



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LAS SENTENCIAS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL CHILENO

EDUARDO ANDRES PAILLALEF PICHIHUECHE

Memoria para optar al grado académico de licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Profesor Guía: Horacio Infante Caffi .

SANTIAGO DE CHILE

MARZO 2018

ÍNDICE

INDICE	1
INTRODUCCIÓN	5
RESUMEN	7
CAPÍTULO I. CONCEPTO DE EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LAS SENTENCIAS	9
CAPÍTULO II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LAS SENTENCIAS	15
a) Como Medida Cautelar	15
b) Como Tutela Anticipada	20
c) Como Institución Ejecutiva	21
d) Naturaleza Jurídica en el PCPC	22
CAPÍTULO III. ELEMENTOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LAS SENTENCIAS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL CHILENO	27
a) Debe existir sentencia definitiva condenatoria	27
b) Omisión de caución	41
c) Solicitud de parte	43
d) Regulado por las normas del procedimiento Ejecutivo	44
CAPÍTULO IV. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN PROVISIONAL	47
a) Legitimación activa	47
b) ¿ Quién conoce de la Ejecución Provisional?	48
c) Oportunidad	52

d) Resolución ante solicitud de ejecución provisional: el rol del juez ante la solicitud de ejecución provisional en el PCPC.	53
	58
e) La Oposición	
e.i) Causales Absolutas de oposición a la ejecución provisional	58
e.i.a) Que la sentencia no admita ejecución provisional (ART. 238 N°1)	58
e.i.b) Ejecución Provisional de sentencias que condenen a una obligación de hacer, no hacer o de mera entrega, que haga imposible o muy difícil restablecer el estado anterior al cumplimiento provisional en caso de que la sentencia condenatoria sea revocada o modificada. (ART. 238 N°2 párrafo primero del Proyecto).	59
e.i.c) Las causales de oposición establecidas en el juicio ejecutivo.	63
e.ii) Causales específicas o concretas de oposición a la Ejecución Provisional.	64
e.iii) Efectos de la resolución que resuelve la oposición	69
e.iv) Recursos que proceden respecto a la resolución que se pronuncia sobre la oposición de la Ejecución Provisional.	71
CAPÍTULO V. EFECTOS DE LA CONFIRMACIÓN O REVOCACIÓN DE LA SENTENCIA CONDENATORIA EJECUTADA PROVISIONALMENTE	73
a) La sentencia condenatoria es confirmada	73
b) La sentencia condenatoria es revocada	74
CAPITULO VI. EFECTO DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS	81
a) Tutela Judicial efectiva	81
b) Fortalecimiento de la primera instancia	85
c) Permite restablecer el propósito d la interposición de recursos.	87
d) Adecuación de la norma a la realidad	93

CAPITULO VII. CRITICAS A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL	97
a) Naturaleza jurídica de las resoluciones provisionalmente ejecutables	97
b) La no existencia de caución y la igualdad de las partes en el proceso	99
c) El Problema constitucional de la Ejecución Provisional: Derecho a recurso versus derecho a la ejecución	104
d) La Ejecución Provisional de la sentencia y los efectos con que se pueden conceder los recursos en el Nuevo Código Procesal Civil. La orden de no innovar.	109
e) El derecho a indemnización del Ejecutado ante la revocación de la sentencia condenatoria ejecutada provisionalmente.	114
CONCLUSIONES	119
BIBLIOGRAFIA	125

INTRODUCCIÓN

La Ejecución Provisional de las sentencias definitivas de condena es una de las principales novedades que incorpora el Proyecto de Código Procesal Civil chileno (PCPC). Nace y se fundamenta en el excesivo tiempo que tarda la completa satisfacción de la parte vencedora en un proceso civil, toda vez que no sólo se debe tener en cuenta el tiempo que demora el procedimiento propiamente tal, sino también su fase de ejecución, lo cual en muchas oportunidad se convierte en una excesiva carga económica y temporal para quien ya obtuvo un pronunciamiento favorable en primera instancia. Por otro lado, las estadísticas señalan que la gran mayoría de las sentencias condenatorias de primera instancia, son confirmadas en segunda, por lo que tendría sentido elevar dicha sentencia a la calidad de título ejecutivo perfecto para iniciar un procedimiento de apremio, ante la falta de cumplimiento voluntario.

Dada la importancia que implica que las sentencias dictadas en primera instancia tendrán merito ejecutivo inmediato, parece importante estudiar dicha institución, teniendo a la vista la experiencia comparada entregada, especialmente, por la legislación española (modelo en materia de Ejecución Provisional para nuestro proyecto), lo que nos permitirá acercarnos a ella y estar atentos a sus posibles efectos en nuestro ordenamiento jurídico procesal, ya sea que se apruebe su incorporación con la presente reforma o se tenga en consideración en un futuro, de esto trata el presente trabajo.

En primer lugar, nos acercamos a una definición de Ejecución Provisional. En segundo lugar, determinamos la naturaleza jurídica de dicha institución. En tercer lugar, se señalan los elementos de la Ejecución Provisional, en relación a como se encuentra regulada en el Proyecto de Código Procesal Civil Chileno. Luego, en cuarto lugar, indicamos la regulación de la Ejecución Provisional en el proyecto, indicando el procedimiento para acceder a ella, la posibilidad de oposición y sus efectos, y las alternativas que surgen ante la revocación o confirmación de la sentencia ejecutada provisionalmente. Finalmente, en quinto lugar, señalamos las

ventajas y críticas que se han hecho a la institución en estudio por la doctrina, tanto nacional como extranjera, especialmente la española.

RESUMEN

Una de las principales críticas que se hacen al derecho procesal civil chileno dice relación con el excesivo tiempo que lleva para las partes la resolución de un conflicto de relevancia jurídica. En especial al excesivo tiempo que le lleva a la parte vencedora dentro del proceso civil, toda vez que no sólo debe contemplar el tiempo para conseguir la sentencia condenatoria a su favor, si no también la fase de ejecución de la misma, asumiendo una carga de tiempo y económica muchas veces excesivas, no pudiendo acceder a una tutela judicial efectiva. Una de las instituciones que vendría a solucionar de cierta manera dicha situación, sería la Ejecución Provisional de las sentencias condenatorias, la cual se encuentra contemplada dentro del Proyecto de Código Procesal Civil chileno. El presente trabajo tiene por finalidad analizar dicha institución desde su concepto, pasando por su naturaleza jurídica, procedimiento, hasta las ventajas y críticas de la aplicación de ésta en nuestra legislación procesal, permitiéndonos determinar en que contexto y bajo que criterios se podría llegar a aplicar en Chile, teniendo en consideración la forma en que se regula en el proyecto, como también teniendo a la vista la doctrina comparada, especialmente, la legislación procesal española, modelo de la regulación que se pretende adoptar. Concluyendo que la Ejecución Provisional de las sentencias condenatorias, sería un instrumento idóneo, ya sea en este proyecto o para futuras modificaciones procesales, para acelerar el proceso en su etapa de ejecución trasladando la carga de soportar el factor tiempo al ejecutado. No obstante lo anterior, sólo tendremos certeza del mayor o menor éxito de la Ejecución Provisional sólo una vez que se comience aplicar dicha normativa por parte de jueces y abogados, encontrando en dicha aplicación los verdaderos límites a dicha institución.

CAPITULO I. CONCEPTO DE EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LAS SENTENCIAS.-

El PCPC regula la Ejecución Provisional de las Sentencias en el Capítulo Cuarto de la Ejecución de las Resoluciones Judiciales, Párrafo Primero de Las Resoluciones Judiciales Pronunciadas por los Tribunales Chilenos, Subpárrafo Segundo, entre los artículos 234 a 241. En dichos artículos, el legislador no señala un concepto de Ejecución Provisional, sino que se dedica a indicar características y requisitos para que proceda aquella.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil Español, modelo que toma en consideración el proyecto chileno, tampoco define la Ejecución Provisional. No obstante, podemos encontrar variadas definiciones doctrinales.

Un primer acercamiento al concepto de Ejecución Provisional lo encontramos en el mensaje del mismo Proyecto, en su punto 6 letra a), sobre el “Fortalecimiento de la sentencia y rol del juez del primer grado jurisdiccional. La Ejecución Provisional”, que en su párrafo primero define esta institución como *“la posibilidad de solicitar, sin necesidad de rendir caución, el cumplimiento y ejecución inmediata de las sentencias de condena, aun cuando existan recursos pendientes en su contra”*. La definición entregada por el mensaje, nos ayuda a acercarnos la institución en estudio, toda vez que señala las características más importantes de ésta.

A continuación, dentro de la doctrina nacional, Claudio Meneses Pacheco define la Ejecución Provisional como *“la posibilidad de obtener el cumplimiento compulsivo de una sentencia judicial condenatoria que aún no adquiere firmeza y que está o puede estar sometida a recursos procesales”*.¹ La presente definición, centra su atención en el tipo de sentencia susceptible de Ejecución Provisional: una sentencia condenatoria que no se encuentra firme o ejecutoriada. Y agrega algo interesante, habla de

¹ MENESES PACHECO, CLAUDIO. (2009) “La ejecución provisional en el proceso civil chileno”. Revista Chilena de Derecho. Vol. 36 n°1. Pág. 22.

obtener el cumplimiento compulsivo de lo resuelto, lo que es propio de los procedimientos ejecutivos, dándole dicha naturaleza jurídica.

El profesor Alejandro Romero Seguel, señala que es la posibilidad de *“cumplir los efectos de la sentencia como si ella estuviera firme, permitiendo que el actor pueda empezar a gozar del contenido total de la pretensión admitida en la sentencia, aunque exista un recurso pendiente”*².

El autor español Manuel Ortells Ramos la define como *“el proceso de ejecución por el que el órgano jurisdiccional realiza una serie de actividades, para acomodar la realidad exterior a lo establecido en el título ejecutivo – una resolución sobre el fondo carente de firmeza- con incidencia en la esfera jurídica y patrimonial de quien venga obligado por el título, quedando supeditada la permanencia de dicha actividad ejecutiva a lo que resulte del recurso interpuesto contra la resolución definitiva.”*³

El Profesor Eduardo Oteiza, señala que la ejecución provisional es *“el derecho de una parte para promover una ejecución para hacer cumplir lo ordenado en una decisión que puede ser alterada en la etapa de revisión.”*⁴

De manera más simple, Osvaldo A. Gozaini la define como *“la facultad que tiene la parte de requerir el cumplimiento de una sentencia condenatoria que aún no se encuentra firme”*⁵

² ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO. 2006. Curso de Derecho Procesal Civil. La acción y la protección de los derechos. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, página 42.

³ ORTELLS RAMOS, MANUEL. 2005. Derecho Procesal Civil. Navarra 6ª edición p.896. En SILVA ÁLVAREZ, ÓSCAR. 2008. La Ejecución Provisional de las Sentencias. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXI. P. 372.

⁴ OTEIZA, EDUARDO Y SIMÓN LUIS MARÍA.(2008) “La ejecución provisional de la sentencia civil”.XXI Jornada Iberoamericanas de Derecho Procesal. Lima, Fondo Editorial.Universidad de Lima. Colecciones Encuentro, Primera Edición. P. 525

⁵ GOZAINI, OSVALDO (1998) La ejecución provisional en el proceso civil. Revista Peruana de Derecho Procesal: P. 81. En Ejecución Provisional de la Sentencia. Informe Elaborado para la Comisión Permanente de Constitución, Legislación y Justicia, de la Cámara de Diputados en el marco de la discusión del Proyecto de Ley que Establece el nuevo Código Procesal Civil. Boletín 8197-07 en Primer Trámite. 22/08/2012.

Ricardo Sánchez Sánchez, la define como una “*institución procesal especial de naturaleza ejecutiva que permite la ejecución de resoluciones judiciales que no han adquirido firmeza pretendiendo evitar las consecuencias de la dilatada duración de un proceso o la utilización abusiva de recursos*”.⁶

Como podemos apreciar en las definiciones antes citadas, palabras más, palabras menos, existe algo común en todas ellas y que es una de las características más importantes de esta institución: la posibilidad de ejecutar una sentencia que no se encuentra firme o ejecutoriada, es decir, aquella que aún se encuentra susceptible a la interposición o resolución de recursos procesales.

Lo anterior nos lleva a preguntar ¿Qué es lo provisional: la sentencia que sirve como título ejecutivo o la ejecución misma?. En doctrina ha existido cierta controversia respecto al término provisional que se utiliza para definir a este tipo de ejecución, toda vez que difícilmente podemos catalogar de provisorio actos u hechos que alteran la realidad física como lo son las medidas de apremio y que son propias del juicio ejecutivo, como por ejemplo el embargo, en contra de la parte que es condenada. Es por ello que parte de la doctrina estima que la mejor denominación que se puede hacer de esta institución es la de ejecución inmediata.⁷

No obstante lo anterior, me parece que dicha controversia no es tal. En efecto, lo provisorio de este tipo de ejecución no dice relación con la ejecución propiamente tal, sino con el título que sirve de fundamento a ello, toda vez que la sentencia condenatoria –el título- aún puede ser modificada o revocada, pues existen eventuales recursos pendientes, por lo que queda condicionada al resultado de estos. Eduardo Oteiza señala que es la “*mutalidad de la sentencia por ejecutar lo que*

6 SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Ricardo: “Ejecución provisional”, Diccionario Jurídico, Espasa. (2001) Barcelona, Editorial S.L.U. ESPASA LIBROS. Citado por FIERRO ROFRIGUEZ, Diego “La Ejecución Provisional de los Autos”.(2014) [en línea] < <https://porticolegal.eleconomista.es/articulos/455.pdf>> [fecha de consulta 10 de abril de 2018]

⁷ En este sentido MARIONI, Luiz Guilherme, en “A execucao “provisória” da sentença, A Segunda etapa da reforma procesal civil (São Paulo, 2001. P 20. Citado por SILVA ÁLVAREZ, ÓSCAR. 2008. La Ejecución Provisional de las Sentencias. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXI. P. 372.

vuelve provisoria la ejecución, pues en caso de que luego se revise lo decidido, como consecuencia de la resolución de los recursos, sucederá que total o parcialmente habrá que volver las cosas al estado anterior de la ejecución, para adecuarlas a la cosa juzgada sobrevenida".⁸

Por otro lado, lo inmediato tiene que ver con que la sentencia produce sus efectos propios inmediatamente, no siendo necesario que se encuentre firme o ejecutoriada.

Por tanto, la ejecución no es provisoria, sino la sentencia. En efecto, la sentencia ejecutada provisionalmente se encuentra condicionada a posibles cambios, no así la ejecución misma, que se encuentra destinada a satisfacer su finalidad, que es el cumplimiento de la sentencia condenatoria dictada por el tribunal de primera instancia. Entonces, y como bien dice Oscar Álvarez Silva, *"la ejecución provisional de las sentencias es una figura demostrativa de la distinción nítida que existe entre la eficacia de la sentencia y la autoridad de cosa juzgada"*⁹, toda vez que no es necesario que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada para que sea eficaz.¹⁰ La misma opinión tiene el profesor Ramos Méndez quien dice: *"en la ejecución provisional de las sentencias de condena, las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades procesales que en la ordinaria. En cualquier caso, dice, lo provisional sería el título que puede ser revocado por una decisión posterior, no la ejecución, que no se distingue de la ordinaria"*.¹¹

Otro de los rasgos distintivos de la mayoría de los conceptos señalados, es que entienden la Ejecución Provisional como una institución que tiene una naturaleza jurídica ejecutiva. Las menos, la entienden como una especie de medida cautelar,

⁸ OTEIZA, Eduardo y SIMÓN Luis María.(2008) "La ejecución provisional de la sentencia civil". XXI Jornada Iberoamericanas de Derecho Procesal. Lima, Fondo Editorial.Universidad de Lima. Colecciones Encuentro, Primera Edición. P.525

⁹ SILVA ALVAREZ, Oscar (2008) "La ejecución provisional de las sentencias". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI. Valparaíso. Pág. 374.

¹⁰ Por ejemplo, el recurso de apelación otorgado con efecto suspensivo. El efecto suspensivo, dice relación con que la sentencia apelada, sin necesidad de que se encuentre ejecutoriada podría tener efectos inmediatos.

¹¹ Citado en: DE LA FUENTE HERNÁNDEZ, Nancy, "La ejecución provisional en el PCPC". 2012. Cuadernos de Extensión Jurídica /(U. De Los Andes) N°23: Pág. 220.

como por ejemplo, la definición dada por el profesor (Ricardo Sánchez Sánchez).
Posiciones doctrinales que estudiaremos a continuación en el siguiente capítulo.

En este trabajo se definirá la Ejecución Provisional como el derecho que tiene la parte vencedora de solicitar la ejecución inmediata de una sentencia condenatoria, sin previa caución, aun cuando dicha sentencia no se encuentre firme o ejecutoriada.

CAPITULO II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LAS SENTENCIAS.-

La doctrina se ha dividido en tres tendencias a la hora de determinar la naturaleza jurídica de la Ejecución Provisional.

Por un lado, algunos entienden esta institución como propia de la ejecución.

Otros señalan que se trataría a una institución cercana a las medidas cautelares.

Y por último, algunos señalan que sería una tutela anticipada.

La importancia de determinar su naturaleza jurídica radica en que muchas de las legislaciones que adoptan la Ejecución Provisional no la regulan de manera detallada, por lo que surgen dudas acerca de los límites a los cuales se encuentra sometida. Y, por otro lado, en el caso que existan normas específicas que regulen esta institución, ayuda a la comprensión, interpretación e integración de sus normas.

a) COMO MEDIDA CAUTELAR

Las medidas cautelares son aquellas actuaciones judiciales que tienen por objeto asegurar el resultado del juicio garantizando, el cumplimiento de una eventual sentencia favorable o evitando los perjuicios irreparables que pueden producirse por el retardo en la dictación de dicha sentencia. Constituyen una especie de acción cautelar y se caracterizan por ser esencialmente provisionales y temporales. Es decir, son susceptibles de modificación de acuerdo al cambio de circunstancias que fundamentaron la dictación de la medida cautelar y duran un periodo de tiempo determinado, no teniendo efectos permanentes.

Luego, existen dos elementos distintivos de las medidas cautelares propios de las acciones cautelares: 1) La verosimilitud de derechos o “*fumus boni iuris*” y 2) El peligro en la demora en la ejecución o “*periculum in mora*”.

Uno de los puntos donde podemos encontrar conexión entre la Ejecución Provisional y las medidas cautelares dice relación con su provisionalidad. No obstante, y como señalamos en el capítulo anterior, dicha provisionalidad en la Ejecución Provisional no dice relación con la ejecución, sino que con la sentencia que le sirve de antecedente. El efecto de la Ejecución Provisional es definitivo, se ejecuta la sentencia en contra del litigante perdedor. De esta manera la Ejecución Provisional tiene una función más bien satisfactiva, siendo idéntica a la de la ejecución definitiva, pero bajo la condición de que se confirme la sentencia condenatoria no ejecutoriada. En cambio, las medidas cautelares sirven de instrumento para asegurar el resultado del juicio, sometidas a la condición de que no cambien las circunstancias que fundamentaron aquellas, no existiendo un pronunciamiento por parte del tribunal sobre las pretensiones hechas valer en el juicio. Por tanto, no actúan sobre una sentencia ya pronunciada por el tribunal, sino que actúan para permitir que en el caso de que ese “buen derecho” se traduzca en una sentencia favorable, ésta pueda ser cumplida. Podemos señalar, entonces, que son instituciones complementarias, que actúan en etapas procesales distintas, íntimamente ligadas pues una permite asegurar el resultado del juicio ante una apariencia de buen derecho y la otra permite, una vez otorgada la sentencia que confirma ese buen derecho (ya sea parcial o totalmente), no someter a mayores dilaciones a la parte vencedora. Debiendo existir un equilibrio consistente en *“adelantar por un lado el mayor número posible de actuaciones ejecutivas (para asegurar su eficacia), y poner extremo cuidado, de otro, en que tales medidas -las precautorias- no produzcan los perjuicios irreparables que causaría la ejecución de la sentencia, pues se estaría, entonces, adelantando la ejecución sin que exista título ejecutivo (o lo que es igual, sin que el demandante haya acreditado su derecho a la tutela, y sin que el juez esté facultado*

para penetrar en el patrimonio del deudor.^{12 13} A mayor abundamiento, el mensaje del Código de Enjuiciamiento Español, señala que *“se trata de instituciones, ambas, que, siendo distintas, entrañan riesgos de error, pero riesgos de error parejos y que pueden y deben asumirse en aras de la efectividad de la tutela judicial y de la necesaria protección del crédito. La ejecución forzosa provisional no es, por supuesto, ninguna medida cautelar y supone, de ordinario, efectos de más fuerza e intensidad que los propios de las medidas cautelares. Pero en un caso, además de una razonable oposición, existe una sentencia precedida de un proceso con todas las garantías y, en el otro, sólo el “humo de buen derecho”.*¹⁴

Por otro lado, si bien, podemos encontrar similitud entre ambas instituciones en el sentido que tienen por finalidad asegurar el resultado último del proceso, existen elementos diferenciadores entre ambas instituciones. Así, por ejemplo, la Ejecución Provisional no debe cumplir con los requisitos de las medidas cautelares (fumus boni iuris, periculum in mora y contracautela en caso de exigirse caución de perjuicios). Respecto al fumus boni iuris o el humo que colorea el buen derecho, no es necesario acreditarlo en la Ejecución Provisional, pues nos encontramos ante una sentencia que emana de los tribunales de justicia, razón suficiente para estimar que existe un buen derecho. Respecto al periculum in mora, tampoco se necesita examinar, no debiéndose justificar esta exigencia. Como dice Eduardo Oteiza *“parecería que al legislador le basta con el mero peligro abstracto y genérico de la dilación del proceso para habilitar la anticipación de la ejecución, situación que tanto las normas, como la doctrina y la jurisprudencia descarta como suficiente para viabilizar la adopción de cautelas”*¹⁵

¹² MARIN GONZALEZ, JUAN CARLOS (2006). Las Medidas Cautelares en el ordenamiento Jurídico Chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales. En Revista de Estudios de la Justicia- N°8: Páginas 13 a 37.

¹³ No obstante, todo lo señalado, en la actualidad la legislación nacional está evolucionando hacia la posibilidad de medidas cautelares ya no solo conservativas, sino que también anticipativas. Así lo podemos ver en Materia de derecho de familia, en materia laboral y en materia de propiedad intelectual. No obstante, que sean anticipativas, ya sean nominadas o innominadas, deben cumplir con los dos requisitos esenciales de toda medida precautoria: “fumus boni iuris” y “periculum in mora”.

¹⁴ Exposición de Motivos Ley de Enjuiciamiento Civil español del año 2000.

¹⁵ OTEIZA, EDUARDO Y SIMÓN LUIS MARÍA.(2008) . op. cit.

Entendemos por contracautela aquella caución por parte de quien solicita una medida precautoria para garantizar los posibles daños que pueda acarrear la medida cautelar solicitada, de esta manera *“la caución se basaría en el principio de igualdad en que se encuentran las partes en litigio pero, como la tramitación de una medida cautelar tiene el carácter de urgente, no puede plantearse la bilateralidad o controversia propias de un procedimiento ordinario, de esta manera, la caución, como señala Calamandrei, funciona en calidad de cautela de la cautela, o como se ha dicho autorizadamente, de contracautela.”*¹⁶ . La actual legislación nacional, por regla general no se contempla como requisito para dar lugar a las medidas precautorias. Excepcionalmente, se exigirá contra cautela respecto a las medidas prejudiciales (ART.279 CPC) y de las medidas precautorias innominadas (ART.298 CPC). En el PCPC, se exige caución a quien solicite la medida precautoria para dar lugar a ellas, y así garantizar los posibles daños que acarrearía el otorgamiento de éstas¹⁷. Respecto a la Ejecución Provisional, por lo pronto, diremos que no es requisito otorgar caución por parte del ejecutante para que se dé lugar a la Ejecución Provisional. Sin perjuicio de lo anterior, debemos señalar que si podría proceder de manera posterior al otorgamiento, en la etapa de oposición del ejecutado y por los casos señalados en el proyecto, como veremos más adelante.

En este trabajo entendemos que la Ejecución Provisional no tiene la naturaleza jurídica de medida cautelar. De todas maneras, debemos indicar que aceptar que la Ejecución Provisional tiene dicha naturaleza jurídica, permitiría tener un mayor control a la hora de determinar la procedencia de ésta ejecución. Así las cosas *“en*

¹⁶ LEONIDAS FUENTES, Cristian *“La exigencia de caución como presupuesto de aplicabilidad de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Civil y en la Reforma Procesal Civil.”* MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Universidad Austral de Chile. Valdivia, 2012.

¹⁷ Art. 175.- Caución. La parte que solicite la medida cautelar deberá, en los casos previstos por la ley, otorgar previamente garantía suficiente para responder de los perjuicios que con ella se ocasionen a su contraparte. Se deberá otorgar siempre caución previa para decretar medidas cautelares en forma prejudicial. Tratándose de medidas cautelares solicitadas en el curso del procedimiento, el tribunal exigirá o no caución atendidas las circunstancias del caso. Con todo, no se requerirá el otorgamiento de caución tratándose de medidas conservativas nominadas que se refieran a los bienes materia del juicio. El tribunal deberá determinar el monto por el cual se deberá rendir caución, la que se mantendrá vigente durante todo el juicio y hasta el vencimiento de los plazos y gestiones previstos en el artículo 177.

cierto modo, detrás de la postura favorable a la asignación de naturaleza cautelar al instituto, subyace más o menos explícitamente la intención de sujetar su viabilidad a la configuración de esos tres requisitos, y el apego a las garantías recursivas; en especial, a la eficacia suspensiva de las impugnaciones”¹⁸.

El legislador en el proyecto, como veremos más adelante en este trabajo, se inclina por un sistema ope legis a la hora de regular la Ejecución Provisional. Es decir, la ley eleva a la calidad de título ejecutivo la sentencia condenatoria de primera instancia, por lo que el juez deberá dar lugar a esta ejecución una vez que se le solicite. En las legislaciones que se inclinan por el sistema llamado ope iudicis, *“la ley establece unos criterios que permiten a las partes pedir al tribunal crear el título ejecutivo aplicando dichos criterios, de modo que el verdadero título no es la sentencia definitiva sino que el correspondiente auto”*.¹⁹

De esta manera, si es la ley la que otorga merito ejecutivo a la sentencia condenatoria de primera instancia, nos encontramos ante un sistema que entiende la Ejecución Provisional como una ejecución propiamente tal, toda vez que bastará con solicitar la Ejecución Provisional para que el juez despache la ejecución, aplicándose las normas de la ejecución ordinaria. En las legislaciones que se inclinan por una naturaleza jurídica más bien cautelar de la Ejecución Provisional, se inclinan por una legislación ope iudicis, toda vez que requieren un examen previo para dar curso a la Ejecución Provisional, e incluso puede ser reemplazada por otras medidas cautelares.²⁰

¹⁸ OTEIZA, Eduardo Y SIMÓN Luis María.(2008) . op. cit. P. 533

¹⁹ MONTERO AROCA, JUAN. (2016) La Ejecución Provisional. En Derecho Jurisdiccional, Vol.2, 2016 (Proceso Civil) Barcelona . Pág. 574-590.

²⁰ Por ejemplo, en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, regula la ejecución provisional en su artículo 260, respecto a la apelación no suspensiva. Se exige caución y puede ser sustituida en cualquier momento por otra medida cautelar. “Tal tratamiento revela la naturaleza netamente cautelar que tiene la ejecución provisional en la legislación procesal uruguaya, la cual era aún más evidente con anterioridad a la modificación introducida al artículo 260 por la Ley N° 16.699 de 25 de abril de 1995 la cual eliminó como condición de la ejecución provisional, la existencia de peligro de frustración del derecho derivado de la demora en la tramitación de la segunda instancia haciendo una clara referencia al periculum in mora de la tutela cautelar” (CARRASCO BRIONES, JUAN (2011) La Ejecución Provisional de las Resoluciones Judiciales. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.)

En mérito de lo anterior, el juez no necesitará ponderar ninguna otra circunstancia distinta a que el título ejecutivo cumpla con los requisitos formales necesarios para poder ser ejecutada provisionalmente, aplicando las normas del juicio ejecutivo (salvo, como veremos, las excepciones propias a esta institución), no siendo una acción distinta a la ejecución ordinaria. Si se estableciere cualquier otro requisito previo para que la sentencia condenatoria no ejecutoriada tuviere mérito ejecutivo, se desnaturalizaría la institución en comento. Por tanto, no cabe hablar de una “ejecución cautelar”, toda vez que no requiere probar requisitos tales como el “periculum in mora” ni el “fumus boni iuris”, propias de las medidas cautelares.

b) COMO TUTELA ANTICIPADA

Entendemos como tutela anticipada aquella que *“permite brindar oportunamente la protección de los derechos subjetivos que busca el peticionante de la jurisdicción, adelantando el otorgamiento de la pretensión ejercida, en forma parcial o total, con antelación a lo dictado de la sentencia definitiva, para evitar que el transcurso del proceso vulnere y haga difícil su posterior concesión”*.²¹

A simple vista, podríamos encasillar a la Ejecución Provisional dentro de la tutela anticipada, toda vez que ambas tienen un efecto similar: evitar que el transcurso del tiempo haga difícil satisfacer la pretensión del actor interesado. Ambas tienen entonces una característica común: son medidas satisfactivas.

