio, no puede escapar a su responsabilidad, sino probando fuerza mayor o caso fortuito. En otros términos, el proveedor no podría argumentar que ha hecho lo mejor posible para lograr el cumplimiento de su obligación, él debió alcanzar el resultado (prestación) con independencia del comportamiento ejecutado". Con todo, aclara el árbitro, lo anterior no puede dar lu-

gar a pensar que al deudor no le es exigible un deber de conducta de acuerdo con la naturaleza del contrato celebrado; no se trata de liberarlo de un comportamiento ni de eliminar toda consideración acerca de la conducta ideal. Ello sería antijurídico y atentaría contra el principio de buena fe que debe imperar en todos los contratos, cualquiera sea su contenido. Se trata, entonces de impedir que, en razón de la ausencia de culpa, en un contrato cuyas obligaciones son de resultado, el deudor pretenda eximirse de responsabilidad sobre la base de considerar que empleó la conducta adecuada o el grado de diligencia que la ley y el contrato le exigían. En conclusión, el árbitro sostiene que hay contratos en que, por su propia naturaleza, la distinción entre obligaciones de medios y de resultados es la única que permite dar sentido al contrato celebrado. Si bien es cierto que no todos los contratos son de resultado, cuando en ellos se encuentra comprometido un servicio público de distribución, cuando el servicio forma parte de una cadena interconectada, cuando lo que se garantiza es calidad y continuidad, cuando el caso fortuito o fuerza mayor constituye una materia restringida, no hay mayores dudas acerca de que en el contrato celebrado no se encuentra involucrada la simple diligencia, debiendo concluirse que en ellos, el deudor, para liberarse de responsabilidad, debe acreditar que ha concurrido caso fortuito o fuerza mayor y no ausencia de culpa.

C.2. La teoría de la imprevisión

Como segundo fundamento de sus pretensiones, y de manera subsidiaria, Gasatacama sostuvo que no se encuentra obligada a cumplir los contratos de suministro por aplicación de la doctrina de la imprevisión. Al efecto, señala la actora, de acuerdo con dicha doctrina, el deudor se encuentra facultado para eximirse del cumplimiento de una obligación cuando un imprevisto ajeno a la voluntad de las partes contratantes ha hecho que su obligación se vuelva excesivamente onerosa.

Como bien señala el árbitro, esta doctrina ha sido objeto de discrepancias por la doctrina nacional, habiendo diversas posiciones sobre el tema. La primera de ella y la más conocida y aceptada por nuestra jurisprudencia, es aquella conforme a la cual el tenor del artículo 1545 del Código Civil, que le concede fuerza de ley al contrato, impide su aplicación, desde el momento que según la norma citada, un contrato válidamente celebrado no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Esto es, se aplica en toda su extensión el principio de "*pacta sunt servanda*".

La segunda posición es la que considera que la doctrina de la imprevisión recibe aplicación cuando un hecho imprevisto altera el contenido del contrato, aun cuando su cumplimiento sea posible, pero extremadamente oneroso, sin perjuicio de lo cual, sería necesaria una reforma legal que autorice tal modificación.

La tercera posición, considera que la doctrina de la imprevisión no requiere texto legal expreso y que ella puede ser aplicada bajo los principios generales del derecho en materia contractual.

El árbitro reseñó lo que distintos autores han manifestado acerca de la doctrina de la imprevisión. El prof. René Abeliuk Manasevich, frente a la pregunta que formula en su obra "Las Obligaciones" (Ediar Editores Ltda.-1983), acerca de si procede la imprevisión como institución de carácter general, expresa lo que sigue: "En nuestra opinión la respuesta es negativa; desde luego hay que destacar, como lo reconocen aún quienes piensan lo contrario, que la institución no está expresamente contemplada, por obvias razones de época, en disposición general alguna; ella tiene que resultar de los principios y preceptos de carácter general. Y es por ahí donde no puede penetrar la imprevisión, porque se estrella irremediablemente la institución; fundamentalmente es el artículo 1545, el que la excluye, pues el contrato no puede ser dejado sin efecto, y con menos razón aún modificado, si no es por voluntad de las partes, o por causas legales. Y entre ellas no está la imprevisión; además que los jueces en materia civil no tienen otras facultades que las que se les han otorgado, y nadie les ha dado la de modificar las convenciones". Por su parte, don Lorenzo de la Maza R. ha señalado que la teoría de la imprevisión es "la doctrina jurídica (conjunto de principios de derecho debidamente fundados) que sostiene que el juez puede intervenir a petición de cualquiera de las partes, en la ejecución de la obligación, con el objeto de atenuar sus efectos, cuando, a consecuencia de acontecimiento imprevisibles para las partes en el momento de formarse el vínculo jurídico, ajenos a su voluntad y que producen perturbaciones graves con relación a toda una categoría de contratantes, la ejecución de la obligación se hace más difícil, o más onerosa, y siempre que aquel llegue a formarse la convicción de que siendo previsibles estas perturbaciones las partes no se habrían obligado en las condiciones prefijadas" (La Teoría de la Imprevisión en relación con el Derecho Civil Chileno-Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile-1933).

Siguiendo al mismo autor Sr. Lorenzo de la Maza, en su obra ya citada, el árbitro distingue los requisitos comunes del acontecimiento que fundamenta la imprevisión alegada, son los siguientes: **a)** debe ser imprevisible en el momento de nacer la obligación. Al efecto, el mismo autor ha efectuado la distinción entre lo imprevisto y lo imprevisible. Señala que lo imprevisto es lo que no ha sido conocido o visto con anticipación; en cambio, lo imprevisible es lo que no ha podido ser conocido con anterioridad, agregando que es imprevisto el hecho cuyo advenimiento pudo saberse con anticipación e imprevisible el hecho del cual no ha podido tenerse conocimiento en circunstancias normales, antes de concurrir; **b)** debe ser independiente de la voluntad de las partes; **c)** Debe afectar a toda una categoría de contratantes; producir una alteración o perturbación tan extraordinaria y grave en las condiciones normales de la vida social, en el desarrollo ordinario de los negocios, en las relaciones económicas de los individuos, que las partes no se habrían obligado de haberlas podido tener en vista. Vale decir, este requisito excede la esfera de los contratos celebrados, afectando el marco general de los negocios; y **d)** Sin hacer material y absolutamente imposible la ejecución de los obligaciones, debe dificultarla en forma considerable, hacerla exorbitantemente más onerosa o imponer al deudor un perjuicio apreciable y grave, en tanto el otro obtiene exorbitantes beneficios.

Para estos efectos, sostiene el árbitro, es útil verificar si en el caso de los contratos de suministro de autos se cumplen estos requisitos, haciendo desde luego la advertencia que en el caso, no puede enderezarse el razonamiento a ningún argumento que permita confundir la imprevisión con el caso fortuito o fuerza mayor, cuya naturaleza se estableció en el capítulo en que se analizó esta pretensión. Asimismo, es útil señalar que analizó esta doctrina sobre la base de lo escrito por don Lorenzo de la Maza, sin dejar de lado lo escrito por otros autores, haciendo presente que el Sr. De la Maza ha manifestado la conveniencia de que se legisle cuidadosamente acerca del efecto de los contratos, incorporando esta doctrina por una ley permanente de aplicación restringida. Esto, por cuanto los requisitos que establecen los demás autores son, en términos generales, coincidentes.

