

Santiago, cuatro de noviembre de dos mil veinticuatro.

VISTOS:

En causa Rol C-5272-2021, caratulada “Fosk con O’Brien Pacific Foods SpA”, juicio ejecutivo seguido ante el Vigésimo Tercer Juzgado Civil de Santiago, por resolución de primera instancia, se desestimó de plano y en todas sus partes un incidente de nulidad promovido por la ejecutada, particularmente una alegación de incompetencia del tribunal, con costas.

Aquella resolución fue objeto de un recurso de reposición -que fue rechazado- y de una apelación en subsidio, y de una apelación directa, y, en decisión de veintiséis de septiembre de dos mil veintitrés, la Corte de Apelaciones de Santiago, en lo referido al incidente de nulidad indicado, revocó aquella determinación, declarando la incompetencia del tribunal civil para conocer del cobro ejecutivo iniciado ante aquel.

En contra de esta sentencia, la parte ejecutante formuló un recurso de casación en el fondo.

Se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO.

PRIMERO: Que, en su recurso de casación en el fondo, la ejecutante acusó la infracción a los artículos 12, 1545, 1546 y 1560 del Código Civil, en relación con los artículos 227 y 228 del Código Orgánico de Tribunales; a los artículos 434, 437 y 530 del Código de Procedimiento Civil; y, a los artículos 108, 109 y 110 del Código Orgánico de Tribunales, en relación con los artículos 76 y 19 N° 3, inciso 5°, de la Constitución Política de la República.

Indicó que el fallo recurrido comete el grave yerro de desconocer absolutamente la forma en que la renuncia tácita de las ejecutadas quedó cristalizada de forma objetiva en los autos ejecutivos de primera instancia. La sentencia impugnada, agregó, aplica con voluntarismo una cláusula compromisoria desconociendo la clara intención de los contratantes que modificaron dicha cláusula al haberse recurrido ante la justicia ordinaria y haber actuado en este proceso la ejecutada renunciando tácitamente a aquella mediante más de 30 diligencias previas a la alegación de incompetencia absoluta.

Con esta decisión, continua el recurrente, la Corte de Apelaciones desconoce la competencia radicada ante la justicia ordinaria, lo que constituye una infracción a normas de orden público desde que las demandadas renunciaron a decidir la controversia en sede arbitral; en consecuencia, precisó, habiendo renunciado las demandadas a la competencia original del Juez Árbitro a través de actos y antecedentes explícitos que no significaron alegar en tiempo y forma la incompetencia del Juez Ordinario en lo Civil, quedó radicada la contienda en este



último, con los efectos propios de las normas de los artículos 109 y 110 del Código Orgánico de Tribunales.

Finalmente, señaló el recurrente que la ejecución forzada de una obligación incumplida por uno de los socios, a través de un procedimiento ejecutivo, no es una materia que esté comprendida ni en la cláusula compromisoria, ni menos en aquellas materias que la ley ordena perentoriamente sean reputadas de arbitraje forzoso, sino que forma parte de aquellas facultades que la Constitución Política ha conferido de modo perentorio en favor de los Tribunales Ordinarios de Justicia que integran el Poder Judicial, cuyo es el caso evidente del Juez *a quo* de estos autos.

SEGUNDO: Que, constan en la causa, lo siguientes antecedentes:

1°.- La resolución recurrida incide en la tramitación de un juicio ejecutivo iniciado el 14 de junio de 2021, en el cual don Moises Fosk Abrahamson, por sí y en representación de Inversiones Everex SpA, dedujo, en lo principal, demanda en juicio ejecutivo de obligación de hacer, y en un otrosí, otra de dar, en contra de don Cristian Santiago Pérez O'Brien, por si y en contra de O'Brien Pacific Foods SpA, y de Inversiones Inmobiliarias Xpress Limitada, representadas por aquel mismo, invocando como título ejecutivo una escritura pública de 23 de diciembre de 2020, en la que consta una transacción suscrita por las partes y por la que los ejecutados se obligaron a obtener, dentro del plazo máximo de 90 días a contar de esa fecha, que los arrendadores de diferentes locales comerciales liberaran al ejecutante de su calidad de aval, fiador y codeudor solidario de las deudas, créditos y de cualquiera otra obligación que tienen en el presente y futuro para con dichas arrendadores las sociedades Danés SpA y Baga SpA., lo que debía cumplirse al 23 de marzo de 2021, y que frente al incumplimiento de la citada obligación, se debía pagar una multa de equivalente en pesos a 10 UF por cada día de atraso en la liberación de la totalidad de los avales de Moisés Fosk respecto de cada uno de los contratos de arrendamiento.

