

INFORME EN DERECHO

**MICROBLEND CHILE SPA
EN PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE LIQUIDACIÓN**

CON

SODIMAC S.A.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Rol C N°495-2023

**Dr. Cristián Banfi del Río
Profesor Asociado de Derecho Civil
Universidad de Chile**

Santiago, octubre de 2023

ÍNDICE

I. Introducción	3
1. El encargo	3
2. Síntesis del informe	3
3. Antecedentes	6
4. Estructura del informe	6
II. El Contrato	8
5. Calificación jurídica, características e Imprevisión	8
6. Objeto y causa en el Contrato	11
7. Exclusividad recíproca	13
8. Pinturas Kolor y cláusula penal	14
9. Derecho exclusivo de Sodimac a usar el Sistema APM	15
10. Objetivos de la Modificación	15
11. Ajuste de precios	16
12. Ley del Contrato y jurisdicción aplicable	19
13. Duración del Contrato	19
III. La controversia extrajudicial entre las Partes	20
14. Reclamos formulados por MB a Sodimac	20
15. Respuestas de Sodimac a los reclamos realizados por MB	23
16. Corolario	27
IV. La Demanda	29
17. MB admite expresamente que el pleito sometido al TDLC es estrictamente contractual	29
18. MB imputa un incumplimiento contractual de mala fe y doloso a Sodimac	30
19. MB alega implícitamente la Imprevisión no obstante su intento de revestirla como un presunto abuso de posición dominante	34
20. El principio de buena fe exige el cumplimiento del Contrato tal como fue pactado, máxime que las Partes son contratantes sofisticadas	35
21. La Demanda es <i>per se</i> un patente incumplimiento del Contrato, un acto contradictorio con las obligaciones asumidas por MB y un intento por aprovecharse de su propia culpa	41
22. Las cláusulas atacadas por MB son legítimas y tienen su justificación	43
V. Principales conclusiones	46

I. Introducción¹

1. El encargo.

Sodimac S.A. (“Sodimac”), por intermedio de su abogado don Benjamín Mordoj Hutter, me ha encomendado informar en derecho respecto de la demanda interpuesta en su contra por Microblend Chile SpA (“MB” y la “Demanda”, respectivamente) ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”), en autos rol C N°495-2023 (el “Litigio”).

2. Síntesis del informe.

2.1 *La Demanda revela una disputa estrictamente contractual.*

Según demostraré, el abuso de posición dominante que MB endilga a Sodimac no tiene de tal sino el nombre. En efecto, y al igual que los reclamos que MB dirigió a Sodimac con anterioridad al Litigio en una serie de misivas, la Demanda es una pretensión de naturaleza íntegramente contractual. Esto es, MB intenta justificar la procedencia de una revisión judicial y reajuste del precio estipulado en el contrato, de proyección en toda Sudamérica, suscrito el 18 de noviembre de 2011 entre Sodimac, Sodimac Colombia S.A. y Microblend, Inc. (“MB, Inc.”), conjuntamente las “Partes”, titulado “Microblend Automated Paint Machine System – South America Master Marketing Agreement” (el “Contrato Original”), y que fue extendido a las operaciones desarrolladas por MB, Inc. en Chile, a través de su filial MB, en virtud del Amendment N°2 del 7 de marzo de 2014 (la “Modificación”)².

2.2 *MB alega implícitamente la aplicación de la teoría de la imprevisión.*

Si bien MB no menciona expresamente en su Demanda la doctrina de la imprevisión o de la excesiva onerosidad sobreviniente (la “Imprevisión”), dicha compañía claramente invoca y sostiene la concurrencia de todos sus requisitos.

¹ Todos los énfasis y traducciones del inglés al español son del suscrito, salvo indicación en contrario. No obstante que el contrato se rige íntegramente por la legislación colombiana, en este informe citaré diversas disposiciones del Código Civil chileno (“CC”) para evidenciar que MB no está realmente reprochando un abuso de posición dominante a Sodimac sino un supuesto incumplimiento contractual a sabiendas (de mala fe) y doloso (con la intención de dañar a MB como un medio para conseguir su propio beneficio económico), además de alegar la imprevisión de un modo encubierto, ya que enfatiza los distintos elementos de ésta cuidando de no mencionarla. Con todo, el Código Civil de Colombia es una copia del CC (sólo difiere la numeración de sus preceptos) y la doctrina civilista chilena ha influido tanto en la dogmática como en la jurisprudencia de ese país, donde se estudian, recogen y usan los mismos principios, instituciones y reglas contractuales que en Chile (v.gr., Hinestrosa, Fernando. “Teoría de la imprevisión”, *Revista de Derecho Privado* –Universidad del Externado de Colombia–, 2020, vol. 39, pp. 9-29). “La influencia del código de Chile se manifestó de dos formas bien precisas. De un lado, terminó por ser completamente adoptado en varios países. De otro, acabó por ser usado como modelo y fuente en otros, aunque no se lo adoptara íntegramente. Al primer caso pertenecen el Ecuador (1858); sucesivamente (entre 1858 y 1866) los estados de la Confederación Granadina (futura Colombia), y desde 1886, el propio estado unitario de la ya denominada Colombia”. Guzmán B., Alejandro. *Código Civil chileno. Estudio preliminar y notas de Alejandro Guzmán Brito*. Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2005, p. 48.

² En lo sucesivo, aludiré al Contrato Original conjuntamente con la Modificación como el “Contrato”.

MB asevera que un fenómeno externo, ajeno a la voluntad de las Partes e imprevisible por éstas al tiempo de contratar –la pandemia del Covid-19 (la “Pandemia”)– produjo el aumento de los costos de las pinturas, materiales de pinturas e insumos (los “Insumos”) que MB debía adquirir de terceros y suministrar a Sodimac para que ésta fabricara sus propias pinturas marca Kölor, en sus locales comerciales o tiendas Homecenter (las “Tiendas”), utilizando al efecto las Máquinas Automatizadas de Pintura (“APM”) inventadas e instaladas por MB, Inc. en las Tiendas, y que Sodimac adquirió con posterioridad.

MB añade que el incremento de los costos de los Insumos alteró la conmutatividad entre las prestaciones de las partes derivadas del Contrato (contrato de suministro de carácter bilateral, oneroso, conmutativo y de tracto sucesivo), motivo por el cual solicitó reiteradamente a Sodimac reajustar el precio, haciéndole presente, en cada ocasión, que dicha alza era crucial para seguir realizando su actividad e impedir su eventual insolvencia.

2.3 MB imputa a Sodimac supuestos incumplimientos contractuales de mala fe y dolosos.

MB agrega que Sodimac se rehusó abusiva e injustificadamente a subir el precio del Contrato en los términos requeridos por aquélla, actitud que la primera atribuye tanto al conocimiento o consciencia (“a sabiendas”) –esto es, a la mala fe³– como a la aceptación del resultado perjudicial para MB, es decir, al dolo o intención de dañar de Sodimac⁴, no como un fin sino como un medio para otro fin, a saber, su propio provecho patrimonial a expensas del perjuicio de MB, cuya producción Sodimac habría previsto y aceptado⁵.

³ En el CC aparecen reiteradamente las expresiones “a sabiendas” (arts. 387, 667, 668, 898, 972, 1397, 1423, 1468, 1617 n°1, 1814, 1852.3, 1934 y 1959), “sabiendo o debiendo saber” (art. 1683) y “mala fe” (arts. 94.6ª, 143.2, 197.2, 426.3, 658, 662.2, 663.1, 669.1, 702.2, 706.4, 707.2, 897, 900, 904, 906.1, 907.1, 909.3, 910.1, 911.1, 913, 927.2, 972, 1256, 1267, 1426.2, 1429, 1687, 1790, 1814.3, 1842, 1849, 1850, 1875.3, 2110, 2111, 2112.3, 2202.2, 2300.2 y 2510.3ª). El CC no incluye una definición de mala fe, salvo para la acción pauliana o revocatoria (conocimiento del mal estado de los negocios del deudor, art. 2468.1ª). En sentido amplio, la mala fe es la antítesis de la buena fe en su cara objetiva (conducta correcta, honesta o leal que impone el art. 1546). López S., Jorge y Elorriaga D., Fabián. *Los contratos. Parte general*. Santiago, Thomson Reuters, 2017, 6ª ed., pp. 435 y 439. En sentido estricto, la mala fe se deduce *a contrario sensu* de la buena fe en su faz subjetiva (“La conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio”, art. 706.1), siendo definida, v.gr., como “la conciencia de ejercitar un derecho de que no se es titular, sea porque ha sido recibido de quien no tenía facultad de transferirlo, o en virtud de un título viciado o por medios ilegítimos” (Richards A., Anita. *La mala fe en el Código Civil*. Santiago, Editorial Universitaria, 1961, p. 11) o como “el conocimiento de ciertas circunstancias que modifican una situación jurídica aparente” (Villagrán C., Gustavo. *El dolo y la mala fe de los representantes*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho Universidad de Concepción. Concepción, Escuela Tipográfica Salesiana, 1946, p. 54).

⁴ Art. 44.fin CC.

⁵ “[R]ara vez el deudor actúa con intención de dañar. Lo habitual es que tenga un fin egocéntrico: su propio interés personal. Se trata de una culpa lucrativa, pues el incumplimiento es un medio para enriquecerse”. Le Tourneau, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d’indemnisation*. Dalloz, Paris, 2012, 9ª ed., p. 1061. “El dolo contractual no es un propósito de daño, sino, mayormente, una voluntad de incumplir fundada en razones estratégicas de la economía del propio deudor, al que resulta más barato cumplir, o le resulta difícil y antieconómico cumplir...en el ámbito de la contratación la mayoría de los incumplimientos son dolosos, es decir, se trata de conductas negadoras del cumplimiento que son voluntariamente decididas por el deudor, unas veces con y otras sin justificación moral, que no excusa el dolo, al menos mientras no se alcance el grado del estado de necesidad o del error excusable sobre la existencia de una causa de exoneración o de una excepción. El genuino incumplimiento contractual es siempre voluntario: el vendedor no entrega la cosa porque

En efecto, MB afirma que Sodimac incumplió sus obligaciones contractuales a sabiendas o conscientemente y con total previsión del daño que su supuestamente arbitraria y abusiva negativa a reajustar el precio del Contrato irrogaría a MB, perjuicio que habría consistido en la insolvencia, liquidación y salida del mercado relevante de la actora⁶.

2.4 El conocimiento y fallo de la disputa contractual descrita en la Demanda incumbe privativamente al tribunal arbitral designado por las Partes. Luego, la sola interposición de la Demanda configura una infracción del Contrato.

De este modo, no obstante los argumentos formales esgrimidos por MB y las peticiones concretas que dirige al TDLC, el asunto planteado en la Demanda no envuelve un abuso de posición dominante sino que una controversia estrictamente contractual.

Pues bien, y con el mayor respeto hacia el TDLC, tanto el conocimiento de los antecedentes de hecho y de derecho, así como la decisión del pleito expuesto por MB, compete de forma exclusiva y excluyente al tribunal arbitral colegiado nombrado por las Partes, con sede en Bogotá y quien debe aplicar el derecho colombiano en los aspectos sustantivos (en todo lo concerniente al Contrato, v.gr., existencia, interpretación, cumplimiento e incumplimiento, terminación, indemnización de perjuicios, la Imprevisión, etc.) y adjetivos (procedimiento aplicable, acciones o remedios contractuales pertinentes, etc.).

Por lo tanto, es claro que MB debió someter al citado tribunal arbitral el conflicto contractual contenido en la Demanda, puesto que así lo acordaron las Partes y dejaron categóricamente estipulado en el Contrato.

Por alguna razón que ignoro, hasta ahora MB no ha impetrado la intervención del único órgano jurisdiccional competente para dirimir toda y cualquier disputa entre las Partes, como es la posibilidad de dar o no aplicación a la Imprevisión que en los hechos MB esgrime y que subyace a su alegación de un inexistente abuso de posición dominante, y la determinación

la revende a un tercero; el comprador no paga porque utiliza el dinero para otra incumbencia; el contratista edifica con defectos porque deliberadamente buscó materiales de poca calidad para ahorrar coste, el asesor financiero deliberadamente deja de tomar una medida de prudencia exigible, acaso para ahorrar, y se produce un daño al acreedor, aunque se trate de un daño (lógicamente) no querido por el asesor". Carrasco P., Ángel. *Derecho de contratos*. Navarra, Thomson Reuters, 2017, 2ª ed., pp. 1228-1229. "[S]i en el terreno aquiliano el dolo se identifica con una auténtica voluntad de causar daños, en cambio en materia de contratos lo que tenemos es la voluntad de incumplir los compromisos, esto es, una conciencia del deudor de hacerse voluntariamente incumplidor, o de cumplir tarde o de cumplir mal. Conciencia y voluntad, en fin, de incurrir en un caso de incumplimiento definitivo, de cumplimiento tardío o de cumplimiento defectuoso. Y si ello es así, la 'infracción consciente y voluntaria del deber jurídico' es siempre dolo, exista o no voluntad de dañar". Yzquierdo T., Mariano. *El seguro de responsabilidad civil ante los daños causados intencionadamente*. Navarra, Thomson Reuters, 2013, p. 22.

⁶ El *onus probandi* de la mala fe y del dolo atribuidos a Sodimac recae en MB (arts. 707, 1459 y 1698 CC), quien, por cierto, tendría antes que deducir la acción pertinente ante el tribunal arbitral previsto en el Contrato.

sobre si Sodimac ha o no incumplido sus obligaciones para con MB de mala fe y con intención de dañarla.

En consecuencia, la presentación de la Demanda constituye por sí misma un ostensible incumplimiento del Contrato por cuanto MB ha eludido su obligación de someter toda disputa derivada del mismo al tribunal arbitral antes referido.

3. Antecedentes.

Para emitir este informe tuve a la vista copia de los siguientes documentos que Sodimac me proporcionó a través de sus abogados: (i) el Contrato; (ii) la Demanda; y, (iii) diversas cartas intercambiadas por MB y Sodimac entre el 18 de julio y el 30 de septiembre de 2022⁷.

4. Estructura del informe.

Este informe se divide en cuatro partes.

4.1 En la primera sección (I) analizo la naturaleza jurídica, características y cláusulas más relevantes del Contrato.

4.2 En la segunda parte (II) describo las comunicaciones epistolares entre las Partes (incluida MB como subsidiaria de MB, Inc.) que precedieron al Litigio.

4.3 En el tercer acápite (III) demuestro que la pretensión contenida en la Demanda no atañe, a pesar de su apariencia, a un pretendido abuso de posición dominante.

Por el contrario, MB expone y confiesa –judicial y espontáneamente– la existencia de un conflicto exclusivamente contractual⁸.

En efecto, en su intento por justificar la procedencia del reajuste del precio pactado en el Contrato, MB:

(i) asevera la presencia de cada uno de los elementos de la Imprevisión; esgrime que la Pandemia provocó un aumento en los costos de los Insumos; y

⁷ Véase *infra* capítulo III.

⁸ La confesión “es la declaración por la cual una persona reconoce como verdadero un hecho destinado naturalmente a producir contra ella efectos jurídicos”. Claro S., Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, 2ª ed., T. XII, p. 683. La confesión en juicio, referida o no a un hecho personal del confesante, espontánea o provocada, produce *plena prueba* contra aquél. Arts. 1713 CC y 399 del Código de Procedimiento Civil (“CPC”). La confesión espontánea “estará contenida en los escritos o actuaciones de las partes, particularmente en aquellos que se refieren a las acciones o excepciones deducidas en el juicio”. Rioseco E., Emilio. *La prueba ante la jurisprudencia. Derecho civil y procesal. Confesión de parte*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, pp. 85-86. “Es prueba plena (o perfecta, o completa) la que por sí sola basta para demostrar el hecho de que se trata (para producir convicción en el juzgador)”. Peñailillo A., Daniel. *La prueba en materia sustantiva civil*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 34. Luego, “la parte que se prevale de la confesión de su contendor no tiene necesidad de probar por otro medio el hecho confesado que es tenido por constante; y *el juez mismo está obligado* a conformarse a ello en su sentencia”. Claro, ob. cit., p. 684.

(ii) atribuye a Sodimac supuestos incumplimientos contractuales, que atribuye (con sus propias palabras) a la mala fe y el actuar doloso de Sodimac, pues se habría rehusado sistemática, abusiva e injustificadamente a incrementar el precio en los términos exigidos por MB.

Sin embargo, MB sabe que el único órgano jurisdiccional competente para dirimir la disputa contractual descrita en la Demanda –la posibilidad de aplicar la Imprevisión y los remedios ante los presuntos incumplimientos incurridos por Sodimac–, como cualquier otra diferencia derivada del Contrato o vinculada con éste, es el tribunal arbitral colegiado, con sede en Bogotá, designado por las Partes, como también sabe que la única ley aplicable al Contrato es la que impera en la República de Colombia.

4.4 Por último, en el capítulo cuarto (IV) resumo las principales conclusiones que se siguen del análisis precedente.

II. El Contrato

5. Calificación jurídica, características e Imprevisión

5.1 El Contrato que vincula a las Partes es un contrato de suministro, esto es, aquel “en virtud del cual una de las partes [suministrante: MB] se obliga a efectuar prestaciones periódicas o continuadas de cosas materiales [los Insumos] en favor de otra persona [suministrado: Sodimac], para su consumo o a título traslativo [de dominio], por una retribución [precio]”⁹.

Según una definición más completa, el suministro es:

“El contrato por el que una empresa (suministrador o proveedor) se obliga mediante un precio unitario a entregar a otra (suministrado) cosas muebles en épocas y cantidad fijada en el contrato o determinados por el acreedor de acuerdo con sus necesidades. De este concepto se desprende que el suministro es una variante o especialidad de la venta de cosas muebles. La diferencia entre compraventa y suministro aparece clara siempre que en el contrato de compraventa el pago del precio corresponde a una entrega única de la mercancía, ya que lo característico del suministro es que esta obligación no se cumple *uno actu*, sino que se prolonga a través del tiempo en entregas periódicas o continuadas...en el caso de venta con entregas repetidas, la prestación es única aunque su ejecución se fraccione en el tiempo, mientras que en el suministro no hay una prestación única, sino varias prestaciones autónomas ligadas entre sí de tal suerte que lo que importa no es tanto la suma de las prestaciones como las prestaciones aisladas que se reiteran a lo largo del tiempo pactado...el tiempo de las prestaciones tiene extraordinaria importancia en el suministro, porque las prestaciones deben ser realizadas siempre a lo largo de un período de tiempo”¹⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, el Contrato –por tratarse del suministro de insumos indispensables para elaborar pinturas de marca propia de Sodimac– tiene características propias que incluyen otros elementos típicos de contratos de licencia o de distribución.