Que, atendiendo al primer requisito, esto es, que el hecho sea imprevisible al momento de nacer la obligación, el mismo autor Sr. De la Maza, ha dicho lo que entiende por imprevisible, esto es, debe tratarse de un hecho que no ha podido ser conocido con anterioridad, agregando que es imprevisto el hecho cuyo advenimiento pudo saberse con anticipación e imprevisible el hecho del cual no ha podido

tenerse conocimiento en circunstancias normales, antes de concurrir. En este punto, conviene distinguir de qué hecho se está hablando, si de la falta de gas por incumplimiento de la obligación de suministro por los proveedores argentinos, de la imposibilidad de proveer gas, cualquiera sea la causa o del valor del precio del nudo. En opinión del árbitro, lo que debe preguntarse el intérprete va más allá del posible incumplimiento de los proveedores argentinos, debiendo preguntarse qué debe hacer el deudor frente a la imposibilidad de suministrar energía y potencia, en un contrato en que, dada su naturaleza, se encuentra obligado a proporcionarlo. Circunscribir el análisis solo a la falta de suministro de gas desde Argentina, equivale a decir que la obligación consistía en suministrar energía y potencia utilizando el gas como combustible, lo que no se conforma con lo pactado; sería desnaturalizar lo convenido y no entender la intención común de los contratantes. Así las cosas, resulta de sentido común, y la ley y el contrato deben quedar enmarcados dentro de él, que lo que nació como una carga, esto es, la posibilidad de falta de gas, independiente de su causa, debió materializarse en el terreno de las medidas que debían adoptarse con el objeto de evitar un resultado que, sin lugar a dudas, debió haberse representado. De esto se deriva que, necesariamente, las posibilidades o riesgos de no cumplir a las distribuidoras, cualquiera sea la causa, debió habérsela representado Gasatacama, puesto que integraba su negocio, no el de dichas distribuidoras. Por consiguiente, lo que debe precisarse es si lo invocado bajo la teoría de la imprevisión resultaba imprevisible a la época de celebración del contrato. Como se sabe, el hecho consiste en la aplicación de restricciones al envío de gas desde Argentina y en la imposición de gravámenes a los mismos. En opinión del árbitro, este constituye un hecho que ha afectado el contrato celebrado entre Gasatacama y sus proveedores argentinos; si se trasladara sus efectos al contrato de autos, lo que en opinión del árbitro no procede, no podría ser considerado como imprevisible, desde el momento que no se trata ya del incumplimiento que se entiende incorporado en todo contrato, se trata del incumplimiento de otro contrato, el que respecto de los contratos de suministro, resulta, a lo menos, imposible. No es un hecho imprevisible respecto de ellos, es imposible. Lo que debió haberse representado entonces la actora es el efecto que podría ocasionar en sus contratos de suministro en Chile, el incumplimiento de los contratos de suministro de gas argentino, tarea que le pertenece solo a Gasatacama. Al efecto, es útil consignar, no solo lo que señala el artículo 1489 del Código Civil, que expresa que “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los

contratantes lo pactado”, sino también, lo expresado por el inciso segundo del artículo 1563 del mismo Código, en cuanto señala que “las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”. Surge la pregunta, entonces, acerca de cuál sería en el caso la cláusula de uso común. Se trata en el caso de una cláusula que incidirá en el contrato entre la actora y sus proveedores y otra que lo hará respecto de los contratos de suministro con las demandadas. En lo que interesa a este fallo, la obligación implícita, la cláusula de uso común y por ello, a la que no puede darse el tratamiento de imprevisible, es aquella conforme a la cual Gasatacama se obligó a adoptar todas las medidas para dar cumplimiento a su obligación de suministro, obteniendo con ello un resultado, no de suministro a través de un determinado combustible de generación, sino de suministro de energía y potencia eléctrica. En conclusión, en el caso no se cumple con el requisito de tratarse de un hecho imprevisible, por cuanto de aceptarse esta tesis, se estaría trasladando el hecho, como efecto de un contrato del cual las demandadas no son parte y, consecuentemente, alterando las obligaciones pactadas por una circunstancia que no es imprevisible respecto de los contratos que interesan a estos autos. Ahora bien, para el caso que se quiera buscar el hecho imprevisible en los contratos de suministro celebrados con las demandadas, cosa que se ha dicho, no se ajusta a lo que el árbitro ha entendido, habría que encontrar el hecho imprevisible en las consecuencias que en dichos contratos ha tenido tal hecho, puesto que, como ha quedado expresado, Gasatacama no se obligó a suministrar energía y potencia con el gas que le entregaran proveedores argentinos. Así las cosas, el problema no quedaría radicado ya en la determinación acerca de cuál es el acontecimiento imprevisible, sino que cuándo tiene este carácter. Ya se dijo que el acontecimiento invocado como imprevisible es el incumplimiento, conformado por las restricciones y gravámenes que afectan a otros contratos. Con todo, si aceptáramos por un instante y solo para los efectos de este análisis, que el hecho imprevisible en el contrato de autos podría, efectivamente, consistir en tales restricciones y gravámenes, el análisis acerca de la previsibilidad se hará de acuerdo con un criterio que puede ser objetivo o subjetivo. Si se aplica un criterio subjetivo, se deberá analizar el problema caso a caso, tomando en cuenta la mentalidad, conocimiento, profesión y medios de acción del obligado. La otra alternativa consiste en utilizar el método objetivo, que considera idénticos parámetros, pero en abstracto, lo cual significa acudir a la precisión de cuál es el tipo medio de contratante; esto depende no solo de quiénes intervienen, sino también

del país y la época en que se viva. En el caso que nos ocupa, no cabe duda que, por la naturaleza del contrato celebrado, por las obligaciones pactadas, que dicen relación con el sistema eléctrico, del cual la actora no puede sustraerse, de la responsabilidad que establece la ley en cuanto a continuidad y calidad de suministro, el principio del tipo medio de contratante no puede ser aplicado, desde el momento que la muestra no resulta tan exhaustiva. Lo anterior obliga a centrar el análisis en la naturaleza y grado técnico de las empresas involucradas. Se trata de un negocio que supone importantes inversiones y en que la responsabilidad excede la meramente particular del contrato, del tal modo que debe tratarse de un acontecimiento que no puede ser conocido anticipadamente por una persona de ordinario diligente y cuidadosa en el manejo de sus negocios propios. Ahora bien, siguiendo al mismo autor De la Maza, el conocimiento será imprevisible cuando no haya podido ser conocido normal y razonablemente con anticipación por el tipo medio del contratante. Esto supone una conducta social mediana, si se sigue un criterio objetivo, una conducta tipo en abstracto; sin embargo, si se atiende a la revisión de una conducta que no excede lo anterior, pero que es más exacta, en cuanto reposa en la naturaleza del contrato celebrado, dicha conducta no será de grado superior a la exigida legal y contractualmente, sin perjuicio de lo cual será más precisa. Lo normal razonable, será entonces lo exigible según la naturaleza del contrato celebrado y de sus obligaciones, las destinadas a cumplir el contrato. Esto alcanza no solo al contrato, sino al concepto de empresa, esto es, a la estructura de recurso humanos y técnicos dirigidos a cumplir el contrato. No debe entonces centrarse la discusión en lo que era exigible después de la celebración del contrato, sino en todo aquello que desde un comienzo la actora tuvo a disposición para dar cumplimiento al mismo. De aquí saldrá entonces la conclusión acerca de si el hecho era o no imprevisible y si lo era considerando el grado de diligencia de que se ha hablado. De la lectura de los antecedentes se desprende que el acontecimiento que se invoca como imprevisible, no podía razonablemente encontrarse al margen de toda consideración o previsión por Gasatacama. En efecto, la misma actora ha sostenido que contaba con medios alternativos de combustible, ya que se trata de una planta de ciclo combinado, con lo cual, implícitamente, se está advirtiendo que es posible cumplir el contrato con otros combustibles. Esto no puede obedecer sino a la consideración que se hizo acerca la necesidad o conveniencia de usar un combustible distinto del gas y estimar que la estructura que se dio al negocio permitiría cumplir con

tal finalidad, cualquiera fuere la causa, fundamentalmente económica. En conclusión, el árbitro estima que el hecho alegado como imprevisible, bajo este capítulo, tampoco resulta aceptable, ni en los hechos, ni en el derecho. En especial, concurre a este razonamiento la doctrina de los actos propios, conforme a la cual, la conducta anterior del deudor no se condice con lo que ahora sostiene que sería un hecho imprevisible, puesto que diseñó una central de generación de ciclo combinado, cuestión que no puede obedecer al mero azar ni a la atención exclusiva y temporal de circunstancias extraordinarias, sino al contenido de la obligación que subyace tras esa decisión: la de suministrar energía y potencia en forma permanente o cada vez que sea requerida.

