

C.A de Santiago

Santiago, veintidós de enero de dos mil veinticinco.

Por ingresado a mi despacho con esta fecha.

**Vistos:**

Comparece don Miguel Ángel Lara Pereira, abogado, en representación de “Cerro Dominador Spain Development SLU” (CD Spain), interponiendo el recurso especial contemplado en el artículo 16 de la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional (LACI), respecto del rechazo de su alegación de incompetencia del tribunal arbitral, en los autos caratulados “Sociedad Generadora Austral S.A. con Likana Solar SPA”, Rol Interno CAM-6081-2023.

Solicita la intervención de este tribunal unipersonal a fin de que se acoja su recurso especial y se declare que el juez árbitro es incompetente, ordenando su inhibición.

**Considerando:**

*I.- Antecedentes del recurso*

1º El arbitraje al que se alude tiene relación con una demanda de resolución de contrato e indemnización de perjuicios interpuesta por “Sociedad Generadora Austral S.A.” (SGA o demandante) contra “Likana Solar SpA” (Likana o demandada principal), contra la mencionada “CD Spain” y respecto de una tercera demandada.

La estipulación arbitral se inserta en un contrato de suministro eléctrico celebrado por SGA con Likana, convención que fue modificada el 15 de diciembre de 2022. A través de esa



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>



Código: GDXFXSXDJDJ

enmienda la actual recurrente, “CD Spain”, se constituyó en fiadora y codeudora solidaria de las obligaciones de “Likana”.

En el proceso arbitral respectivo “CD Spain” opuso las excepciones de incompetencia y de corrección del procedimiento.

La primera de ellas, esto es, la incompetencia, se sustentó en que no existe un acuerdo arbitral que la vincule con la demandante “SGA”, haciendo particular hincapié en que, para producir sus efectos, el arbitraje requiere del consentimiento expreso de las partes involucradas, lo que no se satisface en la especie, dado que “CD Spain” sólo se constituyó en fiadora y codeudora solidaria de la demandada principal Likana, sin que ello implique adscribirse a la cláusula arbitral del contrato celebrado entre “SGA” y “Likana”.

En cuanto a la corrección de procedimiento, como fundamento para ello “CD Spain” adujo que tiene el carácter de sociedad española en tanto que la actora SGA corresponde a una sociedad chilena, de lo que se sigue que el arbitraje debe considerarse comercial internacional, no nacional o interno, en virtud de lo dispuesto por la Ley N° 19.971;

**2º** Por resolución de 23 de septiembre de 2024 el juez árbitro desestimó las excepciones opuestas:

a) Respecto de la corrección del procedimiento, para su rechazo el juez consignó que en la referida modificación contractual “CD Spain” se obligó “*en los mismos términos y condiciones que Likana*”, añadiendo que dicho pacto se celebró



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>



Código: GDXFXSXDJDJ

en Santiago de Chile y que todos los comparecientes -incluida “CD Spain”- fijaron su domicilio dentro del territorio nacional. Así, estimó como “*clara la voluntad de las partes de fijar domicilio en Chile y someterse a la ley chilena para todos los efectos legales, y asimismo su voluntad -totalmente concordante con lo anterior- de pactar una cláusula compromisoria que sometió las controversias relativas a dicho contrato a arbitraje nacional*”.

b) En cuanto a la excepción de incompetencia, la misma también fue desestimada, señalándose por el juez que, en la modificación de contrato antes aludida, “CD Spain” no sólo consintió en constituirse en fiadora y codeudora solidaria de todas las obligaciones de Likana, sino que -además- se obligó a respetar y cumplir todas las disposiciones y estipulaciones del contrato, entre las que se encuentra la cláusula compromisoria;

#### *II.- Sobre el recurso deducido para ante este tribunal*

3º Como se dijo, contra el rechazo a la excepción de incompetencia “CD Spain” interpuso el recurso especial del 16 de la Ley Nº 19.971.

En primer lugar, refiere que es una sociedad constituida bajo las leyes de España, con establecimiento o casa matriz en Madrid. Añade que el hecho de que el tribunal arbitral hubiese rechazado la excepción de corrección del procedimiento no es obstáculo para emitir un pronunciamiento sobre la aplicación al caso de la 16 de la Ley 19.971. Afirma que la naturaleza del arbitraje en cuestión es de índole comercial internacional, en los términos que prevé el artículo 1º de la LACI.



