

Árbitra: Claudia Yolanda Schmidt Hott

Calidad del Tribunal Arbitral:

Mixto (Arbitrador en cuanto al procedimiento y de Derecho en cuanto al fallo)

Secretario del Tribunal Arbitral (Actuario): Leonardo Olea Schmidt

Rol A-5183-2022

Fecha de la Resolución: 18 de octubre de 2022

Materia de la Resolución: Cláusulas Escalonadas.

Santiago de Chile, 18 de octubre de 2022.

Al escrito ingresado por la incidentista el 17 de octubre pasado a través del sistema *e-CamSantiago*, se resuelve: No ha lugar, estese a lo que se resolverá.

Resolviendo derechamente la objeción documental hecha valer por la solicitada en su escrito de fecha 6 de octubre de 2022: [...] se rechaza.

Resolviendo derechamente la incidencia de previo y especial pronunciamiento hecha valer por la solicitada en su escrito de fecha 13 de septiembre de 2022:

VISTOS:

1. Los argumentos hechos valer por la incidentista en su presentación de fecha 13 de septiembre de 2022, lo resuelto por resolución de 14 de septiembre pasado, y las alegaciones incoadas por la solicitante en su escrito de fecha 23 de septiembre de 2022;

2. Que, la cláusula arbitral contenida en el numeral 24 del contrato de marras, en lo que atañe a la presente incidencia, reza lo siguiente:

“En caso de cualquier dificultad o controversia que se produzca entre las Partes respecto de este Contrato y que no pueda ser resuelta por negociaciones directas entre los Administradores de Contrato de las Partes, cualquiera de las Partes notificará al Representante Legal de la otra sobre la misma y las Partes procederán a reunirse a fin de resolver el desacuerdo dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de recepción de dicha notificación. Si el desacuerdo no es resuelto dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes desde la reunión antes señalada, cualquiera de las Partes podrá recurrir a la mediación, conforme al Reglamento Procesal de Mediación vigente (“Mediación”) del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago (el “Centro”). En caso de que la Mediación no prospere, la dificultad o controversia se resolverá mediante Arbitraje Mixto. El arbitraje se seguirá con arreglo al Reglamento Procesal de Arbitraje del mismo Centro citado que se encuentre vigente a esta fecha. El árbitro fallará y apreciará la prueba conforme a Derecho chileno”.

3. Que, del tenor de la cláusula transcrita, esta sentenciadora constata que las partes acordaron una cláusula escalonada de resolución de conflictos, por la que convinieron que, en caso de producirse alguna controversia, ésta debía resolverse en primer lugar mediante un método autocompositivo de negociación directa entre las partes, y en caso de no prosperar dicho método, debían recurrir a una mediación ante el CAM Santiago; y solo en caso de frustrarse ésta, la dificultad entre ellas suscitada, se resolvería a través de un arbitraje mixto.

4. Que, si bien la cláusula transcrita utiliza la expresión *podrá* al referirse a la mediación, para esta sentenciadora dicho método se convino con carácter de obligatorio para las partes. Así resulta de una interpretación armónica de ambos párrafos de la cláusula transcrita, al señalar el segundo lo siguiente: *En caso de que la Mediación no prospere, la dificultad o controversia se resolverá mediante Arbitraje Mixto*. Tal estipulación, despeja toda ambigüedad interpretativa que pueda deducirse de la mentada cláusula. Una interpretación en sentido contrario devendría en que la cláusula sería ineficaz, lo que no puede entenderse fue la real intención de los contratantes.

5. Que, no obstante, lo señalado, la competencia de esta jueza árbitro en caso alguno puede verse afectada por la operatividad de la cláusula escalonada. En efecto, la incidencia planteada por la solicitada no tiene como consecuencia jurídica trasladar la competencia para conocer del conflicto entre las partes a otro ente resolutivo. Es decir, la incidentista solo reclama la inobservancia de los pasos previos a la jurisdicción arbitral pactados en la cláusula escalonada, lo que no conlleva la incompetencia de esta sentenciadora.

