



**UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**TESINA CARRERA DE DERECHO:**

**PODERES EJECUTIVOS DEL JUEZ CIVIL: SOBRE LA EJECUCIÓN  
INDIRECTA EN CHILE**

**Autores: Brenda Chaigneau Herrera**

**Gonzalo Frelíj Vázquez**

**Profesor Guía: Claudio Meneses Pacheco**

**Fecha Entrega: Noviembre de 2011**

## Tabla de Contenidos.

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUCCIÓN.....</b>   | <b>5</b>  |
| <b>CAPÍTULO I. LAS SENTENCIAS Y LA TUTELA JURISDICCIONAL DEL DERECHO.....</b>  | <b>7</b>  |
| 1. CLASIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS. SENTENCIAS SATISFACTIVAS Y NO SATISFACTIVAS .....  | 7         |
| 2. INSUFICIENCIA DE LA SENTENCIA CONDENATORIA. VINCULACIÓN NECESARIA CON LA EJECUCIÓN.....                                       | 8         |
| 3. TIPICIDAD DE LOS MEDIOS EJECUTIVOS .....  | 9         |
| 4. FORMAS DE TUTELA. TUTELA ESPECÍFICA Y POR EQUIVALENTE MONETARIO .....   | 10        |
| 5. PREPONDERANCIA DE LA TUTELA POR EQUIVALENTE .....   | 11        |
| <b>CAPÍTULO II. SENTENCIA MANDAMENTAL. CUMPLIMIENTO DE RESOLUCIONES MEDIANTE LA MULTA COERCITIVA. ARGUMENTOS .....</b>           | <b>12</b> |
| 1. DERECHO A LA ACCIÓN. DERECHO A LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA. DERECHO A LA PREORDENACIÓN DE TÉCNICAS PROCESALES ADECUADAS..... | 13        |
| 1.1. <i>Introducción.....</i>  | 13        |
| 1.2. <i>Contenido. Doctrina Española .....</i>   | 13        |
| 2. DERECHO A LA EJECUCIÓN.....   | 14        |
| 3. DERECHO A LA PREORDENACIÓN DE TÉCNICAS PROCESALES ADECUADAS .....   | 15        |
| 4. INEXCUSABILIDAD .....   | 16        |
| 4.1. <i>Fuente normativa.....</i>  | 16        |
| 4.2. <i>Contenido. Relación con la efectividad de la tutela jurisdiccional .....</i>   | 17        |
| 4.3. <i>Omisión y falta de aptitud de técnicas procesales adecuadas. El juez y la tutela jurisdiccional efectiva.....</i>        | 18        |
| <b>CAPÍTULO III. EJECUCIÓN INDIRECTA. REGULACIÓN EN DERECHO COMPARADO. DOCTRINA COMPARADA.....</b>                               | <b>20</b> |
| 1. CONCEPTO .....  | 20        |
| 2. MODALIDADES .....   | 21        |
| 2.1. <i>Introducción.....</i>  | 21        |
| 2.2. <i>La multa.....</i>  | 21        |
| 2.2.1 <i>Concepto.....</i>   | 21        |
| 2.2.2. <i>Naturaleza jurídica.....</i>   | 22        |
| 3. EJECUCIÓN INDIRECTA EN DERECHO COMPARADO .....  | 22        |
| 3.1 <i>Ámbito de estudio .....</i>   | 22        |
| 3.2 <i>Determinación de las medidas de ejecución indirecta .....</i>   | 22        |
| 4. LAS MULTAS .....  | 23        |
| 4.1. <i>Ámbito de aplicación .....</i>   | 23        |
| 4.2. <i>Cuantía de las multas. Límites. Criterios para fijarla. Carácter progresivo.....</i>                                     | 25        |
| 4.3. <i>Destinatario del valor de la multa .....</i>   | 26        |
| 4.4. <i>Facultades del Juez. Modificación y revocación de las multas .....</i>   | 27        |
| 5. LA PRISIÓN.....   | 28        |
| 5.1 <i>Fundamento de la prisión como medio ejecutivo .....</i>   | 28        |
| 5.2. <i>Normas atinentes .....</i>   | 28        |
| 5.3. <i>Ámbito de aplicación de la prohibición.....</i>  | 29        |
| 5.4. <i>Procedencia de la prisión.....</i>   | 29        |
| <b>CAPÍTULO IV. EJECUCIÓN INDIRECTA EN EL DERECHO CHILENO.....</b>   | <b>30</b> |

|  |           |
|--|-----------|
| 1. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.....  | 30        |
| 2. CÓDIGO DEL TRABAJO .....  | 31        |
| <b>CAPÍTULO V. EJECUCIÓN INDIRECTA Y LAS COSTAS .....</b>  | <b>32</b> |
| 1. CUESTIONES PREVIAS .....  | 32        |
| 2. LAS COSTAS .....  | 33        |
| 2.1. <i>Naturaleza jurídica de la condenación en costas. Medidas económicas. Carácter accesorio</i> .....  | 33        |
| 2.1.1. <i>Las costas como medidas económicas. Carácter sancionatorio</i> .....                             | 33        |
| 2.1.2. <i>Accesoriedad de las costas. Naturaleza jurídica de la resolución que condena en costas</i> ..... | 34        |
| 2.2. <i>Condenación en costas de oficio</i> .....  | 35        |
| 2.3. <i>Condena en costas sin vencimiento total</i> .....  | 36        |
| 2.4. <i>Eximición de las costas</i> .....  | 37        |
| 2.4.1 <i>Eximición en primera instancia</i> .....  | 37        |
| 2.4.2 <i>Exención en segunda instancia</i> .....   | 38        |
| 2.5. <i>Exención condicional de las costas</i> .....   | 39        |
| <b>CONCLUSIONES.....</b>   | <b>40</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>  | <b>41</b> |

## TABLA DE ABREVIATURAS

TCE: Tribunal Constitucional Español

CPR: Constitución Política de la República

CPC: Código de Procedimiento Civil

CPCb: Código de Processo Civil de Brasil

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

CS: Corte Suprema

CA: Corte de Apelaciones

RDJ: Revista de Derecho y Jurisprudencia

Sec: Sección.

GJca: Gaceta Jurídica

## RESUMEN

La siguiente investigación tiene como objeto proponer la utilización de medidas que, por medio de la coerción a la voluntad del obligado, tiendan a obtener cumplimientos expeditos y en naturaleza. La existencia de esta clase de medidas supone parte importante de una regulación que reconozca la importancia de la tutela jurisdiccional efectiva como derecho fundamental.

## PALABRAS CLAVES

Tutela jurisdiccional efectiva, ejecución indirecta, costas.

## INTRODUCCIÓN

La labor judicial considerada como una tarea pasiva, cuyo impulso se entrega casi exclusivamente a los justiciables, es fruto de concepciones surgidas en la Revolución Francesa. Dichas ideas se mantuvieron en el tiempo y pasaron a formar parte de nuestra legislación procesal. Hoy en día, las circunstancias que motivaron tales nociones han sido superadas: el Estado y el juez han dejado de ser vistos como enemigos públicos. Consiguientemente, al juez le han sido entregadas mayores facultades de actuación durante el proceso.

La concepción liberal también influyó en la configuración del procedimiento ejecutivo, propendiendo a que los acreedores obtengan, por regla general, una suma de dinero equivalente a los daños y perjuicios que acarrea el incumplimiento.

Así es como en Chile pocas veces la ejecución de una sentencia se hace en sus propios términos. La inexistencia de mecanismos destinados a ello y la dificultad para usar los existentes, determinan, la mayoría de las veces, que la obligación original sea sustituida por la indemnización de perjuicios, sin importar el interés del acreedor.

Si a ello agregamos que estadísticas proporcionadas por el Informe del Foro Procesal Civil dan a conocer que siete de cada diez causas que ingresan a los juzgados civiles son procedimientos ejecutivos, no podemos sino concluir que nuestro sistema de ejecución civil es lento y engorroso

Distintos ordenamientos también sufrieron un sistema ejecutivo ineficiente. Considerando lo ya expuesto, algunos “desjudicializaron” la ejecución, entregándole a sujetos que están fuera de la esfera jurisdiccional ciertas actuaciones ejecutivas. Otros dotaron al juez de la posibilidad de dictar medidas, dentro de la sentencia que contiene la decisión, tendientes al cumplimiento expedito y en naturaleza.

Con la finalidad entonces de, por un lado, superar esta concepción anacrónica a la cual nos referimos y, por otro, conseguir un cumplimiento real, eficaz y en naturaleza de la sentencia emitida, hacemos nuestra la segunda solución. Una de las mejores armas para combatir el incumplimiento de las sentencias es aplicar toda la presión del Estado sobre los hombros del deudor, no visto desde la amenaza que la norma por sí misma contiene, sino

haciendo efectiva dicha conminación a través de diversas medidas que puedan doblegar la voluntad de aquel que, pudiendo cumplir, no lo hace.

La ejecución de las sentencias que se realiza de esta manera, se apellida *indirecta*, en contraposición a la directa que se desarrolla mediante actos materiales tendientes a despojar al vencido en juicio de sus bienes para obtener el cumplimiento de la sentencia. Así, la ejecución indirecta aparece como más respetuosa y preocupada tanto de la satisfacción de los intereses en juego, como del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

En Chile, la ejecución indirecta no encuentra sustento normativo. Aún así, en nombre del derecho a la acción y de la inexcusabilidad, el juez debe construir técnicas procesales que permitan dar efectiva tutela a los derechos en juego haciendo efectivos sus mandatos. De lo contrario, el juez no sería sino *un esclavo de la ley*.

Para comenzar nos centraremos en el estudio de la sentencia condenatoria, demostrando que este instrumento procesal no presta tutela efectiva al derecho por las razones que expondremos. Continuaremos con la tesis que sustenta la posibilidad de que medidas conminatorias sean aplicadas de oficio por el tribunal. Para ello recurriremos a argumentos tales como: el derecho a la ejecución, el derecho a la preordenación de técnicas procesales adecuadas y el principio de inexcusabilidad.

En tercer lugar, revisaremos dos modelos regulatorios de la ejecución indirecta: el español y el brasilero. Seguiremos con normas que, a nuestro juicio, pueden ser calificadas también como medidas de ejecución indirecta dentro de nuestra legislación.

Finalmente, nos centraremos en el estudio de las costas, por la importancia que para nuestra investigación revisten, tanto por su semejanza con las multas, como por la utilidad que prestarían para obtener cumplimientos expeditos.

## **CAPÍTULO I. LAS SENTENCIAS Y LA TUTELA JURISDICCIONAL DEL DERECHO**

### *1. CLASIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS. SENTENCIAS SATISFACTIVAS Y NO SATISFACTIVAS*

Toda vez que el derecho de acción contiene el derecho a la sentencia, nos es imprescindible referirnos a éstas, en cuanto instrumentos que harían efectiva la tutela prometida por el derecho material.