5.2 Si bien la doctrina debate si el suministro es un tipo de compraventa de bienes muebles¹¹ o un contrato autónomo no regulado por la ley (atípico)¹², aquél es bilateral¹³, oneroso¹⁴, conmutativo¹⁵, principal¹⁶, consensual¹⁷ y de tracto sucesivo¹⁸.

⁹ Puelma A., Álvaro. *Contratación comercial moderna*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 93.

¹⁰ Garrigues, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. Bogotá, Editorial Temis, 1987, 7ª ed., T. IV, pp. 95-96.

¹¹ *Ibid.*, p. 95. Hace más de un siglo Claro criticó dos sentencias de la Excma. Corte Suprema (“CS”) porque calificaron el contrato de suministro eléctrico como un arrendamiento de servicios, concluyendo en cambio que “los contratos en que las empresas productoras de esta energía eléctrica se obligan a entregarla, mediante un precio convenido por la cantidad consumida, deben considerarse, en nuestra opinión, como verdaderos contratos de compraventa”. Claro S., Luis. “Los contratos de suministro de electricidad y dos fallos de la Corte Suprema”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (“RDJ”), 1922, t. 19, 1ª Parte, p. 38.

¹² Puelma, ob. cit., p. 92.

¹³ Art. 1439 CC.

¹⁴ Art. 1440 CC.

¹⁵ Art. 1441 CC.

¹⁶ Art. 1442 CC.

¹⁷ Art. 1443 CC.

¹⁸ “Contratos de tracto sucesivo o de ejecución sucesiva son aquellos en que los cumplimientos de a lo menos una de las partes se van escalonando en el tiempo, durante un lapso prolongado. La relación contractual tiene permanencia, a diferencia del contrato de ejecución instantánea, en que la relación contractual es efímera.

Este último rasgo es analizado con cierto detalle por un reputado comercialista español:

“Es el típico contrato de duración, o dicho más exactamente, de contrato que engendra obligaciones duraderas a cargo de las partes. En este último aspecto se contraponen netamente a los contratos de ejecución instantánea. La diferencia entre unos y otros estriba en la diversa función que cumple el tiempo en las relaciones jurídicas. En los contratos de ejecución instantánea el interés del contratante está en que la prestación se realiza en un momento determinado, y sólo cuando así ocurre aquel interés queda satisfecho. En los contratos llamados de duración, el interés de los contratantes reside en que la prestación se prolongue a lo largo del tiempo, precisamente porque esa prestación responde a una necesidad estable. En el segundo caso, la duración del cumplimiento incide en la causa del contrato, de tal suerte que éste no cumple su función económica si su ejecución no se prolonga en el tiempo: la utilidad para el contratante es proporcional a la duración del contrato. La causa en los contratos de duración no consiste en asegurar a las partes una prestación única, aunque realizada en momentos diversos, sino en asegurar por cierto tiempo varias prestaciones o una prestación continua”¹⁹.

Luego:

“La idea de la duración preside, pues, la doctrina del cumplimiento en el suministro... El cumplimiento del contrato y la consiguiente extinción de éste no es sólo consecuencia del transcurso del tiempo, sino de la ejecución de las prestaciones a lo largo del tiempo. Las nociones de cumplimiento y de tiempo van, pues, indisolublemente unidas en el contrato de suministro”²⁰.

5.3 Pues bien, de acuerdo a la doctrina, la Imprevisión sólo puede alegarse —como lo ha hecho MB en su Demanda— respecto de contratos bilaterales, onerosos, conmutativos y de tracto sucesivo²¹, cuyo es el caso del Contrato celebrado entre las Partes.

Más aún, en el contrato de suministro —como el Contrato— a menudo se suscita el problema de la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación de una de las partes, causada por un hecho imprevisible al tiempo de la celebración del mismo y ajeno a la voluntad de éstas²².

Ejemplos de estos contratos son... el contrato de abastecimiento o suministro”. López S., Jorge y Elorriaga D., Fabián. *Los contratos. Parte general*. Santiago, Thomson Reuters, 2017, 5ª ed., p. 137.

¹⁹ Garrigues, Joaquín. *Tratado de derecho mercantil*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963, T. III, vol. 1, p. 414.

²⁰ *Ibid.*, p. 423.

²¹ Véanse, v.gr., De la Maza R., Lorenzo. “La teoría de la imprevisión”, *RDJ*, 1933, t. 30, 1ª parte, pp. 73-117; Fueyo L., Fernando. “Algo sobre la teoría de la imprevisión”, *RDJ*, 1954, t. 51, 1ª parte, pp. 89-108; Dörr Z., Juan Carlos. “Notas acerca de la teoría de la imprevisión”, *Revista Chilena de Derecho*, 1985, vol. 12, pp. 253-270; Peñailillo A., Daniel. “La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (La lesión y la imprevisión)”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 2000, n°208, pp. 209-237; Caprile B., Bruno. “La imprevisión”, *Revista Actualidad Jurídica*, 2007, n°15, pp. 141-159; Abeliuk M., René. *Las Obligaciones*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, 5ª ed., 2010, T. II, pp. 840-848; Momberg U., Rodrigo: “Teoría de la imprevisión: La necesidad de su regulación legal en Chile”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2010, vol. 15, pp. 29-64, y “La revisión del contrato por las Partes: El Deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente”. *Revista Chilena de Derecho*, 2010, vol. 37, n°1, pp. 43-72; López y Elorriaga, ob. cit., pp. 137 y 324-326; Alcalde R., Enrique y Boetsch G., Cristián. *Teoría general del contrato*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2021, T. II, pp. 955-963.

²² El suministro es uno de los contratos emblemáticos en que puede acaecer la Imprevisión. No por nada López y Elorriaga (ob. cit., p. 325) ilustran esta figura mediante un caso (al parecer hipotético) de suministro de petróleo por una compañía venezolana a ENAP, siendo la proveedora afectada por el alza de los costos de fletes

Los propios contratantes pueden anticiparse a tal situación incorporando al contrato una cláusula *hardship*²³ que les permita negociar directamente una eventual modificación de las condiciones económicas acordadas inicialmente y, en caso de fracasar en este intento, que la parte afectada recurra al tribunal competente a quien ellas le facultan para revisar el precio del contrato y ajustarlo a las nuevas circunstancias o bien para declarar la resolución (terminación) del contrato.

5.4 El Contrato contiene una regla sobre ajuste del precio²⁴, pero no parece ser una cláusula *hardship*, pues no incluye los principales elementos de esta última, a saber:

- “i. Los eventos imprevisibles que calificarán para la aplicación de los remedios establecidos en la cláusula;
- ii. Los derechos que tendrá el deudor en el caso en que se verifiquen aquellos eventos previamente definidos, estableciendo un plazo en que deberán ejercerse y cuándo se entenderá que la negociación para la modificación del contrato ha concluido para así continuar con la siguiente etapa, probablemente, jurisdiccional;
- iii. Si se suspenderá o no el cumplimiento del contrato, y, en caso afirmativo, en qué términos y cuáles serán las prestaciones a favor de las partes del contrato (podría establecerse un mecanismo para determinar un precio justo, por medio del informe de un tercero, por ejemplo); y,
- iv. Determinar las potestades que tendrá el árbitro llamado a resolver la contienda, precisamente, si podrá proponer modificaciones al contrato o su terminación (total o parcial), entre otras”²⁵.

Esto puede explicar por qué MB alega en su Demanda, embozadamente, la Imprevisión.

5.5 Sin embargo, aun si la estipulación sobre ajuste del precio fuese una cláusula *hardship* y se estimara que MB no ha alegado la Imprevisión pues no tiene necesidad de ello, en todo caso MB ha imputado a Sodimac un supuesto incumplimiento –de mala fe y doloso–, que hace consistir en la presunta negativa sistemática, abusiva e injusta a reajustar el precio del

en 500% o más producto del cierre del Canal de Panamá causado por un hecho exógeno e imprevisto que le obliga a transportar ese insumo vía Estrecho de Magallanes. Similarmente, Garrigues (*Tratado*, ob. cit., p. 422) observa que “el precio puede ser un precio fijo para todo el suministro con el riesgo consiguiente a la posible oscilación de los precios a lo largo de la vida del contrato; o un precio variable o móvil que siga las fluctuaciones del mercado. En el primer caso es lógico que pueda suscitarse el problema de la variación de la base económica del contrato (doctrina de la llamada *cláusula rebus sic stantibus*...)”. La jurisprudencia española aplica restrictivamente la Imprevisión fundándola en dicha cláusula. Carrasco, ob. cit., pp. 980-984. *Rebus sic stantibus* [manteniéndose así las cosas] “es una cláusula muy conocida en la historia del derecho en Europa que introduce una significativa corrección a la exigencia, con respecto a las partes de un contrato, de cumplir lo convenido en él (principio de *pacta sunt servanda*). Según ella, cuando de manera sobrevenida cambian de manera esencial las circunstancias del contrato inicialmente previstas, cada una de las partes puede desistir de su cumplimiento, es decir, no tiene por qué verse forzada a realizar su prestación”. Blanch N., Juan Manuel. *Locuciones latinas y razonamiento jurídico*. Madrid, Dykinson, 2017, p. 477.

²³ Esto es, aquella “que permite a cualquiera de las partes exigir la adaptación del contrato, si se produce un cambio en las circunstancias que las llevaron a vincularse, de modo que este cambio le ocasione un rigor (*hardship*) injusto a quien reclama la revisión convencional. Está destinada a provocar la renegociación del contrato en virtud de la alteración de las circunstancias”. López y Elorriaga, ob. cit., p. 346.

²⁴ Modificación, cláusula 6ª, letra A.

²⁵ Cárdenas V., Hugo y Reveco U., Ricardo. *Remedios contractuales*. Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2018, p. 177.

Contrato, en los términos exigidos por MB con anterioridad a este Litigio. MB afirma que Sodimac infringió consciente y deliberadamente la cláusula de reajuste de precio.

En consecuencia, con independencia de si la cláusula de ajuste de precio es o no una regla *hardship*, la pretensión objeto de la Demanda es estrictamente contractual (la alegación encubierta de la Imprevisión y, en todo caso, la atribución explícita de un supuesto incumplimiento contractual a sabiendas e intencional a Sodimac) acerca de una disputa de idéntica naturaleza, cuyo conocimiento y resolución incumbe privativamente al tribunal arbitral designado por las Partes, y no al TDLC, ello a pesar del esfuerzo de MB por ocultar dicho conflicto bajo el disfraz de un ficticio abuso de posición dominante.

6. Objeto y causa en el Contrato

6.1 Todo contrato es celebrado para satisfacer las expectativas e intereses económicos de sus partes, esto es, el propósito concreto o práctico que persiguen alcanzar mediante aquél. Estos intereses se traducen en los derechos personales y obligaciones creados por el contrato.

“El negocio jurídico debe ser entendido, siguiendo la idea de [Federico de] Castro, no simplemente como un mecanismo de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, aunque también le cabe ese cometido, sino como algo más complejo y de más amplio alcance: *como un medio para organizar los particulares sus propios intereses*. Extrayendo las consecuencias que pueden derivarse de este enfoque, resulta que todo negocio, en sí mismo considerado, justifica en quienes lo han celebrado un determinado interés, que razonablemente aspiran a ver satisfecho y que también, por múltiples causas, unas imputables a la conducta de la otra parte y otras no imputables a ella puede quedar sin satisfacción”²⁶.

El contrato es un instrumento de distribución de los riesgos y de planificación del futuro que otorga certeza a sus partes:

“La seguridad jurídica impone la permanencia del contrato que es un acto de previsión. El principio de libertad y de responsabilidad, que deja a cada parte apreciar por sí misma la equivalencia de la prestación, reafirma esta opinión”²⁷.

En otras palabras:

“La iniciativa privada es el mecanismo motor de toda conocida regulación recíproca de intereses privados...[ella] no sólo se aplica a desear ciertos fines prácticos, sino también a crear los medios correspondientes a ellos...instrumentos de esta naturaleza son, por excelencia, los negocios jurídicos”²⁸.

6.2 En concreto, el objeto de la obligación de MB es suministrar los Insumos a Sodimac por un largo período de tiempo, garantizando la satisfacción de las necesidades de ésta, a saber,

²⁶ Morales M., Antonio M. “El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro”. *Anuario de Derecho Civil*, 1983, vol. 36, N°4, p. 1531.

²⁷ Ghestin, Jacques y Billiau, Marc. *El precio en los contratos de larga duración*. Buenos Aires, Zavalía Editor, 1994 (trad. L. Moisset de Espanés y Ricardo de Zavalía), p. 157.

²⁸ Betti, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada, Editorial Comares, 2000 (trad. A. Martín Pérez), p. 45.

producir las pinturas Kolor, mediante la utilización de los Insumos y de las máquinas APM (adquiridas por Sodimac) instaladas en sus Tiendas, y ofrecerlas a sus clientes.

A su vez, el objeto de la obligación de Sodimac es pagar el precio acordado a MB como retribución por su obligación de proveer los Insumos, el servicio técnico y asistencia para las máquinas APM.

6.3 Las causas o motivos que indujeron a Sodimac y a MB a celebrar el Contrato²⁹ –esto es, los intereses prácticos que ellas buscaron lograr mediante dicho negocio jurídico³⁰– son:

(i) Por un lado, Sodimac podría obtener un aprovisionamiento estable y seguro de los Insumos necesarios para fabricar las pinturas Kolor instantáneamente en sus Tiendas, mediante el sistema APM adquirido por ella, con lo cual disminuirían los costos de almacenamiento e inventario, y ampliaría considerablemente la oferta de pinturas arquitectónicas a sus clientes³¹.

(ii) Por otro lado, MB, Inc., podría ingresar al mercado latinoamericano para vender el sistema APM y los Insumos a un distribuidor que contara con diversas Tiendas para comercializar pinturas al por menor³².

6.4 Luego, la causa, interés práctico o fundamento económico que motivó a las Partes a suscribir el Contrato coincide con el de todo contrato de suministro:

“La razón de ser del suministro está en el deseo de hallar satisfacción rápida, segura y económica a las necesidades constantes en la vida moderna, que sería aleatorio y antieconómico satisfacer concertando un contrato distinto en cada momento en que surgiese la necesidad. Este último sistema

²⁹ Art. 1467.1 CC. “De acuerdo a la definición que da la ley, la causa del acto o contrato es el motivo que induce a su celebración. La palabra motivo, según el uso general que ésta tiene, es la causa o la razón que induce a algo, y la razón que induce a algo son los móviles psicológicos, individuales y subjetivos que se ha representado el sujeto y que lo inducen a actuar”. Vial del R., Víctor. *Teoría general del acto jurídico*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, 5ª ed., p. 204.

³⁰ La *causa* es la denominación técnica de la función del contrato que se vincula a su *objeto*: “la razón del negocio, se enlaza lógicamente al contenido de éste, sin llegar a identificarse con él. Contenido del negocio es...no ya una voluntad cualquiera, vacía e incolora, sino un precepto de la autonomía privada con el que las partes proveen a regular *intereses propios* en las relaciones entre ellas o con terceros, *en vista de fines prácticos de carácter típico*, socialmente ponderables por virtud de su constancia y normalidad...finalidades prácticas típicas que rigen la circulación de los bienes y la prestación de los servicios en la vida de relación: Obtener un equivalente, cambiar un bien o servicio por otro...etc. En todo negocio, analizado su contenido, se puede lógicamente distinguir una reglamentación de intereses en las relaciones privadas, y concretada en ella –cuando, como es normal, no haya sido separada [negocios jurídicos abstractos]– una *razón práctica* típica inmanente a ella, una ‘causa’, interés social a que aquélla responde”. Betti, ob. cit., pp. 153-54. Luego, “la causa o razón del negocio se identifica con la *función económico-social* del negocio entero, considerado con independencia de la tutela jurídica, en la *síntesis* de sus elementos esenciales”. *Ibíd.*, p. 162, énfasis del autor. La causa “es un elemento del negocio jurídico, en cuanto por su intermedio es posible controlar por el juez la autonomía privada, en su licitud y en sus propósitos de lucro excesivo...ella significa que el negocio no es simplemente constatación de la existencia de una manifestación de voluntad, sino que esta voluntad tiene propósitos que se persiguen por las partes, de índole práctica, y que el juez puede, a nombre de la sociedad, controlar”. Domínguez Á., Ramón. *Teoría general del negocio jurídico*. Santiago, Prolibros, 2020, 3ª ed., p. 279.

³¹ Demanda, pp. 4-5.

³² *Ibíd.*, pp. 6-7.

tendría un doble riesgo: el de la inseguridad respecto de la conclusión del contrato mismo, ya que dependería de la posesión de mercancías en los almacenes del vendedor y de la disposición de éste para venderlas; y el de la oscilación de los precios si éstos habían de fijarse caso por caso para cada contrato aislado. Esa seguridad en la satisfacción de las necesidades del suministrado se consigue mediante la disponibilidad del objeto del suministro en forma parecida a lo que ocurre con un contrato de apertura de crédito. La diferencia estriba en que en éste la disponibilidad se refiere al dinero o a medios que permitan obtenerlo, mientras que en el suministro se refiere a cosas o a energías inmateriales. En definitiva, el suministrador colabora económicamente con el suministrado; pero a diferencia de lo que ocurre en los contratos onerosos en general, en éste la colaboración económica se adapta elásticamente a las exigencias del momento. Y sólo las empresas están capacitadas para atender a esta disponibilidad mediante una organización especial que les permita cumplir las prestaciones en el momento preciso, dando así satisfacción a los deseos de seguridad en cuanto al momento, a la cuantía y al precio de las prestaciones”³³.

7. Exclusividad recíproca.

7.1 Sodimac se obligó a comprar exclusivamente a MB y ésta se obligó a suministrar exclusivamente a aquélla los Insumos (todos los componentes de pintura y otros productos, materiales e inventario) para el sistema de las máquinas APM³⁴.

7.2 Por consiguiente, la exclusividad es bilateral.

De este modo, Sodimac *no* puede comprar insumos (para la elaboración de pinturas marca Kölor) a terceros durante la vigencia del Contrato. Tampoco puede contratar el servicio técnico de las máquinas APM de terceros. En fin, como estas máquinas son programadas directamente por MB, y no obstante pertenecer a Sodimac, simplemente no funcionan con insumos distintos a los que MB debía suministrarle. Esto revela la absoluta cautividad y dependencia de Sodimac respecto de MB.

7.3 Sin embargo, MB no destaca este aspecto de dicha cláusula, sino que sólo hace hincapié en su propia obligación de suministro exclusivo³⁵.