6. Que, de lo razonado precedentemente, se concluye que solo la interposición de la demanda es lo que debe ser aplazada, y reiniciada una vez agotados los métodos alternativos de solución de conflictos convenidos por las partes en la cláusula escalonada. Lo anterior guarda armonía con lo solicitado por el incidentista, quien reconoce la competencia de esta jueza árbitro al pedir en su escrito de fecha 13 de septiembre de 2022, que *se suspenda el procedimiento arbitral hasta que se cumplan las etapas previas requeridas en el contrato*¹.

De conformidad a lo expuesto, lo dispuesto en los artículos 1545, 1560, 1562 y 1564 del Código Civil y, por el artículo 23 del Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional del CAM Santiago (2021), se hace lugar a la incidencia de previo y especial pronunciamiento promovida por [la demandada] en su presentación de 13 de septiembre de 2022, solo en cuanto se ordena la suspensión del procedimiento arbitral hasta que se cumplan las etapas previas convenidas en la cláusula 24 del contrato de marras, el que se reanudará una vez que se constate ante el Tribunal Arbitral el agotamiento de las etapas previas, sin perjuicio de lo señalado por el artículo 20 del Reglamento citado, sin costas.

Notifíquese.

¹ Página 4 escrito de fecha 13 de septiembre de 2022, señala en su por tanto: *“Tener por interpuesto incidente de previo y especial pronunciamiento y, en mérito de lo expuesto, declarar la falta de jurisdicción y competencia de la S.J.A., así como también la nulidad de todo lo obrado a la fecha; disponiendo el término de este procedimiento arbitral, o bien, su suspensión hasta que se cumplan las etapas previas requeridas en el Contrato, en los términos indicados en esta presentación, o bien, en los términos que la S.J.A. determine conforme a derecho, con costas en caso de oposición”*.

Árbitro: Tomás Aylwin Bustillos

Calidad del Tribunal Arbitral:

Mixto (Arbitrador en cuanto al procedimiento y de Derecho en cuanto al fallo)

Rol A-4633-2021

Fecha de la Resolución: 31 de agosto de 2021

Materia de la Resolución: Cláusulas Escalonadas.

En Santiago de Chile, a treinta y uno de agosto de dos mil veintiuno.

Resolviendo escrito de [la Demandada] de evacúa traslado y acompaña documentos presentado con fecha 19 de agosto de 2021: En lo principal: por evacuado el traslado. En el otrosí: ténganse por acompañados los documentos.

Resolviendo escrito de [la Demandante] de téngase presente y acompaña documentos de fecha 25 de agosto de 2021: En lo principal: téngase presente. En el otrosí: ténganse por acompañados los documentos.

Resolviendo escrito de [la Demandada] de téngase presente y acompaña documentos de fecha 25 de agosto de 2021: En lo principal: téngase presente. En el otrosí: ténganse por acompañados los documentos

Resolviendo la excepción de incompetencia:

Vistos:

[La Demandante] interpone excepción de incompetencia respecto de la demanda reconvenional de [la Demandada], fundamentado en que el artículo 18 del MSPA [*Master Share Purchase Agreement*], “*establece un régimen claro y específico de solución de controversias, con etapas que, obligatoriamente, deben seguir las partes en caso de cualquier disputa, controversia o reclamación que surja del contrato MSPA*”.

Señala que la primera etapa corresponde a una negociación amistosa que debe mantenerse durante tres días. Fracasada esta negociación, cualquiera de las partes (o ambas), debe solicitar la realización de una mediación, de conformidad con el Reglamento del Procedimiento de Arbitraje y Mediación, del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago. Si la controversia no se resuelve dentro de los 30 días siguientes al inicio de la mediación, cualquiera de las partes puede darla por terminada, y debe iniciar un juicio arbitral, de conformidad con el mismo reglamento citado. Así, el arbitraje sólo procede una vez superada la negociación y, al menos, transcurrido treinta días desde el inicio de la Mediación.