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>



Código: GDXFXSXDJDJ

Enseguida, sostiene que el tribunal arbitral es incompetente porque no existe un acuerdo arbitral válido y vinculante entre “SGA” y “CD Spain”. Apunta que el mero hecho de haber suscrito la mentada modificación contractual no supone una extensión del acuerdo arbitral adoptado entre las partes principales, porque para ese fin se requiere su consentimiento expreso. Consecuentemente, “CD Spain” es un tercero extraño al compromiso celebrado, de manera que extender a su parte los efectos de la cláusula arbitral constituiría una infracción al artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, en el sentido que sólo puede ser juzgada por el tribunal legalmente pre establecido;

**4º** En lo inmediato, se hace pertinente subrayar que, con arreglo a lo previsto en el artículo 16 de la citada ley sobre Arbitraje Internacional, el tribunal arbitral se encuentra expresamente facultado por la ley para decidir acerca de su propia competencia y que, según se colige de lo previsto en esa misma regla legal, la intervención de este tribunal se circunscribe a la atribución conferida para resolver acerca de la cuestión previa de competencia que pueda ser promovida por alguna de las partes;

**5º** Cabe resaltar que la recurrente, “CD Spain”, no suscribió el contrato de suministro eléctrico celebrado entre “SGA” y “Likana” donde se contempló la cláusula arbitral. Sin embargo, forma parte de aquello que no está discutido el hecho que, por instrumento de 15 de diciembre de 2022, esas mismas



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: GDXFXSXDJDJ

partes modificaron el contrato original y por medio de su cláusula cuarta se constituyó una obligación solidaria por parte de “CD Spain” en los términos que se transcriben a continuación:

**“CUARTO: Obligación solidaria de CDSD.**

*Presente en este acto, CDSD, sociedad matriz de Likana, expone que:*

*a) se obliga, indistinta y solidariamente frente a SGA, a garantizar el cumplimiento de las obligaciones que para Likana, emanen del presente Contrato;*

*b) se constituye en fiador y codeudor solidario de todas y cada una de las obligaciones de Likana en virtud del Contrato, obligándose en los mismos términos y condiciones que Likana; y*

*c) acepta, desde ya, todas las prórrogas, renovaciones y eventuales modificaciones que las partes pudieren pactar respecto de cualquiera de las obligaciones contenidas en el Contrato;”*

**6º** No está de más enfatizar que, antes que la definición específica acerca de si se está en presencia de un arbitraje nacional o internacional, el asunto estriba en determinar si la recurrente “CD Spain” puede o no puede ser sometida a los efectos del arbitraje o, dicho de otra manera, si la estipulación compromisoria antes aludida puede producir a su respecto el efecto derogatorio de natural sumisión a la justicia ordinaria;

**7º** Lo que distingue y singulariza a la cláusula compromisoria es su carácter esencialmente convencional, de manera que la voluntad de las partes juega un rol determinante al tiempo de provocar el efecto de sustraer de la justicia ordinaria una materia en la que ésta se encuentra llamada a



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>



Código: GDXFXSXDJDJ

intervenir, de modo originario. En tal sentido, la Corte Suprema ha declarado que “*el origen del arbitraje es eminentemente contractual, lo que equivale a reconocer el carácter de libertad que conlleva a su establecimiento*” (Sentencia de casación de 08 de octubre de 2015, fundamento séptimo, Rol N° 31.071-2014), cualidad que remarca doctrina autorizada en la materia (V. gr. Patricio Aylwin Azócar, “El Juicio Arbitral”, pp. 27, 360 y 369, 7<sup>a</sup> Edición Actualizada, Editorial El Jurista, Santiago, 2023);

**8º** Sobre el particular cabe consignar que, precisamente asilada en la naturaleza contractual preponderante del arbitraje, en sentencia de 09 de febrero de 2024 la misma Corte Suprema ha razonado indicando que “*el acuerdo de arbitraje, por regla general, está informado por el principio de efecto relativo de los contratos, pues la jurisdicción del árbitro sólo alcanza a quienes han manifestado su voluntad expresa de ser parte del acuerdo. En dicho orden de ideas, el principio del efecto relativo del contrato o de la relatividad de su fuerza obligatoria, significa que los contratos sólo generan derechos y obligaciones para las partes contratantes que concurren a su celebración, sin beneficiar ni perjudicar a terceros. En consecuencia, prima facie, nadie puede ser arrastrado al arbitraje sin que haya manifestado libremente su voluntad de someter determinadas controversias a conocimiento de un juez árbitro.*” (Fundamento décimo, Rol N° 32.413).

Sigue a ello anotar que el autor ya citado pone en relieve el carácter independiente de la cláusula compromisoria precisando que “*la convención de arbitraje es un acto autónomo que tiene existencia y validez por sí mismo, independientemente de la relación jurídica que ocasiona el litigio que se somete a juicio de árbitros*” (Ob.