La clasificación de las sentencias más extendida en doctrina es aquella que distingue entre sentencia condenatoria, declarativa y constitutiva. Esta distinción tiene su origen en la doctrina italiana de inicios del siglo XX, influenciada por los valores del Estado liberal. Lo anterior no es un mero dato histórico, pues permite fijar la época y el contexto en que esta clasificación se desarrolló y comprender de mejor manera la situación actual.

Por otro lado, es posible también clasificar las sentencias según si requieren o no medios ejecutivos para la prestación de la tutela jurisdiccional del derecho, distinguiendo entre satisfactivas y no satisfactivas (Marinoni, 2007c, p.98).

Por su parte, y en el mismo sentido, Andolina distingue entre situaciones jurídicas instrumentales y situaciones jurídicas finales, ubicando a la sentencia condenatoria dentro del primer grupo y a la constitutiva y declarativa en el segundo.

Las únicas sentencias que permitirían conferir la tutela con su sola dictación son la sentencia declarativa y la constitutiva. En este sentido serían instrumentos autosuficientes de tutela jurisdiccional, “realizando por sí solas y en modo pleno y completo el derecho potestativo de la parte” (Andolina 2008, pp.15). En la misma línea se pronuncia Marinoni, afirmando que “la mera expedición de estas sentencias es suficiente para que la prestación jurisdiccional sea integral” (2007., pp.27)

En relación a la sentencia condenatoria, Andolina apunta que “el rasgo distintivo de las situaciones jurídicas instrumentales se encuentra en que el interés jurídicamente protegido puede realizarse solamente a través de la actividad de un (determinado) sujeto diverso del titular del derecho; de manera que, a diferencia de lo que se verifica en las

situaciones jurídicas finales, es el sujeto pasivo de la relación obligatoria el que se encuentra en posición dinámica” (2008, pp.11-16)

En resumen, la sentencia de condena es una sentencia “no satisfactiva” o constituye una “situación jurídica instrumental” por cuanto su dictación no permite entender tutelado el derecho. Deberá siempre estarse a la actividad del deudor.

## *2. INSUFICIENCIA DE LA SENTENCIA CONDENATORIA. VINCULACIÓN NECESARIA CON LA EJECUCIÓN*

Se dice que la sentencia condenatoria es insuficiente mirándola desde la perspectiva de la tutela jurisdiccional del derecho, puesto que su sola dictación solo abre la puerta a la ejecución, mas no tutela nada. El carácter de insuficiente que merece la sentencia definitiva proviene de la definición que de ella hizo la doctrina italiana, conceptualizándola como aquella que reconoce “la existencia de una voluntad de ley que garantice un bien a alguien, imponiendo al demandado la obligación de una prestación” (Chiovenda, 1922, pp.185).

De lo anterior no puede desprenderse sino que la sentencia de condena se limitaría a imponer una obligación al vencido. Solo cuando ésta sea cumplida podrá considerarse como tutelado el derecho. Ahora bien, si el vencido no cumple voluntariamente lo ordenado en el fallo, deberá procederse a la “adecuación de lo que es a lo que debe ser”, esto es, a la ejecución. (Carnelutti, 1959, pp.75). De esta forma queda nuevamente de manifiesto que jamás la sentencia condenatoria ha prestado tutela. Chiovenda, sobre el particular, apunta que “históricamente la sentencia nace como preparación de la ejecución” (1922, p.186).

La doctrina clásica, afirma Marinoni, “mediante un ejercicio de abstracción, desligó la prestación jurisdiccional del derecho material, tornando la condenación como mera fase de prestación de tutela jurisdiccional del derecho, excusa imprescindible para la proposición de la acción de ejecución y así, la realización del derecho de crédito” (2007c, pp.32) Por ello es que, la sentencia de condena “funge como paso entre el estadio anterior de la tutela cognitiva y el sucesivo de la tutela ejecutiva: es decir, aquella abre al acreedor las puertas de la ejecución forzada, habilitándolo para pedir y obtener el cumplimiento de específicos actos ejecutivos” (Andolina, 2008, pp. 17).

Por otro lado, puede explicarse la insuficiencia de la sentencia de condena sobre la base del dinamismo que adquiere la conducta del demandado frente a la relación obligacional. Como señala Andolina, “es evidente que el simple *ascertamiento* cognitivo (tanto de la obligación como del incumplimiento de ésta) puede no ser suficiente para vencer la resistencia del deudor; y si el incumplimiento de éste persiste más allá del pronunciamiento de la sentencia de condena, se configura la necesidad de recurrir a los instrumentos de ejecución” (2008, pp.16-17). Marinoni, al respecto apunta que “quien admite, a partir de visión exclusivamente procesal, que la condenación es tutela jurisdiccional, es obligado a suponer que la condenación basta para satisfacer lo que se procura a través de la acción (...) se trata de una visión romántica y distorsionada de la tutela jurisdiccional, pues apuesta que el deudor, apenas por ser condenado, satisfará el derecho de crédito” (2007c, pp. 30)

Hasta el momento podemos afirmar que, primeramente, la sentencia condenatoria no presta tutela. A causa de lo anterior la sentencia condenatoria está inexorablemente ligada a la ejecución puesto que, de no mediar el cumplimiento voluntario, es la única vía para modificar la realidad vigente y de esa manera obtener la satisfacción del interés del acreedor y, como consecuencia lógica, la prestación de tutela.

Por ello es que Marinoni dice que no es posible “entender la condena sin preguntarse por los medios de ejecución” (2007c, pp.28). En el mismo sentido se manifiesta Andolina, ya que para el italiano “si se quiere entender adecuadamente la sentencia de condena, no se puede no tener en cuenta el aspecto (por así decir) bifronte de aquella: es decir, el hecho que mira, al mismo tiempo, tanto al pasado (en cuanto declara el incumplimiento) como al futuro (en tanto prepara los mecanismos para obtener, en vía forzada, la realización del derecho lesionado)” (2008, pp. 18)

### 3. *TIPICIDAD DE LOS MEDIOS EJECUTIVOS*

Teniendo por un lado que el concepto de sentencia condenatoria se encuentra fuertemente influenciado por el liberalismo y por otro que la ejecución forzada resulta

necesaria e imprescindible ante el incumplimiento voluntario de lo ordenado, es menester referirse al principio de la tipicidad de los medios ejecutivos.

Puesto que este principio se originó en una época donde el influjo liberal aún reverberaba en el ambiente, su objetivo es garantizar la libertad o seguridad psicológica del ciudadano. Como dice Marinoni: “esta seguridad se derivaría de la certeza del derecho o de la garantía según la cual solamente podrían ser utilizados los medios ejecutivos tipificados en la ley” (2008, pp.28-29)

Pues bien; este principio implica que “los medios de ejecución deben estar previstos en la ley, y que la ejecución no puede ocurrir a través de formas ejecutivas no tipificadas” (Marinoni, 2008, pp. 263).

La existencia de esta regla es comprensible si consideramos el momento histórico en que se modeló. En efecto, solo habían pasado cien años desde la Revolución Francesa y las ideas que sustentaron este movimiento seguían patentes. El Estado era visto como un enemigo público y el juez como un poder que, sin fuertes restricciones a su competencia, podía revivir los días del Antiguo Régimen. Los derechos que se consagraban en las Cartas Fundamentales de esas épocas solo eran considerados como un manto protector que cubrían al ciudadano contra el ejercicio abusivo del poder. Hoy en día, el Estado ya no es mirado como un enemigo público. En palabras de Marinoni “pasó a ser visto como alguien que, colocándose al lado del ciudadano, debe velar por la protección de sus derechos, y en consecuencia, de la necesidad de darse tutela efectiva a los derechos” (2007c, pp. 51).

Por lo anterior es que en la actualidad este principio no constituye más que una atadura vetusta del poder del juez a principios que hoy no tienen sustento en la realidad, imposibilitándolo de adoptar medidas que, de manera tangible, permitan al demandante obtener lo que en derecho corresponde.

#### *4. FORMAS DE TUTELA. TUTELA ESPECÍFICA Y POR EQUIVALENTE MONETARIO*

Ya establecido que la sentencia de condena no tutela por sí misma el derecho, que su implementación requiere de medios ejecutivos y que el juez puede valerse solo de aquellos cuya existencia se encuentra establecida a priori por la ley es de suponer que, en muchas

ocasiones, los medios ejecutivos de los que el juez puede valerse no serán adecuados para obtener la tutela específica del derecho.

En sede jurisdiccional, la protección del derecho material se traduce en dos clases de tutela: específica y por el equivalente monetario.

La tutela específica, también conocida como cumplimiento de la obligación en naturaleza, “es aquella que está preocupada por la integridad del derecho, por lo que no permite dar su equivalente en dinero al lesionado” (Marinoni et al 2010: pp 210)

La segunda, corresponde a “la tutela jurisdiccional que protege el derecho mediante la entrega de indemnización en pecunia o de la entrega del valor equivalente al de la obligación incumplida o cumplida de modo imperfecto” (Marinoni et al 2010: pp 210)

La tutela resarcitoria por el equivalente se relaciona con los valores o principios que rigen al Estado liberal clásico, en el que prima la preocupación por “las libertades formales y no por las necesidades concretas del ciudadano” (Marinoni et al 2010: pp 211).

##### 5. *PREPONDERANCIA DE LA TUTELA POR EQUIVALENTE*

La libertad formal, elevada a la categoría de valor fundamental luego de la Revolución Francesa, también influye en la tutela de los derechos por cuanto el Estado solo debía preocuparse de dos aspectos: asegurar la libertad de los ciudadanos y mantener en funcionamiento los mecanismos de mercado. En este orden de ideas, “no podía tratar de forma desigual las diferentes posiciones y partía de la premisa – obviamente artificial – que todos los bienes y personas eran iguales (precisamente porque no poseía preocupación alguna por la diferencia entre los bienes)” (Marinoni, 2008, pp. 208).

Dentro de esta concepción, “si todos son iguales, independientemente de sus diferencias concretas, y para la preservación de la libertad es imprescindible no constreñir la autonomía privada, la tutela resarcitoria se hace ideal, pues, además de igualar el valor del derecho material, no fuerza la voluntad del obligado” (Marinoni et al, 2010, p.211). Así, y considerando que todos los bienes eran iguales, podían ser expresados mediante una suma de dinero.

Con ello se perfeccionó el sistema “condena-ejecución” puesto que, “si el Estado, frente al incumplimiento, sólo podía responder a través de equivalente dinerario, era

necesario, en términos del ámbito procesal, pensar en una técnica que no solo fuese capaz de conferir al acreedor tal valor en dinero, sino incluso permitir que el mercado se mantuviese en funcionamiento” (Marinoni, 2008, pp.210).

Por otro lado, la aceptación de la tutela por equivalente como regla general puede dar lugar a entender que el obligado a la prestación no contraería nunca la obligación realmente toda vez que, atendiendo a las fuerzas patrimoniales de éste, podría exonerarse del cumplimiento mediante el desembolso de una suma de dinero. Como apuntan Marinoni, Pérez y Núñez, “en un sistema que ignora la tutela específica de la obligación, aquel que necesita del bien, y por eso realiza el contrato, jamás tiene efectivamente asegurado su derecho, mientras que el que detenta el capital o disfrute del bien no entregado aún, posee la posibilidad de liberarse de su obligación mediante el simple pago, según le convenga en el mercado” (2010, pp. 236).