Da cuenta que con fecha 15 de junio de 2020 [la Demandante], una vez fracasada la negociación amistosa con la contraparte, respecto de “*las materias del MSPA tratadas en nuestra demanda principal*”, requirió la mediación, precisamente, en relación con “*las materias del MSPA tratadas en la demanda principal*”. En la mediación no se logró una solución a la controversia. “*En consecuencia, [la Demandante] se halló contractual y*

procesalmente autorizada para presentar una solicitud de arbitraje el 22 de marzo del presente año, tal como lo establece el artículo 18 del MSPA, siempre en estricta relación con las materias del MSPA tratadas en nuestra demanda principal”.

Señala [la Demandante] que *“El ámbito de la jurisdicción y competencia de SS.J.A. está circunscrito y limitado solamente a conocer y resolver la controversia principal, única reclamación que fue sometida a todas y cada una de las etapas previas ordenadas por la cláusula compromisoria del MSPA. SS.J.A. no puede conocer ningún otro asunto”.*

A la excepción se le dio trámite de incidente, confiriéndose traslado a la parte de [la Demandada].

Contestando el traslado conferido [la Demandada] solicitó el rechazo de la excepción señalando que se dio cumplimiento con la etapa de negociación y que la etapa de mediación de la cláusula 18 es voluntaria, que no se requiere una notificación para que se entienda cumplida la etapa de negociación y que no es efectivo que el contrato haya supeditado el acceso al Tribunal Arbitral o el ejercicio de la acción reconvenicional a un proceso de mediación previo, citando la cláusula 18.2 y resaltando la expresión *“podrá ser sometida por una o ambas Partes a una mediación”*. Agrega que el nombramiento del árbitro incluye las materias planteadas en la demanda reconvenicional y cita el N° 1 del Acta de Bases de Procedimiento. Cita el artículo 111, inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales que dispone la regla de la extensión que consiste en que el tribunal competente para conocer la cuestión principal lo es *“también para conocer de las cuestiones que se susciten por vía de reconveniones o de compensación...”* y expresa que estamos frente a una norma de orden público, indisponible para las partes. Agrega que la articulista de incompetencia no indica cuál sería el tribunal competente y que, por tanto, la solicitud infringe el artículo 111 del Código de Procedimiento Civil. Expresa que [la Demandante] actúa en contra de sus actos propios al acordar las Bases de Procedimiento tanto respecto al N°1 sobre *“Objeto del Arbitraje”*, como del N° 10 sobre *“Etapas de Discusión”*, ambas disposiciones que no limitan la posibilidad de reconvenir en términos amplios y no sujetos a que hubieren sido tratados los temas demandados a una mediación previa. Finalmente sostiene que la excepción es solo dilatoria y contraria a la economía procesal y que infringe la garantía procesal del debido proceso.

Previo a resolver la excepción de incompetencia, se ordenó a las partes, acompañar la solicitud presentada para dar inicio al procedimiento de Mediación, el Certificado de Término y cualquier otro documento o acta que obre en su poder relativo a la Mediación efectuada y a los temas tratados en esta. La parte de [la Demandante], conforme a lo requerido, presentó escrito de téngase presente y acompañó la solicitud de mediación presentada por [la Demandante] el 15 de junio de 2020 y el Certificado de Término de la mediación. La parte de [la Demandada] presentó escrito de téngase presente y acompañó el Certificado de Término de la mediación y copia de la citación a la primera audiencia de la mediación.

Relevante es dejar constancia de: (i) [la Demandante] hace presente que en el número 14 de la demanda reconvenicional [la Demandada] reconoce que *“este asunto no fue sometido al proceso de mediación”*; (ii) que en la solicitud de mediación [la Demandante] señaló *“Las partes celebraron el 26 de julio de 2018 un contrato denominado Master Share Purchase Agreement. Han surgido diferencias entre ellas. El artículo 18 del contrato establece una etapa de negociaciones directas, que no produjo resultados. La segunda etapa es la de Mediación CAM, un mediador”*; y (iii) que en el Acta de término de la mediación se dejó constancia que: *“Realizadas todas las gestiones destinadas a resolver el conflicto, ello no fue posible, y en consecuencia conforme al artículo 14 letra d) del Reglamento de Mediación del CAM Santiago, declaro que con fecha 7 de agosto de 2020 finalizó el proceso de mediación, quedando en consecuencia las partes en condiciones de proceder como estimen pertinente, entendiéndose cumplido el proceso respecto de todos los solicitantes y solicitados ya mencionados”*.