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: GDXFXSXDJDJ

bit., p. 261); en similar sentido se ha destacado la necesaria distinción o digresión que ha de hacerse entre el contrato o negocio sustantivo que celebran las partes y la cláusula compromisoria que este mismo puede considerar (Oscar Torres Zagal, “El Proceso Arbitral”, p. 58, Tirant Lo Blanch, 2<sup>a</sup> Edición, Valencia 2023).

Como corolario para lo que se viene refiriendo es del caso indicar que reafirma esa cualidad de autonomía lo previsto en el artículo 16 numeral 1 de la mencionada Ley N° 19.971, conforme al cual una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato “se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato.”, remarcándose a continuación que “La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.”;

**9º** A partir de esa premisa básica, esto es, la naturaleza primordialmente convencional del arbitraje es dable concluir -en primer término- que la competencia del juez árbitro abarca o comprende únicamente a las partes que suscriben el contrato y que acuerdan de un modo explícito o inequívoco someterse a la decisión de la justicia privada. Ahora bien, acerca de la posibilidad de hacer extensivo ese pacto de compromiso a la reclamante, tanto esa cualidad convencional preponderante como la entidad autónoma de la cláusula compromisoria llevan a sostener que la constitución de la fianza y solidaridad no es bastante para disponer que “CD Spain” tenga que ser conducida (“arrastrada” diría la C.S.) a un procedimiento arbitral. En efecto, el propósito inherente a una caución de esa



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>



Código: GDXFXSXDJDJ

clase, como su nombre lo indica, está en asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por un tercero, en otorgar aval y garantía personal respecto de las obligaciones previstas en el contrato correlativo (de suministro eléctrico). Sin embargo, lo indicado no implica de suyo una manifestación de voluntad en orden a renunciar al derecho a ser juzgado por los tribunales a quienes la Constitución y la Ley asignan primariamente la facultad de administrar justicia. Para ese fin se exige algo más que la mera aseveración de obligarse “*en los mismos términos y condiciones que Likana*”. Antes bien, habría sido necesaria una declaración de “CD Spain” en orden a adherir o hacer suya también la cláusula compromisoria o algún antecedente adicional que permitiera asentar su acuerdo de sometimiento al arbitraje;

**10°** No es posible excluir de plano la posibilidad de que un tercero o de que alguien interesado o favorecido con una estipulación contractual pueda verse alcanzado por los efectos de una cláusula compromisoria, pese a no ser signatario de la misma, como acontece -por ejemplo-, respecto de los sucesores a título universal. Desde esa óptica, no puede eludirse el hecho de que “CD Spain” reviste la calidad de empresa matriz con relación a la demandada principal. Empero, se debe anotar que no existen antecedentes de tratarse de una hipótesis de fraude o de mal uso de la personalidad jurídica; al ser así, la sola circunstancia de conformar ambas un grupo empresarial no resulta suficiente



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: GDXFXSXDJDJ

para esa aplicación extensiva. En efecto, aunque se haya dicho a propósito del arbitraje internacional, resulta atingente al caso referir que “*el mero hecho de pertenecer distintas sociedades a una estructura corporativa con propiedad compartida*” no autoriza para aplicarles indistintamente el acuerdo arbitral (“Aplicación del acuerdo arbitral a un tercero no signatario en el Derecho chileno: Realidad y perspectivas”, Elena Merminskaya, en *Estudios de Derecho Comercial*, III Jornadas Chilenas de Derecho Comercial, p. 353).

Por estas razones y con arreglo a lo previsto en el artículo 16 N°3 de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, **se acoge el recurso especial** deducido por “Cerro Dominador Spain Development SLU” (CD Spain). Por consiguiente, **se declara que el juez árbitro señor Tomás Menchaca Olivares carece de competencia** para conocer y seguir conociendo de la demanda interpuesta en contra de aquella por “Sociedad Generadora Austral S.A.” en los autos Rol CAM-6081-2023, debiendo inhibirse de tal conocimiento.

Certifíquese las razones que puedan explicar el retardo con el que este asunto fue ingresado a mi despacho.

Comuníquese y archívese.

**Rol N°17.411-2024.- (kom)**

Pronunciada por el señor presidente de esta Corte de Apelaciones de Santiago, ministro Omar Astudillo Contreras.



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>



Código: GDXFXSXDJDJ



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>



Código: GDXFXSXDJDJ

Proveído por el Señor Presidente de la Sala de Presidencia de la C.A. de Santiago.

En Santiago, a veintidos de enero de dos mil veinticinco, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>



Código: GDXFXSXDJDJ