El segundo de los requisitos, lo hace consistir el autor en que el hecho debe ser independiente de la voluntad de las partes. De lo que se ha señalado precedentemente no habiendo prueba alguna en contrario, se sigue que en los hechos que se invocan como constitutivos de imprevisión, con toda certeza no ha intervenido la voluntad de Gasatacama para provocarlos. Sin embargo, se hace la prevención en el sentido que, como ha quedado dicho, no pueden ser tales hechos los constitutivos de imprevisión, por las razones que ya se han expresado. En cuanto a si en el cumplimiento de sus obligaciones la actora ocupó la debida diligencia o cuidado, que es cosa diferente a la posibilidad de prever un hecho según ha quedado analizado, no corresponde que sea analizado en este capítulo del fallo.

Que, el tercer requisito consiste en que el hecho debe afectar a toda una categoría de contratantes; producir una alteración o perturbación tan extraordinaria y grave en las condiciones normales de la vida social, en el desarrollo ordinario de los negocios, en las relaciones económicas de los individuos, que las partes no se habrían obligado de haberlas podido tener en vista. Se trata en el caso de un requisito de carácter complejo, por cuanto no resulta simple determinar cuándo un hecho se debe entender que produce el efecto que destaca el autor Sr. De la Maza. Aunque resulte reiterativo, el árbitro considera necesario insistir que, en el caso, se trata de un hecho que guarda relación con otra relación jurídica, la existente entre los proveedores de gas y Gasatacama. Sin embargo, se trata al mismo tiempo de una tesis sostenida por la actora, que compromete el análisis en el fallo, como si pudiera aplicarse al caso, por lo cual debe ser analizada. El hecho invocado para la aplicación de la doctrina de la imprevisión debe afectar el desenvolvimiento normal de la vida de los negocios, en términos tales que las partes, de haberla podido tener en vista, no

habrían contratado. En este capítulo se debe efectuar una distinción entre los contratos celebrados por Gasatacama, uno con sus proveedores y otros con las distribuidoras, particularmente, para poder entregar certeza acerca de si era exigible la representación consistente en que las partes no se habrían obligado de haber podido tener en vista el incumplimiento o la falta de gas. En efecto, si se traslada el intérprete al contrato que celebró la actora con los proveedores, no cabe duda que el incumplimiento no pudo Gasatacama dejar de representárselo; cosa diferente es lo que hacía para poder cumplir con los contratantes chilenos. En cuanto al contrato con las demandadas, era representable para Gasatacama la posibilidad de incumplimiento de su obligación de suministro frente a las distribuidoras de energía, desde el momento que dicho incumplimiento lo hacía descansar en el contrato con los proveedores argentinos y, además, en su propia capacidad de generación. No existe razón suficiente para no exigir en los contratos de suministro la representación anticipada del incumplimiento, ni la consideración acerca de que las partes no se habrían obligado de haberlas podido tener en vista, puesto que el objeto de su obligación era la entrega de energía y potencia, no la entrega de energía y potencia producida por gas proveniente de proveedores argentinos, con lo cual, la restricción en el envío y los gravámenes debía representárselos Gasatacama en los contratos de suministro; no así las demandadas. En conclusión, no es posible aplicar el requisito que se analiza, desde que no resulta exigible la condición de representación previa para ambas partes. Dicha representación corresponde a Gasatacama, envolviendo, además, otra relación contractual.

Que el cuarto requisito se hace consistir en que, sin hacer material y absolutamente imposible la ejecución de la obligación, debe dificultarla en forma considerable, hacerla exorbitantemente más onerosa o imponer al deudor un perjuicio apreciable y grave, en tanto el otro obtiene exorbitantes beneficios. Como se ve, no basta con que el cumplimiento de la obligación irroque pérdidas exorbitantes a una de las partes, es necesario que, como contrapartida de lo anterior, a la otra parte le reporte exorbitantes beneficios. Ya se ha dicho de manera reiterada que, el hecho invocado como imprevisible no lo es y que, en ningún caso, pertenece a este contrato todo, por todas las razones ya anotadas. Siguiendo la misma línea de argumentación que se ha desarrollado, que justifica admitir, solo para los efectos del análisis, la concurrencia de este requisito como si lo efectivamente concurriera, el árbitro estima que en autos no ha quedado acreditado que como consecuencia de las restricciones de gas y de los gravá-

menes impuestos por la autoridad argentina, el cumplimiento de la obligación genere en las demandadas la obtención de exorbitantes beneficios. En conclusión, al igual que en los demás casos, no concurre este requisito.

El árbitro se hace cargo también de las opiniones de otros destacados autores nacionales que, con mayor o menor alcance, creen posible la aplicación de la llamada teoría de la imprevisión, desechando fundadamente su aplicación para el caso concreto que le tocó conocer y fallar. En síntesis, el árbitro estimó claramente que en el caso no concurren los requisitos que, de manera más o menos unánime, establecen los distintos partidarios y detractores de la teoría de la imprevisión, para que razonablemente pueda recibir aplicación en el caso de los contratos de autos. Esto, con prescindencia acerca de si es posible sostener que nada se contrapone con su aplicación, o bien, si del espíritu general de la legislación, atendidas las situaciones expresamente reguladas, como es el caso de los artículos 2003, 2180 y 2227 del Código Civil, aquellas conforman situaciones de excepción o son manifestaciones de dicho espíritu de equidad.