Y considerando:

Uno. La cláusula número 18 del MSPA (el contrato) señala:

18. RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

18.1. Las Partes (incluidos, a los efectos del Acuerdo de Desarrollo, los SPV) intentarán en primer lugar resolver amistosamente cualquier disputa, controversia o reclamación que surja de este o en relación con el Acuerdo (incluida la relativa a la existencia, validez, interpretación, anulación, cumplimiento, incumplimiento o terminación de este Acuerdo y cualquier controversia no contractual o de otro tipo) (una "Controversia") durante un período de tres (3) días en el caso de las Controversias en virtud de las Secciones 3.1 ó 4 y quince (15) días para todas las demás Disputas, en cada caso tras la notificación por escrito de dicha Disputa a la otra Parte.

18.2. Con sujeción a lo dispuesto en la Sección 18.5, cualquier Controversia que no se resuelva a satisfacción mutua de las Partes de conformidad con la Sección 18.1 podrá ser sometida por una o ambas Partes a una mediación acelerada de conformidad con el Reglamento del Procedimiento de Arbitraje y Mediación del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago que esté en vigor en el momento de su iniciación. Las Partes acuerdan hacer esfuerzos de buena fe para resolver dicha Disputa a través de la mediación antes de perseguir cualquier resolución a través del arbitraje de acuerdo con la Sección 18.4.

18.3. Las Partes confieren un poder especial irrevocable a la Cámara de Comercio de Santiago para que ésta, a solicitud escrita de cualquiera de las Partes, designe un mediador de entre los miembros del cuerpo arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, quien estará facultado para actuar como componedor amigable en cuanto al fondo de la controversia y como ex aequo et bono en cuanto al procedimiento.

18.4. Si la controversia no se resuelve dentro de los treinta (30) días siguientes al inicio de una mediación, cualquiera de las Partes podrá dar por terminada la mediación y proceder a un arbitraje de conformidad con el Reglamento de Procedimiento de Arbitraje y Mediación del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago. El arbitraje será conducido por un solo árbitro (que podrá ser el mediador con el consentimiento de ambas Partes) y se llevará a cabo en Santiago. La decisión a la que llegue el árbitro será definitiva y vinculante y no podrá ser objeto de recurso. El fallo sobre el laudo dictado por el árbitro podrá ser ejecutado en cualquier tribunal competente.

18.5. No obstante lo dispuesto en los Artículos 18.2, 18.3 o 18.4 supra, toda controversia relativa a los Artículos 3.1 o 4 que no se resuelva de conformidad con el Artículo 18.1 podrá ser remitida inmediatamente por cualquiera de las Partes a una mediación vinculante y expedita, ya sea de conformidad con el procedimiento de mediación previsto en los Artículos 18.2 y 18.3 o, si la naturaleza de la Disputa es más bien un desacuerdo técnico que jurídico, a un asesor técnico independiente, mutuamente acordado por las Partes (o, en su defecto, designado por la Cámara de Comercio de Santiago en un plazo de tres (3) días), con todos los derechos de un árbitro conforme al Artículo 18.4. La decisión de dicho mediador o asesor técnico será definitiva y vinculante, como si fuera juzgada por un árbitro de conformidad con la Sección 18.4".

Dos. Siendo el compromiso y la cláusula arbitral un contrato, sus contenidos serán interpretados de acuerdo con los artículos de los artículos 1.560 a 1.566 del Código Civil, pero, asimismo, deberán respetar normas de orden público que garanticen el libre acceso a requerir la protección de sus derechos por órganos que ejerzan jurisdicción.

No cabe dudas que la voluntad de las partes fue trasladar la jurisdicción ordinaria a la competencia arbitral respecto de las diferencias que se presenten en relación del contrato e, igualmente, estipular que, previo a entablar un juicio, las partes realizaran esfuerzos para negociar una solución y, para

tales efectos, se acordó existiera una instancia previa de negociación y una de mediación, que intentara evitar el juicio.