De esta forma, la Demanda deja la impresión de que MB habría estado a merced de Sodimac como si el Contrato fuese de adhesión, en circunstancias que ésta es una convención libre y voluntariamente discutida entre partes sofisticadas y expertas, que tienen igual o similar poder de negociación e información y que, en ese pie de igualdad, pactaron una exclusividad recíproca, así como las demás cláusulas, entre otras, las que destaco enseguida. Asimismo, es práctica habitual el pactar cláusulas de exclusividad bilaterales en contratos que permiten

³³ Garrigues, *Tratado*, ob. cit., p. 418.

³⁴ Contrato Original, cláusula 4ª, letra G.

³⁵ Demanda, pp. 1-3, 5-7, 17, 21, 23 y 25.

a proveedores u otros agentes comerciales ingresar a nuevos mercados, como se aprecia, entre otros, en los contratos de distribución³⁶ y de suministro³⁷.

En concreto, la cláusula de exclusividad acordada por las Partes tiene plena justificación y razonabilidad. Por un lado, dado que Sodimac asumió un riesgo significativo e invirtió considerables sumas de dinero al traer un proveedor nuevo de la marca propia con una tecnología innovadora, la obligación contraída por MB de proveer los Insumos exclusivamente a Sodimac es una contraprestación justa y razonable, y que previene el problema del *free rider*, esto es, que una compañía lucre a partir del esfuerzo de otra sin pagarle algo a cambio³⁸. Por otro lado, la obligación de Sodimac de comprar los Insumos exclusivamente a MB es atractiva para ésta porque le asegura un flujo de ventas durante el período del Contrato, lo que hace más interesante su entrada a Latinoamérica.

8. Pinturas Kolor y cláusula penal.

En relación con esta materia, las Partes pactaron³⁹:

8.1 Que los Insumos “deberán ser comercializados únicamente bajo la marca Glam Kolor en las tiendas de Sodimac, incluso después de terminado el Contrato”;

8.2 Que “MB, Inc. no tiene licencia, autorización, dominio o interés en el uso en la marca registrada Glam Kolor”; y

8.3 Que, en caso de que MB venda a terceros –en el “Territorio”⁴⁰– los Insumos, las pinturas Glam Kolor o cualquier otra pintura producida mediante el sistema APM, MB pagará a Sodimac una multa o pena convencional no inferior a USD 16.000.000.

³⁶ “Una de las principales decisiones que debe adoptar un productor o fabricante se refiere a la forma en que hará llegar sus productos al consumidor. De poco o nada sirve contar con un excelente producto si el consumidor no tiene buen acceso al mismo, por lo que un adecuado canal de distribución o comercialización resulta indispensable para todo productor. A fin de lograr este objetivo, el productor tiene principalmente dos alternativas: (i) la venta directa al público, sin recurrir a ninguna clase de intermediarios, utilizando personal dependiente e instalando sus propios locales de venta, es decir, mediante capital propio; y (ii) utilizar alguno de los canales de distribución a través de terceros que cuentan con un capital organizado en forma independiente del fabricante, llámeselos distribuidores, concesionarios, agentes, representantes, comisionistas, etc. Pues bien, tal como se adelantó en uno de los ejemplos mencionados en la distribución, es usual que en los distintos contratos de distribución se pacte exclusividad entre el productor o fabricante y el distribuidor. Dicha exclusividad normalmente opera en ambos sentidos, por lo que afecta tanto al productor como al distribuidor”. Montt R., Paulo. “Validez de las cláusulas de no competir”, *Revista de Derecho Económico*, 2010, Año 47, n°75, pp. 67-68.

³⁷ Lema A., Matías. *Acuerdos de exclusividad y libre competencia: Análisis de la competitividad de una conducta*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (Dir. Prof. Juan Francisco Reyes T.). Santiago, 2018, pp. 13-14.

³⁸ Véase, v.gr., Tesler, Lester. “Why Should Manufacturers Want Fair Trade?”, *Journal of Law and Economics* 1960, vol. 3, pp. 86-105; Marvel, Howard. “Exclusive Dealing”, *Journal of Law and Economics*, 1982, vol. 25, pp. 1-25; y Van Den Bergh, Roger. *Comparative Competition Law and Economics*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 46-48 y 250-251.

³⁹ Contrato Original, cláusula 4ª, letra M, y Modificación, cláusula 10ª, letra A.

⁴⁰ Todos los países sudamericanos, indicados en el Anexo G del Contrato Original.

9. Derecho exclusivo de Sodimac a usar el Sistema APM.

9.1 Las Partes reconocieron que el Sistema APM era una invención reciente de MB, Inc., cuya operación exitosa exigía inversiones importantes y esfuerzos de todas ellas, quienes a esa fecha ya habían desarrollado planes de negocio, dado acceso al mercado relevante e intercambiado información confidencial y sensible⁴¹:

“Las Partes reconocen que el Sistema APM de Microblend es un programa nuevo e innovador que no ha sido desarrollado previamente en ningún lugar del mundo, que un [su] desarrollo exitoso en el Territorio requiere de inversiones significativas y esfuerzos conjuntos de las Partes, y que las Partes han tenido que desarrollar planes de negocio y concederse mutuamente acceso al mercado y a la información sobre costos, patentes y tecnologías”.

9.2 A causa o en razón de esos hechos reconocidos por las Partes, MB, Inc. concedió a Sodimac el derecho exclusivo a emplear el sistema APM⁴²:

“*En atención a lo anterior*, [las Partes] acuerdan que desde la Fecha Efectiva [18 de noviembre de 2011] hasta el 31 de diciembre de 2021, Microblend [MB, Inc.] confiere a Sodimac un derecho exclusivo (la ‘Exclusividad’) a utilizar el sistema APM (y obtener la Licencia de Tecnología) para operaciones detallistas y mayoristas en todos los países identificados en el Anexo G adjunto e incorporado aquí para referencia (el ‘Territorio’)”.

10. Objetivos de la Modificación.

10.1 En el preámbulo de dicho instrumento, las Partes dejaron constancia de los cuatro propósitos que buscaron alcanzar mediante esa modificación al Contrato, vale decir, de la causa o motivo que les indujo a suscribirla, a saber:

“(i) proporcionar los sistemas APM de Microblend a todas las tiendas de Sodimac en Chile;
(ii) estipular que Sodimac Chile pagará por todos los equipos, transporte, costos de instalación, aranceles e impuestos por los Sistemas APM y adquirirá exclusivamente los Sistemas APM con una licencia de software perpetua (i.e., la licencia no expirará hasta que el Sistema APM sea sacado de servicio), todo [ello] únicamente en la medida expresamente establecida en esta Modificación;
(iii) implementar un programa que hará que Sodimac Chile sea elegible para descuentos, todo [ello] únicamente en la medida expresamente establecida en esta Modificación...y;
(iv) acordar la regulación de todas las demás secciones del Contrato Original para que sea afectivo [sic: efectivo] desde el 7 de Marzo de 2014 (la “Fecha Efectiva”) para el desarrollo de los Sistemas APM de Microblend por Sodimac Chile y para las posteriores operaciones en el Territorio”⁴³.

10.2 En virtud del segundo de esos objetivos:

(i) Sodimac aceptó pagar la totalidad del equipamiento (indicado en el Anexo 5.3) y de los costos de instalación, transporte, aranceles e impuestos de los Sistemas APM (a) comprados por Sodimac e instalados en las Tiendas en Chile⁴⁴; y (b) de aquellos que las Partes acuerden

⁴¹ Contrato Original, cláusula 5ª.

⁴² Id.

⁴³ Modificación, preámbulo, letra B.

⁴⁴ Modificación, cláusula 7ª, letra A.

durante la vigencia del Contrato, siempre que Sodimac apruebe tales costos (señalados en el Anexo 5.3)⁴⁵;

(ii) MB se obligó a notificar oportunamente a Sodimac del aumento de dichos costos⁴⁶; y

(iii) Se acordó que Sodimac adquirirá el dominio exclusivo de cada Sistema APM y/o de sus partes, así como de la licencia de software permanente para operarlo, tan pronto pague tal sistema o sus componentes a MB o a sus fabricantes. La licencia no expirará mientras Sodimac utilice dicho sistema. Por eso, todos los recibos y facturas del sistema y/o sus partes, y las órdenes de compra hechas por MB, serán emitidas a nombre de Sodimac⁴⁷.

10.3 En congruencia con el tercero de tales objetivos, y atendida la voluntad de Sodimac de pagar todos los costos de los Sistemas APM, las Partes acordaron un esquema de descuentos “como un incentivo para mayores ventas de pinturas del Sistema APM”⁴⁸.

10.4 MB, Inc., actuando por sí y por MB, declaró su intención de “desarrollar la capacidad de fabricación para producir materiales componentes de pintura en Chile en orden a brindar mayor certeza a Sodimac respecto de la fabricación y suministro de componentes a los Sistemas APM”⁴⁹.

11. Ajuste de precios.

11.1 Las Partes discutieron, negociaron y distribuyeron libre, voluntaria e informadamente los riesgos derivados del Contrato.

En este sentido, las Partes previeron la contingencia incierta de un alza del costo de los Insumos que MB debía suministrar a Sodimac a fin de que ésta fabricara las pinturas Kolor en las Tiendas, utilizando para ello las máquinas APM adquiridas de MB, Inc.

11.2 Para tal efecto, las Partes incorporaron una cláusula de ajuste de precio en el Contrato Original para su aplicación en Chile⁵⁰, en los siguientes términos:

“Las Partes acuerdan ajustar los precios establecidos en el Anexo B-2 (Programa de Precios en Chile) adjunto al presente [instrumento] antes de comenzar la Implementación y, desde entonces, de vez en cuando, al menos una vez al año y/o más veces si es necesario dependiendo de las condiciones del mercado, a fin de reflejar [los] cambios en los precios y condiciones del mercado. Sodimac Chile recibirá inicialmente un descuento del margen comercial de esos precios en la cantidad del cincuenta y cinco por ciento (55%) en base a los precios de pinturas al por menor incluidos en el Anexo B-2. Según se usa en este párrafo, el término ‘margen comercial’ significa la diferencia entre el precio de venta total (excluyendo el IVA) menos los costos de facturación (excluyendo el IVA) dividido por el precio de venta. En noviembre de cada año, o con mayor frecuencia si es necesario debido a cambios significativos en los costos de las materias primas u otras condiciones de mercado, las Partes revisarán en conjunto las condiciones de mercado existentes, los cambios en los costos de las materias primas,

⁴⁵ Modificación, cláusula 7^a, letra B.

⁴⁶ Modificación, cláusula 7^a, letra C.

⁴⁷ Modificación, cláusula 7^a, letra C.

⁴⁸ Modificación, cláusula 8^a.

⁴⁹ Modificación, preámbulo, letra C.

⁵⁰ Modificación, cláusula 3^a.

los precios al por menor de los productos de pinturas de las Máquinas APM que Sodimac Chile cobrará a sus clientes, y los costos de facturación de los productos de pintura establecidos en el Anexo B-2 que Microblend cobrará a Sodimac Chile. *Las Partes trabajarán diligentemente y de buena fe para acordar mutuamente los precios al por menor y los costos de facturación que serán cobrados por Microblend a fin de mantener el margen comercial del 55% de Sodimac, procurando siempre la competitividad de Sodimac en el mercado.* Si las Partes no logran acordar mutuamente los precios al por menor y los costos de facturación al 30 de noviembre de ese año, Microblend podrá informar con 30 días de anticipación a Sodimac que los costos de facturación que Microblend cobrará a Sodimac Chile serán ajustados considerando las condiciones del mercado chileno y un índice independiente de materias primas (por ejemplo: el informe ICIS -www.ICIS.com), y conforme el Schedule 4 ('Fórmula de Ajuste de Materias Primas') adjunto al presente [instrumento]"⁵¹.

Por lo tanto, las finalidades del mutuo acuerdo entre las Partes sobre los precios al por menor y los costos de facturación a ser cobrados por MB a Sodimac son la mantención del margen comercial del 55% a favor de esta última y, en definitiva, su competitividad en el mercado de ventas de pinturas al por menor; considerando, además, que Kolor es una marca propia y que esas marcas se posicionan como marcas de primer precio.

11.3 Pues bien, *mantener* es “conservar algo en su ser, darle vigor y permanencia”; *vigor* es “fuerza o actividad notable de las cosas animadas o inanimadas”; *permanencia* es “duración firme, constancia, perseverancia, estabilidad, inmutabilidad”; *procurar* es “hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa”; y *siempre* es “en todo o en cualquier tiempo”⁵².

Luego, el objetivo esencial del mutuo y libre acuerdo entre las Partes sobre los precios al por menor y de los costos de facturación de MB es conservar o mantener de forma permanente, constante, firme, estable o inmutable, el margen comercial del 55% a favor de Sodimac, esforzándose siempre para que Sodimac sea competitiva.

En consecuencia, las Partes se comprometieron a asegurar la inmutabilidad de tal margen, esto es, se obligaron a un *resultado*: la mantención del 55% de margen comercial de Sodimac. Sodimac tiene así el derecho personal para exigir a MB la preservación de dicho margen y a rehusar las alzas de precios que conlleven su disminución.

Por eso, estimo errada la interpretación defendida por MB en la Demanda –que reconfirma que su pleito con Sodimac es únicamente contractual–, de que “el propio Contrato señala que el margen de 55% es un objetivo que deben alcanzar las partes de buena fe y no una condición sine qua non de este”⁵³.

Esta desavenencia, como cualquiera que surja entre las Partes, sólo puede ser conocida y zanjada por el tribunal arbitral, supuesto que alguna de ellas la someta al mismo mediante la interposición de la o las acciones o remedios contractuales del caso.

⁵¹ Modificación, cláusula 6ª, letra A. Sigo, con leves cambios formales, la traducción de MB (Demanda, p. 8).

⁵² Diccionario de la lengua española (edición Tricentenario, <https://dle.rae.es/?w=diccionario>, “DLE”).

⁵³ Demanda, p. 19.

Asimismo, las Partes se obligaron a una actividad diligente (*obligación de medios*)⁵⁴: procurar en todo momento que los productos de Sodimac fuesen competitivos en el mercado de venta de pinturas al por menor.

En definitiva, si el ajuste de precios que MB exigió aceptar a Sodimac implicaba una disminución de dicho margen y de la competitividad de la segunda, MB estaba incumpliendo su obligación de resultado y su obligación de medios, respectivamente⁵⁵.

11.4 Esas obligaciones de resultado y de medios no se extinguen como consecuencia del fracaso de las Partes en convenir mutuamente un alza del precio del Contrato.

Luego, MB no tiene derecho a ajustar unilateralmente el precio de aquél de forma que reduzca el margen comercial garantizado a Sodimac y/o comprometa la competitividad de ésta.

Por eso, si las alzas de precio exigidas por MB a Sodimac impedían conservar el margen comercial de 55% de Sodimac, es evidente que no procedía aceptarlas, que Sodimac estaba en su legítimo derecho a rechazarlas, sin que su negativa implicara abuso ni injusticia alguna, y que era MB quien estaba incumpliendo sus obligaciones de resultado y de medios antes referidas.

En efecto, Sodimac invirtió grandes sumas de dinero en el Contrato bajo el entendido que las Partes cumplirían la regla del margen comercial del 55% y la competitividad de los productos. Por eso, el intento de MB por alterar esa regla *a posteriori* dañó ese entendido y defraudó la confianza depositada por Sodimac.

11.5 El hecho de que a MB le resultara excesivamente oneroso seguir suministrando los Insumos a Sodimac al precio convenido con ésta –y no al precio que MB quería aplicar *motu proprio*– como consecuencia del alza de los costos de las materias primas y fletes, a su vez derivados de fenómenos exógenos, imprevisibles y sobrevinientes (la desvalorización del peso chileno frente al dólar estadounidense y la Pandemia, según indica la Demanda), y el hecho de que ello pudiese desencadenar a MB su insolvencia, liquidación y salida del mercado, *no* hacen abusivo e injustificado el rechazo de Sodimac a elevar el precio del Contrato en los porcentajes solicitados por MB, si es que –como sostuvo Sodimac en sus respuestas a las comunicaciones de aquélla– no se verificaron los requisitos contractuales específicos para reajustar unilateralmente el precio y conllevaba tanto un descenso del

⁵⁴ Esto es, “aquella cuya prestación consiste en el despliegue de una actividad del deudor dirigida a proporcionar cierto objeto, interés o resultado del acreedor”. Peñailillo A., Daniel. *Obligaciones*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 223-224.

⁵⁵ “[L]a principal función que se ha atribuido a la distinción [entre obligaciones de medios y de resultado] se refiere al régimen de responsabilidad y, particularmente, a la determinación del incumplimiento de la obligación (o hecho generador de la responsabilidad). Desde luego, en ambas el hecho generador de la responsabilidad es el incumplimiento. Pero para precisar qué se entiende por incumplimiento, o cuándo se incumple, es para lo que surge la utilidad de la distinción. *La de resultado está incumplida cuando el deudor no ha proporcionado al acreedor el resultado al que se comprometió. En la obligación de medio la situación es más compleja. Como principio, la obligación está incumplida cuando el deudor no se ha comportado con la debida diligencia*”. *Ibid.*, p. 225.

margen comercial garantizado a Sodimac como una afectación a la competitividad de sus pinturas Kölor frente a las de sus competidores.

12. Ley del Contrato y jurisdicción aplicable.

12.1 El Contrato se rige y debe ser interpretado conforme a las leyes de Colombia⁵⁶.

12.2 El Contrato contiene la siguiente cláusula compromisoria⁵⁷:

“Toda disputa derivada de o relacionada con el Contrato, incluyendo toda cuestión atinente a su existencia, validez o terminación (‘Disputa’), será resuelta mediante arbitraje final y vinculante conforme a las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (las ‘Reglas de la ICC’). El lugar del arbitraje será Bogotá, Colombia.

El laudo arbitral será dictado en derecho por tres árbitros comerciales expertos designados de acuerdo con las Reglas de la ICC...

La sede del arbitraje será Bogotá, Colombia...

*La sentencia del tribunal arbitral será final y vinculante para las Partes y podrá ser ejecutada por cualquier tribunal con jurisdicción competente”*⁵⁸.

En consecuencia, el único órgano jurisdiccional competente para conocer y dirimir todo y cualquier conflicto que se suscite entre las partes, derivado o relacionado con el Contrato, es el tribunal arbitral que éstas, en ejercicio de su autonomía privada, designaron.

13. Duración del Contrato.

El Contrato –en lo que a Sodimac y MB respecta– tiene una duración de 10 años contados desde el 7 de marzo de 2014. Todas las operaciones posteriores en el Territorio que empiecen antes del 31 de diciembre de 2021 se extenderán igualmente por 10 años⁵⁹.

⁵⁶ Contrato Original, cláusula 13.