Finalmente, el árbitro sostiene que la actora ha señalado que, para seguir cumpliendo con su obligación, deberá incurrir en ingentes pérdidas que comprometen su viabilidad y alteran de modo esencial el equilibrio presente en los contratos de suministro al momento de pactarse. Sin embargo, de los argumentos de la actora para apoyar la aplicación de la tesis al caso de autos, se desprende que ella descansaría en el cumplimiento de una obligación. El árbitro en esta materia reitera que no concurren los requisitos que se exigen para la aplicación de la doctrina de la imprevisión e insiste en que el hecho imprevisto no puede ser el cumplimiento de una obligación conocida o el incumplimiento de otro contrato. Esto último hace perder todo sustento a la tesis del hecho imprevisible. Si la obligación era conocida, su cumplimiento no pudo haber sido desconocido o imprevisible, máxime, cuando en los contratos de suministro jamás se condicionó su cumplimiento al de suministro de gas desde Argentina. En esta parte, la actora ha señalado que las pérdidas a que alude tendrán como causa directa el cumplimiento de las obligaciones. El árbitro no comparte esta visión del problema y es aquí en donde se debe distinguir, siempre discurriendo sobre la estructura de la teoría de la imprevisión, lo siguiente: la causa de las pérdidas invocadas no puede encontrarse o reconocer su causa directa en el cumplimiento del contrato, o en la falta de previsión de la actora o en el incumplimiento de las obligaciones asumidas en un contrato diferente. En el

caso, no cabe duda que la causa de las pérdidas invocadas tiene su origen en el incumplimiento de un contrato celebrado con terceros y no puede ser en el cumplimiento de los contrato de suministro, precisamente, por la razón ya anotada. Gasatacama no ha estado obligada a proveer energía y potencia eléctrica generada por gas, de manera tal que la decisión acerca de la forma en que cumple el contrato le pertenece y, si ha sido su opción estructurar su negocio dando preponderancia al suministro de gas para generar energía y potencia, no puede trasladar la responsabilidad de tal decisión a las distribuidoras. De lo contrario, no se estaría aplicando la doctrina de la imprevisión, sino que se estaría transformando a los contratantes en socios, asociados o se estaría reconociendo una suerte de alianza empresarial que no ha sido pactada, desnaturalizando el contrato. Una cosa, entonces, es fundar la imprevisión en un hecho desconocido, imprevisible, y otra muy diferente es, en el hecho, exonerar de responsabilidad para no cumplir, imponiendo a la parte cumplidora, cargas que le corresponden a quien debió preverlas.

C.3. La fuerza mayor o caso fortuito

El tercer argumento que ha invocado la actora es que en la especie ha concurrido un evento de caso fortuito o fuerza mayor, que la ha colocado en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones, procediendo en consecuencia declarar terminados los contratos de suministro.

El caso fortuito o fuerza mayor consiste, señala Gasatacama, en las restricciones a los envíos de gas y los gravámenes aplicados por la autoridad. El árbitro sostiene que resulta útil para este análisis señalar lo que el Prof. Rodríguez entiende por daño directo, por analogía de lo que ha sostenido la actora respecto de la causa directa. Expresa: “El daño directo es aquel que deriva de una causa inmediata y necesaria, sin cuya concurrencia no se habría producido. Por consiguiente, solo puede hablarse de daño directo en relación con una determinada causa previamente establecida”. De esta manera, se debe dilucidar, en cada caso, el problema de las concausas. Como se sabe, todo hecho reconoce normalmente múltiples condiciones o concausas para que se produzca, razón por la cual, para hablar de la causa directa, se ha de haber podido establecer cuál fue la causa esencial del hecho, esto es, la que por sí sola ha sido capaz de provocar el resultado. En el caso de autos, quedó claro que esta fue el hecho invocado como imprevisible y que, como se dijo, pertenece a otra

relación contractual y que se ha confundido con el efecto del mismo, esto es, el cumplimiento de los contratos de suministro. Por su parte, el caso fortuito o fuerza mayor encuentra su definición en el artículo 45 del Código Civil, que señala que la fuerza mayor o caso fortuito es “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” Por su parte, el artículo 1547 del mismo Código, al regular el régimen de diligencia que deben emplear las partes en el cumplimiento de sus obligaciones, establece grados según sea el interés de ellas en el contrato respectivo. Expresa que en los contratos que se celebran para beneficio recíproco de ambas partes, el deudor es responsable de la culpa leve, esto es, debe emplear en el cumplimiento de sus obligaciones y cargas, la diligencia y cuidado ordinarios o mediano, consistente en emplear todo el celo de un “diligente padre de familia”. La expresión “diligente padre de familia” se identifica con el cuidado mediano u ordinario. Acerca de lo que debe entenderse por “diligente padre de familia”, el árbitro comparte el concepto que el Prof. Adolfo Exner postula en su obra “De la Fuerza Mayor en el Derecho mercantil Romano” (Madrid-1905), quien citando a Mommsen, expresa que se trata de “un hombre que es completamente capaz para los negocios que ha emprendido, etc., principalmente para aquel negocio a que él se dedica. De aquí que la medida de la destreza, del esfuerzo, de la precaución, etc., que se exige esté en relación con la naturaleza del negocio, y muy principalmente haya de tener en cuenta las circunstancias del caso particular. No se puede fijar aquí una medida absoluta e igual para todos los casos. Solo se puede decir: Un *diligens pater familias* empleará aquellos esfuerzos y tendrá aquellas previsiones que según la experiencia se necesiten para lograr el objeto propuesto y evitar el daño, teniendo en cuenta la naturaleza del hecho, etc., dadas las circunstancias que en tal hecho concurren, e independientemente de la presentación de circunstancias extraordinarias e imprevistas”. No se debe aquí confundir con las obligaciones de medios, lo que trata el autor es aquella diligencia dirigida al resultado, cuya no consecución traerá las consecuencias que correspondan según cuál sea la naturaleza del mismo y las normas legales y contractuales que resulten aplicables. Debe, entonces, analizarse cómo armonizar la exigencia de la causa accidental o fortuita con la diligencia o cuidado que el deudor debe emplear con el objeto de evitar el incumplimiento o su incapacidad para dar cumplimiento a las obligaciones previamente convenidas. La premisa básica que se debe tener por aceptada, es que la culpa y el caso fortuito no pueden coexistir. O hay culpa, o

hay caso fortuito o fuerza mayor. No resulta jurídicamente aceptable que se invoque la responsabilidad por una actuación negligente y, al mismo tiempo, se entienda que concurre el caso fortuito o fuerza mayor. El árbitro entiende que las obligaciones, además de buscar un resultado, que es precisamente el caso de autos, como se ha expresado reiteradamente en este fallo, imponen, además, un deber de conducta destinada a tal resultado. Son complementarios, no excluyentes. Por consiguiente, ya sea que se trate de caso fortuito o no, importa conocer la conducta desplegada por el deudor, no con el objeto de evitar la ocurrencia del caso fortuito, sino de limitar sus efectos. Esto, aun cuando y en definitiva, este se produzca y ocasione los daños contra los cuales se busca proteger. Por consiguiente, sostiene el árbitro, no resulta razonable pensar en el caso fortuito como una situación de imposibilidad absoluta en el cumplimiento de las obligaciones, ya que de hacerse, se estaría ignorando el deber de conducta que la ley o el contrato han impuesto. En el contrato de suministro, dicha conducta consiste en actuar usando un cuidado ordinario, mediano, que no solo bajo el sentido común, sino bajo los parámetros de una persona conocedora de la actividad y sus riesgos, resulta razonable aplicar, con el objeto de evitar una situación de incumplimiento. No es una conducta medida puramente en abstracto, sino dirigida al empresario específico, a la actividad en que decide intervenir, que se trata en este caso, de una actividad regulada. De lo anterior se puede deducir que, si bien es cierto que el caso fortuito, en sí mismo, no es posible de eliminar, ya que por su propia naturaleza se trata de un imprevisto irresistible, sus efectos sí pueden ser aminorados o controlados, dependiendo del caso en particular. En un contrato como el de autos, sostiene el árbitro, la conducta preventiva del deudor constituye, tal vez, la principal de las cargas legales que se le imponen.

El árbitro precisó los elementos que concurren, o deben concurrir, para que una situación pueda alegarse como caso fortuito o fuerza mayor, de los que resultarán aquellos casos en que tal defensa o causa de exculpación no resulta aplicable. La característica del caso fortuito o fuerza mayor, consiste en que elimina los efectos de uno de los requisitos de la responsabilidad contractual: la imputabilidad, vale decir, la responsabilidad de indemnizar perjuicios en razón de no haber empleado la conducta exigida, haciendo al incumplidor responsable de las consecuencias patrimoniales que de ello se deriven.