No obstante lo anterior, es necesario separar ambas instituciones pues hay un elemento distintivo importante: la Ejecución Provisional actúa sobre la base de una sentencia definitiva ya dictada, por tanto, se ejecuta al litigante perdedor para el

21 POZO FERNÁNDEZ, FelipeE Andrés (2013). “La tutela jurisdiccional anticipada en el proceso civil”. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

cumplimiento total de la sentencia, es decir, el tribunal ya falló sobre la pretensión, teniendo como finalidad cumplir con lo dictado de manera íntegra.

En cambio, la tutela anticipada actúa sobre el adelantamiento de efectos ya sea totales o parciales de la pretensión, es decir, sobre el interés que se hace valer en la demanda, por tanto no actúa sobre una sentencia, sino que adelanta los efectos de una posible sentencia favorable al actor solicitante. Entonces, actúan en tiempos distintos. Así lo señala Felipe Andrés Pozo Fernández: *“La limitación temporal a la sentencia definitiva es esencial para distinguir el instituto en estudio de la ejecución provisional de la sentencia, que a nuestro entender es un instituto distinto”*.²²

c) COMO INSTITUCIÓN EJECUTIVA

Más allá de todo fundamento que pueda servir de base para la instauración de la Ejecución Provisional en cualquier legislación, la manera en que opera esta institución es mediante las reglas del juicio ejecutivo.

Por tanto, la ejecución provisoria tiene la misma finalidad que la ejecución ordinaria: lograr el cumplimiento compulsivo de lo otorgado en la sentencia definitiva, estando ejecutoriada o no. Entonces, en el caso de que, por ejemplo, la sentencia definitiva sea revocada posteriormente, y la ejecución ya realizada no puede ser modificada y sólo procederá la acción por indemnización. (Lo cual trae una serie de reparos que estudiaremos en profundidad en los próximos capítulos). Formalmente, en la mayoría de las legislaciones en que se ha adoptado la Ejecución Provisional, el contenido se remite a las normas de juicio ejecutivo. Así también lo entendemos en este trabajo.

²² POZO FERNÁNDEZ, Felipe Andrés (2013). *Ibíd.*

d) NATURALEZA JURÍDICA EN EL PCPC

Vistas las tres tendencias anteriores, es necesario determinar la naturaleza jurídica que adopta la Ejecución Provisional en el PCPC.

Primero que todo debemos hacer una distinción necesaria. Por un lado, debemos determinar la normas que regulan la Ejecución Provisional y por otro, los fundamentos que tiene el legislador para establecer dicha institución.

En el artículo 237 del PCPC se establece que la Ejecución Provisional se regulará por las mismas normas del procedimiento ejecutivo: “**Art. 237.- Reglas de la ejecución provisional.** *La ejecución provisional de las sentencias de condena se sujetará a las mismas reglas previstas para las sentencias ejecutoriadas en el procedimiento ejecutivo, con excepción de las disposiciones previstas en este Capítulo.*”

Entonces, desde un punto de vista normativo, el legislador da a la Ejecución Provisional la naturaleza jurídica de una institución de ejecución, toda vez que la ejecución de la sentencia condenatoria no ejecutoriada quedará sometida a las normas de ejecución de las sentencias ejecutoriadas. Esto último, reafirma lo señalado anteriormente en el sentido que la ejecución en sí no es provisoria, sino el título sobre el cual se fundamente la ejecución: una sentencia condenatoria no ejecutoriada. Por tanto, la Ejecución Provisional corresponde a una ejecución cualquiera, con ciertas reglas especiales que analizaremos con posterioridad. Reglas que, de todas maneras, dicen relación con la procedencia de la Ejecución Provisional y no con normas de ejecución propiamente tal, las cuales serán las reglas aplicables a la ejecución de cualquier título ejecutivo.

No obstante lo anterior, debemos tener en consideración el artículo 238 N° 2 inciso 3²³ y artículo 241 del PCPC²⁴, inciso final. Ambos se remiten a los artículos 175, 176 y 177 del Proyecto, los cuales dicen relación con las medidas cautelares, específicamente a la caución y a la demanda por indemnización de perjuicios.

¿Podemos considerar entonces que la Ejecución Provisional tiene la naturaleza jurídica de una medida cautelar en mérito a los artículos antes señalados? A mi parecer, la remisión obedece a una técnica legislativa para regular instituciones específicas que pueden surgir tanto en las medidas cautelares como en la Ejecución Provisional, pero que no nos permiten señalar que expresamente la una tiene la naturaleza jurídica de la otra. Por un lado, respecto a las normas de caución, la regla general en el Proyecto es que para la Ejecución Provisional no sea necesaria. En cambio la regla general en la medidas cautelares es que se exija, por lo que precisamente parece de toda lógica que el Código lo regule detalladamente con ocasión a las medidas cautelares que respecto a la institución en estudio. Por otro lado, respecto a la indemnización de perjuicios, si bien, el código establece el mismo procedimiento para ambos (el cual detallaremos más adelante), hay diferencias sustanciales entre uno y otro y en especial respecto a la precedencia de la indemnización de perjuicios. Respecto a los perjuicios causados por las medidas cautelares, dicen relación con medidas cautelares dolosas o abusivas, lo cual agrega un elemento subjetivo para la procedencia de ésta. En cambio, respecto a los perjuicios de una Ejecución Provisional, cuya sentencia definitiva fue revocada, modificada o anulada, difícilmente se puede hablar de una Ejecución Provisional dolosa o abusiva. El fundamento de esta indemnización de perjuicios dice relación

²³ ART. 238 INCISO 2. En que fuere imposible o muy difícil restablecer la situación al estado anterior a la ejecución provisional en caso que la sentencia de condena a una obligación de hacer, no hacer o de mera entrega de una especie o cuerpo cierto fuere revocada. Si no concurriere la imposibilidad alegada, el juez podrá ordenar al que hubiere solicitado el cumplimiento, que rinda caución suficiente para garantizar el pago de los perjuicios en caso de revocarse la sentencia. La caución deberá constituirse en la forma prevista en los artículos 175 y 176.

²⁴ ART. 241, INCISO FINAL "El ejecutado podrá hacer valer el derecho de indemnización por daños y perjuicios a que se refieren los numerales anteriores en el proceso en el cual se pronunció la sentencia cuya ejecución provisional se dejare sin efecto total o parcialmente, en el plazo y de acuerdo al procedimiento establecido en el inciso penúltimo del artículo 177."

con que una vez que la sentencia definitiva ha sido revocada o anulada, o modificada, deja de existir el título ejecutivo que sirvió para dar inicio a la ejecución por lo que parece razonable que quién se favoreció de un título ejecutivo que ahora no existe o que reduce su alcance, deba primeramente restituir lo obtenido mediante la ejecución y en segundo lugar, indemnizar proporcionalmente.

Por otro lado, debemos tener en consideración las razones que tuvo el legislador para establecer la Ejecución Provisional como regla general en materia de ejecución de las sentencias.

El mensaje del PCPC señala: *“Junto con fortalecer el rol del juez de primer grado, la opción por este procedimiento se sustenta en recientes datos estadísticos conforme a los cuales una gran mayoría de las sentencias que se dictan no son impugnadas y, de las que a su turno lo son, también una elevada mayoría son confirmadas por las Cortes. La consagración de esta institución no viene sino a reconocer lo que ocurre en la actualidad, por cuanto, no obstante que el Código de Procedimiento Civil establece como regla general el cumplimiento de sentencias ejecutoriadas y la apelación en ambos efectos, la cantidad de excepciones a dicho principio ha importado, en la práctica, una aplicación inversa de esta regla. Esto es, predominan hoy las sentencias que causan ejecutoria y que como tales, pueden cumplirse antes de encontrarse firmes o ejecutoriadas.”*²⁵

Como podemos observar, el legislador chileno ha optado por un fundamento más bien cuantitativo a la hora de hablar de la ejecución provisoria. Se afirma en el número de sentencias que causan ejecutoria, el porcentaje de sentencias confirmadas por la Corte de Apelaciones y el bajo porcentaje de impugnación de ellas. Estos fundamentos, como veremos más adelante, revisten vital importancia toda vez que nacen una serie de aristas a analizar los cuales van desde el debido proceso hasta la calidad de justicia que se busca otorgar.

²⁵ MENSAJE N°432-359 de S.E. e Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil de fecha 12 de marzo del año 2012.

Por el momento, estos fundamentos nos sirven para confirmar la naturaleza jurídica ejecutiva de la Ejecución Provisional, toda vez que el legislador chileno opta -en base a datos cuantitativos- por dar a la sentencia que causa ejecutoria (en los términos del actual Código de Procedimiento Civil) los efectos de una sentencia ejecutoriada permitiendo que sirva de título ejecutivo y con mayores ventajas para el ejecutante, por ejemplo, reduciendo la posibilidad de oposición de parte del ejecutado, y estableciendo la institución de la ejecución provisoria para que la sentencia condenatoria tenga plenos efectos, aun careciendo de indubitabilidad, facilitando su ejecución, constituyendo título ejecutivo en los términos del Artículo 418 N° 2 del PCPC: *“2. La sentencia definitiva e interlocutoria, condenatoria, no ejecutoriada, siempre que sea procedente la ejecución provisional en conformidad a lo dispuesto en el Subpárrafo 2º, del Párrafo 1, del Capítulo 5º del Título XIII, del Libro Primero.”* Y así también lo reafirma el mensaje *“Se justifica -la ejecución provisoria- en la particularidad que presenta la sentencia como título ejecutivo que surge como consecuencia de un debate anterior entre las partes, en el seno de un procedimiento declarativo previo, llevado a cabo con todas las garantías procesales.”*

Ahora bien, señalando que la Ejecución Provisional tiene la naturaleza jurídica ejecutiva, podemos además señalar que tiene una particularidad: se trata de una ejecución o cumplimiento condicional. En efecto, la revocación parcial o total de la sentencia ejecutada provisionalmente será condición resolutoria de la ejecución practicada. En este sentido, Gilberto Pérez de Blanco señala que *“no se puede negar el carácter ejecutivo de las actuaciones realizadas en la ejecución provisional, pues lo que se tramita es un auténtico proceso de ejecución de carácter jurisdiccional, con la única salvedad de que las actuaciones llevadas a cabo están sometidas a una especie de condición resolutoria como es la no revocación de la resolución ejecutada.”*²⁶ De esta manera, en caso de que se revoque total o parcialmente la resolución ejecutada provisionalmente, la condición resolutoria se tendrá por

²⁶ PEREZ DEL BLANCO, Gilberto (2003) La Ejecución Forzosa en Sentencias en el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo. Doctrina y Formularios. Pág. 116.

cumplida, por tanto la ejecución practicada debe retrotraerse al estado anterior a ella y junto con ello, el ejecutante debe indemnizar los perjuicios que se hayan ocasionado con motivo de la ejecución. Por el contrario, si no se revoca la sentencia ejecutada provisionalmente entonces la condición será fallida, pasando de ser una Ejecución Provisional a una definitiva: todos los actos realizados con motivo de la Ejecución Provisional quedarán firmes.

CAPITULO III. ELEMENTOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LAS SENTENCIAS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL CHILENO.-

Teniendo ya un concepto y habiendo determinado la naturaleza jurídica, entraremos a analizar de lleno la regulación que hace el PCPC sobre la Ejecución Provisional. Para ello comenzaremos estudiando los elementos que componen dicha institución.

Señala el PCPC: **“Art. 235.- Legitimación.** *Salvo las excepciones legales, quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia definitiva de condena dictada en cualquier grado jurisdiccional podrá, sin necesidad de rendir caución, pedir y obtener su ejecución provisional conforme a las normas previstas en el procedimiento ejecutivo.”*

Del artículo antes transcrito, podemos desprender los siguientes elementos que constituyen la Ejecución Provisional:

- a) Debe existir una sentencia definitiva de condena dictada en cualquier grado jurisdiccional.
- b) Omisión de caución.
- c) Solicitud de parte.
- d) Regulada por las normas del procedimiento ejecutivo.

a) DEBE EXISTIR SENTENCIA DEFINITIVA DE CONDENA.-

El legislador, a la hora de señalar qué resoluciones serían susceptibles de Ejecución Provisional, optó por señalar expresamente que sólo es aplicable a las sentencias definitivas de condena. Claro está que, por su naturaleza, no se puede aplicar esta institución a sentencias definitivas constitutivas ni declarativas, toda vez que no imponen obligación alguna a la parte perdedora, pues el contenido de dichas resoluciones dicen relación con declarar la existencia o no de una situación

(sentencia declarativa) o la creación de una situación jurídica nueva (sentencia constitutiva), cuestiones que se señalan en la sentencia misma. Y así lo establece expresamente el PCPC, en su artículo 236 número 1. En cambio, las sentencias definitivas de condena, implican la imposición a la parte vencida de una prestación de dar, hacer o no hacer en favor del litigante vencedor y que dice relación con la pretensión o pretensiones contenidas en la demanda.

Ahora bien, el PCPC establece que la sentencia debe ser definitiva, es decir aquella que pone término a la instancia dando solución al conflicto de relevancia jurídica sometido al conocimiento del tribunal. Como podemos ver, el legislador ha dejado fuera otras resoluciones, lo cual no parece que fuera del todo correcto. En efecto, *“a este respecto se formula una crítica, de por qué no se consideraron como susceptibles de ejecución provisional también las sentencias interlocutorias que fallen un incidente reconociendo derechos sustantivos para los litigantes”*.²⁷ En este punto, la Comisión Permanente de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, indica como ejemplo la sentencia interlocutoria que resuelve sobre una objeción formulada a la liquidación de un crédito.

Por otro lado, el proyecto en su artículo 236, siguiendo el formato de la Ley de Enjuiciamiento Español 1/2000, artículo 525²⁸, señala expresamente qué sentencias

²⁷ Ejecución Provisional de la Sentencia. Informe Elaborado para la Comisión Permanente de Constitución, Legislación y Justicia, de la Cámara de Diputados en el marco de la discusión del Proyecto de Ley que Establece el nuevo Código Procesal Civil. Boletín 8197-07 en Primer Trámite. 22 de Agosto de 2012

²⁸ Artículo 527 Solicitud de ejecución provisional, despacho de ésta y recursos

1. La ejecución provisional podrá pedirse en cualquier momento desde la notificación de la resolución en que se tenga por interpuesto el recurso de apelación, o en su caso, desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso, y siempre antes de que haya recaído sentencia en éste 2. Cuando se solicite la ejecución provisional después de haberse remitido los autos al Tribunal competente para resolver la apelación, el solicitante deberá obtener previamente de éste testimonio de lo que sea necesario para la ejecución y acompañar dicho testimonio a la solicitud. Si la ejecución provisional se hubiere solicitado antes de la remisión de los autos a que se refiere el párrafo anterior, el Secretario judicial expedirá el testimonio antes de hacer la remisión. 3. Solicitada la ejecución provisional, el tribunal la despachará salvo que se tratare de sentencia comprendida en el artículo 525 o que no contuviere pronunciamiento de condena en favor del solicitante. 4. Contra el auto que deniegue la ejecución provisional se dará recurso de apelación, que se tramitará y resolverá con carácter preferente. Contra el auto que despache la ejecución provisional no se dará recurso alguno, sin perjuicio de la oposición que pueda formular el ejecutado conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

no son susceptibles de Ejecución Provisional, y tal como en el caso español, el legislador *“ha considerado conveniente no dejar determinadas cuestiones a criterio del intérprete y ha optado por incluir un catálogo de sentencias respecto de las que prohíbe su ejecución provisional. La mayoría de ellas se caracterizan por ser de naturaleza constitutiva, por lo que no serían susceptible de ejecución en ningún caso”*.

Art. 236.- Sentencias no ejecutables provisionalmente. No serán, en ningún caso, susceptibles de Ejecución Provisional:

“1. Las sentencias constitutivas y las declarativas, salvo los pronunciamientos condenatorios que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso.”

Las sentencias constitutivas son aquellas que crean una situación jurídica nueva, que por ende no existía con anterioridad, ejemplos de este tipo de sentencias son: la que se pronuncia acerca del divorcio de un matrimonio, la que se pronuncia respecto a la filiación o aquella que decreta la Interdicción de una persona.

Las sentencias declarativas son aquellas que reconocen la existencia o no de una situación jurídica anterior al pronunciamiento de la sentencia. Ejemplos de esta clase de sentencia son: aquella que declara la prescripción, aquellas que declaran la nulidad de un acto jurídico o aquella que se pronuncia respecto a la falsedad de un documento, entre otras.

Como podemos apreciar, tanto las sentencias estrictamente declarativas como las constitutivas se bastan a sí mismas para producir los efectos jurídicos que dicen relación con el contenido de la sentencia, no siendo necesario un procedimiento de apremio o ejecutivo para forzar su cumplimiento: por ejemplo, la sentencia que

declara el divorcio se basta a sí misma una vez ejecutoriada para establecer el nuevo estado civil de divorciado.

No obstante lo anterior, pueden existir ciertos trámites posteriores a la sentencia declarativa o constitutiva, para que tengan eficacia pero que no implican ejecución y que es conocida como ejecución impropia. De esta manera, dichas resoluciones al “crear, modificar o extinguir un estado o situación jurídica, precisan una serie de actuaciones complementarias que refuercen su efectividad práctica, tales como inscripciones, subinscripciones anotaciones o cancelaciones en registros públicos, etc., actividades ejecutivas que no se identifican con la ejecución forzosa típica de las resoluciones jurisdiccionales de condena”.²⁹

Por otra parte, el mismo Art. 236 del PCPC en su numeral 1, establece lo que pareciera ser una excepción: “*salvo los pronunciamientos condenatorios que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso.*” No obstante, más que una excepción, es una confirmación de que la Ejecución Provisional sólo es aplicable a las sentencias condenatorias, pues justamente dichas sentencias son en parte declarativas (objeto principal del juicio) y en parte condenatorias (obligaciones y relaciones patrimoniales). Ejemplo de lo señalado por el proyecto es una sentencia que declara el divorcio del matrimonio, y condena a uno de los cónyuges al pago de una compensación económica o la sentencia que determina la filiación y que además condena a prestar una obligación alimentaria.

“2. Las sentencias que condenen a suscribir un acto o contrato.”

El profesor Juan Damián Moreno, al hablar del caso español, bien nos dice que: “...*en relación con este peculiar tipo de sentencias, la ley entiende que contiene una obligación de hacer de carácter personalísimo y, consecuentemente, la ejecución*

²⁹ DE LA FUENTE HERNANDEZ, Nancy (2012). La ejecución Provisional en el PCPC. Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de Los Andes) N° 23: P. 225.

provisional resultaría incompatible con una medida de esta naturaleza. Cuando las partes se obligan a suscribir un determinado contrato lo que están haciendo es aspirar a la consecución de una serie de efectos jurídicos de los cuales aquél no es más que un mero instrumento, por lo que el efecto jurídico pretendido puede ser obtenido de otra manera. El acto de voluntad, como cualquier acto humano, ciertamente es incoercible; no el resultado práctico que deriva del mismo. La infungibilidad que caracteriza a este tipo de prestaciones en ningún caso es jurídica.”³⁰

Complementando lo anterior, podríamos señalar que por la naturaleza jurídica del acto o contrato que se condena a ejecutar mediante su suscripción, la Ejecución Provisional no podría ser posible toda vez que el acto o contrato no nacería puro y simple, sino que sometido a una condición, lo que iría en contra de la sentencia condenatoria. Así lo explica el profesor Juan Cadarso Palau *“¿Cómo incorporar a la declaración de voluntad esa condicionalidad o provisionalidad? De un lado, no parece que se pueda imponer al ejecutado, con carácter provisional, una declaración pura; de otro lado, una declaración que no sea pura, no es ya que no resultaría satisfactoria para el ejecutante, aunque eventualmente, pudiera interesarle: es que ni siquiera se ajustaría al título ejecutivo, esto es, a la sentencia condenatoria.”³¹*

“3. Las sentencias o laudos arbitrales.”

Parece del todo lógico que el Proyecto haya excluido a las sentencias o laudos arbitrales de la posibilidad de ser ejecutadas provisionalmente, toda vez que los Árbitros carecen de facultad de imperium, esto es, la posibilidad de hacer ejecutar lo juzgado. De esta manera *“uno de los puntos que más distingue el arbitraje de la jurisdicción, dice relación con la potestad de hacer ejecutar lo juzgado y, vinculado a ésta, la potestad cautelar. Sin embargo, se ha señalado respecto a este punto que*

³⁰ DAMIÁN MORENO, Juan. (2009). La Ejecución Provisional de sentencias en el proceso civil. Madrid. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. P. 116

³¹ CADARSO PALAU, Juan. (2002) Notas Sobre la Ejecución Provisional de Sentencias en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Actualidad Jurídica Uría & Menéndez. N° 3: P. 32.

*sin bien, el árbitro no es una entidad pública, sino que es un particular que ejerce una función pública, tendrá- por una parte- la autoridad que las partes le confieran en forma contractual y -por otra- el Estado otorgará la fuerza coercitiva a esa autoridad, pues de lo contrario la autoridad que contractualmente den las partes sería estéril e ineficaz*³².

Ahora bien, esto no significa que las sentencias definitivas ejecutoriadas dictadas por el tribunal arbitral carezcan de fuerza ejecutiva. En efecto, el sistema chileno reconoce a las *“resoluciones arbitrales el mismo valor ejecutivo que a las de los tribunales ordinarios y sólo privan a los árbitros en virtud de la facultad de imperio, del poder de ordenar el empleo de la fuerza pública para su cumplimiento compulsivo*³³.

Por otro lado, las partes que obtengan una sentencia definitiva de condena dictada por un tribunal arbitral, podrían intentar su ejecución tanto ante el mismo árbitro como también ante el tribunal competente, esto es, ante el tribunal del lugar en donde se dictó la sentencia o laudo arbitral. Entonces para el cumplimiento de sentencias definitivas *“puede ocurrirse al árbitro que las pronunció, si no estuviere vencido el plazo por el cual fue nombrado, o al tribunal ordinario correspondiente, a elección del que pide su cumplimiento*³⁴. Ahora bien, si *“el cumplimiento de la resolución arbitral exigiere procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas, o cuando hubiere de afectar a tercero que no sean partes en el compromiso, deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto*”. (C.P.C, arts. 635 y 643).³⁵

³² VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (2016) “Arbitraje en Chile: Revisión de la doctrina jurisprudencial en el Arbitraje Doméstico y Comercial Internacional (C.S 2008-2013)”. Dirección de Estudios de la Corte Suprema. P 27. <http://decs.pjud.cl/index.php/informes-academicos/503-arbitraje-en-chile-revision-de-la-doctrina-jurisprudencial-en-el-arbitraje-domestico-y-comercial-internacional-cs-2008-2013>

³³ AYLWIN AZÓCAR, Patricio (2014) El Juicio Arbitral. Sexta Edición, actualizada y complementada por el profesor Eduardo Picand Albónico. Thomson Reuters. Pàgina 413.

³⁴ AYLWIN AZÓCAR, Patricio (2014) Ibidem. Pag. 505

³⁵ AYLWIN AZÓCAR, Patricio (2014) Ibidem. Pag. 505

Así las cosas, si el árbitro no posee poder de imperium para hacer ejecutar las sentencias firmes o ejecutoriadas que él mismo dicta, menos aún lo tendrá para hacer ejecutar provisionalmente sentencias que no tienen dicha condición. Y por ningún motivo, lo tendrá una sentencia emitida por un árbitro extranjero, la cual para ser título ejecutivo perfecto debe pasar previamente por el trámite de exequátur.³⁶ Por tanto, por la forma en que se encuentra regulada la institución del arbitraje dentro de la legislación chilena, difícilmente se podría dar la posibilidad de ejecutar provisionalmente las sentencias definitivas de condena dictadas por un tribunal arbitral.

Se podría decir, entonces, que es también una exclusión política administrativa toda vez que *“de la lectura del quinto párrafo contenido en el apartado 2 del capítulo IV del Mensaje del Proyecto, cuando refiriéndose al arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos de relevancia jurídica, se señala que a partir de la promulgación de la ley de arbitraje internacional, corresponde modernizar y adecuar la regulación del arbitraje interno mediante su regulación en una ley especial”*³⁷ Por tanto, mientras no se determine una regulación moderna y acorde a los tiempos actuales, es difícil permitir la Ejecución Provisional de laudos arbitrales.

En España, la Ley de Enjuiciamiento Español 1/2000 no excluye a las sentencias o laudos arbitrales de la Ejecución Provisional. No obstante lo anterior, existe debate dentro de la doctrina española respecto a si procede o no la Ejecución Provisional en los laudos arbitrales. La mayoría de la doctrina española ³⁸ entiende que la Ley de

³⁶ Entendemos como exequatur como "la decisión de la Corte Suprema que, luego de sustanciar el procedimiento contradictorio respectivo, procede a revisar las exigencias legales y sin entrar a estudiar en detalle el fondo de la cuestión controvertida y materia del fallo que se pide cumplir, otorga autorización o pronunciamiento favorable a la sentencia extranjera que lo resuelve, con el objeto de otorgarle la fuerza ejecutiva de la que carece y reconocerle los mismos efectos que los fallos expedidos por jueces nacionales, lo que permitirá se la pueda cumplir mediante el procedimiento y ante el tribunal competente". En Esplugues Mota, Carlos. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso no. 43 Valparaíso dic. 2014. En http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000200008.

³⁷ DE LA FUENTE HERNANDEZ, Nancy. Op. Cit. Pág.225.

³⁸ En dicho sentido Hernández-Tejero García indica que "La ley opta por atribuir fuerza ejecutiva al laudo, aunque haya sido objeto de impugnación, recuperando así la figura de la ejecución provisional de laudos no firmes, que ya recogía en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de

Arbitraje Española 60/2003 permite la Ejecución Provisional toda vez que su artículo 45.1 establece que *“El laudo arbitral es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación”*. Por tanto, se entendería que existiendo acción de anulación pendiente, se podría iniciar la ejecución del laudo sin esperar el resultado de dicha acción, procediendo aplicar las normas de la Ley de Arbitraje siendo una clara manifestación de una institución que se encuentra aceptada expresamente por el sistema procesal español.³⁹

Otros autores, desde una interpretación literal de la norma, indican que lo que hace la Ley de Arbitraje española es dar fuerza ejecutiva al laudo arbitral, aún estando pendiente la acción de anulación, no siendo una Ejecución Provisional. Dichos autores distinguen entre recurso y acción de nulidad, procediendo la Ejecución Provisional sólo respecto a los primeros. El mismo mensaje de la Ley de Arbitraje español, señalan, distingue entre recurso y nulidad, señalando que: *“Respecto de la anulación, se evita la expresión «recurso», por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo. Se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros”*. Por tanto, para estos autores³⁹, la ley española habría descartado la posibilidad de una Ejecución Provisional, en caso de existir acción de nulidad pendiente por no tratarse de un recurso.

1953. (cifr. M- Hernández-Tejero García. Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. Incluye Formularios. Rafael Hinojosa Segovia. Coordinador. 2004, pág. 260.)

³⁹ En dicho sentido Garberí Llobregat dice que se puede “hablar con propiedad de que la ejecución del laudo frente al que se ha ejercitado la acción de anulación no es sino, propiamente, una manifestación -dice- de la ejecución provisional, a cuyo régimen jurídico, por tanto, nos veremos obligados a aludir en el comentario del posterior art. 45 LA” (cifr. J. Garberí Llobregat. Comentarios a la ley 60/2003, de 23 de diciembre. J. Garberí Llobregat. Coordinador. Bosh. 2004, pág. 1324 y 1426 y ss”).

³⁹ Diana Marcos Francisco señala que “siguiendo igual orden de consideraciones, tampoco cabe hablar de ejecución provisional del laudo, sino definitiva. Ha de recordarse que la ejecución provisional solo es posible plantearla con respecto de resoluciones que han sido objeto de recurso”. (MARCOS FRANCISCO, DIANA: “Las nuevas reformas proyectadas en materia de anulación y ejecución del laudo arbitral”, Diario La Ley, N° 7546, Sección Doctrina, 13 Ene. 2011, Año XXXII, La Ley. Pág. 8).

“4. Las resoluciones en contra de las cuales se hubiere concedido un recurso que comprenda un efecto suspensivo o respecto de la cual se hubiere concedido una orden de no innovar que impidiere su cumplimiento.”

El artículo 385 del proyecto señala que los recursos de apelación serán concedidos con efecto suspensivo sólo en los casos en que la ley expresamente lo señale. Por tanto, la regla general es que el recurso de apelación sólo será concedido con el sólo efecto devolutivo. Entendemos por efecto suspensivo aquel que suspende la competencia del tribunal de primera instancia para seguir conociendo del asunto, salvo respecto a las cuestiones que expresamente señala la ley.

La orden de no innovar es aquella que suspende los efectos de la sentencia recurrida o su ejecución, según sea el caso. La orden de no innovar es dictada por el tribunal superior que se encuentra conociendo de la apelación, a solicitud de parte.