Los ejecutados, precisó, no cumplieron la obligación de liberación en el plazo establecido, y consecuentemente, incurrieron en la multa contenida en la escritura pública de transacción, y siendo ambas obligaciones líquidas y actualmente exigibles, pidió despachar mandamiento de ejecución y embargo por ambas obligaciones.

2°.- La demanda se notificó con fecha 06 de agosto de 2021 a Cristian Santiago Pérez O'brien, por sí y en representación de las ejecutadas, de conformidad con el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil.

3°.- El 25 de septiembre de 2021, el ejecutado interpuso un incidente de nulidad de lo obrado, solicitando la suspensión del procedimiento, objetando la tasación, reservándose acciones civiles y penales y constituyendo patrocinio y



poder. En lo relativo al incidente de nulidad se le dio traslado a la ejecutante por resolución de 7 de octubre de 2021.

4.- Luego, en presentación de 25 de noviembre de 2021, el ejecutado interpuso un incidente de nulidad de todo lo obrado indicando que existe incompetencia absoluta del tribunal para conocer estos autos, expresando que el contrato de transacción invocado por el ejecutante como título contiene en su cláusula 14, una cláusula de arbitraje que somete a esa justicia *“cualquier diferencia, desacuerdo, conflicto, controversia, cuestión o dificultad que pueda surgir entre las partes respecto a la validez, nulidad, resolución, interpretación, extensión, aplicación o incumplimiento de ese acuerdo o por cualquier otra causa que se relacione directa o indirectamente con el mismo, o respecto de cualquier materia que cualquiera de las partes levante a ese respecto.*

Agregó que la citada cláusula expresa además que: *“Sin perjuicio de lo anterior, las acciones judiciales de cobro de saldo de precio que se derivan de la cláusula cuarta podrán ser ejercidas por Everx SpA en contra de Cristian Pérez O’Brien, O’Brien Pacific Foods SpA o Inversiones Xpres Limitada indistintamente ante la justicia ordinaria o ante el árbitro anteriormente indicado.*

Señaló que lo pedido en la demanda ejecutiva no se refiere a la excepción indicada, ya que las obligaciones invocadas están contenidas en la cláusula séptima del contrato referida al pago de multas en el caso que la ejecutada no cumpla con las obligaciones contenidas en los numerales siete (restitución de cheques) y nueve (liberación de garantías) de la cláusula cuarta, y no en aquello referido a las prestaciones mutuas que sí facultaba para recurrir a la justicia ordinaria.

Fundó su incidente en los artículos 82, 83 y 84 del Código de Procedimiento Civil precisando que, respecto de la incompetencia absoluta, no existe plazo para su interposición, y puede solicitarse en cualquier momento.

Pidió así la nulidad procesal de lo obrado en la causa, con costas.

5°.- En resolución de dos de diciembre de dos mil veintidós, el tribunal de primera instancia rechazó de plano la última incidencia formulada. La ejecutada interpuso un recurso de reposición en contra de la indicada decisión, con apelación en subsidio y una apelación directa, desestimándose el primero, concediéndose el segundo.

TERCERO: Que, en sentencia de veintiséis de septiembre de dos mil veintitrés, la Corte de Apelaciones de Santiago, resolvió diversos recursos acumulados conforme lo señalado en el artículo 66 del Código Orgánico de Tribunales, y en el referido al presente arbitrio de nulidad sustancial, revocó la



resolución apelada y declaró la incompetencia del tribunal para conocer de estos antecedentes.

En sus fundamentos expresó que la transacción acordada en escritura pública de fecha 23 de diciembre de 2020, que constituye el título ejecutivo esgrimido en la causa, se pactó en la disposición decimocuarta una cláusula compromisoria, con la finalidad de someter al conocimiento y resolución de un juez árbitro.

Refirió que la competencia absoluta y su concepto, señalando que sus normas son de orden público, irrenunciables para las partes y obligatorias para el juez, pudiendo incluso éste actuar de oficio.

Sobre la acción deducida, luego de sintetizar las peticiones del ejecutante en relación a la naturaleza de las obligaciones cuyo cumplimiento compulsivo ha solicitado, expresó que a la luz de lo convenido en la cláusula señalada evidentemente resulta absolutamente incompetente la justicia ordinaria para conocer de las acciones ejercidas por haber las partes sustraído expresamente de su esfera de conocimiento cualquier controversia que se suscitara entre ellas con ocasión de la suscripción del contrato de transacción que da pábulos a las pretensiones del actor.

CUARTO: Que, entrando en análisis de las infracciones legales acusadas en el recurso de nulidad sustancial, corresponde precisar que, como se asentó en la sentencia recurrida que las partes, en escritura pública de 23 de diciembre de 2020, establecieron en su cláusula decimocuarta una cláusula compromisoria para someter a la justicia arbitral *“cualquier controversia, cuestión o dificultad que pueda surgir entre las partes respecto a la validez, nulidad, resolución, interpretación, extensión, aplicación o incumplimiento de este documento o por cualquier otra causa que se relacione directa o indirectamente con el mismo, o con respecto a cualquier otra materia que cualquiera de las partes levante a este respecto...”*, disposición que la Corte de Apelaciones estimó de orden público conforme la naturaleza de las obligaciones que sustentaron la ejecución.

