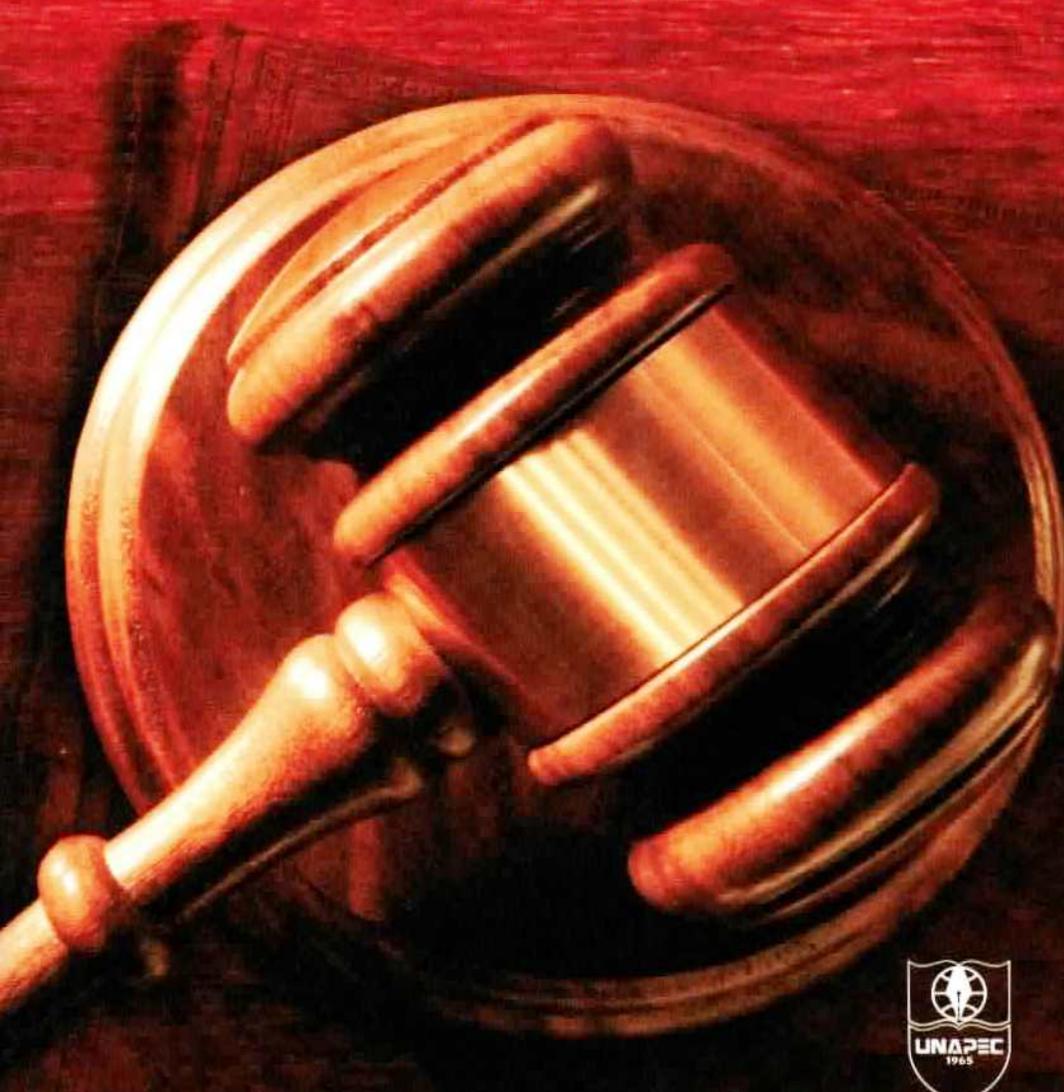


30 años de *COLOQUIOS JURÍDICOS*

Alejandro A. Moscoso Segarra
(Compilador)



UNIVERSIDAD APEC

**30 años de
COLOQUIOS JURÍDICOS**

30 años de Coloquios Jurídicos / Compilador : Alejandro A. Moscoso Segarra.

– Santo Domingo : Universidad APEC, 2010

725 p.

[Contiene artículos publicados en la revista Coloquios Jurídicos, organizados según las temáticas de: derecho civil, derecho laboral, derecho internacional, derecho comercial, derecho general, derecho fiscal, derecho administrativo, derecho inmobiliario, derecho constitucional]

ISBN : 978-9945-423-23-5

1. Filosofía del derecho 2. República Dominicana-Jurisprudencia 3. Derecho y sociedad- República Dominicana I. Moscoso Segarra, Alejandro A., comp.

340.1

T787a

CE/UNAPEC



UNIVERSIDAD APEC

Título de la obra:

30 años de COLOQUIOS JURÍDICOS

Alejandro A. Moscoso Segarra (Compilador)

Primera edición:

Julio 2011

Composición, diagramación y diseño de cubierta:

Departamento de Comunicación y Mercadeo Institucional

Impresión: Editora Búho

ISBN: 978-9945-423-23-5

Impreso en República Dominicana

Printed in Dominican Republic

JUNTA DE DIRECTORES DE LA UNIVERSIDAD APEC

Ing. Francisco Hernández
Presidente

Ing. Antonio César Alma Iglesias
Vicepresidente

Ing. Loraine Cruz
Tesorera

Dra. Cristina Aguiar
Secretaria

Lic. Álvaro Sousa Sevilla
Miembro

Lic. Peter Croes
Miembro

Lic. Radhamés Mejía
Miembro

Lic. Isabel Morillo
Miembro

Dr. Rolando Guzmán
Miembro

Lic. Alejandro Fernández W.
Miembro

Dr. Luis Heredia Bonetti
Pasado Presidente

Lic. Juan Fco. Puello Herrera
Presidente de APEC

Ing. Héctor Fernández Fortuna
Director Ejecutivo de APEC

Dr. Franklyn Holguín Haché
Delegado Permanente del Consejo APEC
de Pasados Presidentes

Lic. Justo Pedro Castellanos Khouri
Rector

COMITÉ EDITORIAL

Andrés L. Mateo
Diógenes Céspedes
Carlos Sangiovanni
Manuel Núñez
Teresa Hidalgo
Giovanna Riggio
Reynaldo Paulino Chevalier

ASESOR

Mariano Lebrón Saviñón

ÍNDICE

Presentación, por Justo Pedro Castellanos.....	13
Prólogo, por Luis Heredia Bonetti.....	17
Derecho Civil.....	19
• Le contredit (recurso ordinario), por Américo Moreta Castillo.....	21
• Naturaleza especial de la perención prevista en la ley sobre procedimiento de casación, por Roberto Rizik Cabral.....	35
• Organización del patrimonio: ventajas impositivas, por Mu-Yieng Sang de Suárez..	57
• La fianza <i>judicatum solvi</i> , por Francisco Álvarez Valdez.....	69
• La responsabilidad delictual y contractual (El problema de la opción entre los dos órdenes de responsabilidad), por Jorge Subero Isa.....	99
• Comentarios en torno a las leyes 834 y 845 de 1978. Su puesta en vigor y aplicación, por Margarita A. Tavares.....	117
• La actuación notarial como medida alternativa en la solución de conflictos, por Radhys Abreu de Polanco.....	133
• Aspectos controvertidos del embargo retentivo, por Américo Moreta Castillo.....	147
• Régimen jurídico del contra-escrito y la simulación, por Julio Miguel Castaños Guzmán.....	167
• La jurisdicción voluntaria, por Mignolio Pujols.....	185
• Fianza <i>judicatum solvi</i> : impedimento a la inversión extranjera, por Marcos Peña Rodríguez.....	211
Derecho Laboral.....	219
• Los conflictos de trabajo, por Hugo Ramírez Lamarche.....	221
• Las nuevas formas y aspectos de la relación de trabajo atípico, por Rafael Alburquerque.....	239
• El Derecho Especial de Trabajo, por Porfirio Hernández Quezada.....	261

<ul style="list-style-type: none"> • Las liquidaciones anuales en las empresas, por Marilyn B. Fernández de Piñeyro..... • Modificación a la legislación laboral para ampliar la capacidad de la generación de empleos en la República Dominicana, por Fernando Aníbal Capellán Peralta..... 	269 279
Derecho Internacional.....	287
<ul style="list-style-type: none"> • Los tratados internacionales como fuente de derecho interno, por Rosa Campillo..... • Contratos de distribución en la Unión Europea, por Kareen Zanelli..... • La complejidad del tema haitiano en República Dominicana: ocho tesis para su interpretación y comprensión, por Fernando I. Ferrán..... 	289 301 315
Derecho Comercial.....	323
<ul style="list-style-type: none"> • Consideraciones sobre el arbitraje comercial internacional, por Francisca Gil Domínguez..... • El cheque de pago diferido, por Julio Genaro Campillo Pérez..... • Las cuentas de cheques llamadas comúnmente cuentas corrientes, por Silvia A. de Ortega..... • Corrientes de cambios en la reglamentación de los valores mobiliarios (acciones, bonos, etc.) y la posible aplicación en la privatización de empresas estatales, por Georges Santoni Recio..... 	325 347 357 367
Derecho Económico.....	381
<ul style="list-style-type: none"> • Apuntes sobre Derecho e inflación, por Luis Heredia Bonetti..... • La conversión de la deuda externa en inversión, por Enrique de Marchena Kaluche..... • Principales aspectos de los contratos de reestructuración de la deuda externa, por Ana Rosa Bergés de Farray..... • Impacto de la inflación en la información financiera y en la toma de decisiones, por Luis Gómez Nina..... 	383 401 413 427

• Las Bolsas de Valores: su necesidad y utilidad, por Julio Genaro Campillo Pérez.....	445
Derecho Fiscal.....	457
• Limitaciones legales que afectan el cobro compulsivo de la deuda impositiva: diseño de una política de cobranza, por J. B. Abréu Castro.....	459
• Estudio crítico para la modificación de la ley número 18 del 5 de febrero del 1988, denominada “Impuesto sobre las viviendas suntuarias y los solares urbanos no edificados”, por Vanahí Bello Dotel y Damaris de la Cruz Santana.....	481
• Comentario sobre la ley número 18 del 5 de febrero, que establece el impuesto anual denominado “Impuesto sobre las viviendas suntuarias y los solares urbanos no edificados”, por Mercedes Canalda.....	497
• Hacia una ley de incentivos a las exportaciones, por Horacio Álvarez.....	509
Derecho Administrativo.....	523
• Legislación presupuestaria en la República Dominicana, por Andreína Amaro Reyes.....	525
Derecho Inmobiliario.....	549
• Los contratos inmobiliarios, por Luis Heredia Valenzuela.....	551
• Análisis económico del Derecho de Propiedad en la República Dominicana: el régimen de los alquileres, por Mónica Infante Henríquez.....	569
Derecho Penal.....	593
• El SIDA en nuestro Derecho Penal, por Luis Yépez Suncar.....	595
• El régimen jurídico de la difamación y la injuria en la República Dominicana, por Emmanuel Esquea Guerrero.....	609

<ul style="list-style-type: none"> • Carácter fragmentario y subsidiario de la jurisdicción penal de adolescentes y el fin de la sanción, por Miguel Ernesto Valerio Jiminián..... • Responsabilidad penal de los administradores, por Francisco Manzano..... 	625 637
Derecho de las telecomunicaciones.....	651
<ul style="list-style-type: none"> • Ley número 153-98 de telecomunicaciones, por José R. Cruz Campillo..... • El costo de la portabilidad numérica, por Fausto Fernández..... 	653 663
Reflexiones y aportes jurídicos.....	669
<ul style="list-style-type: none"> • Evolución histórica del derecho dominicano, por Wenceslao Vega B..... • En búsqueda de un mejoramiento judicial: imperiosa necesidad, por Andrés Marranzini..... • La posición de la Asociación Dominicana de Abogados Empresariales, Inc., sobre el proceso de reforma judicial, por Francisco Álvarez Valdez..... 	671 691 709

PRESENTACIÓN

COLOQUIOS JURÍDICOS es un nombre versátil y múltiple.

Sirve para nombrar varias cosas: una actividad educativa periódica especializada en temas jurídicos y, asimismo, una publicación igualmente especializada y periódica a través de la cual se divulgan los contenidos desarrollados en la señalada actividad educativa.

Simbióticas, ambas vertientes de COLOQUIOS JURÍDICOS destacan por el hecho primero de quién las ideó y las ha organizado durante tres décadas: no una institución académica, tampoco un grupo editorial, sino una oficina privada, de abogados para más señas -Russin, Vecchi & Heredia Bonetti-, dominicana y transnacional, una de las más importantes y prestigiosas de nuestro país.

Originales y novedosas, COLOQUIOS JURÍDICOS -la actividad y la revista- tienen muy pocos pares en el medio dominicano, ni en el educativo ni en el editorial, y por eso ha de tenerse como caso digno de atención, estudio y emulación. De la revista *COLOQUIOS JURÍDICOS* es todavía más notable su permanencia en un medio que como el dominicano, conoce innúmeras publicaciones natimuestras y en el que la actividad editorial es dificultosa, pobre, precaria.

Tiene nombre y apellido el ideólogo, organizador y líder de COLOQUIOS JURÍDICOS: Don Luis Heredia Bonetti.

Con él, por razones que no viene a cuento detallar pero que se relacionan con su calidad de fundador y líder -también- de Acción Pro Educación y Cultura (APEC) y con el rol que ha jugado particularmente en nuestra Universidad, de la cual ha sido su Presidente; con su oficina de abogados y con su hermano, el Centro de Investigación y Estudio de Derecho Empresarial (CEDEMPRESA), UNAPEC ha mantenido una larga y estrecha alianza en este novedoso y trascendente esfuerzo educativo y editorial que ha sido COLOQUIOS JURÍDICOS, la cual nos ha llenado de orgullo, especialmente en la hora en que nos relacionamos académicamente con el mundo jurídico a través de nuestras ofertas destinadas a ese ámbito del saber.

COLOQUIOS JURÍDICOS, lo mismo el evento que la publicación, ha cumplido ya tres décadas.

En reconocimiento a esa larga y fértil trayectoria en la vida dominicana, UNAPEC ha decidido publicar un compendio de la revista *COLOQUIOS JURÍDICOS*, trabajo que encargamos a nuestro Decano de Derecho, Alejandro Moscoso Segarra, cuya calidad, por cierto, reconozco en estas breves líneas.

Se ha trabajado con los quince números de la revista desde que esta viera la luz en 1986. Han quedado fuera de este libro aquellos trabajos que conservan menor actualidad, acaso porque se referían, por ejemplo, a una ley que ya no tiene vigencia entre nosotros. Los trabajos incluidos en este libro son, pues, los que conservan mayor actualidad en nuestros días.

Cuarenta autores y cuarenta y cuatro conferencias y ensayos en poco más de setecientas páginas, trabajo del compilador ha sido no sólo la referida selección sino también la organización y la clasificación del material por áreas del Derecho, once al final, a saber: Civil, Laboral, Fiscal, Administrativo, Inmobiliario, Penal, Telecomunicaciones y unos pocos trabajos de carácter más general, incluidos bajo el título de Reflexiones y aportes jurídicos.

Por *COLOQUIOS...*, la actividad, y por *COLOQUIOS...*, la revista, han circulado los más prestigiosos juristas dominicanos y extranjeros, abordando temas de importancia nacional e internacional, fundamentalmente pero no únicamente jurídicos. Tan solo revisar el índice, el lector podrá percatarse rápidamente de la estatura de los autores -Rafael Alburquerque, Jorge Subero Isa, Margarita Tavares, Wenceslao Vega, Julio Genaro Campillo Pérez, Andreína Amaro y el propio Luis Heredia Bonetti, entre otros-, así como del elevado nivel de pertinencia de sus temas y del rigor con que los mismos son desarrollados.

Sirva este nuevo producto editorial de nuestra Universidad para reconocer la original y audaz visión, así como la brillantez y el tesón con que se ha desarrollado durante tres décadas este extraordinario esfuerzo educativo y editorial que ha sido *COLOQUIOS JURÍDICOS*, especialmente a su ideólogo y sostenedor, nuestro admirado y buen amigo, Don Luis Heredia Bonetti, dominicano y abogado de los mejores.

COLOQUIOS JURÍDICOS es un nombre versátil y múltiple.

Sirve para nombrar varias cosas.

Ahora, también este compendio, cuya publicación nos llena de satisfacción y orgullo. UNAPEC la pone en manos del amable

lector, segura de que con ella se enriquece aún más nuestro fondo editorial así como la bibliografía jurídica dominicana, y de que será de interés y utilidad general, especialmente para un sector de la sociedad dominicana tan importante como el de los juristas.

Justo Pedro Castellanos Khouri
Rector

Santo Domingo, julio de 2011.

PRÓLOGO

Es una grata encomienda escribir las palabras de presentación de este compendio editado por la Universidad APEC, con los trabajos publicados durante varios años, en formato de revista, originados en las presentaciones orales de nuestro programa mensual de Coloquios Jurídicos.

Una visión compartida de la Universidad APEC (UNAPEC), con la oficina Russin, Vecchi & Heredia Bonetti y el Centro de Investigación y Estudio de Derecho Empresarial, Inc. (CEDEMPRESA), reivindica la importancia de la educación continuada, como medio para elevar la calidad de los profesionales del Derecho e impulsar su actualización, la cual se corresponde con la rápida evolución del marco normativo, en una época de transición, caracterizada por la globalización de las economías.

Motivados por esta voluntad común de favorecer la divulgación y discusión de novedades en el campo legislativo y su entorno, hemos concertado una alianza estratégica, en virtud de la cual el prestigioso centro académico asume la publicación de los temas abordados en los Coloquios Jurídicos, como un elemento prioritario de su política de publicaciones.

La compilación que se pone en circulación permite aquilatar la diversidad y pertinencia de las temáticas enfocadas así como el carácter vanguardista de los coloquios. Valga mencionar como evidencias de dicha precocidad los estudios sobre el arbitraje comercial, la organización patrimonial, el Derecho y la inflación, la conversión de deuda, las formas atípicas de trabajo, la bolsa de valores, el impuesto a la vivienda suntuaria, el incentivo a las exportaciones, la legislación penal de adolescentes, entre otros asuntos novedosos enfocados varias décadas atrás.

Es pues con la convicción de que esta publicación contribuye al rescate del quehacer doctrinario de destacados profesionales, que nos enorgullece reproducir trabajos pioneros de juristas prestigiosos, entre los cuales cabe destacar a Jorge Subero Isa, Wenceslao Vega B., Américo Moreta Castillo, Roberto Rizik Cabral, Ana Rosa Bergés de Farray, Julio Genaro Campillo Pérez, Rafael Alburquerque, Andreína Amaro Reyes, Margarita A. Tavares, Enmanuel Esquea Guerrero y otros no menos brillantes miembros de la comunidad jurídica dominicana.

Valgan estas palabras como testimonio de admiración y gratitud hacia quienes han hecho posible, con su participación valiosa, el mantenimiento de un espacio excepcional para el ejercicio del pensamiento crítico, en materia jurídica.

A la rectoría de la Universidad APEC y a su Escuela de Derecho, un reconocimiento especial por asociarse en forma tan fructífera y generosa a nuestra iniciativa y, sobre todo, por dejar plasmados en el papel impreso estos interesantes aportes a la renovación del Derecho en República Dominicana.

Ex Corde

Luis Heredia Bonetti
Socio Principal Russin, Vecchi & Heredia Bonetti
Presidente CEDEMPRESA

Julio 2011
Santo Domingo, D. N.

DERECHO CIVIL

**Le Contredit
(recurso ordinario)*
*Américo Moreta Castillo*****

* Coloquios Jurídicos, Julio-Diciembre 1986, año 1, no. 1, páginas 14-25.

** AMÉRICO MORETA CASTILLO. Abogado en ejercicio en Castillo & Castillo. Licenciado en Derecho, Summa Cum Laude (1980), Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña; Capacitación en la Ecole Nationale de la Magistrature a París et Burdeos (1998); Diplomado en Estudios Especializados (DEA), Universidad de Sevilla (2005); Doctorado, Universidad de Sevilla, España.

Miembro del Colegio de Abogados de la República Dominicana; de la Federación Interamericana de Abogados, de la Academia Dominicana de Historia, y del Instituto Dominicano de Genealogía.

Le Contredit (recurso ordinario)

Cuestión de competencia

El proceso se inicia mientras el demandado organiza su defensa aduciendo excepciones, medios de inadmisibilidad (fines de inadmisión) y defensas al fondo. El demandante ha debido adecuar su acción en justicia previendo la existencia en nuestra organización judicial de tribunales de derecho común y tribunales de excepción y que la ley establece una competencia de atribución (*ratione materiae*) y una competencia territorial (*ratione personae vel loci*) que según el derecho en discusión, sea éste de naturaleza personal, real o intelectual, tomará en cuenta el domicilio o la residencia del demandado, la situación de la cosa en litigio y el lugar de formación o de ejecución del contrato.

Al suscitarse un apoderamiento incorrecto del tribunal, la parte demandada solicitará la declinatoria por incompetencia, excepción de procedimiento que tiende a declarar y regular la demanda, suspendiendo su curso y de acuerdo con el artículo segundo de la Ley 834 de 1978, dicha excepción deberá ser presentada antes de toda defensa al fondo o fin de inadmisión y junto a las demás excepciones que se puedan oponer. El tribunal queda así obligado a fallar sobre la excepción y teniendo los litisconsortes la seguridad de recurrir la decisión en caso de estar disconformes por medio de dos recursos ordinarios: la apelación y la impugnación (Le Contredit). Vamos, pues, a referirnos a esta última vía de recurso.

La terminología

¿Por qué el legislador utilizó un vocablo galo para denominar el nuevo recurso, contraviniendo de este modo la disposición adjetiva que consagra al español como lengua oficial del pueblo y del gobierno dominicano? Al respecto encontramos una razón de índole práctica y una costumbre con precedentes legislativos. La comisión de traducción deseó que se supiera claramente que la impugnación era “le Contredit de Compétance” tal y como le llama la moderna doctrina francesa (v.g. VINCENT y GUINCHARD: 1981),

por otra parte los galicismos y términos franceses son comunes en nuestro foro, y si observamos la ley 362 de 1932, vemos que al acto recordatorio se le denominó “avenir”, apelativo más socorrido en la práctica. De ahí que Contredit eclipse, actualmente, aquel de Impugnación.

Historia del recurso

Desde la década del 40 se discutía en Francia un fenómeno jurídico típico de este siglo; el Derecho Privado sufría los embates del Derecho Público que minaba poco a poco las instituciones “privatistas” y las “publicitaba”. Nos atreveríamos a afirmar que la reforma sufrida en 1958 por el Código de Procedimiento Civil en la que se introdujo la figura del Contredit, es un reflejo de esto.

El decreto del 22 de diciembre 1958 estableció un recurso nuevo, de cierta semejanza con la apelación ordinaria; pero que apartándose de los marcos clásicos presenta un marcado carácter inquisitorio, que hace jugar al poder jurisdiccional del Estado un papel activo, rompiendo prácticamente con el principio de la neutralidad absoluta que de forma tan inseparable acompaña al procedimiento acusatorio.

El Contredit fue revisado en el año 1960 y posteriormente en 1972, apareciendo en su estado actual en el nuevo Código de Procedimiento Civil del año 1976. De ahí lo tomamos en 1978, año de gran convulsión política en nuestro país y desgraciadamente el texto, traducido casi literalmente del francés, no fue discutido serenamente por el Congreso Nacional, más bien tuvo una aprobación festinada, calificada por el foro criollo como “legislación al vapor”.

La introducción del nuevo recurso no estuvo separada de polémicas. Los prácticos estaban renuentes a aceptarlo, se criticó la medida como manifestación de colonialismo jurídico; sin embargo, el Contredit no era ajeno completamente a nuestro ordenamiento jurídico positivo, los sesenta años del Tribunal de Tierras confirman la presencia de un procedimiento inquisitorio con muchos de los formalismos del nuevo recurso como las citaciones por correo certificado y no por actos de alguacil; pero lo reprochable fue que no se tuvieran presente estas experiencias a la hora de adecuar la legislación francesa a nuestra realidad.

Vía ordinaria

Es su analogía con la apelación lo que hace que el Contredit se considere un recurso ordinario. En principio toda sentencia que estatuya sobre la competencia, salvo que la ley exprese lo contrario, podrá ser recurrida o impugnada por esta vía.

El Concredit es suspensivo de la ejecución de la sentencia impugnada. Para poder acudir a un recurso extraordinario como lo es el de casación, se necesita agotarlo previamente tal y como sucede con la apelación y la oposición. Y presenta un efecto devolutivo, en la medida en que traslada el examen del proceso con la misma extensión con que fue examinado por el juez que dictó la sentencia impugnada y es que el tribunal apoderado de un Contredit conoce del proceso íntegro en el aspecto de la competencia, de ahí que se le envía todo el expediente al juez apoderado, como veremos más adelante, para que su estudio se realice en las mismas condiciones que el juez que conoció de la excepción de competencia¹.

No obstante, por su carácter ordinario *sui generis* por referirse a un aspecto particular del proceso principal (la competencia, tanto *ratione materiae* como *personae vel loci*), el Contredit es, por otro lado, una vía de reformación, pues se discute ante otro tribunal si el apoderamiento de la jurisdicción de primer grado fue correcto o no.

El Contredit de competencia es un recurso ordinario de reformación, abierto a cualesquiera de las partes en un proceso, para impugnar la sentencia que estatuya exclusivamente sobre la competencia. Se le denomina también impugnación y fue introducido en nuestro derecho positivo por la reforma procesal que ejecutó la ley 834 del 1978.

Esta ley le dedica a la nueva figura jurídica los artículos del 8 al 19, a seguidas de la excepción de incompetencia, de la cual el Contredit es inseparable y dentro del bloque de los aspectos relativos a la competencia que en dicha ley va desde el artículo 3 al 27.

1 Fundamentándonos en los argumentos del Profesor Tavares, hijo. *Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano*, volumen III. Editora Montalvo. Ciudad Trujillo, 1974. p. 3.

Casos en que procede

Cuando se plantea una excepción de incompetencia ante un tribunal de primer grado, y el magistrado falla única y exclusivamente sobre la competencia o en el caso en que sin haber sido interpuesta la excepción, el magistrado se declara incompetente en base a los artículos 20 y siguientes de la ley 834 del 1978 (incompetencia pronunciada de oficio) procede interponer un Contredit.

El profesor Del Castillo Morales, siguiendo la metodología de Jean Vincent nos expone cinco casos posibles, y que nos permitiremos esquematizar:²

- 1) Se declara incompetente, no falla el fondo.
(artículo 8, ley 834)
- 2) Se declara competente, no falla el fondo.
(artículo 8, ley 834)
- 3) Se pronuncia sobre la competencia y ordena una medida de instrucción o una medida provisional.
(artículo 8, ley 834)
- 4) Se declara competente, no falla el fondo; pero toma posición al respecto a una cuestión de fondo que determina su competencia (artículo 8, ley 834)
- 5) Se declara incompetente de oficio.
(artículo 22, ley 834)

El denominador común de estas especies lo constituye el hecho de que en la decisión del Tribunal de primer grado se haya abordado la competencia, ya sea a petición de parte o bien de oficio; pero sin haber sido fallado el fondo del asunto.

El legislador ha prohibido expresamente el Contredit en tres casos previstos por la ley 834 de 1978: a) contra las ordenanzas dictadas por el juez de los referimientos, para las cuales sólo procede la apelación (artículo 26). De acuerdo con el decano Vincent y el profesor Guinchard, “cuando se discute la competencia

² Del Castillo Morales, Luis R., “Las excepciones de incompetencia conexilal y de la litispendencia conforme a la ley número 834 del 15 de julio de 1978”. *Estudios Jurídicos*. CAPELDOM. Santo Domingo. Tomo III.- Vol. I. Homenaje a Juan A. Morel. p. 151.

del juez de los referimientos, no se trata a menudo, de saber de si tal o tal magistrado es quien deba de ser apoderado, sino más bien verificar si hay urgencia y si la medida solicitada no toca el fondo del derecho”³; b) Contra las ordenanzas del juez en materia de divorcio (artículo 26). Aquí advertimos una diferencia entre el texto dominicano y el texto francés. Allí se refieren “a las ordenanzas del juez conciliador en materia de divorcio o de separación de cuerpos”, mientras que es evidente que desde el 1899 no existe en nuestro ordenamiento la separación de cuerpos; sería curioso revisar si existe un carácter más general en el texto dominicano al referirse a la sentencia de divorcio, quizás con la denominación impropia de ordenanza de divorcio cuando debió de decir sentencia, y el texto francés que habla de un tipo de ordenanza específica: la del juez conciliador.