⁵⁷ Desde el punto de vista del derecho chileno, la presente es una cláusula compromisoria, esto es, “un contrato por el cual las partes sustraen determinados asuntos litigiosos, presentes o futuros, al conocimiento de las jurisdicciones ordinarias y las someten a juicio arbitral. Se trata de una convención pactada sin referencia a un árbitro determinado...a diferencia del compromiso, reviste los caracteres de un contrato, porque de ella nace para las partes la obligación de designar árbitros”. Aylwin A., Patricio. *El juicio arbitral*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, 5ª ed., p. 301. En cambio, el compromiso “es una convención por la cual las partes substraen determinados asuntos litigiosos, presentes o futuros, al conocimiento de las jurisdicciones ordinarias y las someten al fallo de ciertos árbitros que designan”. *Ibid.*, p. 213. La designación debe hacerse indicando el nombre y apellido del árbitro nombrado (art. 234 nº2 del Código Orgánico de Tribunales). *Ibid.*, p. 258.

⁵⁸ Contrato Original, cláusula 13.

⁵⁹ Modificación, cláusula 14.

III. La controversia extrajudicial entre las Partes

La Demanda fue precedida por una copiosa correspondencia entre MB y Sodimac que revela la existencia de una discrepancia entre ambas sobre la interpretación y aplicación de la cláusula de ajuste del precio del Contrato, quienes se imputaron mutuos incumplimientos del mismo y donde se advierte, además, la alegación implícita de Imprevisión por parte de MB.

14. Reclamos formulados por MB a Sodimac.

En diversas misivas dirigidas a Sodimac, MB adujo que:

(i) las condiciones de mercado habían variado radical y sostenidamente a causa del aumento de los costos de las materias primas y fletes, provocada por la Pandemia y la depreciación del peso chileno en comparación al dólar norteamericano y otras divisas;

(ii) dichas circunstancias alteraron el equilibrio económico del Contrato y harían inviable la continuidad de su giro, con el riesgo consiguiente de devenir insolvente, en tanto Sodimac se habría aprovechado de la situación;

(iii) el único modo de restaurar la simetría entre ambas e impedir la insolvencia de MB consiste en subir el precio del Contrato en los porcentajes calculados por ésta;

(iv) el rechazo de los ajustes de precio solicitados por MB constituye un incumplimiento contractual abusivo y de mala fe por parte de Sodimac;

(v) ante tal negativa reajustará unilateralmente el precio del Contrato en el porcentaje previamente informado a Sodimac porque se cumplirían los requisitos correspondientes; y

(vi) se reserva el derecho a ejercer las acciones legales contractuales u otras.

14.1 Carta de fecha 18 de julio de 2022, en cuya virtud MB:

(i) Comunicó a Sodimac su decisión de reajustar unilateralmente el precio del Contrato en un 14% para las operaciones en Chile (y en otros porcentajes para Colombia, México y Brasil) a partir del día siguiente, sin perjuicio de subirlo, además, en un 16% desde el 18 de agosto; y

(ii) Fundó su determinación en la negativa de Sodimac a elevar el precio en el 14% que le había informado el 24 de marzo de 2022 y explicó que (a) los reajustes surgen del fuerte incremento de los costos de las materias primas y fletes en los últimos 12 meses a causa de la Pandemia; (b) “son consistentes con el tenor y espíritu” del Anexo B-2; y (c) son “indispensables para mantener el equilibrio económico del Contrato, hacer la operación de Microblend viable y evitar que ésta caiga en insolvencia”.

14.2 Carta de fecha 22 de julio de 2022, en la que MB expuso que:

(i) desde el 31 de diciembre de 2019 las condiciones de mercado han variado constante y significativamente debido a la desvalorización del peso chileno respecto del dólar estadounidense y otras monedas, y el aumento de los costos de los Insumos.

(ii) desde entonces ha pedido reiteradamente a Sodimac ajustar el precio de venta de los Insumos para “restablecer los equilibrios económicos bajo el Contrato”, cuya última solicitud formal efectuó el 24 de marzo de 2022, pero Sodimac sólo ha aceptado alzas menores, por lo que estaría “desviándose materialmente de las disposiciones y principios establecidos en el Contrato en materia de ajuste [sic] ajustes de precio” y esto le “ha permitido...mantener un negocio rentable a lo largo de estos años y, por contrapartida, ha producido un deterioro sostenido e insostenible de la situación financiera de Microblend que es necesario *remediar*”;

(iii) que tiene el derecho a reajustar el precio del Contrato para que éste refleje los cambios en las condiciones de mercado y los costos de las materias primas no incluidos en anteriores alzas, máxime si tal situación se ha mantenido y/o empeorado;

(iv) ha cumplido su obligación de notificar a Sodimac 30 días antes de la aplicación del reajuste respectivo (el último de 18 de julio y el próximo a partir del 17 de agosto de 2022);

(vi) los reajustes calculados e incluidos en el Anexo A que adjunta son (a) inferiores a lo que resultarían de aplicar el Schedule 4 –lo que demostraría su esfuerzo de buena fe para ser financieramente viable y seguir suministrando a Sodimac sin deteriorar la competitividad de ésta–, y (b) esenciales para continuar proveyendo e impedir su insolvencia.

14.3 Carta de fecha 19 de agosto de 2022.

MB señaló que:

(i) desde diciembre de 2019 se ha reunido varias veces con Sodimac y le ha enviado diversas cartas pidiéndole subir los precios de los Insumos, especialmente en los últimos 10 meses⁶⁰, en atención a que los cambios significativos en las condiciones de mercado han producido un alza importante del costo de las materias primas y transporte;

(ii) Sodimac está muy consciente de la insostenible posición financiera de MB, pues ésta así se lo ha informado mediante emails y en reuniones desde diciembre de 2021⁶¹;

(iii) está haciendo todo lo que puede para mitigar los efectos negativos que puedan derivar de una interrupción en sus operaciones;

(iv) desde octubre de 2021 ha presentado a Sodimac múltiples planes de negocio sin haber recibido retroalimentación alguna de ésta, y que el 29 de julio de 2022 presentó a MB un plan

⁶⁰ MB cita las reuniones y/o comunicaciones de fechas 19 de octubre, 10 de noviembre y 14 de diciembre de 2021; y 25 de enero, 24 de marzo, 22 de abril, 12 de mayo, 20 de junio, 18 de julio y 22 de julio de 2022.

⁶¹ MB cita emails y/o reuniones de fechas 14 de diciembre de 2021; y 22 de abril, 12 y 16 de mayo, 8 de junio, y 18, 22 y 29 de julio de 2022.

integral para asegurar la continuidad del suministro, obtener una retribución justa y permitir el éxito del negocio de ambas, pero Sodimac recién le envió comentarios el 18 de agosto;

(v) rechaza los incumplimientos que Sodimac le atribuyó sobre la calidad de las pinturas entregadas por MB y ciertas órdenes de compra. Estos últimos se deben, indica MB, a la negativa de Sodimac a ajustar el precio según lo pedido por MB, incumplimiento imputable a Sodimac que ha causado el estado financiero insostenible de MB;

(vi) Sodimac (a) abusó de su poder de mercado, (b) se aprovechó del derecho exclusivo a usar los Sistemas APM y de la ingente inversión de MB en el negocio de aquél, (c) ignoró abusivamente las peticiones de alza de precios de MB, respondiéndolas tardíamente y siendo totalmente indiferente a los intentos de MB por aplicar la cláusula del precio en los 2 últimos años; y (d) Sodimac actuó de mala fe y abusivamente para no aplicar dichos reajustes; y

(vii) se reserva sus derechos contractuales y legales para exigir el cumplimiento del Contrato, defender sus derechos emanados de éste y ejercer cualquier otra acción que contemplen las leyes aplicables contra la conducta abusiva de Sodimac bajo el Contrato.

14.4 Carta de fecha 25 de agosto de 2022.

MB afirmó que:

(i) calculó y comunicó a Sodimac, conforme el Contrato, los ajustes de precio que se hicieron efectivos el 19 de julio de 2022;

(ii) el Contrato dispone que las Partes trabajarán diligentemente y de buena fe para acordar mutuamente los precios al por menor y los costos de facturación que permitan a Sodimac mantener un margen comercial del 55%, pero que si estas negociaciones fracasan MB está facultada para ajustar los precios de las materias primas considerando las condiciones del mercado chileno, por lo que ha actuado congruentemente con el Contrato;

(iii) (a) no sólo ha cumplido íntegramente con el deber de buena fe sino además ha perseguido a Sodimac por más de 1 año buscando alternativas para optimizar la calidad de la pintura y ajustar los productos con el propósito de que Sodimac alcance dicho margen; (b) ha informado en innumerables ocasiones a Sodimac que sus rivales han reaccionado al alza de los costos de las materias primas mejorando sus estándares de calidad de las pinturas, pero Sodimac ha sido indiferente a las propuestas y comunicaciones enviadas por MB, llevándola al mal estado financiero que le aflige; (c) ha seguido suministrando a Sodimac pinturas que cumplen cabalmente los estándares exigidos por el Contrato, sin que en sus más de 10 años de vigencia Sodimac le haya reclamado al respecto;

(iv) como carece de la facultad para fijar los precios al por menor en vez de Sodimac, no puede garantizarle un margen comercial y, por tanto, no se ha obligado a ello bajo el Contrato;

(v) (a) está disponible a discutir con Sodimac alternativas para restablecer el equilibrio económico del Contrato; (b) está incurriendo en costos y haciendo esfuerzos significativos

para mantener su capacidad de producción, pero no puede asegurar su sostenibilidad futura; y (c) expresa reserva de sus derechos y acciones.

15. Respuestas de Sodimac a los reclamos realizados por MB.

15.1 *Carta de fecha 20 de julio de 2022*

Sodimac rechazó el ajuste de precio informado mediante la carta citada en 14.1 por cuanto:

(i) MB no ha cumplido los requisitos previstos en la cláusula 6ª de la Modificación (Anexo B-2) en relación con el Schedule 4 del Contrato, cuales son: (a) notificar el ajuste con 30 días de anticipación a su realización; y (b) fundar el ajuste [i] en las condiciones del mercado chileno, [ii] en un índice independiente de precios de *commodities* y [iii] sujetarse al polinomio establecido en tal schedule. En concreto, MB no ha acreditado la condición [iii];

(ii) MB no ha probado la procedencia de un nuevo ajuste de precio unilateral según la variación del valor de las materias primas entre el 22 de mayo de 2022 (fecha del último ajuste de precio, de 9%, acordado por las Partes en una negociación de buena fe que consideró las fluctuaciones del valor de las materias primas) y la fecha en que MB quiere aplicarlo; y

(iii) los ajustes de precio convenidos por las Partes en los últimos 12 meses absorbieron los cambios en las condiciones de mercado mencionadas en la carta citada en 14.1.

15.2 *Carta de fecha 5 de agosto de 2022.*

Sodimac y Sodimac Colombia S.A.:

(i) Representaron graves incumplimientos contractuales de MB, quien aún no los remediaba, pese a las reiteradas peticiones de aquéllas: (a) adeuda a Sodimac (a) \$420.258.769 (capital e intereses de anticipos de dinero hechos por Sodimac según lo pactado en los Anexos A y B de la Modificación); (b) \$166.791.650 (descuentos comerciales acumulados); y (c) \$47.157.558 (pagos de notas de crédito por productos rechazados por calidad bajo el estándar acordado); (b) proveyó con varios días de retardo Insumos requeridos por Sodimac Colombia S.A. en diversas órdenes de compra; (c) se atrasó en aceptar diversas órdenes de compra cursadas por esta última.; y (d) ejecutó parcialmente varias órdenes de compra de Sodimac.

(ii) Afirmaron haber cumplido fielmente el Contrato y se reservaron todos sus derechos bajo aquél, sin que nada de lo dicho u omitido en la carta constituya una renuncia de los mismos.

15.3 *Carta de fecha 8 de agosto de 2022.*

Logística Internacional S.A. (“Sodilog”), filial de Sodimac, pidió nuevamente a MB pagar \$452.064.613 por servicios prestados por aquélla entre noviembre de 2021 y julio de 2022.

15.4 *Carta de fecha 29 de agosto de 2022.*

Sodimac contestó las cartas indicadas en 14.3 y 14.4 precedentes en los siguientes términos:

(i) Reseñó la génesis y desarrollo de la relación contractual entre las Partes: (a) la celebración del Contrato Original y su alcance regional, que ha operado en Colombia, Chile, Brasil y México; (b) las principales obligaciones contraídas por ellas; (c) la justificación de la cláusula de exclusividad (las Partes debían hacer inversiones ingentes y esfuerzos conjuntos para implementar, por primera vez en el mundo, el sistema APM); (d) la imposibilidad económica de MB para aportar al financiamiento de las máquinas APM, según se obligó bajo el Contrato Original, lo que hizo necesario modificarlo, asumiendo Sodimac toda la inversión en los activos (casi USD 17.000.000) y los costos del stock de componentes para fabricar las pinturas; (e) la cláusula de reajuste del precio incorporada tanto en la primera como en la segunda modificación del Contrato Original, sobre las operaciones en Colombia y Chile, respectivamente, con la particularidad de que en este último caso las Partes reconocieron a Sodimac el derecho a un margen comercial y convinieron que si no acordaban el alza del precio en noviembre de cada año, MB podría informar a Sodimac un ajuste unilateral siempre que cumpliera los requisitos pactados⁶²; (f) MB incumplió su obligación (contraída en la tercera modificación al Contrato Original) de dejar en custodia con un agente depositario las fórmulas, know how y demás elementos necesarios para que Sodimac pudiese hacer funcionar las máquinas APM ante la insolvencia, incapacidad para operar, cambios en su dominio o incumplimiento de sus obligaciones por MB.

(ii) Indicó que (a) debido a las dificultades (financieras) de MB, Inc. y MB, en noviembre de 2021 Moneda Renta CLP Fondo de Inversión (“Moneda”), acreedora de MB, asumió la administración de ésta y pasó a ser la contraparte efectiva de Sodimac. Previo a la intervención de Moneda, las Partes (siendo MB experta en el mercado de las pinturas) ajustaron los precios y estructuraron su negocio de común acuerdo. Las dificultades aparecieron cuando Moneda tomó el control de MB; pues en junio de 2022 aquélla, a través de MB, exigió a Sodimac una nueva alza del precio en circunstancias que en el mes anterior las Partes habían convenido el último aumento. Aun así, Sodimac propuso a MB subir el precio en 4,75% –previo pago por ésta de toda o al menos parte de su deuda con ella–pero MB rechazó la oferta y el 18 de junio de 2022 informó a Sodimac de un ajuste inmediato del precio (14% para Chile) y de un alza ulterior aplicable a partir del trigésimo día siguiente (16% para Chile). Sodimac rechazó esa notificación de ajuste unilateral por las razones dadas en la carta respectiva⁶³, y Sodilog volvió a requerir a MB que le pagara la deuda para con ella⁶⁴.

(iii) Sintetizó los términos para la continuación del suministro, mediante la suscripción de un nuevo contrato con una duración de 10 años, que Moneda le presentó en julio de 2022, oportunidad en que ésta le habría informado no estar dispuesta a invertir en el negocio. La propuesta de Moneda contempla las obligaciones que asumiría cada parte, entre las cuales destaca la obligación de Sodimac de pagar un *fee* fijo de UF 10.000 mensuales a MB y uno variable del 10% del costo (de las materias primas y de producción), cantidad que Sodimac estimó desmesurada junto con observar que la propuesta de Moneda omite elementos básicos del eventual nuevo contrato a 10 años.

⁶² Véase *supra* 15.1 (i).

⁶³ Véase *supra* 15.1.

⁶⁴ Véase *supra* 15.3.

(iv) Dio cuenta que el 15 de agosto de 2022 MB, Inc. le informó del cese de sus operaciones en EEUU y de la interrupción inmediata e indefinida de varios de los servicios que MB prestaba en Chile (v.gr., que no fabricaría nuevas APM para abastecer nuevas Tiendas), lo que causó gran preocupación a Sodimac “pues se encuentra en riesgo la operatividad global y la continuidad del sistema y, con ello, del funcionamiento de la operación con tintometría automatizada de Sodimac para su marca propia de pintura Kolor. Cabe mencionar que la experiencia en la operación de estas máquinas recabada en la larga relación comercial con MB nos hace dudar que la operatividad del software esté garantizada producto de este cese de operaciones, atendido que éste se aloja en servidores mantenidos por Microblend Inc”.

(v) Enfatizó su permanente flexibilidad para hacer las modificaciones necesarias al Contrato y su constante apoyo financiero a MB durante la larga relación entre ambas, acordando con ésta ajustes de los precios (cuatro en el último año, los que acumularon 34,8%), anticipándole fondos e incluso le facilitó su red logística (de su filial Sodilog) a precios muy convenientes. Destacó que siempre ha actuado de buena fe y buscado solucionar los problemas financieros que aquejan a MB; situación que, según esta última, justificaría sus incumplimientos en detrimento de Sodimac.

(vi) Rechazó el último ajuste de precios aplicado unilateralmente por MB por no cumplirse los requisitos pactados en la Modificación, donde también se garantizó a Sodimac un margen comercial variable según el país respectivo. MB no puede “imponer o exigir alzas sin una justificación objetiva o distinta a la que fuere acordada que explique suficientemente los motivos del aumento del precio. Así, por ejemplo, entre el 1° de enero de 2020 y el 30 de junio de 2022 se han convenido para Chile alzas que acumulan un total de 41,5%; y, de aplicar el polinomio contemplado en el Contrato, que es lo que corresponde, el alza máxima podría ser de 44,2%, es decir, un 2,7% adicional. Esta última cifra está muy lejos del aumento exigido por Microblend para Chile [14%]”. Añadió que “Microblend indica que ha realizado diez solicitudes de alzas de precios, señalando que ellas habrían estado justificadas en los cambios en las condiciones de mercado, pero no ha entregado información suficiente respecto de cuáles serían aquellos cambios, dando lugar a una exigencia del todo infundada, sobre todo considerando que las Adendas consideran precisamente indicadores objetivos para evaluar los cambios en dichas condiciones y como deben ser valoradas”.

