

## **LAS ASTREINTES PROVISIONALES EN EL CENTRO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONTROVERSIAS (CRC)**

### RESUMEN:

*Los árbitros tienen poder de dictar astreintes provisionales para hacer cumplir sus laudos en los procesos arbitrales en el CRC, siempre que la pena pecuniaria sea a favor de un tercero y que las partes en el arbitraje lo hayan previsto de antemano.*

### PALABRAS CLAVES:

*Arbitraje, clausula, compromiso, acta de misión, consentimiento tácito, laudo, astreinte, pena pecuniaria, indemnizatoria, jurisprudencia, precedente, jurisdictio, imperium mixtum, imperium merum, fuerza ejecutoria, única instancia, última instancia, ejecución forzosa, buena fe, mala fe, lex causae, lex fori, liquidacion, competencia, tercero.*

**1.-** El artículo 15 de la Ley 50-87, del 4 de junio del 1987<sup>1</sup>, modificado por la Ley 181-09, del 6 de junio del 2009<sup>2</sup>, confiere a la jurisdicción arbitral del CRC, la llamada “*jurisdictio*”, consistente en el poder de decidir los diferendos susceptibles de transacción que surjan entre dos o más personas físicas o jurídicas, miembros o no de las Cámaras de Producción de la República, que hayan acordado someter la resolución de los mismos a los métodos y reglamentos de dichas Cámaras.

**2.-** Los párrafos I, II, III y IV del artículo 17 de la citada norma 181-09, dotan de la fuerza ejecutoria que tienen las sentencias en segundo grado de jurisdicción, a los laudos que dicten los tribunales

arbitrales del CRC, haciéndolos no susceptibles de recurso alguno ordinario o extraordinario, salvo la acción principal en nulidad, conforme al artículo 40 de la Ley de Arbitraje Comercial, número 489-08, del 30 de diciembre del 2008.<sup>3</sup>

**3.-** El ya citado párrafo II de la Ley 181-09, exime a los laudos del CRC, de llevar a cabo el proceso de reconocimiento y autorización de ejecución ante el juez de primera instancia del lugar donde se reputen dictados, que exigen los artículos 9.4 y 41.1 de la precitada Ley de Arbitraje. El artículo 1.9 del Reglamento de Arbitraje del CRC, vigente a partir del 21 de julio del 2011, establece que los laudos *“son obligatorios, de cumplimiento inmediato y dictados en única y última instancia”*.

**4.-** Dotados los laudos del CRC de los poderosos efectos de cosa juzgada en única y última instancia y ejecutoriedad inmediata, falta determinar (debido a que la astreinte provisional no está contemplada en nuestra legislación arbitral), si los árbitros poseen, además de la *jurisdictio*, el *imperium* que tienen los magistrados del orden judicial, para imponerla a su discreción y aun de oficio, a fin de constreñir a las partes a respetar y ejecutar sus decisiones:

“a) En el sentido amplio, *imperium mixtum* es el poder del magistrado que une al *imperium merum*, la administración de justicia, es decir, la *jurisdictio*. Solo pertenece en toda su plenitud a los magistrados superiores, tales como los pretores. b) En un sentido mas limitado, es la autoridad necesaria para el ejercicio de la *jurisdictio*. Desde luego, se comprende que la administración de la justicia civil no puede asegurarse sin cierto derecho de coacción **y el magistrado solo tendría en la *jurisdictio* un poder ilusorio si no pudiese hacer ejecutar las medidas que ordena.**”<sup>4</sup>

*“Considerando, que, en efecto, el astreinte es un medio de coacción para vencer la resistencia*

opuesta a la ejecución de una condenación, que los jueces tienen la facultad **discrecional** de pronunciar **en virtud de su imperium**, y que es completamente ajeno a las condenaciones que no tengan este propósito, particularmente a los daños y perjuicios.”<sup>5</sup>