QUINTO: Que, sin embargo, esta Corte ha sostenido que la falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios no es de orden público, ello lógicamente salvo en los casos de arbitraje forzoso, de modo tal que en las situaciones de arbitraje voluntario, como el de la especie, la cláusula compromisoria puede ser renunciada por las partes. (Corte Suprema Rol 8205-2013 y Rol 25.714-2014)

En este sentido, don Patricio Aylwin Azocar en su obra “El Juicio Arbitral” (Quinta edición actualizada y complementada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005), sostiene que la cláusula compromisoria termina, por mutuo acuerdo de las partes para dejarla sin efecto, el que puede tomar diversas formas, entre las cuales



indica, renunciar a la cláusula compromisoria sometiendo la decisión de un asunto comprometido en ella a los jueces ordinarios.

Ahora bien, dicha renuncia puede ser expresa o tácita, en virtud del principio contenido en el artículo 1545 del Código Civil, por el cual un contrato puede ser invalidado por el mutuo consentimiento de las partes.

Al respecto conviene recordar que el consentimiento en los actos jurídicos bilaterales requiere de la concurrencia de dos actos sucesivos: la oferta y la aceptación. Y en cuanto a esta última, la doctrina nos enseña que puede ser *expresa*, cuando se contiene en una declaración en la cual el destinatario de la propuesta manifiesta en términos explícitos y directos su conformidad con ella o *tácita*, que es aquella que se desprende de un comportamiento que revela inequívocamente la aquiescencia o asentamiento de la oferta (Víctor Vial del Río, Teoría General del Acto Jurídico, Quinta edición actualizada y aumentada. Editorial Jurídica de Chile, 2014, pp. 66-67).

SEXTO: Que, en consecuencia, para determinar si se ajusta a derecho la decisión de los jueces del fondo de acoger la excepción de incompetencia del tribunal ordinario basada en la existencia de la cláusula compromisoria, resulta esencial determinar si al momento de ser alegada se encontraba renunciada o no la referida estipulación arbitral.

En la especie, es un dato de la causa que la excepción de incompetencia se dedujo por el ejecutado, como modalidad de nulidad de lo obrado, mediante presentación de 25 de noviembre de 2022, habiendo comparecido el 25 de septiembre de ese mismo año oponiendo también un incidente de nulidad de todo lo obrado por deficiencias en la notificación de la demanda, acompañando documentos, formulando como petición subsidiaria una objeción a la tasación del inmueble embargado para los efectos de su remate, reservándose diversas acciones, y designando mandatarios y abogados patrocinantes.

De este modo, resulta evidente que el ejecutado renunció de manera tácita a la cláusula compromisoria, pues intervino en el proceso de la forma ya referida sin discutir la competencia del tribunal ordinario, generándose así el mutuo consentimiento de las partes en torno a invalidar el negocio arbitral y ratificar el conocimiento del asunto en la justicia ordinaria como ya había sido iniciado.

A este respecto es del caso señalar que el origen del arbitraje es eminentemente contractual, lo que equivale a reconocer el carácter de libertad que conlleva su establecimiento, cuestión que si bien presenta limitaciones en el caso de las materias sometidas a arbitraje forzoso (artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales), como también en los casos de arbitrajes ya constituidos (artículo 240 N° 1 del citado código), ninguna de dichas restricciones se da en la especie, desde



que no estamos frente a una materia de conocimiento obligatorio por parte de un árbitro y los litigantes no han designado a un árbitro conforme a lo convenido en la cláusula compromisoria.

SÉPTIMO: Que, por otra parte, la presente causa corresponde a un juicio ejecutivo, donde la ejecutante impetra el cumplimiento compulsivo de obligaciones emanadas de una escritura pública suscrita por las partes, y considerando la naturaleza de este procedimiento, es una vía compulsiva o de apremio donde todas las actuaciones se orientan a la realización de bienes para los efectos de cumplir la obligación indicada en el título.

El imperio, potestad de la que están investidos los tribunales ordinarios y especiales que integran el Poder Judicial, constituye una atribución que importa el uso del poder coercitivo del Estado cuando ello es requerido en forma legal; sin embargo, los jueces árbitros, no obstante ejercer jurisdicción para conocer y juzgar las controversias que se han sometido a su conocimiento, en forma análoga a la de los tribunales ordinarios, no han sido investidos de la fuerza coercitiva propia de la jurisdicción ordinaria para hacer cumplir lo resuelto, de lo que deriva la imposibilidad de ordenar por sí y ante sí el empleo del poder público para hacer ejecutar lo decidido.