La característica de voluntaria de la mediación no está en dudas. Tan voluntaria como la negociación previa o someter cualquier cuestión a arbitraje. Ninguna de las partes está obligada a negociar diferencias, a someterlas a un procedimiento de mediación, ni a entablar un juicio arbitral. Lo único que restringe el contrato es que *“si la controversia no se resuelve dentro de los treinta (30) días siguientes al inicio de una mediación, cualquiera de las Partes podrá dar por terminada la mediación y proceder a un arbitraje”*.

El requisito a cumplir es, entonces, que haya transcurrido 30 días desde el inicio de la mediación sin que se haya resuelto la controversia.

Tres. De los antecedentes aportados por las partes se puede concluir lo siguiente: (i) se efectuó una negociación previa, lo que no ha sido discutido ni objetado por las partes; (ii) [la Demandante] requirió la mediación con el objeto de resolver diferencias relativas al contrato y al exponer, resumidamente, *“las cuestiones objeto de la mediación”* (según exige el formulario respectivo y el artículo cuarto letra c) del Reglamento Procesal de Mediación), señaló: *“Las partes celebraron el 26 de julio de 2018 un contrato denominado Master Share Purchase Agreement. Han surgido diferencias entre ellas. El artículo 18 del contrato establece una etapa de negociaciones directas, que no produjo resultados. La segunda etapa es la de Mediación CAM, un mediador”*; (iii) la mediación se llevó a cabo respecto de diferencias relativas al contrato y esta falló al no haberse alcanzado un acuerdo al respecto. No existe constancia exacta sobre las materias específicamente tratadas en la mediación (contenido que, además, es confidencial, según expresa el artículo trece del Reglamento Procesal de Mediación), pero [la Demandada] reconoció que en el procedimiento de mediación no se trató, en forma específica, la materia que es objeto de la demanda reconvenzional; (iv) el certificado de término de la mediación dejó establecido lo siguiente: *“Realizadas todas las gestiones destinadas a resolver el conflicto, ello no fue posible, y en consecuencia conforme al artículo 14 letra d) del Reglamento de Mediación del CAM Santiago, declaro que con fecha 7 de agosto de 2020 finalizó el proceso de mediación, quedando en consecuencia las partes en condiciones de proceder como estimen pertinente, entendiéndose cumplido el proceso respecto de todos los solicitantes y solicitados ya mencionados”*.

Cuatro. La cláusula 18.4 del Contrato dispone que: *“si la controversia no se resuelve dentro de los treinta (30) días siguientes al inicio de una mediación, cualquiera de las Partes podrá dar por terminada la mediación y proceder a un arbitraje”*. Del tenor literal de la disposición contractual se desprende que si *“la controversia”* no se resuelve las partes pueden dar por terminada la mediación y *“proceder a un arbitraje”*.

No se discute en este caso que se hizo la mediación y que esta fue dada por terminada por las partes, habiéndose declarado por el mediador, en el certificado de término, sin objeción de las partes, que: *“finalizó el proceso de mediación, quedando en consecuencia las partes en condiciones de proceder como estimen pertinente, entendiéndose cumplido el proceso respecto de todos los solicitantes y solicitados ya mencionados”*. Quedó, así, claramente dispuesto que las partes –ambas partes, *“solicitantes y solicitados”*- quedaron en condición de demandar y dar inicio al juicio arbitral, en caso que lo *“estimen pertinente”*. Esto no fue limitado, no se especificó algún impedimento y la facultad de demandar incluye, por definición, la posibilidad de actuar por la vía de la reconvencción.

Como se señaló, el requisito a cumplir para dar inicio al arbitraje es que haya transcurrido 30 días desde el inicio de la mediación sin que se haya resuelto la controversia y en este caso ha transcurrido el plazo (no se ha hecho cuestión de eso) y no existe antecedente alguno que permita sostener que la controversia ha sido resuelta.

Quinto. Cabe cuestionarse si un asunto no tratado específicamente en la mediación puede entenderse como parte de la controversia.