Comentan Enmanuel Blanc y Jean Viatte “que la razón decisiva de estas dos excepciones es la de no complicar unos procedimientos que deben quedar simples y rápidos”⁴. Por otro lado, el artículo 27 establece que, cuando el tribunal de primer grado dictamina que el asunto es de la competencia de una jurisdicción administrativa, el Contredit no procede. Sólo por la vía de la apelación podremos apoderar al tribunal de segundo grado, pudiéndose pleitear allí nuevamente la excepción de incompetencia; pero dentro del procedimiento de la ordinaria apelación y no del Contredit. Creemos que la distinción que establece el artículo 27 justifica de manera más rigurosa en Francia, donde existe un tribunal especial llamado Tribunal de los Conflictos, ajeno a nuestra organización judicial. Mientras subsista el texto actual es una limitación más, impuesta por el legislador a este recurso ordinario.

Es obvio que el Contredit nunca procederá sino la apelación de derecho común, cuando el tribunal se ha declarado competente y ha estatuido inmediatamente sobre el fondo⁵.

3 Vincent, J. y Guinchard, S. *Procedure Civile*. Dalloz. París, 1981, pp. 312 y 336.

4 Blanc, E; Viatte, J. *Nouveau Code de Procedure Civile* commente dans l'ordre des articles. p. III, in fine, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats: París, 1978. Tome I.

5 Larguier, J. *Procedure Civile / Droit Judiciaire Prive*, p. 44. Dalloz: París, 1980.

Materias en las que es posible invocar el Contredit

El Contredit fue introducido en nuestra legislación positiva como recurso ordinario en procesal civil, que es el derecho común en materia de procedimiento. Será pues aplicable en materia comercial; no consideramos que sea aplicable en Derecho Inmobiliario y sobre todo al estar éste previsto por una legislación especial como es la Ley de Registro de Tierras, así como por aplicación del principio “Lex posterior generalis non derogat priori specialis”⁶, el cual no es absoluto y el punto daría lugar a investigaciones y debates, indagando cuál fue la intención del legislador. En materia laboral no dudaríamos en aplicar el nuevo recurso, como ya lo han hecho eminentes profesores⁷, fundamentándonos en el principio III del Código de Trabajo que expresa: “En las relaciones entre particulares, la falta de disposiciones especiales es suplida por el derecho común”. No reviste utilidad plantear la cuestión en Derecho Procesal Penal, donde existe un interés principalmente público (social), no de intereses particulares⁸, y en procedimiento contencioso administrativo, donde ha sido descartado expresamente por voluntad del legislador.

Momento en que es planteado el recurso de Contredit

Luego de la publicación y entrada en vigor de la ley 834 de 1978, que “sustituye el régimen del Código de Procedimiento Civil”, ha quedado establecido que todas las excepciones, incluyendo la de incompetencia, deberán ser presentadas antes de toda defensa al fondo o fin de inadmisión, esto es in limine litis, igual a como lo disponía el Código de Procedimiento Civil...”; pero su presentación deberá ser “simultáneamente”, es decir, al mismo tiempo (artículo 2), regla básica que acelera la marcha del proceso, puesto que fuerza a la discusión inmediata de todas las controversias⁹. Y es una vez suscitada la declinatoria por incompetencia, sea de oficio o por instancia procede dentro del plazo que especificaremos más adelante, depositar el Contredit.

6 Conviello, N. *Doctrina general del Derecho Civil*. Uthea: México, 1938, p. 105.

7 Caso en que participaron Antonio Ballester Hernández (abogado de la parte recurrente) y Lupo Hernández Rueda.

8 Herrera Billini, N. *Cátedras de Procedimiento Criminal* en la U.S.D., 1954, p. 3.

9 Pellerano Gómez, J.M. “El orden en que deben ser propuestas las excepciones de procedimiento”. *Estudios Jurídicos*, p. 4 y p. 109.

Fases del Procedimiento

El Contredit presenta tres fases diferentes:

- a) Procedimiento ante el tribunal de primer grado;
- b) Procedimiento ante el tribunal de segundo grado;
- c) Procedimiento ante el tribunal de reenvío.

a) *Ante el tribunal de primer grado*

Para cumplir cabalmente esta fase debemos estudiar las obligaciones de la parte recurrente y las del secretario del tribunal que recibe el recurso. Ya desde que se interpone la excepción de incompetencia, debe reunir condiciones de forma: 1) estar motivada y 2) designar la jurisdicción competente¹⁰.

Dicha motivación consiste en señalar por qué el tribunal apoderado es incompetente, una motivación insuficiente por quien propone el incidente, no puede ser reparada después, por lo cual, no es admisible que ésta sea hecha a posteriori (dentro del recurso Contredit).

El deber de designar la jurisdicción queda cumplido si se dan indicaciones bastante claras, que no den lugar a dudas de cuál es el tribunal competente¹¹. Una motivación seria es completamente indispensable, la simple designación de la jurisdicción competente es insuficiente, aunque algunos consideran que la jurisprudencia se muestra rigurosa a veces, llegando a excesos en cuanto a estos requisitos¹².

Las partes se enterarán de la sentencia que estatuya sobre la excepción, por la vía que comúnmente se utiliza; diligencia de uno de los litigantes. Tan pronto se dicta la decisión, que debe limitarse exclusivamente a la competencia, comienza a correr el plazo del recurso. Es decir, a partir de la fecha de la sentencia.

Para que pueda ser intentado un Contredit, este plazo debe ser respetado por su carácter de orden público y no puede ser

10 Larguier, J., *Opus citatus*, p. 43.

11 Del Castillo Morales, L.R., *Opus citatus*, p. 142.

12 Blanc, E. y Viatte, J. *Nouveau Code de Procedure Civile*, p. 96.

prorrogado nunca. Si se deja pasar el Contredit será irrecible¹³. Así lo expresan los artículos 9 y 10.

En caso de que éste se interponga, la instancia se mantiene suspendida hasta tanto el tribunal de segundo grado no se manifieste sobre el recurso. El Contredit será entregado al secretario de la jurisdicción que dictó la sentencia, y dice la ley que el impetrante deberá consignar los gastos referentes al recurso, lo que se convierte en un problema mayúsculo, ya que la tarifa de costas y honorarios que data del 1974 no tiene consignada suma alguna para el Contredit, por lo que los secretarios cobran la cantidad que les parezca; algunos cobran veinticinco pesos oro.

Una vez recibido el recurso, el secretario notificará por carta certificada con acuse de recibo tanto a la contraparte como a su mandatario ad litem (si lo hubiera), ya que se trata de la misma instancia, notificación de que fue interpuesto un Contredit. Esta notificación debe hacerse sin demora (*sans delais*) y no como desafortunadamente se tradujo: sin plazo (*sans delais*), así lo confirman Blanc y Viatte cuando agregan: “sin demora, es decir inmediatamente”¹⁴. Esa disparidad advertida en las Mesas Redondas de Derecho Procesal Civil, patrocinadas por la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña, debe ser subsanada por corrección de traducción que realice el Congreso Nacional y que sugerimos de *lege ferenda*.

De todo lo expuesto vemos que el recurrente tiene que cumplir tres condiciones de fondo para que su recurso sea recibido por el secretario del tribunal de primer grado:

- 1) Que lo haya interpuesto dentro de los quince días posteriores al pronunciamiento de la sentencia, la notificación no cuenta para este fin.
- 2) Que lo haya motivado.
- 3) Que haya consignado las costas, es decir, avanzarle al secretario el monto de éstas¹⁵.

13 Blanc, E. y Viatte, J., *Opus citatus*, p. 96.

14 *Ibidem*, p. 97 in medio. Cabe agregar que el procedimiento de notificación por correo es utilizado por el Tribunal de Tierras.

15 Vincent, J., y Guinchard, S., *Opus citatus*. pp. 305, 331, p. 332.

Una vez el secretario haya cumplido con su primera obligación, deberá transmitirle al secretario del tribunal de segundo grado, el expediente del asunto con el escrito de Contredit y una copia de la sentencia a la vez que le entregue las sumas de los gastos de la instancia ante el tribunal que conocerá del mismo, los cuales debieron ser avanzados por el recurrente.

b) Ante el tribunal de segundo grado

El juez Presidente del tribunal de segundo grado fija la fecha de la audiencia en la que se conocerá del recurso, deberá ser en el más breve plazo (artículo 12).

En Francia se establecía en el artículo 169 del antiguo código de Procedimiento Civil, un plazo de un mes, que nunca fue observado en la práctica, por eso se dejó a la soberana apreciación en el nuevo texto francés (artículo 84) que fue el que tradujo la comisión redactora de la ley 834 de 1978.

Las partes son informadas por medio de cartas certificadas con acuse de recibo que les son enviadas por el secretario de dicho tribunal (artículo 12, ley 834 de 1978), mientras en Francia no es obligatorio el ministerio de abogado para esta instancia, sobra que hagamos referencia a la realidad nacional y más aún cuando existe la esperanza de que pronto el ministerio de abogado sea establecido en todas las materias y ante todas las jurisdicciones.

A este procedimiento puramente inquisitorio, las partes podrán agregar escritos ampliatorios a los originariamente depositados, los cuales son visados por el juez Presidente (artículo 13), lo que da mayor seguridad. La persona que visa es el secretario, lo cual rompe con la práctica.

Cuando el tribunal de segundo grado falle sobre el Contredit, el secretario notificará la sentencia, también por carta certificada, entregada con acuse de recibo, y el plazo para recurrir en casación corre a partir de esta notificación (artículo 15). La sentencia obtenida se reputa contradictoria, no es susceptible, pues, de oposición.

El tribunal de segundo grado reenviará el asunto a la jurisdicción que considere competente, facultad muy parecida a la que tiene la honorable Suprema Corte de Justicia y que

confirma aún más el carácter inquisitorio del procedimiento. Antes de la reforma del 78, eran las partes que tenían que demandar nuevamente una vez declarada la competencia, ahora la decisión se impone a las partes y al juez de reenvío. (Art. 14)

El tribunal de segundo grado que conoce del recurso de Contredit podría considerar a la jurisdicción primitivamente apoderada como jurisdicción competente; pero igualmente pudiera estimar que es incompetente, entonces en este caso, deberá mencionar cuál jurisdicción estima competente y la misma, en virtud del artículo 14 de la ley 834 de 1978, no podrá juzgar su propia competencia sino que necesariamente acatará la imposición¹⁶.

Es cierto que en principio la decisión que estatuya sobre el Contredit se impone a las partes, pero como habíamos señalado anteriormente, la decisión podrá ser recurrida en casación a contar de la fecha en que por carta certificada con acuse de recibo se haya notificado la sentencia.

Si el tribunal que conozca del recurso es tribunal de segundo grado de la jurisdicción que estima competente, podrá avocarse el conocimiento del fondo, facultad consagrada por el artículo 17 y que los profesores Vincent y Guinchard elogian como una de las características originales del recurso¹⁷; medida inspirada en la economía del proceso que, aunque en parte lesiona el derecho al doble grado de jurisdicción, evita el uso del recurso como medida dilatoria.

Cuando el tribunal de segundo grado decide avocar, invita a las partes (siempre por carta certificada con acuse de recibo) a constituir abogado, si el ministerio es requerido (artículo 18), si ninguna de las partes obtempera al llamado, el tribunal pronunciará de oficio la radiación por decisión motivada que comunicará a las partes por simple carta (artículo 18 in fine) reflejo de la máxima “la acción es la medida del interés”.

16 Couchez, G. *Procedure Civile*. Sirey: París, 1978, p. 62, p. 105.

17 Vincent, J. y Guinchard, S., *Opus citatus*, pp. 321, 344, p. 345.

Sanciones al litigante temerario

El legislador francés presintió que el nuevo recurso se podía adecuadamente prestar para tácticas dilatorias y otras chicanas y por esta razón estableció sanciones para el litigante temerario; pues aparte de ser condenado al pago de las costas aquel que sucumba en un recurso de Contredit, también se podría obtener una condenación en daños y perjuicios, así como una multa de veinticinco mil pesos, todo esto en virtud del artículo 16 y la facultad de avocación prevista en el artículo 17; opera también como freno al verse despojado el litigante del doble grado de jurisdicción haciéndose de este modo una justicia eficaz y contrarrestando un poco la facultad de reenvío dispuesta por el artículo 14 de la ley 834 de 1978, evitándose de este modo polémicas entre los miembros de la judicatura.

En Francia las multas civiles como consecuencia del Contredit frustrado y mal intencionado son de cien a diez mil francos.

c) Procedimiento ante el tribunal de reenvío

El tribunal de reenvío podrá acatar el dictamen del tribunal de segundo grado que juzgó el recurso; pero aunque el artículo 14 establezca que la decisión sobre el Contredit se impone, el tribunal de reenvío, ejerciendo su facultad soberana de administrar justicia libremente, podrá no acatar el criterio del tribunal de segundo grado y declararse incompetente. En este caso las partes podrán recurrir nuevamente en Contredit y al respecto ya existe jurisprudencia: París, 6 de marzo de 1961, D. 1961. 378, concl. Turlan¹⁸.

Cuando el tribunal de reenvío acata plenamente el criterio del tribunal de segundo grado, juzga el asunto con plena jurisdicción y en primer grado, aunque sin que pueda volverse a conocer la excepción de incompetencia. Los autores mantienen el silencio respecto a otras excepciones y fines o medios de inadmisión; nosotros consideramos sólo fue conocida la competencia, la batalla forense debe continuar con las otras defensas.

18 *Ibidem*, pp. 321 y 344.

Naturaleza especial de la perención prevista en la ley sobre procedimiento de casación*

Roberto Rizik Cabral**

* Coloquios Jurídicos, Julio-Diciembre 1986, año 1, no. 1, páginas 45-63.

** ROBERTO RIZIK CABRAL. Socio fundador de Headrick Rizik Álvarez & Fernández. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (UNPHU), miembro del Colegio de Abogados de la República Dominicana (CARD), de la Asociación Dominicana del Trabajo y la Seguridad Social y de la Comisión Presidencial encargada de la redacción del Código de Comercio de la República Dominicana.

Ha colaborado y es coautor de los capítulos correspondientes a la República Dominicana en varias guías legales, como The International Comparative Legal Guide to: Securitization 2007, publicada por Global Legal Group; y Latin Lawyer Reference-Mining 2009, publicada por Latinlawyer. Su práctica profesional ha sido reconocida en Chambers Global 2009, Chambers Latin America-Leading Lawyers for Business, edición 2010, y Latin Lawyer250-Latin America Leading's Business Law Firms, edición 2009.

Naturaleza especial de la perención prevista en la ley sobre procedimiento de casación

Introducción

La perención de instancia es una institución jurídica que extrañamente, y a pesar del anquilosamiento y la esclerosis procesal con que a menudo se desenvuelven los litigios en nuestro ámbito, no figura con profusión en el ambiente del debate jurídico, ni en la lista de recursos a los que acuden con regularidad los abogados para la solución procesal de sus casos.

La razón pudiera residir en la falta de espectacularidad del resultado que produce y más aún en la causa que da lugar a la configuración de la misma, que con frecuencia resulta imputable a los abogados actuantes.

No obstante, a nadie escapa que en determinada situación procesal, invocar la perención podría representar indudables ventajas en el orden práctico.

La perención es una forma de extinción de la instancia, debido a la discontinuación de las actuaciones procesales durante un lapso que el legislador ha fijado, en principio, en tres años. El artículo 397 del Código de Procedimiento Civil expresa:

“Toda instancia, aunque en ella no haya habido constitución de abogado, se extinguirá por cesación de los procedimientos durante tres años. Este plazo se ampliará a seis meses más en aquellos casos que den lugar a demanda en renovación de instancia o constitución de abogados.”¹

El profesor Froilán Tavares hijo afirma que la finalidad de la institución “es impedir que el proceso se prolongue indefinidamente a consecuencia de la inacción de las partes.”²

Es evidente que la falta de actuación procesal de las partes en el plazo fijado por la ley es la causa eficiente y constitutiva de

1 Código de Procedimiento Civil de la República Dominicana, artículo 397.

2 Tavares, Froilán, *Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano*, Tomo I, Vol. II, Cap. V, Sec. IV, p. 406.

la perención, y que dicha circunstancia resulta de la esencia de la misma.

La perención que llamaremos de derecho común, por contraposición a la perención en el recurso de casación, está reglamentada por los artículos que van del 397 al 401 del Código de Procedimiento Civil, y el 469 del mismo código, relativos a la perención en causa de apelación.

En esos artículos se trazan las reglas que caracterizan la perención de derecho común, así como también se delinea su naturaleza.

Sin embargo, la perención concebida por el legislador de la ley sobre procedimiento de casación difiere notablemente de la perención de derecho común, a tal grado que el concepto de inacción de las partes, esencia de la perención, adquiere una dimensión diferente para la perención del recurso de casación.

El objeto de este modesto trabajo se inscribe en la necesidad de llamar la atención sobre las diferencias entre la perención de derecho común y la perención en el recurso de casación, y sobre todo exponer las particularidades de las reglas relativas a esta última.

Momento a partir del cual empieza a correr el plazo de perención

El cómputo del plazo de la perención de derecho común se inicia a partir del último acto de procedimiento.

En otras palabras, “el plazo de la perención corre a partir del día del último acto de procedimiento con fecha cierta...”³.

Es claro que, siendo la finalidad de la perención sancionar la inacción de las partes, el plazo para la misma no puede correr sino a partir del momento en que se empieza a concretar la inacción. Es obvio que de existir actuaciones procesales de las partes verificadas en actos de procedimiento, no habría inacción de las partes ni lugar para la perención.

3 Dalloz, *Encyclopedie, Procedure*, II, F - Z, No. 68, p. 409.

De ahí que la falta de actuación de las partes y el estancamiento de la instancia son los elementos indispensables para poder pensar en la posibilidad de perención.

La última actuación de las partes, el último acto procesal, es la referencia para calcular la duración de la inacción de las partes y colegir si el plazo para configurar la perención de la instancia ha transcurrido.

Si un nuevo acto de procedimiento, distinto al que se tenía como último acto, interviene antes de transcurrir el plazo de tres años a partir de la fecha de ese acto que se tenía como último, entonces el plazo que venía corriendo se interrumpe y se hace necesario computar el tiempo de inacción a partir del nuevo acto que se ha producido.

En efecto, cada acto válido del procedimiento, emanado del demandante o del demandado, constituye una interrupción del plazo de perención.

Una sentencia de la Suprema Corte de Justicia, del 19 de junio de 1939, elaborada en ese sentido, expresa: “considerando que (...) cualquier acto que emane de una o varias de las partes demandantes o demandadas, y que tenga por objeto la continuación de la instancia, bastaría para interrumpir dicho plazo, y así, cada acto interruptor sería el punto de partida de un nuevo plazo de 3 años.”⁴

De lo anterior se extrae con facilidad que la perención sólo se configura cuando han transcurrido 3 años a partir del último acto de procedimiento, sin intervenir actos posteriores a ese que se tiene como último acto, y que la intervención de nuevos actos de procedimiento frustra el transcurso del plazo de la perención.

La no existencia de ningún acto de procedimiento durante los tres años que señala la ley, es condición indispensable e invariable para que se concrete la perención.

Tal ha sido el concepto de la perención de derecho común derivado de la naturaleza que le confiere a la institución la finalidad que persigue: la extinción de la instancia por la falta de actuación procesal de las partes.

4 Suprema Corte de Justicia, Casación, 19 de junio de 1934, *Boletín Judicial* número 347, p. 471.

Sin embargo, la perención en el recurso de casación obedece, aparentemente, a una concepción diferente.

En efecto, los conceptos fundamentales de que el cómputo del plazo de la perención se inicia a partir del último acto de procedimiento, y de que cada acto nuevo de procedimiento interrumpe el transcurso del plazo, convirtiéndose en el punto de partida de un nuevo plazo, no son compartidos por la perención que el legislador ha concebido para el recurso de casación.

Pasemos a analizar esa premisa que hemos avanzado.

Las disposiciones relativas a la perención en el recurso de casación se encuentran en el párrafo II del artículo 10 de la ley sobre procedimiento de casación. Ese texto reza:

“El recurso de casación perimirá de pleno derecho si transcurrieren tres años, contados desde la fecha del auto que autorizó el emplazamiento, sin que el recurrente haya depositado en la secretaría el original del emplazamiento, o si transcurriere igual plazo, contado desde la expiración del término de quince días, señalado en el artículo 8 sin que el recurrente pida el defecto o la exclusión contra el recurrido que diere lugar a ello, a menos que, en caso de haber varias partes recurrentes o recurridas, una de dichas partes haya pedido el defecto o la exclusión contra las partes en falta. La Suprema Corte de Justicia hará constar la perención del recurso mediante resolución que será publicada en el Boletín Judicial”.

Como puede observarse de la lectura del párrafo citado, el legislador ha previsto dos hipótesis distintas a través de las cuales se puede materializar la perención en el recurso de casación.

Sin embargo, lo realmente peculiar es que en ambos casos se ha fijado el inicio del plazo de la perención a partir de la extinción del plazo que concede la ley de casación para realizar una actuación procesal específica y determinada del procedimiento de casación, en vez de ser simplemente a partir del último acto de procedimiento existente. Es decir, que la no realización de las actuaciones procesales señaladas en los dos casos que prevé el párrafo bajo examen, es lo que abre el compás del plazo de la perención, y no cualquier clase de inacción. Se trata de una inacción determinada y limitada a los dos casos que se consignan, y que no se interrumpe por la intervención de otros

actos procesales distintos a los dos señalados. En vez del plazo de la perención comenzar a correr a partir del último acto y ser interrumpido por cualquier acto de procedimiento posterior, en el procedimiento de casación el plazo empieza a transcurrir a partir, de una fecha fija en que se había debido realizar una actuación procesal específica y una vez abierto el compás de la perención sólo puede ser interrumpido el discurrir del plazo por la realización de la actuación procesal que no cumplió y que dio origen al inicio del cómputo del plazo de la perención.

Todo esto suscita naturalmente el cuestionamiento de lugar: ¿Ha querido el legislador modificar en materia de casación la regla básica de que el plazo de la perención se inicia a partir del último acto de procedimiento?

El examen del texto legal que estudiamos no da cabida a otra respuesta que no sea la afirmativa.

Analicemos las dos hipótesis en que puede concretarse la perención en el recurso de casación. El párrafo II del artículo 10 expresa que el recurso de casación perimirá:

A) Si transcurren tres años desde la fecha del auto que autorizó al recurrente a emplazar sin que éste deposite en secretaría el original del emplazamiento, y sin que el recurrido solicite su exclusión;

B) Si transcurre igual plazo, contado desde la expiración del plazo de 15 días que tiene el recurrido para constituir abogado y notificar su memorial de defensa, sin que lo haga, y sin que el recurrente solicite la exclusión o defecto del mismo.

Como puede observarse, en ambos casos la perención sólo puede configurarse cuando el defecto o la exclusión, según los casos, no han sido solicitados contra la parte en falta.

En efecto, en ambos casos se trata de una falta de actuación procesal de una de las partes; el recurrente, en la primera hipótesis; el recurrido, en la segunda, para la cual la ley prevé una salida procesal diferente a la perención.

Esa alternativa procesal será la exclusión o el defecto, según sea el caso. La parte que ve a la otra incurrir en una falta de actuación procesal como las dos señaladas puede obligar

la continuación del procedimiento, solicitando el defecto o la exclusión del otro según se trate.

La perención sólo puede operar en caso de que la otra parte no haga uso contra la parte en falta de los medios que le provee la ley de casación (exclusión o defecto), para proseguir la instancia y sancionar a esa parte en falta.

De esa manera sólo si la parte que puede aprovecharse de la falta de actuación procesal de la otra, por inercia o lo que fuere, no solicita la exclusión o el defecto de la parte en falta, entra en juego la perención del recurso, siempre que transcurra el plazo de tres años.

Veamos en la práctica cómo se concretan las dos hipótesis:

En la primera, el recurrente, al depositar su memorial contentivo del recurso, es autorizado a emplazar al recurrido. De no proceder a emplazar en el plazo de treinta días a partir de la fecha del auto de autorización, caducaría el recurso (artículo 7 de la Ley de Casación). El siguiente paso es, pues, emplazar al recurrido para que comparezca por ante el recurso de casación. El recurrido constituye abogado y notifica su memorial dentro del plazo previsto en el artículo 8 de la ley de casación y procede a depositarlo en secretaría.

Sin embargo, el recurrente a pesar de haber emplazado y notificado su memorial de casación ha omitido depositarlo en la secretaría de la Suprema Corte de Justicia.

En esa situación el recurrido puede intimar al recurrente para que deposite el original del emplazamiento, y si éste no lo hace en el plazo de ocho días a partir de esa intimación, puede solicitar por instancia a la Suprema Corte que provea la exclusión del recurso. Tal cosa es lo que dispone el artículo 10 de la Ley de Casación cuando en la parte final dispone:

“Cuando el recurrente, después de haber procedido al emplazamiento, no depositare el original de éste en Secretaría, el recurrido que ha depositado y notificado su memorial de defensa podrá requerir al recurrente para que, en el plazo de ocho días, efectúe el depósito antes mencionado. Vencido este

plazo, el recurrido es hábil para pedir a la Suprema Corte de Justicia que provea la exclusión del recurrente".⁵

Si ante la falta de depósito del original del emplazamiento por el recurrente, el recurrido no lo intima a depositar y menos aún solicita su exclusión del recurso, la perención podría concretarse de transcurrir tres años contados a partir de la fecha del auto que autoriza al recurrente a emplazar, siempre que el recurrente no opere el depósito del original del emplazamiento antes de que se cumpla dicho plazo.

Como puede observarse, la causa que origina la perención en esta hipótesis es la omisión de un acto de procedimiento determinado: el depósito por parte del recurrente del original del emplazamiento en la secretaría de la Suprema Corte de Justicia.

Es sólo esa omisión, y no cualquier falta de actuación de las partes, la que da inicio al plazo de la perención.

Sin embargo, en este caso la fecha de inicio del cómputo del plazo de la perención se fija en un acto procesal (el auto de autorización para emplazar) que necesariamente no puede ser el último acto de procedimiento. Decimos que el auto de autorización para emplazar (punto de partida del plazo) no puede ser de ninguna manera el último acto de procedimiento, puesto que para que se presente la situación procesal que puede dar origen a la perención (no depósito del original del emplazamiento) es preciso que intervengan otros actos procesales posteriores al auto de autorización.

En efecto, si el recurrente, luego de obtener el auto de autorización para emplazar, no emplaza, entonces el recurso caduca. Es, pues, necesario que el recurrente emplaze al recurrido, y aun más, que éste notifique su constitución de abogado y memorial de defensa para que pueda plantearse la situación que origina la perención en que el recurrente no deposita el original del emplazamiento en secretaría, y el recurrido no solicita la exclusión del recurrente.

⁵ Ley no. 3726, 29 de diciembre de 1953, Sobre Procedimiento de Casación, *Gaceta Oficial* no. 7646 de 1954, artículo 10, párrafo II.

Como puede verse, para que ocurra la situación procesal que constituye la primera hipótesis bajo la cual existe perención según el párrafo II del artículo 10, es necesario que intervengan actos posteriores a aquél (auto de autorización para emplazar) que se toma como punto de inicio del plazo de la perención. Estos actos procesales serán: el acto de emplazamiento que dirige el recurrente al recurrido, y el acto por el cual el recurrido notifica su constitución de abogado y memorial de defensa al recurrente.

Si recordamos los principios fundamentales que gobiernan la perención, y que hemos reseñado anteriormente en este trabajo, descubriremos que la perención prevista en la primera de las dos hipótesis señaladas en el párrafo II del artículo 10 de la Ley de Casación está en la acera opuesta a esos principios.

En efecto, como ha quedado demostrado en el primer caso de los señalados en el párrafo II del artículo 10, el cálculo del plazo de la perención no se inicia a partir del último acto de procedimiento. Tampoco responde al fundamento de la perención (inacción de las partes) puesto que las partes han producido actuaciones procesales. También cabe señalar que los actos procesales con posterioridad al auto de autorización para emplazar no producen interrupción alguna del plazo de la perención, a menos que se trate de la actuación omitida (depósito del original del emplazamiento) o de la solicitud de exclusión.

Para objetar esas características tan contrapuestas a las de la perención de derecho común, y que dimanen tan diáfananamente del texto de ley, alguien podría pretender que el legislador dispuso la fecha del auto que autoriza a emplazar como apertura del plazo de la perención, presumiendo que si no había depósito del emplazamiento por parte del recurrente, no podría existir un acto posterior al auto de emplazamiento, y por tanto este sería el último acto de procedimiento.