Resulta del todo incoherente contratar para luego optar entre cumplir o no hacerlo, “como si el cumplimiento fuera un “deber libre” o un acto puramente potestativo, y no algo debido” (Marinoni et al, 2010, pp. 236)

Así las cosas, bajo la influencia de los principios del Estado liberal, la tutela específica de los derechos no constituye más que una utopía, toda vez que tales principios sirven como cortapisa a esta pretensión, persiguiendo fines que resultan incompatibles con la obtención de lo que en naturaleza corresponde al acreedor.

## **CAPÍTULO II. SENTENCIA MANDAMENTAL. CUMPLIMIENTO DE RESOLUCIONES MEDIANTE LA MULTA COERCITIVA. ARGUMENTOS**

Ya establecido que la sentencia condenatoria no presta tutela, es de toda lógica que dentro del ordenamiento deban encontrarse medidas que permitan tutelar efectivamente el derecho de quien ha visto incumplido su contrato, y con ello, insatisfecho su interés.

Por ello Simons apunta: “es inherente a la propia existencia del Poder Judicial la utilización de los medios capaces de tornar eficaces las decisiones emanadas. Es inconcebible un Poder Judicial destinado a la solución de conflictos, que no tenga el poder real de hacer valer sus decisiones o mandatos” (2007, pp. 224)

Una de las formas con que el juez puede dotar de efectividad a sus mandatos es la sentencia mandamental, aquella en que “el juez utiliza la fuerza del Estado para estimular al vencido a cumplir” (Marinoni, 2007, pp. 117). Esta clase de sentencias se vincula de manera natural con la ejecución indirecta.

Nos abocaremos a los argumentos que sostendrán nuestra tesis, esto es, la posibilidad de que el juez pueda dictar resoluciones cuyo cumplimiento se ampare en multas coercitivas, fundado en el contenido del derecho a la acción y a una relectura del principio de la inexcusabilidad.

## *1. DERECHO A LA ACCIÓN. DERECHO A LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA. DERECHO A LA PREORDENACIÓN DE TÉCNICAS PROCESALES ADECUADAS*

### *1.1. Introducción*

Toda vez que, a partir de la interpretación sistemática de artículos de la CPR y de tratados internacionales, el derecho a la acción puede ser considerado como integrante del bloque constitucional de derechos (Bordalí, 2000, pp.93-94), es de toda lógica que su contenido debe informar al juez ante situaciones no reguladas por la ley. De igual forma, su interpretación debe hacerse a la luz de las normas fundamentales.

### *1.2. Contenido. Doctrina Española*

Francisco Ramos Méndez, nos dice que “la posición del ciudadano en el sistema procesal, está identificada en la postura de parte. Su actividad en el ámbito procesal es lo que se ha venido denominando tradicionalmente acción. El término, cargado de historia procesal, encierra en sus entrañas todas las posibilidades de actuación de un ciudadano y del resto de los poderes del Estado que se convierten en parte procesal. La parte, como elemento del sistema es detonante de su funcionamiento y destinatario final del servicio” (2000: p 5-6).

Cuando el autor nos habla de “todas las posibilidades”, incluiremos al derecho de acceder al proceso, el derecho a la prueba, el derecho a exigir una resolución de fondo

fundada en derecho, el derecho al recurso, a la tutela cautelar y finalmente, en lo que nos importa, el derecho a la ejecución de lo juzgado. En el mismo sentido se pronuncia Ortells, aunque sin referirse al derecho a la prueba. (2007, pp.40-42).

Para fundamentar nuestro postulado, recurriremos al derecho a la ejecución de la sentencia, y al derecho a la preordenación de técnicas procesales adecuadas. Lamentablemente, ninguno de los dos cuenta con un desarrollo doctrinario o jurisprudencial adecuado en Chile. Por esta razón, nos valdremos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y de doctrina extranjera.

## 2. *DERECHO A LA EJECUCIÓN*

Precisemos que en cuanto a la ubicación del derecho a la ejecución existen discusiones. Por lo mismo, algunos autores lo comprenden como parte integrante del debido proceso. En este sentido se manifiesta Bordalí (2000, pp.94), y fundamentando su existencia desde aquella garantía, Meneses (2009, pp.24-26).

Siendo nuestra intención una distinta, no pretendemos resolver esta disputa. Lo ubicaremos, siguiendo a la doctrina y jurisprudencia española, dentro del derecho a la acción.

En cuanto a este derecho, el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia recaída en la causa rol N° 32, del 7 de Junio de 1982 estimó que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva “exige también que el fallo se cumpla, y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiera lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes en meras declaraciones de intenciones”. Esto es lo que Ortells llama “derecho a la actividad ejecutiva de los órganos jurisdiccionales” (2007, pp.41.). En el mismo sentido se pronuncia Ramos Méndez, cuando señala que “la ejecución debe otorgar asimismo al litigante victorioso satisfacción cumplida de cuanto se le ha concedido en el juicio” (2000, pp.73).

Con todo, el derecho a la ejecución no garantiza siempre una ejecución en naturaleza. En sentencia dictada en la causa rol N°58 del 29 de junio de 1983, el TCE sostiene que “tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de

identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestaciones”.

A partir de lo expuesto, podemos definir al derecho a la ejecución como aquella dimensión del derecho a la acción que se preocupa de garantizar al vencedor que la decisión del tribunal será cumplida, ya sea en naturaleza o, cuando no fuese posible por razones atendibles, por un valor equivalente expresado en dinero.

### 3. *DERECHO A LA PREORDENACIÓN DE TÉCNICAS PROCESALES ADECUADAS*

El derecho a la ejecución requiere que los medios ejecutivos sean lo suficientemente efectivos como para procurar al acreedor el cumplimiento del mandato del juez. Para ello debe complementarse con una dimensión instrumental del derecho a la acción, esto es, el derecho a la preordenación de técnicas procesales adecuadas.

Mirando al derecho a la acción, y con ello al derecho a la ejecución, como parte integrante del mismo desde la perspectiva de las técnicas procesales, puede decirse que éste es un “derecho a la fijación de técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela del derecho material. Se trata de un derecho que vincula al legislador, obligándolo a trazar las técnicas procesales capaces de permitir la protección de las diversas situaciones conflictivas.” Al hablar de técnicas procesales nos referimos a “procedimientos, sentencias y medios ejecutivos, así como también técnicas de anticipación de la tutela y de su cautelamiento” (Marinoni et al, 2010, pp. 197-198).

Así, el derecho a la acción “además de adquirir la característica de derecho de acceso a la justicia, asume la figura de derecho a la preordenación de técnicas procesales idóneas para la viabilidad en el cumplimiento de las tutelas prometidas por el derecho substancial”. (Marinoni, 2007d, pp. 67)

Según Marinoni, Pérez y Núñez, el derecho de acción no se agota con la dictación de la sentencia, además “exige que la sentencia de procedencia sea revestida de la forma procedimental adecuada para la protección del derecho y que disponga de los medios ejecutivos aptos a su implementación” (2010, pp. 203).

La afirmación anterior no hace más que confirmar que el derecho a la acción, y por consiguiente el derecho a la ejecución, contempla también el derecho al proveimiento adecuado y al medio ejecutivo adecuado. Se trata de dos derechos relacionados, ya que el medio ejecutivo que el juez imponga para dar efectividad a su decisión determina la naturaleza de la sentencia (Marinoni, 2008, pp.262)

Al hablar de medios ejecutivos adecuados, en lo medular, nos referimos a instrumentos capaces de viabilizar la tutela concedida por la sentencia. En cuanto al derecho al proveimiento adecuado, Marinoni es tajante: “el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional jamás podrá ser atendido por medio de los proveimientos de la clasificación triádica. Tal derecho depende de proveimientos mandamentales y ejecutivos” (2007, pp. 262). Toda vez que nuestra legislación procesal no contempla ninguno de los dos proveimientos, es de toda lógica que el juez debe aplicarlos invocando como fundamento el derecho a la acción. De lo contrario, su actividad será estéril y atentatoria a los derechos fundamentales.

#### 4. *INEXCUSABILIDAD*

##### 4.1. *Fuente normativa*

El artículo 76 de la CPR, norma que sirve de pórtico al tratamiento que la Carta Fundamental da al Poder Judicial, prescribe en la primera parte de su inciso 1º: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.”

El inciso 2º del mismo artículo reza “reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”.

Las normas transcritas, en conjunto con el artículo 170 N°5 del CPC, sustentan normativamente el principio de inexcusabilidad. En esencia, este principio impide que el juez no haga uso de sus facultades ante la inexistencia de normas materiales que resuelvan la contienda.

#### *4.2. Contenido. Relación con la efectividad de la tutela jurisdiccional*

En cuanto al contenido de este principio, podemos decir que “lamentablemente, toda la rica gama de aspectos que cubre esta garantía, apenas han sido advertidos por la doctrina y jurisprudencia nacionales” (Carocca, 1997, pp.195). En palabras del autor, “el contenido de la garantía es bastante profundo y alcanza, a nuestro parecer, a lo menos los siguientes aspectos”: a) Se asegura a las partes “la obtención de una respuesta sobre el fondo de las pretensiones planteadas por los litigantes (...) b) La exigencia de la fundamentación o motivación (...) c) El rechazo del formalismo, entendido como la exigencia de la forma por la forma, sin tener en cuenta que ella debe estar siempre al servicio de la solución judicial (...) d) El derecho a obtener una resolución fundada en Derecho” (Carocca, 1997, pp.196-197).

En nuestra opinión, la inexcusabilidad no solamente se limita a la ley de fondo aplicable. Abarcaría también las leyes adjetivas o procedimentales, puesto que solucionar un conflicto no es solo aplicar la ley (Vallespín, 2010, pp.13). La solución del conflicto se producirá solo donde exista la satisfacción real del interés que el acreedor estimó violentado.

El Tribunal Constitucional resolviendo en la causa rol 205-1995, reconoció esta idea, y refiriéndose al conflicto sostiene que “su solución a través del proceso cumple dos objetivos: a. La satisfacción del interés subjetivo de los sujetos en conflicto. b. La actuación del derecho objetivo para mantener la exacta observancia de la ley.”

De lo anterior podemos desprender una importante idea: la efectividad de la tutela jurisdiccional esta en directa relación con que tan adecuada aparezca en la práctica la resolución del conflicto. Si uno de los fines del proceso es la satisfacción del interés del justiciable, a decir de Marinoni, aquel “no está obligado a contentarse con un procedimiento no idóneo para la tutela jurisdiccional efectiva, pues su derecho no se reduce a la posibilidad de acceso al procedimiento legalmente instituido” (2007a, pp.231)

Recordemos la insuficiencia de la sentencia condenatoria. El juez con solo dictar la sentencia, con la correcta aplicación de la norma de derecho sustantivo que corresponda,

puede no solucionar el conflicto jurídico de que se trate, por cuanto la satisfacción del interés del actor forma parte de la solución del mismo.