(vii) Aseveró que (a) contestó en tiempo y forma las peticiones de ajuste de precio de MB, aceptando alzas dentro de lo que permite la dura competencia en el sector; (b) mantiene una comunicación fluida con MB pues ésta le provee de insumos que le permiten fabricar su pintura Kolor con las máquinas APM, adquiridas por Sodimac, pero que no podrá seguir usando si MB deja de suministrarle los Insumos ya que ésta es su proveedora exclusiva; (c) analizó el último plan de negocios propuesto por Moneda, pero que debe rechazarlo porque traslada todo el riesgo del negocio a Sodimac, mientras que asegura un honorario fijo mensual a MB, y debilita la competitividad de la pintura Kolor, con la subsecuente disminución de las ventas, como ocurrió luego del último ajuste de precio acordado por las Partes en mayo de 2022, de manera que dicho plan no es realista ni viable; (d) pagó todos los Insumos incluidos en las órdenes de compra dirigidas a MB y no rechazó infundadamente pedidos; (f) MB [i] adeuda cuantiosas sumas de dinero a Sodimac (anticipos, descuentos a favor de Sodimac, notas de crédito de productos rechazados por no cumplir el estándar de calidad) y a Sodilog (servicios de logística), [ii] no cumplió con el estándar de calidad de partidas de productos que Sodimac tuvo que devolver para evitar perjuicios a los consumidores, [iii] no entregó la

totalidad de los productos pedidos por Sodimac Colombia S.A. y [iv] intentó subir unilateralmente el precio sin satisfacer los requisitos contractuales respectivos; (g) las dificultades económicas de MB no son imputables a Sodimac sino que sus causas son la depreciación de las monedas locales y los altos costos de transporte, según habría admitido Mr. Pirtle, gerente general de MB, Inc., quien además habría reconocido que Moneda puede hacer que MB detenga el suministro a Sodimac mientras ésta no acepte el plan de negocio y condiciones exigidas por Moneda; (h) ha apoyado decididamente la entrada de MB en Sudamérica: [i] financió el 100% de las inversiones en maquinarias e instalaciones necesarias para la operación del sistema APM; y [ii] anticipó 122.450 UF a MB; (i) siempre ha procurado, de buena fe y colaborativamente, acordar ajustes de precio con MB, pero ésta no tiene derecho a forzarla a firmar un nuevo contrato bajo condiciones comerciales opuestas a los intereses de Sodimac, a las marcas de su pintura y perjudiciales para los consumidores finales, exigencias alejadas completamente de las condiciones del mercado y carentes de justificación y objetividad; (j) la última solicitud de ajuste de precio de MB afectaría a tal extremo la marca Kolor que para mantener su competitividad frente a los productos rivales Sodimac, ésta tendría que vender las pinturas bajo el costo de adquisición de los Insumos en Colombia y Brasil, mientras que en Chile el margen garantizado a Sodimac disminuiría a tal grado que simplemente no le convendría continuar vendiéndolas; (k) no tiene aliciente alguno para dañar a MB ya que sus intereses son interdependientes (“el éxito de Sodimac en la comercialización de sus pinturas de marcas propia [sic] depende directamente de que Microblend pueda desarrollar sus actividades comerciales de forma rentable y sostenible en el tiempo”).

(viii) Rechazó la imputación de MB según la cual Sodimac, al desestimar el último ajuste de precio exigido por aquélla, habría sacado provecho de su derecho exclusivo a usar las APM y de las inversiones efectuadas. En efecto: (a) fue Sodimac, y no MB, quien hizo todas las inversiones necesarias para desarrollar el negocio objeto del Contrato (pagó todo el equipamiento y flete, los costos de instalación e impuestos de los sistemas APM, y el costo de producción de los componentes) e invirtió altas sumas de dinero para expandir sus marcas propias; (b) es Sodimac, y no MB, quien está cautiva en el Contrato, ya que si MB no puede continuar suministrando a Sodimac, ésta sufrirá ingentes daños, perderá la inversión efectuada y no podrá utilizar las máquinas APM (sólo pueden funcionar con la licencia de software, que tiene Sodimac, si son conectadas a los servidores de MB en EEUU; y sólo ésta puede realizar el mantenimiento de las máquinas); (c) la cláusula de exclusividad bilateral del Contrato tiene plena justificación en las cuantiosas inversiones que el nuevo sistema APM exigía y que Sodimac hizo desembolsando enormes sumas de dinero al efecto; (d) Sodimac ha indicado a MB que si ésta quiere puede poner término al Contrato; (e) Sodimac contestó oportunamente las comunicaciones de MB; y (f) Sodimac aceptó cuatro alzas de precios durante el último año, lo que desmiente un supuesto abuso de posición dominante como también la mala fe que MB le atribuye.

(ix) Reiteró su interés por zanjar las discrepancias entre las Partes cuanto antes, de común acuerdo, de buena fe y protegiendo de la mejor manera posible sus intereses, sugiriendo dos caminos: (a) resciliar anticipadamente el Contrato mediante una transición ordenada, con plazos sensatos y ecuanímenes con el mínimo impacto a los consumidores; y/o (b) celebrar un nuevo contrato, a largo plazo, bajo condiciones equitativas para ambas partes, que prevea la forma y plazos para que MB pague sus deudas a Sodimac, y que ofrezca estabilidad operacional al software que permite usar el sistema APM.

15.5 Carta de fecha de 30 de septiembre de 2022.

Sodimac:

(i) Informó a MB de su decisión de dar por culminado el proceso en que ambas trataron de renegociar de buena fe la continuación del suministro sin alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambas, porque (a) la propuesta de MB no atiende a las necesidades operacionales de Sodimac; (b) las condiciones comerciales exigidas por MB no aseguran la sustentabilidad y competitividad de las pinturas de Sodimac; (c) MB pretende trasladar todo el riesgo del negocio a Sodimac; y (d) MB no ha pagado siquiera parte de sus deudas con Sodimac y Sodilog.

(ii) Expresó que, congruentemente con su constante buena fe y espíritu colaborativo, no tiene problema alguno en poner término anticipado al Contrato y liberar a MB de sus obligaciones de exclusividad, invitándola, si ésta así lo desea, a expresar su voluntad en tal sentido, sin perjuicio de que conservará las máquinas APM de su dominio y su licencia de software perpetua para operarlas, reservándose todos los derechos y acciones para reclamar de los incumplimientos contractuales cometidos por MB.

16. Corolario

16.1 Si bien MB señala que la conducta de Sodimac constituiría en su opinión un abuso de su poder de mercado, funda este supuesto ilícito en la renuencia de Sodimac a acceder a los ajustes de precio del Contrato en los porcentajes exigidos por MB, es decir, en un presunto incumplimiento del mismo, que además califica como de mala fe (a sabiendas) y abusivo.

Así, en algunas de sus cartas, MB afirma que Sodimac conoce la mala situación financiera de aquélla y que, de mantenerse inalterables los precios del Contrato, entrará en liquidación y no podrá continuar cumpliendo su obligación. En sus misivas, MB trató su discrepancia con Sodimac sobre el alza del precio del Contrato como un asunto contractual y, por eso, le atribuyó un incumplimiento consciente y doloso.

En consecuencia, MB confesó por escrito, espontánea y extrajudicialmente (antes del Litigio) que el conflicto con Sodimac es estrictamente contractual, pleito que sólo puede ser conocido y dirimido por el tribunal arbitral designado por las Partes⁶⁵.

16.2 MB reconoció que su solicitud de ajuste del precio del Contrato debe ser remediada.

Pues bien, el único modo de remediar su solicitud de ajuste de precio rechazada por Sodimac es ejercitando, ante el tribunal arbitral designado por las Partes, las acciones pertinentes basadas en el presunto incumplimiento a sabiendas y doloso que MB achaca a Sodimac.

⁶⁵ La confesión extrajudicial espontánea escrita tiene el valor probatorio de instrumento privado reconocido por su autor, produciendo plena prueba. Arts. 1702 CC y 346 CPC. Rodríguez P., Ignacio. *Procedimiento civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, n°208. “[L]a confesión extrajudicial escrita tendrá valor de prueba instrumental”. CS, 25.10.2010, rol 4.999-2009, c. 7°.

16.3 Sin embargo, mediante la presente Demanda, MB ha contradicho sus propios actos previos.

Primero, MB ha intentado ocultar una controversia íntegramente contractual bajo un ilícito anticompetitivo imaginario, no obstante que en sus cartas dirigidas a Sodimac reconoció espontáneamente que el asunto que ahora presenta como presunto abuso de posición dominante es un asunto estrictamente contractual que sólo puede ser conocido y fallado por el tribunal arbitral previsto en el Contrato.

Segundo, al someter una disputa derivada del Contrato ante el TDLC, MB ha traicionado la palabra que empeñó bajo aquél: su deber de respetar la cláusula compromisoria.

Luego, la mera interposición de la Demanda constituye, en sí misma, una grave infracción del Contrato, del *pacta sunt servanda*⁶⁶ y de la buena fe⁶⁷ imputable a MB.

16.4 La Demanda refleja el ejercicio abusivo del derecho a accionar por parte de MB.

Ésta ha impetrado la intervención del TDLC para que conozca de una disputa exclusiva y manifiestamente contractual, *ergo* ajena a su competencia, pues afecta únicamente los intereses particulares de las Partes.

Luego, el asunto planteado por MB al TDLC no tiene repercusión alguna en el proceso competitivo, en el bienestar social ni en el de los consumidores, bienes cuya protección es el objeto del DL 211 y que delimita la competencia del TDLC⁶⁸.

Prueba irrefragable de lo dicho es el absoluto silencio de MB sobre el supuesto costo social neto o daño anticompetitivo⁶⁹ que la conducta que achaca a Sodimac habría ocasionado.

⁶⁶ Art. 1545 CC.

⁶⁷ Art. 1546 CC.

⁶⁸ “[L]a competencia de este Tribunal se circunscribe a aquellos actos de competencia desleal solo en cuanto estos tengan al menos la aptitud de producir efectos anticompetitivos y exista una relación de causalidad entre el acto imputado y la posición dominante del demandado o su razonable expectativa de adquirirla. En otras palabras, solo pueden juzgarse aquellas actuaciones que pueden vulnerar el bien jurídico tutelado en esta sede, vale decir, el proceso competitivo y, en último término, el bienestar de los consumidores”. TDLC, Sentencia 178/2021, c. 143.

⁶⁹ Véase, v.gr., Araya J., Fernando. “Daño anticompetitivo y daño indemnizable: un ensayo de confrontación”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2005, N° 4, pp. 9-32.

IV. La Demanda

17. MB admite expresamente que el pleito sometido al TDLC es estrictamente contractual

17.1 MB afirma, en el resumen con que principia su libelo, que⁷⁰:

(i) A partir del primer cuatrimestre de 2020 los precios de las materias primas que debía proveer a Sodimac sufrieron un alza “producto fundamentalmente de la pandemia del COVID-19”, esto es, un “evento exógeno”;

(ii) Desde entonces, procuró reajustar los precios según lo pactado en el Contrato;

(iii) Sodimac se rehusó invariablemente a hacerlo “obteniendo menores precios en desmedro del excedente de Microblend Chile, más allá de lo que ocurriría en un mercado competitivo”;

(iv) La negativa de Sodimac es “injustificada y abusiva” ya que el producto que ésta vendía a sus clientes “era en promedio un 30% más barato que su competencia y respecto del cual Sodimac le exigía a Microblend, para si [sic: sí], márgenes superiores al 55%”⁷¹;

(v) Lo anterior “era plenamente sabido por la demandada y con su conducta persiguió mantener este exclusivo e injustificado beneficio individual”; y

(vi) Sodimac habría abusado de su poder de mercado, que se habría “materializado en el estrangulamiento de los márgenes de Microblend Chile, en tanto proveedor de Sodimac” y “tuvo como consecuencia última la salida del mercado” de MB, quien “debió entrar en un procedimiento de liquidación concursal, ya que no pudo pagar a una serie de instituciones, proveedores y acreedores financieros y operacionales”.

17.2 Sin embargo, se advierte de forma patente en esos asertos que MB no atribuye realmente a Sodimac un abuso de posición dominante, sino que ha sometido al conocimiento y decisión del TDLC una contienda de naturaleza contractual, que sólo puede ser entendida y resuelta por el tribunal arbitral colegiado designado por las Partes, con sede en Bogotá, cuya competencia abarca toda disputa vinculada o derivada del Contrato sin distinción alguna⁷².

17.3 La Demanda tampoco describe ni justifica si la Imprevisión que aduce y los incumplimientos contractuales que imputa a Sodimac podrían haber deteriorado el funcionamiento eficiente de los mercados y/o disminuido el bienestar de los consumidores.

Esta explicación esencial, sin la cual ningún ilícito anticompetitivo puede existir, lo que implica la inexistencia de un asunto susceptible de ser conocido por el TDLC, brilla por su ausencia. Por el contrario, la Demanda –de igual modo que las cartas enviadas por MB a Sodimac– se reduce a sostener que el rechazo de Sodimac a subir los precios de los Insumos afectaría única y exclusivamente el patrimonio de MB.

⁷⁰ Demanda, p. 2.

⁷¹ Contradictoriamente, MB admitirá que Sodimac sólo le exigió su margen del 55%, no más: Demanda, p. 19.

⁷² Contrato Original, cláusula 13.

La omisión de toda alusión a un daño anticompetitivo en la Demanda habla por sí sola de que la controversia que MB sometió al TDLC incumbe exclusivamente a las Partes, pues emana de la divergencia entre éstas sobre la interpretación de la cláusula de ajuste de precio y tiene por finalidad dilucidar la forma de distribuir una renta entre ambas compañías privadas.

Nada de esto incide en el funcionamiento eficiente de los mercados ni en el bienestar de los consumidores. Luego, la Demanda plantea un asunto completamente irrelevante desde el punto de vista del Derecho de la Competencia⁷³ y, por lo tanto, debiese ser calificada como frívola –esto es, infundada– y temeraria, esto es, excesivamente imprudente⁷⁴.

18. MB imputa un incumplimiento contractual de mala fe y doloso a Sodimac.

18.1 MB esgrime que Sodimac habría incumplido la obligación de reajustar el precio del Contrato al negarse a aceptar el alza informada que aquélla intentó aplicar y que, en su concepto, era procedente.

18.2 Es más, MB no tiene hesitación alguna en atribuir ese supuesto incumplimiento no sólo a la mala fe sino además al dolo de Sodimac.

En efecto, MB asegura que Sodimac se negó sistemáticamente a reajustar el precio del Contrato a sabiendas, esto es, con conocimiento y previsión del resultado dañoso, cual habría consistido en el retiro forzoso del mercado y posterior liquidación de MB. Pero además dice que Sodimac buscó “obtener un exclusivo e injustificado beneficio individual” a costa de MB⁷⁵.

En otros pasajes de la Demanda MB vuelve a reprochar a Sodimac un incumplimiento a sabiendas y con previsión del resultado nocivo a los intereses de MB⁷⁶.

⁷³ “Que si bien la pasividad procesal del demandante no es por sí sola susceptible de reproche jurídico –pues, en general, las prerrogativas procesales son renunciables por su titular, en el entendido que dicha renuncia sólo obra en su propio perjuicio–, en aquellas materias de orden público en las que la ley ha otorgado excepcionalmente acción a los privados para poner en marcha el ius puniendi del Estado –como es el caso de la acción a la que se refiere el artículo 18 N° 1 del Decreto Ley N° 211– y en las que, además, las resultas del juicio dicen relación con un bien jurídico que no coincide necesariamente con el del particular que ejerce dicha acción –toda vez que lo que se persigue es restituir las condiciones de competencia en un mercado que ha sido afectado por la conducta cuya sanción se busca, y no satisfacer una pretensión competitiva o patrimonial específica asociada al demandante– *la decisión de iniciar una acción y de sostenerla debe sopesarse y adoptarse con un mínimo de responsabilidad, a fin de evitar, tanto al órgano jurisdiccional que conoce de ella como a las partes que deben defenderse de la misma, los costos y la incertidumbre propios de todo litigio, mínimo de responsabilidad que no se ha observado en el caso de autos*”. TDLC, Sentencia 87/2009, c. 15.

⁷⁴ Justamente, el dolo o al menos la culpa lata del agente es esencial para imputarle el deber de reparar los daños causados mediante el ejercicio abusivo de acciones judiciales. Barros B., Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2020, 2ª ed., pp. 690-692. Una aplicación en: Banfi D., Cristián. “La función del dolo en la responsabilidad por ejercicio abusivo de acciones judiciales por quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante”. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 2015, N°237, pp. 9-26.

⁷⁵ Demanda, p. 2.

⁷⁶ “Sodimac se negó sistemáticamente a reajustar suficientemente los precios de los productos vendidos por mi representada que permitiera mantener el equilibrio del Contrato, con los efectos perniciosos que sabía que se producirían” (ibíd., p. 16); “Más aún, consciente de la exclusividad que pesaba sobre Microblend Chile y del

18.3 Esta es la forma concreta en que MB describe la intención positiva de dañar a otro –que es como Bello definió el dolo⁷⁷– y que normalmente consiste en el ánimo de perjudicar a un tercero no como un fin *per se* (con malicia o *animus nocendi*) sino como un medio para otro fin –cual es lograr un provecho patrimonial⁷⁸–, similar al dolo eventual⁷⁹.

Luego, se invoca un incumplimiento contractual deliberado y consciente por una de sus partes, quien acepta y es indiferente al daño que su conducta previsible y probablemente causará a su contraparte, porque es el medio para obtener una utilidad económica⁸⁰.

Según MB, el fin perseguido y obtenido por Sodimac consistiría en un beneficio exclusivo e injustificado (el margen comercial supuestamente excesivo), privando a MB de participar del mismo al haberse negado abusiva, injustificada y sistemáticamente a incrementar el precio de los Insumos en el porcentaje exigido por MB.

poder de mercado que detenta, Sodimac *se negó* a incorporar el alza de costos en los precios, llevando a Microblend a asumir de manera relevante esa alza, *sabiendo que* ello derivaba en que mi representada tendría márgenes negativos y su consecuencial salida del mercado...solo aprobaba un aumento inferior al solicitado, siendo éstos insuficientes para responder razonablemente a los aumentos de costos experimentados por Microblend Chile, *con los efectos perniciosos que la demandada sabía que se producirían*. De esta forma, de manera permanente y abusando de su posición, Sodimac estranguló los márgenes de Microblend, incrementando de manera insuficiente los precios, *sabiendo que* mi representada enfrentaba alzas sustancialmente más elevadas en los costos de sus insumos” (ibíd., p. 17); “De esta forma, el comportamiento de Sodimac da cuenta de una conducta que fue persistente y deliberada en orden a obviar los efectos que su negativa provocaba en su proveedor (el que no tenía otra opción que vender en la forma y términos que disponía Sodimac), impidiendo a Microblend Chile aumentar los precios de venta mayorista, para que Sodimac pudiese seguir vendiendo los productos marca Kölor a un precio casi un 30% más barato que la competencia y asegurándose un 55% de margen sobre el precio de venta a los consumidores” (ibíd., p. 19).

⁷⁷ Art. 44 inc. final CC.

⁷⁸ Véase *supra* nota 5.