En virtud de lo expuesto anteriormente, parece lógico que se excluyan las resoluciones en contra de las cuales se concede un recurso con efecto suspensivo, o cuando se concedió una orden de no innovar, toda vez que ambas instituciones son incompatibles con la Ejecución Provisional. Por un lado, el tribunal que podría ejecutar provisionalmente ve suspendida su competencia para conocer de aquella (efecto suspensivo); y, por otro lado, si bien el tribunal podría tener competencia para ejecutar provisionalmente, la sentencia que sirve de título para aquello vio suspendidos sus efectos o su ejecución (orden de no innovar).

Más adelante en este trabajo, analizaremos con mayor profundidad las consecuencias que podría traer para la viabilidad de la aplicación de la Ejecución Provisional de la sentencias, la existencia del efecto suspensivo con que se concede el recurso de apelación y de la orden de no innovar, teniendo en consideración como se ha dado la interacción de ambas instituciones con la Ejecución Provisional en el derecho comparado y especialmente en el Derecho Español.

“5. Los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que se dicten en favor de quienes se encuentren declarados en quiebra, en cesación de pagos o sometidos a un convenio regulados en el Libro IV del Código de Comercio, a menos que se rinda caución en dinero efectivo suficiente, en los términos dispuestos en los artículos 175 y 176. Dicha caución gozará de preferencia para responder de todas las restituciones y perjuicios que debieran efectuarse o hacerse efectivos en caso de anularse o dejarse sin efecto la Ejecución Provisional.”

Lo primero que debemos tener en consideración es que actualmente las normas referidas al régimen concursal y el Libro IV del Código de Comercio se encuentran derogadas por la Ley 20.720, que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo. Ahora bien, la ley antes citada, en su artículo 402 inciso primero y segundo, señala que: *“Sin perjuicio de lo señalado en los artículos anteriores, toda mención que en cualquier ley se haga a la quiebra deberá entenderse hecha al Procedimiento Concursal de Liquidación. Asimismo, toda mención que en otras leyes se haga a los convenios deberá entenderse hecha al Procedimiento Concursal de Reorganización.”* Por tanto, el presente numeral del PCPC, debe ser modificado en virtud de la norma antes transcrita quedando como sigue:

“5. Los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que se dicten en favor de quienes se encuentren sometidos a un Procedimiento Concursal de Liquidación o a un Procedimiento Concursal de Reorganización, a menos que se rinda caución en dinero efectivo suficiente, en los términos dispuestos en los artículos 175 y 176. Dicha caución gozará de preferencia para responder de todas las restituciones y perjuicios que debieran efectuarse o hacerse efectivos en caso de anularse o dejarse sin efecto la ejecución provisional.”

Parece razonable que en este tipo de sentencias de carácter indemnizatorio no se permita la Ejecución Provisional, toda vez que se trata de personas -ya sean naturales o jurídicas- que se encuentran en una situación patrimonial deficiente. En dicho patrimonio se encuentran interesados diversos acreedores que querrán hacer valer sus créditos en el patrimonio de aquel sometido a quiebra, cesación de pagos o sometidos a convenios. Si no fuera así, y ejecutada provisionalmente la sentencia puede encontrarse susceptible a ser modificada o revocada la sentencia con pronunciamiento indemnizatorio lo que iría en contra de la seguridad jurídica de los acreedores.

Ahora bien, la imposibilidad de ejecutar provisionalmente estas sentencias es la regla general, toda vez que el mismo texto de la norma señala que no serán ejecutables provisionalmente *“a menos que se rinda caución suficiente”*. Lo que a su vez constituye una excepción a uno de los elementos enumerados anteriormente y que son característicos de la Ejecución Provisional: la ausencia de caución. Dicha caución debe establecerse acorde a los artículos 175 y 176 del Proyecto, y que se encuentran insertos dentro de las normas de las medidas cautelares.

Parece apropiada la obligación de establecer una caución en dinero efectivo para la Ejecución Provisional de dichas sentencias, más si la misma norma contempla el supuesto de que la sentencia pueda ser revocada o modificada, entregándose a esa caución *“preferencia para responder de todas las restituciones y perjuicios que debieran efectuarse o hacerse efectivos en caso de anularse o dejarse sin efecto la ejecución provisional”*. Lo cual apuntaría tanto a los perjuicios causados al ejecutado como a los acreedores del ejecutante.

“6. Las demás sentencias que indique expresamente la ley.”

Como podemos ver, el proyecto de norma en cuestión no es de enumeración taxativa sino taxativa-genérica, dejando abierta la posibilidad de que existan otras sentencias que no puedan ser ejecutadas provisionalmente. Dentro del proyecto de

Código Procesal Civil Chileno encontramos: i.- Las sentencias extranjeras condenatorias (ART. 247) y ii.- La sentencia que ordene la demolición de obra nueva (ART. 570).

Respecto a las sentencias extranjeras condenatorias, parece lógica su exclusión toda vez que es necesario que se encuentren firmes o ejecutoriadas para que sean título ejecutivo en Chile. Esto, debido a razones de economía procesal y que se necesita un examen más exhaustivo para determinar si cumple con los requisitos necesarios para que pueda surtir efecto dentro del territorio jurisdiccional chileno.⁴⁰ No obstante a lo anterior, podría admitirse la Ejecución Provisional de las sentencias extranjeras, en caso de que así se haya establecido en algún tratado internacional suscrito por el Estado de Chile y el país de donde proviene dicha sentencia. Así lo deja establecido el mismo artículo 247 del Proyecto.

Respecto a la sentencia que ordene la demolición dentro del procedimiento de denuncia de obra nueva, el inciso final del artículo 570 del Proyecto, señala expresamente que *“La sentencia que ordene la demolición no admitirá ejecución provisional.”* Esto, debido a que dicha querrela posesoria da lugar a una serie de posibilidades tanto a la parte vencedora como a la vencida, posibilidades que no tendrán eficacia si se da a lugar a la Ejecución Provisional. En efecto, estamos ante una sentencia que sólo produce cosa juzgada formal, es decir, los efectos de la sentencia que ordena la suspensión y en su caso la demolición, podrían ser atacados mediante otro procedimiento por parte de la parte vencida, en este caso, un juicio ordinario. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Antofagasta ha señalado que *“estas querellas o interdicto no establecen relaciones jurídicas en términos de declarar la existencia o la titularidad de un derecho subjetivo, referido al dominio, sino*

⁴⁰ En Chile, actualmente dicho procedimiento se encuentra determinado por el exequatur. No obstante, el Proyecto de Código Procesal Civil Chileno quiere dejar en mano de los tribunales ordinarios el análisis de admisibilidad de las sentencias pronunciadas en el extranjero y que deban surtir efectos en Chile. Así lo señala el mensaje del Proyecto: *“En materia de exequátur se realizan importantes cambios en lo relativo a sacar su conocimiento, al igual que en la acción de revisión, de la competencia exclusiva de la Corte Suprema, pudiendo solicitarse el reconocimiento o la ejecución ante el juez ordinario respectivo, quien efectuará el control de regularidad, sin perjuicio de la existencia de los medios de impugnación contra las sentencias que se pronuncien en estas materias.”*

sólo tienen por objeto consolidar el hecho de la posesión y sus efectos, por lo tanto, es racionalmente esperable que la sentencia definitiva dictada en estos procedimientos, no produzca cosa juzgada material en un proceso de lato conocimiento donde se ventile la titularidad del derecho de dominio de los bienes cuya posesión estaba en disputa, pues el juicio ordinario es en esencia el proceso declarativo donde se establecerá los derechos reales existentes reconociendo o rechazando la pretensión del actor.”⁴¹

En concordancia con lo anterior el artículo 570 del Proyecto señala que: *“En la sentencia, si se hubiere decretado la suspensión provisional, se ratificará o se mandará alzarla si se hubiera decretado, dejando a salvo, en todo caso, al vencido el ejercicio de las acciones ordinarias que le competan, para que se declare el derecho de continuar la obra o hacerla demoler”*. No obstante, en la misma sentencia, a petición de parte se puede solicitar la demolición de la obra, cuando aún el mantenimiento temporal de ésta, cause grave perjuicio al denunciante y éste dé suficiente caución para responder de los resultados del juicio ordinario. Solicitada la demolición, dicha sentencia no admite Ejecución Provisional, pues el artículo 571 del Proyecto, señala: *“Art. 571. Efectos: Si se ratifica la suspensión de la obra, podrá el vencido pedir autorización para continuarla, cumplimiento las condiciones siguientes: 1. Acreditar que de la suspensión de la obra se le siguen graves perjuicios 2. Dar caución suficiente para responder de la demolición de la obra y de la eventual indemnización de perjuicios que de continuarla pueda conseguir su contendor, en caso de que a ello fuere condenado por sentencia firme. 3. Deducir, al mismo tiempo de pedir dicha autorización, demanda ordinaria para que se declare su derecho a continuar la obra. La primera de las condiciones expresadas y la calificación de la caución, será materia de incidente”*.

De esta manera, tiene sentido que la sentencia que ordene la demolición no pueda ejecutarse provisionalmente, toda vez que el vencido, aun existiendo la orden de demoler la obra, tiene la posibilidad de solicitar la reanudación de la obra si cumple

41 Sentencia de fecha 09 de junio del año 2010. Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol 49-2009.

con todos los requisitos del artículo 571. Reanudación que será materia de incidente, respecto a los numerales 1 y 2 del artículo 571. Por tanto, si se diera a lugar a la Ejecución Provisional, el vencido no podría intentar el derecho que le otorga la misma ley en el artículo ya transcrito. De esta manera, el vencido deberá deducir en la misma solicitud de continuar la construcción de la obra, la demanda ordinaria para declarar el derecho a continuar la obra. Por tanto, sólo se podría demoler la obra en caso de que el vencido no solicite la reanudación de la obra y que el vencedor allá realizado la caución del artículo 570, previa solicitud al juez.

Por otro lado, en la experiencia comparada se ha tratado la Ejecución Provisional respecto a la sentencia que suspende la obra nueva. Concretamente en España, los tribunales de justicia, a pesar de que la Ejecución Provisional no se encuentra expresamente prohibida respecto a las sentencias que resuelven la suspensión de denuncia de obra nueva, han optado por no dar lugar a ella toda vez que *“tal resolución es directamente ejecutiva desde el momento de admisión a trámite de la demanda, de tal manera que, su ejecutividad se producirá en el proceso declarativo, sin necesidad de instar la Ejecución Provisional.”*⁴²

En efecto, en el PCPC, ocurre algo similar, toda vez que su artículo 568, establece que *“Presentada la demanda para la suspensión de una obra nueva denunciante, si se le pide y concurren los requisitos establecidos en el Párrafo 2°, del Capítulo 2° del Título XII, el juez decretará provisionalmente dicha suspensión..”*. Entonces, difícilmente se podría ejecutar la sentencia dictada en juicio sumario, toda vez que interpuesta la demanda de denuncia por obra nueva, el tribunal suspenderá provisionalmente⁴³ la ejecución de la obra, siendo la sentencia en caso de dar lugar a

⁴² BOTICARIO GALAVIS, María Luisa. (2010) “Algunas Consideraciones en torno a la Ejecución provisional de sentencias dictadas en procesos para la protección de derechos reales”. Revisa de Derecho UNED, número 6. Pág. 104.

⁴³ Respecto a la forma en que ha sido regulada la denuncia de obra nueva en el PCPC, se ha señalado que “si bien mantiene en forma casi literal el texto del actual Código de Procedimiento Civil, establece como análisis previo a la suspensión de la obra la necesidad que se cumplan los requisitos generales que el mismo proyecto establece para la generalidad de las medidas cautelares (verosimilitud del derecho y peligro en la demora).[150] Esta modificación constituye un importante avance en aras de evitar el ejercicio abusivo de las denuncias de obra nueva, estableciendo por lo demás una solución de notable originalidad en el contexto del derecho comparado, y que se condice

la pretensión del demandante, una confirmación de la suspensión provisional ya decretada, no pudiendo ejecutarse nada provisionalmente, pues como ya se dijo, la ejecutabilidad de la sentencia ya se encuentra dada en razón a la admisibilidad de la denuncia de obra nueva.

b) OMISIÓN DE CAUCIÓN.

Efectivamente el Artículo 235 del Proyecto señala expresamente que se podrá solicitar la Ejecución Provisional de la sentencia condenatoria sin necesidad de rendir caución para aquello. Ahora bien, esto no quiere decir que eventualmente no pueda existir caución dentro del procedimiento de Ejecución Provisional. Para entender mejor esto, debemos distinguir entre dos momentos: al solicitar la Ejecución Provisional y ante la oposición de la Ejecución Provisional en la causal del artículo 238 numeral 2 del Proyecto.

Al momento de solicitar la Ejecución Provisional, el Proyecto prescinde de la rendición de caución de manera absoluta. Ahora bien, una vez que se da lugar a la Ejecución Provisional, el ejecutado podrá oponerse a ésta fundado en alguna de las causales del artículo 238 del Proyecto. El numeral dos de dicho artículo establece que se puede fundar la oposición en:

“2. En que fuere imposible o muy difícil restablecer la situación al estado anterior a la ejecución provisional en caso que la sentencia de condena a una obligación de hacer, no hacer o de mera entrega de una especie o cuerpo cierto fuere revocada.

con el carácter cautelar que tradicionalmente se le atribuye a esta suspensión.” HUERTA MOLINA, José Miguel y RODRIGUEZ DIEZ, Javier. 2012. Suspensión interdictal de obras nuevas. Desde la “operis novi nuntiatio” hasta el Proyecto de Código Civil Chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre) [pp. 343 - 392]. En:http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512012000100009.

“Si no concurriere la imposibilidad alegada, el juez podrá ordenar al que hubiere solicitado el cumplimiento, que rinda caución suficiente para garantizar el pago de los perjuicios en caso de revocarse la sentencia.

“La caución deberá constituirse en la forma prevista en los artículos 175 y 176.”

En el primer párrafo, si efectivamente fuere imposible o muy difícil restablecer la situación al estado anterior a la Ejecución Provisional, ante la revocación de la sentencia de condena por obligación de hacer, no hacer o mera entrega de especie o cuerpo cierto, el juez suspenderá la Ejecución Provisional. En el segundo párrafo, si no concurre la imposibilidad a la que se hace referencia en el párrafo primero el juez podrá ordenar al ejecutante que rinda caución suficiente para garantizar los eventuales perjuicios que puedan existir en caso de que se revoque la sentencia.

Por otro lado el mismo artículo 238 N°2 en sus párrafos tercero y cuarto, señala que el ejecutado, en el cumplimiento de obligaciones dinerarias, podría oponerse respecto a actuaciones concretas de la ejecución que *“puedan ocasionar una situación difícil de restaurar o de compensar”*, y no a la ejecución misma, debiendo *“indicar otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y no provoquen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la actuación o medida a la que se opone.”* A la luz de estos párrafos, podemos señalar que también existe la posibilidad por parte del ejecutado de rendir caución para que se suspendan ciertas actuaciones ejecutivas que causen un situación difícil de restaurar o compensar.

En resumen, la caución en el procedimiento de Ejecución Provisional no es necesaria a la hora de solicitarla, no siendo requisito de ésta.

No obstante lo anterior, dentro del procedimiento mismo y ante la oposición del ejecutado, se podría ordenar por parte del juez una caución para el ejecutante (Artículo 238 N°2 párrafo 2°) o el mismo ejecutado podrá ofrecer caución (Artículo 238 N°2 párrafo 5°). En Chile se sigue un modelo similar al establecido por la

legislación española en la Ley de Enjuiciamiento Español (año 2000), en materia de caución.

Así también lo entiende Óscar Silva Álvarez: *“al menos según lo manifestado por el FPC en su “Informe final”, se pretende seguir en este aspecto (y prácticamente en todos los demás) el mismo camino seguido por la LECEsp. (2000). Como se observa, dos son las finalidades perseguidas con esta figura -la caución-. Cuando la presta el ejecutado, suspender la ejecución de una condena dineraria. Cuando la presta el ejecutante, permitir la continuación de la ejecución provisional en el caso de estimarse, en la ejecución provisional de una condena no dineraria”*.⁴⁴

Un análisis más acabado respecto a la institución de la caución en relación a la Ejecución Provisional, su ventaja o desventaja y una propuesta al respecto, será realizado más adelante en este trabajo. Por el momento nos basta con señalar que no es necesaria la caución para dar lugar a la Ejecución Provisional, siendo uno de los elementos más importantes a la hora de regular esta institución en el Proyecto Chileno.

c) SOLICITUD DE PARTE.-

Efectivamente la Ejecución Provisional sólo puede llevarse a cabo a solicitud de parte, recayendo en primera o única instancia la legitimación activa en aquel litigante vencedor que haya obtenido una sentencia condenatoria a su favor. La manera en que el ejecutante pondrá en marcha la Ejecución Provisional será mediante la respectiva demanda ejecutiva, cumpliendo con los requisitos señalados para esta en las normas del Juicio Ejecutivo.

Recordemos que la Ejecución Provisional tiene como título ejecutivo una sentencia condenatoria que no se encuentra firme o ejecutoriada, por tanto podría ser susceptible de recursos o derechamente estar impugnada por recursos pendientes

⁴⁴ SILVA ALVAREZ, Oscar. (2008) OP.CIT. P. 387.

de resolverse. Ahora bien, el ejecutante podría ser el mismo que es recurrente a la sentencia condenatoria en cuestión, como en el caso de que el litigante vencedor haya obtenido un reconocimiento parcial a sus pretensiones. La ley nada dice respecto a esta posibilidad, pero no se ve ningún problema de que esto sea así, más allá de que uno de los objetivos de la reforma procesal civil sea reforzar la primera instancia disminuyendo los recursos.

En España, de hecho, ocurre lo mismo, como señala Juan Damián Moreno: *“Aún cuando el legislador ha asociado la ejecución provisional a una finalidad de estricta política legislativa, como es la de procurar reducir el número de recursos con ánimo exclusivamente dilatorio, lo sorprendente es que la ley autorice a instar la ejecución provisional a cualquiera que haya obtenido un pronunciamiento a su favor, una vez que la sentencia haya sido impugnada, independiente de quien haya interpuesto el recurso; de esta manera no habría inconveniente en admitir que también el apelante tendría la posibilidad de solicitar la ejecución provisional.”* Siguiendo al mismo autor, esto no se trataría de una forma especial de Ejecución Provisional, toda vez que se encuentra en armonía con los principios generales de la ejecución definitiva, pues en este caso, *“por el juego de la reformatio in peius, los contenidos de la sentencia impugnada, en tanto no medie adhesión, son inatacables (“tantum appellatum quantum devolutum”), por haber sido consentidos y, en consecuencia, susceptibles de ejecución en cualquier caso, cosa que no ocurrirá si se entabla una apelación por ambas partes o el apelado se adhiere a la apelación”.*⁴⁵

Respecto al momento en el cual se puede solicitar la Ejecución Provisional, el Proyecto señala que las sentencias condenatorias podrán ser cumplidas desde el momento en que sea notificada a todas las partes.

d) REGULADO POR LAS NORMAS DEL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO.-

⁴⁵ DAMIÁN MORENO, Juan. (2009). La Ejecución Provisional de sentencias en el proceso civil. Madrid. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. P. 118.

El artículo 237 del Proyecto señala que: *“La ejecución provisional de las sentencias de condena se sujetará a las mismas reglas previstas para las sentencias ejecutoriadas en el procedimiento ejecutivo, con excepción de las disposiciones previstas en este Capítulo.”*

El procedimiento ejecutivo se encuentra regulado en el Libro Cuarto del Proyecto, y sus reglas serán aplicables a la Ejecución Provisional, con excepción a las normas que la regulan.

Entre las diferencias que encontramos entre ambos procedimientos podemos mencionar:

- Se establecen una serie de resoluciones que no son susceptibles de Ejecución Provisional (Ver Capítulo IV letra a.)
- Regula la demanda de oposición a la Ejecución Provisional, cuyas causales de oposición son mucho más restringidas que las causales de oposición de cualquier otro título ejecutivo.
- Se regulan los efectos que tendrá sentencia ejecutada provisionalmente, tanto si es confirmada o si es revocada o modificada. **Y especialmente, en caso de ser revocada o modificada, la acción por** indemnización de perjuicios que se podría generar en favor del ejecutado.

CAPITULO IV. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL PCPC.-

En el presente capítulo, se pretende dar una idea general acerca del procedimiento de la Ejecución Provisional en el Proyecto y profundizando en ciertas características que parecen importantes a la hora de estudiar la manera en que fue regulada dicha institución.

a) LEGITIMACIÓN ACTIVA.

Como anteriormente hemos señalado, la legitimación activa para solicitar la Ejecución Provisional la tendrá aquel que haya obtenido una sentencia definitiva de condena que no se encuentre firme o ejecutoriada.

La forma en que se solicita la Ejecución Provisional configura una presentación que deberá cumplir con los requisitos que se establecen respecto a la solicitud de ejecución, en virtud de la remisión legal que hace el Proyecto a las normas del Juicio Ejecutivo. (ART. 237 del PCPC). De esta manera *“dependerá solo la voluntad del litigante favorecido con la decisión, sin que quepa al tribunal discrecionalidad alguna con la concesión”*.⁴⁶ En este punto, reafirmamos lo señalado anteriormente en cuanto a que el proyecto concibe a la Ejecución Provisional como una institución ejecutiva, toda vez que nos encontramos con una acción ejecutiva que debe cumplir con los mismos requisitos de la ejecución ordinaria.⁴⁷

⁴⁶ DE LA FUENTE HERNANDEZ, Nancy. (2012) Op. Cit.. P. 223.

⁴⁷ Según el artículo 417 del PCPC el procedimiento ejecutivo tiene lugar si la pretensión se funda en un título ejecutivo que de cuenta de una obligación líquida, liquidable o determinada, actualmente exigible y no prescrita. El artículo 423 señala los requisitos y ante quién se interpone la solicitud de ejecución. De esta manera la solicitud deberá contener 1. El nombre, apellido, cédula de identidad o rol único tributario, domicilio y profesión u oficio del ejecutante y de las personas que lo representen y la naturaleza de la representación; 2. La descripción del título ejecutivo en que se fundare la ejecución. 3. El nombre, apellido, cédula de identidad o rol único tributario, si se conociere, domicilio y profesión u oficio de la persona o personas en contra de las que se presenta la solicitud. 4. La obligación cuyo pago se pretende. 5. Deberá ser firmada por el ejecutante y el abogado si lo hubiere. Si el ejecutante tuviere conocimiento de bienes del ejecutado susceptibles de ser embargados, podrá señalarlos en su solicitud de ejecución.

Por otro lado, podemos señalar que se trata de una legitimación amplia, toda vez que “*la acción no sólo ampara al apelado, sino a todo aquel que hubiera obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia definitiva de condena, independiente de su calidad procesal y sin necesidad de rendir caución*”.⁴⁸

b) ¿QUIÉN CONOCE DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL?

El PCPC no señala expresamente cuál será el órgano judicial competente para conocer de la Ejecución Provisional de la sentencia. Es más, incluso en la misma doctrina chilena a la hora de analizar la reforma en cuestión, encontramos posiciones encontradas respecto a este punto.

Por una parte, el profesor Diego Palomo Vélez señala que: “*...una vez notificadas todas las partes, bastará con **solicitar la ejecución provisional al juez que dictó la sentencia en primera instancia** (el subrayado es mío) mediante una solicitud escrita, dando lugar a la aplicación de las mismas reglas previstas en el procedimiento ejecutivo, salvo las reglas especiales...*”.⁴⁹

En la otra vereda, la profesora Nancy de La Fuente Hernández nos señala que de la lectura de las normas del proyecto “*podemos colegir que la solicitud de ejecución debe presentarse **ante el Oficial de Ejecución**, artículo 423, nueva figura que crea y atribuye funciones el PCPC*”.⁵⁰ En la misma línea, el profesor Alejandro Romero Seguel señala que “*el sistema de ejecución de común aplicación, y de un modo especial, el previsto para la **ejecución provisional de la sentencia de primera instancia, descansa en la introducción de la figura del oficial de ejecución***”.⁵¹

⁴⁸ Ibidem. P. 224

⁴⁹ PALOMO VÉLEZ, Diego (2012) La Ejecución Provisional de las Sentencias en el Proyecto de Nuevo CPC. Santiago. Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes) N°23. P. 209.

⁵⁰ DE LA FUENTE HERNANDEZ, NANCY. (2012) op.cit. P. 224

⁵¹ ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO.(2012) ¿Ejecución Provisional sin Caución? (El Proceso y los Datos). Talca. Revista Ius et Praxis, año 18, N°2. P. 324.

Entonces, ante la poca claridad del proyecto, nos encontramos ante dos posibilidades a la hora de determinar el órgano competente para solicitar la Ejecución Provisional de las sentencias condenatorias: el tribunal que dictó dicha sentencia o el Oficial de Ejecución.

Por un lado, pareciera lógico que la Ejecución Provisional sea de competencia del Oficial de Ejecución, pues dicho cargo fue creado para *“llevar adelante todas las actuaciones de apremio, incluido el embargo, pero sometido siempre a un control permanente del juez.”* Todo con el objeto de descentralizar la función ejecutiva, descongestionando a los tribunales de justicia civiles de ésta, la cual no le sería propia. Por tanto, tomando en consideración la historia del proyecto pareciera que el Oficial de Ejecución sería el encargado de dar curso a la Ejecución Provisional. No obstante lo anterior, existirán algunas oportunidades en las cuales el tribunal competente deberá intervenir, sea en una ejecución ordinaria, sea en una Ejecución Provisional. Por ejemplo, en el momento en que el ejecutante se oponga a la ejecución por alguna de las causales establecidas por la ley.

Pero a la vez existen argumentos para sostener que la Ejecución Provisional debe ser conocida por el tribunal que dictó la sentencia condenatoria:

i) El artículo 237 del PCPC *“Reglas de la Ejecución Provisional”* señala que ésta se regirá por las mismas reglas dispuestas para la ejecución de las sentencias definitivas ejecutoriadas en el procedimiento ejecutivo, **“con excepción de las disposiciones previstas en este Capítulo”**.

La Ejecución Provisional se encuentra regulada en el subpárrafo 2° del Capítulo 4°, intitulado *“De la ejecución de las resoluciones judiciales”*, del cual en su artículo 229 del Proyecto señala: *“Iniciativa. Las resoluciones judiciales encaminadas a la substanciación del proceso se cumplirán de oficio por los tribunales que las hayan pronunciado. Las restantes a petición de parte.”* Entonces, las resoluciones que

no tengan como objetivo la substanciación del proceso, deben ser cumplidas a petición de parte ante el tribunal que las haya pronunciado. Entre dichas resoluciones, nos encontramos las sentencias interlocutorias y sentencias definitivas declarativas, constitutivas y de condena.

ii) El artículo 241 del PCPC, regula el “*Término de la ejecución provisional, derecho a la devolución y la indemnización por daños y perjuicios*”. En su inciso segundo numeral tres, señala que “**el tribunal que hubiese decretado la ejecución provisional deberá dictar todas las resoluciones que sean pertinentes para los efectos de dar cumplimiento a las medidas de restitución contemplada en los números precedentes**” (lo destacado es mío). Como podemos ver, el mismo Proyecto señala que es un tribunal el que decretó la Ejecución Provisional, y aplicando lo señalado en el numeral anterior, será el tribunal que dictó la sentencia condenatoria.

iii) El Proyecto regula la Ejecución Provisional teniendo como modelo la Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000. Dicha normativa entrega la Ejecución Provisional al tribunal que dictó la sentencia condenatoria.⁵² Ahora bien, debemos tener en consideración, que en España, no se contempla un sistema descentralizado de ejecución como en el Proyecto Chileno, por lo que no existe problema para determinar el tribunal competente.

Sin perjuicio de lo anterior, aparece como necesario que el Proyecto señale de manera expresa el órgano competente que conocerá de la Ejecución Provisional de las sentencias condenatorias.

⁵² ART. 524 N°2 de la LECEsp (2000):2. La ejecución provisional de sentencias de condena, que no sean firmes, se despachará y llevará a cabo, del mismo modo que la ejecución ordinaria, por el tribunal competente para la primera instancia; ART. 545 de la LECEsp (2000), señala en relación a la ejecución ordinaria, lo siguiente: Tribunal competente. Forma de las resoluciones en la ejecución forzosa 1. Si el título ejecutivo consistiera en resoluciones judiciales, resoluciones dictadas por Secretarios Judiciales a las que esta ley reconozca carácter de título ejecutivo o transacciones y acuerdos judicialmente homologados o aprobados, sería competente para dictar el auto que contenga la orden general de ejecución y despacho de la misma el Tribunal que conoció del asunto en primera instancia o en el que se homologó o aprobó la transacción o acuerdo.

A mi parecer, la competencia para conocer dichos asuntos debería recaer en el tribunal que dictó la sentencia condenatoria no ejecutoriada, toda vez que nos encontramos ante un título ejecutivo que, a diferencia del resto de los consagrados como tales en el proyecto, tiene una característica especial: el contenido de la sentencia condenatoria que sirve de título ejecutivo se encuentra susceptible de ser revocado, modificado e incluso la sentencia anulada. Por tanto, dejar en manos de otro órgano la Ejecución Provisional de las sentencias de condena, podría traer un peligro inminente para las partes del proceso.