Marinoni refuerza esta noción y señala que: “el juez no tiene sólo la función de resolver litigios, sino también la de velar por la idoneidad de la prestación jurisdiccional, sin poder resignarse a aplicar la técnica procesal que pueda conducir a una tutela jurisdiccional no efectiva” (2007a, pp.231).

En relación con lo anterior, “es preciso que dotemos a los jueces de plenos poderes jurisdiccionales, sean expresos o implícitos, para que éstos puedan hacer cumplir a cabalidad sus mandatos contenidos en resoluciones. (...). Es inconcebible un Poder Judicial destinado a la solución de conflictos, que no tenga el poder real de hacer valer sus decisiones o mandatos. Ninguna utilidad tendrían las decisiones sin cumplimiento o efectividad. El negar instrumentos de fuerza al Poder Judicial es lo mismo que negar su propia existencia” (Simons, 2007, pp.223-224)

#### *4.3. Omisión y falta de aptitud de técnicas procesales adecuadas. El juez y la tutela jurisdiccional efectiva*

Si el ordenamiento concede un derecho y además le ofrece tutela ante su violación (e incluso ante la amenaza de aquello), debe existir, y así lo debe instaurar el legislador, un instrumento procesal destinado a protegerlo. Ahora bien, si tomamos en cuenta que las tutelas que puedan requerirse del Derecho son tantas como fecunda es la imaginación humana, es imposible que el legislador instituya técnicas procesales que permitan viabilizar a todas y cada una de ellas. Por ello, se hace necesaria la creación de normas procesales abiertas. Un buen ejemplo es el artículo 461 del Código de Processo Civil de Brasil, al referirse a medidas necesarias para la efectuación de la tutela específica u obtención del resultado práctico equivalente.

Sin perjuicio de que las normas procesales abiertas permiten paliar de manera importante la cuestión acerca de la tutela, no es menos cierto que la realidad avanza siempre, y de manera inexorable, más rápido que el Derecho. Creer que el legislador ha estatuido todos y cada uno de los mecanismos de tutela es una “ingenuidad” (Marinoni, 2007d, pp.66)

Por lo anterior, si el derecho de acción incide sobre el Estado, es necesario que el juez tenga las facultades necesarias para colmar las lagunas de regulación, ya que para su realización “exige que el juez este provisto de poder suficiente para la tutela de los derechos, la ausencia de norma procesal instituidora de instrumento procesal idóneo que lo permita, constituye evidente obstáculo a la actuación de la jurisdicción y al derecho fundamental de acción” (Marinoni, 2007d, pp.66; Marinoni et al, 2010, pp. 200).

Dicho de otro modo, si el derecho a la tutela efectiva incide sobre el legislador, obligándolo a “fijar técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela del derecho material (...), es indiscutible que su mayor destinatario es el juez, pues éste tiene el deber de prestar la adecuada tutela jurisdiccional a los derechos.” Por ello “es obvio que la omisión de la ley no justifica la omisión del juez. (...) La ausencia de técnica procesal para la tutela de los derechos constituye violación del derecho fundamental de acción y obstáculo para la actuación de la jurisdicción. Por lo tanto (...) no es posible negar al juez la posibilidad de suplir la ausencia de ley, que hace inviable la efectiva tutela jurisdiccional del derecho” (Marinoni et al: 2010 pp 195-200). En síntesis, el Derecho Procesal no puede servir como embarazo a la administración de justicia, ni el juez puede escudarse en la omisión legislativa, “tiene el deber de interpretar la legislación a la luz del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, estando obligado a extraer de la regla procesal, siempre con la finalidad de efectivamente tutelar los derechos, su máxima potencialidad” (Marinoni, 2007a, p.232-233).

En conclusión: el juez no podrá excusarse en la inexistencia de una técnica procesal, en este caso, o de la norma que fuere, en general, a la hora de dictar sentencia, si con ello dejase de tutelarse efectivamente el derecho material invocado. En otras palabras: ante la ausencia de técnicas procesales adecuadas, el juez tendrá el deber de suplir dicho vacío, y hacerse cargo igualmente de la petición, lo cual le permitirá solucionar efectivamente la controversia. Una de las figuras que permite al juez suplir el silencio del legislador, y así, satisfacer el crédito o interés del actor y solucionar el conflicto es la ejecución indirecta.

### **CAPÍTULO III. EJECUCIÓN INDIRECTA. REGULACIÓN EN DERECHO COMPARADO. DOCTRINA COMPARADA**

#### *1. CONCEPTO*

Marinoni la define como aquella que no realiza, por si sola el derecho material, sino apenas actúa sobre la voluntad del deudor con el objetivo de convencerlo a cumplir. También es llamada “coerción indirecta”. (2007c, p.70)

Según De la Oliva Santos (2005, pp.18) “caracteriza al proceso de ejecución la utilización por el órgano jurisdiccional de su potestad coactiva y coercitiva, aplicada a la realidad material, a fin de transformarla venciendo resistencias y sustituyendo voluntades.”

De lo anterior se desprende que la sustitución, entendida esta como “la potestad para hacer válida y eficazmente lo que habría de hacer el sujeto destinatario de un mandato, si quisiera cumplirlo o ejecutarlo voluntariamente”, es una de las características propias de la ejecución (De la Oliva Santos et al, 2005, pp.19)

En una primera lectura, pareciera ser que la coerción indirecta, al no compartir el carácter sustitutivo de la ejecución, no podría denominarse ejecución. Por lo anterior y considerando a la ejecución indirecta como una forma de presión a la voluntad del deudor, la doctrina clásica distinguió entre medios de presión y la ejecución. Esto lleva a diferenciar finalmente entre la ejecución directa e indirecta.

No obstante lo anterior es dable decir que, en cuanto ambas logran dotar de efectividad a la tutela jurisdiccional mediante el cumplimiento, sea este forzado o voluntario (pero estimulado), puede sostenerse que ambas forman parte del mismo género: la ejecución civil.

## 2. MODALIDADES

### 2.1. Introducción

No pretendemos agotar el tema, puesto que la regulación de la ejecución indirecta varía según el sistema jurídico del que forma parte y además porque las medidas de ejecución indirecta pueden adoptar tantas formas como necesarias sean para el cumplimiento.

Para lograr constreñir la voluntad del obligado la ejecución indirecta contempla, a lo menos, dos modalidades, a saber: multa (que también denominaremos astreinte) y prisión. Esta última no será tratada en este acápite toda vez que solo recibe aplicación, como medida de ejecución indirecta, en el derecho brasilero.

### 2.2. La multa

#### 2.2.1 Concepto

La multa (o astreinte) es la forma a través de la cual el juez impone el pago de una suma en dinero para la hipótesis de no cumplimiento de la decisión o de una sentencia. (Marinoni 2007, p.72)

Couture, definiendo astreinte señala que se trata de una “voz francesa que se usa como sinónimo de compulsión, constricción. Forma especial de condena provisional y accesoria que pueden imponerlos tribunales para compeler indirectamente al cumplimiento de una obligación, mediante una prestación periódica, a veces progresiva, cuya entidad aumenta en función de la demora en el cumplimiento” (1976, pp.112-113)

### 2.2.2. *Naturaleza jurídica*

La astreinte no es una indemnización de perjuicios. El objeto de una y otra es diverso.

La astreinte pretende constreñir al deudor al cumplimiento de una obligación y la indemnización tiene como objeto la reparación del daño causado. Sin embargo la jurisprudencia francesa, cuna de esta figura, entendió por mucho tiempo, erróneamente, que se trataba de una indemnización, porque como la astreinte no se encontraba regulada legalmente los tribunales consideraban difícil su aplicación. Así se consideró que las astreintes eran indemnización de daños y perjuicios porque los tribunales se encontraban facultados para fijar el importe de los mismos. (Mazeaud y Tunc, p.711, vol. III, 1977). Finalmente la jurisprudencia francesa, de manera correcta, en 1959, entendió que las astreintes eran sanciones conminatorias. En 1972 y en 1991, la legislación francesa por un lado reguló las astreintes, y por otro fijó sus contornos.

## 3. *EJECUCIÓN INDIRECTA EN DERECHO COMPARADO*

### 3.1 *Ámbito de estudio*

Trabajaremos con dos legislaciones: la española y la brasilera. Advertimos, de inmediato, que en el caso español, las multas coercitivas existen en diversas leyes. Para efectos de este capítulo, nos centraremos solo en la regulación que hace la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para el caso brasilero, estudiaremos su Código de Processo Civil.

### 3.2 *Determinación de las medidas de ejecución indirecta*

En España, los casos en los cuales la multa opera como medio de constreñimiento a la voluntad del obligado están determinados por la ley.

En Brasil la situación es más interesante. Cuando en 1994 la legislación brasilera introdujo el párrafo 5º del artículo 461 de su CPC terminó, entre otros, con el principio de

la tipicidad de los medios ejecutivos. Desde ese momento el juez puede, atendiendo las circunstancias del caso concreto, aplicar las medidas necesarias para la efectucción de la tutela específica o la obtención del resultado práctico equivalente.

Ahora bien, el poder de ejecución con que cuenta el juez brasilero está limitado por ciertas reglas que informan su ejercicio. Ante aquel escenario los jueces deben atender a la regla de la proporcionalidad en sentido amplio, continente a su vez de la regla de la proporcionalidad en sentido estricto, la regla de la adecuación y la regla de la necesidad. Son de nuestra incumbencia las dos últimas.

Los medios ejecutivos deben ser adecuados y necesarios. La adecuación, dice Marinoni, se ubica en el plano de los valores y dice relación con la legitimidad del medio. El medio adecuado es aquel que no infringe el ordenamiento jurídico en la prestación de la tutela. Por su parte, que un medio ejecutivo sea necesario significa que, en el terreno de los hechos, sea capaz de prestar la tutela. A su vez, la regla de la necesidad se subdivide en la idea de medio idóneo y de la menor restricción posible. La idoneidad de un medio ejecutivo viene dada por su capacidad de prestar la tutela, de ser eficaz, y con ello, estar dotada de “aptitud para proporcionar concretamente la tutela”. Esta idoneidad se complementa con la regla de la menor restricción, en cuya virtud los medios ejecutivos deben causar la menor restricción posible a la esfera jurídica del demandado, ello porque como señala Marinoni “la sentencia no puede, para dar tutela al derecho, generar un gravamen desproporcionado al demandado”. Cuando el medio es lo suficientemente eficaz como para prestar la tutela y causa la menor restricción posible, puede calificarse como el “medio más idóneo”. (2007c, pp. 179-180; 2008, pp. 163-164).