⁷⁹ “Todo indica que la definición civil de dolo no puede ser entendida de una manera tan restringida, que solo comprenda el propósito dirigido a dañar (esto es, la intención maligna basada en el resentimiento y no en el interés)...Lo común del dolo, entendido como culpa intencional, resulta ser la utilización voluntaria del otro para los propios propósitos. En tal sentido, el concepto civil de dolo no solo comprende la intención de dañar en sentido estricto, sino la aceptación voluntaria del ilícito con conciencia de su antijuridicidad, donde la intención se puede referir tanto a los fines como a los medios. Generalmente, la intención se reduce a aceptar el daño como consecuencia de la acción. Pero también se extiende a la simple mala fe (que incluye la actuación temeraria contraria a la decencia y las buenas costumbres) y al fraude (esto es, al engaño por acción u omisión, abusando de la autoridad o de la experiencia o proporcionando a sabiendas información falsa)”. Barros, ob. cit., pp. 165-166.

⁸⁰ “[N]o se debe creer, pues, que hay dolo sólo porque existe un propósito deliberado de perjudicar al acreedor (*animus nocendi*), lo cual fuera de ser poco común puede ser hasta enfermizo; sino también, y en la práctica así ocurre, por la negativa consciente al cumplimiento, pensándose, más que en el perjuicio a otro, en la ventaja pecuniaria que ello pueda reportar”. Fueyo L., Fernando. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, 2ª ed., p. 419. “Es muy extraño encontrar un deudor que deja de cumplir, pudiendo hacerlo, con el propósito de perjudicar al acreedor, salvo que se trate de una personalidad perversa. Lo que en la vida real sucede es otra cosa. El deudor deja de cumplir para conseguir una ventaja, un provecho, una ganancia o un lucro personal, aun a costa del perjuicio del acreedor, a quien no desea perjudicar, pero acepta hacerlo en función de sus intereses”. Rodríguez G., Pablo. *La obligación como deber de conducta típica*. Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1992, p. 49.

En consecuencia, MB pretende que Sodimac habría incurrido en responsabilidad contractual sobre la base de un hipotético nexo causal entre el incumplimiento de mala fe y doloso que le endosa (su negativa a alzar el precio en los términos demandados por MB) y el daño (la salida del mercado y liquidación de MB).

18.4 Sin embargo, tal presunto incumplimiento no ha sido alegado por MB ante el único tribunal competente para conocer y resolver el asunto, ni menos lo ha probado.

En realidad, podría tratarse más bien de una infracción al Contrato imputable a la propia MB, ya que intentó aumentar unilateralmente el precio sin que concurrieran los requisitos pertinentes y puso en riesgo tanto la inmutabilidad del margen comercial de 55% garantizado a Sodimac (obligación de resultado) como de la competitividad de los productos de ésta en el mercado de venta de pinturas al por menor (obligación de medios)⁸¹. Esto, además de los otros varios incumplimientos que Sodimac hace presentes en sus cartas.

18.5 Adicionalmente, aun en el evento de acreditarse ante el tribunal competente (que es aquel designado por las Partes) el incumplimiento y el daño aludidos, no existe ni puede existir relación de causalidad alguna pues, como confiesa MB, su abandono del mercado fue la “consecuencia última”⁸².

Pues bien, *última* significa, en sus dos primeras acepciones, lo “que está al final de una línea, de una serie o de una sucesión” y lo “que se sitúa en *lo más remoto*, retirado o escondido”, respectivamente; y *remoto* es algo “muy lejano”. Luego, una “consecuencia última” es un efecto *de lo más remoto* o extremadamente lejano (algo así como “lo más muy lejano”)⁸³.

Esto es, aun si MB demandara la indemnización de los perjuicios a Sodimac ante el tribunal arbitral competente y acreditara tanto el incumplimiento que le atribuye como la existencia, especie y monto de los hipotéticos daños, se trataría de un perjuicio indirecto o remoto⁸⁴, del

⁸¹ Modificación, cláusula 6ª, letra A. Véase *supra* número 11.3.

⁸² Demanda, p. 2.

⁸³ Como la ley y el Contrato no definen la palabra *última*, ésta ha de entenderse en su sentido natural y obvio (art. 20 CC) que es el que le asigna el DLE. Así lo ha entendido siempre la jurisprudencia al interpretar la ley (criterio que bien puede ser extendido a la interpretación de los contratos): v.gr., CS 28.12.1922, *RDJ*, t. 21, sec. 1ª, p. 1089, c. 5º; 01.08.1933, *RDJ*, t. 30, sec. 1ª, p. 509, c. 6º; 07.09.1942, *RDJ*, t. 40, sec. 1ª, p. 176, c. 7º-8º; 07.03.1946, *RDJ*, t. 43, sec. 1ª, p. 397, c. 6º-7º; 26.01.1988, *RDJ*, t. 85, sec. 5ª, pp. 20-21, c. 6º; 28.11.2006, rol 320-2005, c. 5º; 19.10.2010, rol 7.076-2010, c. 10º; 07.04.2020, rol 119.771-2020, c. 11º.

⁸⁴ El planteamiento de MB inevitablemente evoca el célebre ejemplo ofrecido por Pothier, referido a quien compró de buena fe una vaca portadora de una enferma contagiosa –vicio que el vendedor conocía y ocultó– y que contamina al resto de su ganado, muriendo todos sus animales, lo que le impidió cultivar sus tierras y pagar sus deudas a sus acreedores, quienes le secuestran los bienes y los venden a vil precio. Para Pothier, el vendedor debe responder no sólo del daño causado a la vaca muerta sino también al resto del ganado, pero no de los demás perjuicios pues son indirectos: “La regla que me parece que en ese caso debe seguirse, es, que no se debe comprender en los daños e intereses de los cuales un deudor es responsable por razón de un dolo, aquellos que no solamente no [sic] son una consecuencia lejana, ni una consecuencia necesaria, si [sino] que pueden tener otras causas. Por ejemplo, en el caso antes dicho, el mercader no será responsable de los daños que he sufrido por el secuestro de mis bienes: por cuanto este resultado no es más que una consecuencia lejana de su dolo, y no una relación necesaria; pues bien que la pérdida de mi ganado que su dolo me ha causado, haya influido en el desequilibrio de mi fortuna, ese desequilibrio puede tener otras causas”. Pothier, Robert J. *Tratado de las obligaciones*. México D.F., Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, s/fecha, nº166 y 167, pp. 98-99.

que ningún deudor, ni siquiera aquel que quebranta dolosamente sus obligaciones, debe responder⁸⁵, pues “no sería equitativo imponer al deudor la obligación de indemnizar aquellos daños que no tienen relación de causa a efecto con el incumplimiento del contrato”⁸⁶.

No existe certeza alguna de que la negativa de Sodimac a ajustar el precio del Contrato en los términos exigidos por MB fue la condición necesaria (*condictio sine qua non*) de la salida del mercado, insolvencia y liquidación de MB. Por lo tanto, ninguna responsabilidad podría ni debería atribuírsele⁸⁷.

Más bien cabe preguntarse si acaso MB manejó mal su negocio y no sopesó adecuadamente los riesgos que asumió libre y voluntariamente al contratar con Sodimac, ello no obstante que es una contratante experta y sofisticada que, como tal, contó con asesoría comercial y jurídica calificada⁸⁸. El hecho de que Moneda haya devenido en la administradora de MB y procurado, desde el primer instante en que tomó control de los negocios de ésta, revertir la situación deficitaria de la compañía, intentando aumentar el precio del Contrato *motu proprio*, a lo que se opuso Sodimac por no haberse verificado las condiciones para ello, así lo sugiere.

Como explica un preclaro jurista chileno, “la muerte del animal y del resto del ganado constituyen perjuicios directos, porque son consecuencia inmediata y directa del incumplimiento en que ha incurrido el vendedor al entregar un animal enfermo. La paralización de sus actividades agrícolas y la quiebra, en cambio, son indirectos, porque el desequilibrio patrimonial, en este caso, ha tenido además otras causas que no son consecuencia absolutamente necesaria de la pérdida del ganado, ya que el agricultor pudo evitarlas mediante el empleo de otros animales; o bien paliarlas, arrendando las tierras. Ello no significa, por cierto, que el agricultor estuviere obligado a proceder en la forma señalada, pero pone en evidencia que estos perjuicios indirectos fueron motivados por la circunstancia de que el acreedor no pudo o no quiso tomar las medidas indicadas”. Gatica P., Sergio. *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1959, p. 101. El estrecho parecido entre la postura de MB y la famosa ilustración de Pothier devela que lo que MB realmente reclama en su Demanda es un supuesto incumplimiento contractual a sabiendas e intencional de Sodimac, y que el “abuso de posición dominante” que le endilga no es sino una excusa, pretexto o subterfugio para sortear la única jurisdicción competente (el tribunal arbitral colegiado con sede en Bogotá) y la única ley aplicable (de Colombia).

⁸⁵ Excepto en el caso (que virtualmente jamás ocurre) que las partes pactaran que el incumplidor (culpable y/o doloso) responderá aun de los daños indirectos, lejanos, mediatos, remotos o últimos (art. 1558.3 CC). Al contrario, la práctica o tendencia en los contratos libremente discutidos es atenuar o eximirse de responsabilidad, con la prohibición de condonar anticipadamente el dolo o la culpa lata futura (que se equipara al dolo en materias civiles: art. 44.2 CC), so pena de que la cláusula respectiva sea declarada nula absolutamente por ilicitud del objeto (art. 1465 CC) y/o que se tenga por no escrita, siempre que el actor pruebe el dolo o culpa grave del demandado (arts. 1459 y 1698.1 CC).

⁸⁶ Gatica, ob. cit., p. 69.

⁸⁷ La relación de causalidad está en el centro de la responsabilidad contractual y extracontractual. Para aquélla la exige el art. 1558 CC al estatuir que el deudor que comete dolo “es responsable de todos los perjuicios que fueron una *consecuencia inmediata o directa* de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”. *A contrario sensu*, el deudor (ni siquiera doloso) *no* responde de los daños que son un efecto mediato o indirecto (salvo en el rarísimo evento que las partes estipularan otra cosa, cuyo no es el caso), como es precisamente la “consecuencia última” que MB identifica con su salida del mercado y ulterior liquidación.

⁸⁸ “[L]os abogados que redactan y leen documentos jurídicos formales suelen operar en un contexto en el que se entiende que los instrumentos son relativamente auto-interpretativos. En realidad, una de las razones para contratar un abogado para que redacte un contrato es que se supone que los abogados tienen la destreza para poner por escrito las necesidades y deseos precisos de sus clientes”. Atiyah, Patrick S. y Smith, Stephen A. *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*. Oxford, Clarendon Press, 2006, 6th ed., p. 149.

19. MB alega implícitamente la Imprevisión no obstante su intento de revestirla como un presunto abuso de posición dominante.

19.1 En efecto, si bien MB no la menciona, desde las primeras páginas de la Demanda señala cada uno de los elementos de la Imprevisión, a saber:

- (i) el Contrato es bilateral, oneroso, conmutativo y de tracto sucesivo⁸⁹;
- (ii) un evento externo, imprevisible por las Partes al tiempo del Contrato y sobreviniente –la Pandemia– provocó un aumento significativo de los precios de los Insumos que MB debía suministrar a Sodimac; y
- (iii) dicha circunstancia no puso a MB en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones de suministro para con Sodimac (como habría ocurrido si hubiese existido un caso fortuito)⁹⁰, pero le habría hecho excesivamente oneroso continuar honrándolas a cambio del precio que las Partes acordaron (y que habrían subido cuatro veces en el último año de su relación contractual, poco antes que MB pretendiera reajustarlo unilateralmente dos veces más, lo que Sodimac rechazó por no haberse reunido los requisitos estipulados en el Contrato)⁹¹.

Los elementos indicados son los que la doctrina exige para que una de las partes pueda alegar la Imprevisión y solicitar la revisión judicial de las condiciones económicas convenidas en el contrato⁹².

19.2 En cuanto a la Pandemia, recientemente se ha destacado la carencia de normativa legal chilena que regule los efectos jurídicos generales y en los contratos de ejecución diferida en particular, causados por aquélla⁹³.

En principio, no es la Pandemia lo que podría constituir un caso fortuito o fuerza mayor, sino que el acto de autoridad que impide a una parte cumplir sus obligaciones para con la otra⁹⁴.

Pero si no se demuestran los requisitos del caso fortuito, podría alegarse como un hecho gatillante de la Imprevisión⁹⁵.

⁸⁹ Véase *supra* 5.2.

⁹⁰ Art. 45 CC.

⁹¹ Modificación, cláusula 6ª, letra A.

⁹² Véase nota *supra* 21.

⁹³ De la Maza G., Íñigo y Vidal O., Álvaro. *Contrato y caso fortuito. Irresistibilidad y consecuencias*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 128-129.

⁹⁴ Campos M., Sebastián. *Caso fortuito y teoría de la imprevisión en el derecho de contratos*. Santiago, Ediciones DER, 2020, p. 206.

⁹⁵ “No obstante, en la medida que no llegue a configurarse un impedimento que cumpla con los requisitos del caso fortuito, no se producirán los efectos propios de este. A lo sumo, si tales dificultades no se han debido prever y exceden el alea o riesgo propio del contrato, podrá configurarse una hipótesis de excesiva onerosidad sobrevinida, justificándose la revisión o, excepcionalmente, la resolución del vínculo”. *Ibíd.*, p. 200.

En concreto, la Pandemia no impidió a MB continuar cumpliendo el Contrato, sino que, según reconoce en su Demanda, le hizo mucho más costoso honrar su obligación de suministro, al punto de, según MB, alterar el equilibrio económico entre las Partes⁹⁶.

En este sentido, refiriéndose a los efectos de la Pandemia en los contratos de arrendamiento comerciales, un destacado especialista nacional dice: “parece claro que la economía del contrato ha sufrido un desequilibrio significativo, pudiendo en teoría sostenerse que, aunque nominalmente la prestación de la parte afectada [arrendataria] no ha devenido en excesivamente onerosa, sí lo ha sido al examinar la economía global del contrato, al tener dicha parte que ejecutar su propia prestación [pagar los cánones de arriendo] a cambio de una de la cual no reporta beneficio alguno”⁹⁷.

Por eso, tal como se presenta en la Demanda, la Pandemia es el hecho externo, imprevisible y sobreviviente en la base de la Imprevisión tácitamente alegada por MB.

19.3 Por lo tanto, resulta inconcuso que, a través de la Demanda, MB intenta que el TDLC conozca y resuelva una pretensión estrictamente contractual sobre una disputa emanada de la ejecución del Contrato, en circunstancias que conforme a lo estipulado por las Partes⁹⁸, al *pacta sunt servanda*⁹⁹ y al principio de buena fe¹⁰⁰ dicha controversia sólo podría ser conocida y resuelta por el tribunal arbitral colegiado, con sede en Bogotá, conformado por tres árbitros comerciales expertos designados de acuerdo con las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional, debiendo aquél aplicar, necesaria y exclusivamente, el derecho colombiano.

20. El principio de buena fe exige el cumplimiento del Contrato tal como fue pactado, máxime que las Partes son contratantes sofisticadas.

20.1 El primer deber que fluye del principio de buena fe es el de cumplir correcta, fiel u honestamente el contrato, tal y como ha sido estipulado.

En efecto:

“Corresponde a la buena fe contractual el que el contrato se cumpla tal como fue planteado, sobre todo si ha sido pactado para tener una larga duración en el tiempo y en que las partes tienen derecho a operar sobre la expectativa razonable de que el contrato se cumplirá no obstante la variación de las circunstancias existentes a la época del contrato”¹⁰¹.

⁹⁶ Demanda, pp. 14-16.

⁹⁷ Momberg U., Rodrigo. “La obligación del arrendatario durante la pandemia por coronavirus”, Newsletter, 06.04.2020, en <https://www.alessandri.legal/obligacion-arrendatario-durante-la-pandemia-por-coronavirus/>. Fecha de consulta: 19.10.2023.

⁹⁸ Contrato Original, cláusula 13.

⁹⁹ Art. 1545 CC.

¹⁰⁰ Art. 1546 CC.

¹⁰¹ Corral T., Hernán. *Contratos y daños por incumplimiento*. Santiago, Legal Publishing, 2010, p. 244. “El contrato es una regla prospectiva que intenta domeñar las contingencias del futuro. Las partes ya saben lo que deben hacer y lo que van a recibir una de la otra y organizan sus actividades conforme a esa previsión. Cuando se revisa un contrato y se lo cambia, se emite la señal de que cualquier contrato puede ser intervenido y modificado, y se merma la estabilidad de estos instrumentos, produciendo una desconfianza general en la palabra empeñada y desestimulando los contratos de larga duración que son indispensables para el desarrollo

Sin embargo, MB no ha observado dicho principio ni el deber indicado: ha presentado ante el TDLC un conflicto estrictamente contractual, que sólo podría ser conocido y fallado por el tribunal arbitral contemplado en el Contrato.

20.2 La letra del Contrato exterioriza la intención real de las Partes.

Tan importante es, que el tribunal arbitral que conociere de una disputa entre las Partes debe presumir que las palabras expresadas en el Contrato reflejan fielmente la voluntad de éstas.

Sólo si se conoce *claramente* una intención *distinta* de la manifestada en ese texto, deberá preferirse aquélla. Esto es, quien alegue que la voluntad real de las partes difiere de la que manifestaron en el texto del contrato debe demostrar y persuadir al tribunal de la efectividad de esta discrepancia¹⁰²:

“[E]l artículo 1560 del Código Civil, que es la regla fundamental al respecto [sobre interpretación de los contratos] y que se habría infringido en la especie, establece que conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. Dicho en otros términos, la disposición significa que el contrato es lo que expresa la escritura, a menos de establecerse en forma fidedigna que los contratantes entendieron estipular una cosa determinada distinta; y no puede ser de otra manera, puesto que en los contratos, como en la ley, como en todo acto hablado o escrito el lenguaje es la expresión de la voluntad. Será menos rigurosa en el contrato que en la ley, pero la regla es ésta, y en materia contractual no es dable separarse de ella sino en virtud del conocimiento claro de una intención diversa”¹⁰³.