“Considerando, que la astreinte, como lo expresa la Corte a-qua en el fallo cuestionado, constituye “un medio de presión que imponen los jueces para vencer la resistencia” que pudiera asumir el deudor de obligaciones derivadas de una sentencia condenatoria; que a la astreinte provisional, como es el caso, **se le reconoce la naturaleza de ser un instrumento ofrecido más bien al juez para la defensa de su decisión**, que al litigante para la protección de su derecho, pues su misión es la de constreñir a ejecutar una disposición jurisdiccional; que, por tales razones, resulta atendible y procedente en buen derecho que la astreinte, medida de carácter puramente conminatorio, **pueda ser adoptada de oficio por los jueces, sin que medie pedimento al respecto**, como ha ocurrido en la especie, en la cual la Corte a-qua hizo uso de su **poder soberano y discrecional** para imponerlo en defensa de su decisión, **en virtud de su imperium**.”<sup>6</sup>

**5.-** Importa notar que los tribunales judiciales pueden imponer astreintes provisionales para constreñir a ejecutar sus decisiones, aun para aquellas que por no ser dictadas en última o única instancia, carecen de tal autoridad. En efecto, la astreinte provisional ordenada para conminar la ejecución de una sentencia dictada en primera instancia, escapa al efecto suspensivo de la apelación, pudiendo el acreedor ejecutarla provisionalmente

a su cuenta y riesgo, antes de que la sentencia haya adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada.<sup>7</sup>

**6.-** Dados los atributos legales extraordinarios (*cosa juzgada en única y última instancia y ejecutoriedad inmediata*) de los laudos del CRC, y la consagración jurisprudencial de la astreinte provisional en nuestro país, siguiendo una larga y antigua tradición francesa en materia de arbitraje<sup>8</sup>, cabe aplicarles la teoría de “*los poderes inherentes a la función jurisdiccional*”, originaria del *common law*, adoptada por la Corte de Apelación de París, en sendas decisiones del 24 de mayo del 1991<sup>9</sup> y 7 de octubre del 2004,<sup>10</sup> según la cual, aunque la cláusula de arbitraje no faculte a los árbitros a imponer astreintes, tal prerrogativa se considera como una extensión necesaria e inherente a su función jurisdiccional, para asegurar la eficacia del proceso arbitral, salvo que las partes expresamente le excluyan ese poder<sup>11</sup>. En los arbitrajes de la Corte Internacional de Arbitraje (ICC) donde la ley aplicable (*lex fori*) es la francesa, este criterio ha sido adoptado:

*“En este arbitraje, no hay un acuerdo de las partes prohibiendo al tribunal ordenar una injuncion aparejada con una pena. De acuerdo con las Reglas de la ICC, (el árbitro) tiene el poder de ordenar una injuncion aparejada con una pena, a menos que una ley francesa de procedimiento, de orden público, del lugar del arbitraje, estipule otra cosa. En este sentido las cortes y los juristas franceses son partidarios de que los árbitros tienen el poder para ordenar injuncions acompañadas con una pena.”<sup>12</sup>*

**7.-** Otra teoría que ha recibido apoyo en el ámbito arbitral, es la que presume el “*consentimiento tácito de las partes*”, a que los árbitros cuenten dentro de sus poderes jurisdiccionales con la facultad de imponer astreintes, aún cuando no se contemple dicha posibilidad en la cláusula o compromiso de arbitraje o en el acta de misión, siempre que la *lex causae* (*derecho positivo aplicable al contrato*) lo permita:

*“Una excepción debe ser hecha cuando la lex causae permite el astreinte como una medida accesoria. Los árbitros pueden aplicar la lex causae en su totalidad y ordenar un astreinte, pero en nuestra opinión, únicamente para reforzar un laudo como medida accesoria y no como una orden de procedimiento.”<sup>13</sup>*