#### 4. *LAS MULTAS*

##### 4.1. *Ámbito de aplicación*

La legislación española contempla la aplicación de estas medidas en relación a la ejecución de obligaciones de no hacer y de hacer personalísimo. Junto con ello, hay supuestos específicos. Es el caso del artículo 776 inc. 2º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Respecto a las obligaciones de no hacer la imposición de multas es subsidiaria, debiendo estarse primero a lo dispuesto en el título ejecutivo, según lo prescrito en los artículos 706.1 y 709.1 LEC. Con todo, aquello no está establecido en la ley. Sobre el particular, Ortells expone que “esta previsión es aplicable por analogía a las prestaciones de no hacer derivadas de obligaciones negativas” (2005, pp.885)

No existiendo pronunciamiento expreso de las partes, son necesarias tres condiciones para que proceda la aplicación de las multas: primero, que lo hecho pueda ser destruido, segundo, que el actor así lo haya pedido en la demanda ejecutiva de conformidad al artículo 549.1.2º LEC y tercero, que el ejecutado haya hecho caso omiso del requerimiento del tribunal en el plazo establecido. Solo ahí, y de acuerdo al artículo 710.1 párrafo segundo de la LEC, se le intimará con imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo.

En cuanto a las obligaciones de hacer, la legislación española solo hace procedente las multas respecto de un hacer personalísimo. Hacemos la prevención de que, al igual que en el caso anterior, la actividad ejecutiva prevista por la ley opera en silencio de las partes (art.706.1 y 709.4 LEC).

El carácter personalísimo de una obligación depende de si este se ajusta o no a determinados criterios, que dependen si la obligación tiene origen negocial o legal. En el primer caso, estaremos frente a un hacer personalísimo “si de la interpretación del negocio jurídico que la constituye puede concluirse que sólo la prestación realizada por el obligado satisface el interés del acreedor” (Ortells, 2005, pp.870). Si la prestación de hacer ahora surge de la ley, el criterio anterior no es útil. En ese caso todo dependerá de si, objetivamente, el deudor es el único apto para cumplir, tomando en cuenta sus aptitudes y medios materiales para ello (Ortells, 2005, pp.871).

Si de la aplicación de estos criterios la obligación es considerada como personalísima, procederá la multa una vez que, requerido que sea el deudor, no cumpla dentro del plazo establecido a tal efecto, de conformidad al artículo 709 de la LEC.

En este caso la multa es mensual y con un límite temporal de un año que comienza a computarse, según la interpretación de Ortells, “en el momento en que, por no cumplir el ejecutado el requerimiento inicial, se solicitó y obtuvo el auto de imposición de multas” (2007, pp.876). Una vez transcurrido el plazo de un año, sin que el ejecutado haya

cumplido, el ejecutante puede elegir entre ejecución por equivalente o bien petición de medidas indeterminadas, idóneas para la satisfacción del derecho. Todo lo anterior de conformidad al artículo 709.3 LEC.

Nos parece interesante mencionar que al costado de las multas que operan como medidas conminatorias, el artículo 709.2 de la LEC contempla una multa única, cuya cuantía puede llegar a un 50% del precio o valor de la contraprestación debida. Ésta se aplica cuando existen dos condiciones: a) que sea un hacer personalísimo y b) que el ejecutante haya decidido obtener el cumplimiento por equivalente.

La diferencia con las multas de los artículos 709.1 y 710.1 LEC, es que la multa única tiene naturaleza sancionatoria, erigiéndose como una “sanción por la infracción del deber de cumplimiento en sus propios términos las sentencias de los tribunales” (Ortells, 2005, pp.318-319).

En Brasil la multa es transversal, siendo útil para obtener incluso la ejecución de obligaciones de entrega de una cosa. En cuanto a las obligaciones de hacer y no hacer, su regulación se encuentra en el artículo 461 del Código de Processo Civil, que reza: “en la acción que tenga por objeto el cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer, el juez concederá la tutela específica de la obligación o, si es procedente el pedido, determinará providencias que aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento”.

A su vez el artículo 461-A, incorporado en 2002 y referido a obligaciones de entregar una cosa, permite la aplicación del estatuto de ejecución de obligaciones de hacer y no hacer, aunque subsidiariamente, según lo dispuesto en su párrafo 6°.

En Chile el profesor Fueyo entiende que las astreintes pueden ser utilizadas para lograr el cumplimiento de obligaciones de dar, hacer y no hacer. Previene, de todas formas, que tratándose de obligaciones de hacer y de dar la doctrina no está conteste (2004, pp. 228-233).

#### *4.2. Cuantía de las multas. Límites. Criterios para fijarla. Carácter progresivo*

En el caso brasilero la ley no fija topes. La determinación de la cuantía de la multa es una labor judicial, “no estando limitada por el valor del daño o por el valor de la prestación incumplida” (Marinoni, 2007c, pp. 77). Con todo, Marinoni sostiene que debe

atenderse a criterios tales como “la cuantía del litigio y la capacidad económica de aquel a quien es dirigida”

De esta manera, considerando que las multas buscan constreñir la voluntad del deudor y, que debe ser de una entidad tal que al demandado le convenga más cumplir que desobedecer, es posible sostener que las multas pueden ser de un valor superior al de la prestación debida.

En España, el límite máximo es fijado por la ley: un 20% para cada una de las multas mensuales y un 50% para el caso de la multa única. Este porcentaje se aplica a una cantidad representada por el precio o contraprestación debida. El valor de ésta puede estar determinado en el mismo título ejecutivo o ser determinable mediante la “apreciación que ha de tener en cuenta tanto las concretas actividades a realizar (hacer personalísimo), como los precios de mercado para las mismas” (Ortells, 2005, pp.311).

Con todo, la ley solo fija topes máximos. La determinación del importe la realiza el tribunal. Ortells advierte que resulta recomendable atender a criterios legales para fijar las multas (grado de resistencia al cumplimiento, capacidad económica del sujeto pasivo), pero que en la práctica tiene poca trascendencia ya que solo procede reposición respecto de la resolución que impone la multa.

Apuntemos, para finalizar, que en ambas legislaciones se permite fijar multas con carácter progresivo; es decir, que los importes de las multas fijadas por el juez aumenten en función del transcurso del tiempo. Esto es consecuencia lógica de la naturaleza conminatoria de la multa.

#### *4.3. Destinatario del valor de la multa*

A pesar que la ley no lo establece de manera clara, la doctrina española está conteste en que, quien percibe lo recaudado por concepto de multas es la Hacienda Pública. Con todo, la inexistencia de norma que regule dicho aspecto ha sido fuente de críticas (Ortells, 2005, pp.303).

En Brasil, de igual forma que en Francia, las multas tienen como destinatario al acreedor. Se arriba a dicha conclusión en virtud del artículo 461, el cual reza “la indemnización por pérdidas y daños se dará sin perjuicio de la multa”. Con todo, Marinoni

presenta sus reparos, planteando que “no existe motivo para admitirse que, al lado del resarcimiento, el lesionado reciba el valor de la multa debida en razón de la inobservancia de la decisión judicial” (2007c, pp.75).

#### *4.4. Facultades del Juez. Modificación y revocación de las multas*

Según el artículo 461, párrafo 6° del Código de Processo Civil de Brasil, “el juez podrá, de oficio, modificar el valor o la periodicidad de la multa, en caso de que verifique que se tornó insuficiente o excesiva”. En una primera aproximación, el profesor Marinoni nota que la norma puede ser incompatible con la cosa juzgada material.

Aun así sostiene, por una parte, que la multa puede ser alterada independientemente de que las situaciones de hecho que la motivaron no se modifiquen, y por otra, que la sentencia que la impone no es inmune a la cosa juzgada, ya que “la intención de esta norma es permitir que el juez altere el valor o la periodicidad de la multa, según las necesidades de cada caso concreto” (2005, pp.83).

Culmina su análisis apuntando: “en verdad, tomando en consideración la naturaleza de la multa, es fácil percibir que su fijación es hecha siempre en carácter provisorio, exactamente porque ella tiene por fin apenas garantizar la efectividad de la tutela jurisdiccional, y no un derecho de crédito a favor del actor o un derecho de no pagar una multa superior a “x” por parte del demandado” (2007c, pp. 84).

Por otra parte, es posible también que la multa sea sustituida por otro medio ejecutivo, al verificar que la tutela jurisdiccional se prestara de manera más adecuada, o cuando traiga menos restricción al demandado (Marinoni, 2007c, pp. 176-177).

En España no existe norma expresa que regule el asunto. De igual forma que el caso brasileiro, se presenta el problema de si la modificación o revocación de las multas atenta contra la cosa juzgada. Ortells, basándose en la razón de las multas (facilitar la actividad ejecutiva), sostiene que el silencio de la ley no opera como prohibición. Más bien, dice el académico español, estamos frente a un “vacío legal, que puede ser integrado con la regulación expresa de otras disposiciones más completas sobre multas coercitivas” (2007, pp.309)

## 5. *LA PRISIÓN*

### 5.1 *Fundamento de la prisión como medio ejecutivo*

Si la prisión puede o no ser utilizada, es una cuestión relacionada en gran medida con los métodos interpretativos de la Constitución. Solo una labor interpretativa respetuosa con los derechos fundamentales, puede llegar a concluir que la prisión puede y debe ser utilizada para dar efectividad a la tutela del derecho, ya que “no hay como negar que los derechos pierden su calidad cuando no pueden ser efectivamente tutelados”. En efecto, “la forma de interpretación que no ve a la prisión como medio coercitivo constituye un método hermenéutico clásico, no suficiente cuando es comparado con los métodos hermenéuticos modernos, los cuales son absolutamente necesarios cuando lo que se tiene que interpretar, ante las características de la sociedad contemporánea y la importancia que en ella asumen los derechos fundamentales es un contexto de gran riqueza y mucha complejidad.” Por otro lado, y considerando que la multa carece de efectividad en aquellos casos en que el demandado no posee patrimonio, “la violación de derechos es muy fácil a personas inescrupulosas, toda vez que también no es difícil, por ejemplo, que estas puedan constituir un “testaferro” sin patrimonio para violar, sin cualquier preocupación derechos” (2007c, pp.85-86; 2008, pp. 87-88).

### 5.2 *Normas atinentes*

El artículo 461 del CPCb contempla la posibilidad de usar la prisión como medio ejecutivo. Se encontraría dentro de las “medidas necesarias” a que hace alusión el párrafo 5° del mismo artículo.

Por otra parte, el artículo 5°, LXVII de la Constitución Federal de Brasil, señala que no habrá prisión civil por deudas, salvo para los responsables por el incumplimiento voluntario e inexcusable de la obligación de alimentos y para los depositarios infieles.

### 5.3. *Ámbito de aplicación de la prohibición*

Ya que la Constitución brasilera prohíbe la prisión por deudas, lo siguiente es determinar qué cabe dentro del concepto “deudas”. Es imposible sostener que el constituyente brasileño prohíbe cualquier clase de prisión civil. De entender la prohibición de este modo, la frase “por deudas” carece de todo contenido y no presta ninguna utilidad.

Por lo mismo, se ha entendido que la expresión “deudas” hace referencia a deudas de carácter pecuniario, esto es, “aquellas que dependen, para su cumplimiento, de disposición de dinero” (Marinoni, 2007c, pp.84-85).