Pero tal afirmación sería atribuirle al legislador un error garrafal. En efecto, en primer lugar, la notificación del emplazamiento es ya un acto posterior al auto. En segundo lugar, a nadie podría escapar que si el recurrente notifica el emplazamiento y su memorial de casación pero no los deposita, normalmente el recurrido procederá a su vez a notificar su memorial de defensa y a depositarlo. En ese caso hay otro acto posterior al auto que autoriza el emplazamiento.

¿Se podría acaso intentar afirmar que el legislador de la ley sobre procedimiento de casación no previó esa posibilidad tan cotidiana? ¿O por el contrario que desconocía las reglas de la perención de derecho común?

Las respuestas a ambas preguntas deben ser necesariamente negativas.

Examinemos ahora cómo opera en la práctica la segunda hipótesis consignada en el párrafo II del artículo 10 de la Ley de Casación.

Como explicamos previamente, el recurso de casación se interpone mediante el depósito en la secretaría de la Suprema Corte de Justicia del memorial introductorio del recurso. En vista de ese memorial, el recurrente es provisto de un acto que lo autoriza a emplazar al recurrido.

El recurrente procederá normalmente a emplazar y notificar su memorial de casación al recurrido, y luego depositarlo en secretaría.

El recurrido tiene un plazo de 15 días a partir de la fecha del acto de emplazamiento para constituir abogado y notificar su memorial de defensa.

Si el recurrido no notifica la constitución de abogado y el memorial de defensa en el plazo previsto, el recurrente será apto para pedir por instancia a la Suprema Corte la declaratoria de defecto (artículo 9 de la Ley de Casación).

Si el recurrido constituye abogado pero no notifica su memorial de defensa dentro del plazo de 15 días, el recurrente podrá intimarlo a que produzca, notifique y deposite su memorial en un plazo de 8 días a partir del acto de la intimación, y si no lo hace podrá solicitar por medio de instancia a la Suprema Corte la exclusión del recurrido.

Es en el caso de que el recurrido no constituya abogado ni notifique memorial de defensa, o que constituya abogado pero no obtemperare a la intimación de notificar y depositar el memorial de defensa, y dada la condición de que el recurrente no solicite el defecto o la exclusión, respectivamente, del recurrido, que surge la posibilidad de concretarse la perención, después de tres años contados a partir de la fecha en que venció el plazo de 15 días que

señala el artículo 8 de la Ley de Casación para que el recurrido notifique su constitución de abogado y su memorial de defensa.

En esta segunda hipótesis, consignada en el párrafo II del artículo 10, la fecha de inicio del cómputo del plazo de la perención tampoco tiene que ver con el último acto de procedimiento existente. En este caso, siempre que sólo haya un recurrente y un recurrido, la fecha de inicio del plazo de la perención será posterior a la fecha del último acto de procedimiento.

Ello así porque el momento en que se inicia el plazo de la perención es fijado a partir de la fecha en que vence el plazo de 15 días que el artículo 8 concede al recurrido para constituir abogado y notificar su memorial de defensa. Esa fecha en que vence el plazo de 15 días, necesariamente será posterior a la del último acto del procedimiento que debe ser el acto de emplazamiento y notificación del memorial que el recurrente dirige al recurrido.

Nada más cierto, pues en ausencia de constitución de abogado y notificación de memorial de defensa por parte del recurrido, y no habiendo el recurrente solicitado el defecto, intimado a producir el memorial, o solicitado la exclusión del recurrido, no puede haber acto posterior a la notificación y depósito del emplazamiento por parte del recurrente.

Sin embargo, lo que hemos esbozado anteriormente es sólo en caso de que en el recurso sólo haya un recurrente y un recurrido, y el recurrido no haya constituido abogado ni notificado su memorial de defensa en el plazo de 15 días que señala el artículo 8.

En otras hipótesis que podrían plantearse la fecha de inicio del plazo de la perención (expiración del plazo de los 15 días del artículo 8) no sólo podría ser posterior al último acto de procedimiento, sino que podría ser anterior a ese último acto, tal y como ocurre en el primer caso que señala el párrafo II del artículo 10 y que ya hemos discutido.

Supóngase, por ejemplo, que el recurrido, una vez ha recibido el acto de emplazamiento que le dirigiera el recurrente, procede solamente a constituir abogado pero no así a notificar su memorial de defensa. En ese caso, una vez vencido el plazo de 15 días señalado en el artículo 8, el recurrente procede a intimar al recurrido a que notifique su memorial de defensa. El recurrido no obtempera a la intimación, pero por equis causa el recurrente falla

en solicitar la exclusión y transcurren los tres años contados a partir de la expiración del plazo de 15 días del artículo 8.

En esa situación tendremos un acto de procedimiento posterior a la fecha de inicio del cálculo del plazo de la perención. Ese acto posterior es la intimación para que produzca su memorial de defensa que dirige el recurrente al recurrido.

En efecto, esa intimación siempre se produce con posterioridad a la extinción del plazo de 15 días del artículo 8, que es el inicio del plazo de la perención.

Una situación similar puede producirse también cuando hay pluralidad de recurridos en el recurso de casación, con el resultado de que habrá actos de procedimiento posteriores al punto de partida del plazo de la perención señalado para la segunda hipótesis prevista en el párrafo II del artículo 10.

Tómese en cuenta la siguiente situación procesal: un recurrente, dos recurridos. El recurrente emplaza a los dos recurridos por acto de la misma fecha. Uno de los recurridos constituye abogado dentro del plazo de 15 días pero no notifica su memorial de defensa. El otro recurrido no constituye abogado ni notifica su memorial de defensa dentro del plazo. El recurrente intima al primer recurrido a notificar su memorial de defensa y éste último obtempera. Sin embargo, el recurrente omite solicitar el defecto del segundo recurrido.

En este caso la perención se configura después de 3 años contados a partir de la expiración del plazo de 15 días, que empezó a correr a su vez a partir de la fecha de emplazamiento que el recurrente dirigiera a los dos recurridos el mismo día.

Sin embargo, la intimación al primer recurrido para que notificara su memorial de defensa, así como la notificación que ese primer recurrido hiciera de su memorial, tienen por necesidad que ser actos posteriores a la expiración del plazo de 15 días que establece el artículo 8.

Una situación parecida podría extraerse si consideramos la hipótesis en que el emplazamiento que el recurrente formula a los dos recurridos se efectúa en fechas diferentes.

Podríamos expresar un poco más la imaginación para seguir reseñando situaciones procesales en las que existan actos procesales posteriores al punto de partida del plazo de la perención que el párrafo II del artículo 10 señala para las dos hipótesis en que se puede configurar la perención del recurso de casación, pero entendemos que ha quedado suficiente y fehacientemente establecida la proposición que formuláramos al principio de este trabajo.

Esto es, que la perención del recurso de casación tiene una naturaleza especial y distinta a la perención del derecho común, puesto que el plazo de la primera se inicia no a partir del último acto de procedimiento, sino a partir de actuaciones procesales específicas y determinadas del procedimiento de casación, lo que implica que existen actos procesales posteriores a la apertura del plazo de la perención, actos estos que no conllevan interrupción al proceso de configuración de la perención, todo lo cual en definitiva constituye una negación del fundamento originario de la institución, fundamento que parte de la idea de inacción de las partes y anquilosamiento de la instancia.

Entonces es lógico afirmar que resulta evidente que el texto del párrafo II del artículo 10 de la Ley sobre Procedimiento de Casación, que regula lo relativo a la perención del recurso de casación, no puede responder más que a la intención de crear una regla especial de la perención en materia de casación.

Si se quiere, es preferible aducir que el deseo del legislador fue aplicar los efectos de la perención a una falta procesal que consideró grave por parte del recurrente o el recurrido, y que no es aprovechada por el oponente.

Finalmente queríamos comentar la circunstancia de que examinando algunas decisiones recientes de la Suprema Corte de Justicia en las cuales se declara la perención de algunos recursos, hemos encontrado lo que consideramos errores de apreciación acerca del momento en que se inicia el plazo de la perención.

Quede la salvedad hecha de que no hemos hecho investigación exhaustiva alguna respecto a las decisiones declarativas de perención, y que sólo hemos tomado una muestra de algunas sentencias relativas a la perención de tiempos recientes.

Examinemos el problema. En varias sentencias⁶ declarativas de la perención, dictadas por la Suprema Corte de Justicia en el mes de julio de 1979, aparece el mismo atendido por medio del cual se motiva la decisión sobre la perención. Ese atendido expresa:

“Atendido.- A que el recurso de casación perimirá de pleno derecho, si transcurrieren tres años desde la expiración del término de 15 días que le concede el Artículo Número 10 al recurrente para depositar el original del emplazamiento, sin que el recurrido pida la exclusión contra el recurrente que a ello diera lugar;”⁷

Si se analiza el texto de ese atendido, se verificará que la causa que ha motivado la perención es la falta de depósito por parte del recurrente del original del emplazamiento, sin que el recurrido haya solicitado por ello la exclusión.

Sin embargo, el atendido dice que el recurso de casación perime si transcurren tres años a partir de la expiración del término de 15 días que le concede el artículo 10 al recurrente para depositar el original del emplazamiento.

En primer lugar, el artículo 10 no es el que fija el plazo de los 15 días para que el recurrente deposite el original del emplazamiento. Ese plazo está prescrito por el párrafo final del artículo 6.

En segundo lugar, el párrafo II del artículo 10 cuando habla “del término de quince días señalado en el Art. 8”, se refiere al segundo caso en que es posible la perención, caso éste que no tiene que ver con la falta de depósito por parte del recurrente del original del emplazamiento, sino con la falta del recurrido de no notificar dentro del plazo de 15 días del artículo 8 su constitución de abogado y su memorial de defensa.

Como hemos visto, el párrafo II del artículo 10 prevé dos casos distintos en los que se puede producir la perención:

6 Ibídem.

7 Suprema Corte de Justicia, *Boletín Judicial* número. 824, julio 1979, Diez Sentencias de fecha 27 de julio, pp. 1400, 1404, 1406, 1408, 1410, 1412, 1414, 1416 y 1418.

A) Si transcurren tres años desde la fecha del auto que autorizó al recurrente a emplazar sin que éste deposite en secretaría el original del emplazamiento, y sin que el recurrido solicite su exclusión.

B) Si transcurre igual plazo, contado desde la expiración del plazo de 15 días que tiene el recurrido para constituir abogado y notificar su memorial de defensa, sin que lo haga, y sin que el recurrente solicite la exclusión o defecto del mismo.

En efecto, si se lee de nuevo el párrafo segundo del artículo 10 se encontrará que plantea esas dos alternativas que ya hemos dilucidado. Veamos:

“El recurso de casación perimirá de pleno derecho si transcurrieren tres años contados, desde la fecha del auto que autorizó el emplazamiento, sin que el recurrente haya depositado en la Secretaría el original del emplazamiento, o si transcurriere igual plazo, contado desde la expiración del término de quince días señalado en el artículo 8, sin que el recurrente pida el defecto o la exclusión contra el recurrido que diere lugar a ello, a menos que, en caso de haber varias partes recurrentes o recurridas, una de dichas partes haya pedido el defecto o la exclusión contra las partes en falta. La Suprema Corte de Justicia hará constar la perención del recurso mediante resolución que será publicada en el Boletín Judicial.”

La frase subrayada, gramaticalmente hablando, demuestra la diferenciación de esas dos alternativas: “El recurso de casación perimirá de pleno derecho si..., o si...”. No puede estar más claro.

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia, en las decisiones a cuyo respecto estamos hablando, confunde ambos casos cuando afirma que cuando el recurrente no deposite el original del emplazamiento el recurso perimirá transcurridos tres años desde la expiración del término de 15 días que le concede el artículo 10 al recurrente para efectuar ese depósito.

La confusión reside en que cuando la falta que da lugar a la perención es el no depósito del original del emplazamiento por parte del recurrente (primer caso del párrafo II del artículo 10) el plazo empieza a contarse desde la fecha del auto de autorización para emplazar, como lo indica claramente el texto, y no a partir de la expiración de ningún plazo de 15 días.

Ahora, si la causa que da origen a la perención es la no constitución de abogado ni notificación del memorial de defensa por parte del recurrido en el plazo de 15 días que le señala el artículo 8, entonces el plazo de la perención deberá computarse a partir de la fecha de expiración de ese plazo de quince días.

Esa confusión que refleja el atendido de las decisiones de la Suprema Corte citadas precedentemente en modo alguno invalida todo lo que hemos expuesto anteriormente relativo al carácter de la perención en materia de casación. En efecto, se trata simplemente de una confusión entre los puntos de partida del cómputo del plazo de la perención de los dos casos que prescribe el párrafo IX del artículo 10, pero de ninguna manera constituyen objeción a la idea de que la perención abre a partir de actos específicos del procedimiento de casación, y no del último acto de procedimiento.

En esas decisiones citadas lo que la Suprema Corte hizo por error fue aplicar al primer caso, la manera de computar el plazo que sería aplicable en el segundo caso.

Básicamente eso no sólo no niega sino que confirma lo que hemos expuesto, puesto que la Suprema Corte de Justicia se adhiere a la idea (establecida claramente en la Ley de Casación) de que el plazo de la perención en los dos casos previstos, se abre a partir no del último acto de procedimiento sino de actos determinados y específicos del procedimiento de casación que han sido omitidos por una de las partes.

Existen, por demás, otros ejemplos en los que la Suprema Corte se ha pronunciado correctamente en cuanto a la causa y el momento de inicio del plazo de la perención, y que sería superabundante e innecesario mencionar.

Forma en que opera la perención

Este es otro aspecto en que las reglas de la perención en el recurso de casación son distintas e inversas a las reglas de la perención de derecho común, y que demuestra la diferencia notable entre las dos clases de perención.

La perención de derecho común no opera de pleno derecho. Por el contrario, ella debe ser formalmente pedida por el demandado.

La perención de derecho común debe ser solicitada por acto de abogado a abogado en los asuntos civiles, ante el Juzgado de Primera Instancia, y en todos los asuntos ante la Corte de Apelación. En materia comercial, ante el Juzgado de Primera Instancia la solicitud de perención es introducida por acto de citación.

Lo anterior se desprende del contenido de los artículos 399 y 400 del Código de Procedimiento Civil que expresan: “La perención no se efectúa de derecho; quedará cubierta por los actos válidos que haga una u otra de las partes con anterioridad a la demanda en perención.”⁸ “Se pedirá la perención por acto de abogado a abogado...”⁹

Mientras la perención de derecho común debe ser expresamente pedida, la perención del recurso de casación opera de pleno derecho.

Si se observa el inicio del párrafo II del artículo 10, anteriormente transcrito, se notará que el mismo dispone que “el recurso de casación perimirá de pleno derecho”.

Esto implica que la perención del recurso de casación no tiene que ser pedida y que, además, como afirma el profesor Froilán Tavares, “debe ser pronunciada de oficio por la Suprema Corte en cualquier momento en que compruebe que se ha cumplido (Casación: 25 de septiembre de 1945, B.J. 422, Pág. 759; 30 agosto de 1948, B.J. 452, Pág. 1563.”¹⁰

Ahora bien, el que la perención del recurso de casación pueda ser declarada de oficio, no implica prohibición a que la parte que quiera y pueda aprovecharse de ella la solicite.

Cuando un asunto debe ser fallado de oficio, significa que las partes no tienen siquiera que invocarlo para prevalecerse de él. Sin embargo, jamás podría vedársele la acción a dichas partes en caso de que el mecanismo de oficio no opere. Es natural que la inadvertencia o ineficiencia de un tribunal no pueda erigirse

8 Artículo 400 del Código de Procedimiento Civil de la República Dominicana, p. 87.

9 *Ibíd.*

10 Tavares, Froilán, *Opus citatus*, p. 413.

en valladar insalvable para la regularización de una situación anómala, a más de que basta la calidad de parte y la posesión de un interés en determinada acción para que ésta pueda ser incoada.

Posibilidad de cubrir la perención

Aún en el caso de que haya transcurrido ventajosamente el plazo de tres años, la perención de derecho común puede ser cubierta por cualquier acto válido de procedimiento que intervenga antes de la demanda en perención. A ese respecto la Enciclopedia Dalloz de Procedimiento Civil dice:

“96.- Según los términos del Art. 399 (del Código de Procedimiento Civil) la perención se cubre por los actos válidos hechos por una u otra de las partes antes de la demanda en perención. Toda parte que figura en la instancia puede en consecuencia interrumpir o cubrir la perención: el demandante, así como también el demandado, el garante o el interviniente...”¹¹

A diferencia de la perención de derecho común, la perención de recurso de casación no puede ser cubierta una vez ha transcurrido el plazo de tres años y ella se ha configurado. La causa eficiente de ese resultado es el hecho de que la perención del recurso de casación se produce de pleno derecho.

A ese particular, y hablando de la perención en materia de casación, el profesor Froilán Tavares expresa: “En esta materia, la perención de la instancia se produce de pleno derecho; en consecuencia, no necesita ser pedida, ni puede ser cubierta.”¹²

Interrupción del plazo de la perención

Como ha quedado evidenciado previamente en el discurrir de este trabajo, el transcurso del plazo de la perención de derecho común puede ser interrumpido por la intervención de cualquier acto válido de las partes en la instancia.

11 Dalloz, *Encyclopedie*, Opus citatus, número 96, p. 411.

12 Froilán Tavares, Opus citatus, p. 413.

“La interrupción del plazo resulta de todo acto válido del procedimiento, emanado del demandante o del demandado (Art. 399; Casación, 19 de junio de 1939, B.J. 347, p. 471): constitución de abogado, notificación de conclusiones, demanda de comunicación de documentos, requerimiento de fijación de audiencia. Cuando ocurre uno de estos actos comienza a correr un nuevo plazo de perención de instancia.”¹³

Sin embargo, ha sido repetido ya, diríamos en demasía, que el transcurso del plazo de la perención del recurso de casación sólo puede ser interrumpido si se efectúa la actuación omitida y que dio origen al transcurso del plazo, o si se solicita la exclusión o el defecto contra la parte en falta, según sea el caso.

Esto último significa, como sabemos, que en un caso cualquiera de perención del recurso de casación, muy posiblemente existirán actos posteriores a la fecha de inicio del transcurso del plazo de la perención del recurso, y que esos actos en sí no implican interrupción alguna del discurrir del plazo de la perención.

Efectos de la perención

Finalmente, quedan por dilucidar los efectos de una demanda triunfante en perención del recurso de casación.

Normalmente los efectos de la perención son:

- a) Extingue la instancia;
- b) Pone a cargo del demandante las costas de la instancia perimida. (artículos 397 y 401, Código de Procedimiento Civil)

Como afirma Froilán Tavares “lo mismo que el desistimiento, la perención aniquila únicamente el procedimiento de la instancia, dejando subsistir el derecho de acción del demandante, quien podrá incoar una nueva demanda.”¹⁴ Sin embargo, esa afirmación sólo es válida cuando la causa está en el primer grado. A la perención en materia de casación le deben ser aplicadas, en cuanto a los efectos, las reglas de la perención en causa de apelación.

13 Ibídem, p. 409.

14 Ibídem, p. 409.

Efectivamente, el artículo 469 del Código de Procedimiento Civil dice: “La perención, en causa de apelación, tendrá por efecto dar a la sentencia apelada la autoridad de la cosa juzgada.”¹⁵ / “Esto es evidente por sí mismo en el caso de que, al momento de ser incoada la demanda en perención, ha transcurrido ya el plazo para apelar...”¹⁶

No creemos sea materia de discusión el que la misma situación se presenta en la perención en causa de casación. Por tanto, si el recurso de casación se declara perimido, la sentencia que fuera objeto del recurso adquirirá la autoridad definitiva e irrevocable de la cosa juzgada.

15 Artículo 469 del Código de Procedimiento Civil de la República Dominicana.

16 Froilán Tavares, *Opus citatus*, p. 411.

Organización del patrimonio: ventajas impositivas*

Mu-Yieng Sang de Suárez**

* Coloquios Jurídicos, Enero-Junio de 1988, año 3, no. 4, páginas 33-43.

** MU-YIEN SANG DE SUÁREZ. Licenciada en Derecho, graduada de la Universidad Católica Madre y Maestra, República Dominicana, en 1975. Fue Presidente de Mujeres en Desarrollo Dominicana (MUDE). Fue Presidente de la Asociación Dominicana Pro-Bienestar de la Familia (PROFAMILIA). Miembro del Consejo de la Federación Interamericana de Abogados.

Organización del patrimonio: ventajas impositivas

Introducción

La idea de desarrollar este tema me surgió cuando vi el interés de muchas personas de unificar su patrimonio con la finalidad de disminuir el impuesto sobre la renta a pagar, y de evitar futuras disputas familiares en caso de fallecimiento.

La centralización del patrimonio familiar tiene, además de convertirlo en una masa patrimonial única, ventajas impositivas al utilizarse ciertas figuras jurídicas tales como la compañía por acciones.

Otra figura jurídica que se utiliza para la unificación del patrimonio y de fácil transmisión sucesorial, es el trust o fideicomiso, la cual no está contemplada en nuestra legislación, pero que muchos están utilizando para organizar su patrimonio, cuando tienen bienes fuera de la República Dominicana.

Este trabajo está dividido en tres partes:

- 1) La compañía por acciones como tenedora de bienes.
- 2) Ventajas impositivas de una compañía tenedora.
Otras ventajas.
- 3) El fideicomiso. Características

1. La compañía por acciones como tenedora de bienes

La constitución de una compañía por acciones como tenedora de bienes no tiene más requisitos que los exigidos por la ley para la constitución de este tipo de sociedades.

La compañía como tenedora de bienes tiene como característica en que la misma se transfiera todo o la mayoría de los bienes muebles e inmuebles que una persona posee. Es decir, que se requiere para la constitución de la compañía, las aportaciones en naturaleza de los bienes propiedad de la persona interesada en crear este tipo de compañía.

A la compañía pueden ser aprobadas las acciones que el interesado posea en cualquier compañía, la casa donde reside (si es propietario de la misma), su carro, objetos de arte, residencias para recreación, etc.

La aportación en naturaleza a la compañía conlleva una transferencia de títulos pero no de posesión; ya que el accionista permanece con el usufructo de dichos bienes.

Como resultado de esa aportación tenemos que la persona, al transferir todos sus bienes, pasa a ser propietario de acciones; y la compañía, propietaria de los bienes que recibió como aporte.

A partir de la constitución definitiva de la compañía, la administración y disposición de los bienes debe hacerse de conformidad con los requisitos establecidos en las leyes y los Estatutos Sociales de la misma. Esto significa que en caso de que los estatutos dispongan que para la venta de los bienes que necesita la autorización del Consejo de Directores, la preparación de un acta autorizada dicha venta se imponga.

Debo señalar que la transferencia de bienes a una sociedad no implica que el portante pierda todo el control sobre los mismos, pues la transferencia, como dijimos anteriormente, lo que produce es un cambio de título, ya que no existe una limitación sobre el número de acciones que una persona debe poseer. La ley no prohíbe que una persona posea el 90% del capital de una compañía.

Al poseer el aporte de la mayoría de las acciones de la compañía éste conserva el control de la compañía, ya sea en calidad de administrador o por mediación de otras personas a quienes la administración de la compañía le sea confiada. En este último caso, el control lo tiene al asegurarse la mayoría de votos en cualquier asamblea.

Por otro lado, la compañía es también un instrumento válido para realizar nuevas inversiones, sin que tenga la persona que revelar su identidad y sin tener que arriesgar más allá de lo aportado.

2. Ventajas impositivas

Como dijimos anteriormente, la constitución de una compañía tenedora presenta sus ventajas en cuanto al impuesto sobre la renta.

De acuerdo con la ley número 5911, las rentas de las empresas o negocios (sociedades, personas físicas) están gravadas en la tercera categoría de dicha ley, en la cual se gravan las rentas de ejercicio del comercio, la industria, minería, agricultura, pecuaria, explotación forestal y las de toda otra actividad cuyo fin sea el de obtener lucro o beneficio y que no corresponda a ninguna otra categorías de rentas establecidas en la ley.

Debo señalar que si bien la compañía tenedora como principal finalidad persigue la unificación del patrimonio familiar, por su naturaleza de sociedad de comercio, es una sociedad cuyo fin es el de obtener lucro, por lo que se debe declarar bajo la tercera categoría.

Para el pago del impuesto sobre la renta es necesario determinar la renta de la compañía. Renta, en el sentido estricto de la palabra, es producto, o flujo de riqueza que proviene de una fuente permanente, en el estado de explotación, en forma periódica o susceptible de serlo. Esta última es lo que se llama renta bruta, y es en base a ella que se determinará la renta imponible.

La renta imponible es un concepto de carácter puramente tributario, y se determina rebajando los gastos necesarios para obtenerla, las deducciones y degradaciones establecidas en la ley de impuesto sobre la renta y las ganancias exentas del impuesto. La renta imponible no tiene necesariamente que coincidir, en su cuantía, con la renta neta determinada por la aplicación de los principios de contabilidad, generalmente aceptados.

Para la determinación de la renta imponible, de acuerdo con nuestra ley número 5911, hay que analizar cuáles son las deducciones, desgravaciones y exenciones permitidas.

Una compañía por acciones puede deducir (artículo 52 de la ley):

1.- Los intereses de deudas, y los gastos que ocasionen la constitución, renovación o cancelación de las mismas.

2.- Los impuestos y tasas que graven los bienes que producen rentas. Si los impuestos y tasas consideradas como gastos necesarios para obtener, mantener y conservar las cuentas gravadas han sido pagadas con recargos, estos son deducibles.

3.- Los daños extraordinarios que, por causas fortuitas o de fuerza mayor o por delitos de tercero, sufran los inmuebles productores de beneficios, se consideran pérdidas, pero deberán ser disminuidas hasta el monto de los valores que por concepto de seguro o indemnización perciba el contribuyente.

4.- Las donaciones al Estado, al Distrito Nacional, a los municipios, a las universidades, orfanatos, asilos, organizaciones que operen exclusivamente con fines religiosos, caritativos, educativos, literarios, científicos, o culturales, y otras instituciones similares, siempre que sus operaciones se realicen en beneficio de la colectividad y sin fines de lucro.

5.-Las amortizaciones por desgaste, agotamiento y antiguamiento, así como las pérdidas por desuso justificables, de la propiedad utilizada en la explotación según determinen los reglamentos.

6.- Las pérdidas provenientes de malos créditos, en cantidades justificables, o las cantidades separadas para crear fondo de reservas para cuentas malas, según se establece en los reglamentos.

7.- Los gastos de organización. Estos gastos se amortizarán en un plazo no menor de cinco (5) años.

8.- Los gastos a favor del personal por asistencia médica, ayuda escolar, subsidios o sociedades deportivas y en general, todo gasto de asistencia a sus empleados y obreros.

9.- Las pensiones y jubilaciones que se paguen a empleados, siempre y cuando a juicio de la dirección sean justificados y obedezcan a un plan establecido por la empresa en provecho de aquéllos.

10.-Los intereses de los capitales invertidos por los accionistas en la empresa, siempre y cuando no provengan del capital de aportación a los fines de constitución, de instalación o de ampliación de dicha empresa y no correspondan a préstamos en exceso de capital suscrito y pagado de la sociedad.

11.- Las reservas para el pago de auxilio de cesantía a empleados y obreros de la empresa y reservas para planes de pensiones y jubilaciones, siempre que éstas sean depositadas en efectivo en una entidad de ahorros y préstamos para viviendas y que las mismas no excedan de un cinco (5%) del total de la renta neta imponible de un ejercicio económico.

En otras palabras, el interesado puede, a través de una compañía tenedora de acciones, hacer entre otras las siguientes deducciones:

- Gastos de viajes y representación (dinero gastado en un viaje de vacaciones, comidas en restaurantes, etc.)
- Cuotas y donaciones (cuotas de los clubes sociales y asociaciones a las cuales la persona pertenezca)
- Mantenimiento y reparación de edificios (pintura de la casa, gastos de plomería, jardinería, etc.)
- Sueldos

Un ejemplo claro de las ventajas que ofrece una compañía lo constituye el caso de una persona que posea propiedades inmobiliarias, las cuales alquila y recibe la renta por alquileres como persona física; y el caso de otra persona, que para llevar a cabo la administración de sus propiedades, las cuales al igual que el anterior, las alquila, constituye una compañía por acciones.

Como persona física, puede deducir, de acuerdo al artículo 35 de la ley número 5911, lo siguiente:

10% por los gastos de mantenimiento.

2% por concepto de depreciación.

Gastos por concepto de los honorarios que se paguen a los contadores, abogados, etc.

Para mayor claridad, revisemos el cuadro circulado, tenemos:

“A”- Propietario de inmuebles, los cuales alquila y recibe renta por un total de RD\$20,000.00, por concepto de alquileres.