Un asunto controversial no tratado es también, y más bien, un asunto no resuelto. Así, es atendible sostener que lo que no fue tratado específicamente en una mediación efectivamente efectuada y efectuada respecto del contrato en términos generales -como se señala en la solicitud de mediación efectuada por [la Demandante] y en los términos que se certifica el término de la mediación- es de aquellas situaciones que no han sido resueltas, y respecto de estas, las no resueltas -incluso por no haberse tratado- basta que transcurra el término de 30 días para que sea procedente iniciar el arbitraje.

El solo hecho de que se haya efectuado la mediación satisface la exigencia contractual del 18.4 del Contrato, tanto respecto de situaciones efectivamente tratadas como de aquellas, que son materia del contrato y no recibieron trato específico. La mediación es amplia, como lo entendió [la Demandante] al solicitarla, e incumbe cualquier asunto o materia que diga relación al contrato que es materia de la diferencia. O dicho de otra forma, cualquier materia atingente al contrato es parte de la controversia respecto del contrato cuyas obligaciones se encuentran sujetas a diferencias y la mediación las abarcó en cuanto la controversia se situó respecto a la aplicación del contrato. Reducir la mediación respecto de un contrato en términos tales que si no se trató específicamente un tema no se entendería mediado, es circunscribir artificialmente el conflicto y no darle al contrato el carácter de integridad que necesariamente debe considerarse. En la especie lo mediado son las diferencias respecto del contrato, todas ellas, tratadas o no específicamente.

Más allá de si las diferencias fueron tratadas en la mediación en forma específica, no puede desconocerse que esa mediación trató “*controversias*” de aquellas que “*surjen*” o se suscitan “*en relación al contrato*”, y, al igual que se dispone en el Certificado de Término, este árbitro estima que es suficiente para dar por cumplido la exigencia de la cláusula arbitral de que, en forma previa, se someta al procedimiento de mediación.

Sexto. Limitar la competencia reconvenional al tratamiento específico en el proceso de mediación de todo y cualquier asunto o tema que pueda llegar a tener el carácter de pretensión, sosteniendo la incompetencia del árbitro ante el cual se reconvenga respecto de materias atingentes pero no específicamente tratadas, implica una restricción al acceso a la jurisdicción arbitral que la ley no establece y, aún más, impide.

El artículo 111 del Código Orgánico de Tribunales señala: “*El tribunal que es competente para conocer de un asunto lo es igualmente para conocer de todas las incidencias que en él se promuevan. Lo es también para conocer de las cuestiones que se susciten por vía de reconvenión o de compensación, aunque el conocimiento de estas cuestiones, atendida su cuantía, hubiere de corresponder a un juez inferior si se entablaran por separado*”.

El tenor literal de la norma transcrita implica que si el tribunal es competente para conocer la cuestión principal, también es competente de las cuestiones que se susciten por la vía reconvenional, lo que permite concluir que, de establecerse requisitos para entender competente al tribunal para conocer la acción principal, al cumplirse estos requisitos, se confirma la competencia tanto para entablar la acción principal y la reconvenional. Los requisitos son, necesariamente, los mismos y se cumplen conjuntamente.

Séptimo. La competencia en materia arbitral está determinada por lo que han acordado las partes. Sin embargo, limitar la competencia respecto de una demanda reconvenional, por el solo hecho

de haber sido las circunstancias demandadas tratadas o no específicamente en un procedimiento de mediación, que abarcó genéricamente las diferencias del contrato, no es procedente a juicio de este Árbitro.

Resuelvo:

1. Se rechaza la excepción de incompetencia.
2. No se condena en costas a las partes por estimar que ha existido motivo para litigar.
3. Dese curso progresivo al juicio y déjese sin efecto la suspensión del procedimiento.

Resolviendo escrito de contestación de demanda reconvenicional y de réplica de demanda principal:

1. Téngase por contestada la demanda reconvenicional. Traslado para la réplica de la demanda reconvenicional.
2. Téngase por evacuado el trámite de la réplica de la demanda principal. Traslado para la dúplica de la demanda principal.