Parece razonable que dicha ejecución sea conocida por un sólo órgano y no en un sistema dual, donde el tribunal sólo podría intervenir en determinadas oportunidades. Por otro lado, en caso de que sea revocada, modificada o anulada la sentencia que sirve de título ejecutivo ayudaría bastante al ejecutado para volver al estado anterior a la ejecución de la sentencia provisionalmente ejecutada. Al parecer así lo consagrará en el artículo 241 del Proyecto, ya comentado hace unos momentos. Desde el punto de vista del ejecutante, pareciera más bien perjudicial haber obtenido una sentencia condenatoria no ejecutoriada que le den la calidad de título ejecutivo y que tenga que hacerla valer ante un órgano distinto al tribunal que la dictó, lo que dilatará la ejecución en vez de darle celeridad.

Por último, se debe hacer una prevención, toda vez que la figura del Oficial de Ejecución no se encuentra completa, por lo que se desconoce varios aspectos de importancia para poder dar una opinión más acabada respecto a quién debería ser el órgano competente para conocer la Ejecución Provisional. Del proyecto sólo se desprende que la ejecución será llevada por un profesional llamado Oficial de Ejecución. No obstante aquello, no conocemos su naturaleza, atribuciones y características que serán materia de una ley especial la cual ni siquiera ha sido redactada.

c) OPORTUNIDAD.

Respecto a la oportunidad en que se puede solicitar la Ejecución Provisional, el proyecto no establece un plazo o término para ello. En efecto, lo que señala el Proyecto es un momento desde el cual se puede solicitar la Ejecución Provisional. El Artículo 234 del Proyecto, establece que se podrá solicitar la ejecución provisional *“una vez notificadas a todas las partes”*. Lo mismo ocurre en el derecho español, tal como lo señala Juan Damián Moreno: *“Por lo que se refiere al momento de solicitar la ejecución provisional, la ley no fija plazo alguno ya que no está sometida a término.”*⁵³

Entonces se podrá promover la Ejecución Provisional desde que se notifique la sentencia definitiva condenatoria a todas las partes del juicio.

¿Pero, hasta qué momento se podría solicitar la Ejecución Provisional?.

El Proyecto nada señala respecto a esto. No obstante, parece lógico que podría solicitarse hasta antes que la sentencia definitiva se encuentre firme o ejecutoriada. Pues precisamente es en ese momento en que la sentencia pasa a ser un título ejecutivo susceptible de ejecución ordinaria. Lo relevante en este caso es que la decisión legislativa de no someter la Ejecución Provisional a un plazo puede acarrear críticas tales como la excesiva libertad que se le otorga al ejecutante en cuanto a la oportunidad procesal para hacerlo. No obstante, lo anterior, *“si bien, objetivamente atenta contra el valor de la seguridad jurídica y genera una incertidumbre en el ejecutado, no basta para echar por tierra la opción de no sujetar la Ejecución Provisional a un plazo para su solicitud (siendo su límite natural la posterior ejecutoriedad de la sentencia). Esto porque, con la misma lógica, podría criticarse el*

⁵³ Uno de los cambios trascendentales de la LECEsp (2000) fue establecer que la Ejecución Provisional no se encontraba sometido a un plazo, el cual si existía en su anterior regulación (6 días desde la notificación de la sentencia).

entregar un plazo de años para que la parte vencedora en una sentencia firme, inste por su ejecución.”⁵⁴

d) RESOLUCIÓN ANTE SOLICITUD DE EJECUCIÓN PROVISIONAL: EL ROL DEL JUEZ ANTE LA SOLICITUD DE EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL PCPC.

En doctrina existen dos técnicas legislativas a la hora de regular la Ejecución Provisional. Por una parte, un sistema mediante el cual la procedencia del cumplimiento de la Ejecución Provisional es legal; y, por otro lado, un sistema en el que es el Juez quien, en virtud de su discrecionalidad, determina la procedencia de la Ejecución Provisional.

El primer sistema es el llamado *ope legis*, la Ejecución Provisional de la sentencia deriva únicamente de la ley. El rol del Juez sólo se reduce a visar que se cumplan los requisitos de forma para la procedencia de la Ejecución Provisional, es decir, de antecedentes meramente objetivos. De esta manera, en este modelo “limita la intervención del órgano jurisdiccional, al que no le corresponde pronunciamiento alguno respecto a las posibilidades económicas o de otra índole que pueda ofrecer el solicitante, y sobre la conveniencia de la Ejecución Provisional solicitada. En este modelo, debe el juez limitarse a verificar si se trata o no de una sentencia provisionalmente ejecutable (o lo que es igual, a verificar que no sea de las sentencias respecto a las cuales la ley no permite Ejecución Provisional.”⁵⁵

Por otro lado, existe el sistema de Ejecución Provisional llamado *ope iudicis*, en el cual el juez tiene un papel discrecional. El juez “*determina con mayor o menor discrecionalidad, la improcedencia de la ejecución provisional de la sentencia. Hablo de improcedencia, toda vez que, en principio la sentencia sí es ejecutable provisionalmente. Por ello, para detener esta consecuencia natural, el juez atiende determinadas pautas establecidas por la ley.*” El criterio seguido por el juez en este

⁵⁴ SILVA ALVAREZ, Oscar (2008). Op. Cit. P. 385.

⁵⁵ PALOMO VÉLEZ, Diego (2012). Op.cit. Pág. 210.

sistema es “*el daño grave o irreparable o daño gravísimo, basándose en el concepto periculum in mora, denunciado por quien padece la ejecución, admitiendo una valoración comparativa de los perjuicios (predominante, pero no sólo económicos) que se provocaría a una u otra parte*”.⁵⁶

Como podemos observar, y ya lo hemos comentado anteriormente, hay una clara diferencia entre ambos sistemas. El primero es propio de sistemas de Ejecución Provisional que optan por otorgarle una naturaleza jurídica ejecutiva: el juez actúa como un mero despachador, verificando que se cumplan requisitos más bien de forma que de fondo. El segundo, dice relación con un sistema de Ejecución Provisional que lo asimila a una institución más bien cautelar: el juez además de verificar requisitos formales, tiene la oportunidad de ponderar el beneficio y/o perjuicio que podría acarrear dar curso a la Ejecución Provisional.

El Proyecto chileno establece que una vez solicitada la Ejecución Provisional de una sentencia condenatoria no ejecutoriada, el tribunal deberá dar lugar a la ejecución de manera inmediata, no habiendo lugar a la posibilidad de que éste pueda ponderar de manera alguna la procedencia o necesidad de despachar dicha ejecución. Mientras no se trate de alguna de las sentencias que el propio proyecto señala como no susceptibles de Ejecución Provisional o la presentación en que se solicita la Ejecución Provisional no cumpla con los requisitos de forma que el mismo proyecto señala, el tribunal despachará la ejecución. Por tanto, el juez no tiene la posibilidad de valorar de manera alguna el fondo o las situaciones de hecho que podría acarrear la Ejecución Provisional en el caso concreto. La única posibilidad que tendrá el juez para valorar el fondo de la Ejecución Provisional será en el momento en que el ejecutado se oponga y en específico, por la causal de oposición del artículo 238 N° 2, que como veremos a continuación, cobra suma importancia toda vez que permite al juez limitar -dependiendo del tipo de obligación que se pretende ejecutar- de cierta forma el alcance de este tipo de ejecución, existiendo la posibilidad incluso de establecer a obligación de caucionar por parte del ejecutante o de reemplazar ciertas

⁵⁶ SILVA ALVAREZ, Oscar (2008). Op. Cit. Pág. 384.

medidas de apremio. Por el momento, lo que debemos recalcar es que al momento de despachar la Ejecución Provisional, el Juez dará lugar a ésta mientras la sentencia cumpla con todos los requisitos de forma que establece el proyecto para que pueda dar lugar a esta.

En este sentido, el profesor Diego Palomo Vélez, nos señala que *“otra marca del modelo de ejecución provisional que recoge el Proyecto está constituida por el hecho que el juez está obligado a concederla, sin que esté autorizado a efectuar ningún tipo de valoración acerca de las circunstancias del caso que le permitan ponderar las consecuencias que puedan generarse.”*⁵⁷ Por tanto, se opta por un sistema *ope legis* a la hora de regular la Ejecución Provisional de la sentencia condenatoria, *“la opción es contundente, pero riesgosa, buscando seguramente dar una señal clara favoreciendo la aplicación de este instituto.”*⁵⁸

Así las cosas, el juez deberá dar lugar a la Ejecución Provisional tan pronto como el ejecutante la solicite. La resolución que da a lugar a la Ejecución Provisional deberá ser notificada al ejecutado.

Es en este punto donde aparecen dos alternativas:

1. La Ejecución Provisional sigue con todos los trámites propios de un procedimiento de apremio, en virtud de la normas del juicio ejecutivo que establece el proyecto, pudiendo llegar a ser ejecución ordinaria o definitiva, en caso de que en el transcurso del procedimiento de Ejecución Provisional la sentencia condenatoria pase a estar firme y ejecutoriada o;
2. El ejecutado se opone a la Ejecución Provisional de la sentencia condenatoria no ejecutoriada, dando lugar al procedimiento de oposición. Procedimiento que también existe en el juicio ejecutivo, no obstante, se encuentra regulada de manera especial

⁵⁷ PALOMO VÉLEZ, Diego (2012). Op cit.. P. 10

⁵⁸ PALOMO VÉLEZ, Diego (2012). Op.cit.. P..211

en el Subpárrafo cuarto del capítulo dos que regula la Ejecución Provisional de las sentencias. A continuación nos centraremos en la segunda posibilidad.

e) LA OPOSICIÓN.

Una vez notificada la resolución que da a lugar a la Ejecución Provisional, el ejecutado puede no hacer nada o puede oponerse a ella, en virtud de las causales de oposición que el artículo 238 del PCPC establece. Entonces será el ejecutado quien tenga la carga de oponerse a la Ejecución Provisional, y dicha oposición podrá ser realizada sólo una vez notificada ésta, dentro del plazo de 10 días o 20 días dependiendo del lugar en donde se notificó la Ejecución Provisional⁵⁹. Además, mientras no se resuelva la oposición la Ejecución Provisional no se detiene, continuando hasta que el tribunal se pronuncie respecto a ella. Como podemos observar, el Proyecto fortalece la institución en estudio, asegurando con ello hasta donde sea posible la ejecución inmediata de la sentencia.

Por otro lado, resulta importante destacar el rol fundamental que puede y debe tener la oposición en la regulación y alcance que tendrá la Ejecución Provisional en nuestro sistema procesal de ejecución. En efecto, y tal como señala la profesora Isabel Hernández Gómez, en relación a la situación del derecho español, en esta regulación “*se desplaza el centro de gravedad de la ejecución provisional al momento del despacho, al momento de la oposición a la misma, razón por la cual es en la oposición donde se evidencia el alcance de la nueva regulación y también, donde se manifiestan sus limitaciones estructurales*” siendo además, “*el único mecanismo de que dispone el ejecutado contra el Auto que acuerda el despacho de*

⁵⁹ Nada dice las normas de ejecución provisional respecto al plazo que tiene el ejecutado para oponerse a ésta. No obstante, en aplicación del artículo 237 del PCPC, que señala que la se aplicaran las normas de la ejecución ordinaria a la ejecución provisional. El artículo 432 del PCPC, señala que el ejecutado tendrá un plazo de 10 días para oponerse si es notificado dentro de la provincia de asiento del tribunal que conoce la oposición y un plazo de 20 días si el ejecutado es notificado fuera de la provincia de asiento de dicho tribunal, contados desde la notificación de la decisión de ejecución.

*la ejecución provisional, y configura un sistema compensador frente a la anterior necesaria prestación de caución”.*⁶⁰

La oposición a la Ejecución Provisional sólo deberá fundarse en las causales señaladas en el artículo 238 del Proyecto:

“Art. 238.- Demanda de oposición a la ejecución provisional. *La demanda de oposición a la ejecución provisional podrá fundarse, únicamente, en las siguientes causales:*

“1. En que la sentencia no admite ejecución provisional.

“2. En que fuere imposible o muy difícil restablecer la situación al estado anterior a la ejecución provisional en caso que la sentencia de condena a una obligación de hacer, no hacer o de mera entrega de una especie o cuerpo cierto fuere revocada.

“Si no concurriere la imposibilidad alegada, el juez podrá ordenar al que hubiere solicitado el cumplimiento, que rinda caución suficiente para garantizar el pago de los perjuicios en caso de revocarse la sentencia.

“La caución deberá constituirse en la forma prevista en los artículos 175 y 176.

“Si la sentencia fuese de condena a dar una cantidad de dinero, el ejecutado sólo podrá oponerse a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, cuando dichas actuaciones puedan ocasionar una situación difícil de restaurar o de compensar.

“Al formular esta demanda de oposición a medidas ejecutivas concretas, el ejecutado deberá indicar otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y no

⁶⁰ HERNANDEZ GOMEZ, Isabel. “Evolución de la Ejecución Provisional en el Proceso Civil Español”. Revista de la facultad de Ciencias Jurídicas N°8/9 año 2003/2004. P. 104.

provoquen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la actuación o medida a la que se opone.

“3. En una o más de las causales de oposición previstas en el procedimiento ejecutivo regulado en este Código, siempre que ellas consten en un antecedente escrito y se sustenten en hechos acaecidos con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia que se pretende ejecutar.”

De la lectura del artículo antes transcrito podemos apreciar que el Proyecto establece dos clases de oposición. Encontramos una oposición absoluta o global a la Ejecución Provisional, esto es, la oposición busca paralizar la Ejecución Provisional. Y por otro lado, encontramos una oposición específica o concreta, dirigida a ciertas actuaciones de apremio y no a toda la Ejecución Provisional.

e.i) CAUSALES ABSOLUTAS DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL.

e.i.a) QUE LA SENTENCIA NO ADMITA EJECUCIÓN PROVISIONAL. (ART. 238 N°1).-

En este trabajo ya hemos señalado y analizado latamente qué sentencias no admiten Ejecución Provisional según el artículo 236 del Proyecto. Ahora bien, podemos señalar que además, tal como dice la profesora Nancy de la Fuente Hernández, también nos encontraríamos ante un análisis de forma respecto a la Ejecución Provisional, en virtud de la remisión que hace el código a las normas de Juicio Ejecutivo. Así por ejemplo, además de señalar que se trata de algunas de las sentencias enumeradas en el artículo 236 del PCPC, la forma en que se pide la ejecución debe cumplir con ciertos requisitos tales como *“los artículos 418, 421, el inciso primero del artículo 423 y 425 y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título”*^{61 62}

⁶¹ DE LA FUENTE HERNANDEZ, NANCY. (2012) Op. Cit.. Pág. 227

⁶² El artículo 418 del Proyecto, señala los títulos ejecutivos; El artículo 421 del Proyecto se refiere a sobre qué puede recaer la ejecución; Por otro lado, el artículo 423 del Proyecto, se refiere a los

e.i.b) EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS QUE CONDENEN A UNA OBLIGACIÓN DE HACER, NO HACER O DE MERA ENTREGA, QUE HAGA IMPOSIBLE O MUY DIFÍCIL RESTABLECER EL ESTADO ANTERIOR AL CUMPLIMIENTO PROVISIONAL EN CASO DE QUE LA SENTENCIA CONDENATORIA SEA REVOCADA O MODIFICADA. (ART. 238 N°2 PÁRRAFO PRIMERO DEL PROYECTO).-

El criterio establecido en el proyecto de código chileno en cuanto a la oposición en la Ejecución Provisional de sentencias condenatorias no dinerarias, gira en torno a los posibles resultados que podría traer consigo la revocación de la sentencia condenatoria que se está ejecutando provisionalmente.

Es por ello que el PCPC, establece como parámetros la “*imposibilidad*” o que sea “*muy difícil*” restablecer al ejecutado al estado anterior a la Ejecución Provisional, esto en concordancia al efecto que establece el Proyecto respecto a la revocación o modificación de la sentencia que se está ejecutando provisionalmente.

Por otro lado, el proyecto a continuación se coloca en la situación de que la imposibilidad alegada no concurriere (ART. 238 N° 2 párrafo segundo), entregando la facultad al juez de establecer una caución suficiente, a quien haya solicitado el cumplimiento, para responder por los eventuales perjuicios que podría acarrear una revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada.

Respecto a cómo se regula la oposición de sentencias de condenas de obligaciones no dinerarias podemos hacer las siguientes observaciones:

i) Surge la inquietud de cómo el juez debe hacer la valoración del criterio adoptado por el proyecto ante este tipo de obligaciones, toda vez que determinar si

requisitos de la solicitud de ejecución; y por último, el artículo 423 se refiere a los documentos que se pueden acompañar a la solicitud de ejecución.

es imposible o muy difícil restablecer al estado anterior del cumplimiento provisional, debe hacerse bajo un parámetro objetivo. En este sentido, *“lo único que puede resultar en ciertos casos imposible o muy difícil es la restitución in natura, mientras que la restitución por sustitución (esto es, por el equivalente dinerario del bien o bienes objeto de la ejecución provisional), no tiene por qué resultar imposible o muy difícil”*⁶³. La legislación española, además del criterio de la imposibilidad agrega otro en subsidio⁶⁴: la valoración económica del ejecutante, determinando si se encuentra o no en condiciones de responder por los daños y perjuicios que provocaría la revocación de la sentencia. Es decir, la legislación española se coloca en el supuesto de una restitución in natura como también en el supuesto de una restitución por sustitución. En cambio, el proyecto chileno en principio sólo optaría por la imposibilidad en la restitución in natura, en caso de revocación de la sentencia condenatoria. Ahora bien, el PCPC no señala parámetro objetivo alguno para determinar en qué situaciones estaríamos ante la ejecución de una sentencia que condene a una obligación de dar, hacer o no hacer cuya revocación haga imposible o muy difícil el restablecimiento al estado anterior a la ejecución. De esta manera, *“hay determinadas sentencias que, aun cuando gocen de eficacia ejecutiva, en ningún caso pueden ser susceptibles de ser ejecutadas de forma interina, tal como ocurriría por ejemplo con las condenas consistentes en publicar la sentencia de un medio de comunicación, al lanzamiento y desposesión de la vivienda que constituya el domicilio del demandado.”*⁶⁵ Estos ejemplos, en especial los referentes a juicio de desahucio y de desposesión de una vivienda que sirve de domicilio para la parte vencida, han sido tratados abundantemente por la jurisprudencia española. Así por ejemplo, en el AAP Cantabria 171/2001, de 13 de julio, AC 2001/1291, el tribunal

⁶³ PALOMO VÉLEZ, DIEGO (2012). Op. cit. P. 212

⁶⁴ Artículo 528 Número 2 párrafo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *“Artículo 528. Oposición a la ejecución provisional y a actuaciones ejecutivas concretas. 1. El ejecutado sólo podrá oponerse a la ejecución provisional una vez que ésta haya sido despachada. 2. La oposición a la ejecución provisional podrá fundarse únicamente, y sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 de este artículo, en las siguientes causas: 2º Si la sentencia fuese de condena no dineraria, resultar imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren, si aquella sentencia fuese revocada.”*

⁶⁵ DAMIAN MORENO, JUAN. Op. Cite. Pág. 121.

realiza una ponderación respecto a las posiciones en que se encuentran las partes, señalando que *“la actora, ahora apelada, tiene interés en que la sentencia de instancia se ejecute ya, dado que ha vencido en dicho trámite y ha conseguido inicialmente la desposesión. La demandada apelante, quiere mantenerse en posesión de la vivienda, única con la que cuenta, como ocupante que lo ha sido durante años, destaca su edad longeva, su estado de salud y la ausencia de una capacidad económica que le permita adquirir o ocupar una vivienda de similares características. Con semejantes premisas, atendido el objeto de la ejecución, considera este Juzgador, que la imposibilidad de restaurar la situación originaria si la sentencia ejecutada provisionalmente fuera revocada se evidencia sin especiales previsiones hipotéticas.”*⁶⁶

En otra sentencia, se sigue similar argumentación, señalando que *“con independencia de lo que se decidiera en la sentencia cuya ejecución se pretende, el ejecutado afirma que el inmueble constituye su vivienda habitual, resulta evidente, se proceda o no a su demolición, que en el común sentir de las personas el hecho de abandonar la propia vivienda supone graves inconvenientes, no sólo morales o afectivos sino puramente materiales, pues una mudanza evidentemente comporta una serie de gastos y quehaceres varios, siendo la suma de dichos inconvenientes prácticamente imposible de cuantificar económicamente...”*⁶⁷

Por tanto, si bien el proyecto no señala un criterio concreto para determinar en qué casos nos encontramos ante la Ejecución Provisional de una sentencia no dineraria en que sería imposible o muy difícil de restablecer al estado anterior a la ejecución, debemos atender a las circunstancias del caso concreto, debiendo ponderar el juez las posiciones del ejecutante y ejecutado provisional, proyectándose además a la situación en que se encontraría el ejecutado provisional al momento en que se debe restaurar e indemnizar a éste. No obstante, dentro de toda la construcción que se debe hacer, no se puede incluir *“la ponderación sobre los visos de prosperabilidad*

⁶⁶ ORTELLS RAMOS, MANUEL.(2005) “La ejecución de condenas no dinerarias en la ley de enjuiciamiento civil”. La Ley. (Madrid) .P. 96.

⁶⁷ ORTELLS RAMOS, Manuel.(2005) Ibidem. P. 97.

*del recurso o lo que es lo mismo, la revocación de la sentencia, lo que no sólo pugna con el efecto devolutivo del recurso (artículo 462) sino que distorsiona las causas mismas de oposición que la Ley contempla*⁶⁸.

ii) El artículo 238 número 2, párrafo segundo, señala que ante la oposición y no existiendo la imposibilidad alegada, **“el juez podrá ordenar al que hubiere solicitado el cumplimiento, que rinda caución suficiente para garantizar el pago de los perjuicios en caso de revocarse la sentencia.”** Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, el proyecto también se coloca ante la posibilidad de que el ejecutante no pueda indemnizar los perjuicios que traería consigo la revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente, dando la facultad al juez de poder fijar una caución para garantizar los perjuicios antes señalados⁶⁹.

Anteriormente hemos dicho que uno de los grandes principios de la Ejecución Provisional, consiste en que para dar lugar a ella no es necesario establecer una caución. No obstante lo anterior, dicha institución no se encuentra completamente ausente en la regulación del proyecto, toda vez que eventualmente el ejecutante podría verse obligado a establecer una caución con motivo de la oposición a la Ejecución Provisional. Como señalamos en el punto anterior, la gran mayoría de las prestaciones condenatorias no dinerarias, sí podrían ser restituidas sustitutivamente en caso de revocación de la sentencia. Por tanto, la suspensión de la Ejecución Provisional, será en muy pocos y limitados casos. Es por ello, que el proyecto otorga la facultad al juez para fijar una caución y de esta forma, no dejar en desprotección al

⁶⁸ CADARSO PALAU, Juan. Op. Cit. P. 36. Cabe destacar que el mismo autor, si bien, descarta la posibilidad de contemplar la probabilidad de que el recurso revoque o no la sentencia provisionalmente ejecutable ante la oposición, nos indica una situación especial donde se pone a prueba el criterio judicial. Hace referencia al Auto del Juzgado de primera instancia N° 46 de Madrid, de 7 de Marzo de 2002, en que se pretendía la ejecución provisional cuando ya el TS (Tribunal Supremo) había dictado cuatro sentencias sobre el fondo en casos iguales al de la ejecución pretendida, a la vista de los cuales la revocación podía darse por segura. El tribunal razona, en el sentido de que si bien existen causas de oposición limitadas por la ley, eso no podía llevar a un sistema “aberrante de ejecución automática e indiscriminada”. Confirmando que para que proceda dicha causal se debe tener a la vista las circunstancias concretas que acuden en cada caso.

⁶⁹ En la legislación española, la caución puede ser ofrecida por el ejecutante para continuar con la ejecución provisional, en respuesta a la demanda de oposición del ejecutado.

ejecutado en caso de que se siga adelante con la ejecución y se revoque la sentencia provisionalmente ejecutada.

Entonces, la caución viene a equilibrar de cierta forma una institución que al parecer, inclina la balanza en favor del ejecutante provisional. La caución es eventual, y seguramente dependerá de los antecedentes que tenga a la vista el juez, debiendo tomar en consideración la prestación contenida en la sentencia de condena, la condición económica del ejecutante, entre otras. Y si el ejecutante no hace efectiva la caución, en caso de que el juez así lo estime para seguir adelante con la Ejecución Provisional, procederá también la suspensión de la ejecución.

e.i.c) LAS CAUSALES DE OPOSICIÓN ESTABLECIDAS EN EL JUICIO EJECUTIVO.-

El proyecto chileno se aleja de la legislación española en este punto, pues amplía las causales de oposición a las que se encuentran reguladas con motivo del juicio ejecutivo⁷⁰.

Parece lógico que así lo haga, toda vez que por un lado, nos encontramos ante un verdadero juicio ejecutivo que tiene ciertas diferencias a la ejecución propiamente tal, pero que tiene la misma finalidad práctica: ejercer las medidas de apremio para conseguir el cumplimiento de una obligación contenida en un título ejecutivo.

Por tanto, es necesario que dichas causales sirvan para oponerse a la Ejecución Provisional, pues de otra manera nos encontraríamos ante ejecuciones injustas e improcedentes, siendo una clara transgresión al derecho a defensa y al debido

⁷⁰ Art. 434.- Causales de oposición. El ejecutado podrá fundamentar su demanda de oposición en las siguientes causales, sea que afecten a la totalidad de la deuda o a una parte de ella:

1. Pago total o parcial de la deuda;
2. Prescripción o caducidad de la acción ejecutiva;
3. No empecer el título al ejecutado;
4. Transacción, conciliación o avenimiento;
5. Cosa Juzgada, y
6. Falsedad del título ejecutivo.

proceso. En España se critica la opción de dejar fuera dichas causales, señalando incluso que el legislador español se “le fue la mano” en su tarea de dar máxima importancia a la Ejecución Provisional, de esta manera *“parece desde luego un contrasentido que al mismo tiempo que el legislador se remite genéricamente a la regulación de la ejecución ordinaria, para la tramitación de la provisional, reconociendo formalmente al ejecutado los mismos derechos y facultades en una y otra, a la hora de regular la oposición al fallo siempre interino y revisable que constituye el objeto de esta última se le concedan menos prerrogativas de defensa al ejecutado que para oponerse al fallo ya firme e inatacable que es propio de la ejecución definitiva u ordinaria.”*⁷¹ Al parecer, el proyecto chileno tuvo a la vista lo anterior y lo reafirma de manera expresa en el artículo 238 párrafo 3° del Proyecto.

No obstante lo anterior, el Proyecto establece dos requisitos extras a estas causales de oposición, en comparación con el Juicio Ejecutivo: dichas causales de oposición para hacerse valer en la Ejecución Provisional deben constar por escrito y haberse originado de forma posterior a la solicitud de Ejecución Provisional o, como dice el Proyecto, que se *“sustenten en hechos acaecidos con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia que se pretende ejecutar.”*

e.ii) CAUSALES ESPECIFICAS O CONCRETAS DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL.-

En este caso nos estamos refiriendo a aquellas sentencias condenatorias que contienen obligaciones dinerarias, en los términos del artículo 238 N° 2, párrafo cuarto, del Proyecto. La diferencia con las anteriores causales de oposición generales, radica en que su objetivo es suspender actuaciones específicas de la Ejecución Provisional y no en su totalidad, siempre y **“cuando dichas actuaciones puedan ocasionar una situación difícil de restaurar o de compensar.”**

⁷¹ HORTELANO ANGULTA, Miguel Angel (2008). Problema de la Ejecución Provisional de las sentencias de condena dineraria. Revista Iuris Diciembre 2008. P. 34.

Similar regulación tienen las sentencias condenatorias dinerarias en la legislación española, tal como señala el profesor Juan Damián Moreno, respecto a esta causal de oposición, “... lo determinante no es si procede acordar la Ejecución Provisional, sino hasta dónde debe llegar la ejecución, es decir, el alcance de la misma. Las consecuencias procesales de la estimación de este motivo de oposición afectan únicamente a la concreta actividad ejecutiva sobre la que recae la oposición, de manera que no produce el efecto de suspender todo el proceso de ejecución, el cual deberá continuar su curso respecto de los actos que no hayan sido objeto de impugnación”.⁷² Ahora bien, otra diferencia que existe con la oposición absoluta o general de la Ejecución Provisional, es que el ejecutado tiene una carga extra: deberá señalar **“otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y no provoquen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la actuación o medida a la que se opone.”** En efecto, el ejecutado debe proponer otras actuaciones en reemplazo de la actuación determinada sobre la cual se está oponiendo.

El fundamento que se señala para la regulación de la oposición de esta clase de sentencia, dice relación con el carácter genérico de las obligaciones dinerarias. En efecto, la ejecución se encuentra dada por el apremio dentro de un patrimonio determinado, el cual contiene una serie de bienes que podrían satisfacer el crédito contenido en la sentencia. Es por ello, que los legisladores optan por la oposición a determinadas actuaciones agregando la carga al ejecutado de señalar otras medidas, que satisfagan el crédito en cuestión.