El estudio de la definición que da el Código Civil del caso fortuito o fuerza mayor, más el aporte de la doctrina, permite concluir al árbitro que son cinco los elementos que conforman el fortuito o fuerza ma-

yor: un hecho; el hecho debe ser sobreviniente; el hecho debe ser independiente de la voluntad de las partes; imprevisto e irresistible. a) Hecho. Significa que el evento, ocurrencia o circunstancia, debe existir, ser real, posible de acreditar y, además, dentro del concepto de caso fortuito o fuerza mayor, haya alterado el cumplimiento o desarrollo, a lo menos inicial del contrato; b) Sobreviniente: Con esto se quiere decir que el hecho aparece en la vida del contrato de manera sorpresiva, inesperada, modificando la situación original de los contratantes; c) Independiente de la voluntad de las partes. Esto es, en la ocurrencia del hecho no ha intervenido conducta alguna de los contratantes. El hecho reconoce en su gestación y ocurrencia la más absoluta autonomía; d) Imprevisto. Se quiere decir que las partes no pudieron, razonablemente, representarse la ocurrencia del hecho al momento de contratar. Este requisito tiene la mayor importancia en el contrato celebrado. En el caso, no nos estamos refiriendo al riesgo en sí mismo, que por su naturaleza siempre es previsible. Esto, precisamente, permite comprender la importancia que cobra la conducta del deudor, la diligencia empleada. Es bueno repetirlo, el riesgo, aunque sea constitutivo de caso fortuito, es invariablemente previsible; lo que se ignora es su acaecimiento y el momento en que ocurra, si ocurre; y, en esto consiste, entonces, la previsibilidad y a ella debe enderezarse la conducta preventiva del deudor. En efecto, la imprevisión acerca de un hecho es posible de evaluar sobre la base de la intención que han tenido los contratantes al momento de contratar, todo lo cual permite delimitar la extensión de los términos de un contrato. En este sentido, es útil consignar lo que al efecto ha señalado el Prof. Víctor Vial del Río respecto este requisito del caso fortuito: "Lo que constituye un antecedente de sumo interés es que lo inesperado o imprevisto del acontecimiento no se aprecia con un criterio estrictamente objetivo, sino que observando el grado de diligencia o cuidado que se exige al deudor. Así, se tiene un criterio más riguroso para ponderar la imprevisibilidad del acontecimiento cuando al deudor se le exige una diligencia o cuidado máximo en el cumplimiento de la obligación, y menos estricto cuando se impone al deudor un cuidado mínimo" (Manual de las Obligaciones en el Código Civil Chileno-Editorial Biblioteca Americana); e) Irresistible. Se debe, en este punto, efectuar una distinción entre el hecho mismo y sus efectos. El hecho constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor es irresistible. Sin embargo, esto, por sí solo, nada resuelve. Lo que importa son los efectos, o bien, la conducta anterior. Un terremoto es inevitable e irresistible; sin embargo, no lo son los daños que es capaz de provocar, si se

adoptan las medidas necesarias destinadas a tal fin. En definitiva, lo que el artículo 45 del Código Civil trata de irresistible es el hecho mismo, no los efectos que pudieren ser controlados o aminorados, ocupando el cuidado y diligencia debidos, según cual sea la naturaleza del contrato de que se trate. Como consecuencia de lo anterior, lo que importa, más que la naturaleza del hecho que en sí mismo puede ser catalogado como de caso fortuito o fuerza mayor, es la conducta desplegada por el deudor en orden a lograr el resultado esperado de acuerdo con las obligaciones contraídas. En el caso de autos y tratándose de un evento de efectos graduales en el tiempo, es razonable preguntarse si el deudor estaba en condiciones de advertir la situación de riesgo al momento de contratar o durante la vigencia del contrato. La labor preventiva es una carga y no una obligación. No es obligación por cuanto no existe una acción destinada a exigir su cumplimiento; las partes están a sus declaraciones recíprocas, como lo están a las labores preventivas que deben desarrollar para evitar el incumplimiento; pero, normalmente, se encuentra en la imposibilidad de conocer el riesgo en forma pormenorizada, sea por su propia naturaleza o por cualquiera otra causa, y tampoco estará interesado en iniciar tales acciones. En efecto, el incumplimiento de tales cargas no perjudica al acreedor, sino al deudor, por cuanto constituye un presupuesto del derecho del acreedor de adquirir y de la obligación de pagar el precio, a la vez, que constituye el supuesto sobre el cual descansa el derecho del deudor a reclamar tal pago. Si no cumple con ellas, el acreedor puede eximirse del pago. Ahora bien, es preciso aclarar cómo recibe aplicación en nuestro derecho, la imposición de estas cargas en los contratos de autos. Esto, que normalmente surgirá con motivo de la ocurrencia del evento que se invoque como fortuito, debe ser razonado desde el punto de vista de las normas de la prueba. Dos son, fundamentalmente, las normas que permiten resolver la cuestión: el artículo 1698 del Código Civil, conforme al cual incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta; y el principio general en materia de prueba de la diligencia del deudor, contenido en el mismo artículo 1547 del Código Civil, conforme al cual la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo. De acuerdo con la primera, el deudor deberá aportar todas pruebas conducentes a acreditar la ocurrencia del caso fortuito, para lo cual le servirá, en primer término, los contratos de suministro, y luego, los demás antecedentes que justifiquen su derecho. De consiguiente, el deudor debe comportarse como un buen padre de familia y prevenir las causas que impliquen

no dar cumplimiento a sus obligaciones. Lo mismo cabe aplicar al momento de declarar su obligación en el contrato, declaración que forma parte de la intención común de los contratantes y que por tanto no puede quedar fuera y, en ello, debe emplear el mismo grado de diligencia o cuidado. Lo propio es exigible al acreedor, en este caso, a las demandadas. Con el objeto de obtener claridad acerca de la participación del caso fortuito en esta causa, se deben leer las cláusulas decimosexta y decimoctava de los contratos de suministro. Expresa la primera: "Nopel no será responsable en ningún caso de los perjuicios que pueda sufrir Emelari o terceros por falta de suministro total o parcial de energía eléctrica causado por cualquier accidente o hecho que interrumpa, paralice o perturbe el servicio y que provenga de fuerza mayor o caso fortuito. A su vez, Emelari no será responsable de los perjuicios o perturbaciones que pueda sufrir el sistema de Nopel, causados por cualquier accidente o falla ocurrida en el sistema eléctrico de Emelari, que provenga de fuerza mayor o caso fortuito". Agrega la cláusula Decimosexta: "Respecto a la ocurrencia de todo hecho que no sea constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, las responsabilidades de los contratantes se regularán por las normas de derecho común". Por su parte, la cláusula Decimoctava expresa: "La parte que no pueda cumplir alguna de sus obligaciones en razón de fuerza mayor o caso fortuito, tan pronto como ello ocurra, deberá dar aviso escrito a la otra parte del hecho constitutivo de esa fuerza mayor o caso fortuito, de las medidas que ha adoptado o adoptará para superarla y del tiempo durante el cual estima que continuará impidiéndose el cumplimiento de su obligación. Las partes convienen que harán sus mejores esfuerzos para prevenir estos hechos, minimizar sus efectos y superarlos en el menor tiempo posible". Como se ve, no se trata aquí de liberar a Gasatacama de todo deber respecto del cumplimiento de sus obligaciones. No es una fuente de libertad absoluta para actuar negligentemente. En definitiva, se trata de una cláusula establecida a favor del deudor, pero que no puede por ello perjudicar los intereses del acreedor, cuya finalidad, en lo que respecta a la cláusula Decimosexta, no es otra que liberar de la obligación de indemnizar perjuicios derivados de caso fortuito o fuerza mayor, cosa muy diferente a eximir de la obligación de dar cumplimiento a lo pactado. Ello queda claro con la sola lectura de la cláusula Decimoctava, que establece precisamente esta obligación, a pesar del caso fortuito, con lo cual está diciendo que frente al caso fortuito o fuerza mayor, el deudor está obligado a cumplir con lo convenido en el contrato, debiendo adoptar las medidas necesarias

para disminuir sus efectos. En síntesis, lo trata como un hecho de carácter transitorio, cualquiera sea su naturaleza, de lo cual se sigue que, en ningún caso, puede servir de argumento para alegar la extinción de las obligaciones.