Si A la recibe como persona física, puede hacer las siguientes deducciones:

Mantenimiento (10%)	RD\$2,000.00
Depreciación (2)	RD\$ 400.00
Total de deducciones	<u>RD\$2,400.00</u>
Renta Neta Imponible	RD\$17,600.00

Como compañía por acciones puede deducir:

Mantenimiento (10%)	RD\$2,000.00
Depreciación (2%)	RD\$ 400.00
Honorarios legales (gestiones de cobro)	RD\$ 300.00
Gastos de promoción	RD\$ 100.00
Salario (si A se asigna un sueldo de)	RD\$ 500.00
Gastos de representación	<u>RD\$ 300.00</u>
Total de deducciones	<u>RD\$3,600.00</u>
Renta Neta Imponible	RD\$16,400.00

Como podemos observar, el total de deducciones como compañía es mayor que como persona física.

Además de los gastos arriba detallados, A puede incluir como gastos de la compañía las cuotas de los clubes a que pertenece, las cuales la compañía paga en su calidad de funcionario de la misma; los viajes que realice; suscripción a revistas, periódicos, etcétera; gastos de teléfonos, agua y electricidad de las oficinas de la compañía (las cuales podrían estar ubicadas en su residencia), etcétera.

En caso de que A sea una persona que no reciba más ingresos que el sueldo que se asigne como funcionario de la compañía, su fuente única de ingresos para fines del impuesto sobre la renta será ese salario; que en nuestro ejemplo es RD\$500.00.

Por otro lado, la compañía tenedora no tiene necesariamente que repartir dividendos, ya que es posible disminuir la obtención de beneficios por parte de la compañía. En consecuencia, si la compañía no obtiene beneficios, no hay distribución de dividendos, por lo que A no recibe más ingresos que los anteriores señalados.

A, al recibir este salario como funcionario, declara en la quinta categoría (trabajo en relación de dependencia), lo que le permite favorecerse de una exención de RD\$2,400.00, en adición a las deducciones que como persona la ley le reconoce.

En otras palabras, tenemos que A se beneficia con la creación de una tenedora con las deducciones que le permite la ley como compañía y como persona física.

Por otro lado, en caso de impugnación de una partida de gastos de la compañía, la renta no anula la partida completa sino que la reduce. Aún en ese caso, la persona puede deducir gastos que no le son permitidos deducir como persona física, a pesar de que la totalidad de los gastos no le hayan sido admitidos por la renta.

En adición a las ventajas impositivas que ofrece una compañía tenedora, tenemos que ésta facilita la transmisión sucesoral de los bienes que la persona posee, ya que lo que se transfiere son acciones de una compañía, lo que ofrece mayor facilidad en la repartición de la masa sucesoral.

Por otro lado, en caso de muerte de su accionista mayoritario, propietario original de los bienes, las operaciones de la compañía no se paralizan por ese hecho. Por ejemplo, tenemos que si antes de la muerte del accionista se estaba en la negociación para la venta de un inmueble, la misma puede realizarse, sin que para la transferencia del derecho de propiedad tenga que esperarse la liquidación sucesoral ni la determinación de herederos.

Tenemos, además, que para fines de liquidación sucesoral y cálculo de los impuestos el trabajo se simplifica, ya que los bienes que forman la masa sucesoral lo constituyen acciones, y para verificar el número y valor de las acciones se recurre a los libros y registros de la compañía.

Como podemos ver, la compañía ofrece, además de las ventajas impositivas arriba mencionadas, una fuente de información confiable en cuanto al origen y valor de los bienes aportados, sobre los cuales existe un derecho de propiedad evidenciado por certificado de acciones.

El fideicomiso (trust)

Antes de iniciar el desarrollo de este punto debo señalar que nuestra exposición se refiere a datos generales y no particulares sobre el fideicomiso, ya que como sabemos la figura del “trust” no tiene similar en el derecho dominicano. Por consiguiente, su eventual constitución tendría que realizarse en una jurisdicción distinta a la nuestra, dentro de las ventajas y desventajas que ello ofrezca.

No obstante, la exposición de este punto la hago en vista del interés de muchas personas en conocer esta figura, con la finalidad de organizar los ingresos que recibe fuera de la República Dominicana.

El trust puede ser definido como la relación legal que existe entre una persona que tiene un derecho de propiedad proporcional sobre cierto bien, y otra persona que posee el título legal de ese bien. Esta última tiene la facultad de ejercer ciertos derechos y poderes en representación de la primera y debe realizar su ejercicio ante una corte de equidad.

En el trust intervienen tres partes, el trustor (fideicomitente) que es la persona que crea el trust; el trustee (fideicomisario), la persona que detenta el título legal de la propiedad del trust, y el beneficiario (fideicometido) del trust, quien es la persona que tiene un interés equitativo sobre la propiedad del trust.

Es necesario que el fideicomitente sea una persona física, ya que este no puede ser creado por una persona jurídica. Este requisito no es exigido para el fideicomisario y los beneficiarios del trust, pues éstos pueden ser personas físicas y/o jurídicas.

Un trust puede ser creado por varias personas, aún cuando no existan entre ellos bienes en copropiedad.

El trust puede clasificarse de distintas maneras. Una primera clasificación es la que lo clasifica en trust entre vivo a ser efectivo. Es decir durante la vida de la persona o después de su muerte también es revocable, dependiendo si el fideicomitente incluye en el mismo la facultad de revocarlo o modificarlo.

El trust entre vivos puede ser visto como la transferencia de la propiedad de una persona a otra, que actuará como trustee, (fideicomisario). Éste puede ser creado a favor de una o varias terceras personas, a favor del fideicomitente mismo o a favor del fideicomitente y una o más terceras personas. El fideicomitente (trustee) puede ser beneficiario del trust, conjuntamente con el fideicomitente (trustor) o con una persona, pero que no puede ser el único beneficiario del trust.

El trust entre vivos ofrece beneficios muy variados. Por un lado tenemos que ofrece beneficios impositivos, ya que el trust directamente paga menos impuestos; por el otro lado, un trust

ofrece protección contra la inhabilidad del beneficiario a manejar la propiedad de sus bienes, ayuda a evitar gastos de liquidación sucesoral, descarga al trustor (fideicomitente) del cuidado de la administración de sus bienes, y lo protege en el caso de incompetencia para administrar, crea autoridad y capacidad en una persona de experiencia y confianza para solucionar los problemas del beneficiario que puedan surgir en el futuro.

En la creación del trust entre vivos intervienen dos personas, el trustor (fideicomitente) y el trustee (fideicomisario). Por lo que generalmente toma la forma de contrato entre ambas partes. En este caso deben especificarse en un lenguaje claro las intenciones del trustor (fideicomitente), las propiedades que serán detentadas por el trustee (fideicomisario), el destino de los ingresos que se reciben después de creado el trustor, es decir, especificar qué parte de los beneficios recibidos pueden ser reinvertidos y/o distribuibles.

Por otro lado, tenemos que el trust testamentario es aquel en el cual la propiedad del trustor (fideicomitente) es legada por testamento al trustee (fideicomisario) en provecho de los beneficiarios. Este es creado mediante testamento, debiendo especificarse en el mismo la intención testamentaria, y la intención de crear un trust, así como también la identidad específica de la propiedad del trust, los beneficiarios y los propósitos del mismo.

La validez y los efectos de un trust testamentario sobre derechos mobiliarios es determinada por la ley del domicilio del testador.

Otra forma de crear un trust es mediante una declaración de trust, en la cual se indique o se manifieste la intención de crear el mismo. Un trust creado de esta forma está sujeto a los requisitos básicos para la validez del trust, como son: 1°. Una persona legalmente competente para crear el trust; 2°. Una indicación clara de su intención de crear el trust; 3°. El patrimonio fiduciario debe consistir en bienes existentes actualmente; 4°. Una definida y completa disposición de la propiedad; 5°. Una expresa provisión para la oficina del trustee, y 6°. Una persona capaz de poseer el interés equitativo en la propiedad como beneficiario.

La declaración del trust no es necesario que se haga por escrito, a menos que haya bienes inmuebles en el patrimonio fiduciario. Así también, no es necesario hacerla ante ningún funcionario en específico.

Las ventajas que ofrece una declaración de trust son las mismas que las de un trust intervivos, pero tiene la particularidad de que en su formación interviene una sola parte, y de que el fideicomitente se declara él mismo como fideicomisario, lo que le permite que él siga administrando sus bienes. En la declaración de trust no se necesita transferir los bienes a favor del fideicomisario.

Como dijimos anteriormente, el trust puede ser revocable o irrevocable. Es revocable cuando se expresa que el fideicomitente tiene la facultad de anular o modificar las cláusulas del trust en todo o en parte; e irrevocable, cuando el fideicomitente no retiene la facultad de anularlo o modificarlo.

La revocabilidad del trust debe expresarse de manera específica, ya que en caso de que no se exprese se sobreentiende que es irrevocable.

A un trust pueden ser transferidos bienes muebles e inmuebles, pero los inmuebles que pueden ser transferidos son aquellos radicados en el lugar donde es creado el trust.

A un trust pueden transferirse acciones de una compañía que no esté radicada en el lugar en que éste fue creado, ya que las lecciones constituyen bienes mobiliarios, para los cuales la condición arriba señalada no le es aplicable.

El trustee (fideicomisario), cuando no cumple con las cláusulas del trust, compromete su responsabilidad frente a los beneficiarios del mismo, quienes pueden probar mediante la acción denominada "surcharge", que el trustee ha violado las cláusulas del trust, o que ha actuado prudentemente o que ha ejercido poderes que no le han sido conferidos, o que ha actuado en su propio beneficio. La indemnización a pagar comprende el monto de las pérdidas causadas al trust más los intereses.

Un trust puede reunir varias de las formas arriba mencionadas, es decir, puede crearse un trust intervivos con carácter revocable. La fecha de disolución es fijada por el trustor (fideicomitente) en la misma acta de trust, pero la misma puede operar antes si el fideicomitente revoca el trust.

La fianza judicatum solvi*

Francisco Álvarez Valdez**

* Coloquios Jurídicos, Julio-Diciembre de 1987, año 2, no. 3, páginas 25-55.

** FRANCISCO ÁLVAREZ. Es egresado de la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (UNPHU) en 1979. Actualmente es Abogado Asociado de la firma Headrick, Risik, Álvarez & Fernández en donde se desempeña en el área de Derecho Comercial. Trabajó por varios años en la oficina Kaplan, Russin, Vecchi & Heredia Bonetti. Ha escrito varias obras, entre las que se encuentran “La Fianza Judicatum Solvi” y “Breve Historia del Derecho Dominicano”.

La fianza judicatum solvi

Introducción

Hemos elegido como tema en estos “Coloquios Jurídicos” el de la fianza de solvencia judicial o “Judicatum Solvi”, como es mejor conocida, debido a que consideramos que la misma debe ser objeto de un análisis que nos permita determinar su utilidad y posibilidades de vigencia dentro del derecho positivo moderno.

Confesado está, pues, nuestro fin último y más importante en el presente trabajo. Sin embargo, la fianza de solvencia judicial es exigida frecuentemente en nuestros tribunales y ello nos obliga a presentar previamente los puntos más relevantes de la misma, tanto teóricos como prácticos, tratando de esta manera de aportar aunque sea un dato desconocido por el lector, contribuyendo así al mejor conocimiento de esta figura jurídica. De esta manera tocaremos puntos tales como los aspectos generales de la fianza “Judicatum Solvi”, incluyendo su definición, textos que la consagran, naturaleza, finalidad e historia; condiciones para su aplicación, tanto relacionados con quien solicita la fianza como con aquel a quien se solicita; campo de aplicación de la fianza, tanto en cuanto a la materia como en cuanto a la jurisdicción; procedimiento para su aplicación, incluyendo forma de solicitud, como se ordena y puede prestarse, y por último la situación de dicha fianza en nuestros días.

Capítulo I. Aspectos generales

No es nuestra intención en este primer capítulo del trabajo ofrecer detalles pormenorizados de los aspectos generales de la “Judicatum Solvi”. Consideraremos cumplido su cometido si logramos exponer en pocas palabras una definición aceptable de ésta, los textos que la consagran, naturaleza, finalidad y su historia.

Rompiendo con la estructura de los mejores tratadistas del derecho, hemos preferido tocar los aspectos históricos luego de haber aclarado qué es la “Judicatum Solvi”, con la finalidad de que el lector pueda hacer su propia evaluación personal sobre la fianza en la actualidad a través del conocimiento de su historia.

Esperamos, sin embargo, que no se nos acuse de dirigir el pensamiento del lector hacia nuestras propias convicciones.

A. Definición

Como muchas personas, no somos amigos de las definiciones, pues las mismas siempre dejan fuera elementos importantes de lo definido, causando a veces confusión. Sin embargo, siempre sacrificamos nuestro parecer, como en este caso, en aras de ofrecer al lector una idea general sobre la fianza al inicio del trabajo, que este podrá ir completando a través del desarrollo del mismo.

Tomando la idea central vertida por el insigne jurista profesor Froilán Tavares en sus “Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano”, Volumen II, página 258, y agregándole un elemento adicional, podría definirse la fianza de solvencia judicial de la siguiente forma: Aquella exigible al extranjero transeúnte que no posea inmuebles en el país y que no pertenezca a uno de los Estados signatarios de la Convención de Derecho Internacional Privado de La Habana, que actúe como demandante principal o interviniente ante cualquier tribunal y en todas las materias, con la finalidad de garantizar el pago de las costas del proceso y los posibles daños y perjuicios que puedan producirse con la acción.

B. Textos Legales

Los textos legales que consagran la fianza “Judicatum Solvi” en nuestro derecho positivo son, principalmente, el artículo 16 del Código Civil, modificado por la ley número 845 de 1978 y los artículos 166 y 167 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la ley número 295 de 1919 e implícitamente por las leyes 845 y 834 de 1978.

Para poner a la mano del lector referencias sobre los artículos mencionados, transcribiremos a continuación sus textos:

“Art. 16.- En todas las materias y en todas las jurisdicciones, el extranjero transeúnte que sea demandante principal o interviniente voluntario estará obligado a dar fianza para el pago de las costas y de los daños y perjuicios resultantes de la litis, a menos que posea en la República inmuebles de un valor suficiente para asegurar el pago”.

“Art. 166.- El extranjero transeúnte que actúe como demandante principal o interviniente ante cualquier tribunal o Juzgado de la República, que no sea un Juzgado de Paz, si el demandado lo propone antes de toda otra excepción, deberá afianzar previamente el pago de las costas y de los daños y perjuicios a que pudiera ser condenado”.

Otros artículos relacionados con la “Judicatum Solvi” son: artículo 383 del Código Bustamante, que exonera a los nacionales de los países signatarios a presentar fianza en tales países (ver artículos 2018, 2019 y 2040 del Código Civil, que tratan sobre las condiciones que reunirán los fiadores; y los artículos 517 a 522, del Código de Procedimiento Civil, que tratan sobre la constitución de fiadores.

C. Naturaleza

¿Cómo puede ser clasificada la fianza de solvencia judicial dentro de nuestro esquema procesal vigente? Sobre este aspecto existe unanimidad de criterios en el sentido de considerar a la “Judicatum Solvi” como una excepción de carácter privado. De esto se derivan aspectos muy importantes, tales como el hecho de que la fianza debe solicitarse “in limine litis”, de que el beneficiado puede renunciar de antemano a exigirla, de que el Juez no puede pronunciarla de oficio sino siempre a solicitud de la parte demandada.

El carácter privado de la fianza se desprende del hecho de que el legislador no la ha establecido en beneficio del interés público sino del interés exclusivo del demandado.

D. Finalidad

El objetivo perseguido por el legislador al establecer y mantener la fianza “Judicatum Solvi” es doble:

- 1.- Asegurar el pago de las costas procesales que se ocasionen con motivo de la demanda intentada por el extranjero;
- 2.- Asegurar el pago de los posibles daños y perjuicios que pueda generar la demanda.

Por lo tanto, la “Judicatum Solvi” beneficia exclusivamente al demandado y a su abogado, quienes son los únicos que pueden ejecutar dicha fianza en caso de que resulten gananciosos.

El temor del legislador siempre ha sido que el extranjero que intenta una demanda temeraria que ha generado gastos y daños y perjuicios, abandone el país sin cubrir dichos gastos ni indemnizar al demandado. En esta situación, tendría el demandado que perseguir al extranjero hasta su lugar de residencia y tratar de ejecutar allí cualquier sentencia indemnizatoria que le haya favorecido o el simple cobro de las costas, para lo cual tendrá que correr el riesgo de que el tribunal extranjero no le conceda exequátur a la sentencia dominicana.

E. Historia

Debe el investigador remontarse hasta los tiempos del glorioso imperio romano con la finalidad de descubrir el embrión de lo que más tarde y luego de cierta evolución, llegaría a ser la fianza de solvencia judicial de nuestros días.

Cualquier persona que lea sobre la era del imperio romano y aún tiempo atrás, descubrirá que existía un solo sentimiento frente a todo extranjero: desconfianza, temor, a veces odio. Incluso las guerras de aquellos tiempos atestiguan lo que acabamos de decir.

El Derecho Romano no se distinguió precisamente por su buen trato a los extranjeros; más bien se cuidó de que estos no pudieran ejercer los derechos normales de todo ciudadano. Basta para citar como ejemplo, que el extranjero no podía contraer “Justas nuptias” (matrimonio) en territorio romano. Muchos otros derechos les estaban vedados al inicio de la era romana y uno de ellos era el de litigar por ante los “pretores” (tribunales). Por lo tanto, no se puede hablar de que en el inicio de la Era existiese fianza de solvencia judicial cuando no podían presentar sus reclamaciones en justicia.

Sin embargo, en Roma existían dos figuras que consideramos se encuentran a la base de la fianza que hoy conocemos. La primera era la “Caución Judicatum Solvi”, que le era exigida al demandado en toda acción “in rem”. En este caso si el demandado no prestaba la fianza corría el riesgo de que el demandante la

prestara, obteniendo así la posesión de la cosa en litigio y el papel de demandado, con todas las ventajas que esto implicaba.

La otra fianza a que hacemos referencia es la “Cautio pro Expensis”, la cual recaía sobre todo demandante con la finalidad de garantizar los gastos ocasionados por su acción.

Posteriormente y durante el período del antiguo Derecho Francés, la “Caución Judicatum Solvi” y “Cautio pro Expensis” romanas desaparecerían dando paso a la “Caution Judicatum Solvi” de nuestros días, que sólo se exigiría al extranjero demandante.

La evolución que hemos mencionado llega a su etapa cumbre, si se quiere, con la reacción del artículo 16 del Código Civil Napoleónico de 1804, que consagra la fianza de solvencia judicial dentro del sistema de derecho escrito que venía tomando vigencia con gran fuerza.

La “Judicatum Solvi” sufrió modificaciones en Francia en el año 1895, y en el 1975 fue derogada; mientras que en nuestro país las modificaciones fueron realizadas en el año 1919, por la ley número 295, y en el año 1978, por la ley número 845 y 834, manteniéndose todavía vigente, tanto en la letra como en la práctica, esta figura.

Capítulo II. Condiciones para su aplicación

Como toda figura jurídica, la fianza de solvencia judicial requiere de la reunión de ciertas condiciones para que la misma pueda ser ordenada por el tribunal. Estas condiciones se encuentran relacionadas o con la persona a quien se le solicita o con aquella que la solicita y en este orden pasaremos a examinarlas a continuación, puntualizando después el momento en que debe apreciarse el cumplimiento de dichas condiciones.

A. Relacionados con aquel a quien se le solicita

A través de la definición que sobre la “Judicatum Solvi” dimos anteriormente (ver infra, página 2), se desprende que la misma sólo puede imponerse a un extranjero, transeúnte, demandante o interviniente en el proceso judicial, que no posea inmuebles en el país y que no sea ciudadano de uno de los países signatarios de

la Convención sobre Código de Derecho Internacional Privado de 1928. A continuación pasaremos a desglosar cada uno de estos elementos por separado.

1. Calidad de extranjero

Si observamos el fundamento que siempre ha dominado la fianza de solvencia judicial, llegaremos a la conclusión de que el requisito más obvio para su aplicación debe ser el que la persona sobre la cual recae ostente una nacionalidad extranjera. Ciertamente la intención original fue la de eliminar la ventaja de todo extranjero que intente una acción y que luego pueda escaparse de las consecuencias que produzca en su contra con la sola salida del país.

La calidad de extranjero se requiere, pues, como elemento indispensable para la aplicación de la fianza “*Judicatum Solvi*” y no debe distinguirse con que sea una persona física o una persona moral, pues a ambas se les puede exigir e imponer tal fianza.

Cabría preguntarse ahora sobre quién recae la carga de probar que el demandante es extranjero cuando se solicita la fianza. Aplicando los principios generales de la prueba, tendremos que la misma recae sobre el demandado en el proceso, es decir, sobre aquel que solicita la fianza. Tal conclusión se obtiene de la aplicación del principio de que aquel que alega un hecho debe probarlo (“*Actori incumbit probatio*”).

Sin embargo, luego de que se encuentre establecida la nacionalidad extranjera del demandante, le corresponde a éste probar que se encuentra dispensado de aportar la fianza por el motivo que sea.

Un aspecto interesante resulta del hecho de que en Francia, en algunos casos, la fianza ha sido exigida e impuesta a los Estados extranjeros. Esta situación no ha ganado el criterio unánime de la doctrina, ni aún de la misma jurisprudencia y se ha considerado que tal postura sería “dificilmente conciliable con las conveniencias internacionales”.¹

1 Maury, Jacques, “*Caution Judicatum Solvi*”, publicado en *Encyclopedie Juridique Dalloz*, Repertoire de Procedure Civile et Comercial, tomo I, Jurisprudence General Dalloz, Paris 1955, p. 486.

2. Ciudadano de un país que no sea signatario del Código de Bustamante

En el año 1928 fue firmada en La Habana, Cuba, la Convención sobre el Código de Derecho Internacional Privado, mejor conocida como el Código Bustamante en honor a su insigne autor el jurisconsulto Antonio Sánchez de Bustamante. Esta convención estableció en su artículo 383 que “no se hará distinción entre nacionales y extranjeros en los Estados contratantes en cuanto a la prestación de la fianza para comparecer en juicio”, liberando tener que prestar dicha fianza en cualquier otro país contratante.

Ahora bien, aunque fueron 21 los países representados en la mencionada convención, sólo 20 firmaron y 15 la ratificaron e hicieron el depósito del instrumentado de ratificación en la Unión Panamericana, por lo que el Código Bustamante sólo está vigente para esas 15 naciones de acuerdo con sus mismos postulados y con los principios de Derecho Internacional Privado.

En este último sentido cabe citar los artículos 2 y 4 del Código Bustamante que expresan lo siguiente:

“Artículo Segundo.- Las disposiciones de este Código no serán aplicables sino entre las Repúblicas contratantes y entre los demás Estados que se adhieran a él en la forma que más adelante se consigna”.

“Artículo Cuarto.- El Código entrará en vigor para las Repúblicas que lo ratifiquen, a los treinta días del depósito de la respectiva ratificación y siempre que por lo menos lo hayan ratificado dos”.

En el mismo sentido, Alfred Verdross en su obra “Derecho Internacional Público” señala lo siguiente:

“Pero lo corriente es que los tratados se establezcan según un procedimiento compuesto. Consiste dicho procesamiento en que el contenido del tratado se fija y firma primero por negociadores, después de lo cual viene el visto bueno del proyecto de tratado, ya firmado, por el órgano competente para su conclusión. Esta conformidad se llama ratificación (conformación), y ha de distinguirse de la conformidad parlamentaria en materia de tratados.”²

2 Verdross, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Ediciones Aguilar, España, 1974, p. 110.

“Después de la ratificación tiene lugar, o el cambio de los documentos de ratificación (“instrumentos de ratificación”), o el depósito de los mismos ante una instancia predeterminada, o, finalmente, la mera comunicación de que la ratificación se llevó a cabo. El cambio de instrumentos de ratificación suele darse en los tratados bilaterales; el depósito, en los tratados colectivos; la mera comunicación, cuando el envío de los instrumentos de ratificación resulte demasiado complicado o requiera excesivo tiempo. Un tratado no es válido hasta la perfección de este procedimiento, puesto que con anterioridad a ella no puede hablarle de acuerdo de voluntades.”³

De esta manera queda demostrado que aquellos países que no firmaron y ratificaron la convención, depositando luego la ratificación en la Unión Panamericana, no forman parte de ésta; y a sus nacionales, en el caso específico que nos ocupa, se les podrá exigir que presten la fianza de solvencia judicial en nuestro país.

A continuación mostraremos un cuadro tomado de la Recopilación Trujillo de Tratados y Convenciones, que muestra los países signatarios del código, cuáles lo ratificaron y cuáles cumplieron con el requisito de depósito:

Países signatarios	Fecha del instrumento de ratificación	Fecha de depósito del instrumento de ratificación
Bolivia	Enero 30, 1932*	Marzo 9, 1932*
Brasil*	Junio 25, 1929*	Agosto 3, 1920*
Colombia*		
Costa Rica*	Febrero 4, 1930*	Febrero 27, 1930*
Cuba*	Marzo 28, 1928	Abril 20, 1928
Chile*	Julio 14, 1933*	Septiembre 6, 1933*
Ecuador	Abril 15, 1933*	Mayo 31, 1933*
El Salvador*	Septiembre 25, 1931*	Noviembre 16, 1931*
Guatemala	Septiembre 9, 1929	Noviembre 9, 1929
Haití	Enero 7, 1930*	Febrero 6, 1930*
Honduras	Abril 4, 1930	Mayo 20, 1930
México		
Nicaragua*	Diciembre 17, 1929	Febrero 28, 1930
Panamá	Septiembre 26, 1928	Octubre 26, 1928
Paraguay*		
Perú	Enero 8, 1929	Agosto 19, 1929
República Dominicana*	Febrero 4, 1929*	Marzo 12, 1929*
Uruguay*		
Venezuela	Diciembre 23, 1921*	Marzo 12, 1932*

*Con reservas

3 Ibídem, p. 111.

Como podrá observarse en el cuadro, Estados Unidos no aparece ni siquiera como país signatario por la razón de que aunque fue representado en la convención, no aprobó la misma debido a que “la Constitución de los Estados Unidos de América, las relaciones de los Estados miembros de la Unión Federal y las atribuciones de poderes y del Gobierno Federal...”⁴ les hacía difícil aprobarla en ese momento, pero se reservaron el derecho de adherirse posteriormente a dicha convención, cosa que no ha ocurrido hasta ahora, 52 años después, y que demuestra que la verdadera razón fue que dicho país no quería atarse a los postulados del código.

Antes de abandonar este punto, queremos dejar establecido que la promulgación de la ley número 845 que modificó la fianza de solvencia judicial haciéndola exigible en todas las materias y jurisdicciones, no derogó el artículo 383 del Código Bustamante, ya mencionado. A esta conclusión se llega luego de despejar el conflicto entre una ley nueva y un tratado internacional.

Sobre el conflicto antes indicado, la Jurisprudencia francesa mantuvo el criterio de que los tratados poseen una mayor jerarquía que la ley interna, y en caso de contradicción entre ley nueva y tratado anterior, dejó establecido que las disposiciones del tratado no quedaban derogadas. Esta jurisprudencia fue consagrada por el legislador francés, quien en 1958 reformó la Constitución estableciendo la superioridad del tratado frente a la ley interna.

Pero más aún, en el caso específico que nos ocupa, no se deja expresamente entendido que se derogan las disposiciones del Código Bustamante relacionadas con la fianza, lo que deja entrever la intención del legislador de mantener su vigencia.

Hasta donde tenemos conocimiento este punto todavía no ha sido debatido en nuestros tribunales, pero cuando ocurra es de esperar que se adopte el criterio que mencionamos.

3. El extranjero debe ser transeúnte

El artículo 16 del Código Civil como ya hemos visto, señala que solamente el extranjero transeúnte debe la fianza. De esta

4 Recopilación de Tratados y Convenciones, Colección Trujillo, Santo Domingo, p. 148.

manera se ha atenuado la desigualdad del extranjero a la hora de accionar en justicia y se ha tratado de reforzar el criterio de que la fianza “Judicatum Solvi” solamente existe por el temor de que el extranjero demandante abandone el país sin hacer frente a las consecuencias producidas por su acción. Se considera que no existe tal temor cuando el extranjero tiene raíces en el país, es decir, cuando no es transeúnte.

Cabría ahora preguntarse qué se entiende por extranjero transeúnte, ¿cuándo debe considerarse transeúnte a un extranjero para eximirle de la prestación de fianza?