Entonces, para que el juez acoja la oposición por esta causal deberá ponderar si efectivamente la actuación concreta a la cual se está oponiendo el ejecutado, pueda ocasionar una situación difícil de compensar o restaurar y, junto con ello determinar si las actuaciones que el ejecutado propone como sustituto de la actuación a la que se está oponiendo tampoco produzca una situación difícil de compensar o restaurar, en este caso para el ejecutante.

⁷² DAMIAN MORENO, Juan (2009) op. Cit., P. 122.

Pero ¿qué situaciones serían difíciles de compensar o restaurar?

En este caso, debemos tener en consideración la situación que se da en el derecho español ante esta causal, la cual se encuentra redactada de manera muy similar⁷³. Para algunos autores, *“el mero desplazamiento patrimonial que la ejecución supone, nunca sería, en sí mismo considerado, <<absolutamente imposible>> de restaurar o compensar. Se trata más bien, como razona I. Díez Giménez (op.cit.pág. 914), de otros daños inducidos o <<consecuenciales>> al desplazamiento patrimonial mismo.”*⁷⁴ Por tanto, la valoración deberá *“hacerse caso a caso, extrayendo de los hechos del caso concreto, la valoración general que la ley describe”*.⁷⁵

Ejemplo de esto en el caso del derecho español, dice relación con la insolvencia del ejecutante. En efecto, la insolvencia del ejecutante podría ser un motivo plausible de que no podrá en caso de ser revocada la sentencia ejecutada provisionalmente, compensar y restaurar la situación previa a ella. Así por ejemplo, *“si se ejecuta provisionalmente esta sentencia y luego la misma es revocada, sería absolutamente imposible que la ejecutada fuera resarcida económicamente. Lo anterior, determina que conforme a lo dispuesto por el art. 530.3 de la LEC se considera procedente dejar sin efecto las medidas ejecutivas acordadas por el auto de 1 de marzo de 2001 siempre que la ejecutada preste caución por importe de 7.000.000 pesetas.”*⁷⁶

⁷³ Dice el Artículo 528 de la LEC 2000. **“Oposición a la ejecución provisional y a actuaciones ejecutivas concretas. N° 3.** *Si la sentencia fuese de condena dineraria, el ejecutado no podrá oponerse a la ejecución provisional, sino únicamente a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, cuando entienda que dichas actuaciones causarán una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios. Al formular esta oposición a medidas ejecutivas concretas, el ejecutado habrá de indicar otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y no provoquen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la actuación o medida a la que se opone, así como ofrecer caución suficiente para responder de la demora en la ejecución, si las medidas alternativas no fuesen aceptadas por el tribunal y el pronunciamiento de condena dineraria resultare posteriormente confirmado.”*

⁷⁴ CADARSO PALAU, Juan.. Op. Cit. Nota al pie. P. 36.

⁷⁵ DE LA FUENTE HERNANDEZ, Nancy. (2012) Op. Cit.. P. 229

⁷⁶ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael- PALOMO VELEZ, Diego. (2006). La apuesta de la nueva LEC española por la revalorización de la importancia del enjuiciamiento de primer grado: La nueva regulación de la ejecución provisional de las sentencias. Pag. 13. En: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/521/387>

Otro criterio utilizado por el derecho español respecto a esta causal de oposición en contra de actuaciones concretas en la Ejecución Provisional de condena dineraria, es el de la complejidad del asunto controvertido, de esta manera *“casos en que la complejidad del asunto es como en el presente, pese a la confianza que el legislador ha presupuestado en los Juzgados de Instancia, pueden ser modificadas las sentencias por la superioridad, creándose ante tales revocaciones, situaciones que podrían venir irreparables para quien ha sido condenado... En razón de ello, hay que examinar cada ejecución provisional, atendiendo a las circunstancias que en cada caso concurren. El art. 503.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que cuando la condena sea dineraria y la oposición se hubiera formulado respecto a actividades ejecutivas concretas, se estimará dicha oposición si el tribunal considerara posibles y de eficacia similar las actuaciones o medidas alternativas indicadas por el provisionalmente ejecutado. En el caso que nos ocupa, la parte ejecutada ha ofrecido aval bancario suficiente para garantizar el cumplimiento de la sentencia, e incluso los perjuicios que al demandante ejecutante pudiera irrogarle la espera a que tal sentencia sea definitivamente firme. Por ello, accediendo en parte a la oposición, procede anotar preventivamente los embargos practicados sobre los bienes inmuebles de propiedad de los demandados, a instancias del acreedor, y no seguir adelante con la ejecución provisional para la realización de los mismos, al considerar que están garantizadas las responsabilidades perseguidas...”*⁷⁷

Ahora bien, la forma que se encuentra regulada la oposición a la Ejecución Provisional de condenas dinerarias por causas concretas, trae consigo un evidente problema para quien carece de medios para proponer otras actuaciones que puedan satisfacer la ejecución del crédito dinerario, provocando una situación de desigualdad. *“En estos casos quizá hubiera sido preferible, que se hubiera previsto la posibilidad de estudiar los motivos alegados y, en atención a su relevancia, que se hubiere contemplado la posibilidad de solicitar al ejecutante una garantía que*

⁷⁷ Auto del Juzgado de Primera Instancia N° 7 de Valencia de 29 de mayo de 2001, citado por HINOJOSA SEGOVIA, Rafael- PALOMO VELEZ, Diego. (2006). Op. Cit. P. 13.

*asegurara, cuando menos por equivalente, la efectividad en su caso, de la revocación”.*⁷⁸

Por último, habiendo estudiado la propuesta en cuanto a la posibilidad de oposición del ejecutado, cabe preguntarse si dicho sistema cumple con el estándar mínimo para un procedimiento de Ejecución Provisional sin necesidad de caución.

La verdad es que la clave se encontrará una vez que se aplique la institución y la interpretación y ponderación que dará a las causales de oposición el juez competente. Mucha importancia tendrá la forma en que se apliquen las normas antes señaladas en el caso concreto. En especial, en este punto, el artículo 238 número 2, toda vez que permite al juez ir más allá de una valoración formal del instituto en estudio, pues deberá tener en consideración situaciones de hecho que afectan tanto al ejecutado como ejecutante, y que permiten equilibrar la aplicación de este tipo de ejecución. Si bien, pareciera que lo ideal sería que existieran parámetros concretos para determinar si procede o no suspender la Ejecución Provisional, si procede o no una caución, si procede o no la sustitución de medidas de apremio, parece que la solución dada en el proyecto, utilizando el criterio de la “imposibilidad” permite al juez intervenir de una mejor manera en el caso concreto, lo que ayuda a considerar una serie de situaciones que podrían darse, permitiendo un equilibrio entre las partes, considerando además la imposibilidad del legislador de prever la casuística que concurra en la práctica.

*En definitiva, “esta institución estará correctamente regulada cuando se evite transformarla en la causa de la indefensión del ejecutado en caso de revocación (aquí está el límite), y cuando, en el resto de los supuestos, consigue continuar con su tramitación hasta conseguir la satisfacción de ejecutante. En definitiva, no se trata de otra cosa que una invitación a la regulación equilibrada del instituto.”*⁷⁹

⁷⁸ CABALLOL. L. (2000), “La ejecución provisional de resoluciones judiciales en la LEC 1/2000”. Revista Xurídica Galega, Nº 26. Pág. 316. Citado por Citado en PALOMO VELEZ, Diego. Op. Cit. P. 213.

⁷⁹ PALOMO VELEZ, Diego (2012) Op. Cit. P. 214.

e.iii) EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN QUE RESUELVE LA OPOSICIÓN.-

El Proyecto señala en su artículo 239, los efectos de la resolución que falla la oposición de la Ejecución Provisional.

“Art. 239.- Decisión sobre la oposición a la Ejecución Provisional y a medidas ejecutivas concretas. De acogerse la demanda de oposición fundada en la causal prevista en el primer párrafo del número 2° del artículo precedente, el tribunal suspenderá la ejecución subsistiendo los embargos y las demás medidas adoptadas para garantizar la ejecución.

“De acogerse la demanda de oposición fundada en la causal prevista en el párrafo cuarto del numeral dos del artículo precedente, proseguirá el procedimiento de apremio en todo lo demás.”

Entonces, si el tribunal acogiere la demanda de oposición respecto a la Ejecución Provisional de una sentencia de condena de una obligación no dineraria, que una vez ejecutada haga imposible o muy difícil de restablecer el estado anterior a la ejecución, el tribunal suspenderá la ejecución, subsistiendo los embargos y demás medidas adoptadas para garantizar la ejecución.

En caso contrario, si el tribunal estimare que no concurre en la especie la imposibilidad o dificultad alegada, tendrá la facultad de establecer una caución al ejecutante. Caución que tiene por finalidad garantizar los eventuales daños y perjuicios que podría traer consigo la ejecución en cuestión. No obstante, también podría estimar que no es necesaria dicha caución, toda vez que, tal y como hemos señalado, se trata de una facultad del juez.

Respecto a la oposición a una medida concreta en la Ejecución Provisional de sentencias de condena dineraria, la Ejecución Provisional seguirá su curso respecto

al resto de las actuaciones que no fueron motivo de la oposición. Debiendo tenerse en consideración en este punto, las medidas o actuaciones ejecutivas posibles que el ejecutado propone para sustituir la medida concreta a la cual se opuso, continuando la Ejecución Provisional en los términos en que se aceptaron dichas medidas alternativas.

Sobre las otras dos causales de oposición que se señalan respecto a las sentencias de condena no dinerarias nada dice el artículo 239 del Proyecto, en caso de que se dé lugar a la oposición. Para determinar los efectos de la resolución que acoge la oposición en estos dos casos, debemos remitirnos a las normas del Juicio Ejecutivo. El Proyecto en su artículo 441, señala en su inciso segundo que:

“Si el tribunal acogiere íntegramente una causal de oposición se aplicará lo establecido en los incisos tercero y cuarto del artículo anterior.”

Y el artículo 440 del Proyecto, en sus incisos tercero y cuarto, señala:

“Si el defecto no fuere subsanable o no se enmendare dentro del plazo señalado, por el sólo ministerio de la ley se entenderá terminado el procedimiento y quedarán sin efecto la decisión de ejecución y las medidas de apremio, debiendo el tribunal, de oficio o a petición de parte, dictar una resolución que dé cuenta de ello.

“Si en el evento previsto en el inciso anterior se tratare de la Ejecución Provisional de una sentencia, el ejecutado además deberá ser reintegrado a la situación anterior en conformidad en el artículo 241.”

De esta manera, y en virtud de los artículos transcritos anteriormente, si se acoge íntegramente la causal de oposición a la Ejecución Provisional por las causales del artículo 238 número 1 -sentencia en que no procede Ejecución Provisional- y artículo 238 número 3 -causales de oposición del juicio ejecutivo ordinario- se entenderá terminado el procedimiento de Ejecución Provisional, quedando sin efecto la decisión

de ejecución y medidas de apremio, debiendo dictar el tribunal una resolución que dé cuenta de todo esto. Y además, el ejecutado deberá ser reintegrado a la situación anterior del artículo 241 del Proyecto, es decir, el ejecutante deberá devolver lo percibido en virtud de la Ejecución Provisional y además, indemnizar los perjuicios ocasionados con motivo de la ejecución.

e.iv) RECURSOS QUE PROCEDEN RESPECTO A LA RESOLUCIÓN QUE SE PRONUNCIA SOBRE LA OPOSICIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL.-

Las normas del Proyecto que regulan la Ejecución Provisional nada señalan respecto a este punto. No obstante, nuevamente debemos remitirnos a las normas de la ejecución ordinaria:

“Art. 442.- Recursos en contra de la resolución que se pronuncia sobre la demanda de oposición. La sentencia definitiva que se pronuncie sobre la demanda de oposición será apelable. La concesión de este recurso no suspenderá la ejecución, salvo en los casos previstos en el artículo 238.”

Entonces la sentencia que se pronuncia respecto a la oposición de la Ejecución Provisional es susceptible de apelación, suspendiendo la Ejecución Provisional en caso de ser interpuesto. Llama la atención que la apelación se conceda con efecto suspensivo, pues sumaría una carga extra al ejecutante para poder seguir adelante con la Ejecución Provisional.

CAPITULO V. EFECTOS DE LA CONFIRMACIÓN O REVOCACIÓN DE LA SENTENCIA CONDENATORIA EJECUTORIADA PROVISIONALMENTE.-

Recordemos que la Ejecución Provisional mantiene dicha condición mientras la sentencia condenatoria no se encuentre firme o ejecutoriada. Entonces, es de suma importancia determinar los efectos que tendrá sobre la Ejecución Provisional el fallo del recurso interpuesto en contra de la sentencia condenatoria. La sentencia podría ser confirmada, revocada o parcialmente confirmada.

a) LA SENTENCIA CONDENATORIA ES CONFIRMADA.

El artículo 240 del Proyecto señala: *“Confirmación de la resolución provisionalmente ejecutada. Confirmada y ejecutoriada la sentencia de cuya Ejecución Provisional se trata, la ejecución continuará con carácter definitivo en lo que se encontrare pendiente, siendo plenamente eficaces todas las actuaciones que se hubiesen verificado conforme a derecho durante la Ejecución Provisional.”*

Entonces, confirmada la sentencia condenatoria y ejecutoriada ésta, la Ejecución Provisional pasará a ser ejecución ordinaria, siendo eficaces todas las actuaciones que se concretaron durante la etapa de Ejecución Provisional y siguiendo la ejecución con carácter definitivo en aquellas actuaciones que se encontraran pendientes.

No se trata de que los actos realizados durante la Ejecución Provisional no sean eficaces, toda vez que dichos actos son válidos plenamente; por el contrario, lo que se desprende del Proyecto es que dichas actuaciones dejan de estar sometidas a la condición resolutoria a la que se encontraban condicionados dichos actos: que la sentencia condenatoria fuere revocada o modificada afectando el cumplimiento provisional. Al confirmarse, la condición resolutoria se encuentra fallida, por lo que los actos realizados serán firmes.

b) LA SENTENCIA CONDENATORIA ES REVOCADA.

“Art. 241.- Término de la ejecución provisional, derecho a la devolución y la indemnización por daños y perjuicios. Si la sentencia ejecutada provisionalmente fuere revocada, modificada o anulada, se dejará sin efecto la ejecución, debiendo retrotraerse el proceso al estado anterior a ésta. Con todo, si la revocación, modificación o anulación fueren parciales, el juez regulará prudencialmente los términos en que el proceso deba volver al estado anterior.

Nos encontramos ante la situación en que se cumple la condición resolutoria a la cual se encontraba sometida la Ejecución Provisional: que se revoque la sentencia condenatoria no ejecutoriada o se modifique afectando sustancialmente dicha ejecución, o se anule.

El proyecto señala que producto de la revocación, modificación o anulación de la sentencia condenatoria, el proceso deberá retrotraerse al estado anterior a la Ejecución Provisional. Además de dejar sin efecto la Ejecución Provisional, el ejecutante, deberá hacer la devolución de lo percibido y tendrá que indemnizar los perjuicios derivados de la Ejecución Provisional.

Así lo señala el inciso segundo del artículo 241: *“Quien hubiere solicitado la ejecución provisional deberá proceder a la devolución de lo percibido, en su caso, y estará obligado a compensar los perjuicios ocasionados al ejecutado con motivo de la ejecución”*. Para realizar dicha devolución y compensación de los perjuicios ocasionados, el Proyecto se encarga de regular dichas situaciones distinguiendo si se trata de una condena dineraria o no dineraria:

“1. Si el pronunciamiento provisionalmente ejecutado fuere de condena al pago de dinero y se revocara, modificara o anulara totalmente, el ejecutante deberá devolver la cantidad que, en su caso, hubiere percibido, así como reintegrar al ejecutado las

costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado. Si la revocación, modificación o anulación de la sentencia fuese parcial, sólo se devolverá la diferencia entre la cantidad percibida por el ejecutante y la que resulte de la confirmación parcial, con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia, desde el momento de la percepción y hasta la devolución efectiva. En ambos casos, procederá el pago de interés corriente para operaciones de crédito de dinero no reajustables.

“2. Si la resolución revocada, modificada o anulada, hubiere condenado a la entrega de un bien determinado, se restituirá éste al ejecutado, bajo el mismo título con que se hubiere poseído o tenido, más las rentas, frutos o productos, o el valor pecuniario de la utilización del bien. Si la restitución fuese imposible, de hecho o de derecho, el ejecutado podrá pedir que se le indemnizen los daños y perjuicios causados.

“Si la sentencia revocada, modificada o anulada contuviese condena a una obligación de hacer y ésta hubiere sido realizada, se podrá pedir que se deshaga lo hecho, de ser ello posible, y, en todo caso, que se indemnizen los daños y perjuicios causados.

“3. El tribunal que hubiese decretado la ejecución provisional deberá dictar todas las resoluciones que sean pertinentes para los efectos de dar cumplimiento a las medidas de restitución contemplada en los números precedentes.”

Entonces podemos distinguir entre tres situaciones a la hora de que se revoque la sentencia definitiva condenatoria que sirvió de título para la Ejecución Provisional:

i) Situación en que se revoca la sentencia de pago de dinero, el ejecutante se encontrará obligada a:

1. Devolver lo percibido en virtud de la sentencia ejecutada provisionalmente.

2. Restituir las costas en las que incurrió el ejecutado en relación a la ejecución provisional.
3. Indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al ejecutado, en virtud del cumplimiento provisional de la sentencia.
4. Además, deberá pagar el pago del interés corriente para operaciones de crédito de dinero no reajustables.

En caso de que la revocación o modificación sea parcial, se debe devolver la diferencia entre lo percibido por el ejecutante y la parte confirmada de la sentencia.

ii) Situación en que se revoca una sentencia en que se condena a la entrega de un bien determinado, el ejecutante deberá:

1. Restituir la cosa al ejecutado, bajo el mismo título con que se hubiere poseído o tenido.
2. Además deberá hacer entrega de las rentas, frutos y el valor pecuniario equivalente a la utilización de la bien.
3. Si resultare imposible la restitución, ya sea de hecho o de derecho, indemnizar los daños y perjuicios.

iii) Situación en que se revoca, modifica o anula una sentencia que contiene una condena de obligación de hacer, y dicha acción se hubiera realizado:

1. Si fuere posible, se debe deshacer lo hecho.
2. En todo caso, que se indemnicen los daños y perjuicios derivados de la Ejecución Provisional.

Para llevar a cabo todas las acciones pertinentes que digan relación con las restituciones señaladas anteriormente, será competente el tribunal que decretó la Ejecución Provisional.

Vistos los efectos que traerían consigo la revocación, modificación o anulación de la sentencia ejecutada provisionalmente, llama la atención lo que sucede respecto a la hipótesis de nulidad de la sentencia. Hemos dicho a lo largo de este trabajo que la Ejecución Provisional podría catalogarse como una ejecución sometida a una condición resolutoria: que la sentencia condenatoria ejecutoriada provisionalmente no se revoque, modifique o anule. Ante las hipótesis de modificación y revocación de la sentencia, parece claro que nos encontramos ante una ejecución sometida a una condición, y en virtud de aquello, si se cumple la condición deberá dejarse al deudor ejecutado provisionalmente en la misma posición que se encontraba con anterioridad a la Ejecución Provisional. Cuestión que no parece del todo clara, cuando hablamos de nulidad, toda vez que se podría confundir con uno de los efectos propios de la nulidad jurídica y en especial, de la nulidad procesal: retrotraer el proceso al estado anterior al acto nulo.

A mi parecer, concurren dos efectos que si bien son similares, cada cual corre por carriles diferentes. Por un lado, encontramos el efecto retroactivo dado por la nulidad. En este caso además debemos distinguir entre dos situaciones: se anula la sentencia o se anula el procedimiento y la sentencia⁸⁰. Si se anula la sentencia, el tribunal dictará una nueva sentencia. Si se anula el procedimiento y la sentencia, el tribunal deberá indicar la etapa procesal en que se continuara el juicio y remitirá los autos a un tribunal no inhabilitado para que de curso progresivo al procedimiento. Como podemos observar, si se anula la sentencia, el efecto de dicha anulación dice relación con la dictación de una nueva sentencia, lo cual sólo importará a la Ejecución Provisional en caso de que la sentencia de condena sea modificada en parte o totalmente, por la sentencia de reemplazo, aplicándose las normas de restitución ya estudiadas. Distinto será el caso en que se anule el procedimiento, toda vez que arrastra tanto el procedimiento que dio origen a la sentencia que permitió ejecutar provisionalmente como también a la sentencia misma. El tribunal

⁸⁰ La nulidad de la sentencia se puede dar con motivo del recurso de apelación, el artículo 397 del proyecto de Código Procesal Civil Chileno señala : **Art. 397.- Nulidad de la sentencia.** Si el tribunal *ad quem* acogiere el recurso por una o más de las causales específicas invocadas por el recurrente, podrá limitarse a fundar su resolución en la causal o causales que le hubieren sido suficientes, y declarar si es **nulo o no el juicio y la sentencia**, o si solamente **es nula la sentencia**.

deberá señalar en que etapa procesal se deberá continuar el juicio anulado, retrotrayendo el procedimiento a dicha etapa. Entonces, en este caso, ¿qué pasa con la Ejecución Provisional de la sentencia anulada por infracción u omisión de garantías procesales dentro del procedimiento que le dio origen? ¿Estamos ante una ejecución sometida a condición o ante el efecto retroactivo propio de la nulidad procesal? A mi parecer, seguimos en la situación de una ejecución sometida a condición. En efecto, lo que se anula es el procedimiento que dio origen a la sentencia que sirvió de título ejecutivo para ejecutar provisionalmente y no la Ejecución Provisional propiamente tal, procedimiento de ejecución que no adolece de vicio alguno. Es por ello que sigue siendo ejecución sometida a condición: la condición de no ser revocada, modificada o anulada. Y en virtud de ello, se aplican las normas referentes a la situación de que se cumpla la condición resolutoria a la cual se encuentra sometida la ejecución.

Entonces por una parte, respecto a la anulación del procedimiento que dio origen a la sentencia ejecutada provisionalmente, se retrotraerá el juicio a la etapa que el tribunal superior señale (efecto propio de la nulidad procesal) y por otro lado, respecto a la Ejecución Provisional de la sentencia anulada, se deberán aplicar las normas de restitución propias de la condición resolutoria cumplida y que permiten dejar a las partes en una situación anterior a la de la Ejecución Provisional. Si aplicáramos las normas de nulidad procesal nos encontraríamos con que primero que todo, el proyecto no establece normas específicas respecto a la forma de realizar las restituciones que se deben hacer a causa de la nulidad, debiendo aplicarse las normas comunes de la nulidad civil (Artículo 1687 entre las partes y Artículo 1689 respecto a terceros). En segundo lugar, aplicaríamos la nulidad a un procedimiento de ejecución que no adolecería de vicio alguno y que va por una vía independiente al del proceso que fue declarado nulo. Parece lógico que para el caso de la sentencia anulada y que fue ejecutada provisionalmente, se apliquen las normas que el mismo proyecto ha establecido y que le dan la calidad de una ejecución sometida a condición. Tanto es así, que regula las restituciones que se deben hacer en caso de revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente, distinguiendo entre el tipo de

obligación a la que se había condenado y estableciendo una norma de cierre en el número 3 del artículo 241: El tribunal que dio lugar a la Ejecución Provisional, deberá dictar todas las resoluciones pertinentes que permitan dar cumplimiento a las restituciones señaladas en dicho artículo.

Respecto a la acción de indemnización de daños y perjuicios derivados de la Ejecución Provisional de una sentencia revocada, ya sea total o parcialmente, se deberá hacer valer ante el tribunal que pronunció la sentencia cuya Ejecución Provisional se deja sin efecto, según los plazos y procedimientos que se aplican respecto al inciso penúltimo del artículo 177 del PCPC. Dicho artículo, se encuentra dentro de las normas que regulan las medidas cautelares, y en específico, la indemnización de perjuicios derivada de la interposición dolosa o abusiva de éstas. El plazo será de seis meses para la interposición de la acción y el procedimiento aplicable será el del juicio sumario.

Ahora bien, es necesario precisar que si bien el Proyecto se remite a las normas de las medidas precautorias, sólo se aplican en cuanto al procedimiento y plazo. En efecto, no deben entenderse aplicable las normas referentes a las sanciones por interposición de medidas cautelares dolosas y abusivas, toda vez que no podríamos hablar de una Ejecución Provisional de esa naturaleza, pues el título ejecutivo es una sentencia definitiva dictada por un tribunal de justicia. Además, ya señalamos en este trabajo que la Ejecución Provisional no tiene la naturaleza jurídica de una medida precautoria.

En cuanto al fondo del asunto, esto es la restitución de los daños y perjuicios, deben ser aplicables las reglas generales aplicables a la indemnización de perjuicios.⁸¹

⁸¹ DE LA FUENTE HERNÁNDEZ, Nancy (2012). Ibidem.

CAPITULO VI. EFECTOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS.-

Realizado el análisis doctrinario y la forma en que la Ejecución Provisional se encuentra regulada dentro del Proyecto de Código Procesal Civil Chileno, pasaremos a determinar los eventuales efectos que podría traer consigo la aplicación de la Ejecución Provisional dentro de nuestro sistema procesal civil.

a. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.-

Podemos definir como Tutela Judicial Efectiva como *“el derecho fundamental que toda persona tiene a la prestación jurisdiccional, es decir, a obtener una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, haya planteado ante los órganos jurisdiccionales”*.⁸²

En otra definición, el profesor Celestino Salgado Carrero, señala que: *“El derecho a la tutela judicial efectiva, de forma sintética, no supone satisfacción de las pretensiones de fondo del justiciable, sino que consiste en que los Jueces y Tribunales le permitan acceder a la jurisdicción, ser oído, proponer y practicar prueba y obtener una resolución fundada en Derecho, que verse sobre las pretensiones planteadas en juicio”*⁸³.

Por tanto, estamos ante un verdadero derecho que tiene toda persona para obtener de parte de los tribunales de justicia, una sentencia fundamentada en derecho para la resolución de un conflicto de relevancia jurídica.

⁸² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (2009). El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XXII. P. 186.

⁸³ SALGADO CARRERO, Celestino. El derecho a la ejecución de las sentencias como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en Revista Poder Judicial 51 (Madrid,1998), pp. 69-136. Citado por SILVA ÁLVAREZ, Óscar. 2008. La Ejecución Provisional de las Sentencias. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXI.

Pero el derecho a la tutela judicial efectiva, no sólo dice relación con la posibilidad de acudir a un tribunal de justicia para obtener una sentencia favorable, también implica que dicha sentencia no quede sólo en una mera declaración, sin tener efectos materiales, que es lo que las partes finalmente buscan a la hora de hacer valer sus pretensiones. Es por ello que también se comprende dentro de la tutela judicial efectiva la posibilidad de ejecutar de manera pronta y sin mayores retardos la sentencia. Así las cosas *“el derecho a la tutela judicial efectiva exige también que el fallo judicial se cumpla en sus propios términos, pues sólo de esta manera el Derecho reconocido en el proceso se hace real y efectivo, garantizando así el pleno respeto a la paz y seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente. De lo contrario, las resoluciones judiciales se convertirían en meras declaraciones de intenciones.”*⁸⁴

Uno de los problemas que podemos identificar dentro del procedimiento civil chileno actual, es el tiempo que demora los tribunales de justicia en dictar sentencia definitiva.

Tenemos un sistema procesal que, en la práctica, tarda un tiempo importante en la resolución de un conflicto de trascendencia jurídica. De esta forma, *“es sin duda, la lentitud de los procesos uno de los aspectos más complejos presentes en nuestra actual justicia civil. Según uno de los pocos estudios existentes relativo a la duración promedio de los diversos procedimientos, la extensión de un juicio ordinario es en promedio de 2009 días, de un juicio ejecutivo, 785 días; y de un juicio sumario, 707 días. Si a lo anteriormente dicho unimos la idea que justicia retrasada es justicia denegada, la necesidad de reformar nuestra justicia civil se nos presenta como un profundo deber al cual debemos entregar nuestros mayores esfuerzos. La realidad descrita choca frontalmente con el anhelo y el deber de contar con una justicia civil pronta, eficaz y accesible a todo ciudadano común”*⁸⁵. De esta manera, *“sin temor a equivocarnos, puede decirse que el sistema ejecutivo nacional es lento e ineficiente y*

⁸⁴ PICÓ I JUNOY, Joan (2014). Los derechos del Ejecutante y el Ejecutado en la Ejecución Provisional. ¿Por cuál optamos?. En Revista Justicia año 2014 Número 2. Pág. 151.

⁸⁵ SILVA ALVREZ, Óscar (2008). Op. Cit. Pág. 370.

no brinda una eficaz tutela a los derechos del ejecutante. Con ello, el Estado de Chile descuida su deber, reconocido constitucionalmente, de dar protección adecuada a los derechos e intereses violados de aquél y cuyo restablecimiento exige a través del órgano jurisdiccional.”⁸⁶

Sumado al problema antes descrito, nos encontramos ante la imposibilidad de ejecutar de manera pronta la sentencia de condena, lo que aumenta considerablemente los tiempos para obtener de manera concreta y eficaz lo sentenciado por el juez en el caso concreto.