“[D]ebe admitirse, por regla general, que las palabras de que los contratantes se han servido, expresan con exactitud su pensamiento; y por consiguiente, cuando el sentido de estas palabras es evidente y razonable, no hay ningún otro elemento de prueba que pueda hacer conocer con mayor seguridad la voluntad de las partes... la intención de los contratantes es expresada por las palabras de que ellos se

económico y social. Además, reformular un contrato con el pretexto de que no es compatible con la buena fe es contradictorio con el primer mandato de la buena fe que es cumplir con la palabra empeñada y no engañar. *El principio pacta sunt servanda*: los pactos deben ser observados, es de la esencia del principio de buena fe... Por lo mismo, no debe invocarse la buena fe para realizar una interpretación que desconozca el texto del contrato, que en principio es lo que contiene la intención común de las partes”. Corral T., Hernán. “El principio de la buena fe en el derecho civil. Riquezas y miserias”, en Arancibia M., Jaime (ed.). *La buena fe en el derecho*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 116-117. “Tampoco se puede decir que un acreedor infrinja el principio de buena fe al insistir en la prestación de acuerdo con el antiguo precio, a pesar de la elevación desproporcionada de costes en el deudor y ello en base a que el ordenamiento legal, aun en el caso de perturbaciones de equivalencia, insiste expresamente en el pacto *sunt servanda*”. Wieacker, Franz. *El principio general de la buena fe*. Santiago, Ediciones Olejnik, 2019 (trad. Díez-Picazo), p. 52.

¹⁰² Art. 1560 CC. *Claramente* –adverbio no definido en el Contrato ni en la ley– significa, en su sentido natural y obvio, “de manera clara”; y *claro*, en su acepción más cercana y pertinente al art. 1560, es “evidente, que no deja lugar a duda o incertidumbre”. DLE. Luego, tal adverbio impone un muy elevado estándar probatorio al contratante que sostenga que el texto del contrato no refleja la intención de las partes. Pizarro W., Carlos y Vidal O., Álvaro. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 49-50. Así, se ha declarado que el art. 1560 “presupone que la prevalencia de la intención de los contratantes por sobre lo literal de las cláusulas o términos de su acuerdo queda supeditada a que aquélla se conozca ‘claramente’, es decir, de un modo palmario o manifiesto, descartando cualquier ambigüedad sobre el particular”. CS, 11.09.2017, rol 16-2017, c. 9º (fallo de reemplazo).

¹⁰³ CS, 08.08.1956, *RDJ*, t. 53, sec. 1ª, p. 221, c. 7º.

sirven; y cuando las palabras son claras, la intención por esto mismo es cierta; si en este caso se dejaran de lado las palabras para investigar otra intención de los contratantes, se pondría en lugar de una intención claramente manifestada por los contratantes mismos la intención establecida por el intérprete por vías más o menos conjeturales y prefiriéndose a una interpretación cierta una interpretación incierta...y si los términos de la convención son claros, deben, por lo mismo, ser aplicados en su sentido literal y no buscarles un sentido arbitrario que vendría a substituir a la obligación convenida por las partes una obligación nueva que ellas no se habían siquiera imaginado”¹⁰⁴.

20.3 La letra del Contrato, particularmente en lo que al tribunal competente y la legislación aplicable atañe, adquiere todavía mayor trascendencia porque MB y Sodimac son contratantes sofisticadas, asesoradas y avezadas¹⁰⁵.

En tal carácter, ellas analizaron y discutieron –libre, voluntaria y conscientemente¹⁰⁶–, en un plano de igual o equivalente acceso a la información y poder de negociación, las cláusulas que posteriormente plasmaron en el texto del Contrato.

En efecto, las partes sofisticadas disponen de una amplia libertad tanto para contratar o no hacerlo como para dar contenido a los contratos que deciden celebrar. Esto les obliga a hacerse cargo de los riesgos que libremente distribuyeron entre sí y a observar las reglas que se autoimpusieron¹⁰⁷, como es la cláusula sobre resolución de controversias por ellas suscrita¹⁰⁸.

20.4 La jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia ha reconocido tradicionalmente la intangibilidad del contrato y su fuerza obligatoria:

¹⁰⁴ Claro, *Explicaciones*, ob. cit., T. XII, pp. 16-18.

¹⁰⁵ La sofisticación contractual se manifiesta “tanto en la naturaleza del negocio como en el nivel educacional formal e informal y las habilidades y destrezas profesionales de los partícipes de la operación; en la dificultad del análisis que debe tener lugar para avanzar en el proceso de contratación; en la capacidad que se exige para diseñar soluciones creativas a las cuestiones que las partes deben resolver, soluciones que, a su turno, no deben entorpecer las negociaciones entre ellas; en el criterio y buen tino del consejo legal y financiero y, en fin, en la *rigurosidad con que el contrato debe reflejar la intención de las partes contratantes*”. Montero I., Marcelo. “Notas sobre el impacto de la formación del consentimiento en la interpretación del contrato entre partes sofisticadas”. *Cuaderno de Análisis Jurídico Universidad Diego Portales*, 2006, N°3, p. 119. “Si se trata de partes sofisticadas –digamos, por ejemplo, dos empresas transnacionales que negocian una fusión– probablemente el ámbito de acción de la buena fe tienda a reducirse y debemos considerar que, en general, no debemos apartarnos de la literalidad del contrato y hemos de confiar en que éste plasma la genuina voluntad de las partes. Por lo mismo, no hemos de alejarnos de ella a pretexto de consultar las exigencias de la buena fe”. De la Maza G., Íñigo. “Buena fe y partes sofisticadas”, *El Mercurio Legal*, 08.11.2013.

¹⁰⁶ “Se presume ex post que una parte sofisticada sabía sobre lo que negoció y leyó (o debería haber leído) y entendió (o debería haber entendido) los términos de un contrato escrito. Se espera de las partes sofisticadas que negocien hábilmente y que ordenen sensatamente los riesgos contractuales”. Miller, Meredith. “Contract Law, Party Sophistication and the New Formalism”, *Missouri Law Review*, 2010, vol. 75, pp. 495-496.

¹⁰⁷ “La libertad contractual prevalece en una transacción efectuada libre e independientemente entre partes sofisticadas...y en ausencia de consideraciones de política pública que la contrarresten, no existe razón para exonerarlas de las consecuencias de sus contratos”. *Oppenheimer & Co., Inc. v. Oppenheim, Appel, Dixon & Co.*, 660 N.E.2d 415, 421 (N.Y. 1995).

¹⁰⁸ Contrato Original, cláusula 13.

“Los tribunales carecen de facultades para derogar o dejar sin cumplimiento la ley del contrato, ya sea por razón de equidad o bien de costumbres o reglamentos administrativos...que son absolutamente ajenos a las estipulaciones peculiares del conjunto de derechos y obligaciones que crea, por libre y espontánea voluntad de las partes, el contrato”¹⁰⁹.

20.5 Consistentemente, la jurisprudencia ordinaria ha rechazado la Imprevisión y declarado que la excesiva onerosidad sobreviniente es un riesgo propio del contrato que ambas parten asumen al celebrarlo:

“Esa situación, se enmarca en lo que en doctrina se llama ‘Teoría de la Imprevisión’...Para este análisis seguiremos al jurista don René Abeliuk...que...sostiene que la institución no está expresamente contemplada, por obvias razones de época y los principios y preceptos de carácter general. Es por eso que no puede instalarse la imprevisión como tal ya que se estrellaría irremediamente contra lo estatuido. Fundamentalmente es el artículo 1545 del Código Civil 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 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...No obstante, una parte de la doctrina ha argumentando que la teoría de la imprevisión está acogida en el artículo 1560 del Código Civil señalando que en la interpretación del contrato debe buscarse la intención de las partes, y evidentemente el deudor no pudo haber tenido la de obligarse en forma que el cumplimiento le sea exageradamente gravoso. Esta tesis olvida que el precepto se refiere a la intención de ambos contratantes, y naturalmente la voluntad del acreedor es que se cumpla la obligación. Finalmente se invoca el artículo 1546, que exige el cumplimiento del contrato de buena fe, y se dice que el acreedor si acosa a su deudor para que cumpla, aunque ello le signifique un perjuicio desconsiderado, no está de buena fe. Pero desde luego en autos, el acreedor no ha intervenido en el imprevisto que hace más gravoso el cumplimiento, y si realmente lo hubiera hecho no necesitaría el deudor la imprevisión para defenderse. Por último, el Código explica también que: ‘el contrato obliga, además de lo que se expresa, a lo que le pertenece por su naturaleza, por la ley o por la costumbre; y en ninguna de ellas aparece la imprevisión’”¹¹⁰.

“Que sobre la base de los antedichos presupuestos fácticos la sentencia de primer grado, confirmada por la de segundo, acoge la acción luego de establecer que la demandante se encuentra facultada tanto contractual como legalmente para solicitar la terminación anticipada del contrato, como también la restitución de los bienes dados en arrendamiento y la indemnización de perjuicios pactada anticipadamente, teniendo presente el incumplimiento en el pago de las rentas, concluyendo en cuanto a la teoría de la imprevisión que tiene una aplicación excepcional, no pudiendo en virtud de la misma evadir el principio general de la fuerza obligatoria del contrato contenido en el artículo 1545 del Código Civil”¹¹¹.

¹⁰⁹ CS, 10.01.1925, *RDJ*, t. 23, sec. 1ª, p. 441, c. 14º.

¹¹⁰ CS, 09.09.2009, rol 2.651-08, c. 10º.

¹¹¹ CS, 30.03.2022, rol 124.386-2020, c. 7º. El fallo de primer grado señaló que “las circunstancias de hecho alegadas como imprevisibles por la demandada resultan del todo improcedente [sic], por cuanto ésta voluntariamente pactó una evaluación anticipada de los perjuicios, como también, se observa del mérito de los documentos aparejados por la propia arrendataria, que por su propio actuar devino el término del contrato con Forestal Mininco, ya que no habría pagado las remuneraciones de sus trabajadores, como sus cotizaciones previsionales; por lo que no puede ahora alegar que el cumplimiento del contrato le resulta excesivamente oneroso o dificultoso, más aun teniendo presente que la teoría de la imprevisión tiene una aplicación excepcional, no pudiendo en virtud de la misma evadir el principio general de la fuerza obligatoria del contrato contenido en el artículo 1545 del Código Civil”. 21º Juzgado Civil de Santiago, 14.01.2019, rol c-32.607-2017, c. 10º.

20.6 Es más, si bien en un fallo reciente la CS insinuó que podría acoger la Imprevisión, negó lugar a ésta pues la actora asumió el riesgo de excesiva onerosidad sobreviniente:

“Ahora bien, resulta necesario abordar que el hecho sobreviniente y verificado con posterioridad a la celebración del contrato, consistente en la importante disminución del precio del instrumento financiero derivado de las acciones de la compañía Netflix y que generó la pérdida de la inversión total del demandado –al extremo de superar los fondos depositados en su cuenta– es un hecho ajeno a la voluntad de las partes y ha producido un desequilibrio tal en sus prestaciones que el cumplimiento de la obligación por parte del cliente inversionista importa ahora un desembolso exagerado. Esa situación, se podría enmarcar en lo que la doctrina denomina teoría de la imprevisión, doctrina de la imprevisión o excesiva onerosidad sobreviniente...*Sin embargo, de conformidad con el artículo 1560 del Código Civil y el tenor de las declaraciones del Sr. Godoy en torno a conocer los riesgos de invertir en el mercado informal extra bursátil y su comportamiento anterior al hecho sobreviniente durante los meses de junio a septiembre de 2014, excluyen en el caso de autos la aplicación de la imprevisión.* Como se indicó, el demandado manifestó conocer y entender las condiciones generales de contratación, las que asegura fueron entregadas por KT Financiamiento y ForexChile S.A y, en virtud de las cuales, las partes operaron en un mercado cuya característica principal es el apalancamiento financiero, el que implica un alto nivel de riesgo y al que se hace especial referencia en las letras a) y k) del documento de fojas 33...No cabe entonces atribuir a tales declaraciones –ya que no existen elementos para ello– otro sentido que el de haber entendido el demandado y, por tanto, asumido que su inversión implicaba un alto nivel de riesgo. Al mismo tiempo, tales declaraciones dan cuenta del cumplimiento del deber de información que recae sobre KT y sus agencias o filiales en este contrato de adhesión y, con ello, de la ejecución del contrato de conformidad con lo prescrito en el artículo 1546 del Código Civil”¹¹².

Como indica un autor:

“La Corte descarta que sea aplicable la teoría de la imprevisión en razón de que el cambio sobreviniente de circunstancias no es ajeno a los riesgos asumidos por el deudor. No obstante, nada dice el máximo tribunal acerca de qué habría ocurrido de haberse cumplido los requisitos de la referida teoría. En este sentido, atendida la fecha del fallo –posterior a que se decretara el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública asociado a la pandemia por COVID-19–, la disquisición realizada por la Corte es cuanto menos sugerente. En todo caso, no parece razonable albergar mayores esperanzas, sobre todo si se tiene a la vista que el razonamiento incluye citas a la obra de Abeliuk, que, según se expusiera, estima que no es aplicable en Chile la teoría de la imprevisión bajo las reglas actualmente vigentes”¹¹³.

En el presente caso, las Partes –contratantes expertas y sofisticadas– no estipularon una cláusula *hardship* y limitaron la posibilidad de reajustar unilateralmente el precio del Contrato mediante el establecimiento de sendos requisitos que Sodimac consideró no satisfechos, motivo por el cual rechazó el alza que MB intentó aplicar unilateralmente.

Luego, no es seguro si la Imprevisión, camuflada en la Demanda bajo un fingido ilícito anticoncurrencial, podría ser acogida por el único tribunal competente para conocer y

¹¹² CS, 20.03.2020, rol 28.122-2018, c. 7º.

¹¹³ Campos, ob. cit., p. 158.

resolver esa disputa emanada del Contrato, que es el tribunal arbitral colegiado, con sede en Bogotá, y quien debe aplicar la legislación colombiana.

Éste bien podría concluir, como la CS en el fallo antes citado, que MB asumió el riesgo de excesiva onerosidad sobreviniente al no haber pactado una cláusula *hardship* –que es lo que se esperaría de un contratante sofisticado medianamente diligente–, al haber las Partes circunscrito la posibilidad de subir unilateralmente el precio del Contrato mediante la estipulación de condiciones exigentes.

Como sea, la Imprevisión, ínsita en la Demanda, sólo podría ser conocida y resuelta por dicho tribunal arbitral; supuesto, obviamente, que MB demandara a Sodimac ante el mismo.

20.7 La intangibilidad contractual es aún más intensa tratándose de partes sofisticadas, como se aprecia en el siguiente fallo de la Corte Suprema:

“El artículo 1545 del Código Civil dispone, como es de sobra sabido, que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales, de lo que se sigue que si, como se indicó, las partes previeron y acordaron soberanamente que se produciría un determinado efecto en una también determinada circunstancia, nadie, ni aun el juez, puede contradecir esa manifestación de voluntad conjunta”¹¹⁴.

En efecto, la observancia irrestricta de la letra del contrato es un presupuesto fundamental de la estabilidad de las relaciones jurídicas entre contratantes sofisticados. Ello les proporciona la seguridad de que sus obligaciones serán honradas tal y como fueron estipuladas por escrito:

“[S]i ambas partes son comerciantes o profesionales que tengan una posición negociadora equivalente y hayan pretendido regular detalladamente los efectos del contrato, el grado de intervención que podrá asumir el juez al integrar los términos del contrato sobre la base de la buena fe será muy restringido. Esta diferencia se justificaría debido a que en el último caso existe una mayor capacidad de las partes para regular sus relaciones jurídicas, al mismo tiempo que no se justifica la intervención del juez para remediar la debilidad contractual de una de las partes”¹¹⁵.

Lo propio sucede, por ejemplo, en la jurisprudencia británica:

“En materias comerciales en general, en que las partes no tienen un poder de negociación desigual y los riesgos normalmente están cubiertos por seguros, no sólo no está demostrada la necesidad de

¹¹⁴ CS, 09.12.2008, rol 6.341-2007, c. 4°.

¹¹⁵ Eyzaguirre B., Cristóbal y Rodríguez D., Javier. “Expansión y límites de la buena fe objetiva – A propósito del “Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2013, N° 21, p. 186. “[N]o pretendemos excluir la buena fe de las relaciones comerciales, sino acotar su ámbito de aplicación a límites coherentes. Permitir de forma amplia la intervención judicial al determinar el contenido de cualquier contrato podría tener un efecto negativo en la seguridad jurídica, llevando a que partes con contratos claros en su favor terminen haciendo concesiones improcedentes a fin de no enfrentar el riesgo de una sentencia que altere el tenor de su contrato. Para determinar la posición negociadora de las partes el juez debe analizar las circunstancias que rodean la conclusión del contrato para determinar la necesidad de integrarlo. Hasta aquí hemos propuesto dos modelos de contratación extremos: por un lado, el consumidor inexperto que contrata con un poderoso proveedor y, por otro, el de dos comerciantes avezados que cuentan con igual posición negociadora y debidamente asesoradas. De más está decir que el grado de intervención que le quepa al juez en casos que se le presenten entre estos extremos dependerá de las circunstancias del caso”. *Ibid.*, p. 188.

intervención judicial sino que todo indica, y esta parece haber sido la intención del legislador, que debe dejarse que las partes distribuyan libremente los riesgos según estimen adecuado y que deben respetarse sus decisiones”¹¹⁶.

Por eso, los tribunales ingleses son reacios a inmiscuirse en contratos que, sin estar viciados en su origen, devienen desequilibrados o injustos en razón de sus cláusulas¹¹⁷:

“Los tribunales no reclaman competencia para dejar sin efecto una cláusula por irrazonable que ésta pueda ser: si de hecho las partes la han acordado y ella cubre correctamente el supuesto en que una parte ahora pretende confiar, ello es simplemente el ejercicio de la libertad contractual”¹¹⁸.

Análogamente, una parte de la doctrina contractual estadounidense afirma que los contratantes sofisticados prefieren otorgar una competencia acotada al tribunal que conocerá y resolverá las disputas que surjan entre ellas, con el fin de que él aplique estrictamente las cláusulas escritas en lugar de fallar según la equidad¹¹⁹.

De hecho, el estudio de la jurisprudencia estadounidense muestra que las partes sofisticadas esperan que el juez interprete sus contratos con estricto apego al texto. Dichas partes invierten mucho tiempo y pagan no pocos honorarios a sus abogados para que estos estipulen de forma clara, expresa e incondicional las obligaciones contraídas, lo cual incentiva el cumplimiento voluntario de los contratos y reduce los costos de los eventuales pleitos¹²⁰.

Luego, no debe permitirse la posibilidad de que las cláusulas sean reescritas por una sola de las partes o incluso por el tribunal llamado a dirimir sus desavenencias, que en la especie no es el TDLC sino el tribunal arbitral designado por las Partes.

21. La Demanda es *per se* un patente incumplimiento del Contrato, un acto contradictorio con las obligaciones asumidas por MB y un intento por aprovecharse de su propia culpa.

21.1 Por lo dicho, es inaceptable que MB intente escapar de las reglas que acordó con Sodimac mediante la interposición de la Demanda, acto que es por sí mismo un incumplimiento del Contrato y una vulneración de la fuerza obligatoria y de la buena fe.