Examinando el sentido ordinario de la palabra transeúnte, tenemos que esta refleja duración limitada, tránsito, de paso. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, transeúnte es aquel que transita o pasa por un lugar, que está de paso, que no reside sino transitoriamente en un lugar.⁵

Tomando, pues, la palabra transeúnte en su sentido estricto, la fianza podrá ser exigida a todo extranjero que se halle de paso por el país y, por razonamiento a contrario, no le podrá ser exigido al extranjero radicado en nuestro país.

Nuestra Suprema Corte de Justicia se ha mostrado acorde con la interpretación literal de la palabra transeúnte, cuando por sentencia de fecha 21 de noviembre de 1979 (Boletín Judicial número 828, página 2328) estableció que a un extranjero con permiso de residencia, con cierto tiempo en el país y casado con una dominicana, no podrá exigírsele la fianza por no reunir la condición de transeúnte. A continuación transcribimos uno de los considerandos de la mencionada sentencia para mejor comprensión del punto:

“Considerando que la recurrente alega y expone en su único medio de casación lo siguiente: que ante la Cámara a-qua presentó la excepción judicatum solvi contra el obrero demandante, en su condición de extranjero, pero fue rechazada; que el 5 de noviembre la empresa comunicó a la Secretaría de Trabajo el preaviso que había notificado al trabajador; que el Juez a-quo declaró en su sentencia que los documentos depositados por la recurrente carecían de

5 *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, edición 1970, p. 1286.

trascendencia, lo que evidencia que no fueron examinados; que por estos documentos se probaban todas las faltas que cometió en su trabajo el demandante Cantelli.

“Considerando, en cuanto al alegato relativo a la excepción *judicatum solvi*; que en la sentencia impugnada se expresa al respecto lo siguiente: que al obrero demandante no puede exigírsele la presentación de una fianza en vista de que la Ley solo la exige para los extranjeros transeúntes cosa que no ocurre en la especie, ya que dicho trabajador tiene permiso de residencia en el país, según consta en certificado de la Dirección de Migración, marcado con el No. 118365 otorgado desde el 1964, y otro certificado expedido por la Embajada de España donde consta lo mismo que, además, el actual recurrido depositó en el expediente el acata de su matrimonio celebrado con una dominicana, el 27 de diciembre de 1975; que igualmente fueron depositados en el expediente, una certificación del Complejo Metaldom donde consta que el reclamante laboró en esa empresa desde 1968 hasta 1970, y una carta de compromiso de Fomento Industrial, por medio de la cual se le prorroga el convenio suscrito con el reclamante en 1966; que, por tanto, la Cámara a-qua procedió correctamente al rechazar el referido pedimento de la actual recurrente, ya que de acuerdo con el artículo 166 del Código de Procedimiento Civil la fianza *judicatum solvi* solo puede ser exigida al extranjero transeúnte; que en consecuencia, este alegato del medio propuesto carece de fundamento y debe ser desestimado”.

En la sentencia señala nuestro más alto tribunal algunas de las condiciones que eliminaban la calidad de transeúnte, tales como estar casado con una dominicana, llevar varios años residiendo en el país, tener permiso de residencia. Sin embargo, existen, a nuestro juicio, otros elementos que permitirían establecer que un extranjero no es transeúnte, tales como el traslado de toda o parte de su familia al país, el tener obligaciones a plazo aquí, poseer cédula de identificación personal, entre otras.

Debe entenderse que en algunos casos no bastará con reunir uno de esos elementos, pues el hecho de que un extranjero esté casado con una dominicana no elimina su condición de transeúnte salvo que se reúna con otros como tener permiso de residencia y cierto tiempo en el país.

4. No debe poseer inmuebles en el país

Si la función de la fianza es garantizar el pago de costas y daños y perjuicios, mal podría exigirse al extranjero que posea inmuebles en República Dominicana, si estos son suficientes para ofrecer la garantía. Por esta razón el artículo 16 del Código Civil establece que el extranjero que posea inmuebles de un valor suficiente para garantizar dicho pago, será exonerado de la prestación de la fianza. En tal sentido también se manifiesta el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil.

Pero no basta con poseer inmuebles para ser exonerado de la fianza. Es necesario que dichos inmuebles sean de un valor tal que puedan garantizar el pago de las costas y de los daños y perjuicios. Este último punto se encuentra a la soberana apreciación de los jueces.

Por otra parte, el extranjero debe ser el propietario de los inmuebles, debe poseer la nuda propiedad de éstos. En Francia, incluso, por decisión de la Corte de Bordeaux del 24 de enero de 1849 (D.P. 51.2.119), se ha aceptado una propiedad indivisa con la finalidad de exonerar al extranjero de la fianza.

Está de más aclarar que es preciso que los inmuebles se encuentren ubicados en la República Dominicana, aunque no se requiere que estén en un lugar o área específica.

La doctrina francesa considera que el extranjero demandante no se encuentra en la obligación de consentir ninguna hipoteca sobre sus inmuebles en razón de que la acción que incoa pues basta con que posea los mismos para ofrecer certidumbre de que podrá cobrarsele costas e indemnizaciones. Igualmente que la sentencia que decide sobre la prestación de la fianza no puede dar lugar a la inscripción de una hipoteca judicial provisional sobre los inmuebles del extranjero por no ser una sentencia condenatoria.⁶

El artículo 167 del Código de Procedimiento Civil establece otra forma por la cual el extranjero podrá librarse de prestar la fianza, distinta de la de poseer inmuebles, y es la de consignar en el erario la suma que fije la sentencia que ordena prestar la fianza. Sin embargo, este sistema es poco o nada recomendable por la

6 Maury, Jacques, opus citatus p. 487.

dificultad práctica que da obtener que le sean devueltos los fondos una vez concluido el proceso.

Por último, la jurisprudencia francesa ha decidido que la fianza no es debida cuando el demandante extranjero tenga frente al demandado un crédito líquido y exigible cuyo monto sea suficiente para asegurar el pago de costas y posibles daños y perjuicios (Tribunal Com. Seine, 7 de marzo 1950, D.1950 328). Esta liberal interpretación de los textos por parte de los tribunales franceses, a nuestro modo de ver muy correcta, obedece a que se hace primar el espíritu e intención del legislador por encima de la letra.

5. Debe ser demandante en el proceso

Resultaría una exagerada violación al derecho de defensa el que se le exija a un extranjero demandado que coloque una fianza antes de proseguir con el proceso. Se estaría coartando el derecho de defensa y hasta estableciéndose una presunción peligrosa de culpabilidad sobre el extranjero demandado. Es por esta razón que la fianza solamente recae sobre el extranjero que figure como demandante en el litigio: No se puede exigir a nadie que garantice un riesgo que no ha creado.

Sin embargo, existe una serie de casos en los cuales la calidad de demandante debe ser examinada cuidadosamente y a ellos nos referiremos en los próximos párrafos.

El extranjero que figura como interviniente voluntario en un proceso estará obligado a suministrar la fianza en virtud de lo dispuesto por el artículo 16 del Código Civil, que lo establece de una manera clara y sin dejar lugar a discusiones. Ahora bien, ¿qué sucede cuando un demandado extranjero llama en intervención forzosa a otra persona? En este caso, si se encuentran reunidos los otros elementos, el llamado en intervención podría exigirle al demandado principal que preste la fianza "Judicatum Solvi". Esto ha sido resuelto de esta manera por el hecho de que aunque el que llamó en intervención forzosa es demandado en el proceso en lo que respecta a la demanda principal, ostenta la calidad de demandante frente al llamado en intervención (Req. 20 de enero de 1936, Recueil Sirey, 1936. 1.127).

Ocurre igual cuando el extranjero demandado intenta una demanda en garantía, puesto que aunque tal demanda resulta

para él un medio de defensa no lo es así para el llamado en garantía, frente al cual asume el carácter de una demanda principal que da lugar a exigir la fianza.

La jurisprudencia francesa ha decidido igualmente que la fianza no es debida en el caso de un extranjero que realiza un embargo inmobiliario en virtud de un título ejecutorio no contestado (Trib. Com. Nantes, 4 de mayo 1928); tampoco cuando se demanda el exequátur de una sentencia arbitral para su ejecución (Com. Trib. Civ. Seine, 27 de febrero de 1926, D.H. 1936. 246), pero sí es debida cuando se demanda el exequátur de una sentencia extranjera (Chambery, 26 febrero 1894, D.P. 96. 2. 150). Tampoco es debida, siempre de acuerdo con los tribunales franceses, en caso de demanda reconventional (Trib. Com. Nancy, 4 de enero de 1954, D. 1954, Somm. 46).

Cabe señalar en este momento que no profundizaremos en los argumentos que ha adoptado la jurisprudencia francesa para consagrar las interpretaciones antes mencionadas, pues haríamos sumamente extenso este trabajo y nos alejaríamos de nuestro propósito de cuestionar el uso de la fianza, para el cual esta parte del trabajo es preparatoria.

B. Relacionadas con quien la solicita

En principio la fianza de solvencia judicial sólo puede ser exigida por un dominicano que figure como demandado en un proceso en que el demandante sea extranjero y reúna las condiciones señaladas anteriormente. Sin embargo, existen algunas atenuaciones a esta regla, tales como algunas ocasiones en que puede ser solicitada por el extranjero demandado o que para poder exigirla no se debe haber renunciado a ella.

1. De nacionalidad dominicana

El principio no discutido es que todo dominicano está en el derecho de exigir la prestación de la fianza cuando se cumplan las demás condiciones de ésta. Esta idea proviene de la forma en que siempre se ha visto la “Judicatum Solvi” como un medio de eliminar la desigualdad que existiría entre un nacional y un extranjero que litigan y que podría llevar a que el nacional no pueda ejecutar una sentencia contra el extranjero por no haber

salido este del país sin dejar ninguna propiedad en el mismo, mientras que dicho extranjero sí podría ejecutar una sentencia favorable contra el nacional.

Cabe precisar, sin embargo, que ni el artículo 16 del Código Civil ni los artículos 166 y 167 del Código de Procedimiento Civil especifican que debe poseerse la nacionalidad dominicana para poder exigir la fianza. Aunque nuestra Suprema Corte de Justicia en una sentencia del año 1962 establecía que “si en principio, la fianza *judicatum solvi* puede ser pedida en grado de apelación, aunque por primera vez, por un dominicano contra un extranjero transeúnte...” (ver Boletín Judicial número 262, septiembre 1962, página 1456), lo que podría interpretarse en el sentido de que la fianza sólo puede ser exigida por un dominicano.

Siguiendo la idea del último párrafo, el Profesor Froilán Tavares en su obra ya citada “Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano”, tomo II, página 258, establece que cuando el extranjero “es demandante los Art. 16 del C. Civil y 166 del C. de Pr. Civil, ref. por la Ley 2195 y 1919, le sujetan a la obligación de garantizar al demandado dominicano el reembolso de las costas...”, dando a entender igualmente que la fianza sólo se debe a dominicanos. En este sentido también se manifestó la jurisprudencia francesa por una sentencia del 15 de abril de 1842 al señalar que el artículo 16 del Código Civil tiene como único objeto prevenir al ciudadano francés demandado de la desigualdad que le presenta un extranjero demandante que no puede ofrecer las garantías que él posee en razón de los vínculos con el territorio, para la ejecución de cualquier sentencia y que por lo tanto mal podría un extranjero solicitar la fianza contra otro debido a que se encuentra en semejante situación y no existe la desigualdad mencionada (D.P. 42. 1. 196).

Sin embargo, la jurisprudencia francesa fue atenuando cada vez más la forma rigurosa con que se descartaba al extranjero en la solicitud de la fianza y fueron apareciendo en dicha solicitud. De esta manera al extranjero admitido en Francia en el ejercicio o en el goce de los derechos civiles le fue permitido exigir la fianza por sentencia del 16 de marzo de 1929; al extranjero con domicilio autorizado por igual e incluso al extranjero titular de una carta de residencia privilegiada (Corte de París por sentencia del 9 de enero de 1951, D. 1951, D. 1952. 122).

A nuestro modo de ver, el criterio que parece que adoptó la jurisprudencia francesa fue el de permitir que el extranjero no transeúnte pueda solicitar la fianza. Es de esperar que cuando se presente el caso, este sea el criterio también seguido por nuestra Suprema Corte de Justicia, pues de esta manera no haría otra cosa que seguir fiel a la intención del legislador de borrar diferencias que también se presentan cuando un extranjero residente y con arraigo en nuestro país es demandado por un extranjero transeúnte.

2. No debe haber renunciado a la fianza

Como ya hemos visto, la fianza de solvencia judicial presenta un carácter privado que permite que cualquier persona pueda renunciar a exigirla en cualquier momento. Esto podría resultar, por ejemplo, cuando se celebra un contrato entre un extranjero y un dominicano y en el cual se estipula que en caso de litigio el dominicano renuncia a solicitar la prestación de la fianza “Judicatum Solvi”, descartado así cualquier petición ante el tribunal en este sentido.

Por esta razón no está nunca de más mantener pendiente esta idea con la finalidad de incluirla en los contratos que redactaremos cuando seamos abogados de la parte extranjera.

3. Debe ser demandado

La persona que solicita la prestación de la fianza de solvencia judicial debe poseer la calidad de demandado en el proceso, pues no se justifica que una persona que intente una acción requiera de su contraparte demandada la prestación de una fianza para garantizar un riesgo que ha sido iniciativa y responsabilidad exclusiva de quien así actúa.

Reiterando lo señalado cuando tratamos sobre la calidad de demandante de la persona a quien solicita hicimos algunas observaciones que también se aplican al presente punto, pero viéndolo desde el ángulo del demandado. Así tenemos que la persona llamada en intervención forzosa, por ejemplo, puede requerir la fianza a quien así le llame, aunque este último sea demandado en relación con la demanda principal; lo mismo sucede con la demanda en garantía.

Ahora bien, en lo que se refiere a la calidad de demandante y demandado en un litigio con sentencia en primer grado y que pasa al segundo grado tal vez con variación de las posiciones pudiendo ser el demandante original, recurrido en este grado.

C. Momento de apreciación de las condiciones

¿En qué momento debe colocarse el Juez para determinar si las condiciones antes mencionadas han sido cumplidas? Sobre este punto ha existido cierta controversia entre los autores franceses, mientras que en nuestro país nunca se ha discutido o por lo menos no ha llegado tal punto a nuestra Suprema Corte de Justicia.

Algunos autores consideran que el momento de la notificación de la demanda es el que debe considerarse para examinar si se encontraban reunidos los elementos que permiten la exigencia y prestación de la “Judicatum Solvi”. Tal es el criterio, por ejemplo, de Batiffol, expuesto en la página 751 de su obra *Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado*, edición de 1949.

Otros autores y la misma jurisprudencia francesa, de manera unánime, prefieren situar tal momento en la fecha del depósito de las conclusiones (París, 25 de marzo de 1937, D.H. 1937, 256).

Sin embargo, un aspecto más importante que el determinar el momento preciso en que se apreciarán las condiciones, resulta ser el de los cambios que pueden ocurrir en las mismas durante el transcurso del proceso.

Cabe válidamente preguntarse ¿qué sucedería en el caso de que un extranjero demandante que haya prestado la fianza, adquiriera la nacionalidad dominicana antes de que haya una decisión sobre el litigio? ¿O que el demandado dominicano perdiera su nacionalidad por haber adquirido otra? ¿O si el extranjero que había sido eximido de prestar la fianza por poseer inmuebles en el país, perdiera la propiedad de estos? ¿O que el demandado extranjero adquiriera la nacionalidad dominicana?

Sobre estos casos nada se ha decidido en nuestro país y, en consecuencia, tenemos que retornar al derecho francés, donde la jurisprudencia ha mantenido su sistema de no apegarse a la letra de la ley, estableciendo que el extranjero demandante que haya prestado la fianza y posteriormente devenga en ciudadano

francés, puede hacerse descargar de tal obligación (Rocien, 2 de abril de 1892, D.P. 94. 2. 239). Igual resultado tendría la pérdida de la nacionalidad francesa por parte del demandado.

Igualmente y a pesar del principio de que la fianza solo puede oponerse “in limine litis”, se admite en Francia cuando el demandado adquiere la nacionalidad francesa en el curso del proceso, esto le da derecho a exigir en ese momento la prestación de la fianza por parte del extranjero demandante. En este mismo sentido se manifiesta la doctrina francesa en el caso de que los inmuebles que habían permitido al extranjero demandante liberarse de la prestación de la fianza, hayan perdido su valor o hayan sido vendidos o hipotecados. Esto es consecuencia del carácter provisional de la sentencia que ordena la fianza (ver supra, página 30).

Capítulo III. Dominio material de aplicación

En esta parte del trabajo trataremos de precisar en cuáles materias y por ante cuáles jurisdicciones debe ser prestada la fianza “Judicatum Solvi”.

A. Materias

Bastaría con citar las primeras cuatro palabras del artículo 16 del Código Civil para dejar establecidas las materias en las cuales puede solicitarse la fianza: “Art. 16- En todas las materias...”

Es por esta razón que en la actualidad no debe existir controversia cuando se exija la fianza en tal o cual materia. Esta dificultad existía antes de la ley número 845 de 1978, que fue la que introdujo la parte anteriormente citada del artículo 16.

Antes de la ley número 845 la fianza no podía ser exigida ni en materia comercial ni en materia laboral.

La manera enfática del nuevo artículo 16 impide cualquier especulación por lo que, sea en referimientos, sea en materia administrativa, civil, comercial, laboral, de tierra, penal y cualquier otra, la fianza debe ser prestada cuando se reúnan las condiciones requeridas.

B. Jurisdicciones

La misma situación señalada en cuanto a las materias ocurre en cuanto a las jurisdicciones por continuar el nuevo artículo 16 del Código Civil señalando "...y en todas las jurisdicciones..." por lo que tampoco debe discutirse este aspecto, aunque vale la pena aclarar ciertos puntos.

El actual artículo 166 del Código de Procedimiento Civil excluye la prestación de la fianza por ante el Juzgado de Paz y esto puede llamar a engaño. Si bien es cierto que el texto de dicho artículo excluye al Juzgado de Paz, también lo es el hecho de que el mismo fue modificado de manera implícita por la Ley No. 845, que modificó el artículo 16 del Código Civil y que estableció que la fianza será prestada por ante todas las jurisdicciones.

Por lo tanto la fianza puede ser solicitada y debe ser prestada ante todo tribunal, ante todo grado de jurisdicción, Juzgados de Paz, tribunales de primera instancia, Corte de Apelación, tribunales de tierras de Jurisdicción Original, Tribunal Superior de Tierras, Suprema Corte de Justicia, tribunales administrativos y cualquier otro.

Debe, sin embargo, precisarse que para solicitarla en la Suprema Corte de Justicia y en la Corte de Apelación se deberá tener en cuenta las calidades que ostentaron las partes en el proceso en los tribunales inferiores. Así tenemos que un extranjero demandante en primera instancia que recurre en apelación la sentencia que le desfavorece, deberá prestar la fianza en este segundo grado de jurisdicción, pero no ocurre lo mismo cuando la sentencia le favorece y es recurrida por el demandado. En este último caso el demandado original pasa a ser demandante en apelación y no puede exigirle al extranjero recurrido, aunque haya sido demandante en primer grado, que presente la fianza (Tribunal Civil del Seine, 5 de febrero de 1935, D.H. 1935.224) por la razón de que existe independencia entre las dos instancias, son dos grados de jurisdicción distintos. Textualmente la jurisprudencia francesa ha fijado su posición en la sentencia señalada de la manera siguiente:

“El francés no puede demandar, por primera vez, en apelación la fianza *Judicatum Solvi* más que si ha sido demandado en primera instancia y es intimado delante la Jurisdicción de segundo grado”.⁷

7 *Ibidem*, p. 487.

Por igual, para poder solicitar la fianza por ante la Suprema Corte de Justicia se requiere, de acuerdo con los postulados franceses, que quien la solicita haya sido demandado en primer grado, intimado en segundo grado y recurrido en casación.⁸

Un punto interesante con respecto a las ideas planteadas en los párrafos anteriores, que no puede dejar de tocarse, es en el sentido de que la jurisprudencia francesa no aplica el criterio antes señalado en caso de oposición por considerar que la misma es la continuación de la primera instancia y que por lo tanto la situación de las partes no cambia. Por consiguiente, admite que lo condena en defecto puede solicitar la fianza a su contraparte extranjera.

Debemos aclarar, en último lugar, que el hecho de no solicitar la fianza en primer grado no impide solicitarla en el segundo o en casación, pero en estos casos no podrá garantizar más que las costas generadas a partir de entonces.

Capítulo IV. Procedimiento de aplicación

Entramos ahora en los aspectos prácticos de la fianza de solvencia judicial, tales como la forma en que debe plantearse, cómo se ordena, en qué consiste la fianza, cómo se presta.

A. Forma de solicitud

Como toda excepción de procedimiento, la fianza debe solicitarse “in limine litis”, es decir, antes de que el tribunal se avoque al conocimiento del fondo del asunto.

Ahora bien, sobre este aspecto debe tenerse mucho cuidado pues la situación ha variado después de las leyes de 1978. Ciertamente, antes de la promulgación de la ley número 834 de 1978 existía una contradicción entre los artículos números 166, 169 y 173 del Código de Procedimiento Civil, al establecer el artículo 166 que la excepción de fianza debía proponerse antes de cualquier otra, pero lo mismo también decía el artículo número 169 con respecto a la excepción de incompetencia y el artículo número 173 acerca de la excepción de nulidad.

⁸ Niboyet, J.P. *Tratado de Derecho Internacional Privado francés*, segunda edición, tomo II, 1951, p. 273.

Como señalábamos, esta contradicción fue borrada por la ley número 834 que estableció en su artículo 2 que “las excepciones deben, a pena de inadmisibilidad, ser presentadas simultáneamente y antes de toda defensa al fondo o fin de inadmisión”. De esta manera queda claro que el hecho de presentar cualquier excepción distinta a la fianza o cualquier medio de inadmisión y, más aún, cualquier defensa al fondo hace inadmisibles las solicitudes posteriores de fianza.

Igualmente debe señalarse que la solicitud de comunicación de documentos no excluye la posterior solicitud de la fianza ni de ninguna otra excepción al tenor de lo indicado por el artículo 2, segundo párrafo de la ley número 834 de 1978.

B. Debe ser ordenada por sentencia

Luego de que la fianza haya sido planteada, el Juez debe verificar si se han cumplido todas las condiciones que la perfeccionan y, si es así, se encuentra en la obligación de ordenarla por sentencia. Esto último se justifica en razón de que el juez no posee un poder de apreciación discrecional sobre si la fianza debe o no prestarse y se ve en la obligación de ordenarla cuando procede y ha sido solicitada, ya que tampoco puede ordenarla de oficio.

La sentencia que ordena la fianza tiene un carácter provisional y podrá ser apelada en el plazo ordinario, no pudiendo ni prestarse la fianza ni continuarse con el proceso antes de que transcurra dicho plazo. En caso de apelación la instancia queda sobreseída hasta que el recurso sea conocido y decidido.

Un punto interesante en cuanto al contenido de dicha sentencia es si la misma puede fijar un plazo para la presentación de la fianza. Este punto ha sido resuelto positivamente por la jurisprudencia francesa, la cual considera caduca la demanda principal en caso de que no se haya respetado el plazo, aunque esta caducidad deberá ser solicitada al tribunal para que este pueda pronunciarla, (Trib. Civ. De Seine, 17 de abril de 1886, y París 4 de noviembre de 1996, Recueil Serey 88.2.89). Sobre este punto queremos indicar que el artículo 517 del Código de Procedimiento Civil señala que “la sentencia que ordenare la constitución de fiador fijará el plazo en el cual debe constituirse, así como en el que debe aceptarse o impugnarse”, por lo que consideramos que es obligación del tribunal fijar dichos plazos. Sin embargo, consideramos pertinente

recomendar que siempre se solicite al tribunal fijar dicho plazo, pues de lo contrario estos no lo hacen, salvo excepciones. Siempre se obtendrá con esto constreñir a la parte contraria al depósito si además se solicita que se declare caduca la instancia en caso de no respetarse el plazo. Si no se fija el plazo, la fianza podrá ser prestada en un término de 3 años, pasados los cuales sin que se preste, puede solicitarse la perención de la instancia.

Igualmente el monto por el cual deberá prestarse la fianza deberá enunciarse en la sentencia que la ordena. Este monto será evaluado por el juez, el cual debe cuidar que el mismo pueda cubrir los gastos del proceso y los posibles daños y perjuicios ocasionados por la demanda al demandado. El demandado generalmente sugiere la cantidad que considera adecuada y podría apelar la sentencia que la ordena si el monto es irrisorio.

Debido al carácter provisional de la sentencia que ordena la fianza, podría solicitarse en el curso del proceso que el monto de la misma se modifique de acuerdo a los cambios ocurridos como, por ejemplo, el aumento de los daños generados por la demanda y que superen el monto de la fianza.

C. Formas en que se puede prestar “Judicatum Solvi”

Lo natural y normal en relación con este punto sería que el demandante obligado por sentencia a prestar la “Judicatum Solvi” presente una persona que no sea extranjera transeúnte, que se comprometa a pagar los gastos del proceso y los posibles daños y perjuicios, si estos proceden. Y decimos que es lo normal, pues la fianza es una figura estrictamente personal.

Sin embargo, como la finalidad básica y primordial es garantizar el pago, tanto en Francia como en nuestro país, los tribunales permiten que la prestación de la “fianza” se haga a través de una póliza de seguro, o del depósito en una Colecturía de Rentas Internas del dinero a que asciende la misma, o del depósito de dicho dinero en un banco.

En el caso en que el tribunal no establezca la forma en que debe prestarse la fianza, consideramos que la misma deberá prestarse en la forma lógica: presentando una persona que sirva de fiador.

Un aspecto curioso, en lo que a este punto se refiere, es el hecho de que muchos abogados en sus peticiones de fianza solicitan al tribunal que la misma sea prestada a través del depósito en Colecturía de Rentas Internas de la suma que determine el tribunal, alegando que esa es la forma dispuesta por el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, quienes así lo solicitan, no hacen otra cosa que interpretar el mencionado artículo de forma tal que lo desnaturalizan intentando obtener que el extranjero demandante no prosiga con su acción, justificada o no, ante el temor de perder la suma así depositada o, en todo caso, recuperándola luego de mucho tiempo.

El artículo 167 se refiere a que el extranjero podrá librar de prestar la fianza ordenada por el tribunal si deposita la suma fijada por este en el erario. Esto no significa que sea la forma en que deberá prestarse la fianza pues del mismo texto del artículo se desprende que si se deposita la suma en el erario ya no se deberá prestar la fianza. En consecuencia, dicho artículo establece una forma para librarse de prestar la fianza y no la forma en que ésta deberá prestarse.

D. Cómo se presta

La ley establece la forma en que se prestaría la fianza si esta consiste en un fiador que garantice el pago, de las costas y daños y perjuicio. Esto así porque las otras formas de “fianza” de solvencia judicial no han sido más que el producto de la obra de la jurisprudencia a través de interpretaciones muy liberales.

El Libro V. Título I, del Código de Procedimiento Civil trata sobre la constitución de fiadores, abarcando los artículos 517 al 522.

El fiador deberá presentarse depositando en la Secretaría del tribunal que ordenó la fianza, los documentos correspondientes (aquellos que demuestren que el fiador se compromete a pagar las costas y daños y perjuicios si procedieren y los que demuestren su solvencia, debiendo estos ser notificados por acto de alguacil a la otra parte en manos de su abogado, si lo tiene, o en sus propias manos, en caso contrario (artículo 518 Código de Procedimiento Civil).

Hacemos la observación de que es obligatorio depositar y notificar los documentos que demuestren la solvencia del

fiador en virtud de lo dispuesto por los artículos 2018 y 2040 del Código Civil. El artículo 2018 establece que “el deudor que se obligó a prestar fianza, debe presentar una persona que tenga capacidad de contratar, que posea capital suficiente para responder al objeto de la obligación y cuyo domicilio esté dentro del territorio del tribunal en que deba la fianza constituirse”. Podría interpretarse que este artículo no se aplicaría a la “Judicatum Solvi” pues establece “el deudor que se obliga”, mientras que en el “Judicatum” es el tribunal quien obliga, pero el artículo 2040 del Código Civil no deja lugar a esta interpretación ni a cualquiera otra, al establecer que “siempre que una persona está obligada según la ley, o por una sentencia, a presentar un fiador, han de concurrir en éste las condiciones prescritas en los artículos 2018 y 2019” del Código Civil.