La tutela judicial efectiva también debe contemplar la posibilidad de que dicha ejecución sea pronta y en los términos que señala la sentencia, evitando que dicho pronunciamiento sea en la práctica inejecutable. En efecto, *“en un ordenamiento basado sobre el principio del Estado de Derecho todas las autoridades públicas, dentro del marco de sus competencias, deben atender las decisiones judiciales, así como dar impulso y ejecución a las mismas sin obstaculizar el sentido y alcance de la decisión ni retrasar indebidamente su ejecución.”⁸⁷*

Así las cosas, la Ejecución Provisional tiene por objetivo reducir los tiempos de ejecución de sentencias definitivas de condena permitiendo a la parte vencedora obtener la prestación a la que ha sido condenada la parte vencida sin mayores dilaciones y sin la necesidad de que la sentencia se encuentre firme o ejecutoriada, que es la regla general que impera actualmente en la legislación procesal civil.⁸⁸Lo

⁸⁶ HORMAZÁBAL R. Diego (2012) Tutela ejecutiva del crédito: Una mirada desde la eficiencia y eficacia de la ejecución de cara a la reforma del proceso civil. Revista Estudios Jurídicos y Justicia N°1 año 2012. Centro de Estudios Democracia y Justicia. P. 101

⁸⁷ PICÓ I JUNOY, Joan (2014). Op. Cit. P. 157.

⁸⁸ Debemos tener en consideración que la ejecución provisional por si sola puede ayudar a fortalecer la tutela judicial efectiva. No obstante, no es la única institución que debemos tener en consideración para cumplir con la garantía en comento. En efecto, siguiendo al profesor Diego Hormazábal, también podemos observar para una tutela efectiva de crédito las siguientes instituciones: 1. Desjudicialización de la fase no controvertida de la ejecución (oficial de ejecución); 2. Limitación del régimen de excepciones admisibles; 3. Mayor preocupación por la transparencia y determinación del patrimonio del ejecutado; 4. Procedimiento monitorio.

que permite lograr de manera más expedita los efectos materiales de la sentencia definitiva de condena y contribuyendo de esta forma a una tutela judicial efectiva.

Así también lo entiende el profesor Diego Hormazábal R. quién nos señala que: *“Ciertamente, la ejecución provisional sirve a la efectividad de los derechos declarados puesto que permite a la parte vencedora obtener de inmediato la ventaja o beneficio que importa el cumplimiento de lo reconocido en una sentencia judicial no firme”*.⁸⁹

El fundamento que explica la incorporación de la Ejecución Provisional radica *“en la particularidad que presenta la sentencia como título ejecutivo que surge como consecuencia de un debate anterior entre las partes, en el seno de un procedimiento declarativo previo, llevado a cabo con todas las garantías procesales.”*⁹⁰

De esta manera, la Ejecución Provisional se hace cargo de uno de los momentos jurisdiccionales que implican un mayor retardo, toda vez que la sentencia definitiva condenatoria viene precedida de un tiempo importante para su dictación dentro del procedimiento correspondiente, sumado a la interposición de eventuales recursos en contra de ella, impone una carga excesiva al litigante vencedor. Quizás por esto es que cobra mayor importancia la aplicación de instituciones que permitan facilitar y dar mayor celeridad a la ejecución de las sentencias condenatorias de primera instancia, Si bien, la Ejecución Provisional no actuará sola para lograr dicha finalidad, es un paso importante toda vez que se concentra en el momento jurisdiccional que más tarda en llegar: la ejecución. Todo esto debe ir de la mano de una sentencia condenatoria dictada dentro de un proceso que garantice calidad y eficacia. Lo que nos lleva a un segundo efecto que trae consigo la incorporación de la Ejecución Provisional, el fortalecimiento de la primera instancia.

⁸⁹ HORMAZABAL. R.(2012) Op. Cit.

⁹⁰ Mensaje de S.E. el Presidente de la República, nro. 004-360, con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil, de 12 de Marzo de 2012.

b. FORTALECIMIENTO DE LA PRIMERA INSTANCIA.

Otro de los efectos de la incorporación de la Ejecución Provisional al sistema procesal chileno, dice relación con el fortalecimiento de la primera instancia.

El PCPC contempla una serie de modificaciones que permiten al juez civil tener mayor contacto con las partes involucradas en el proceso, como también respecto a la prueba incorporada en éste, predominando los principios de oralidad e intermediación. Lo que traería consigo una mayor calidad de justicia.

Así también lo señala el Mensaje del Proyecto en estudio, que justifica la incorporación de la Ejecución Provisional *“en la particularidad que presenta la sentencia como título ejecutivo que surge como consecuencia de un debate anterior entre las partes, en el seno de un procedimiento declarativo previo, llevado a cabo con todas las garantías procesales”*⁹¹. En el mismo sentido, el profesor Diego Palomo Vélez, señala que *“lo que está detrás de la propuesta de incorporar la ejecución provisional de las sentencias es intentar sacar el máximo provecho posible a la mayor preocupación que ahora se pretende tendrá en el proceso de conformación de la respuesta jurisdiccional, con un juez efectivamente presente y partícipe ya desde una fase temprano del trayecto procesal, y con intervinientes que desde la contradicción procesal deberán contribuir en lograr que la información que se incorpore al juicio sea lo más fiable posible para de esa forma obtener una sentencia de mayor calidad que permita reforzar la importancia del enjuiciamiento de primera instancia, y como consecuencia, potenciar la posición procesal de la parte gananciosa de dicha instancia.”*⁹²

Por otra parte, una amplia doctrina señala que la eficacia de la sentencia de primera instancia se verá ampliamente favorecida toda vez que la Ejecución Provisional traería como consecuencia la disuasión de la interposición de recursos injustificados.

⁹¹ Mensaje de S.E. el Presidente de la República, nro. 004-360, con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil, de 12 de Marzo de 2012.

⁹² PALOMO VELEZ, Diego (2012). Op. Cit. P. 202

En realidad “se trata de una apreciación que surge con mucha naturalidad. En efecto, si se entiende el uso del recurso como una manera de dilatar el cumplimiento de la sentencia, eliminándose dicho efecto, y permitiendo la ejecución provisional de la resolución impugnada, resulta plausible estimar que la parte vencida desistirá de su deseo de impugnar la resolución, salvo que estime que el recurso tiene buenas posibilidades de ser acogido”.⁹³ Por otro lado, “al reducirse la cantidad de casos por resolver, la instancia de revisión se encontraría en condiciones de brindar mayor tiempo y esfuerzo a quienes decidan transitarla.”⁹⁴

Ahora bien, parece ser que dichas afirmaciones parecen ser más un deseo que la realidad misma. En efecto, no existen antecedentes que nos permitan afirmar que en virtud de la Ejecución Provisional se reducirían los recursos injustificados, y de paso, fortalecerían la sentencia de primera instancia. Así lo señala Francisco Ramos Romeu: “no existe en la literatura procesal o socio jurídica un estudio empírico bien hecho de cuán frecuente es este comportamiento en la realidad, lo que obviamente sería deseable conocer. No hay que descartar que se trata de un comportamiento imposible o muy difícil de medir.”⁹⁵ Cuestión que analizaremos en mayor profundidad en el siguiente literal.

Lo que existe en realidad es un problema de política legislativa. En efecto, el legislador opta por otorgar mayor eficacia a las sentencias definitivas condenatorias de primera instancia, para una mayor celeridad en la ejecución de las sentencias y una posibilidad más pronta para el vencedor de obtener la prestación ganada en juicio. Lo que, de paso, entrega –como señalé– mayor eficacia a la sentencia de primera instancia, pues servirá de título ejecutivo perfecto, para poder iniciar el procedimiento de apremio correspondiente. No obstante, ello no implica que el

⁹³ SILVA ALVAREZ, Óscar. (2008) Op. Cite. P. 380.

⁹⁴ OTEIZA, Eduardo y SIMON, Luis María, (2008). “La ejecución provisional de la sentencia civil”. XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Lima, Fondo Editorial Universidad de Lima. Colecciones Encuentro, Primera Edición. P. 527.

⁹⁵ RAMOS ROMEU, Francisco (2006) ¿Reduce realmente la ejecución provisional la interposición de recursos injustificados? Revista para el Análisis del Derecho. P. 4

perdedor no pueda interponer recursos, toda vez que el único derecho que podría ejercer para revertir la resolución es mediante éstos, además “*su existencia es una vía para la mejora y establecimiento de la jurisprudencia, por mencionar sólo un aspecto*”⁹⁶. Un sistema procesal justo requiere tanto una tutela judicial efectiva como también la posibilidad de recurrir las resoluciones judiciales. No obstante, será una cuestión de política legislativa el quién deberá soportar la carga de los tiempos en el proceso, ya sea el vencedor o el vencido. El tema lo dejamos planteado, y será analizado con mayor profundidad en los siguientes capítulos.

A mi parecer, el efecto atribuido a la Ejecución Provisional de la sentencias en el sentido que de que fortalecería la primera instancia, parece ser más bien un efecto del nuevo sistema de justicia civil que se busca implementar en Chile, más que un efecto de la institución en estudio. La mayoría de las modificaciones propuestas en el proyecto apuntan a una mayor interacción entre los sujetos procesales y especialmente, la interacción que tendrá el juez con la prueba al incorporar el principio de inmediación al procedimiento civil. Como consecuencia de todo esto, parece conveniente que la sentencia definitiva dictada por el juez que tiene mayor acercamiento al asunto controvertido, su prueba y partes intervinientes, sea elevada a la calidad de título ejecutivo para solicitar la Ejecución Provisional. Entonces, podemos señalar que la Ejecución Provisional es una consecuencia del fortalecimiento del rol del juez dentro del procedimiento civil, pues si obtenemos una sentencia de mayor “calidad”, parece necesario no someter a mayores dilaciones la ejecución de ésta.

c. PERMITE RESTABLECER EL PROPÓSITO DE LA INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS.-

Según lo señalado por el Informe preparado para la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en el marco de la discusión del

⁹⁶ SILVA ALVAREZ, Óscar. (2008) Op. Cit. P. 380.

Proyecto que analizamos, uno de los objetivos de incorporar la Ejecución Provisional es restablecer el propósito auténtico de la interposición de los recursos. El informe indica que *“si bien no es la razón principal, algunos autores, han planteado que en el procedimiento civil chileno, se ha tendido a desvirtuar los fines propios asignados a los recursos judiciales, los que en muchos casos han perseguido el dilatar la decisión final del asunto y como consecuencia, retardar la ejecución de la sentencia.”*⁹⁷ Lo que se quiere decir es que uno de los efectos que traería consigo la implementación de la Ejecución Provisional, sería la reducción de interposición de recursos dilatorio. En efecto, al poder ejecutarse provisionalmente la sentencia, no tendría razón de ser la interposición del recurso meramente dilatorio, pues precisamente, lo que se buscaba a través de ello, era demorar la ejecución, aún si existieran pocas probabilidades de revocarla. Al parecer, este sería el criterio que tomo el informe antes citado, para señalar el por qué se restablecería la verdadera función de los recursos.

Algo similar ocurre con motivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español, donde la doctrina ha señalado que un efecto fundamental de la Ejecución Provisional es la disminución de la interposición de recursos injustificados. Así, por ejemplo, Garberí Llobregat señala que la finalidad de la Ejecución Provisional es evitar *“en lo posible la interposición de recursos temerarios o infundados”*⁹⁸. En el mismo sentido, Díaz Martín dice que *“la finalidad propia de este instituto es conseguir la eficacia inmediata de la resolución judicial, y al propio tiempo evitar la utilización de los recursos como táctica meramente dilatoria”*⁹⁹.

No obstante, lo anterior, esto no está del todo claro. Es más, para Francisco Ramos Romeu estas afirmaciones, si bien abundan, *“se hacen sin aportar ningún dato*

⁹⁷ Ejecución Provisional de la Sentencia. Informe Elaborado para la Comisión Permanente de Constitución, Legislación y Justicia, de la Cámara de Diputados en el marco de la discusión del Proyecto de Ley que Establece el nuevo Código Procesal Civil. Boletín 8197-07 en Primer Trámite. 22 de Agosto de 2012.

⁹⁸ Citado por RAMOS ROMEAU, Francisco (2006) Op. Cit. P. 4

⁹⁹ Citado por RAMOS ROMEAU, Francisco (2006) Op. Cit. P. 4

objetivo y se basan, meramente, en la experiencia subjetiva de cada autor"¹⁰⁰. De esta manera *"no sólo no está claro que, después de cinco años de funcionamiento de la LEC 2000, hayan disminuido los recursos "meramente dilatorios", es decir, recursos que no pueden prosperar pero que se interponen para ganar tiempo, sino que, incluso teóricamente, no se ve por qué el deudor va a dejar de interponer un recurso, si ésta es la única vía que tiene para minimizar el revés que ha sufrido con la sentencia."*¹⁰¹

En virtud de lo anterior, el Profesor Francisco Ramos Romeu señala que existirían tres teorías que permitirían explicar el por qué la Ejecución Provisional reduciría la interposición de recursos injustificados, y nos indica la importancia práctica que tienen éstas a la hora de determinar si efectivamente la Ejecución Provisional tiene dicho efecto.

La primera es la teoría de la Insolvencia o del periculum in mora, la cual postula que *"la ejecución provisional reduce los recursos injustificados porque el demandado condenado, aunque sabe que no tiene razón, sin ejecución provisional busca el recurso para ganar tiempo a fin de poner sus bienes a buen recaudo, cosa que no podría hacer cuando exista ejecución provisional"*¹⁰². Ramos Romeu, señala, en primer lugar, que debe ser infrecuente que se interponga un recurso para crear insolvencia, toda vez que dicha insolvencia podría crearse durante la primera instancia, existiendo un tiempo más que suficiente para realizar actos que permitan al ejecutado desprenderse de su patrimonio durante esa etapa, atendido el tiempo de respuesta que tienen los tribunales. En segundo lugar, matizando dicha teoría, y haciendo referencia a la legislación española, si el ejecutado libera su patrimonio o parte de su patrimonio en perjuicio del acreedor, podríamos estar ante el tipo penal de alzamiento de bienes, por lo que existiendo o no Ejecución Provisional, puede darse el tipo penal tanto en primera instancia existiendo sentencia condenatoria con un recurso posterior probablemente injustificado o durante la segunda instancia,

¹⁰⁰ RAMOS ROMEAU, FRANCISCO (2006) Op. Cit. P. 5.

¹⁰¹ Ibidem. P. 5.

¹⁰² Ibidem. P. 6.

donde claramente el recurso sería injustificado. Entonces, *“el comportamiento y el estado mental que requiere puede ser castigado penalmente”*.¹⁰³ En tercer lugar, nos señala el autor, la teoría en comento se ve matizada, por la posibilidad del acreedor de solicitar medidas cautelares, que evitarían situaciones de frustración de la tutela judicial.

La segunda, es la llamada teoría de la rentabilidad, la que indica que *“sin ejecución provisional, el demandado puede obtener una rentabilidad de tener el dinero en sus propias manos durante el recurso, que le compensa por el hecho de que deberá abonar intereses cuando se dicte sentencia definitiva, además de asumir otros gastos procesales, lo que no puede hacer cuando existe la ejecución provisional”*¹⁰⁴. Para el autor, esta teoría para explicar el por qué la Ejecución Provisional reduciría la interposición de recursos, también debería tener una importancia limitada. En efecto, Ramos Romeau, nos indica que si bien es cierto tener los bienes dentro de su patrimonio por el transcurso del recurso implica una rentabilidad para el ejecutado, también no es menos cierto que interponer el recurso y más aún si es injustificado, acarrearía más costos que beneficios, como por ejemplo el pago de abogados e incluso de las costas de la contraria.

En tercer lugar, el autor sugiere la teoría de la acomodación, la cual indica que *“el tribunal que conoce el recurso, en comparación con el escenario en que no existe ejecución provisional, se mostrará muchos menos proclive a revocar la sentencia de instancia cuando ésta ya se ha ejecutado provisionalmente, por los gastos extras en que incurriría la Administración de Justicia para revocar la ejecución provisional y la posible responsabilidad personal del juez y del Estado por los daños que se hubieran causado al condenado injustamente.”*¹⁰⁵. Por tanto, el ejecutado al saber que tendrá grandes posibilidades de perder, y ya iniciada la Ejecución Provisional, no interpondrá el recurso, por todos los costos que conlleva, es decir, sólo lo interpondrá cuando tenga un nivel de convencimiento tal, que permita revocar la sentencia. No

¹⁰³ RAMOS ROMEAU, Francisco (2006) Op. Cit. P. 8.

¹⁰⁴ Ibidem. P. 7.

¹⁰⁵ Ibidem. P. 7.

obstante, siguiendo al profesor Ramos Romeau, normalmente la tramitación de recursos en España se lleva a cabo sin el conocimiento de la existencia de la Ejecución Provisional, lo que no influye en la decisión del tribunal de mayor jerarquía.

Finalmente Ramos Romeu elabora un modelo teórico respecto a recurrir o no a una resolución judicial. Llegando a la conclusión que *“la introducción o facilitación de la ejecución provisional no tiene ningún efecto, o no tiene ningún efecto práctico importante, más allá de un caso marginal, sobre los incentivos del demandado para interponer un recurso”*¹⁰⁶. De esta manera, *“el motivo principal que está detrás de esta conclusión es que el recurso es el único mecanismo que tiene en sus manos un demandado para minimizar el revés que ha sufrido por la sentencia dictada”*, toda vez que cuando *“el legislador prevé recursos, el litigante los utiliza hasta donde se le permita”*¹⁰⁷.

Ahora bien, el trabajo realizado por el profesor Ramos no está en contra de la Ejecución Provisional: *“aunque su introducción o facilitación no disminuya los recursos injustificados, es deseable que exista y que sea posible puesto que constituye una dimensión fundamental de una tutela efectiva, al acercar el momento de disfrute del derecho al momento de la obtención de la sentencia”*¹⁰⁸.

Como podemos ver, la experiencia española indica que la Ejecución Provisional no disminuiría el número de recursos injustificados o temerarios, por más que la gran mayoría de la doctrina señale que ello si ocurre. Incluso el mensaje del Proyecto de Código Procesal Civil Chileno, así lo afirma. Difícil puede resultar imaginar que la parte vencida no haga uso de los recursos que la misma ley otorga, para revocar o modificar la sentencia, pues es la única forma que tendrá para impugnar el resultado del juicio.

¹⁰⁶ Ibidem. P. 6.

¹⁰⁷ Ibidem. P. 26.

¹⁰⁸ Ibidem. P. 27.

Por tanto, en virtud de todo lo señalado anteriormente, debemos poner en duda que la Ejecución Provisional reduzca la interposición de recursos injustificados. Recursos y Ejecución Provisional son dos instituciones que se relacionan pero que obedecen a circunstancias distintas. En efecto, la interposición de un recurso en contra de una sentencia definitiva de condena de primer grado, es el derecho que le otorga la ley a la parte vencida para revocar, modificar ya sea total o parcialmente la sentencia recurrida. Ante la posibilidad de que dicho recurso retarde el cumplimiento de una sentencia dictada por un tribunal que actúa bajo los principios y supuestos que buscan regir en el procedimiento civil, el legislador traslada la carga de soportar el tiempo que demora la resolución del recurso al litigante perdedor. Permitiendo de esta manera, al litigante vencedor ejecutar la sentencia condenatoria de primera instancia. Entonces, siendo o no el recurso dilatorio, la sentencia se podrá ejecutar de igual manera, apoyado en el argumento de política legislativa que dice relación con que la mayoría de las sentencias recurridas son confirmadas y las menos revocadas, y con mayor razón si las sentencias en este nuevo procedimiento civil serían de “mayor calidad”.

No obstante lo anterior, el litigante perdedor podrá intentar de igual manera el recurso que por ley, tiene derecho a ejercer. Por tanto, la Ejecución Provisional, más que intentar reducir la interposición de recursos dilatorios, viene a proteger al litigante vencedor que obtuvo una sentencia condenatoria en primera instancia, permitiéndole ejecutar provisionalmente la sentencia condenatoria a pesar de la interposición de recursos, revirtiendo lo que existe en la actualidad en el sentido que quién se lleva la carga al momento de la interposición del recurso es la parte que obtuvo la sentencia a su favor, no permitiéndole ejecutar la sentencia sino hasta se encuentre firme y ejecutoriada, sea dilatorio o no el recurso.

Esta es la verdadera trascendencia de la Ejecución Provisional frente a los eventuales recursos que se pueden interponer en contra de la sentencia de primer grado condenatoria. Recordemos que la Ejecución Provisional permite la ejecución

de sentencias no ejecutoriadas, y éstas se encontrarán en dicha calidad desde el momento en que se encuentren pendientes recursos en contra de ella.

d. ADECUACIÓN DE LA NORMA A LA REALIDAD.-

La legislación nacional procesal actualmente establece como regla general el cumplimiento de sentencias ejecutoriadas y la apelación en ambos efectos. No obstante lo anterior, en la práctica, esta regla ha pasado a ser excepción, toda vez que hay una gran cantidad de excepciones a ella.

Así lo señala también el Mensaje del Proyecto: *“La consagración de esta institución - la ejecución provisional- no viene sino a reconocer lo que ocurre en la actualidad, por cuanto, no obstante que el Código de Procedimiento Civil establece como regla general el cumplimiento de sentencias ejecutoriadas y la apelación en ambos efectos, la cantidad de excepciones a dicho principio ha importado, en la práctica, una aplicación inversa de esta regla. Esto es, predominan hoy las sentencias que causan ejecutoria y que como tales, pueden cumplirse antes de encontrarse firmes o ejecutoriadas.”*¹⁰⁹ Hoy en día son más las sentencias que causan ejecutoria, esto es, aquellas sentencias *“que pueden cumplirse una vez dictadas, no obstante, los recursos pendientes”*¹¹⁰. Así, se *“suele señalar como ejemplos dos casos: 1.- Cuando la apelación se concede en el sólo efecto devolutivo y 2.- Cuando se interpone un recurso de casación (artículo 773 del C. de P.C)”*¹¹¹.

Por otro lado, las estadísticas señalan una serie de aspectos que harían preferible optar por una Ejecución Provisional. El mensaje del Proyecto que da origen al CPCC, señala que *“la opción por este procedimiento se sustenta en recientes datos estadísticos conforme a los cuales una gran mayoría de las sentencias que se dictan no son impugnadas y, de las que a su turno lo son, también una elevada mayoría*

¹⁰⁹ Mensaje de S.E. el Presidente de la República, nro. 432-359, con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil, de 12 de Marzo de 2012.

¹¹⁰ CASARINO, Mario. Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile, año 2005. P 99.

¹¹¹ DE LA FUENTE HERNANDEZ, Nancy. (2012) Op. Cite. P. 220

son confirmadas por las Cortes.”¹¹² Complementando lo anterior, el profesor Raúl Tavolari, a propósito del debate dado en el marco de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, señala: “que de acuerdo a la experiencia, en el ámbito de las sentencias de primera instancia condenatorias pronunciadas en juicios declarativos, el índice de revocación de las mismas no pasaba del 25%, lo que en otras palabras significaba que de cada cien sentencias, setenta y cinco eran confirmadas, por lo que el temor que se expresa frente al establecimiento de esta institución -la ejecución provisional-, solo podría afectar a un universo de sentencias que no excede la cuarta parte de las que se pronuncian. Siguiendo con su análisis, señaló que de este 25% cabría preguntarse cuántas de ellas se han revocado en contra de sujetos insolventes o que no están en condiciones de pagar; suponiendo que la mitad se encontrara en esta situación, se estaría llegando a un 12,5% de las sentencias pronunciadas y si de este 12,5% solo la mitad cuenta con patrimonio en el que puede hacerse efectiva la obligación, se estaría llegando a que solamente un 6,25% de las sentencias pronunciadas y ejecutadas podría causar algún perjuicio efectivo.”¹¹³

Ahora bien, no todos se encuentran de acuerdo con el criterio adoptado por el legislador para incorporar la Ejecución Provisional en la legislación procesal civil chilena. Se señala que crear leyes en base a estadística, podría traer consigo una serie de dificultades, toda vez que se podrían dejar de lado un importante número de casos que pueden quedar fuera, pues precisamente la estadística sólo muestra un porcentaje de ocurrencia de un hecho, cuestión que sólo se verificaría posteriormente en la realidad, lo que traería consigo que muchos procedimientos de Ejecución Provisional tendrían como fundamento una sentencia condenatoria errónea. De esta manera estaríamos frente a “una propuesta donde la probabilidad y las estadísticas gubernamentales quieren admitir que el error judicial contenido en un

¹¹² Mensaje de S.E. el Presidente de la República, nro. 432-359, con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil, de 12 de Marzo de 2012.

¹¹³ INFORME PARA LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA RECAIDO EN EL PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL.

fallo de primera instancia cuente con el mismo nivel de certeza jurídica que, hasta ahora, sólo lograba una sentencia firme y ejecutoriada."¹¹⁴

Para el profesor Alejandro Romero Seguel, la construcción de la Ejecución Provisional se asemeja al juego de dados. En efecto, *"por el hecho de que las estadísticas indiquen que x número de sentencias se confirmen por las Cortes, se está dispuesto a que n número de condenados soporten el peso de la ejecución, aunque luego terminen absueltos"*.¹¹⁵ Lo que traería como consecuencia que la reforma se modela bajo la premisa que *"una sentencia de primera instancia es un título ejecutivo que debe ser considerado como perfecto, aunque contenga una declaración de derecho errónea o aberrante"*.¹¹⁶

No obstante las críticas antes señaladas, no debemos olvidar que a la hora de crear leyes también influyen argumentos de política legislativa. El objetivo principal de la Reforma es lograr una tutela judicial efectiva, y dentro de las instituciones que servirán para ello, se encuentra la Ejecución Provisional. En este contexto no podemos negar los riesgos que podría traer consigo la aplicación de la institución en estudio, sino que *"teniéndolos a la vista y reconociéndolos, se sopesan y se asume en la propuesta (no se entendería de otra forma) que los beneficios de consagrar la ejecución provisional de las sentencias son claramente mayores que sus posibles inconvenientes o problemas de aplicación"*.¹¹⁷ Riesgos que *"deben asumirse en aras de la efectividad de la tutela judicial y de la necesaria protección del crédito"*.¹¹⁸ Situación similar ocurrió en el Derecho Procesal Español, con motivo de la LEC en que *"la alta tasa de estimación de las demandas y la escasa prosperabilidad de los recursos de apelación, unido a la larga duración de la ejecución, aconsejó articular un sistema procesal favorable a la ejecución provisional de las sentencias de primera instancia para que, de recurrirse, se pueda ganar tiempo a la ejecución."*¹¹⁹

¹¹⁴ ROMERO SEGUEL, Alejandro (2012) Op. Cite. P. 312.

¹¹⁵ Ibidem. P. 315.

¹¹⁶ Ibidem. P. 316.

¹¹⁷ PALOMO VELEZ, Diego. (2012) P. 203.

¹¹⁸ Ibidem. Pá 204.

¹¹⁹ PICÓ I JUNOY, Joan (2014). Op. Cit. P. 165.

Así, los casos que en la realidad jurídica podrían concurrir dentro del procedimiento civil que corresponden a una minoría dentro de un universo mayor de situaciones, se asumen como un riesgo, del todo aceptable, en favor de la Ejecución Provisional, siendo el precio a pagar para lograr una tutela judicial efectiva de la parte vencedora en primera instancia, evitando retardos en la ejecución de la sentencia, aun siendo recurrida ésta. No obstante lo anterior, también será tarea del legislador y de quienes apliquen las normas en comento, encontrar los mecanismos necesarios que permitan equilibrar el instituto en estudio, no debiendo ser una aplicación absoluta de la Ejecución Provisional, permitiendo cierto margen de actuación al juez, para sopesar las cuestiones de hecho que dejan a la vista las particularidades del caso concreto, y de esta forma reducir el número de situaciones arbitrarias y que lleven a la total desprotección del ejecutado provisionalmente.

CAPITULO VII. CRITICAS A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL.-

Como hemos podido apreciar, la Ejecución Provisional no ha estado exenta de críticas por parte de la doctrina. En el presente capítulo nos dedicaremos a analizar las principales críticas formuladas por la doctrina tanto nacional como comparada, especialmente respecto al derecho español y a aplicación de ya casi veinte años de su LEC 2000, modelo que toma en consideración el Proyecto de Código Procesal Civil Chileno. Es importante tener en consideración dichas críticas, ya que por un lado nos permite entender de mejor manera la institución de la Ejecución Provisional y, por otro lado, conocer algunos problemas que se han suscitado en la práctica.

a. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS RESOLUCIONES PROVISIONALMENTE EJECUTABLES.

El artículo 234 del PCPC dispone:

Art. 234.- Ejecución provisional. Las sentencias definitivas de condena, una vez notificadas a todas las partes, podrán ser cumplidas provisionalmente conforme a las disposiciones siguientes.

De esta manera, el Proyecto señala que la Ejecución Provisional sólo procede respecto a sentencias definitivas¹²⁰ de condena dejando de lado la posibilidad de que se puede aplicar en la ejecución de sentencias interlocutorias que contengan pronunciamientos condenatorios en favor de alguna de las partes.