*“En Francia, el segundo párrafo del artículo 1184 del Código Civil dispone que el acreedor de una obligación contractual tiene el derecho, si es posible, de forzar al deudor a cumplirla<sup>14</sup>. Además, después de alguna vacilación, específicamente en relación con las promesas de venta, la jurisprudencia admite actualmente esta medida provisional en caso de violación a la obligación contractual.”<sup>15</sup>*

**8.-** Debido al origen y naturaleza netamente contractual del arbitraje y a que los laudos arbitrales del CRC solo conciernen a obligaciones convencionales preexistentes<sup>16</sup> en cuyo ámbito se presume la buena fe de los contratantes, se ha objetado la astreinte provisional, por presumir los árbitros de antemano la negativa de la parte sucumbiente a ejecutar el laudo y por tanto, su mala fé. Cabría preguntarse: ¿si el tribunal arbitral constata la mala fé de la parte perdedora en la inejecución del contrato o durante el proceso de arbitraje, no sería válido y justo presuponer su reticencia a ejecutar el laudo?. Los artículos 1.9 y 25.4 del Reglamento de Arbitraje del CRC, disponen que las partes que decidan someter sus diferencias al arbitraje se obligan a cumplir sin objeción, ni demora alguna, cualquier orden procesal, laudo del tribunal. La parte que no acata puntualmente las mismas, sin causa justificada, estaría actuando con mala fe procesal.

**9.-** Es preciso aclarar, que la astreinte provisional no es una vía de ejecución, tan solo una medida de constreñimiento, un medio indirecto de llegar a una ejecución<sup>17</sup>:

*“De acuerdo con el criterio prevaleciente se sostiene que el astreinte es al contrario, un procedimiento compulsorio indirecto consistente en la creación de una obligación nueva, complementaria y condicional que puede ser objeto de una vía de ejecución. Su sola existencia no es en si misma un procedimiento de ejecución<sup>18</sup>.”*

En este sentido, para hacerla definitiva, liquidarla y ejecutarla, debe solicitarse la asistencia judicial al juez de primera instancia del lugar donde se reputa dictado el laudo, toda vez que el *imperium* que le confiere la *jurisdictio* a los árbitros le permite únicamente ordenarla:

*“En otras palabras, el ejercicio de una función jurisdiccional siempre implicará que se le otorga al juez cierto imperium, siendo lo mismo para un árbitro. Ciertos poderes de la justicia sin embargo, no forman parte de la jurisdictio: el poder de ejecutar órdenes con el auxilio de la fuerza pública es uno de esos poderes. Charles Jarrosson califica correctamente este poder como forzar a una parte a cumplir ejerciendo en su contra un constreñimiento ya sea directamente o a través de un agente del estado a quien el autor de la orden tiene la autoridad para dar instrucciones como imperium merum, este tipo de ordenes no son de orden arbitral, puesto que el uso de la fuerza es una prerrogativa exclusiva del estado.”<sup>19</sup>*

*“La jurisdicción competente para liquidar la penalidad-asunto que escapa al tribunal arbitral por no tener competencia para tratar con la ejecución*

*de sus laudos- es, independientemente de la jurisdicción apoderada del caso, el tribunal de primera instancia que es también el competente en relación con las dificultades de la ejecución.”<sup>20</sup>*

**10.-** El tribunal Constitucional cuyas decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes<sup>21</sup>, tanto en su parte dispositiva como en las partes esenciales de los motivos<sup>22</sup>, ha juzgado que la astreinte como sanción pecuniaria, no indemnizatoria, no debería favorecer al agraviado<sup>23</sup>, lo cual plantea un obstáculo insalvable para que el tribunal arbitral pueda ordenar una astreinte provisional a favor de un tercero que no ha sido parte en el acuerdo de arbitraje ni ha participado en el proceso arbitral, salvo que las partes lo acuerden expresamente en la cláusula o el compromiso de arbitraje o, en el acta de misión.