Como señala el artículo 2040 del Código Civil, el fiador que se presente deberá reunir las condiciones establecidas por los artículos 2018 y 2019 del mismo código, que son:

- 1.- Poseer capital suficiente para responder al objeto de la obligación;
- 2.- Estar domiciliado dentro del territorio del tribunal en que debe constituirse la fianza.

El artículo 2019 establece la forma en que se evaluará la solvencia del fiador, al establecer que esta se “estimaré teniendo en cuenta sus bienes inmuebles, con excepción de los asuntos de comercio y de aquellas en que sea módica la deuda”. Sigue indicando el mismo artículo que “no se tienen en cuenta los inmuebles litigiosos, ni aquellos cuya excursión se haga muy difícil por lo lejano de la situación.

Al examinar las reglas antes enunciadas nos sentimos aliviados de que la jurisprudencia haya permitido otras formas de prestación de la “Judicatum Solvi”, pues resulta realmente difícil, sobre todo para persona de escasos recursos y sin relaciones, obtener un fiador que reúna estas condiciones.

En el caso de que el demandado no impugne al fiador, lo cual deberá declarar por medio de un acto que depositará en secretaría y notificará al demandante, dicho fiador “levantará su acto de compromiso en la Secretaría” del tribunal (artículo 519 del Código de Procedimiento Civil). Lo mismo ocurre si el tribunal

ha fijado un plazo en el cual el demandado deberá impugnar al fiador, transcurriendo sin que haya acontecido dicha impugnación. Ahora, si el tribunal no ha fijado dicho plazo, entendemos que el demandante puede forzar la actuación del demandado notificándole que el fiador levantará su acto de compromiso en secretaría en una fecha determinada y otorgándose un plazo que vencerá en dicha fecha para impugnarlo.

Si el demandado hubiese impugnado al fiador, la parte más diligente fijará audiencia y el tribunal decidirá sumariamente, sin instancia ni escritos y la sentencia que decida sobre dicha impugnación será ejecutoria no obstante apelación (artículos 520 y 521 del Código de Procedimiento Civil). Si el tribunal considera adecuado al fiador, éste levantará su acto de compromiso en secretaría y podrá proseguirse con el conocimiento de la demanda original.

El procedimiento antes indicado deberá seguirse también en los casos en que la “Judicatum Solvi” haya sido ordenada, ya sea a través de una póliza de seguro, depósito en banco o cualquiera otra. Deberán depositarse y notificarse los documentos que prueben la constitución de la fianza, pudiendo el demandado impugnar dicha constitución si considera que no ha cumplido con lo ordenado por la sentencia. De más está decir que en estos casos no se aplican ciertas reglas, como la de declarar su compromiso en secretaría, pues no existe fiador.

Capítulo V. Papel actual de la fianza Judicatum Solvi

Luego de estudiar en qué consiste la fianza de solvencia judicial, cabría analizar su vigencia en los tiempos modernos y procurarnos una respuesta a cada una de las siguientes preguntas: ¿Es la fianza útil en nuestros días? ¿Cuál es el uso que actualmente se le da? ¿Cumple con su finalidad? ¿Debe modificarse o quizá abrogarse?

Contestar las preguntas planteadas será lo que nos ocupe en esta parte final del trabajo, debiendo aclarar, antes de comenzar, que los criterios aquí vertidos son en su mayoría personales.

A. La Práctica

En la práctica se ha desnaturalizado la excepción de fianza, por la sencilla razón de que los abogados de los demandados no la vemos como el medio de obtener que se le garantice a nuestro cliente el pago de las costas y daños y perjuicios en el evento de que resultemos gananciosos, sino más bien como el medio más eficaz de lograr la mayor dilación posible en el proceso e incluso, a veces, tratar de evitar que éste siga adelante, sin examinar siquiera las posibilidades del caso.

Esta situación podría tener su base en la creencia casi generalizada de que así como al demandante le corresponde impulsar el proceso, al demandado le corresponde dilatarlo. La poca confianza que genera la administración de justicia en nuestro país podría encontrarse en la base del problema.

La fianza de solvencia judicial constituye en nuestros días uno de los mejores sistemas para dilatar un proceso: se solicita y el tribunal se toma su tiempo para decidir sobre ella; cualquiera que sea la decisión, se apela; luego apelación y más tarde casación; cuando retorna al primer grado de jurisdicción se impugna al fiador o a la fianza sometida; en fin, una dilación de 3 ó 4 años sin que ni siquiera comience a ventilarse el fondo de la demanda, la cual tardará unos 3 ó 4 años más para decidirse. ¿Resistirá el extranjero esta situación sin desistir de su demanda? ¿No se convierte la fianza, entonces, en una especie de denegación de justicia? Preguntas que no ameritan respuestas.

Tal vez han sido estos y otros argumentos los que han inducido a Francia y a otros países a abrogar la excepción de la fianza “Judicatum Solvi” de su legislación. En Francia fue en el año 1975 cuando derogó y esto ocurrió por dos razones básicas: los tiempos modernos exigen la igualdad entre extranjeros y nacionales, y la fianza ya no cumplía su verdadero cometido.

B. ¿Debe la fianza permanecer igual, modificarse o derogarse?

Si como hemos planteado la fianza “Judicatum Solvi” ha sido desnaturalizada en la práctica, si actualmente no constituye una garantía sino más bien un excelente medio de dilación, la pregunta de si la fianza de solvencia judicial debe permanecer tal como está obtiene una respuesta llana en el sentido de que algo debe hacerse al respecto.

Cabría entonces preguntarse si debe ser modificada para impedir que siga siendo utilizada como chicana y cumpla con su finalidad original de garantía, o debería sencillamente derogarse.

La modificación de las reglas actuales que rigen esta excepción podría ser una solución al problema que ahora confrontamos: hacer inapelable la decisión del tribunal que fija la fianza, limitar esta a la garantía de las costas, establecer plazos en que deberá presentarse, formalizar la posibilidad de que la “Judicatum Solvi” se preste a través de pólizas de seguros, establecer que quien no lo invoque en primer grado no podrá hacerlo posteriormente. Estas y otras reglas podrían incorporarse a los textos que rigen la fianza haciéndola más práctica, rápida y útil.

Parece realmente ilógico que a cuatro años de las modificaciones más recientes a la fianza, estamos hablando de nuevas modificaciones.

Sin embargo, no es, a nuestro juicio, la modificación el camino a la mejor solución. Ciertamente, la evolución de la situación jurídica de todo extranjero nos indica que el camino que exigen estos tiempos es el de la derogación de cualquier diferencia entre nacional y extranjero, incluyendo, por tanto, la derogación de la fianza de solvencia judicial.

Derogando la “Judicatum Solvi” libramos el camino de la administración de justicia de obstáculos que le impiden cumplir con uno de sus requisitos más importantes pero más descuidado: la celeridad en las decisiones. Los procesos habrán de simplificarse de una manera tal, en el futuro, que permita la existencia de una justicia rápida, o la confianza en la administración de justicia por parte del Estado seguirá declinando.

No se podría alegar que al desaparecer la fianza el demandado no podrá ya perseguir las costas y daños y perjuicios más que en el país del extranjero, con todas las desventajas que esto conlleva, pues igual situación ocurre cuando el demandante es un dominicano insolvente que no podrá responder por costas y daños y perjuicios sin que a éste se le pida la prestación de una fianza para litigar. Igual riesgo se corre con cualquier otro dominicano demandante, que podrá escapar al extranjero con facilidad para librarse del pago de costas y daños y perjuicios.

Por otro lado, la desconfianza hacia los extranjeros que dio origen a la fianza, ya no existe en nuestros días, cuando los países

se disputan la presencia de los mismos ya sea en planes de turismo o de inversión.

Bibliografía

1. Bergés Chupani, Manuel. *Diez Años de Jurisprudencia Dominicana*. Editora Del Caribe, C. por. A., Ciudad Trujillo, República Dominicana, 1957.
2. Bergés Chupani, Manuel. *Jurisprudencia Dominicana 1973 – 1975*, Tomo I, Editora UNPHU, Santo Domingo, República Dominicana, 1976.
3. Battifol. *Traire Elementaire De Droit International Prive*. Dalloz, París, Francia, 1949.
4. Carbuccion Núñez, María Altagracia. *Situación Actual De La Fianza Judicatum Solvi En La República Dominicana*, Trabajo de Grado, UNPHU, 1979.
5. *Código Civil de la República Dominicana*. Cuarta Edición, Santo Domingo, 1980.
6. *Código de Procedimiento Civil de la República Dominicana*, recopilado por R.R. Artagnan Pérez, Santo Domingo, 1980.
7. *Code de Procedure Civile Annoté*, Dalloz, París, 1910.
8. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, Edición 1970.
9. *Enciclopedia Juridique Dalloz*, Tomo I, Editada por Jurisprudence Generale Dalloz, París, 1955.
10. Headrick, William. *Compendio de Legislación y Jurisprudencia Dominicana*. Santo Domingo, 1981.
11. Machado, Pablo. *Jurisprudencia Dominicana*. 1960 – 1976. Tomo II, Editora de la Universidad Autónoma de Santo Domingo, Santo Domingo, 1977.
12. Mazeaud, Henri, León et Jean. *Lecciones del Derecho Civil*. Parte Tercera, Volumen I, Traducción de Alcalá Zamora. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974.
13. Niboyet, J.P. *Tratado de Derecho Internacional Privado Francés*. Segunda Edición, Tomo II, París, 1951.
14. Tavarez hijo, Froilán. *Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano*. Volúmen I – II, Quinta Edición, Editorial “Cachafú”, Santo Domingo 1964.
15. Verdross, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Cuarta Edición, Traducción Truyols y Serra. Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1974.

**La responsabilidad
delictual y contractual
(El problema de la opción entre los dos
órdenes de responsabilidad)***

Jorge Subero Isa**

*Coloquios Jurídicos, Julio-Diciembre de 1987, año 2, no. 3, páginas 57-72.

**DR. JORGE SUBERO ISA. Es egresado de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), de la promoción 1970. Es Profesor de la Universidad Iberoamericana, exprofesor de la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña, ex-Presidente del Colegio de Notarios. Actualmente ejerce la rama de la Responsabilidad Civil y es Juez Presidente de la Suprema Corte de Justicia.

Ha publicado varios artículos y un repertorio de Jurisprudencia.

La responsabilidad delictual y contractual (El problema de la opción entre los dos órdenes de responsabilidad)

Distinción: La responsabilidad civil se divide en dos órdenes: la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual o cuasi delictual.

La responsabilidad contractual es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato, y se encuentra consagrada por los artículos 1146 y siguientes del Código Civil. Esta responsabilidad surge cuando una de las partes contratantes no cumple con sus obligaciones nacidas del contrato, por ej: el vendedor que se niega a entregar la cosa vendida. Cuando se celebra un contrato, nace una primera obligación: para cada una de las partes, la de cumplir la prestación prometida. Cuando no se cumple o se cumple mal la prestación debida, se crea un nuevo vínculo obligacional: la obligación para el deudor autor del incumplimiento, de reparar el perjuicio que se ocasiona. Puede existir incumplimiento de una obligación contractual sin que necesariamente por ese hecho se comprometa la responsabilidad contractual, tal sería el caso del vendedor que se obliga a entregar la cosa vendida dentro de un mes; si transcurrido ese tiempo no ha entregado la cosa debido a una fuerza mayor, él no compromete su responsabilidad civil por el retraso, porque lo ampara el artículo 1147 del Código Civil; pero eso no lo libera de cumplir con la prestación debida, salvo el caso, desde luego, que la obligación contractual se haya extinguido por las causas propias de las obligaciones contractuales.

La responsabilidad delictual o cuasidelictual es la que nace de un delito o de un cuasidelito civil. Cuando el autor de un daño causado con intención está obligado a repararlo, se dice que ha comprometido su responsabilidad delictual (artículo 1382 del Código Civil). Cuando su autor ha actuado inintencionalmente, se dice que ha comprometido su responsabilidad cuasidelictual (artículo 1383 del Código Civil). La responsabilidad delictual o cuasidelictual constituye la responsabilidad de derecho común, y por lo tanto toda responsabilidad civil que no sea contractual, es delictual o cuasidelictual.

1. La responsabilidad contractual

Requisitos constitutivos de la responsabilidad contractual: Tradicionalmente se considera que para la existencia de la responsabilidad contractual se precisan de tres requisitos, a saber: un contrato válido; un contrato entre el autor del daño y la víctima; y un daño resultante del incumplimiento de un contrato.

Existencia de un contrato: No puede existir responsabilidad contractual en ausencia de un contrato. El artículo 1101 del Código Civil define el contrato como un convenio en cuya virtud una o más personas se obligan respecto de una o de varias otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Es preciso, pues, remitirnos a las disposiciones del Código Civil relativas a los contratos a fin de establecer si existe o no un contrato. Basta con acordar las dificultades que se presentan en este sentido en cuanto al transporte benévolo, a la promesa matrimonial, a los contratos por correspondencia, etc.

Debemos señalar que para que la responsabilidad se establezca en el plano contractual es preciso que preexista un contrato, por lo que resulta importante determinar a partir de qué momento nace un contrato; de igual manera hay que saber cuándo termina el contrato, por qué cuando el contrato ha cesado, la responsabilidad no es contractual sino delictual o cuasidelictual. La Suprema Corte de Justicia ha dicho que cuando hay una ruptura abusiva de manera unilateral de un contrato por una de las partes, ya no hay contrato y la responsabilidad que se deriva de ese hecho es una responsabilidad delictual y no una responsabilidad contractual.¹ En ciertos contratos la jurisprudencia ha fijado el período de duración de los mismos.

Para determinar los requisitos de validez de un contrato tenemos que remitirnos, igualmente, a los principios establecidos por el Código Civil, pues se admite que cuando el contrato está afectado por una nulidad, la responsabilidad no es contractual sino delictual o cuasidelictual.

Un contrato entre el autor del daño y la víctima: Para que la responsabilidad sea contractual es necesario que el contrato

¹ Suprema Corte de Justicia, septiembre 1981, *Boletín Judicial* 850, p. 2065; septiembre 1978, *Boletín Judicial* p. 1820.

del cual se derive el incumplimiento de la obligación haya sido concluido entre el autor del daño y la víctima del daño. Esto no es más que la aplicación del artículo 1165 del Código Civil, según el cual los contratos solamente surten efectos entre las partes contratantes y no perjudican a tercero ni le aprovechan sino en el caso del artículo 1121, que se refiere a la estipulación en beneficio de un tercero.

Un tercero no puede prevalerse de la responsabilidad contractual porque él es un extraño al contrato. Para la determinación de ese tercero es preciso hacerlo de conformidad con los principios consagrados por los artículos 1119, 1122 y 1165 del Código Civil.

Reconociendo que un tercero no puede alegar la responsabilidad contractual, nuestra Suprema Corte de Justicia ha dicho que aun suponiendo que la responsabilidad contractual de la compañía de gas de reparar las válvulas de la cocina del hotel sea de resultado y no de mera prudencia, los empleados del hotel que sufren lesiones al tener lugar una explosión de gas en la cocina no pueden aprovecharse de la relación contractual y tienen que probar la falta delictual.² Si bien es cierto que para la existencia de la responsabilidad contractual es preciso que exista un contrato entre el autor del daño y la víctima y que en ausencia de contrato la responsabilidad sería delictual o cuasidelictual, no es menos cierto que un tercero en una relación contractual puede hacer uso de un contrato como un hecho jurídico sin que ello implique un desconocimiento al efecto relativo de los contratos y así como ha sido juzgado que una convención puede ser opuesta a los terceros o invocada por ellos como un elemento de hecho en apoyo de un argumento.³

Sin embargo, cuando la ocurrencia que se alega como la base de una demanda es normalmente propia del ámbito del contrato, la responsabilidad que puede resultar debe establecerse y resolverse por los términos del contrato, pero precisamente entre las partes contratantes, y no entre una de ellas y otras personas que sostengan sin fundamento haber sustituido a la otra parte contratante, por lo que los terceros no están protegidos

2 Suprema Corte de Justicia, *Boletín Judicial* 713, p. 736

3 Suprema Corte de Justicia, 27 de agosto, 1984, *Boletín Judicial* 885, p. 2096; *Boletín Judicial* 723, p. 23.

jurídicamente contra esas ocurrencias, sino cuando ellas son de distinta naturaleza que las actuaciones contractuales.⁴

Siendo el requisito de la existencia de un contrato entre el autor del daño y la víctima una aplicación del artículo 1165 del Código Civil y estableciendo éste que un tercero se beneficia de un contrato cuando en su favor existe una estipulación en su beneficio, el tercero perjudicado por el prometiende u obligado se encuentra dentro del campo de la responsabilidad contractual, o sea, que ese tercero puede demandar en daños y perjuicios al autor del incumplimiento conforme a ese orden de responsabilidad.

Es lo que sucede en el contrato de transporte con el destinatario, quien se beneficia de la responsabilidad contractual a consecuencia de la estipulación en su beneficio creada por el expedidor y el portador. De igual manera sucede en materia de seguro cuando el beneficiario de la póliza acepta un contrato que no ha sido suscrito por él. Ha sido juzgado por nuestra Suprema Corte de Justicia que “la acción en responsabilidad contra el propietario de una nave puede ser intentada por el expedidor en virtud de su contrato de transporte; en efecto, al expedidor no se le puede oponer su falta de calidad bajo el pretexto de que él no era ya propietario de las mercancías, en vista de que ello conduciría a convertir al portador en juez de la situación, y darse cuenta si las mercancías transportadas son propiedad del expedidor o del destinatario; la circunstancia de que el destinatario tenga también derecho de ejercer la misma acción, por existir en virtud del contrato de transporte una estipulación por otro, en beneficio del destinatario, no es un obstáculo para que el primero, si el último no lo ha intentado, lo haga, y que el pago hecho a uno lo libera automáticamente hacia el otro”⁵. También ha sido juzgado por el mismo tribunal que “el que acepta un contrato que no ha sido suscrito por él (beneficiario de la póliza) deja de ser un tercero respecto de ese contrato.”⁶

En definitiva, el marco de la responsabilidad contractual se determina dependiendo de si el autor del daño y la víctima se encuentran unidos por un vínculo de naturaleza contractual; en

4 Suprema Corte de Justicia, 18 junio de 1969, *Boletín Judicial* 703, p. 1342.

5 Suprema Corte de Justicia, junio 1950, *Boletín Judicial*, p. 611.

6 Suprema Corte de Justicia, febrero 1932, *Boletín Judicial* 259, p. 29.

caso contrario, la responsabilidad es delictual o cuasidelictual, como sería el caso de un tercero que se asocia con una de las partes contratantes para violar el contrato; entre los contratantes la responsabilidad sería contractual, mientras que frente al tercero asociado a la violación del contrato la responsabilidad sería delictual o cuasidelictual.

El daño debe resultar del incumplimiento del contrato: El tercer requisito para que haya una responsabilidad contractual es que el daño debe resultar del incumplimiento del contrato, o sea, que debe existir una relación de causa a efecto entre el incumplimiento de la obligación contractual y el daño sufrido por la otra parte contratante.

Ese vínculo de causa a efecto solamente se puede determinar realizando un estudio minucioso del contenido del contrato a fin de establecer si el autor del daño estaba obligado a cumplir con esa obligación cuya inejecución o incumplimiento ha causado a la otra parte un daño o perjuicio. Al contenido del contrato es preciso asimilar aquellos casos en que las partes no han concretado en el contrato sus obligaciones respectivas sino que se han remitido a las reglas que de manera imperativa o supletoria establece la ley para los contratos nominados, como por ejemplo: en la compraventa, el arrendamiento, el mandato, el transporte aéreo⁷, el contrato de hospedaje⁸. O sea, que cuando el contrato o la ley, de manera supletoria, imponen obligaciones a los contratantes, el incumplimiento de esas obligaciones genera una responsabilidad que se enmarca en las reglas de la responsabilidad contractual.

Importa señalar que la jurisprudencia impone en ocasiones, a las partes contratantes, obligaciones que ellas no han convenido ni de una manera expresa ni tácita, y que al no cumplirse o al cumplirse defectuosamente comprometen la responsabilidad contractual del autor del daño. Estas obligaciones denominadas frecuentemente obligaciones accesorias son condicionadas por la jurisprudencia, principalmente en los contratos de adhesión. Ya que los tribunales, interpretando la voluntad de los contratantes, incluyen en los contratos cláusulas accesorias que la parte más fuerte no aceptaría, pero que benefician a la parte más débil. Pero la labor de la jurisprudencia no se ha limitado a poner a cargo

7 Para el contrato de transporte aéreo, ver Ley No. 505 del 1969, C.O. No. 9165.

8 Ver Ley Orgánica de Turismo, No.541 de 1970, artículo 36, *Gaceta Oficial* No. 9173.

de las partes, bajo la denominación de obligaciones accesorias, obligaciones que ellas no han convenido sino que además en ocasiones les imprime un carácter de obligaciones determinadas con lo que la víctima se beneficia de la prueba, porque es sabido que en las obligaciones determinadas o de resultados a la víctima le basta con establecer que no se han obtenido los resultados esperados, teniendo que probar la otra parte una de las causas eximentes de responsabilidad. Tal es el caso del contrato de transporte, en el cual nuestra jurisprudencia considera que existe una obligación determinada, consistente en llevar al pasajero sano y salvo al lugar de su destino⁹.

Para que la responsabilidad sea contractual el daño debe ser la consecuencia del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Cuando la demanda se fundamenta no en el incumplimiento de una obligación contractual sino en la cancelación unilateral del contrato, la responsabilidad es delictual o cuasidelictual. Es lo que ha dicho la Suprema Corte de Justicia: “Considerando, que, en el caso ocurrente, la demanda de “C” no tuvo por causa el incumplimiento de una obligación específica dentro de la ejecución de un contrato, sino la cancelación total de un contrato por la acción unilateral del actual recurrente, caso en el cual surge la responsabilidad ya extracontractual a que se refieren los artículos 1382 al 1386 del Código Civil”¹⁰.

Cuando el daño nace no a consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual sino de un delito civil, la responsabilidad es delictual o cuasidelictual. Ha sido juzgado que el incumplimiento de una obligación contractual no constituye un delito en el sentido del artículo 1382 del Código Civil¹¹, y es que cuando la ocurrencia que se alega como base de una demanda es normalmente propia del ámbito del contrato, la responsabilidad que puede resultar debe establecerse y resolverse por los términos del contrato.¹²

9 Suprema Corte de Justicia, septiembre 1959, *Boletín Judicial* 482, p. 910.

10 Suprema Corte de Justicia, septiembre, 1978, *Boletín Judicial* 814, p. 1820; septiembre 1981, *Boletín Judicial* 850, p. 2065.

11 Suprema Corte de Justicia, enero 1964, *Boletín Judicial* 642, p. 82.

12 Suprema Corte de Justicia, junio 1969, *Boletín Judicial* 703, p. 1347.

Es preciso, por otro lado, para que la responsabilidad sea contractual, que el daño ocasionado sea ocasionado dentro de la vigencia del contrato, y para que este requisito exista es precisamente que se examina el contenido mismo del contrato. En ciertos contratos la jurisprudencia se ha encargado de fijar la duración y efectos de un contrato, como es, por ejemplo, en el contrato de transportista aéreo: está obligado a indemnizar los daños y perjuicios resultantes de la pérdida, destrucción, avería o retraso del equipaje facturado, si el hecho que causó los daños, tuvo lugar durante el período de transporte. Este período se cuenta desde el momento en que el transportista recibe el equipaje facturado, hasta el momento de entrega al interesado.¹³

I. El problema de la opción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual

Planteamiento e interés: Cuando se encuentran reunidos todos los requisitos para la existencia de la responsabilidad contractual, ¿tiene la víctima del incumplimiento de un contrato la opción de elegir entre la vía contractual y la vía delictual o cuasidelictual?

La colocación de la víctima en el orden contractual o en el orden delictual o cuasidelictual da lugar a la aplicación de ciertas reglas que varían dependiendo del orden de que se trate. Unas veces las reglas más favorables para la víctima son las de la responsabilidad contractual y otras veces las de la responsabilidad delictual o cuasidelictual. Las diferencias de tratamiento entre un orden u otro debemos de enfocarlas desde diferentes puntos de vista:

a) Las reglas de la prescripción son diferentes en materia contractual y en materia delictual. Conforme al artículo 2273 del Código Civil, la acción en responsabilidad contractual prescribe a los dos años; mientras que la prescripción de la acción en responsabilidad delictual o cuasidelictual varía: para los cuasidelitos, seis meses (artículo 2271 del Código Civil); para los delitos civiles, en año (artículo 2272 del Código Civil); independientemente de que cuando la acción civil tiene su fuente en una infracción a la Ley penal, la prescripción aplicable es la que determina el Código de Procedimiento Criminal en sus artículos 454, 455 y 457.¹⁴

13 Suprema Corte de Justicia, abril 1971, *Boletín Judicial* 725, p. 909.

14 Ver supra No. 19.

b) Las reglas de la competencia también difieren en relación a un orden de responsabilidad con el otro. En materia contractual el tribunal competente, en principio, para conocer de la acción en responsabilidad civil es el del domicilio del demandado, mientras que en materia delictual o cuasidelictual no necesariamente el tribunal del domicilio del demandado es el único competente, pues si la acción civil se origina en una infracción a la ley penal, aquella se puede llevar accesoriamente a la acción pública, de la cual puede estar apoderado un tribunal que no sea el del domicilio del demandado, conforme a las reglas de competencia de los tribunales represivos.

La jurisdicción represiva es incompetente para reconocer accesoriamente a la acción pública de la acción civil fundada en una inejecución de una obligación contractual.¹⁵

c) En cuanto a los intereses monetarios también existe una diferencia de tratamiento. En materia delictual o cuasidelictual los jueces solamente pueden acordar intereses moratorios a partir de la sentencia, aunque sí pueden otorgar intereses compensatorios a partir del hecho perjudicial o a partir de la fecha de la demanda, mientras que en materia contractual se pueden conceder intereses moratorios a partir de la puesta en mora del deudor de la obligación.

d) En cuanto a los daños previsibles también existen diferencias entre la responsabilidad contractual y la delictual o cuasidelictual. En materia contractual, según lo establece el artículo 1147 del Código Civil, los daños y perjuicios a que tiene derecho el acreedor consisten en las cantidades análogas a las pérdidas que haya sufrido y a las ganancias de que haya sido privado¹⁶, y en cuanto al contrato existe una cláusula penal: la suma así fijada no puede ser reducida por el juez¹⁷, mientras que en materia delictual o cuasidelictual los jueces tienen un poder soberano para fijar su monto, salvo que este monto sea desproporcionado al daño causado.¹⁸

15 Ver supra No. 12, notas 4 y 5.

16 Suprema Corte de Justicia, agosto 1950, *Boletín Judicial* 482, p. 907.

17 Suprema Corte de Justicia, 25 agosto 1933, *Boletín Judicial* 277, p. 18.

18 Suprema Corte de Justicia, marzo 1933, *Boletín Judicial* 274, p. 14; junio 1969, *Boletín Judicial* 703, p. 483; mayo 1970, *Boletín Judicial* 714, p. 944.

e) En cuanto a las convenciones de responsabilidad: otra diferencia entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual o cuasidelictual se pone de manifiesto en cuanto al tratamiento que la jurisprudencia les da a las convenciones de responsabilidad. En el orden de responsabilidad delictual o cuasidelictual las convenciones o pactos de exención de responsabilidad o de limitación de responsabilidad son inoperantes, por ser esa responsabilidad de orden público, y la jurisprudencia solamente las acepta cuando intervienen con posterioridad a la ocurrencia de casos concretos; mientras que en el campo de la responsabilidad contractual las convenciones de no responsabilidad son válidas, salvo el caso de que no estén equilibradas por obligaciones razonables de parte de quien beneficie la exención o la limitación de responsabilidad.¹⁹

Habiendo establecido las diferencias existentes entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual en cuanto a la prescripción, a la competencia, a los daños moratorios, a los daños previsibles y a las convenciones de responsabilidad, es preciso que reiteremos la pregunta ¿cuándo se encuentran reunidos todos los requisitos para la existencia de la responsabilidad contractual, tiene la víctima del incumplimiento de un contrato, opción para elegir entre la vía contractual y la vía delictual o cuasidelictual? Recordemos que, según las diferencias de tratamiento precedentemente señaladas, la víctima puede tener interés en colocarse en uno u otro orden de responsabilidad. Debemos de descartar la situación que se plantea cuando no se encuentran reunidos los requisitos para la existencia de la responsabilidad contractual: la víctima tiene que conformarse con las reglas de la responsabilidad delictual.