Parte de la doctrina cuestiona el hecho de no dar la posibilidad de ejercer la Ejecución Provisional en mérito de sentencias interlocutorias que eventualmente fallen un incidente reconociendo derechos sustantivos para cualquiera de las partes, así por ejemplo el profesor Gonzalo Cortez Matcovich, indica que “*la sola lectura de esta norma -Artículo 211, actualmente Artículo 234 del proyecto- no debiera llevarnos a excluir de plano las sentencias interlocutorias de la Ejecución Provisional desde*

¹²⁰ El PCPC en su Artículo 200 señala que es sentencia definitiva aquella que “pone fin a un grado jurisdiccional resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio.”

que ninguno de los recursos previstos en el PCPC tiene, en principio, efecto suspensivo. Esta regla parece enunciada como disposición general para todos los recursos”.¹²¹ No obstante lo anterior, continuando con el análisis el autor termina señalando que “el ámbito de ejecución respecto a las sentencias interlocutorias es bastante reducido, primero, porque en general no son apelables y, segundo, porque esta clase de sentencias que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación suelen ser resoluciones que deciden una cuestión procesal y respecto de las cuales no es predicable la ejecución forzosa, ni definitiva ni provisional”¹²², estas últimas unas de las pocas sentencias interlocutorias apelables.

Por otro lado, la profesora Nancy de la Fuente Hernández estima que el Proyecto está en lo correcto al señalar que sólo las sentencias definitivas de condena son susceptibles de Ejecución Provisional, señalando expresamente la naturaleza de la resolución que se podrá ejecutar provisionalmente, descartando la posibilidad de que procesa respecto a autos y sentencias interlocutorias. De esta manera, el Proyecto al excluir las “demás resoluciones (interlocutorias y autos) que residualmente podrían contener decisiones de condena. Se zanja...la discusión que provocó igual norma de la LEC 2000 de España, que habla sólo de sentencias de condena”.¹²³

En efecto, la LEC 2000 de España, en su artículo 526, dispone que “Salvo en los casos a que se refiere el artículo anterior, quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia podrá, sin simultánea prestación de caución, pedir y obtener su ejecución provisional conforme a lo previsto en los artículos siguientes.” Por tanto, la Ejecución Provisional recae sobre sentencias condenatorias, extendiéndola a toda clase de pronunciamiento condenatorio, siendo “absurdo no admitir la no ejecutabilidad provisional por ejemplo de ciertas resoluciones que adoptan la forma de auto que fijan la cantidad

121 CORTES MATCOVICH, Gonzalo (2010) Notas sobre la ejecución provisional en el Proyecto de Código Procesal Civil Chileno. Disponible en Ponencias de la XII Jornadas de Derecho Procesal. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. AÑO 2010. P.1141

122 CORTES MATCOVICH, Gonzalo (2010) Op. Cit.

123 DE LA FUENTE HERNANDEZ, Nancy. (2012) Op. Cite. P. 224.

*precedente de una liquidación de daños y perjuicios”.*¹²⁴ En sentido contrario a esta posición encontramos a la profesora Isabel Hernández Gómez, quien estima que se debe tratar de “*un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. En este sentido solo cabe la ejecución provisional respecto de la cuestión principal que sea objeto del asunto, de manera que la(s) resoluciones de alcance meramente interlocutorio no pueden ser objeto de ejecución provisional*”¹²⁵

No obstante las opiniones señaladas, me parece que el proyecto es claro a la hora de señalar cuáles resoluciones son provisionalmente ejecutables, descartando que otro tipo de resoluciones puedan ser ejecutadas provisionalmente, tomando sentido lo que dice el profesor Cortés, toda vez que si bien podrían llegar a existir sentencias interlocutorias que otorgan derechos sustantivos a las partes, por regla general éstas son inapelables y las que lo son, no tienen pronunciamientos de carácter condenatorio, por lo que no cumplirían con los supuestos necesarios para la procedencia de la Ejecución Provisional, toda vez que al ser inapelables se podrían cumplir inmediatamente mediante el procedimiento ejecutivo ordinario, en caso de que contengan pronunciamiento condenatorio. Ni hablar de las sentencias que no condena a alguna de las partes, toda vez que no serían susceptibles, si quiera, de un proceso de ejecución.

b. LA NO EXISTENCIA DE CAUCIÓN Y LA IGUALDAD DE LAS PARTES EN EL PROCESO.

Como ya adelantamos anteriormente en el presente trabajo, una de las características más importantes que tiene la regulación de la Ejecución Provisional en el PCPC, dice relación con la no exigencia de caución al acreedor como requisito previo a la solicitud de Ejecución Provisional.

124 CHOZAS, Alonso (2007) “La ejecución provisional de sentencias de primera instancia en el proceso civil español”. Disponible en Procesos Civil: Hacia una nueva justicia Civil. Editorial Jurídica de Chile, año 2007. P. 406. Citado por el Informe elaborado para la comisión Permanente de Constitución... Op. Cit. P. 6.

¹²⁵ HERNÁNDEZ GOMEZ, Isabel. Op. Cit. P. 133.

Tras la decisión de una Ejecución Provisional sin caución, encontramos los siguientes argumentos:

- No parece apropiado que sea el ejecutante provisional, es decir, la parte que obtuvo una sentencia definitiva condenatoria dentro de un procedimiento judicial acorde al debido proceso, quién deba soportar una carga extra a la hora de ejecutar provisionalmente. En efecto, no nos encontramos ante una mera posibilidad o de un humo que colorea el buen derecho, sino que nos encontramos con una sentencia que reconoce un derecho y condena a una prestación a la parte vencedora, siendo elevada dicha sentencia condenatoria no ejecutoriada a la calidad de título ejecutivo. En España, previo a la LEC 2000, se exigía caución al ejecutante, siendo, para parte de la doctrina *“anómalo que la parte favorecida por la ejecución provisional sea la que tiene que prestar una fianza. Ha vencido y, aun por encima, tiene que pagar, si quiere ejecutar.”*¹²⁶. En el mismo sentido, Juan Cadarso Palau, nos señala que *“la eliminación de la exigencia de caución remueve lo que, a decir de muchos, constituía el principal escollo para la efectividad inmediata de las sentencias de primera instancia de la disciplina anterior.”*¹²⁷

- Por otro lado, se dice, una Ejecución Provisional con caución terminaría siendo una institución a favor de las partes que tengan mayores recursos económicos, lo que no permitiría un acceso igualitario a dicha institución. En España con anterioridad a la LEC 2000, en la ley 34/1984 regulaba la institución de la Ejecución Provisional con caución. Respecto a esto, ya se señalaba que dicha institución, así regulada, favorecía al sector social más acomodado. En este sentido, Ramos Méndez nos dice que *“el ejecutante que la solicite debe, al pedirlo, ofrecer la constitución de una fianza y, tan pronto el Tribunal le indica su importe, depositarla a paso ligero: ¡en tres días, a partir del aviso de pasar por caja! (...) Definitivamente, habrá que convenir que el*

¹²⁶ RAMOS MENDEZ, F. Enjuiciamiento Civil. Barcelona. Ed. J. Bosh, Tomo II, 1997, P. 611. Citado por PALOMO VELEZ, Diego (2012) Op. Cit. P. 207.

¹²⁷ CADARSO PALAU, Juan. Op. Cite. P. 29.

régimen de la ejecución provisional no favorece precisamente a las partes más débiles económicamente, ni al litigante victorioso que se las prometía felices.”¹²⁸

- Podemos señalar también que es propio del tipo de sistema de Ejecución Provisional que se optó en el Proyecto, que no se exija caución al momento de la solicitud de dicha institución. El legislador opta por un sistema “ope legis”, es decir, solicitada la Ejecución Provisional, el juez deberá despachar la Ejecución Provisional sin más retardo, sin siquiera escuchar al ejecutado. Por tanto parece apropiado, para complementar dicho sistema, que al ejecutante provisional no se le exija caución al momento de solicitarla, en vías de facilitar y ser más expedito su solicitud.

Ahora bien, por otro lado, se hacen variadas críticas a la opción de regular una Ejecución Provisional sin caución:

- Por una parte, se señala que una Ejecución Provisional sin caución se opondría a la igualdad de las partes en el proceso, toda vez que el ejecutado, además de no intervenir en la solicitud de Ejecución Provisional (toda vez que sólo puede hacerlo al momento de la oposición, una vez notificado), ve en peligro su patrimonio mediante una sentencia de condena que no se encuentra ejecutoriada y que la ley la eleva a la calidad de título ejecutivo perfecto, sin que se garantice de manera alguna los eventuales perjuicios que le podrían acarrear a la parte ejecutada en caso de que se revoque la sentencia condenatoria que sirve como título de la Ejecución Provisional. En efecto, *“un sistema de ejecución provisional que prescindiera de la exigencia de constituir caución parece peligroso, pues deja a la parte provisionalmente ejecutada en un pie de desigualdad respecto al ejecutante, sobre todo ante una eventual resultado positivo en la apelación, que se traduzca en la necesidad de restituir aquello que fue entregado en virtud de la ejecución provisional... la caución más allá*

¹²⁸ RAMOS MENDEZ, F. (1997) Op. Cite. P. 611. Citado en HINOJOSA, RAFAEL Y PALOMO VELEZ, DIEGO. Op. Cit. P. 6.

*de constituir una garantía de la restitución en caso de reforma de la sentencia, es un instrumento que intenta equilibrar la posición de las partes*¹²⁹.

En el mismo sentido, el profesor Romero Seguel, en el contexto del informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, señala que *“la hipótesis de una ejecución provisional no debe convertirse en un privilegio jurídico injustificado, añadiendo que su posible introducción debe efectuarse respetando el principio de igualdad procesal, asegurando que el litigio entre las partes no menoscabará los derechos de una de ellas, cosa que sucedería si se permite al actor el reconocimiento de un derecho que aún no cuenta con el amparo de la cosa juzgada.”*¹³⁰ Por lo tanto, la única manera de equilibrar a las partes ante el beneficio que otorga la ley a la parte que obtiene una sentencia definitiva condenatoria, es una caución equivalente al monto de la prestación que se requerirá ejecutar provisionalmente. Lo que se busca, en definitiva, es que *“la parte que quiera anticipar la protección jurídica de una sentencia de primer grado, sea obligada a prestar una garantía por el resultado dañoso que tal actividad pueda ocasionar a su contraparte”*¹³¹.

No obstante lo dicho anteriormente, estando o no de acuerdo con las críticas y fundamentos antes señalados, debemos tener en consideración que a la hora de regular ciertas instituciones, el legislador tiene margen para hacerlo, siendo más bien una decisión política la de considerar una Ejecución Provisional sin caución. Así las cosas, concordamos con el profesor Diego Palomo Vélez, en el sentido que *“la propuesta del Proyecto pretende la eficacia inmediata de la sentencias de primera instancia que sea recurridas de apelación, comprometido, como dijimos anteriormente, con el fortalecimiento de la impartición de la Justicia Civil, ahora no maniatada por los vicios de la excesiva escritura y sustentada en la oralidad, concentración y la efectiva inmediación judicial... Así es que se ha señalado que el*

¹²⁹ SILVA ALVAREZ, Oscar. (2008) Op. Cit. P. 386.

¹³⁰ INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA RECAIDO EN EL PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL. BOLETÍN N° 8197-07. Sala de Comisión. 27 de Noviembre de 2013. P. 271.

¹³¹ ROMERO SEGUÉL, Alejandro. (2012) Op. Cit. P. 321.

*cambio que introduce es de tal envergadura que obliga a pensar en las sentencias dictadas en primera instancia (recurridas) como inmediatamente ejecutables, esto es, en principio eficaces".*¹³²

Por otro lado, como ya vimos anteriormente, la caución no se encuentra completamente fuera de la regulación de la Ejecución Provisional.¹³³ La caución podrá exigirse por parte del Juez en caso de que el ejecutado se oponga a la Ejecución Provisional de sentencias que condenen a una obligación de hacer, no hacer o de mera entrega, que haga imposible o muy difícil restablecer el estado anterior al cumplimiento provisional en caso de que la sentencia condenatoria sea revocada o modificada y que dicha imposibilidad, no concurra. Siendo una facultad por parte del Juez imponer dicha caución. Ante esto, surge la duda: en qué casos el Juez determinara la procedencia de aquella. A mi parecer, todo dependerá del contexto y los antecedentes relacionados con la sentencia de condena a ejecutar, pudiendo ser una herramienta bastante útil a la hora de equilibrar a las partes dentro del procedimiento de Ejecución Provisional.

De esta manera, la caución la podemos ver desde dos puntos de vista: por el lado del ejecutante, la caución podría ser considerada como una barrera para acceder a la Ejecución Provisional. Al no estar obligado a constituir caución, se garantiza un acceso igualitario a la posibilidad de ejecutar provisionalmente la sentencia, sin importar la condición económica del litigante vencedor, siendo una herramienta universal y no sólo para aquellos que se ven favorecidos por una mejor situación económica. Por otro lado, la caución aparece como una posibilidad de equilibrar a las partes dentro del proceso de Ejecución Provisional. En efecto, una vez que el ejecutado se oponga a la ejecución por la causal que dice relación con que sea imposible o muy difícil volver al estado anterior a la ejecución, en caso de que la sentencia que sirve de título sea revocada o modificada, el juez tendrá la oportunidad de obligar al ejecutante a establecer una caución si quiere seguir con la Ejecución Provisional. En definitiva el tratamiento de la caución, sea para el

¹³² PALOMO VELEZ, Diego (2012) Op. Cit. P. 207

¹³³ Sobre la regulación de la ejecución provisional en el Proyecto de Código Procesal Civil Chileno ver P. 44 y siguientes del presente trabajo.

ejecutante o sea para el ejecutado, busca tender a que la Ejecución Provisional sea aplicada de manera igualitaria, ya sea en la igualdad de acceso a dicha institución como en la igualdad o equilibrio de las partes que intervienen en la aplicación de la misma.

**c. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL:
DERECHO A RECURSO VERSUS DERECHO A LA EJECUCIÓN.**

Optar por regular la Ejecución Provisional de la manera en que se piensa hacer en el proyecto chileno (Ejecución Provisional ope legis, sin caución y con oposición limitada por parte del ejecutado), implica inclinar la balanza en favor del ejecutante acercándolo a una tutela judicial efectiva. Y por otro lado, se dejaría en una situación de desigualdad al ejecutado, quién deberá cumplir una sentencia condenatoria de primera instancia no ejecutoriada, ejecución que no se suspenderá ni aún interponiendo un recurso en contra de ella.

Lo que surge en definitiva es una colisión entre *“el derecho al recurso y el derecho a la ejecución de sentencias civiles de primera instancia: el primero garantiza que toda sentencia pueda ser revisada por un tribunal superior, por lo que mientras no se produzca este segundo grado de enjuiciamiento no debería procederse a la ejecución de la sentencia de primera instancia; y el segundo ampara que toda resolución judicial, en caso de incumplirse, pueda ejecutarse, por lo que al objeto de asegurar la máxima eficacia de este derecho, dicha ejecución no debería retrasarse por el hecho de interponerse un recurso contra la sentencia de primera instancia.”*¹³⁴

El derecho a ejecutar las sentencias se encuentra en estrecha relación con la tutela judicial efectiva, toda vez que permite a la parte vencedora obtener de forma concreta la satisfacción de los derechos declarados en la sentencia definitiva. Dicho derecho no se encontraría expresamente establecido en nuestra Constitución Política de la República. En efecto, solo “interpretando sistemáticamente el art. 19 N° 3 inciso

¹³⁴ PICO I JUNOY, Joan (2014) Op. Cit. P. 146.

5° de la CPR (debido proceso) y el art. 76 inc. 1° CPR (potestad jurisdiccional ejecutiva), podemos encontrar un soporte constitucional al rubro de la ejecución de las sentencias y el derecho de las personas a recabar las medidas necesarias para que esta de produzca en los términos adecuados y satisfactorios.”¹³⁵ Por otro lado, en materia de tratados internacionales, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 25.2 letra c), señala que: “*Los Estados Partes se comprometen: c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*” Señalando la corte en relación a dicho artículo que el Estado debe “*garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos*”.¹³⁶

Respecto al derecho a recurso, ocurre algo similar al derecho a ejecutar. En efecto, el derecho a interponer recursos en contra de una sentencia definitiva, no se encuentra consagrado de manera expresa en la Constitución Política de la República, pero sin dudas se enmarcan dentro de las normas del debido proceso, debiendo remitirnos nuevamente al artículo 19 N° 3 inciso 5 de nuestra Constitución.

De esta manera “*la Constitución de Chile reconoce a todas las personas, sin distinción, el derecho a un proceso racional y justo, legalmente tramitado y previo a la sentencia declarativa, constitutiva o de condena que pronuncien los tribunales de derecho permanentes, independientes e incorruptos. En ese proceso se deben contemplar, entre otras garantías, las de publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por parte de la contraria, el emplazamiento, la adecuada asesoría y defensa con los abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, **la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores**, el pronunciamiento de los fallos dentro de los plazos legalmente previstos y la fundamentación de aquellos en el*

¹³⁵ MENESES PACHECO, Claudio (2009). Op. Cit. P. 26.

¹³⁶ PICO I JUNOY, Joan (2014) Op. Cit. P. 156.

*régimen jurídico vigente o, en su defecto, en los principios generales del derecho y la equidad natural*¹³⁷.

No obstante lo anterior, dicho derecho sólo se contemplaría respecto a procedimientos penales. “Así lo ha afirmado expresamente el TC: éste "debe contemplar las siguientes garantías: [...] la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores". En el ámbito penal, específicamente, el Tribunal ha sostenido que "*el derecho al recurso consiste en la facultad de solicitar a un tribunal superior que revise lo hecho por el inferior, formando parte integrante del derecho al debido proceso. Tratándose del imputado criminal, dicho derecho es expresamente reconocido en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*". El derecho tiene respaldo en las normas internacionales: explícitamente, el artículo 14.5 del PIDCyP y el artículo 8.2 letra h) de la CADH¹³⁸. Sin perjuicio de lo anterior, e interpretando el artículo 8 de la CADH, que señala el contenido mínimo del debido proceso, la Corte Interamericana se ha mostrado contraria a limitar únicamente el debido proceso y entre dichas garantías, la posibilidad de recurrir las resoluciones judiciales, al ámbito penal. “Así ha declarado que el elenco de prerrogativas mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Es decir, “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal¹³⁹. Por tanto, dentro de un procedimiento racional y justo, el derecho a recurso sin duda se encontraría garantizado también en materia civil.

¹³⁷ CEA EGAÑA, José Luis, “Tratado de la Constitución de 1980”, Ed. Jurídica 1988, pág. 307-308.

¹³⁸ GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2013) El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno. En Estudios Constitucionales, Año 11, N°2, 2013. P. 271.

¹³⁹ PAIS OLIVEROS, Nicolás y SAEZ SOTO, Edward (2016) “El debido proceso y el derecho a recurrir en la expulsión de extranjeros, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos”. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. P. 14

En efecto, debemos tener en consideración también el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que no distingue entre materias a la hora de tratar esta garantía. Dispone dicho artículo: **“Artículo 25. Protección Judicial** 1. *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.* 2. *Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”*

En virtud de lo señalado en los párrafos anteriores, al parecer, el conflicto entre derechos fundamentales sería aparente. En efecto, ambos derechos forman parte del conjunto de instituciones mínimas que deben existir dentro del debido proceso y que deben ser incorporada a nuestra legislación procesal, pues así lo debemos concluir de interpretación sistemática de la Constitución Política de la República en conjunto con la aplicación de la normativa internacional, como lo es, por ejemplo, la convención Americana de Derechos Humanos. Por tanto el derecho a ejecutar y el derecho a recurrir, son parte del debido proceso, siendo obligación para el legislador contemplarlas dentro de la normativa procesal civil. Otra cosa es la extensión y preponderancia que le de el legislador a la hora de regular estos derechos,, *“en esta materia no existen imposiciones constitucionales para el legislador, que teniendo a la vista todos los elementos jurídicos y fácticos debe decidir en base a opciones de política legislativa en las cuales quedará reflejada la importancia que brinda al enjuiciamiento realizado en la primera instancia, pero también la importancia que*

*finalmente se le asigne a la revisión que le corresponda realizar al segundo grado jurisdiccional”.*¹⁴⁰

Entonces, ¿Existe un conflicto de derechos entre el ejecutante y el ejecutado, al incorporarse la Ejecución Provisional de las sentencias de condena? La respuesta sería que no, y es más, se podría decir que la Ejecución Provisional viene a equilibrar a las partes en el proceso.

En efecto, la Ejecución Provisional sólo podría darse dentro de un procedimiento que respete todas las garantías procesales del debido proceso. *“En este cuadro, todo lo atinente a la ejecución anticipada de la sentencia no firme exige un modelo reforzado de administración de justicia en primera instancia...la técnica de la ejecución provisional únicamente se ajusta al debido proceso y, a la vez, se impone como elemento de este, en la medida que se encuentra instalada en un modelo fortalecido y bien estructurado -orgánica y funcionalmente- de justicia civil de primer grado.”*¹⁴¹

Por tanto, aplicar la Ejecución Provisional de la manera en que se piensa hacer en el proyecto chileno, insta a que exista una primera instancia fortalecida, para que estemos más cerca de sentencias definitivas justas y que permitan a las partes, tener un juicio con todos los elementos de un debido proceso racional y justo. En el mismo sentido, el profesor Oscar Silva Alvarez, señala que *“no se trata de privilegiar la posición del actor en detrimento de la posición del demandado, sino de establecer una regla muy importante para la “isonomía” (igualdad) de las partes en el juicio. Una relectura de esta forma de concebir la ejecución provisional nos lleva, en último término, a afirmar que el instituto en análisis es una manifestación de distribuir adecuadamente la carga de soportar los tiempos que conlleva el proceso”.*¹⁴²

De esta manera, debemos insistir que la Ejecución Provisional no privilegia la ejecución por sobre el derecho a recurso, pues recordemos que justamente este tipo de ejecución podrá ser solicitada estando pendiente los recursos impetrados. Las partes tienen igual derecho a la hora de hacer ejecutar las sentencias dictadas en

¹⁴⁰ PALOMO VELEZ, Diego (2012). Op. Cit. P. 204.

¹⁴¹ MENESES PACHECO, Claudio (2009) Op. Cit. P. 27.

¹⁴² SILVA ALVAREZ, Oscar. (2008) Op. Cit. P. 382.

primera instancia con pronunciamiento condenatorio como también de interponer los recursos que estimen pertinentes. Entonces, uno de los principales efectos que podemos atribuir a la Ejecución Provisional es que libera al litigante vencedor que obtuvo una sentencia condenatoria en primera instancia a su favor de soportar el tiempo que demora la tramitación del recurso, asunto que hasta el día de hoy es un problema para la parte que pretende ejecutar la sentencia.

d. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA Y LOS EFECTOS CON QUE SE PUEDEN CONCEDER LOS RECURSOS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL. LA ORDEN DE NO INNOVAR..

Una de las materias que cobra importancia a la hora de cómo regulamos una institución como la Ejecución Provisional, dice relación con los efectos con que se otorgan los recursos. Y nos referimos especialmente al caso del recurso de apelación.

En efecto, generalmente la Ejecución Provisional tendrá lugar y se desarrollará durante la interposición y transcurso de dicho recurso, pues debemos recordar que dicha ejecución será tal, sólo en caso de que la sentencia definitiva condenatoria no se encuentra ejecutoriada, pues de lo contrario sería ejecución definitiva. De esta manera *“aunque no se diga expresamente, que la ejecución provisional parte de la base de la pendencia de un recurso que se ha interpuesto en contra de la sentencia. Así como bien se ha advertido por la doctrina que ha estudiado especialmente este instituto, de no interponerse el recurso dentro del plazo legal previsto o de no admitirse a tramitación, la ejecución de lo dispuesto en la sentencia no será provisional, sino que definitiva. Asimismo, si el recurso se desiste, se declara desierto, entre otras posibilidades, el trámite iniciado por la vía provisional se reformula y debiera continuar como ejecución definitiva.”*¹⁴³

El recurso de apelación en el PCPC, se encuentra definido en su artículo 379, señalando que: *“El recurso de apelación tiene por objeto obtener del tribunal superior*

¹⁴³ PALOMO VELEZ, Diego (2012) Op. Cit. P. 208.

respectivo, que enmiende o revoque conforme a derecho la resolución del inferior, total o parcialmente, con base precisa en las pretensiones, excepciones o defensas formuladas en su caso, ante el tribunal inferior.” Por tanto, se trata de un segundo grado de conocimiento del objeto del asunto controvertido. La importancia al estudiar este recurso con respecto a la Ejecución Provisional dice relación con los efectos en que puede ser otorgado. Dos son los efectos en que puede ser otorgado el recurso de apelación:

1. Efecto Devolutivo: efecto mediante el cual el tribunal inferior puede seguir conociendo del asunto controvertido, incluso respecto a la ejecución de la sentencia dictada en el primer grado jurisdiccional. El tribunal superior conocerá del recurso tanto en los hechos como en el derecho, pudiendo, confirmar o revocar ya sea total o parcialmente la sentencia impugnada.

2. Efecto Suspensivo: dicho efecto dice relación con que la competencia del tribunal inferior se suspende, no pudiendo conocer de la ejecución de la resolución dictada por dicho tribunal.

Como podemos apreciar, la forma en que se regulen los efectos del recurso de apelación cobra suma importancia, toda vez que si se opta por un recurso de apelación con ambos efectos como regla general, la Ejecución Provisional carecería de sentido, toda vez que el tribunal de primera instancia no tendría competencia para poder llevar a cabo la ejecución.

Ahora bien, el proyecto dispone en sus artículos 385 y 386 los efectos con se otorgará el recurso de apelación.

Art. 385.- Efectos del recurso de apelación. *El recurso de apelación comprenderá el efecto suspensivo sólo en los casos en los cuales la ley señale expresamente que posee semejante alcance. Cuando se contemple por el legislador o se otorgue por resolución judicial simplemente la apelación, sin indicar sus efectos, no se entenderá que comprende el efecto suspensivo.*

Art. 386.- Alcance de la concesión de la apelación en el cumplimiento de la sentencia impugnada. *Cuando se conceda la apelación sin comprender el efecto suspensivo, seguirá el tribunal inferior conociendo de la causa, procediendo la ejecución de la sentencia de conformidad a las normas del Subpárrafo 2° del Capítulo 4° del Título XIII, del Libro Primero. Si se revocare un fallo que ya se hubiere cumplido, deberá el tribunal de primer grado jurisdiccional decretar todas las medidas necesarias para que se restituya a las partes a la posición en que se encontraban con anterioridad a la ejecución de la sentencia, sin perjuicio de los derechos de terceros.*

Como podemos apreciar, el Proyecto contempla como regla general otorgar el recurso de apelación con el sólo efecto devolutivo, teniendo además el efecto suspensivo sólo cuando la ley expresamente lo señale. E incluso, indica que en caso de que se conceda el recurso de apelación sin señalar con que efecto se hace, se entiende que se concede con el solo efecto devolutivo.

De esta manera, en cuanto a los efectos con que se otorga el recurso de apelación, parece que el proyecto de Código Procesal Civil armoniza ambas instituciones privilegiando la Ejecución Provisional, reafirmando la confianza en la sentencia de primer grado como también los números que justifican la implementación de dicha institución. Es más, el mismo proyecto a la hora de determinar la extensión de los efectos con que se otorga el recurso de apelación, hace expresa mención a la Ejecución Provisional. En efecto, el artículo 386 que *“Cuando se conceda la apelación sin comprender el efecto suspensivo, seguirá el tribunal inferior conociendo de la causa, procediendo la ejecución de la sentencia de conformidad a las normas del Subpárrafo 2° del Capítulo 4° del Título XIII, del Libro Primero”*.

Hasta el momento, pareciera que el Proyecto es armónico respecto a los efectos con que se concede el recurso de apelación, disponiendo como regla general concederlo con el sólo efecto devolutivo. Sin embargo, relacionado con la concesión del recurso de apelación nos encontramos con la posibilidad de que el tribunal superior o ad

quem, conceda a solicitud de parte una orden de no innovar. Así las cosas, el artículo Art. 387 del Proyecto dispone:

“ART. 387.- Orden de no innovar. *El tribunal de alzada, a petición del apelante podrá decretar orden de no innovar. La orden de no innovar suspende los efectos de la resolución recurrida o paraliza su cumplimiento, según sea el caso. En la misma resolución que concede la orden de no innovar podrá el tribunal restringir estos efectos.”*

Como podemos apreciar, a pesar de que el Proyecto ha restringido el efecto suspensivo respecto al recurso de apelación, mantiene la posibilidad de que el tribunal de alzada pueda con plena discrecionalidad la posibilidad de suspender los efectos de la sentencia recurrida. En efecto, Cortés Matcovich, señala que *“en reformas anteriores cuando el legislador ha apostado por la ejecución provisional, se ha optado no sólo por eliminar de manera radical el efecto suspensivo de la apelación, sino que además para reforzar la ejecutabilidad inmediata de la sentencia, se ha dispuesto la improcedencia de la orden de no innovar”*.¹⁴⁴

Para el profesor Oscar Silva Alvarez, *“llama la atención el establecimiento, en idénticos términos en que existe actualmente, de la institución de la orden de no innovar, situación que podría desajustar un régimen de ejecución provisional de las sentencias, confiriéndole a éste, quizás sin quererlo, un carácter de sistema ope iudicis cuando, a la luz de lo observado en el FPC y en el APCPC., la intención es optar por uno que funcione ope legis.”*¹⁴⁵

Por otro lado, Meneses Pacheco, sostiene que contemplar la orden de no innovar corresponde a un tipo de Ejecución Provisional llamada “Ejecución Provisional mixta”. En efecto, se trataría de un *“sistema de ejecución inmediata de la sentencia no firme establecida por la ley en forma general, pero que puede ser modificada por*

¹⁴⁴ CORTÉS MATCOVICH, Gonzalo (2010) Notas sobre la ejecución provisional en el Proyecto de Código Procesal Civil Chileno. Disponible en Ponencias de la XII Jornadas de Derecho Procesal. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. AÑO 2010 P.1142.