Así, la prisión como medio de ejecución, puede ser utilizada siempre y cuando la prestación de que se trate no dependa de la disposición de patrimonio. En aquellos casos en que la jurisdicción trate de evitar -cuando la multa y demás medidas de ejecución no se mostraran adecuadas – la violación de un derecho, puede ser utilizada (Marinoni, 2008, pp. 87-88).

### 5.4. *Procedencia de la prisión*

Habiendo dejado claro que la prisión civil puede ser utilizada como medio de coerción indirecta, corresponde fijar ciertos criterios, sobre cuya base el juez pueda valerse de este medio ejecutivo.

La aplicación de la prisión, de igual forma que la multa, se determina según las circunstancias del caso concreto. Por lo mismo, y ante las características propias del sistema procesal brasilero su procedencia estará vinculada a las reglas de adecuación y necesidad. Lógicamente, y al tratarse de un medio que afecta en gran medida a la esfera jurídica del demandado, solo procederá cuando los demás medios ejecutivos no puedan hacer efectiva la tutela del derecho del demandante, constituyendo un medio de *ultima ratio* (Marinoni, 2007, pp. 86-87)

## CAPÍTULO IV. EJECUCIÓN INDIRECTA EN EL DERECHO CHILENO

### 1. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

El artículo 238, incorporado por la ley 7760 de 1944, dispone: “cuando se trate del cumplimiento de resoluciones no comprendidas en los artículos anteriores, corresponderá al juez de la causa dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento, pudiendo al efecto imponer multas que no excedan de una unidad tributaria mensual o arresto hasta por dos meses, determinados prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio.”

El citado artículo pareciera ser la puerta de entrada de la ejecución indirecta, aunque aún a instancia de parte, a la legislación nacional. En efecto, podría considerársele una *astreinte*. Lamentablemente su campo de aplicación es tan restringido como difuso, ya que solo procede en situaciones no especificadas en los artículos anteriores y que no cuenten con regla especial, lo que dificulta su aplicación práctica.

Lo que nos importa de este artículo es que contempla el quiebre del principio de la tipicidad de los medios ejecutivos, por cuanto la norma no es taxativa al enunciar que el tribunal dictará las “medidas conducentes a dicho cumplimiento”.

Lo anterior no puede sino significar que el juez cuenta con la libertad suficiente para determinar qué clase de medidas dicta, atendiendo a las circunstancias. Casarino es claro al respecto, y refiriéndose al juez, señala que el artículo 238 “puso en sus manos medidas tales como las multas y los arrestos, pudiendo repetirlos, pero sin que ello implique que no pueda adoptar otras medidas de igual o superior eficacia. Queda, pues, entregado a su prudencia el entregarlas” (1947, pp. 167-168)

Por otro lado, el artículo referido permitiría al juez actuar de oficio en la determinación de tales medidas. Lo anterior confirma nuestro postulado, en orden a que el legislador, reconociendo la imposibilidad de regular todas y cada una de las situaciones existentes y por existir, debe sancionar normas abiertas para evitar convertir al Derecho procesal en un obstáculo para la administración de justicia, siendo el juez quien determine su contenido y aplicación.

## 2. *CÓDIGO DEL TRABAJO*

El artículo 292, en su inciso 5° prescribe: “Si la práctica antisindical hubiere implicado el despido de un trabajador respecto de quien se haya acreditado que se encuentra amparado por el fuero establecido en los artículos 221, 224, 229, 238, 243 y 309, el juez, en su primera resolución deberá disponer, de oficio o a petición de parte, la inmediata reincorporación del trabajador a sus labores y el pago de las remuneraciones y demás prestaciones derivadas de la relación laboral durante el período comprendido entre la fecha del despido y aquella en que se materialice la reincorporación, todo ello, bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.”

El inciso 7°, por su parte señala: “En caso de negativa del empleador a dar cumplimiento cabal a la orden de reincorporación o ante una nueva separación o no pago oportuno y debido de las remuneraciones y demás prestaciones laborales, el tribunal, de oficio, hará efectivos los apercibimientos con que se hubiese decretado la medida de reincorporación, sin perjuicio de sustituir o repetir el apremio hasta obtener el cumplimiento íntegro de la medida decretada.”

Dos comentarios nos merecen las normas anteriores:

A. En primer lugar, nos parece que cuando el inciso 5° de la norma apercibe al empleador vía multa a cumplir con el mandato judicial, estamos frente a un supuesto de ejecución indirecta. A no dudarlo, la multa juega un rol conminatorio, característica esencial de toda medida coercitiva.

Dicha idea es reforzada cuando se permite al juez la sustitución o repetición del apremio. Si la ejecución indirecta lo que busca es doblegar la voluntad del obligado, es de toda lógica que las multas u otras medidas se impongan hasta que dicho fin sea alcanzado. De igual forma, si la multa no logra constreñir al obligado, el juez podría modificar la medida. A nuestro juicio, la modificación de la medida podría traer aparejada incluso la prisión del demandado. No nos parece que estemos frente a un supuesto de prisión por deudas, puesto que según lo ha estimado la jurisprudencia constitucional, la prohibición solo opera ante obligaciones contractuales, mas no legales. (Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 1145-08, Considerando 25°; Rol 807-07, Considerando 13°, Rol 519-07, Considerandos 25°-27°)

B. Por otra parte, no creemos que la multa, en este caso, pueda ser mirada como una sanción. La práctica antisindical que trae como consecuencia el despido de un trabajador aforado, ya es sancionada en el inciso primero del artículo en comento. Sostener lo contrario implicaría una vulneración al principio *non bis in idem*, rector de la potestad sancionatoria del Estado.

## **CAPÍTULO V. EJECUCIÓN INDIRECTA Y LAS COSTAS**

### *1. CUESTIONES PREVIAS*

La característica que define a la ejecución indirecta, es la utilización de medidas coercitivas que constriñen la voluntad del obligado, presionándolo a cumplir. La promesa de males mayores de aquellos que sobrevendrían ante el cumplimiento en naturaleza, es la amenaza que pesa sobre el deudor que, pudiendo cumplir, no lo hace.

De este modo, la lógica de la ejecución indirecta esconde infinitas posibilidades para obtener un rápido cumplimiento de decisiones judiciales, ya no mirado como la amenaza de un mal, si no como la obtención de beneficios que persuadan a quien debe cumplir, de hacerlo rápidamente. Así, en la legislación brasilera, encontramos diversas figuras, como por ejemplo, la autorización que se le da al magistrado para relevar de la pena del acto atentatorio a la dignidad de la jurisdicción mediante el compromiso del requerido de no incidir más en la práctica ofensiva. También la ley posibilita en la acción monitoria y la ejecución de títulos extrajudiciales, ser liberado del pago de dispensas procesales, total o parcialmente, ante el pago inmediato del valor exigido (Marinoni, 2007c, p.90)

Por otro lado, y ante la ausencia de mecanismos destinados a hacer efectivos los derechos declarados en juicio, se hace imperioso repensar ciertas figuras que, creadas con fines completamente diversos, pueden ser de gran utilidad al momento de brindar efectividad a las decisiones. Una de estas figuras son las costas.

Como veremos, las costas pueden ser declaradas de oficio, constituyen medidas económicas accesorias al asunto controvertido y no forman parte de la decisión de fondo.

En esto encontramos grandes semejanzas con las multas, y probablemente otro argumento en pro de la posibilidad de su utilización en el Derecho chileno.

## 2. *LAS COSTAS*

En este acápite, por la importancia que revisten, nos centraremos en tres aspectos de las costas: su naturaleza jurídica, la posibilidad de ser impuestas de oficio y la posibilidad de que el tribunal exima de ellas a la parte vencida.

### *2.1. Naturaleza jurídica de la condenación en costas. Medidas económicas. Carácter accesorio*

#### *2.1.1. Las costas como medidas económicas. Carácter sancionatorio*

La jurisprudencia ha sido clara al respecto. Las costas son una “medida económica que no está subordinada a las peticiones de las partes” (RDJ, T.51, sec.1ª, p.438).

En el mismo sentido, la sentencia de 20 de Octubre de 1954 señala que la condenación en costas “solo constituye una cuestión de carácter económico, ajena al objeto fundamental del juicio y que los tribunales resuelven, según la ley, independiente de las peticiones de las partes” (RDJ, T.51, sec.1ª, p.509).

Por otro lado, también se ha considerado que las costas revisten un carácter sancionatorio. La Corte de Apelaciones de Santiago, el 16 de Diciembre de 1960 señaló “que la condenación en costas judiciales es una medida punitiva cuya aplicación o no determina el juzgador atendiendo al resultado del juicio, y también al comportamiento de las partes, a la clase y gradación de la fe con que hayan actuado, al uso legítimo o al abuso de los recursos y procedimientos de que se hayan valido” (RDJ, T.57, sec.2ª, p. 113).

La sentencia es además ilustrativa en lo que respecta a los criterios de los que el juez debe valerse para la condenación en costas, sobre todo tratándose de la imposición de costas en vencimientos que no sean totales, situación no contemplada por la ley.

La Corte Suprema, refiriéndose a la condenación en costas, dijo “que ella es una sanción de carácter económico que no está subordinada a las peticiones de las partes, sino

al criterio que el tribunal se haya formado con respecto a los fundamentos que hubieran tenido aquéllas para litigar” (RDJ, T.56, sec.1ª, p.258).

Otras sentencias han reconocido el carácter punitivo de las costas. Así lo señaló la Corte Suprema que dijo “la imposición de las costas es una mera sanción” (RDJ, T.78, sec.1ª, p.1). La sentencia de 4 de Diciembre de 1939 apunta que la aplicación de costas “es una sanción que la ley autoriza a los Jueces a imponer al litigante que acciona o se excepciona y defiende alejado de toda razón y justicia” (RDJ, T.37, sec.1ª, p.477).

De los fallos anteriores podría desprenderse que las costas son sanciones. No nos parece que así sea. De entenderse así, las costas solo podrían ser impuestas en los casos que la ley expresamente disponga, cerrando la puerta a la imposición en casos no regulados, en especial, vencimientos no totales.

Creemos que el carácter sancionatorio que algunas sentencias pretenden imprimirle a la condenación en costas está motivada por la conducta que dentro del proceso exhibió el vencido, pero no compartimos la idea de que constituyan, en sí mismas, una sanción.

### *2.1.2. Accesoriedad de las costas. Naturaleza jurídica de la resolución que condena en costas*

La sentencia de la CS de 8 de Junio de 1962, aludiendo a la parte de la sentencia que condena en costas, señala que: “esta parte del fallo, como no decide el pleito, si no que se refiere a una cuestión accesorio, no es susceptible de un recurso de casación en el fondo por no influir en lo dispositivo del fallo” (RDJ, T.59, sec.1ª, p.175). La sentencia de la CS de 3 de Junio de 1970 falló en el mismo sentido.