Nuestra Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el problema de la opción de los órdenes de responsabilidad; entre las sentencias más representativas es preciso destacar las siguientes:

En sentencia dictada en septiembre de 1954 (Boletín Judicial 530, p. 1843) nuestro máximo tribunal judicial dijo que “si bien es cierto que la responsabilidad contractual puede ser descartada, parcial o totalmente, por una cláusula de no responsabilidad, no es menos cierto que en ese caso la responsabilidad delictuosa

19 Suprema Corte de Justicia, septiembre 1954, *Boletín Judicial* 530, p. 1843; junio 1970, *Boletín Judicial* 715, p. 1105.

que se encuentra en esta subyacente en todo contrato no puede ser descartada, por ser de orden público; en tal situación el acreedor lesionado puede fundar su acción en los artículos 1382 y 1383 del Código Civil, lo que tiene por efecto invertir la carga de la prueba, puesto que en el ámbito de dichos textos legales toca al demandante hacer la prueba de la falta. Estando obligado el deudor a responder en materia delictuosa y cuasidelictuosa de toda falta, aún de la falta más ligera, la información que solicite el demandante tendiente a probar una falta cualquiera del deudor, no puede ser rechazada frente a las disposiciones del artículo 253 del Código de Procedimiento Civil, por tratarse de hechos pertinentes y concluyentes para la solución del litigio; en la especie el contrato de abono celebrado entre la compañía eléctrica y los demandantes originarios contiene en su artículo 9 una cláusula de no responsabilidad en relación con la interrupción del servicio de energía eléctrica; esta cláusula, según se ha expresado ya, no contiene un impedimento jurídico para que dichos abonados pudieran probar el hecho de la interrupción del servicio de la luz que alegan, así como la falta de la compañía recurrida. La Corte a-quá, después de externar el criterio de que las cláusulas de no responsabilidad contractual sólo cubren la falta ligera, pero no el dolo o la falta grave asimilable al dolo, rechazó la información testimonial solicitada, fundándose en un motivo de derecho, esto es, en que los demandantes ofrecieron probar que “la suspensión o interrupción del servicio se debió a faltas graves o a negligencias asimilables al dolo”; desconociendo de este modo que el deudor de la obligación es responsable de la falsa aún ligera, desde el momento en que es descartada la responsabilidad contractual; en consecuencia, dicha Corte hizo en el fallo impugnado una falta interpretación de la cláusula 9 del contrato de abono y por tanto del artículo 7 de la resolución 1214 del 12 de julio de 1946, que aprueba el contrato entre la Compañía Eléctrica y el Estado, y el Artículo 253 del Código de Procedimiento Civil”.

De la sentencia anterior se infieren las consecuencias siguientes: 1) la responsabilidad contractual puede ser descartada parcial o totalmente por una cláusula de no responsabilidad; 2) en todo contrato se encuentra en estado subyacente la responsabilidad delictuosa; 3) la responsabilidad delictual no puede ser descartada por una cláusula de no responsabilidad porque es de orden público; 4) aún ante la existencia de una cláusula de no responsabilidad, la víctima puede probar una falta delictual, aún ligera, contra el deudor, descartando el ámbito de la responsabilidad contractual, colocándose en el orden de la responsabilidad delictual, conforme a los artículos 1382 y 1383 del Código Civil; 5) el deudor de una obligación delictuosa o

cuasidelictuosa está obligado a responder de toda falta, aún de la más ligera; 6) la falta aún ligera, cometida por el deudor, descarta la responsabilidad contractual.

Esa misma sentencia parece indicar que la víctima del incumplimiento de una obligación contractual tiene un derecho de opción que le permite demandar, ya sea por el orden de la responsabilidad delictual o cuasidelictual, ya sea en el orden de la responsabilidad contractual. Este mismo criterio parece inferirse de otra sentencia.²⁰

Sobre el mismo asunto la Suprema Corte de Justicia ha dicho: “Considerando que el incumplimiento de una obligación contractual no constituye un delito civil en el sentido del Artículo 1382 del Código Civil; que por consiguiente, como en la especie no se trata de una demanda en daños y perjuicios fundada en un delito civil, pues lo que estaba en causa era una cuestión contractual, o sea las obligaciones resultantes de un contrato de aparcería...”²¹.

Conforme a esta última sentencia, el criterio es que cuando no hay falta de carácter civil y la obligación se deriva del incumplimiento de un contrato es en base a las disposiciones de la responsabilidad contractual que debe resolverse el asunto. Cuando la ocurrencia que se alega como base de una demanda es normalmente propia del ámbito del contrato, la responsabilidad que puede resultar debe establecerse por los términos del contrato.²²

Es conocida la posición de la jurisprudencia dominicana de que no es posible llevar la acción civil accesoriamente a la acción pública cuando aquella se fundamenta en la inejecución de una obligación contractual, ya que éste no constituye un delito en el sentido del artículo 1382 del Código Civil²³. Sin embargo, la existencia de una falta penal a consecuencia de la cual se causa un daño, transmuta la responsabilidad contractual, es responsabilidad delictual o cuasidelictual y es lo que ha dicho la Suprema Corte de Justicia en materia de contrato de transporte

20 Suprema Corte de Justicia, mayo 1969, *Boletín Judicial* p. 1164.

21 Suprema Corte de Justicia, enero 1964, *Boletín Judicial* 462, p. 82.

22 Suprema Corte de Justicia, junio 1969, *Boletín Judicial* 703, p. 1347.

23 Ver supra No. 12.

de pasajeros al afirmar que la responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato de transporte de pasajeros se transforma en responsabilidad delictuosa tan pronto como la inejecución defectuosa de ese contrato es la consecuencia directa e inmediata de una falta del conductor, generadora de un delito²⁴.

Cuando la demanda no tiene por causa el incumplimiento de una obligación específica dentro de la ejecución de un contrato, sino la cancelación total de un contrato por la acción unilateral de una de las partes, la responsabilidad que surge es la delictual o cuasidelictual a que se refieren los artículos 1382 al 1386 del Código Civil, y no la responsabilidad contractual²⁵.

Cuando se compromete la responsabilidad contractual, la prescripción de la acción está regida por el artículo 2273 del Código Civil, que establece un plazo de dos años²⁶.

Aparentemente existe una contradicción entre la sentencia de 1954 y las sentencias posteriores; pues mientras la primera parece admitir la posibilidad de la opción, las otras parecen rechazarlas. Sin embargo, no creo que la Suprema Corte de Justicia haya querido decir que cuantas veces se encuentren reunidos los requisitos para que una persona comprometa su responsabilidad contractual, la víctima puede colocarse en el orden de los artículos 1382 y siguientes, ni tampoco creo que nuestro máximo tribunal haya rechazado pura y simplemente la opción.

En materia de convenio o cláusulas de responsabilidad la Suprema Corte de Justicia ha dicho, en una primera sentencia, que la situación de derecho creada por las partes en uso de la facultad de libre contratación no puede ser modificada en base a la existencia de una falta delictual, para posteriormente afirmar, que la cláusula 12 del Convenio del Depositante es inoperante no porque se tratara de un contrato de adhesión, sino por la circunstancia de que todo pacto de exención total de responsabilidad es inoperante cuando existe una evidente

24 Suprema Corte de Justicia, junio 1966, *Boletín Judicial* 667, p. 875; julio 1966, *Boletín Judicial* 668, p. 1096.

25 Suprema Corte de Justicia, septiembre 1978, *Boletín Judicial* 814, p. 1820.

26 Suprema Corte de Justicia, mayo 1969, *Boletín Judicial* 834, p. 907.

ligereza²⁷, y que para que se conceda una indemnización por encima de la cláusula de limitación de responsabilidad es preciso que el deudor haya cometido una falta de tipo delictual²⁸.

De las sentencias anteriores se observa que el criterio más socorrido para la Suprema Corte de Justicia es que cuantas veces la víctima pretenda probar la existencia de un delito civil o fundamentar su demanda en un delito civil, el derecho de opción le es concedido, y es así como en una de sus más recientes sentencias en ese sentido se ha pronunciado de la manera siguiente: “que el recurrido basó su reclamación, no en el hecho de que la recurrente dejara de cumplir una o algunas de las obligaciones asumidas en el contrato que los ligaba, sino en el error de conducta incurrido por los empleados de la recurrente al recomendar una dosis inadecuada del producto vendido y que, en tales condiciones, la litis se planteó y dentro de esos límites tenía que dar solución al caso, puesto que la demanda y las conclusiones de las partes circunscriben el poder de decisión del juez; que en consecuencia, la Corte a-qua actuó correctamente al decidir la especie dentro de los términos de los artículos 1383 y 1384 del Código Civil²⁹.

La solución dada al problema de la opción por las doctrinas francesas y la dominicana³⁶, así como por la jurisprudencia de ambos países, no es satisfactoria.

Nos encontramos en presencia de un conflicto de intereses: el interés particular, protegido por el artículo 1113 del Código Civil, que establece la libertad de contratar y según el cual las partes son libres de establecer las condiciones bajo las cuales se obligan (salvo las excepciones previstas por el artículo 48 de la Constitución de la República y por el artículo 6 del Código Civil; ambos relativos al orden público y a las buenas costumbres); y el interés relativo al orden público protegido por las disposiciones de los artículos 1382 y siguientes del Código Civil.

La responsabilidad delictual o cuasidelictual consagrada principalmente por los artículos 1382, 1383 y 1384 del Código Civil constituyen el derecho común de nuestra responsabilidad

27 Suprema Corte de Justicia, junio 1973, *Boletín Judicial* 751, p. 1720.

28 Suprema Corte de Justicia, 24 febrero 1982, *Boletín Judicial* 855, p. 286.

29 Suprema Corte de Justicia, 14 noviembre 1984, *Boletín Judicial* 888, p. 2935.

civil y por lo tanto tiene preeminencia sobre la responsabilidad civil contractual. Pero ese carácter de orden público con que se encuentra investida la responsabilidad delictual o cuasidelictual no puede ser suficiente en todos los casos para que las personas no puedan libremente establecer en sus contratos las condiciones bajo las cuales ellas desean obligarse y prever sus responsabilidades respectivas en caso de incumplimiento de la obligación nacida del contrato; pues de lo contrario se desnaturalizaría el sentido y alcance del artículo 1134 del Código Civil y se destruiría la responsabilidad contractual.

Ahora bien, dentro de la responsabilidad delictual o cuasidelictual el artículo 1382 establece una disposición general común y aplicable a todos los órdenes de responsabilidad y al mismo tiempo de orden público, que dispone que cualquier hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquél por cuya culpa sucedió a repararlo. Es la sanción que el derecho común establece contra toda persona que causa intencionalmente un daño a otro. Esta sanción no puede ser descartada por las partes contratantes, con lo que quiero significar que el daño causado intencionalmente por una persona no puede ser previamente objeto de ningún convenio o acuerdo y, en consecuencia, en presencia de un delito civil (daño causado intencionalmente) es preciso admitir que la víctima de ese daño se beneficia del derecho de elegir entre la responsabilidad civil y la responsabilidad delictual o cuasidelictual. Lo anterior se explica, además, porque no es posible que las partes contratantes convengan que cuando intencionalmente causen un daño puedan liberarse impunemente de su reparación, ya que admitir lo contrario sería convertir a los contratantes en árbitros del cumplimiento de sus obligaciones, estableciéndose así una condición potestativa que sería nula de conformidad con el artículo 1171 del Código Civil.

Debemos, pues, reservar la negativa a ese derecho de opción al daño causado por negligencia o imprudencia (cuasidelito civil). O sea, que cuando el incumplimiento de la obligación prevista en el contrato es la consecuencia de una imprudencia o negligencia que causa un daño a la otra parte, esos hechos no pueden ser suficientes para descartar las reglas de la responsabilidad contractual, y es conforme a éstas reglas que el asunto debe dirimirse. Las partes contratantes pueden reglamentar en el contrato la sanción que recibirán en caso de incumplir con sus obligaciones a resultas de sus imprudencias o negligencias. Este

es el verdadero sentido del artículo 1150 del Código Civil, que admite la previsibilidad de los daños en materia contractual ya que los subordina a la existencia de la buena fe y los descarta cuando hay mala fe.

Por todo lo anterior, entiendo que cuando la Suprema Corte de Justicia habla de que una falta ligera o una falta cualquiera apreciada desde el punto de vista civil (no contractuada) es suficiente para que la víctima se beneficie del derecho de opción, hace una errada aplicación de los órdenes de responsabilidad, porque, por ejemplo: en cuanto a los convenios de responsabilidad, las partes acuerdan un toque de responsabilidad para cubrirse de sus imprudencias o de sus negligencias y si han sido prudentes y diligentes, el convenio de limitación no tendría razón de ser, pues si no cumplen con su obligación contractual es porque un caso de fuerza mayor se lo ha impedido, y la fuerza mayor es liberatoria de responsabilidad.

Comentarios en torno a las leyes 834 y 845 de 1978. Su puesta en vigor y aplicación*

*Margarita A. Tavares***

*Coloquios Jurídicos, Julio-Diciembre de 1988, año 3, no. 5, páginas 65-81.

**MARGARITA A. TAVARES. Graduada de Doctora en Derecho el 28 de octubre de 1947. Desde el año 1948 ejerce la profesión de abogado. Conjuntamente con su hermano, el Dr. Froilán J. R. Tavares ha reeditado la obra de su padre, el Lic. Froilán Tavares hijo, titulada "Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano", así como, del mismo autor, "El Código de Procedimiento Civil y Legislación Complementaria." Ha participado en diversos congresos, seminarios y charlas, sobre los derechos de la mujer y del niño, sobre derecho laboral y procedimiento civil. Presidente de la Comisión Sobre los Derechos de la Mujer de la Asociación Dominicana de Abogados (ADOMA) 1979. Miembro de la comisión encargada de la actualización del código de procedimiento civil (Decreto no. 826 de 1979). Presidenta de la Comisión de Estudio y Reforma de las Leyes que Discriminan a la Mujer (Decreto no. 3014 de 1985).

Ha participado en la elaboración de diversos proyectos de leyes a favor de la mujer y los menores (años 1975-1978). Miembro fundador de la Asociación Dominicana de Abogados (ADOMA) 1961. Miembro honorario de la Asociación de Abogados de Santiago. Miembro de la Academia Dominicana de Estudios Jurídicos Inc. (1985) y Juez de la Suprema Corte de Justicia. Ha escrito artículos en diversas revistas y folletos especializados. En el ejercicio de su profesión se ha especializado en derecho civil y comercial.

Comentarios en torno a las leyes 834 y 845 de 1978. Su puesta en vigor y aplicación

Muy pocos países han producido códigos verdaderamente originales. Desde los finales del siglo XVIII, por razones filosóficas, económicas y políticas nace un movimiento que tiende a reemplazar el derecho autónomo, por la adopción o asimilación de derechos codificados. En la mayoría de los países del mundo actual los códigos han sido importados, derogando los derechos y costumbres propios mediante la recepción total o parcial de sistemas jurídicos extranjeros.

Los tratadistas y estudiosos de la historia del derecho, del derecho comparado y de otras ramas en las cuales no pretendo incursionar por no ser versada en la materia, están de acuerdo en que si bien los códigos constituyen un conjunto de disposiciones, ellos por sí mismos no hacen el derecho; este se constituye a través de la vida misma de la nación.

De ahí que si bien una legislación importada puede asimilarse, no todo el derecho adoptado es asimilado: es lo que se ha llamado la asimilación negativa como antítesis de la asimilación positiva. En la primera, la legislación es ingerida, pero no digerida, quedando sus postulados en desuso, o impracticables. En la segunda, la legislación ingerida es dirigida, creando el verdadero derecho autónomo.

Los factores principales de esta asimilación positiva son la jurisprudencia, la doctrina, y la práctica de los actos jurídicos. La intervención de estos tres factores es lo que crea ciertamente un derecho autónomo, capaz de responder a las más diversas circunstancias, propias del medio social y económico en que se desarrolla.

De estos factores, el de mayor trascendencia es el de la jurisprudencia, a través de la interpelación, y de la libertad de apreciación del juez, reconocida en infinidad de las disposiciones trasplantadas.

Y no es precisamente la codificación francesa la más asimilable por ser la más rígida, y la menos elástica en su aplicación.

Los códigos suizo y alemán, sobre todo el primero, se consideran de una más fácil asimilación porque deja al arbitrio de los jueces una gran parte del dominio reservado en el derecho francés al legislador.

El desarrollo de estos factores en el curso de la historia de nuestro derecho no es abundante ni fructífero. La práctica de seguir copiando de nuestra legislación de origen, sin el menor esfuerzo por crear un derecho autóctono que rompiera con los lazos que nos unen a Francia, cada día toma cuerpo por lo que algunos juristas opinan que existe un verdadero colonialismo jurídico en doctrina, jurisprudencia y práctica judicial.

Otros por el contrario afirman, que el apego a las directivas de la doctrina y jurisprudencia francesas no constituye realmente un colonialismo jurídico, sino que es una consecuencia de nuestro propio derecho, producto de una sumisión forzada a las directrices de la doctrina y jurisprudencia francesas, y no al esfuerzo intelectual de nosotros, los juristas, que parecemos incapaces de crear nuestro propio derecho, más acorde con nuestro medio.

Como un paréntesis, en lo que se ha llamado la “época de oro” de nuestro derecho (años 1940 a 1961) surge un movimiento de autodeterminación jurídica. La teoría de la “Unidad de Jurisdicción”, inicialmente lanzada con el equívoco nombre de “plenitud de jurisdicción”, copia inadecuada de un fenómeno típico francés, fue consagrada por primera vez como doctrina en marzo de 1944 por el Lic. Froilán Tavares hijo, en la primera edición de su obra *Derecho Procesal Civil Dominicano*, y luego expuesta en el mismo año por el Lic. J. H. Docoudray en artículos para un periódico local. Fue también apoyada por los profesores licenciados Leoncio Ramos e Hipólito Herrera Billini, este último también Juez Presidente de la Suprema Corte de Justicia. Posteriormente, los doctores Hipólito Herrera Pellerano, Juan Manuel Pellerano y Luis R. del Castillo Morales tratan el principio en la obra de *Derecho Procesal Penal*, sosteniendo la tesis de la existencia conjunta del mismo principio con la plenitud de jurisdicción. Otros juristas dominicanos, como el Dr. Salvador Jorge Blanco, han hecho serios estudios acerca de esa doctrina. De esta misma época fue la aplicación jurisprudencial de la máxima “no hay nulidad sin agravio”, en una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de fecha 8 de marzo de 1955. Hasta ahí, este principio había sido objeto de aplicación legislativa, en materia de embargo inmobiliario en materia laboral, y en las causas que interesan al

Estado, en las cuales no se aplican las disposición de los artículos 1029 y 1030 del Código de Procedimiento Civil.

Como es sabido, este principio es consagrado en el artículo 31 de la ley número 834, para las nulidades de forma.

En la historia del derecho dominicano existe un hecho poco común: la adaptación voluntaria de los códigos franceses. No solamente el Código Civil o Código Napoleón, sino también el Comercial, el Penal, y los de procedimientos civil y criminal.

Pero, lamentablemente, mientras nuestra legislación de origen evolucionó ostensiblemente durante su primer siglo y posteriormente, y aún encontramos en ellos instituciones arcaicas como lo son, por ejemplo, en el Código Civil, los regímenes matrimoniales y, en el Procesal Civil, entre otras, un sistema legal de prueba que si bien ha evolucionado parcialmente en lo que respecta a algunas medidas de instrucción con las disposiciones recogidas en la ley número 834 (dotando al juez de poderes más amplios encaminados a ordenar, ampliar o modificar un informativo o una comparecencia personal), ha dejado de lado otros avances en el sistema probatorio, como son las verificaciones personales del juez, así como el uso del sistema sonoro, visual o audiovisual. Si tenemos en cuenta que el país ha experimentado notables avances en este tipo de tecnología, el retardo en su adopción resulta verdaderamente insólito.

Circunscribiéndonos a la evolución de nuestro derecho procesal civil podríamos afirmar que hasta 1935, cuando se promulgó la ley número 1015, las reformas legislativas fueron prácticamente nulas. Esta ley varió radicalmente la estructura del proceso en materia civil ante el juzgado de primera instancia y la corte de apelación, sustituyendo la forma oral por la forma escrita, en la fase de los debates.

Posteriormente, se modifican el procedimiento de embargo inmobiliario (artículos 673 a 717, 725 a 740 del Código de Procedimiento Civil) en virtud de la ley número 764, que no introdujo verdaderamente profundas modificaciones a este procedimiento ejecutorio.

En el año 1959, la ley número 5119 suprimió al preliminar de conciliación, sustituyéndolo por el procedimiento de las medidas conservatorias previas a la demanda (artículos 48 a 58 del Código de Procedimiento Civil).

Estas modificaciones han resultado de una indiscutible utilidad en la protección del acreedor, aunque ciertamente a veces han sido usadas con desparpajo por jueces y abogados.

Vale la pena también mencionar aquí la ley número 138 de 1971, que modificó los artículos 561 y 569 del citado Código, referentes al embargo retentivo. La última de dichas disposiciones han sido de gran utilidad para las instrucciones bancarias y de créditos al eximirlos de la citación en declaración afirmativa a cambio de una constancia de las sumas o valores propiedad del embargo.

Las reformas de 1978 son, no cabe dudas, las más trascendentales en el derecho procesal civil, pese a sus lagunas y deficiencias.

En efecto, la leyes números 834 y 845, inspiradas en las reformas francesas que culminaron con las puestas en vigor, en 1975, del nuevo Código de Procesamiento Civil, se caracterizan principalmente por la eliminación de determinados rigorismos procesales y por una mayor participación del juez encaminadas a evitar las innecesarias e intencionales dilaciones favorecidas por las antiguas normas procesales.

Así, la nueva legislación atribuye al juez la facultad de ordenar multas conminatorias o astreintes, o la ejecución provisional de sus decisiones en determinados casos. La eliminación de los recursos usuales en los casos de declinatorias, contribuye a una solución más simple y rápida a las excepciones.

Los artículos 11 y siguientes de la ley número 434, en esta materia, atribuyen al Juez y al Secretario un papel activo en los casos de avocación del fondo de la litis y radiación de oficio del asunto. En los informativos, las convocatorias para la audición de los testigos y notificación de la sentencia que lo ordena (artículos 97 y 98).

No obstante la preparación de los anteproyectos que dieron lugar a las leyes que comentamos estuvo a cargo de prominentes juristas quienes abocaron a la tarea de realizar una unificación de nuestro derecho procesal y adoptar las conveniencias con la puesta en vigor del nuevo Código de Procedimiento Civil; razones de conveniencia política precipitaron el depósito de los proyectos en manos del presidente del Senado, en una etapa no

concluida del proyecto, al que siguió una promulgación al vapor en ambos cuerpos legislativos, sin la necesaria ponderación y perfeccionamiento muy de desear en estos casos.

Las polémicas surgidas durante el período de tres meses previos a su puesta en vigencia, y posteriormente, tanto en la prensa como mediante charlas, seminarios y mesas redondas, demostraron que, pese a su indiscutible utilidad y al progreso que ciertamente conlleva su vigencia, existían serias dudas sobre la eficacia de su aplicación debido principalmente a errores de traducción, falta de adaptación a nuestro sistema procesal, sin excluir las situaciones confusas que se presentan con la implantación de un nuevo sistema dentro del conjunto de disposiciones legales que es nuestro Código de Procesamiento Civil, en muchos casos arcaico, pero vigente.

Cuatro artículos aparecidos en la prensa con la firma de los doctores Juan Manuel Pellerano, Froilán J. Tavares y Judet H. Hasbún, nos dan una idea de la reacción fuertemente adversa de una gran parte de nuestra clase profesional a las leyes de 1978.

Del Dr. Pellerano, el artículo titulado “Abogados, ¿qué pasa?” (*Listín Diario*, 19 de octubre de 1978). Fuerte defensor de las citadas leyes, aplaude su promulgación y reprocha a sus colegas opositores su reacción adversa a la derogación de disposiciones arcaicas tantas veces demandadas, pese a reconocer determinadas características que rodearon su promulgación, expuestas anteriormente.

Del Dr. Tavares (*Listín Diario*, 25 de octubre de 1978), el artículo titulado “Dr. Pellerano, ¿qué pasa?”, en el que, sin desconocer la necesidad e importancia de las recientes reformas, critica la forma subrepticia utilizada para “lanzar a la cara de los abogados nuevas leyes que se presume cambian una técnica y práctica anterior”, “preparadas, aprobadas y promulgadas virtualmente en secreto”.

Una actitud parecida asume el Dr. Judet A. Hasbún en su artículo “Dr. Pellerano, ¿qué pasó?” (*Listín Diario*, 1ro. de noviembre, 1978).

Cierra esta polémica otro artículo del Dr. Juan Manuel Pellerano “Sólo para abogados” (*Listín Diario*, 23 de noviembre, 1978), escrito a propósito de una noticia publicada en *El Nacional* (17 noviembre), en que un grupo de juristas solicitó a las cámaras

legislativas que ponderaran la posibilidad de suspender su vigencia, o derogar las nuevas leyes procesales.

La labor doctrinal de nuestros juristas, respecto de las diversas materias tratadas en las leyes que comentamos, no podríamos calificarla de abundante pero sí interesante, útil y bien fundamentada.

Podríamos mencionar, además del Dr. Juan Manuel Pellerano, a los doctores Bernardo Fernández Pichardo, Luis R. del Castillo Morales, Rafael M. Luciano Pichardo, Miguel A. Báez Brito, Jottin Cury, Antagnan Pérez Méndez y Lic. Fabio J. Guzmán, cuyas obras y artículos figuran en la bibliografía anexa a este trabajo.

En las mesas redondas celebradas en la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña a partir de mayo de 1979, a las que concurrió un nutrido grupo de abogados, se tuvo la oportunidad de analizar con profundidad el contenido de las reformas, especialmente algunos aspectos de la ley número 834.

Lamentablemente este evento se suspendió, sin obtener por lo menos un sumario y conclusiones finales que hoy podrían construir la base de un estudio encaminado a obtener la necesaria unificación de nuestra legislación procesal.

Independientemente de la señalada labor es oportuno destacar la intervención de los magistrados Pierre Bellet, Presidente de la Primera Cámara Civil de la Corte de Casación francesa, y Jean Leonnet, de la Administración del Ministerio de Justicia, con funciones en la Dirección de Asuntos Civiles y Judiciales en la cancillería francesa, que nos visitaron a finales del año 1975.

El último de dichos magistrados dictó una interesante conferencia sobre las nuevas tendencias del procedimiento civil en la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña, invitado por el entonces decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Dr. Manuel Bergés Chupani.

No voy a referirme a todas las materias tratadas en las leyes números 834 y 845, puesto que sería extender más de lo debido esta intervención.

He escogido, en lo que atañe a la ley número 834, algunos aspectos del reherimiento y las excepciones declinatorias. En cuanto a la ley número 845, algunos aspectos del proceso en defecto.

En estos temas, me propongo simplemente observar los avances que supone la nueva legislación, algunos comentarios sobre sus disposiciones y la labor de la jurisprudencia.

El referimiento

Esta materia ha experimentado una evolución considerable a partir de las reformas introducidas en el nuevo Código de Procedimiento Civil francés. Sus disposiciones fueron recogidas por los artículos 101 a 112; 140 y 141 de la ley número 834.

Limitado en la antigua legislación a los casos de urgencia o cuando era necesario resolver sobre las dificultades relativas a la ejecución de una sentencia o un título ejecutorio, la institución del referimiento constituye en la actualidad una de las formas más usuales en la solución de asuntos que ameritan una decisión provisional, mediante un procedimiento acelerado, simple y breve.

El principio intangible y sagrado en el derecho antiguo que prohibía al juez de los referimientos conocer del fondo del asunto principal, se ve, si no violado, por lo menos atenuado en aquellos casos en que al juez del referimiento se le obliga a apreciar la seriedad de la obligación, la magnitud de un daño o de una turbación ilícita.

Pero las innovaciones señaladas tienen un alcance mayor, ya que atribuye en determinados casos al Presidente en grado de apelación poderes para dictar ordenanzas de referimiento. Esta facultad sin lugar a dudas ha llenado una necesidad en la práctica judicial.

Sabemos que, de acuerdo con la antigua legislación, los asuntos urgentes que deberían ser decididos en referimiento son llevados ante el juez de primera instancia, obligado en este caso a conocer en referimiento de cuestiones que, por el efecto devolutivo de la apelación debían ser conocidos por la corte en grado de apelación. Por otra parte, cualquier dificultad surgida con motivo de la ejecución provisional de una ordenanza debía forzosamente

ser conocida por la Corte de Apelación en pleno de acuerdo con el procedimiento propio de esta jurisdicción.