¹⁴⁵ SILVA ALVAREZ, Oscar (2008). Op. Cit. P. 399.

*medio de una resolución judicial que ordena la suspensión del cumplimiento del fallo.*¹⁴⁶

Entonces el problema que se suscita con el establecimiento de la Orden de No Innovar, es que el Proyecto da señales contradictorias. En efecto, desde la solicitud de la Ejecución Provisional sin necesidad de caución hasta establecer como regla general el recurso de apelación con el sólo efecto devolutivo, pareciera que el Proyecto opta por un sistema *ope legis* a la hora de establecer la Ejecución Provisional. No obstante lo anterior, al establecer la posibilidad al apelante de solicitar Orden de No Innovar, quita armonía a la estructura que se estaba dando a la Ejecución Provisional, girando hacia una ejecución *ope iudicis*, especialmente si no se establece un criterio dentro de la misma norma para que el juez pueda suspender los efectos de la sentencia apelada, quedando a criterio del tribunal de segunda instancia.

Por otro lado, si la intención del legislador es lograr cierto equilibrio entre ejecutante y ejecutado, la orden de no innovar no sería una institución adecuada para ello, en especial, por qué en la actualidad su otorgamiento es limitado. Así lo señala el profesor Alejandro Romero Seguel: *“El legislador olvida que la gran mayoría de estas peticiones son rechazadas por las Cortes de Apelaciones, sin que ello signifique necesariamente la mantención de la condena que no se suspendió. Seguramente esta estadística no figuraba en los estudios gubernamentales, ni tampoco se debe haber realizado una proyección sobre la sobrecarga que se producirá en los tribunales llamados a conocer de las orden de no innovar, atendido que el efecto devolutivo se pretende pase a ser el régimen general.”*¹⁴⁷ En el mismo sentido, Jorge Danilo Correa Salame, señala que *“la posibilidad de obtener orden de no innovar, resulta ser ilusoria pues las Cortes de Apelaciones, en la inmensa mayoría de los*

¹⁴⁶ MENESES PACHECO, Claudio (2009). Op. Cit. P. 37.

¹⁴⁷ ROMERO SEGUEL, Alejandro (2012) Op. Cit. P. 314

casos, las deniegan prejuzgando que aquel que la pide solamente busca dilatar el procedimiento, como ocurre en la actualidad.”¹⁴⁸

Entonces, tenemos por un lado un recurso de apelación que por regla general procede con el sólo efecto devolutivo, lo que cual favorecería la Ejecución Provisional. Por otro lado, nos encontramos con que el Proyecto mantiene la institución de la Orden de No Innovar ante el tribunal de segunda instancia, lo que no favorecería a la Ejecución Provisional, toda vez que la Ejecución Provisional eventualmente podría ser suspendida durante el transcurso de la segunda instancia, suspensión que sería dada por un tribunal distinto al que conoció del asunto controvertido y de la Ejecución Provisional.

Si en la aplicación práctica de la orden de no innovar, se mantiene lo que ha sucedido hasta ahora, no debería revestir mayor problema para la Ejecución Provisional. Pero, por otro lado, en caso de que los tribunales de segunda instancia comiencen a dar lugar a la orden de no innovar, podría, en casos fundados evitar grandes perjuicios al ejecutado provisionalmente. Es decir, podríamos decir que la orden de no innovar podría servir como herramienta de equilibrio en la aplicación de la Ejecución Provisional. El problema dice relación con qué no se establece ningún criterio objetivo a la hora de determinar la procedencia o no de la orden de no innovar, por lo que podría ser un arma de doble filo: de equilibrar la institución de la Ejecución Provisional a la no aplicación de ésta.

e. EL DERECHO A INDEMNIZACIÓN DEL EJECUTADO ANTE LA REVOCACIÓN DE LA SENTENCIA CONDENTORIA EJECUTADA PROVISIONALMENTE.

El Proyecto en su artículo 241, se hace cargo de la situación del ejecutado en caso de que la sentencia definitiva condenatoria ejecutada provisionalmente sea revocada ya sea total o parcialmente. En el presente trabajo ya hemos señalado las distintas

¹⁴⁸ CORREA SELAME, Jorge (2013) Comentario Crítico al Proyecto de Código Procesal Civil. En ARS BONI ET AEQUI (AÑO 9 N° 2) Publicado en: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2013/12/7-Correa.pdf>

situaciones que podrían darse respecto a dicha revocación¹⁴⁹ y que se resumen en que el ejecutante deberá regresar al ejecutado al estado anterior a la ejecución sumado a la correspondiente indemnización de los perjuicios que haya acarreado la Ejecución Provisional de la sentencia de condena posteriormente revocada.

Ya hemos señalado que para solicitar la Ejecución Provisional el Proyecto no exige como requisito previo una caución, para garantizar los eventuales perjuicios que podría traer consigo dicha ejecución. Y que sólo es posible que el juez pueda imponer la obligación de caución al ejecutante en caso de que exista oposición por parte del ejecutado por la causal de imposibilidad de regresar al estado anterior a la Ejecución Provisional y que dicha imposibilidad no concurriera. Por tanto, la situación del ejecutado provisionalmente para que se le restituya lo ejecutado y los daños y perjuicios derivados de dicha ejecución, se ve en una clara desventaja frente a todas las posibilidades que tiene el ejecutante a la hora de ejecutar provisionalmente. Algo similar ocurre con la LEC 2000 de España, que regula en similares términos la situación en comento: *“La LEC es mucho más considerada con el ejecutante que solicitó la ejecución provisional cuando la sentencia sea después revocada, que con el ejecutado que sufrió-por ahora indebidamente- la ejecución provisional. O lo que es igual: la LEC 1/2000 está mucho más atenta en facilitar la ejecución provisional de cualquier resolución que en establecer mecanismo que permitan la plena satisfacción económica de quien sufrió indebidamente una ejecución provisional”*.¹⁵⁰

Incluso, el ejecutado provisionalmente deberá iniciar un nuevo procedimiento para intentar conseguir la indemnización de perjuicios. Así se desprende del artículo 241 inciso final del Proyecto: *“El ejecutado podrá hacer valer el derecho de indemnización por daños y perjuicios a que se refieren los numerales anteriores en el proceso en el cual se pronunció la sentencia cuya ejecución provisional se dejare sin efecto total o parcialmente, en el plazo y de acuerdo con el procedimiento establecido en el inciso penúltimo del artículo 177.”* Esto no parece ser una buena solución, toda vez que al ejecutado que obtuvo en segunda instancia la revocación de la sentencia

¹⁴⁹ Ver páginas 69 y siguientes del presente trabajo.

¹⁵⁰ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael y PALOMO VELEZ, Diego. Op. Cit. P. 14.

condenatoria que sirvió de título para ejecutar provisionalmente *“se le impone la carga de iniciar otro procedimiento para alcanzar lo que pretendía en el juicio original, además de la incertidumbre y demora de la controversia sobre indemnización de perjuicios”*. En el mismo sentido, y con ocasión al debate legislativo, el Profesor Correa señala que *“resultaba paradójico que no obstante resultara ganancioso el perjudicado ante la Corte, se viera obligado a intentar un nuevo procedimiento para lograr una indemnización que, igualmente, puede no reparar los perjuicios causados por la ejecución provisional.”*¹⁵¹

En efecto, no parece justo que la parte que obtuvo la revocación o modificación de la sentencia de condena de primera instancia, deba iniciar un nuevo procedimiento. Dar la posibilidad de ejecutar provisionalmente la Ejecución Provisional, no implica dejar en una posición desfavorable a quién obtuvo la revocación o modificación de la sentencia que sirvió de título para ejecutar provisionalmente. Se tratan de momentos distintos, y que debiesen ser protegidos con la misma fuerza, pues desde el momento en que se revoca la sentencia, se cumple la condición resolutoria a la cual se encontraba supeditada la Ejecución Provisional, por lo que el ejecutante provisional deja de tener la posición favorable que otorgaba le otorgaba la ley. Ahora quién debiese ser protegido de manera aún más enérgica es aquella parte que obtuvo una sentencia definitiva ejecutoriada a su favor que revoca la sentencia condenatoria que sirvió para iniciar un procedimiento de apremio en su contra.

Ante esto, han surgido algunas soluciones como la del profesor Alejandro Romero Seguel, quien señala que una respuesta adecuada a la situación que podría vivir el ejecutado que consiguió la revocación de la sentencia condenatoria en segunda instancia, la podría dar el mercado de seguros y su *“Póliza de Seguros de Garantía”*, toda vez que *“tiene como principal característica que la compañía de seguros haga efectivo el seguro hasta el monto de la suma asegurada, al solo requerimiento del asegurado, materializando en una declaración en que conste el hecho del*

¹⁵¹ INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA RECAIDO EN EL PROYECTO DE LEY... Op. Cit. P. 281.

*incumplimiento y el monto de la indemnización solicitada*¹⁵². Para que de esta forma, “una vez que se agote el recurso respectivo, el litigante vencedor podrá proceder a recuperar la prestación pecuniaria que se le anticipo provisionalmente, sin necesidad de iniciar el juicio indemnizatorio que considera el Proyecto como paliativo.”¹⁵³

Por otro lado, tampoco queda muy claro el por qué el ejecutante provisional debe resarcir los perjuicios ocasionados al ejecutado provisional en caso de que la sentencia condenatoria sea revocada. Así las cosas, cabe preguntarse si “la reparación que debe realizar el ejecutante provisorio en caso de sentencia revocatoria está fundada sobre el concepto de culpa o sobre una presunción de culpa; o bien sobre una teoría del riesgo o sobre una responsabilidad objetiva”.¹⁵⁴

Al parecer el Proyecto se inclina por una responsabilidad objetiva de quien promueve la Ejecución Provisional de una sentencia de condena, toda vez que “la conducta del solicitante resultaba irrelevante para el efecto del nacimiento de la obligación indemnizatoria, la que correspondería a una regla de responsabilidad estricta, completamente excepcional en nuestro derecho civil.”¹⁵⁵ Difícilmente se podría encasillar la obligación de indemnizar en mérito de una teoría de la culpa, toda vez que nos encontramos ante un derecho que expresamente el Proyecto entrega a quien obtuvo una sentencia condenatoria luego de un procedimiento de primera instancia.

A mi parecer, entre la Ejecución Provisional y la indemnización de perjuicios existe un nexo causal. En efecto, “quién procede a la ejecución provisoria tiene en vista una ventaja económica inmediata y, si para conseguirlo ocasiona a otro un daño ilícito, es justo que soporte el peso económico.”¹⁵⁶

Creemos que el proyecto se equivoca al tratar este asunto en similares términos que en la LEC española, pues debió tener en consideración las implicancias y efectos

¹⁵² ROMERO SEGUER, Alejandro (2012) Op. Cit. P. 321.

¹⁵³ ROMERO SEGUER, Alejandro (2012) Op. Cit. P. 322.

¹⁵⁴ SILVA ALVAREZ, Oscar (2008) Op. Cit. P. 387.

¹⁵⁵ INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA RECAIDO EN EL PROYECTO DE LEY... Op. Cit. P. 280.

¹⁵⁶ SILVA ALVAREZ, Oscar (2008) Op. Cit. P. 388.

prácticos que ha traído dicha regulación en aquella legislación. Si bien, es cierto, se podría argumentar, tal como indican los números, que la revocación se da en el menor de los casos, también es cierto que la parte ejecutada provisionalmente que logró revocar la sentencia que sirvió de título ejecutivo es la que sufre mayores perjuicios en todo este procedimiento, siendo que incluso logra un grado de certeza mucho mayor que el mismo ejecutante provisional con su sentencia de primer grado no ejecutoriada. A mi parecer, debería protegerse de mejor manera la situación del ejecutado que logra revocar la sentencia, por ejemplo no siendo necesario iniciar un procedimiento distinto al de la Ejecución Provisional, sino que se le diera la oportunidad de intervenir directamente en el mismo procedimiento de Ejecución Provisional, ya fallido.

CONCLUSIONES

- Podemos definir a la Ejecución Provisional como el derecho que tiene la parte vencedora de solicitar la ejecución inmediata de una sentencia definitiva condenatoria, sin previa caución, cuando dicha sentencia no se encuentre firme o ejecutoriada. Nace como remedio a uno de los problemas que en la actualidad afecta al procedimiento civil chileno: el excesivo tiempo que lleva obtener una sentencia condenatoria y, en su caso, su cumplimiento, lo que deriva en una excesiva carga para la parte vencedora, poniendo en riesgo la tutela judicial efectiva.

- En cuanto a la naturaleza jurídica de esta institución, el Proyecto de Código Procesal Civil chileno al parecer le entrega la calidad de una institución ejecutiva, dada la forma y las normas que regulan ésta. Se debe entender como una institución diferente a las medidas cautelares, pues no comporten una serie de requisitos que son propios de éstas como lo son el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. Y además, como vimos, intervienen en momentos distintos. No obstante, lo anterior, tanto las medidas cautelares como la Ejecución Provisional permiten alcanzar una tutela judicial efectiva, asegurando el resultado último del proceso. Tampoco corresponde a una tutela anticipada de la pretensión contenida en la demanda, pues la Ejecución Provisional supone la dictación de una sentencia sobre la misma demanda.

- La Ejecución Provisional sólo procede en el PCPC respecto a sentencias definitivas condenatorias, descartando la posibilidad de una Ejecución Provisional de sentencias interlocutorias. Tal vez, dicha decisión se deba a que pocas sentencias interlocutorias son apelables y las que lo son, no imponen prestaciones que impliquen la posibilidad de un cumplimiento forzado de ella. Por otro lado, el proyecto se encarga de señalar que resoluciones no son susceptibles de Ejecución Provisional: Sentencias declarativas y constitutivas, sentencias arbitrales, sentencias en favor de quienes se encuentran sometido a procesos concursales de renegociación, liquidación y

reorganización, sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad y, otras sentencias que la ley señala expresamente como la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros y la sentencias que condene a la demolición de obra nueva.

- Una de las principales características de la Ejecución Provisional en el proyecto, es que procede sin la necesidad de caución por parte del ejecutante. En efecto, una vez solicitada la Ejecución Provisional no es necesaria garantía alguna para acoger y dar curso a la solicitud. Parte de la doctrina nacional estima que dicha decisión pone en jaque la igualdad de las partes en el proceso, dejando en una posición desmejorada al ejecutado provisional, pues no tendrá garantía alguna que responda por los eventuales perjuicios que traería la Ejecución Provisional de la sentencia en caso de que ésta sea revocada por el tribunal de alzada. No obstante lo anterior, tiene sentido que la Ejecución Provisional se encuentre liberada de caución por el ejecutante para solicitarla, toda vez que el título ejecutivo nace dentro de un procedimiento de primera instancia que aumenta las facultades del juez, acercándolo al proceso, teniendo la posibilidad de dictar una sentencia de mayor calidad. De esta manera, el ejecutante tiene un derecho ya declarado por un tribunal de primera instancia y no meras expectativas, resultando lógico que la carga no recaiga en él. Por otro lado, permite que el ejecutante de menores recursos no pueda ejecutar provisionalmente por no tener los medios necesarios para ello. No obstante lo anterior, la caución no se encuentra completamente fuera de la regulación de la ejecución provisiona, toda vez que podría imponerse dicha obligación con motivo de la oposición por parte del ejecutado.

- El ejecutado provisional sólo podrá oponerse posteriormente a que se de curso a la Ejecución Provisional, siendo una oposición limitada y que, además de las causales formales, se encuentra centrado en la distinción entre sentencias que condenen a obligaciones de dar, hacer o no hacer y sentencias que condenen a obligaciones de dinero. Respecto a las primeras,

la oposición se plantea respecto de todo el procedimiento de Ejecución Provisional. En cuanto a las segundas, la oposición es referente a medidas concretas. Ahora bien, las causales de oposición en ambos casos giran en torno a que sea “*imposible*” o “*muy difícil*” restituir al ejecutado al estado anterior a la Ejecución Provisional. El proyecto no señala algún criterio objetivo para determinar a qué se refiere con “*imposible*” o “*muy difícil*”, lo cual, ante la experiencia comparada, deberá ser un asunto que recae en manos de los jueces y el caso concreto. Así por ejemplo, alguno de los criterios de imposibilidad dicen relación con la insolvencia del ejecutante, el daño moral y perjuicios invaluable que se le podrían causar al ejecutado o la relevancia del asunto en cuestión.

- Por otro lado, debemos descartar un posible choque de garantías fundamentales, específicamente entre el derecho a recurso y el derecho a ejecutar. En efecto, ambos derechos podemos encasillarlos dentro del debido proceso, siendo una decisión política legislativa decidir la regulación legal de dichos derechos y a cuál se le da mayor preponderancia. En particular, frente a la Ejecución Provisional, el legislador da mayor relevancia a la ejecución confiando en la mejora que debería tener en teoría, la justicia de primera instancia. Pero ello, no significa que no exista un régimen de recursos. Ambas derechos pueden y deben coexistir dentro de un debido proceso racional y justo.

- Algunas de las ventajas de la Ejecución Provisional, aparte de la tutela judicial efectiva, dicen relación con que disminuiría la cantidad de recursos infundados y dilatorios. No obstante lo anterior, se estima que dicha afirmación no tiene un verdadero sustento práctico. Así lo comprueba el profesor Francisco Ramos Romeau en su trabajo “¿Reduce realmente la Ejecución Provisional la interposición de recursos injustificados?”, como también las estadísticas realizadas en España, respecto a la aplicación de dicha institución en ese país, y que sirve de modelo a la propuesta chilena.

- Respecto al procedimiento, el proyecto ha optado por un sistema “ope legis”, siendo la ley la que determina la procedencia de la Ejecución Provisional, debiendo el juez dar lugar a ella si cumple con determinados requisitos de forma que la misma ley señala. Como consecuencia de ello nos encontramos ante una Ejecución Provisional sin caución, con un sistema de oposición limitado para el ejecutado, quien sólo podrá intervenir luego de desechada la Ejecución Provisional y un recurso de apelación que consagra el efecto devolutivo como regla general. En general, podemos señalar que se regula de manera adecuada la Ejecución Provisional, marcando una tendencia clara en favor del ejecutante quién ya no tendrá la carga, a veces desproporcionada en tiempo y recursos, de esperar a que la sentencia se encuentre ejecutoriada para obtener el cumplimiento. Todo esto como consecuencia de la política legislativa que busca el fortalecimiento del juez de primera instancia y, con ello, la posibilidad de obtener una sentencia de mayor peso.

- No obstante lo anterior, el proyecto contempla la institución de la orden de no innovar respecto al recurso de apelación, la cual no encajaría en el sistema de Ejecución Provisional, pues dejaría en manos del tribunal de alzada la posibilidad de suspender o no el procedimiento de ejecución, sin derivando a lo que algunos autores llaman “Ejecución Provisional mixta”. Desde otro punto de vista, la orden de no innovar en materia de apelación y respecto a la Ejecución Provisional podría ser una herramienta que usada de manera correcta, ayudaría al equilibrio de las partes, ante la clara preferencia de beneficiar a la parte vencedora del juicio, que obtuvo sentencia definitiva condenatoria.

- Finalmente la Ejecución Provisional, si se llega a aplicar en la legislación procesal chilena, parece ser un instrumento idóneo para defender los intereses del ejecutante que obtuvo una sentencia definitiva condenatoria

de primer grado, trasladando la carga de soportar dicha ejecución a quien resulto condenado en primera instancia. Si bien, puede argumentarse que el ejecutado se encontraría en una posición de desigualdad frente al ejecutante provisional, tampoco es menos cierto que ya no se trata de la discusión del asunto controvertido, -donde debe existir la mayor igualdad en la posibilidad de intervención de las partes y su defensa- sino que existe un derecho declarado por un tribunal de la República de primera instancia de mayor calidad y justicia, debido a que nace de un proceso civil que será reforzado a través de los principios de oralidad, inmediación, concentración, la aplicación de la sana crítica, publicidad y modernización del proceso, lo que justificaría la decisión política administrativa de tender a una mayor protección del ejecutante. No obstante lo anterior, no debe llegarse a un sistema en que se ejecute provisionalmente de manera radical. El límite debe estar en la misma Ejecución Provisional, es decir, sólo podremos ejecutar provisionalmente una sentencia definitiva condenatoria hasta el momento en que se produzca un daño irreparable al ejecutado provisionalmente en caso de que éste logre revocar la sentencia en segunda instancia. Y para determinar estos límites – de los cuales no se hace cargo el proyecto- debemos tener en consideración la forma en que se aplicara la reforma por parte de los jueces y abogados, quienes darán contenido y efecto práctico a las nuevas instituciones, ya sea a la hora de otorgar una orden de no innovar en segunda instancia o la manera en que se fundamente la causal de oposición ya sea respecto a toda la ejecución o respecto a medidas concretas, sólo en ese momento sabremos si verdaderamente la institución funciona.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO (2009). El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XXII.
- AYLWIN AZÓCAR, PATRICIO (2014) El Juicio Arbitral. Sexta Edición, actualizada y complementada por el profesor Eduardo Picand Albónico. Thomson Reuters.
- BOTICARIO GALAVIS, MARÍA LUISA. (2010) “Algunas Consideraciones en torno a la Ejecución provisional de sentencias dictadas en procesos para la protección de derechos reales”. Revista de Derecho UNED, número 6.
- CADARSO PALAU, JUAN. (2002) Notas Sobre la Ejecución Provisional de Sentencias en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Actualidad Jurídica Uría & Menéndez. N° 3
- CASARINO, MARIO.(2005) Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, (1988) “Tratado de la Constitución de 1980”, Editorial Jurídica.
- CORTES MATCOVICH, GONZALO (2010) Notas sobre la ejecución provisional en el Proyecto de Código Procesal Civil Chileno. Disponible en Ponencias de la XII Jornadas de Derecho Procesal. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. AÑO 2010.
- CORREA SELAME, JORGE (2013) Comentario Critico al Proyecto de Código Procesal Civil. En ars boni et aequi (año 9 N° 2) Publicado en: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2013/12/7-Correa.pdf>.
- DAMIAN MORENO, JUAN. (2009). La Ejecución Provisional de sentencias en el proceso civil. Madrid. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid.
- DE LA FUENTE HERNANDEZ, NANCY, “La ejecución provisional en el PCPC”. 2012. Cuadernos de Extensión Jurídica /(U. De Los Andes) N°23:
- DUCE, MAURICIO; FUENTES, CLAUDIO; NUÑEZ, RAÚL; RIEGO CRISTIAN. El derecho al recurso y el proceso civil. Publicada en: <http://www.ichdp.cl/el-derecho-a-un-recurso-y-el-proceso-civil/>
- Ejecución Provisional de la Sentencia. Informe Elaborado para la Comisión Permanente de Constitución, Legislación y Justicia, de la Cámara de

Diputados en el marco de la discusión del Proyecto de Ley que Establece el nuevo Código Procesal Civil. Boletín 8197-07 en Primer Trámite. 22 de Agosto de 2012.

- FIERRO ROFRIGUEZ, Diego “La Ejecución Provisional de los Autos”.(2014) [en línea] < <https://porticolegal.economista.es/articulos/455.pdf>> [fecha de consulta 10 de abril de 2018]
- GARCÍA PINO, GONZALO y CONTRERAS VASQUEZ, PABLO (2013) El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno. En Estudios Constitucionales, Año 11, N°2, 2013.
- GARVERI LLOBREGAT J. (2004) Comentarios a la ley 60/2003, de 23 de diciembre. J. Garberí Llobregat. Coordinador. Bosh.
- HERNANDEZ GOMEZ, ISABEL. “Evolución de la Ejecución Provisional en el Proceso Civil Español”. Revista de la facultad de Ciencias Jurídicas N°8/9 año 2003/2004.
- HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL- PALOMO VELEZ, DIEGO. (2006). La apuesta de la nueva LEC española por la revalorización de la importancia del enjuiciamiento de primer grado: La nueva regulación de la ejecución provisional de las sentencias.
- HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL (2004). Coordinador. Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. Incluye Formularios. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad.
- HORMAZABAL. R, DIEGO (2012) Tutela ejecutiva del crédito: Una mirada desde la eficiencia y eficacia de la ejecución de cara a la reforma del proceso civil. Revista Estudios Jurídicos y Justicia N°1 año 2012. Centro de Estudios Democracia y Justicia.
- HORTELANO ANGULTA, MIGUEL ANGEL (2008). Problema de la Ejecución Provisional de las sentencias de condena dineraria. Revista Iuris Diciembre 2008.
- HUERTA MOLINA, JOSE MIGUEL y RODRIGUEZ DIEZ, JAVIER. 2012. Suspensión interdictal de obras nuevas. Desde la “operis novi nuntiatio” hasta el Proyecto de Código Civil Chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre) [pp. 343 - 392]. En: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512012000100009

- INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA RECAIDO EN EL PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL. BOLETÍN N° 8197-07. Sala de Comisión. 27 de Noviembre de 2013.
- LEONIDAS FUENTES, CRISTIAN (2012) “La exigencia de caución como presupuesto de aplicabilidad de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Civil y en la Reforma Procesal Civil.” MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Universidad Austral de Chile. Valdivia.
- MARCOS FRANCISCO, DIANA (2011). “Las nuevas reformas proyectadas en materia de anulación y ejecución del laudo arbitral”. Diario La Ley, N° 7546, Sección doctrina, 13 Ene. 2011, año XXXII, La Ley.
- MARIN GONZALEZ, JUAN CARLOS (2006). Las Medidas Cautelares en el ordenamiento Jurídico Chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales. En Revista de Estudios de la Justicia- N°8.
- MENESES PACHECO, CLAUDIO. (2009). “La ejecución provisional en el proceso civil chileno”. Revista Chilena de Derecho. Vol. 36 n°1.
- MENSAJE N°432-359 DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL de fecha 12 de marzo del año 2012.
- ORTELLS RAMOS, MANUEL. 2005. Derecho Procesal Civil. Navarra 6ª edición p.896. En SILVA ÁLVAREZ, ÓSCAR. 2008. La Ejecución Provisional de las Sentencias. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXI.
- ORTELLS RAMOS, MANUEL (2005) “La ejecución de condenas no dinerarias en la ley de enjuiciamiento civil”. La Ley.
- OTEIZA, EDUARDO Y SIMÓN LUIS MARÍA (2008) “La ejecución provisional de la sentencia civil”. XXI Jornada Iberoamericanas de Derecho Procesal. Lima, Fondo Editorial Universidad de Lima. Colecciones Encuentro, Primera Edición.
- PAIS OLIVEROS, NICOLAS y SAEZ SOTO, EDWARD (2016) “El debido proceso y el derecho a recurrir en la expulsión de extranjeros, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos”. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile.

- PALOMO VÉLEZ, DIEGO (2012) La Ejecución Provisional de las Sentencias en el Proyecto de Nuevo CPC. Santiago. Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes) N°23.
- PICÓ I JUNOY, JOAN (2014). Los derechos del Ejecutante y el Ejecutado en la Ejecución Provisional. ¿Por cuál optamos?. En Revista Justicia año 2014 Número 2.
- POZO FERNANDEZ, FELIPE ANDRÉS (2013). “La tutela jurisdiccional anticipada en el proceso civil”. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- RAMOS ROMEU, FRANCISCO (2006) ¿Reduce realmente la ejecución provisional la interposición de recursos injustificados? Revista para el Análisis del Derecho
- ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO. 2006. Curso de Derecho Procesal Civil. La acción y la protección de los derechos. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, Tomo I.
- ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO (2012) ¿Ejecución Provisional sin Caución? (El Proceso y los Datos). Talca. Revista Ius et Praxis, año 18, N°2
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, RICARDO: “Ejecución provisional”, Diccionario Jurídico, Espasa.
- SILVA ÁLVAREZ, ÓSCAR. 2008. La Ejecución Provisional de las Sentencias. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXI.
- VÁSQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA (2016) “Arbitraje en Chile: Revisión de la doctrina jurisprudencial en el Arbitraje Doméstico y Comercial Internacional (C.S 2008-2013)”. Dirección de Estudios de la Corte Suprema. En: <http://decs.pjud.cl/index.php/informes-academicos/503-arbitraje-en-chile-revision-de-la-doctrina-jurisprudencial-en-el-arbitraje-domestico-y-comercial-internacional-cs-2008-2013>.