En el contexto que se ha planteado la discusión y centrada ésta en la naturaleza del juicio impetrado en estos autos, cuyo objeto es el cumplimiento compulsivo de una obligación que consta en un título ejecutivo perfecto -escritura pública- y que busca procurar al titular del derecho la satisfacción sin o contra la voluntad del obligado, resulta evidente que tal controversia no ha podido ser sometida al conocimiento de un juez árbitro, desde que éste carece del imperio que se requiere en este tipo de procedimientos en que, desde su comienzo, las actuaciones se encuentran dirigidas a obtener la realización de bienes para los efectos de cumplir con la obligación contenida en el título ejecutivo". (Roles Corte Suprema N° 8.694-2010 y N° 34.659-2017).

OCTAVO: Que lo señalado deja en evidencia la incorrecta interpretación y aplicación que los sentenciadores han hecho de las normas denunciadas como infringidas, yerros que han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, ya que determinaron que se acogiera la excepción de incompetencia deducida, misma que, en rigor, debió ser desestimada, razón suficiente por la que el recurso intentado deberá ser acogido.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo que disponen los artículos 764, 767 y 785 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación de fondo deducido por los abogados Germán Pfeffer Urquiaga y Manuel José Navarrete Jara, en representación de la ejecutante, en contra de la



sentencia de veintiséis de septiembre de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, **la que se invalida solo en cuanto se pronuncia respecto del ingreso Rol Corte N° 18.139-2022**, manteniéndose en lo demás, y se reemplaza, en lo anulado, por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.

Se previene que el abogado integrante Sr. Ferrada no comparte el fundamento séptimo antes anotado.

Regístrese.

Redacción a cargo del abogado integrante Sr. Carlos Urquieta Salazar y la prevención, su autor.

Rol N° 239.782-2023

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Juan Eduardo Fuentes B., señor Arturo Prado P., señora María Angélica Repetto G., y los Abogados integrantes señor Juan Carlos Ferrada B. y señor Carlos Urquieta S.

No obstante, haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, no firma el Ministro señor Fuentes B., por haber cesado sus funciones y el Ministro señor Prado, por estar en comisión de servicio.

MARIA ANGELICA CECILIA REPETTO
GARCIA
MINISTRA
Fecha: 04/11/2024 12:44:00

JUAN CARLOS FERRADA BORQUEZ
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 04/11/2024 12:44:00

CARLOS ANTONIO URQUIETA
SALAZAR
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 04/11/2024 12:44:01



En Santiago, a cuatro de noviembre de dos mil veinticuatro, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.



Santiago, cuatro de noviembre de dos mil veinticuatro.

En cumplimiento a lo resuelto y atendido lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se procede a dictar la sentencia de reemplazo que corresponde conforme a la ley.

Vistos y teniendo presente:

Lo expuesto en los motivos cuarto a séptimo del fallo de casación que antecede, los que se tienen por reproducidos, y considerando que si bien las partes acordaron someter las divergencias ocurridas a propósito de lo acordado en escritura pública de 23 de diciembre de 2020 a un juez árbitro, las actuaciones desplegadas por el ejecutado en la causa importaron una aquiescencia a que el asunto se sometiera a la justicia ordinaria, precluyendo su derecho a formular la incompetencia del tribunal planteado con posterioridad a la comparecencia al proceso, motivo por el cual la excepción de incompetencia del tribunal deducida por la parte ejecutada debe ser desestimada.

Por estas consideraciones y atendido, además, lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se confirma** la resolución apelada de dos de diciembre de dos mil veintidós, que se pronunció sobre la presentación de folio 27 de la carpeta electrónica de primera instancia.

Se previene que el abogado integrante Sr. Ferrada no comparte el fundamento séptimo de la sentencia de casación que se reproduce en la presente resolución.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del abogado integrante Sr. Carlos Urquieta Salazar, y la prevención, su autor.

Rol N° 239.782-2023

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Juan Eduardo Fuentes B., señor Arturo Prado P., señora María Angélica Repetto G., y los Abogados integrantes señor Juan Carlos Ferrada B. y señor Carlos Urquieta S. No obstante, haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, no firma el Ministro señor Fuentes B., por haber cesado sus funciones y el Ministro señor Prado, por estar en comisión de servicio.

MARIA ANGELICA CECILIA REPETTO
GARCIA
MINISTRA
Fecha: 04/11/2024 12:44:04

JUAN CARLOS FERRADA BORQUEZ
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 04/11/2024 12:44:04



CARLOS ANTONIO URQUIETA
SALAZAR
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 04/11/2024 12:44:05



En Santiago, a cuatro de noviembre de dos mil veinticuatro, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