---

## BIBLIOGRAFIA

- 1-** Gaceta Judicial No. 9712, de fecha 15 de junio 1987;
- 2-** Gaceta Judicial No. 10526, de fecha 14 de julio 2009;
- 3-** Gaceta Judicial No. 10502, de fecha 30 de diciembre del 2008;
- 4-** Petit, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, 9<sup>na</sup> edición, pág. 818, No. 710;
- 5-** SCJ., sent. No.33, del 17 de diciembre del 2008, B.J. No. 1177, pág. 369; sent. No. 37, del 17 de noviembre del 2010, B.J. No. 1200; sent. No. 1310, de fecha 27 de noviembre del 2013, expediente No. 2009-3399;
- 6 -** SCJ., sent. No. 39, del 27 de mayo del 2009, B.J. No. 1182, pág. 359;
- 7-** Bis Req. 3 Nov. 1930, D.H. 1930, 605; 27 juin 1939, D. 487 et critique KAYSER; Civ. 14 dec. 1881, D.P. 82.1.134; Civ. 2e Sect. Civ. 10 mai 1962, J.C.P. éd. Avoues, No. 4118 ; Rev. Trim. Droit civil, 1963, p. 107, observ. TUNC; en este sentido : RAYNAUD, La distinction de l’astreinte et des dommages-interêt dans la jurisprudence française récente, MELANGES R. SECRETAN, p. 249, No. 13; Boré, est. citado, p. 164; COLIN A. et CAPITANT H. DE LA MORANDIERE, cit. t. II No. 942; Dalloz, Rep. Proc. Civile et Comm. V. Execution de jugements et actes, 81, 82, 83;
- 8-** Req. 29 enero 1834, D.P.1834.1.81; Sirey, 1834.1.129; Las grandes sentencias de la jurisprudencia civil, 12va edición, 2008, p.247; Cass. Civ. 25 julio 1882, D.P. 1883.243; Cass. Civ. julio 4, 2007, Republic of Congo versus GAT, Cahiers de l’arbitrage 2007/3, 35;
- 9-** Mourre, Alexis, Judicial penalties and specific performance in international arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, p. 58;
- 10-** Otor Participations, et. autres, JDI, 2005, 341, nota de A. Mourre y P. Pedone;
- 11-** Mourre, Alexis, Judicial penalties and specific performance in international arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, p.58;

- 
- 12-** ICC, Case No. 6673, *Collection of ICC Awards*, vol. III, (ICC Publishing 1992, p. 434); ICC, Case No. 7895, *ICC Court Bulletin*, vol. II, 2000, p. 66;
- 13-** J.F. Poudret and S. Besson, *Comparative Law on International Arbitration* (Thomson-Sweet & Maxwell), p. 540;
- 14-** Cass, Civ. 15 de diciembre de 1993; 5 octubre 1995; 26 junio 1996, Ferri;
- 15-** G Viney (eds.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles* (Bruylant, 2001) p. 167;
- 16-** Luciano Pichardo, "De las Astreintes y otros escritos", 2da edición, 2010, p.360;
- 17-** Marty et Raynaud, *Derecho Civil*, Tomo II, No.670;
- 18-** Luciano Pichardo, obra citada, p. 381;
- 19-** Mourre, Alexis, ob. cit. p. 64; Jarrosson, Charles, "Reflections sur Imperium, Etudes Offertes a Pierre Bellet, Paris, Letec, 1991, p. 245;
- 20-** París, Court d' Appel, october 11, 1991, Rev. Arb. 1992, 636, note by J. Pellerin;
- 21-** Artículo 31 de la ley 137-11, del 15 de junio del 2011 Gaceta Oficial No. 10622;
- 22-** Jorge Prats, comentarios a la ley orgánica del tribunal constitucional, 2011, pagina 69;
- 23-** Sentencia 0048/12, del 8 de octubre del 2012, B.C. 2012, tomo I, volumen II, pág. 252; Sentencia No. 0096/2012, del 21 de diciembre del 2012, B.C. 2012, tomo I, volumen IV, pág. 182; Sentencia No. 0027/13, del 6 de marzo del 2013, Anuario 2013, pág. 239.