Relacionado con lo anterior, pero referido a una materia de otra naturaleza, está la alteración de las circunstancias iniciales del contrato. El árbitro señala que se considera que constituyen alteraciones, entre otras, los cambios o modificaciones sustanciales en la naturaleza del negocio o en las circunstancias que se hayan tenido a la vista para celebrarlo, cuando ellas aumenten la posibilidad de pérdida, daño o incumplimiento. La obligación general del deudor es de mantener una condición que le permita dar cumplimiento a sus obligaciones previamente convenidas. Dicho de otra manera, el deudor no puede permitir que se genere o mantenga una condición que impida o impedirá dar cumplimiento a sus obligaciones y de cuyo cumplimiento no puede excusarse, particularmente considerando que se está en presencia de un negocio regulado, cuyas características ya se han visto. Esto reconoce su fundamento en que la otra parte del contrato asienta la causa de su obligación sobre la base de las declaraciones efectuadas por la otra parte en las etapas precontractual y contractual. Es cierto que el deudor no es responsable de la ocurrencia del caso fortuito, en el cual no ha tenido injerencia. Sin embargo, sobre el deudor pesa un triple deber: el de adoptar las medidas que de acuerdo con la diligencia de un buen padre de familia le permiten reducir o impedir el aumento del riesgo, según ha quedado dicho; dar solución a sus efectos y, finalmente, informar al acreedor tan pronto como el hecho llegue a su conocimiento. Puede ocurrir, incluso, que el riesgo de incumplimiento se encuentre ya agravado sin conocimiento del acreedor al tiempo de las declaraciones precontractuales o contractuales, ya sea porque el deudor lo ignoraba, cualquiera sea la causa o justificación para ello, pudiendo legítimamente ignorarlas; porque las ignoraba, habiendo en ello negligencia inaceptable, o porque lo ocultó, caso en el cual hay reticencia o dolo. En conclusión, el cumplimiento de la obligación del deudor de mantener las condiciones que le permitan dar cumplimiento a sus obligaciones, de no agravar la posibilidad de incumplimiento y de comunicar toda situación de caso fortuito o fuerza mayor, deber ser evaluado en cada caso, tomando en cuenta la conducta diligente que le es exigible al deudor, no solo en lo que dice relación con el conocimiento que tenía o debía tener de tal riesgo de hecho fortuito o de su agravación, sino también de su conducta destinada a aminorar sus efectos y dar-

les solución, como asimismo, de informar oportunamente al acreedor. Ahora bien, respecto a las obligaciones que tiene el deudor, una vez ocurrido un el caso fortuito o fuerza mayor o el riesgo de incumplimiento, consiste en actuar con celeridad, con el objeto de evitar y, en todo caso, disminuir las pérdidas, en un caso incidirá en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales; en el otro, en las medidas destinadas a aminorar las propias pérdidas, y, en todo caso, se encaminarán a restablecer la capacidad de generación de energía y, consecuentemente, de ingresos del negocio al nivel que hubiera existido de no haber ocurrido el caso fortuito o lo que se invoca como tal, a fin de evitar que se prolongue innecesaria o artificialmente la interrupción y se incremente la pérdida.

El árbitro, a mayor abundamiento de lo expresado y, en especial, de la diligencia o cuidado del deudor, conviene detenerse por breves líneas adicionales en el modo bajo el cual fue convenida la cláusula de caso fortuito o fuerza mayor. Como se sabe, la regla general es que no existe responsabilidad por el caso fortuito o fuerza mayor, pero esto debe entenderse en cuanto al hecho, no a sus resultados. Por consiguiente, cuando en una cláusula se establece una obligación en los términos como los convenidos, se reafirma la tesis de que hay obligaciones que se pactan como de resultado. No es necesario reafirmar los argumentos bajo los cuales el árbitro considera que en el caso poseen dicha naturaleza; hasta aquí, nada nuevo se está diciendo. Sin embargo, la cláusula que se comenta establece, frente al caso fortuito, una obligación que, aparentemente, podría tenerse como de medios, que es de carácter recíproco, pero aplicable solo y exclusivamente bajo la condición de encontrarse una de ellas bajo caso fortuito. Esto, al decir que “las partes convienen que harán sus mejores esfuerzos para prevenir estos hechos, minimizar sus efectos y superarlos en el tiempo posible”. Sin embargo, aun en este caso, el árbitro entiende que es de resultados, en la medida que la cláusula expresa que en el evento de caso fortuito o fuerza mayor, la parte que lo sufre se encuentra en la obligación de superar sus efectos. Por consiguiente, frente al caso fortuito o fuerza mayor, las partes tienen, ambas y en primer lugar, una obligación de medios, que consiste en prevenirlo, luego, reducir sus efectos y, además, superarlos; pero todo esto, dentro de la obligación preventiva, vale decir, adoptar todas las medidas destinadas a ello, de tal manera que, una vez producido, se dé cumplimiento efectivo a la obligación de resultado, adoptando las medidas concretas frente al caso específico y la estimación del tiempo que podrá durar el cumplimiento. Como se ve, el contrato

no habla de incumplimiento, como tampoco habla de imposibilidad en el incumplimiento. En definitiva, para el contrato, el caso fortuito solo puede retrasar lícitamente, esto es, de acuerdo con el contrato y las normas legales aplicables, el cumplimiento de las obligaciones, pero no exonerar al deudor del cumplimiento de sus obligaciones, quedando, en todo caso, exonerado de indemnizar perjuicios. Dicho de otra manera, en el contrato se ha hecho responsable de cumplir el contrato, pese a la ocurrencia del caso fortuito a las partes, pacto que es de toda licitud. La conclusión anterior no debe en absoluto extrañar, desde el momento que la misma legislación eléctrica no admite como caso fortuito hechos que naturalmente podrían quedar comprendidos en este concepto, tales como las situaciones de sequía o las fallas de centrales eléctricas que originen un déficit de generación eléctrica, que determinen un decreto de racionamiento.