21.2 El principio de buena fe, no está demás reiterar, implica ante todo el deber de cumplir la palabra empeñada (expresada en la letra del Contrato), pero también impide traicionarla ejecutando actos posteriores contradictorios en detrimento de la contraparte¹²¹.

¹¹⁶ *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] 1 AC 827, 843, Lord Wilberforce.

¹¹⁷ *Hart v. O'Connor* [1985] AC 1000 (PC), 1017-108, Lord Brightman.

¹¹⁸ Cartwright, John. *Contract Law*. Oxford, Hart, 2016, 3rd ed., p. 220.

¹¹⁹ Kraus, Jody S. & Scott, Robert E., “Contract Design and the Structure of Contractual Intent”, *New York University Law Review*, 2009, vol. 84, pp. 1023-1104.

¹²⁰ Schwartz, Alan & Scott, Robert E. “Contract Interpretation Redux”, *Yale Law Journal*, 2010, vol. 119, pp. 926-964.

¹²¹ Véase, en general, Ekdahl E., María Fernanda. *La doctrina de los actos propios. El deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989. El principio de buena fe “impide que la confianza generada por una determinada conducta sea defraudada por un obrar contradictorio”. Boetsch G., Cristián. *La buena fe contractual*. Santiago, Ediciones UC, 2015, p. 52.

Por eso, no debe escucharse al contratante que, habiendo reconocido una determinada obligación contractual (como es la de someter toda disputa derivada del Contrato al tribunal arbitral designado por las Partes), pretenda desconocerla *a posteriori* (como lo ha hecho MB al deducir la presente Demanda).

La contradicción de los actos propios previos es sancionada negando toda eficacia a la conducta ulterior, siempre que se verifiquen tres requisitos, que en la especie concurren:

“a) una conducta anterior, que revela una determinada posición jurídica de parte de la persona a quien se le trata de aplicar este principio [MB se comprometió a respetar la cláusula arbitral del Contrato]; b) una conducta posterior por parte del mismo sujeto, contradictoria con la anterior [la Demanda, mediante la cual MB elude dicha obligación contractual]; y c) que el derecho o pretensión que hace valer la persona en quien incide el acto perjudique a la contraparte jurídica [Sodimac]”¹²².

21.3 Dado que la Demanda plantea un conflicto puramente contractual –por lo que MB debió someterlo al tribunal arbitral acordado por las Partes y no al TDLC como un falso abuso de posición dominante–, MB no sólo ha contradicho su propia palabra empeñada (defraudando la confianza depositada por Sodimac en orden a que toda disputa derivada del Contrato sería sometida al conocimiento y decisión del tribunal arbitral), incumplido el Contrato, infringido su fuerza obligatoria y vulnerado el principio de buena fe, sino que además ha develado su intento por aprovecharse de su propio dolo o negligencia: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* o “nadie puede ser oído cuando alega su propia torpeza”¹²³. Esta máxima sanciona a quien intenta beneficiarse de su propia conducta ilícita (dolosa o culpable) privándolo de la pretensión ejercida por él¹²⁴. Es esta conducta ilícita lo que la distingue de la teoría de los actos propios¹²⁵, aun cuando la jurisprudencia dominante, coincidiendo con algunos juristas¹²⁶, funda el *nemo auditur* en dicha teoría¹²⁷.

¹²² CS, 05.10.2006, rol 1.696-2005, c. 13°. “Se impide jurídicamente el que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber antes ejecutado un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto, pues de acuerdo a este principio, nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo, con perjuicio de un tercero. De esta manera, los actos propios encuadran el derecho de los litigantes, de forma que no puedan pretender que cuando han reclamado o negado la aplicación de una determinada regla en beneficio propio, puedan aprovechar instrumentalmente la calidad ya negada precedentemente, con perjuicio de los derechos de su contraparte”. CS: 30.05.2007, rol 4.689-2005, c. 10°; 22.06.2011, rol 9.430-2009, c. 11°; 17.11.2014, rol 18.031-2014, c. 8°.

¹²³ Corte de Apelaciones de Santiago, 21.11.1952, *RDJ*, t. 51, sec. 1ª, p. 48, c. 6°, confirmado por CS, 12.01.1954.

¹²⁴ V.gr., desconociéndole legitimación activa a quien interpone una acción para exigir la restitución de lo que dio o pagó por un objeto o causa ilícita a sabiendas (art. 1468 CC) o a la parte que deduce la acción de nulidad absoluta de un contrato que celebró sabiendo o debiendo saber del vicio que lo invalidaba (art. 1683 CC).

¹²⁵ “Aunque emparentados en su origen, las reglas son diferentes y no cabe confundir la teoría de los actos propios con la imposibilidad de alegar el propio dolo. Como señala Díez-Picazo, la inadmisibilidad de contradecir el acto propio proviene de las exigencias de la buena fe y de la regularidad del tráfico, mientras que la privación de una pretensión por una actuación dolosa o ilícita es propiamente una sanción”. Corral T., Hernán. “La raíz histórica del adagio ‘venire contra factum proprium non valet’”, *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Universidad de Los Andes, 2010, vol. 18, p. 22. Padilla P., Ricardo. “Por una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2013, N°20, p. 169, n. 65.

¹²⁶ Domínguez A., Ramón. *Teoría general del negocio jurídico*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012, 2ª ed., p. 200.

¹²⁷ “La regla de protección mira a que nadie sea oído si alega su propia torpeza la cual se identifica con el brocardo ‘nemo auditur propriam turpitudinem allegans’, el cual encuentra su basamento en la teoría de los

En el presente caso, la conducta ilícita es el incumplimiento flagrante del Contrato perpetrado por MB al demandar a Sodimac ante el TDLC por un hipotético abuso de posición dominante, en circunstancias que la misma Demanda es la prueba palmaria de que la única contienda entre las Partes es enteramente contractual.

En efecto, MB no hace sino atribuir supuestos incumplimientos a sabiendas y dolosos a Sodimac –su sistemática negativa a subir el precio del Contrato– y alegar la Imprevisión, posiblemente porque el Contrato no contiene una auténtica cláusula *hardship*; y si la cláusula de ajuste del precio lo fuera, en todo caso MB ha sostenido que Sodimac la incumplió¹²⁸.

Pues bien, el único órgano jurisdiccional competente para conocer y juzgar el conflicto contractual confesado por MB en la Demanda es el tribunal arbitral que ella y Sodimac designaron en el Contrato.

21.4 La doctrina de los actos propios y el *nemo auditur* imponen no prestar oído a MB y declarar inadmisibles la Demanda. MB ha vulnerado gravemente el deber de corrección que fluye del principio de buena fe¹²⁹ y que le exige respetar la palabra empeñada, en concreto, que le obliga a someter toda disputa con Sodimac, derivada o relacionada de cualquier forma con el Contrato, ante el tribunal arbitral con sede en Bogotá, el que debe aplicar el derecho colombiano, en lugar de disfrazarla como un hecho anticompetitivo irreal.

21.5 En definitiva, el pretendido abuso de posición dominante que MB achaca a Sodimac es desmentido por los propios asertos contenidos en la Demanda, mismos que constituyen una confesión judicial expresa de que estamos ante un conflicto enteramente contractual, referido tanto a un supuesto incumplimiento de mala fe y doloso de Sodimac, como a la posibilidad de acoger la Imprevisión que MB defiende tácitamente en la Demanda.

22. Las cláusulas atacadas por MB son legítimas y tienen justificación.

22.1 MB enfatiza que:

- (i) se obligó a suministrar los Insumos exclusivamente a Sodimac¹³⁰;
- (ii) asumió la prohibición convencional de “vender o explotar negocios dentro de Latinoamérica con cualquier empresa distinta de Sodimac, mediante una cláusula de exclusividad”¹³¹;

actos propios, conforme a la cual nadie puede ir válidamente contra sus propia conducta”. CS 08.09.2012, rol 5.996-2011, c. 9º; 13.01.2014, rol 4.251-2013, c. 7º; 02.01.2018, rol 99.948-2016, c. 10º.

¹²⁸ Véase *supra* 5.4 y 5.5.

¹²⁹ “[C]omo se ha dicho por esta Corte y por la Excm. Corte Suprema de Justicia, tal doctrina [de los actos propios] se traduce en que se debe mantener en el derecho una conducta leal y honesta y, desde luego, es la inspiración de la regla por la cual nadie puede aprovecharse de su propio dolo o fraude, encontrando en materia contractual su base legal en el referido artículo 1546 del Código Civil”. Corte de Apelaciones de Santiago, 13.05.2008, rol 5.958-2006, c. 5º, confirmado por CS, 08.09.2008, rol 4.548-2008.

¹³⁰ Demanda, pp. 1-3, 5-6, 17, 21, 23 y 25.

¹³¹ *Ibid.*, p. 6.

(iii) confirió a Sodimac el derecho exclusivo a usar el sistema APM¹³²; y

(iv) se obligó a pagar a Sodimac, a título de multa o pena convencional, una suma no inferior a USD 16.000.000 en el evento que MB vendiera a terceros –en lugar de Sodimac– los Insumos, las pinturas Glam Kölor o cualquier otra pintura producida mediante el sistema APM¹³³.

22.2 Sin embargo, nada de extraño, anticompetitivo, ilícito, injusto ni abusivo tiene el hecho de que las Partes, en ejercicio de su autonomía privada y libertad contractual, negociaron y pactaron la exclusividad, prohibición, derecho exclusivo y multa convencional aludidas, y observaron estas obligaciones durante largo tiempo, hasta que Moneda tomó el control de MB. Tampoco lo tiene el hecho de que Sodimac rechazó los ajustes de precios que MB pretendió aplicar unilateralmente por cuanto, como aquélla explicó al responder las cartas enviadas por ésta, no se cumplieron los requisitos consagrados en el Contrato.

22.3 Los términos y condiciones del Contrato fueron libremente discutidos entre partes expertas y sofisticadas, provistas de igual o equivalente poder de negociación e información, en el marco de un mercado en que MB, Inc. tenía múltiples contrapartes con quienes negociar y en que, como es público y notorio, abundan las marcas disponibles para los consumidores.

La cláusula de exclusividad, el derecho exclusivo, la prohibición convencional y la cláusula penal citadas fueron negociadas y convenidas por las Partes en atención al mutuo beneficio económico que el Contrato les reportaría, asumiendo obviamente el riesgo de que ello no ocurriera. Es este interés práctico y concreto el motivo que las llevó a contratar¹³⁴.

Los beneficios que una y otra parte obtendrían justifican las cláusulas mencionadas y los mecanismos de distribución de los riesgos diseñados y convenidos por ellas. También son consistentes con las inversiones involucradas para ejecutar el Contrato.

22.4 Luego, todas esas cláusulas son consistentes con la naturaleza bilateral, onerosa, conmutativa y de tracto sucesivo de este contrato de suministro; características que, además, la doctrina exige para alegar la Imprevisión¹³⁵, que es lo que MB ha hecho no obstante su afán por ocultarla bajo un falso ilícito anticompetitivo.

(i) La cláusula de exclusividad es recíproca: no sólo MB está obligada a suministrar los Insumos exclusivamente a Sodimac, sino que ésta también debe comprarlos exclusivamente a MB¹³⁶. Lo mismo alcanza al servicio técnico de las máquinas APM.

(ii) Las Partes dejaron expresa constancia de las razones que tuvo MB, Inc. para otorgar a Sodimac el derecho exclusivo a usar el sistema APM¹³⁷: (a) a la época del Contrato dicho sistema era “un programa nuevo e innovador que no ha sido desarrollado previamente en ningún

¹³² *Ibid.*, p. 7.

¹³³ *Id.*

¹³⁴ Véase *supra* 6.3 y 10.1.

¹³⁵ Véase *supra* nota 21.

¹³⁶ Contrato Original, cláusula 4ª, letra G.

¹³⁷ *Ibid.*, cláusula 4ª, letra M.

lugar del mundo”; (b) su implementación “requiere de *inversiones significativas y esfuerzos conjuntos* de las Partes”; y (c) “las Partes han tenido que desarrollar planes de negocio y concederse mutuamente acceso al mercado y a la información sobre costos, patentes y tecnologías”¹³⁸.

(iii) El derecho exclusivo de Sodimac es la lógica y justa contrapartida por la compra y adquisición de las máquinas APM por las que habría pagado casi USD 17 millones¹³⁹. Estas máquinas son, además, el único medio por el cual Sodimac podía fabricar las pinturas de su marca Kölor en las Tiendas, para lo cual Sodimac debe utilizar los Insumos que está obligada a comprar exclusivamente a MB¹⁴⁰. Sin embargo, no obstante ser dueña de las máquinas, Sodimac no puede hacerlas funcionar con la licencia de software perpetua que adquirió, salvo que MB, Inc. se lo permita¹⁴¹.

(iv) Es del todo normal, justo y legítimo que las Partes estipularan que los Insumos “deberán ser comercializados únicamente bajo la marca Glam Kölor en las tiendas de Sodimac, incluso después de terminado el Contrato”, y declararan que “MB, Inc. no tiene licencia, autorización, dominio o interés en el uso en la marca registrada Glam Kölor”¹⁴².

(v) En vista que (a) Sodimac únicamente podía comprar los Insumos a MB y ésta sólo podía vendérselos a aquélla; (b) las pinturas Kölor debían ser producidas necesariamente con los Insumos y en las máquinas APM instaladas en las Tiendas; y (b) Sodimac adquirió el dominio de las máquinas pagando una enorme suma de dinero a cambio; nada tiene de peculiar, anticompetitivo, ilícito, injusto ni abusivo que las Partes hayan pactado que MB pagara a Sodimac, a título de cláusula penal, no menos de USD 16.000.000 en caso que MB vendiera a terceros, en el Territorio, los Insumos, las pinturas Glam Kölor o cualquier otra pintura producida mediante el sistema APM¹⁴³. Mal podría MB haber retenido la facultad de suministrar los Insumos a competidores de Sodimac si fue ésta quien estuvo dispuesta a adquirir y adquirió las máquinas APM mediante una cuantiosa inversión y asumiendo los riesgos de una nueva tecnología.

En todo caso, si Sodimac pretendiera ejecutar esa multa y MB se negara a cumplirla, v.gr., por estimarla enorme o excesiva¹⁴⁴, ello podría desembocar en un pleito contractual –como el que MB ha sometido ante el TDLC– que sólo podría ser conocido y fallado por el tribunal arbitral previsto en el Contrato.

¹³⁸ Id.

¹³⁹ MB reconoce que Sodimac adquirió de MB, Inc. “las máquinas APM necesarias para instalarlas en sus tiendas y así, a través de los componentes y aditivos suministrados por mi representada [MB], vender sus pinturas de marca propia ‘Kölor’ en el mercado nacional”. Demanda, p. 6.

¹⁴⁰ Contrato Original, cláusula 4ª, letra G.

¹⁴¹ Véase *supra* 15.4.

¹⁴² Contrato Original, cláusula 4ª, letra M.

¹⁴³ Id. y Modificación, cláusula 10ª, letra A.

¹⁴⁴ Art. 1544 CC.

V. Principales conclusiones

Sin perjuicio de lo argumentado en las secciones anteriores, el análisis de la Demanda arroja las siguientes conclusiones principales:

1ª La Demanda somete al TDLC un conflicto puramente contractual entre MB y Sodimac, derivado del Contrato que las vincula.

2ª El único órgano jurisdiccional competente para conocer y resolver la presente disputa es el tribunal arbitral colegiado, con sede en Bogotá, que debe aplicar la legislación colombiana, contemplado en la cláusula compromisoria acordada por las Partes e incluida en el Contrato.

3ª MB ha confesado de forma espontánea y por escrito, antes de este Litigio y en la Demanda, que su pleito con Sodimac es estrictamente contractual, ello a pesar del empeño de MB por vestir esa disputa como un supuesto abuso de posición dominante, cuya existencia es desmentida por la propia MB, como consta ostensiblemente en su libelo.

En efecto:

(i) MB imputa a Sodimac un presunto incumplimiento contractual que ésta habría cometido a sabiendas y dolosamente, consistente en su (supuestamente) abusiva, injustificada y sistemática negativa a aceptar el ajuste de precio del Contrato que MB intentó aplicar unilateralmente; y

(ii) MB alega implícitamente la Imprevisión, pues, sin mencionarla, invoca todos los elementos que la doctrina y jurisprudencia exigen para su procedencia, a saber: (a) que exista un contrato bilateral, oneroso, conmutativo y de tracto sucesivo (el Contrato); (b) que acaezcan hechos sobrevinientes, imprevisibles y ajenos al control de las Partes (la Pandemia y la depreciación del peso chileno en relación al dólar estadounidense y otras divisas); y (c) que estos acontecimientos no impidan sino que hagan excesivamente oneroso el cumplimiento de las obligaciones asumidas por una de las parte (la obligación de suministro que MB contrajo para con Sodimac), alterando la equivalencia entre las partes.

5ª Las Partes son sofisticadas y expertas, contaron y cuentan con asesores profesionales calificados, y discutieron y acordaron –libre, voluntaria e informadamente– las cláusulas del Contrato Original (incluida la cláusula de resolución de conflictos) y las modificaciones al mismo, distribuyendo consistentemente los riesgos entre sí, y cerciorándose de que sus respectivos derechos personales y obligaciones quedaran claramente establecidos en la letra del Contrato.

Luego, no cabe duda alguna de que toda disputa entre las Partes emanada del Contrato, o relacionada en cualquier forma con éste, como es el conflicto privado que MB ha presentado al TDLC como si fuese un ilícito anticompetitivo, sólo puede ser conocida y dirimida por el tribunal arbitral designado por ellas.

6ª Por eso, la mera interposición de la Demanda importa un serio incumplimiento por MB de su obligación de someter todo conflicto contractual con Sodimac –como es el que en su libelo

ha confesado tener– a dicho tribunal arbitral. De esta forma, MB ha conculcado la ley del Contrato, su fuerza obligatoria y el principio de buena fe.

Asimismo, por el solo hecho de deducir la Demanda, ha actuado en contradicción con su conducta previa (ante todo, se comprometió a respetar el Contrato) y pretendido aprovecharse de su propia culpa al eludir la única jurisdicción competente y el derecho aplicable mediante la presentación de la Demanda.

Es cuanto puedo informar.

Santiago, 26 de octubre de 2023.

Dr. Cristián Banfi del Río*
Profesor Asociado de Derecho Civil
Departamento de Derecho Privado
Facultad de Derecho – Universidad de Chile

* Licenciado en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile (1994); Abogado (1995); Magíster en Derecho Privado Universidad de Chile (2000); LL.M. (2002 [Darwin College]) & PhD (2010 [Pembroke College]) University of Cambridge.