En ese sentido, la Corte Suprema, refiriéndose a la condenación en costas: “al disponerla el fallo, no está resolviendo el asunto controvertido” (RDJ, T.78, sec.1ª, p.1).

Por otro lado, la CS, refiriéndose a la naturaleza jurídica de la resolución que condena en costas entiende que: “no inviste los caracteres de sentencia definitiva, dado que no concurre en el caso los elementos que por definición son inherentes a éstas, es decir, no pone fin a la instancia ni resuelve el asunto que fue materia de la controversia” (RDJ, t.59, sec.1ª, p.211).

En la sentencia del 5 de Enero de 1981, también haciendo alusión a la resolución condenatoria en costas, la misma Corte dijo “por lo tanto, no se trata, en esa parte, de una

sentencia definitiva, susceptible de atacarse por el recurso de casación.”. La misma sentencia va más allá, y señala que “tampoco es una interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación. En consecuencia, las sentencias son disgregables para determinar si se les puede impugnar mediante el referido recurso” (RDJ, T.78, sec.1ª, p.1).

Por último, el 30 de Septiembre de 1966, resolviendo una casación en el fondo estimo que “la resolución que condena en costas, aunque se contenga en la sentencia definitiva, como en el caso en examen, no reviste el carácter de tal.”(RDJ, T.63, sec.1ª, p.348). Mismo pronunciamiento encontramos en la sentencia del 20 de Octubre de 1954 (RDJ, T.51, sec.1ª, p.509).

En síntesis, la jurisprudencia ha sido categórica: las costas son cuestiones accesorias al asunto controvertido. Solo se relacionan con éste, en cuanto aquellas deben ser impuestas mirando siempre la decisión que el tribunal haga sobre el mismo.

Consecuencia del carácter accesorio de las mismas es que solo puede reclamarse de su imposición mediante el recurso de queja (RDJ, T.54, sec.1ª, p.509), mas nunca de casación. Apuntemos además que, en uso de sus facultades disciplinarias, la Corte Suprema puede, ante condenaciones de costas que no correspondan en justicia, dejarlas sin efecto (RDJ, T.59, sec.1ª, p. 179).

## *2.2. Condenación en costas de oficio*

La primera parte del artículo 144 del CPC dispone: “La parte que sea vencida totalmente en un juicio o en un incidente, será condenada al pago de las costas”.

Con fecha 13 de Octubre de 1923, la Corte Suprema, haciendo referencia a la condenación en costas, señalo que “esta medida puede aplicarse de oficio, y en general, no exige la ley que se consignen consideraciones en la sentencia para imponerla o eximirla, salvo los casos de excepción, en que no se encuentra el de autos, que comprueban la regla general cuando la misma ley ha cuidado de prevenir, como en los artículos 151 y 152 (actuales 144 y 145) del Código citado, que en la resolución deben expresarse también los motivos especiales que autorizan la exención” (RDJ, T.23, sec.1ª, p.273).

En Junio de 1924, el máximo tribunal señalo: “que según lo dispuesto en los artículos 151 y 152 (actuales 144 y 145) del Código de Procedimiento Civil, tanto los

jueces de 1ª como de 2ª instancia pueden pronunciarse sobre la condenación en costas, sean que la hayan pedido o no las partes” (RDJ, T.22, sec.1ª, p. 1021). En sentencia de 30 de Septiembre de 1966, dispuso que: “la condenación en costas no está subordinada a la petición de las partes.” (RDJ, T.63, sec.1ª, p.348). Mismo criterio adopto la sentencia de 14 de Septiembre de 1954 (RDJ, T.51, sec.1ª, p.438).

En un fallo más reciente, la Corte de Apelaciones de Santiago estimo que “la condenación en costas es precisamente uno de los casos en los cuales la los tribunales pueden actuar de oficio” (GJca, N°303, p. 136).

Nuevamente la jurisprudencia es bastante clara: pueden imponerse costas de oficio. Ello porque es la misma ley la que faculta a los jueces a hacerlo, constituyendo una clara excepción a la pasividad, contemplada en el artículo 10º del Código Orgánico de Tribunales.

### 2.3. *Condena en costas sin vencimiento total*

Nuestro CPC, en el artículo 144, solo condena en costas a aquel litigante vencido totalmente, sin pronunciarse sobre la procedencia de la condenación en costas ante un vencimiento “parcial”. Podría entenderse, interpretando *contrario sensu* la norma, que si la ley impone las costas al vencido totalmente, en casos de vencimiento no total, no se condena. No es esta a la conclusión que ha llegado la jurisprudencia.

Así es como el fallo de 6 de Mayo de 1911 dispone en su considerando 9º “Que el citado artículo 151(actual 144) del CPC ordena condenar en costas a la parte que fuese vencida totalmente en el juicio, y autoriza al tribunal de la causa para eximirla de ellas en las condiciones que determina; pero no prohíbe imponerlas en casos que no considera.”. El considerando 10º, por su parte señala “Que el mismo artículo agrega: “lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones de este Código”, y el artículo 153(actual 147) establece expresamente la prohibición de condenar en costas en un caso determinado”. Finalizamos nuestra exposición con el considerando 11º, que establece “que como se ve, la ley ha cuidado de establecer los casos de prohibición, por lo que y por la naturaleza misma de la materia, cuando la prohibición falta, corresponde al

tribunal de la causa calificar si procede o no la condenación en costas, apreciando para ello el mérito del proceso” (RDJ, T.10, sec.1ª, p.490).

Por su parte la CS, el 28 de Mayo de 1942, refiriéndose al artículo 144, estimó que “prescribe como obligatoria para el Tribunal la condena en costas, mas no legisla sobre el caso de una parte no vencida totalmente, y lo demás que puede concluirse, a contrario sensu, es que en tal evento no es obligatorio para el Tribunal condenarla en costas; pero no que la ley se lo prohíba; lo que sería una prohibición tácita inaceptable para muchos casos en que esa sanción debe ser aplicada a los litigantes temerarios o cuando el propio Tribunal ha declarado que no han tenido motivo plausible para litigar” (RDJ, t.40, sec.1ª, p.32). Utilizando la misma redacción se pronuncia el fallo de 20 de Mayo de 1953 (RDJ, T.50, sec.1ª, p.147).

De lo anterior concluimos que el artículo 144 del CPC impone las costas al vencido totalmente, pero ello no es impedimento para condenar al vencido parcialmente, por cuanto no es posible concebir aquella norma como una prohibición a la condena en costas del vencido parcialmente, puesto que, pudiendo darse casos de ese estilo, la condenación en costas dice relación no solo con el resultado del juicio, sino también con la conducta del vencido durante el mismo y los fundamentos jurídicos que esgrime para recurrir a la justicia.

#### *2.4. Eximición de las costas*

Existen dos normas pertinentes al tema en comento. El artículo 144 exceptúa del pago de las costas al vencido totalmente siempre que haya tenido motivo plausible para litigar. Por su parte, y en segunda instancia, el tribunal puede dejar sin efecto la condenación en costas, señalando los motivos especiales que autorizan la exención, de conformidad al artículo 145 del CPC.

##### *2.4.1 Eximición en primera instancia*

La exención de las costas en primera instancia, es una cuestión que dice relación con el aspecto jurídico de la disputa. En efecto, el estándar fijado por el legislador para

liberar de las costas a quien fue vencido totalmente, dice relación a cuán atendible fue el motivo para litigar que tuvo quien no obtuvo en juicio.

La jurisprudencia es escasa y no ha definido motivo plausible, pero ha tenido ciertos acercamientos a ello, al menos fijando líneas que permiten delimitar el término.

La Corte de Apelaciones de Concepción, señaló con fecha 16 de Octubre de 2009 que “el Código de Procedimiento Civil no define la expresión motivos plausibles, por lo que recurriendo al sentido natural de la voz plausible, contenido en el Diccionario de la Lengua Española, debe entenderse como atendible, admisible o recomendable. Atendidas las alegaciones, defensas y actuaciones de los litigantes en el proceso y considerando que, a juicio de esta corte el demandante no ha tenido posibilidades de intervenir en este pleito con probabilidades de éxito, su conducta no resulta atendible, recomendable o admisible” (CA Concepción, sin publicar, Rol 213-2009).

La Corte de Apelaciones de Coihaique nos entrega una aproximación más precisa a este concepto y señala “que el motivo plausible para litigar dice relación y es procedente cuando existe una controversia por un derecho que puede ser dudoso y en que ambas partes pueden tener fundamentos que legitiman su pretensión” (CA Coihaique, 17 de Octubre 2007, sin publicar, rol 19-2007).

Por tanto, y en mérito de lo expuesto, podemos concluir que la plausibilidad de los motivos para alegar del vencido en juicio depende de cuánta razón hayan estado revestidas sus alegaciones, y a su vez, de cuán discutible era el asunto sometido al conocimiento del tribunal, puesto que, tratándose simplemente de una oposición carente de fundamento, el juez no podrá sino condenar en costas.

#### *2.4.2 Exención en segunda instancia*

El artículo 145 permite que los tribunales de alzada eximan del pago de costas, en la medida que expresen los motivos especiales que autorizan la exención.

La expresión “motivos especiales” abre de par en par las puertas que permiten el ingreso de la concepción de las costas como estímulo a la realización de la obligación, por cuanto aparece suficientemente amplia para darle cabida a la rapidez del cumplimiento de

lo ordenado por el tribunal, sea de primera o segunda instancia, como “motivo especial” que autorice la exención.

### *2.5. Exención condicional de las costas*

Es de toda lógica que la utilización de las costas como medida de estímulo al cumplimiento debe tener como contrapartida su implementación bajo ciertas condiciones que permitan efectivamente que éstas cumplan su objetivo. De lo contrario, el vencido que fue liberado de las costas puede, de todas formas, ignorar la decisión del tribunal y no pagar las expensas del juicio a las que estuvo originalmente obligado.

Ahora bien, si la eximición de las costas puede ser utilizada como una manera de acelerar el cumplimiento, es de toda lógica que la condición impuesta debe ser lo suficientemente estricta y acotada en el tiempo para que motive al obligado a cumplir.

En nuestra opinión, el criterio que el tribunal debe utilizar para determinar acertadamente las condiciones es la complejidad que supone el cumplimiento de la obligación debida. Es obvio puesto que, a mayor dificultad, debe concederse mayor extensión temporal del plazo para cumplirla y ser eximido de las costas.

Uno de los escollos que puede presentarse en relación a la eximición condicional de las costas puede ser la naturaleza resarcitoria de las costas, de las que se dice que responderían a principios de justicia distributiva, señalando que su fundamento radica en que aquel que venció tuvo que ir a juicio a defender su derecho, y con ello incurrir en gastos (Ríos, 1993, pp.463),

No creemos que la naturaleza resarcitoria de las costas afecte nuestro planteamiento. Ello porque, por un lado, la eximición en costas puede garantizar de mejor forma el cumplimiento en naturaleza, satisfaciendo el interés real del acreedor, y por otro, porque esta figura propende a evitar la ejecución forzada de la sentencia mediante un procedimiento ejecutivo, fuente de nuevas expensas. En fin; en un análisis de costo-beneficio, probablemente los acreedores estarían dispuestos a cargar con el peso económico de su litigación sabiendo que no tendrán que incurrir nuevamente en dichas expensas.