Además de lo anterior, el árbitro señala que por la modificación introducida por la ley 20.018, se incorporó una norma del siguiente tenor: "Tampoco se considerarán fuerza mayor o caso fortuito, las fallas de centrales a consecuencia de restricciones totales o parciales de gas natural provenientes de gasoductos internacionales". La actora ha interpretado esta norma en el sentido que deja en evidencia que a tal punto resultaban imprevisibles los cortes de gas decretados por la autoridad argentina a la época de celebración de los contratos de suministro (1998), como que solo una vez ocurrida dicha situación (2004) el legislador intervino a fin de reglar el tema, disponiendo que tratándose de contratos futuros ya no sería procedente invocar tal circunstancia. Sin embargo, el árbitro entendió las cosas de esta manera. Efectivamente, la ley rige para el futuro y no tiene efecto retroactivo. Con todo, lo preponderante en esto no fue lo que dispuso la ley, que solo vino a sentar un principio de imposibilidad de exoneración de responsabilidad, que se condice con la obligación de continuidad y calidad de suministro de que se ha hablado; lo fundamental es lo que las mismas partes dijeron respecto del caso fortuito, si se considerara como tal las restricciones de suministro de gas desde Argentina y los gravámenes aplicados: el contrato, sin referirse específicamente a ellos, sino que hablando en términos generales, no libera al deudor por el caso fortuito, sin perjuicio de lo que se dirá acerca de la inconcurrencia de tales requisitos al caso de autos.

Complementando lo expuesto, el árbitro estimó que el hecho invocado para argumentar liberación de cumplimiento de obligación, consistente en las restricciones de envíos de gas y los gravámenes aplicados, no cumple con los requisitos de tratarse de hechos que no

podieron haber sido considerados en forma anticipada por Gasatacama al momento de contratar, como tampoco se trató de un hecho de efectos irresistibles, particularmente considerando la carga que pesaba sobre la actora de adoptar todas las medidas destinadas a cumplir el contrato, según lo que ya se ha expresado con anterioridad y que no es necesario repetir. Aún más, si se pudiera considerar caso fortuito o fuerza mayor, que el árbitro rechaza, tal hecho no libera de responsabilidad a Gasatacama, conforme se ha expresado.

C.4. La prueba rendida

El tribunal fijó como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, sobre los cuales se deberá rendir prueba, los siguientes: **a)** Intención de las partes al celebrar los tres contratos de suministro de energía y potencia eléctrica; **b)** Imposibilidad alegada por la actora de dar cumplimiento a dichos contratos, y **c)** Diligencia empleada por la actora en la celebración y cumplimiento de los contratos de suministro referidos. Las partes rindieron abundante prueba, que no estimamos pertinente reproducir.

El árbitro concluyó en esta materia que de los antecedentes analizados precedentemente, los demás documentos aportados al proceso, las sentencias judiciales, como asimismo, los que fueron objeto de la diligencia de exhibición documental y la demás documentación acompañada al proceso, no lograron acreditar la concurrencia de los requisitos que permiten configurar algunas de las causales de extinción de las obligaciones o de terminación de los contratos de suministro. En efecto, según el árbitro en el juicio no se logró establecer, ni desde el punto de vista del derecho ni con las pruebas aportadas, que el cumplimiento del contrato le impuso, dadas las circunstancias alegadas, un mayor grado de diligencia que el convenido. Asimismo, la actora no logró acreditar la concurrencia de los requisitos que en el caso haría aplicable la doctrina de la imprevisión. Finalmente, no quedó acreditado en el proceso que los hechos invocados como imprevisibles, fueran constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor. En atención a lo anterior, el árbitro señaló que no era necesario se pronuncie acerca del eventual impacto que produciría la terminación del contrato. Con todo, el árbitro manifestó que Gasatacama acreditó haber actuado con la diligencia debida al momento de la celebración del contrato y durante su vigencia, cuestión que resulta más evidente aún si ha continuado dando cumplimiento al mismo, lo cual, sin embargo, y como ha quedado di-

cho, no permite liberarla del cumplimiento de lo pactado, ni menos poner término al contrato.

IX. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES RESPECTO DE LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO

Como ya se expresó, en la opinión personal de este autor, el fallo está sólidamente fundado y compartimos la decisión de fondo adoptada para este caso. En efecto, el árbitro realizó una labor en extremo diligente al desmenuzar en la parte considerativa de su decisión todas las alegaciones invocadas por las partes y la prueba rendida. Sin perjuicio de lo anterior, es válido hacer algunos alcances finales:

1. La naturaleza de la obligación de Gasatacama bajo los contratos de suministro: Como ya vimos, una de las alegaciones de la demandante fue que ella no se encontraba obligada a cumplir los contratos de suministro por concurrir en la especie la eximente de responsabilidad de ausencia de culpa o incumplimiento no culpable, toda vez que la crisis del gas natural pasó a imponer a Gasatacama un grado de diligencia superior al pactado, en términos de proceder a declarar terminada tales convenciones por contemplar obligaciones no exigibles. En esta alegación, uno de los argumentos relevantes del árbitro para desechar la pretensión de Gasatacama, esto es, la ausencia de culpa, es atribuirle a la obligación de Gasatacama bajo el contrato de suministro el carácter de obligación de resultado. Convengamos que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, atribuida tradicionalmente al jurista francés Demogue, no es para nada pacífica en la doctrina¹⁴. En efecto, delimitar con claridad cuándo estamos frente a una obligación de medios y cuándo frente a una de resultado no resulta sencillo, y tampoco lo es en el caso de las obligaciones de Gasatacama. Parece muy general pensar que una obligación de resultado será aquella en que el deudor promete algo preciso, como en el caso de autos sería la obligación de Gasatacama de proporcionar la energía y potencia bajo los contratos de suministro, mientras que será obligación de medios aquella en que el deudor se compromete desplegar todos los esfuerzos para lograr un resultado. Si se piensa con calma, pareciera que las obligaciones de dar y no hacer, categorías indiscutidas en la nomenclatura civilista, pueden

¹⁴ PEÑAILILLO (2003); pp. 222-230.

asimilarse a obligaciones de resultado. En efecto, es claro que en las primeras la obligación sería transferir el dominio de una cosa o constituir sobre ella un derecho real distinto del dominio, mientras que en las obligaciones de no hacer su objeto consistiría justamente en una abstención. Ambas clases de obligaciones, de dar y de no hacer, pueden verse como obligaciones de resultado porque el obligado lo es a un resultado concreto. El problema se presenta con las obligaciones de hacer, como en el caso que analizamos, en que asimilar las obligaciones de Gasatacama a la categoría de obligación de resultado es compleja y difícil de digerir completamente. La pregunta entonces es si el árbitro necesitaba recurrir al expediente de calificar las obligaciones de Gasatacama como de resultado y como tales no susceptibles de alegación de ausencia de culpa. Estimamos que ello era innecesario, es más, todo el razonamiento del árbitro previo a introducir el concepto de obligación de resultado resulta impecable y bastaba, a mi juicio, para desechar fundadamente la alegación de ausencia de culpa de Gasatacama. Basta señalar como argumentos, como los indica el propio árbitro por lo demás en el fallo, que cuando en un contrato se encuentra comprometido un servicio público de distribución, cuando el servicio forma parte de una cadena interconectada, cuando lo que se garantiza es calidad y continuidad, cuando el caso fortuito o fuerza mayor constituye una materia restringida, no hay mayores dudas acerca de que en ese contrato celebrado no se encuentra involucrada la simple diligencia, debiendo concluirse que en ellos, el deudor, para liberarse de responsabilidad, debe acreditar que ha concurrido caso fortuito o fuerza mayor y no bastando alegar la ausencia de culpa.