## CONCLUSIONES

1. La sentencia condenatoria es un instrumento que, en la mayoría de los casos, carece de la aptitud para prestar tutela. Al constituir solo una fase de prestación jurisdiccional jamás será posible obtener la satisfacción del interés con su sola dictación, por cuanto requerirá, ante incumplimientos voluntarios, su transformación en actos materiales, enmarcados dentro de un procedimiento ejecutivo.

2. Sin perjuicio de que el principal obligado a la creación de instrumentos adecuados para la obtención de la tutela que el derecho material promete es el legislador, el juez no puede dejar de utilizar medidas que formen parte de aquellas que el Poder Judicial tiene por el sólo hecho de ser tal.

3. Toda vez que no puede entenderse que el juez quede atado de manos por la inactividad del legislador, debe construir medios que permitan tutelar efectivamente los derechos. Toda afirmación en contrario supondrá un obstáculo a la administración de justicia.

4. Las regulaciones que las legislaciones estudiadas hacen de la ejecución indirecta son diametralmente opuestas. Ello ocurre por visiones contrapuestas de la labor judicial. En Brasil, la carga ideológica de la libertad ha sido dejada atrás, para dar paso a una visión del Estado como un ente que, ubicándose al lado del justiciable, lo provee de todo lo necesario para su desenvolvimiento. En España, la ejecución indirecta se enmarca dentro del procedimiento ejecutivo de obligaciones de hacer y no hacer, que comienza con la interposición de la acción ejecutiva. Su aplicación se ve siempre ceñida a los parámetros legales, concediendo márgenes de acción notoriamente menores de aquellos que tiene el juez brasileiro.

5. Las costas pueden constituir un impulso a la ejecución indirecta. Primeramente son figuras parecidas, ya que: pueden ser dictadas de oficio, no forman parte del asunto controvertido y su cuantía se fija atendiendo a las circunstancias concretas. A su vez, las costas sirven de estímulos al cumplimiento, cual es, la otra cara de la ejecución indirecta.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina.

ANDOLINA, Ítalo (2008): “*Cognición y ejecución forzada en el sistema de la tutela jurisdiccional*”. Editorial Communitas, Lima. Traducción de Juan Monroy Palacios.

CARNELUTTI, Francesco (1959): “*Instituciones del Proceso Civil*”. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires. Traducción de Santiago Santis Melendo.

CASARINO, Mario (1947): “Del cumplimiento o ejecución de las sentencias procesales civiles” en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N°60, pp. 147-170

CHIOVENDA, Giuseppe (1922): “*Principios de Derecho Procesal Civil*”, Editorial Reus, Madrid. Traducción de José Casáis y Santaló.

BORDALÍ, Andrés (2000): “El derecho fundamental de acción: un intento de configuración en el orden constitucional chileno” en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 98, N°3, pp. 81-103, Editorial Jurídica de Chile.

BORDALÍ, Andrés (2004): “El recurso de protección como proceso de urgencia” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol.31, N°2, pp. 269-288, Santiago, Chile.

CAROCCA, Alex (1997): “Las garantías constitucionales del sistema procesal chileno” en *Ius et Praxis*, Año 3, N°2, pp. 145-227, Talca, Chile.

COUTURE, Eduardo (1958): “*Fundamentos del derecho procesal civil*”. Roque Depalma Editor, Buenos Aires

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DIEZ-PICAZO, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime (2005): “*Derecho Procesal Civil. Ejecución Forzosa. Procesos Especiales*”, 3º Edición, Editorial Universitaria Ramón Alerce, Madrid.

FUEYO, Fernando (1990): “*Instituciones de Derecho Civil moderno*”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

FUEYO, Fernando (2004): “*Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

GUIMARAES RIBEIRO, Darci (2008): “La ejecución civil: experiencia del derecho brasileño” en *Revista Hispano Chilena de Derecho Procesal Civil* N°3, pp. 11-38. Librotecnia, Santiago.

MARINONI, Luiz Guilherme (2005): “La ruptura del principio de tipicidad de los medios ejecutivos en el derecho brasileño” en *Estudios iberoamericanos de derecho procesal: libro homenaje al Dr. José Gabriel Sarmiento Nuñez*, SARMIENTO SOSA, Carlos, (comp.) pp. 361-388. Legis, Bogotá, Colombia.

MARINONI, Luiz Guilherme (2007a): “*Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*”. Palestra Editores. Lima. Trad. de Aldo Zela

MARINONI, Luiz Guilherme y CRUZ ARENHART, Sérgio (2007b): “*Curso de Processo Civil. Vol. 1 Teoría Geral do Processo*”. Editorial Revista do Tribunais, Sao Paulo.

MARINONI, Luiz Guilherme y CRUZ ARENHART, Sérgio (2007c): *Curso de Processo Civil. Vol. 3 Exeçucão*. Editorial Revista do Tribunais, Sao Paulo.

MARINONI, Luiz Guilherme (2007 d): “El Derecho de acción en la Constitución Brasileña” en *Revista Ius et Praxis* v.13 n° 2, pp 57-80

MARINONI, Luiz Guilherme (2008): “*Tutela específica de los derechos: necesidades del derecho material, tutela de los derechos y técnica procesal.*”. Editorial Palestra, Lima. Traducción de Aldo Zela Vargas.

MARINONI, Luiz Guilherme, NUÑEZ, Raúl y PÉREZ, Álvaro (2010): “*Fundamentos del Proceso Civil: Hacia una teoría de la adjudicación*” Abeledo Perrot, Santiago.

MAZEAUD, Henri y León, TUNC. A.: “*Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual*” Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires. Traducción Luis Alcalá-Zamora y Castillo. 1977

MENESES, Claudio (2009): “La ejecución provisional en el proceso civil chileno” en *Revista Chilena de Derecho*, v.36, n°1, pp. 21-50, Santiago de Chile.

MENESES, Claudio (2010): “Título ejecutivo extrajudicial y documento público” en *Derecho procesal contemporáneo: ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal*, TAVOLARI, Raúl, (coord.) Vol. 2, pp.1184-1201. Puntotex, Santiago de Chile.

ORTELLS RAMOS, Manuel (2005a): “*Derecho Procesal Civil*”. 6º Edición. Editorial Thomson Aranzadi, Navarra.

ORTELLS RAMOS, Manuel (2005b): “*La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, Editorial La Ley, Madrid.

RAMOS MENDEZ, Francisco (2000): “*Sistema Procesal Español*”. 5º Edición. J.M Bosch Editor., Barcelona.

RÍOS, Lautaro (1993): “El recurso de protección y sus innovaciones procesales” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol.20, N°2, pp.453-466

SIMONS, Adrián (2007): “Poderes jurisdiccionales: El dilema entre el juez activo y el juez autoritario” en *Proceso Civil. Hacia una Nueva Justicia Civil*. De La Oliva Santos, A.; Palomo Vélez, D. (Coord.), pp. 210-224

VALLESPÍN PÉREZ, David (2010): “Algunas reflexiones acerca de la “tutela mandamental” en el proceso civil español”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Universidad Católica de Temuco*, N°1, pp.11-15.

## **Jurisprudencia.**

Jurisprudencia Judicial.

Sentencia Corte de Apelaciones de la Serena (1903), Cortés con Salinas. RDJ, T.1, sec.1ª, p.270.

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago (1903), Núñez con Puissant. RDJ, T.1, sec.1ª, p.168.

Sentencia Corte Suprema (1911), Roldán con Bustillos. RDJ, T.10, sec.1ª, p.490

Sentencia Corte Suprema (1917), Mc Intyre con Cía. Luz Eléctrica de Concepción. RDJ, T.15, sec.1ª, p.221.

Sentencia Corte Suprema (1923), Gildemeister y cía. Con Ferrocarril Santiago. RDJ, T.23, sec.1ª, p.273

Sentencia Corte Suprema (1924), Bahamonde (herencia yacente). RDJ, T.22, sec.1ª, p.1021

Sentencia Corte Suprema (1928), Le Fort con Municipalidad de Iquique. RDJ, T.25, sec.1ª, p.401.

Sentencia Corte Suprema (1939), Villarroel y otro con Ossio. RDJ, T. 37, sec.1ª, p.477

Sentencia Corte Suprema (1942), Echevoyen y otros con Gardella y otros. RDJ, T.40, sec.1ª, p.32

Sentencia Corte Suprema (1953), Olivari y otros con Witkins. RDJ, T.50, sec.1ª, p.147.

Sentencia Corte Suprema (1954), Gormaz con Caja Nacional de Ahorros. RDJ, T.54, sec.1ª, p.509.

Sentencia Corte Suprema (1954), Edwards y otro con Garcés y otro. RDJ, T.51, sec. 1ª, p.438.

Sentencia Corte Suprema (1959), Schiappacasse y otros con Fisco, RDJ, T.56, sec.1ª, p.258

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago (1960), Sociedad Mímica Hnos. con Müller. RDJ, T.59, sec. 2ª, p.113.

Sentencia Corte Suprema (1962), García con Sociedad Impresora Labbé y Cía Ltda. RDJ, T.59, sec.1ª, p.211

Sentencia Corte Suprema (1962), Baldrich con Benítez. RDJ, T.59, sec.1ª, p.175.

Sentencia Corte Suprema (1962), Fontecilla. RDJ, T.59, sec.1ª, p.179

Sentencia Corte Suprema (1966), Corporación de la Vivienda con Le-Fort. RDJ, T.63, sec.1ª, p.348

Sentencia Corte Suprema (1970), Corporación de Mejoramiento Urbano con Echeverría. RDJ, T.67, sec.1ª, p.183

Sentencia Corte Suprema (1981), Gei Concha con Rocafort. RDJ, T.78, sec.1ª, p.1.

Sentencia Corte Apelaciones de Santiago (2005), Inmobiliaria e Inversiones Inal Ltda con Arellano. GJca, N°303, p.136.

Sentencia Corte de Apelaciones de Coihaique (2007), Rojas con Pesca Chile S.A.  
<http://sinley.cl/?a=2011>

Sentencia Corte Suprema (2008). GJca, N°339, p.40.

Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción (2009), Rebolledo con Rebolledo y otros.  
<http://jurischile.blogspot.com/2009/11/contrato-entre-las-partes-obligacion.html>

Jurisprudencia Constitucional.

Sentencia Tribunal Constitucional de Chile, Rol 1145-08.

Sentencia Tribunal Constitucional de Chile, Rol 807-07.

Sentencia Tribunal Constitucional de Chile, Rol 519-07.

Sentencia Tribunal Constitucional de Chile, Rol 205-95

Sentencia Tribunal Constitucional de España, Rol 32, 7 de Junio de 1982

Sentencia Tribunal Constitucional de España, Rol 58, 29 de Junio de 1983