2. La visión económica del contrato. Resulta interesante que el árbitro, a propósito del análisis de los requisitos que doctrinariamente debieran concurrir para la aplicación de la teoría de la imprevisión, realice sin decirlo expresamente un razonamiento económico que comparto plenamente. En efecto, a propósito del requisito que el hecho sea imprevisible al momento de nacer la obligación, el árbitro se pregunta si las posibilidades o riesgos de no cumplir a las distribuidoras, cualquiera sea la causa, debió habérsela representado Gasatacama, puesto que integraba su negocio y no el de dichas distribuidoras. En efecto, en esto hay una cuestión de asignación de los riesgos que las partes pueden hacer *ab initio* del contrato y que en este caso, por las razones que sean, no hicieron o no quisieron hacer expresamente. Re-

cordemos que desde la óptica económica una de las funciones que cumplen los contratos es la de asignar en forma explícita algunos de los riesgos asociados al contrato. Como resulta obvio, la asignación *ex ante* de los riesgos es difícil porque enfrenta a las partes a negociar en detalles las áreas más conflictivas de su relación contractual e implica asumir los costos de transacción de esa certeza. En el caso que nos ocupa es fácil imaginar lo que habría significado negociar entre Gasatacama y las demandadas los riesgos de que estamos hablando y que fueron invocados por la demandante como la causa de su problemática situación. No lo sabemos con certeza, pero es muy probable que el contrato no se hubiese celebrado en los términos que se hizo o quizás de rechamente no se habría celebrado. Ya sabemos que las partes no asignarán el riesgo cada vez que estimen que los costos de transacción de negociar esa asignación sean superiores al costo esperado de asignar ese riesgo, lo que normalmente ocurrirá cuando los riesgos se visualizan como remotos. Evidentemente el no hacerse cargo de la asignación de los riesgos desde el comienzo no evita que los eventos de riesgo ocurran, como en los hechos ocurrió en el caso que nos ocupa. Frente a eso, ya dijimos que la economía da una regla sencilla para asignar eficientemente los riesgos, y ella indica que el riesgo se asigna a aquel contratante que pudo asumirlo a un costo menor. Eso es justamente lo que hizo el árbitro si se miran sus razonamientos con la óptica de la economía, asignó el riesgo acertadamente a quien consideró debió habérselo representado y lo pudo asumir a un costo menor, esto es, Gasatacama. Ello parece de toda lógica porque es dable suponer que si las partes hubiesen asignado de manera explícita el riesgo en cuestión, lo hubiesen hecho a la parte que puede tomarlo a un costo menor, por lo que la solución es, como se dijo antes, una especie de reconstrucción racional de la voluntad de los contratantes. A nuestro juicio el árbitro realizó al fallar, sin decirlo de manera expresa, una correcta lectura económica al contrato de suministro entre las partes.

3. Una relectura del principio de la buena fe contractual. Al delimitar el conflicto el árbitro sostiene en forma resumida que debe resolver la pretensión de una de las partes de los contratos de suministro, dirigida a obtener la declaración de no encontrarse obligada a dar cumplimiento a aquellos pactados con las demandadas, sobre la base de que, si lo hace, le significa incurrir en cuantiosas pérdidas que no es capaz de resistir en su patrimonio

y que, en último término, afectarán la existencia misma de la compañía y que, para ello, se ha valido la actora de diversas instituciones, que, canalizadas a través del principio de buena fe contractual, han arribado a la aplicación de la diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones; la doctrina de la imprevisión y el caso fortuito. En efecto la buena fe contractual está presente a lo largo de toda la discusión del juicio. En el caso de la alegación de la teoría de la imprevisión cobra aún mayor protagonismo, toda vez que sería justamente en pos de la buena fe contractual que se legitimaría una posible revisión de un contrato que ha perdido el equilibrio económico original. Una lectura distinta del Artículo 1546 del Código Civil puede orientar la discusión en un sentido diferente, toda vez que al señalar dicha norma que los contratos *“deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”*, no se estaría refiriendo a que el juez pueda aplicar criterios de equidad que posibilitarían la revisión del contrato. En efecto, cuando se refiere a que los contratos obligan a ciertas cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, expresa la idea que, considerando la obligación específica, puede establecerse algo no declarado pero que resulta necesario o indispensable para satisfacer la obligación de que se trata¹⁵. Pareciera que eso es justamente lo que hizo el árbitro en su fallo y de manera contundente, esto es, buscó todos aquellos elementos no declarados expresamente en el contrato pero que resultan indispensables para la satisfacción de las obligaciones de las partes. Así, por ejemplo, para entender el alcance de las obligaciones de Gasatacama bajo el contrato de suministro el árbitro en parte de sus consideraciones expresa que el sistema eléctrico se encuentra estructurado, no solo materialmente sino también conceptualmente, como un negocio integral, en que ninguno de sus agentes quedan al margen, lo cual, además, es corroborado por la norma reglamentaria que establece la responsabilidad de todo los agentes que operan en el sistema eléctrico, por la calidad del suministro. Luego, agrega que se evidencia que el ordenamiento jurídico eléctrico establece, de una manera un tanto inorgánica, principios más o menos globales que, en cada caso, se habrán de aplicar según la natu-

¹⁵ GUZMÁN (2005); pp. 85-99.

raleza de la prestación y la situación del agente afectado dentro del sistema eléctrico, siendo particularmente relevante destacar la confiabilidad, que viene a reunir los demás principios, esto es, la suficiencia, la seguridad y la calidad de servicio. En fin, esa fue la labor que realizó el juez a conciencia, esto es, en virtud de la buena fe contractual buscar más allá de lo expresamente declarado en el contrato para lograr entender el alcance preciso de las obligaciones que contrajeron las partes. No lo buscó en nociones ajenas al contrato mismo sino en el contrato mismo y la legislación aplicable a la actividad económica desarrollada por las partes, realizando una adecuada interpretación e integración del mismo, haciendo patente en el fallo el contenido de la buena fe contractual como un paradigma material.

BIBLIOGRAFÍA

- BANFI, Cristián (2006); Notas sobre la Excesiva Onerosidad Sobreviniente en Derecho Privado Comparado; en Revista Chilena de Derecho Privado; Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas (1998); Derecho y Economía; Fondo de Cultura Económica.
- ERRÁZURIZ, Hernán Felipe (2008); La Frustrada Integración Gasífera entre Chile y Argentina: Orígenes, Crisis y Lecciones; en Gas Natural: Lecciones de una Crisis; Libertad y Desarrollo.
- FIROOZMAND, Mahmoud Reza (2007); Changed Circumstances and Immutability of Contract: A Comparative Analysis of Force Majeure and Related Doctrines; Business Law International; IBA.
- GUZMÁN, Alejandro (2005); La Buena Fe en el Código Civil de Chile; en Estudios Dogmáticos de Derecho Civil; Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- LÓPEZ, Ricardo (2008); El Origen de la Crisis: Escenario Político y Económico en Argentina; en Gas Natural: Lecciones de una Crisis; Libertad y Desarrollo.
- NEHME, Nicole (2001); El Cambio de Circunstancias en los Contratos Económicos Internacionales; Editorial Jurídica ConoSur Ltda.
- PALUMBO, Blanca (2008); Marco Normativo que Permitió la Llegada del Gas Natural a Chile; en Gas Natural: Lecciones de una Crisis; Libertad y Desarrollo.
- PEÑAILILLO, Daniel (2003); Obligaciones; Editorial Jurídica de Chile.
- POSNER, Richard (1998); El Análisis Económico del Derecho; Fondo de Cultura Económica.
- POSNER, Richard (1977); Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis; The Journal of Legal Studies; The University of Chicago Press; Vol. 6 N°1.

RIMKE, Joern (1999-2000); *Force Majeure and Hardship: Application in International Trade Practices with Specific Regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts; Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*; Kluwer Law.

VON MEHREN, Arthur; GORDLEY, James (1977); *The Civil Law System*; Little, Brown and Company.