Su utilidad, especialmente en los casos de suspensión de la ejecución de sentencias impropriamente calificadas en última instancia (art. 140) depositan en manos del Presidente de la Corte de Apelación un poder de control sobre la colocación en última instancia de las sentencias y en caso de ser ésta errada, suspender su ejecución hasta que la admisibilidad del recurso sea apreciada por la Corte de Apelación. De igual utilidad son los poderes en caso de ejecución provisional (artículo 137).

Cuando ésta ha sido prohibida por la ley o existe el riesgo de que la ejecución entrañe consecuencias manifiestamente excesivas; cuando no ha sido solicitada en primera instancia, o habiéndolo sido ésta es rehusada, el Presidente, en caso de apelación, puede constituir un eficaz control, ya sea deteniéndola en los casos específicamente provistos, o acordándola.

Una investigación en las cortes de apelación podrá demostrarnos cuán abundante es la jurisprudencia en la aplicación del citado artículo 137, especialmente en la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación de Santo Domingo.

La Suprema Corte de Justicia, por otra parte, ha dictado algunas sentencias de principio entre las que citaremos las de fechas 29 de mayo y 18 de diciembre de 1985, estableciendo que el Presidente de la Corte se encuentra investido de sus poderes en referimiento desde el momento en que el acto de emplazamiento se depositó en manos del secretario. Igualmente, la sentencia del 20 de marzo de 1985, Boletín Judicial 892, p. 733, que establece que el Presidente de la Corte es soberano al apreciar la urgencia y su decisión escapa, por tanto, al control de la corte de casación. Así también, la sentencia del 18 de diciembre de 1985, Boletín Judicial 901, p. 3152, que sienta el principio de que la ordenanza de la corte en materia de referimiento, únicamente puede ser impugnada mediante el recurso de casación.

Cabe observar que las nuevas disposiciones de la ley número 834 que amplía el campo de la aplicación del referimiento, han dado motivo para que se haya proliferado en forma desmedida e ilegal el uso de esta vía, y es frecuente para asuntos que ciertamente son cuestiones de fondo, con el propósito de obtener una ejecución provisional y rápida en asuntos que implican

reconocimientos de derechos, o la obtención de medidas de carácter definitivo, excepciones de incompetencia o de nulidad reñidas con el verdadero propósito del referimiento.

No es cierto que estas disposiciones sólo se aplican al juez Presidente de la Corte de Apelación, sino también al juez Presidente del tribunal de primera instancia en atribuciones civiles, en grado de apelación. Los artículos 956 y 957 del nuevo Código de Procedimiento Civil Francés se refieren a los poderes del primer Presidente, tanto del tribunal de primera instancia como de la Corte de Apelación, con motivo, desde luego, de un recurso de alzada, porque en Francia ambos tribunales son colegiados. Es evidente, pues, que el título que precede a los artículos 140 y 141 es impropio. En caso de un recurso de apelación contra una sentencia de nuestros juzgados de paz, es el Presidente del Juzgado de Primera Instancia quien tendría las atribuciones precisadas. Es por esa razón que ustedes habrán observado que en ocasiones me he referido a los poderes del Presidente en grado de apelación y no del Presidente de la Corte de Apelación.

Las excepciones de incompetencia

La incompetencia es, sin lugar a dudas, una de las materias tratadas en la ley número 834 que ha suscitado mayores polémicas y vacilaciones en cuanto a su aplicación en el nuevo procedimiento de las excepciones declinatorias, previstas en los artículos 2, 3, y siguientes de la citada ley.

No solamente porque establece un procedimiento en parte extraño a nuestro sistema procesal, sino porque crea un nuevo recurso, la impugnación o contredit que rompe con los moldes del antiguo proceso civil.

Independientemente de lo expuesto, el mismo concepto tradicional de incompetencia relativa, para indicar respectivamente la violación de una regla de competencia de atribución o *ratione materiae*, de orden público o la violación de una regla de competencia territorial o *ratione personae*, de interés privado, se presenta con nuevas variantes en lo que atañe a los poderes del juez para suplir de oficio una regla de competencia territorial, siempre en materia graciosa; sólo en algunos casos materia contenciosa, (v. art. 21 de la ley), dándole a esta regla un

cierto carácter de orden público; en cambio, la incompetencia que resulta de la violación de una regla de competencia de atribución sólo podrá actualmente ser suplida de oficio por el juez cuando esta regla es de orden público (artículo 20) o sea, cuando atañe al orden, la naturaleza o el grado de las jurisdicciones. Más aún, ante la Corte de Apelación y la Corte de Casación la incompetencia puede solamente ser suplida de oficio por el juez si el asunto es de la competencia de un tribunal represivo, o administrativo, o escapa al conocimiento de los tribunales dominicanos. Además, se trata de una simple facultad, no de una obligación como sucedía en el antiguo derecho.

Una de las características de las nuevas disposiciones es la obligación para el demandante de motivar la excepción e indicar con claridad el tribunal que considera es el componente (artículo 3). Esta obligación debe ser observada siempre, aunque la jurisdicción que se pretenda competente sea de carácter administrativo, represivo, arbitral o extranjero.

De acuerdo con el antiguo artículo 172, las excepciones declinatorias debían ser instruidas y juzgadas separadamente, sin que pudieran acumularse al fondo. Esta disposición tenía por objeto proteger el derecho de la apelación. El juez debía, pues, acoger o rechazar previamente la excepción. Se admitía, sin embargo, que si la parte había concluido principalmente sobre la declinatoria y subsidiariamente sobre el fondo el tribunal podía, por una sola sentencia, rechazar la declinatoria y estatuir sobre el fondo. Específicamente, el artículo 425 del Código de Comercio autorizaba al juez a proceder en la forma indicada. En este caso se aducía la celeridad que caracteriza los asuntos comerciales.

La ley número 834 establece dos recursos en materia de excepciones declinatorias: la apelación y la impugnación (contredit).

El primero de dichos recursos es reservado a los siguientes casos: 1) cuando el juez se declara competente y estatuye sobre el fondo (artículo 6). 2) Cuando se trata de recursos contra las ordenanzas de referimiento o las dictadas en materia de divorcio. (artículo 26). 3) Cuando se trate de una incompetencia pronunciada de oficio en razón de que el asunto es de la competencia de una jurisdicción administrativa (artículo 27). El segundo de dichos recursos, la impugnación (contredit) es reservado para los siguientes casos: 1) cuando el juez se pronuncia sobre su

competencia sin estudiar sobre el fondo del litigio (artículo 8). 2). Cuando el juez pronuncia su competencia de oficio (artículo 22). 3). Cuando el tribunal se declara competente sin estatuir sobre el fondo, pero pronunciándose sobre una cuestión de fondo de la cual depende su competencia. (artículo 8). 4). Cuando el juez se pronuncia sobre su competencia y ordena una medida de instrucción o una medida provisional. (Artículo 8)

De acuerdo con la antigua legislación, cuando el tribunal acogía la excepción, se desapoderaba del asunto sin indicar cuál era el tribunal competente. Si por el contrario la desestimaba, la parte podía o aceptar la sentencia y continuar la discusión del fondo del asunto, o apelar.

La ley número 834 estableció un régimen que se caracteriza fundamentalmente por los siguientes principios: la jurisdicción apoderada puede siempre verificar su competencia, en virtud del principio general según el cual todo tribunal es juez de su propia competencia; el tribunal que se declara incompetente señala la jurisdicción que considera competente, y esta designación se impone a las partes y al juez: es pues imperativa: cuando el juez, al pronunciarse sobre su competencia, resuelve una cuestión de fondo de la cual depende su competencia, su decisión tiene autoridad de cosa juzgada sobre esta cuestión de fondo; cuando el juez retiene su competencia, esto es, rechaza la excepción, está facultado para juzgar la competencia y el fondo, por disposiciones distintas (artículos 7, 14, 23 y 24).

El defecto

El procedimiento en defecto ha sufrido profundas modificaciones con las disposiciones de la ley número 845, tomadas de las reformas francesas que culminaron con el Decreto del 28 de agosto de 1972 cuyas disposiciones se integraron al nuevo Código de Procedimiento Civil.

Fundamentalmente, el espíritu de las modificaciones fue instaurar un sistema en el cual se simplifica el procedimiento a favor de una mayor celeridad y el de evitar las maniobras usuales en el sistema que regía en el antiguo Código de Procedimiento Civil.

En este orden de ideas, las reformas francesas tienen como base la supresión del recurso de oposición en determinados casos considerando la sentencia contradictoria (o reputada contradictoria). Todas las veces que el recurso es susceptible de apelación o el demandado ha recibido personalmente la citación o la reiteración de ésta, puesto que se presume que no ha debido ignorar la instancia seguida en su contra, el recurso de oposición le está vedado.

La actitud del legislador frente al defecto por falta de concluir es más severa, puesto que generalmente constituye un medio cómodo para ganar tiempo y retardar la marcha del procedimiento en contra del defectante. Es así que las reformas francesas suprimieron el defecto por falta de concluir, reglamentando únicamente el defecto por falta de comparecer, para el cual existe en determinados casos la posibilidad de un recurso de oposición.

En lugar del defecto por falta de concluir, los artículos 469 y 470 del nuevo Código de Procedimiento Civil consagran el defecto por falta de cumplir los actos de procedimiento en los plazos requeridos, en cuyo caso el juez dictará una sentencia contradictoria, salvo la facultad para éste, de reenviar la audiencia para otra fecha.

Pero la disposición del artículo 149, modificado por la ley número 845, sí establece la posibilidad de un defecto por falta de concluir cuando expresa que “si el demandado no comparece en la forma indicada por la ley o si el abogado constituido no se presenta en el día indicado para la vista de la causa, se pronunciará en defecto”.

Al respecto, conviene mencionar dos fallos de la Suprema Corte de Justicia: uno de fecha 6 de diciembre de 1982; otro de fecha 1 de marzo, 1983.

En la primera de dichas sentencias la Corte de Casación estima que el artículo 149 en su nueva redacción no excluye el defecto por falta de concluir. En la segunda sentencia, se establece que la disposición limita la posibilidad de un recurso de oposición al caso de las sentencias en última instancia en defecto por falta de comparecer, pero es inadmisibles contra una sentencia en defecto por falta de concluir, ya que ésta se reputa contradictoria: el demandado ha constituido abogados, esto es, ha comparecido.

Conviene entonces deslindar dos campos, que, por lo menos en el estado actual de nuestro derecho procesal, han suscitado controversias: nos referimos al pronunciamiento del defecto ya sea por falta de comparecer o por falta de concluir, que siempre es posible, y a las consecuencias de este defecto en lo que respecta a la posibilidad de un recurso de oposición.

En efecto, la circunstancia de que una sentencia en defecto sea o no reputada contradictoria, y por ende, sea o no abierto el recurso de oposición, no implica que exista o no exista el defecto: son dos cuestiones distintas. De ahí que consideramos inexacto decir que no existe el defecto por falta de concluir. Lo que realmente ha desaparecido es la facultad para el que ha hecho defecto en este caso, de interponer un recurso de oposición.

No cabe duda acerca de que nuestro legislador adoptó una pésima fórmula para mantener el defecto por falta de concluir, pero efectivamente lo ha mantenido. Pero entendemos que está más acorde con los principios jurídicos mantener las instituciones del defecto, tanto por incomparecencia como por falta de concluir que crear, como en Francia, una especie de ficción, de una ausencia de defecto, en el último caso, o de un defecto por no cumplir los requisitos legales.

A modo de conclusión entendemos que pese a los errores de traducción, en unos casos, falta de adaptación a nuestra peculiar organización judicial, en otros, las leyes números 834 y 845 de 1978 han tenido más resultados positivos que negativos en su aplicación, ya que es innegable que su contenido constituye un progreso en nuestra legislación procesal.

Es indudable que de no haber mediado todas las circunstancias que rodearon la promulgación de las indicadas leyes procesales, el trabajo de la comisión encargada de su preparación hubiera sido más completo y ponderado.

También es cierto que de nada servirán los avances que constituye la adopción de la legislación comentada, hasta tanto los jueces como los abogados se dispongan a aplicar convenientemente el manejo de las nuevas disposiciones, y asimilar el alcance de las mismas.

Las usuales lentitudes en la administración de la justicia convierten en letra muerta el propósito de las nuevas disposiciones

legales, cuyo objetivo es el de procurar una justicia más rápida, y con menos formalismos.

La necesidad de un perfeccionamiento y adaptación de la legislación de 1978 es incuestionable, y corresponde al esfuerzo de nosotros mismos, abocarse a la tarea de realizarlo. Recuérdese que las nuevas leyes procesales fueron en Francia la culminación de una serie de reformas que se iniciaron en 1935 hasta culminar con su recopilación en el nuevo código. Recientemente hemos visto en la prensa, la aprobación en primera lectura, en la Cámara de Diputados, de un proyecto sometido por el Dr. Enmanuel Esquea Guerrero, que modifica el artículo 101 de la ley número 834. A fin de adaptarlo a nuestra peculiar organización de los juzgados de primera instancia (que por ser unipersonales, el mismo juez que conoce del referimiento es a la vez el que conoce del fondo, mediante procedimientos distintos).

Antes de terminar, deseo dar las gracias a la oficina Kaplan, Russin, Vecchi & Heredia Bonetti por la oportunidad de haber intervenido en sus acostumbrados coloquios, de cuyos positivos resultados no me cabe duda alguna. Esperamos que esta colaboración mía pueda servir para sus propósitos.

La actuación notarial como medida alternativa en la solución de conflictos*

Radhys Abreu de Polanco**

* Coloquios Jurídicos, Octubre 1997, año 12, no. 10, páginas 59-73.

** RADHYS ABREU DE POLANCO. Es Abogado Notario de los del Número del Distrito Nacional. Presidente de la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado Latino. Tiene Especialidad en Criminología y Derecho Penitenciario; en Derechos Humanos y otras áreas de la ciencia jurídica. Ha participado como dictante en diversas conferencias Internacionales sobre las áreas de su especialidad y es miembro del personal del servicio exterior dominicano adscrito en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la OEA.

La actuación notarial como medida alternativa en la solución de conflictos

En muchos países cuyos notariados siguen el sistema jurídico de tipo latino, muchas de las funciones que eran competencia de los jueces las desempeñan los notarios.

Ha sido aspiración del notariado latino que sean atribuidos a la competencia notarial excluida, todos aquellos actos actualmente de jurisdicción voluntaria regulados en las leyes procesales civiles, siempre que puedan ser desempeñados por el notariado sin desvirtuar la función notarial tal como viene siendo entendida internacionalmente desde el I Congreso Internacional Latino, celebrado en Buenos Aires en 1948, hasta el XX Congreso celebrado en Cartagena en 1992, cuando han tratado este tema.

Durante ese lapso, entre 1948-1992, algunos notariados (Guatemala, Colombia, México, Ecuador, Cuba) han alcanzado reformas legislativas que les permiten la competencia exclusiva en diversos actos que antes eran potestad judicial; y en otros casos lograron, al menos, que la competencia en diversos negocios jurídicos fuese concurrente, ya que los interesados podrían optar por hacer sus trámites en sede notarial o en los tribunales.

La jurisdicción voluntaria o graciosa, como la encontramos en nuestro Código de Procedimiento Civil, a propósito de las adjudicaciones (artículos 749 y siguientes), protección de incapaces y ausentes (artículos 859 y siguientes), son actos judiciales no contenciosos y son los que, según la ley, requieren la intervención del juez y en los que no se promueve contienda alguna entre partes, pero sí corresponde a los tribunales intervenir en todos aquellos actos no contenciosos en que una ley requiera su intervención.

El término jurisdicción voluntaria se podrá considerar inexacto si partimos del hecho de que los actos que en ella se realicen no son del tipo jurisdiccional, pues no decide el juez una controversia entre partes, ni tampoco son voluntarios, pues las partes interesadas no acuden al juez por voluntad sino que por disposición de la ley los particulares deben acceder a la competencia del juez.

En “Nociones de Derecho Procesal”, los autores chilenos Alex Ausolomovich, German Lurhs y Ernesto Noguera señalan: “La razón histórica de por qué la actividad voluntaria es realizada por el juez, aun cuando esencialmente no le corresponde, la encontramos en el Derecho Romano”. En Roma no había distinción de funciones de Estado y el Pretor era un magistrado que no sólo tenía que ver con las cuestiones judiciales sino también con muchas otras; por esto, cuando se encontraba con necesidades de hecho, como las de proteger incapaces, autorizar ciertos actos, etc., los satisfacía por medio de la “cognitio extraordinaria.” Al no existir separación de poderes y se debía de rodear de autenticidad ciertas manifestaciones de la actividad individual, se hacía intervenir a los magistrados judiciales en la constitución de muchas relaciones jurídicas de carácter privado. Luego, algunas de estas atribuciones pasaron a los notarios o a otros oficiales públicos.

Estos actos, llamados de jurisdicción voluntaria o graciosa o no contenciosa, podemos decir que por su naturaleza jurídica no se justifican como actos de competencia judicial y que la única fuente que los justifican es la ley que hace obligatorio la intervención del juez. Estos actos, al no tener controversia entre partes que resolver, se convierten en actos administrativos, actos de particulares que requieren de la intervención de la autoridad, pero sólo para dotarlos de autenticidad, de solemnidad, de certeza jurídica; pero en definitiva no son actos de naturaleza materialmente jurisdiccional.

Muchos autores han querido resolver efectivamente el discutido problema del fundamento de tal jurisdicción aceptándolo, en sus líneas generales, como una realidad presente, pero encaminando la reforma a un acercamiento de esta figura a aquellos otros sectores del derecho que verdaderamente son más afines a la misma que la realidad judicial, como ocurre con los notarios, si entendemos la jurisdicción voluntaria como un concepto antagónico de contienda, ya que la jurisdicción voluntaria, según Norman Cruz, declara hechos y situaciones jurídicas, pero no declara derecho de una manera directa. “Las resoluciones de estos actos no tienen la calidad de cosa juzgada. No habiendo declarado de derechos controvertidos ni posibilidades de que haya oposición, no tiene por qué intervenir un juez. Tratándose de actos extrajudiciales por su esencia y naturaleza, la intervención debe corresponder al Notario”.

Al igual que este autor, numerosos tratadistas están contentos en que la actividad notarial puede incluirse dentro del ámbito de la llamada jurisdicción voluntaria.

Los mal llamados actos de jurisdicción voluntaria o actos de jurisdicción no contenciosa, debían ser atribuidos a las autoridades administrativas, porque no implican un juicio, pero como ya señalamos, por razones históricas la ley los atribuye a los jueces por la imparcialidad que estos funcionarios han exhibido y la garantía de solvencia y de conocimiento jurídico que poseen. “También se los podría catalogar como actos judiciales obligatorios”, es decir, darle un tratamiento de actos de naturaleza judicial y de competencia obligatoria, pues las partes deben promover ante el juez la instancia para obtener la declaración del derecho o el hecho objeto del acto, estando conteste en que no hay controversia que dirimir ni derecho que restablecer.

Las funciones del juez y del notario son muy semejantes; ambas funciones buscan los fines de la justicia: el juez los de la justicia distributiva y el notario los de la justicia conmutativa. Ambos le dan valor al acto por ellos suscrito: la sentencia y la escritura pública, y aunque no tienen el mismo valor, sí les imprimen a sus decisiones un carácter de eficacia *erga omnes*.

Pues tanto el juez como el notario declaran el derecho, aplican la ley al caso concreto; de acuerdo o sin la conformidad de los interesados, ambas son funciones de justicia que persiguen la moralidad que en las relaciones civiles siempre va unida a la justicia; pero también tienen sus diferencias, pues el notario actúa en sentido “positivo” cuando las normas objetivas del derecho encuentran en la voluntad de las partes su adecuada aplicación. El juez interviene en sentido “negativo” solamente cuando se demuestra que alguna de esas voluntades se ha separado de las normas que la rigen. El notario interviene en forma “preventiva”. Una actuación de profilaxis jurídica evitando contiendas futuras; el juez lo hace en forma “re integradora” de una relación que ha sido quebrantada por la violación del cumplimiento de algunas de las partes. La intervención del notario es rogada por las partes, por sus intereses aislados o recíprocos; la intervención del juez es solicitar por las partes, por sus intereses aislados o recíprocos; la intervención del juez es solicitar por las partes, por existir intereses contrapuestos a los efectos de sus respectivas intervenciones.

El notario redacta el acto auténtico, que goza de la calidad de prueba plena (artículo 1317 del Código Civil) con presunción “juristantum”, presunción de legalidad y verdad mientras no se impugne o se sentenciare su falsedad; el juez publica la sentencia definitiva que produce el efecto de cosa juzgada.

Núñez Lagos, notario español, pasado presidente de la UINL¹, señala la diferencia del efecto del instrumento notarial y la sentencia de la siguiente manera: 1) El documento público obliga a juzgar conforme a él; la cosa juzgada obliga al juez a no juzgar el mismo asunto. 2) El documento público da lugar a acciones o pretensiones; la cosa juzgada extingue el derecho de acción del demandante. 3) El documento notarial tiene la premisa por ley, de una tutela jurisdiccional específica; la cosa juzgada elimina dicha tutela.

Se evidencia que la función notarial y la función judicial tienen diferencias, pues la declaración legitimadora notarial está subordinada a la decisión definitiva judicial, en caso de contienda promovida por quien se crea perjudicado.

Estos actos tienen diversas denominaciones en el mundo del derecho latino. En Europa algunos autores los denominan “Actos de Potestad Ius Adicional” (Gimenez Arnau); en Argentina, “Actos de Competencia Instrumental” (Gatari); en Francia, “Actos de Cámara de Consejo”; en Chile, “Actos Judiciales no Contenciosos”; en México y Guatemala, “Actos de Jurisdicción Voluntaria”.

El I Congreso Internacional del Notariado Latino definió al notario latino como “el profesional del derecho encargado de una función pública consciente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiándoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está contenida la autenticación de los hechos”; y considero como aspiración que todos los actos de jurisdicción voluntaria sean atribuidos exclusivamente a la competencia notarial.

Pero como advirtiera el Notariado Español en su participación en el XX Congreso Internacional celebrado en Cartagena, al abordar este tema: “La atribución al notariado de actos de Jurisdicción

1 Siglas de la Unión Internacional del Notariado Latino

Voluntaria debe respetar la propia función notarial, es decir, hay que saber que si se acomoda a la naturaleza de la justicia ordinaria no encuentra incompatibilidad” (Cubides Romero). Para lograr esto hay que plantearse:

1ro.- Cuál es la función del notario dominicano, notario latino, como institución propia y adecuada a nuestro sistema jurídico de derecho latino, ya que nuestra legislación se ha formado sobre la base del derecho romano (art. 1 de la ley número 301);

2do.- Que la actividad de los jueces en los actos de jurisdicción voluntaria no constituya propiamente actos jurisdiccionales, razón por la cual no son de necesario desempeño de los jueces;

3ro.- Cuáles de dichos actos constituyen propiamente actos notariales o que podrían ser desempeñados por el notariado, tomando en cuenta que como notariado de tipo latino deben concurrir en éste ciertas características, como ser un jurista con competencia en las relaciones de derecho privado, cuya actividad plasma en un documento llamado escritura pública, cumpliendo determinadas formalidades; de este documento el notario conserva el original y la ley le dota de los atributos de legalidad, en tanto no sea impugnado; y autenticidad y, en consecuencia, de fuerza probatoria y ejecutoria, salvo falsedad;

4to.- Qué beneficio reportaría a la constante mundial: el colapso de la justicia como consecuencia de la judicialización de la vida social.

Principales funciones del notario como notario latino

Los notarios son, a la vez, profesionales del derecho y oficiales públicos. Como profesionales del derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para obtener los logros deseados; y como oficiales ejercen la fe pública notarial que tiene y ampara un doble contenido: a) En la esfera de los hechos, la exactitud de lo que el notario oye, ve y recibe por sus sentidos; b) en la esfera del derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de probada honorabilidad, capacitación técnica y responsabilidad como para poder asumir los actos de jurisdicción voluntaria compatibles con la función notarial con garantías de legalidad y eficacia, estando llamados a prestar relevantes servicios a la

seguridad jurídica y la paz social en el nuevo orden mundial de globalización de la economía y de una mayor apertura comercial.

Para determinar si dichas funciones constitutivas de la jurisdicción voluntaria atribuidas, como hemos dicho, por razones históricas, a los jueces, pueden ser asumidas por los notarios, y en qué medida es preciso saber qué significa jurisdicción voluntaria, son jurisdiccionales o si tienen naturaleza jurídica distinta y, en consecuencia, si pueden ir a sede notarial. Para Guasp, jurisdicción es una función específica estatal por la cual el poder público satisface pretensiones.

Diversas opiniones señalan que la jurisdicción voluntaria no es jurisdicción porque el juez no juzga en ella y hace ejecutar lo juzgado con eficacia de cosa juzgada, pues no hay proceso, no existen pretensiones de una parte frente a otra.

Para Vicente Font Baix la jurisdicción voluntaria no es verdadera jurisdicción, porque no concurren en ella los datos definidores de esta última, destacados por la doctrina procesalista: “la aplicación o actuación del derecho”.

La actuación del juez se limita a adoptar medidas de protección de las personas y patrimonios a homologar (acreditar determinados hechos y declarar que se han justificado), documentar, declarar cumplidas ciertas obligaciones; librar de responsabilidades, cancelar obligaciones, entre otras, por lo que podemos concluir diciendo que la jurisdicción voluntaria no es jurisdicción, sólo es jurisdicción lo contencioso. En todo tipo de procesos, los jueces juzgan y hacen ejecutar lo juzgado, y tienen la exclusiva del ejercicio de la potestad jurisdiccional.

En la jurisdicción voluntaria nada de esto se produce, especialmente el más importante efecto de la actividad jurisdiccional: la cosa juzgada material.

Partiendo de estas consideraciones es que la Unión Internacional del Notariado Latino ha enfocado este tema en cinco congresos mundiales y en numerosas jornadas regionales a las siguientes conclusiones:

I CONGRESO - BUENOS AIRES, 1948

Que en la función del notario latino está la autenticación de hechos y que es aspiración que todos los actos de jurisdicción Voluntaria sean atribuidos a la competencia notarial.

IV CONGRESO – RÍO DE JANEIRO, 1956

En el tratamiento del tema de la competencia notarial:

1) Afirma que es fundamental la intervención notarial en la relación de testamentos.

2) Considera función notarial específica el trámite sucesorio.

3) Formula el deseo de que las sucesiones se radiquen ante el notario, quien tendrá jurisdicción sobre ellas hasta lograr todos sus efectos jurídicos.

4) Auspicia la extensión de los registros de actos de última voluntad.

5) Recomienda la organización de un registro internacional de actos de última voluntad.

VIII CONGRESO - MÉXICO, 1965

Declara como aspiración que se haga más ágil en el ámbito de cada ordenamiento la circulación de aquellas resoluciones de jurisdicción voluntaria por los jueces de otro ordenamiento.

XII CONGRESO - BUENOS AIRES, 1973

“La intervención del notario en el ámbito de la jurisdicción no contenciosa”.

La comisión Primera del XX Congreso del Notariado Latino, concluye:

1) Que la jurisdicción voluntaria o no contenciosa no es una verdadera y propia jurisdicción en sentido estricto, porque en ella no está presente el elemento indispensable de la contenciosistas o del conflicto, ni el efecto de la cosa juzgada.

2) Que hay necesidad de descongestionar los tribunales, para lograr uno de los bienes hoy en día más deseados en todos los países como es la agilización de la justicia.

3) Que un acrecentamiento cultural y social coloca al notario latino a la vanguardia de las distintas categorías profesionales y lo sitúa como intérprete de primer grado, tanto de la norma como de los hechos y de la voluntad de los ciudadanos.

4) Que el notariado latino cuenta con la formación de profesionales del derecho investidos de fe pública, disponen de los medios técnicos jurídicos necesarios y desempeña ya algunas funciones que forman parte de la denominada “jurisdicción voluntaria o no contenciosa”.

La primera comisión auspicia y recomienda que al notariado le sean encomendadas por los diversos ordenamientos nacionales las más amplias funciones en el ámbito de la tradicionalmente denominada “jurisdicción voluntaria no contenciosa”, respetando la naturaleza de función notarial, tal y como ha sido definida por los precedentes congresos internacionales del notariado latino.

Propugna:

1ro. Que se acoja para el derecho notarial el término “competencia notarial en asuntos no contenciosos”.

2do. Que no se atribuya a los notarios competencias inherentes a la fe pública judicial, ni se invada el ámbito de la potestad jurisdiccional en función juzgadora.

3ro. Que el proceso comprenda no solamente el aspecto relativo a su terminología sino al propio tratamiento procesal de las instituciones, debiendo ser reguladas por la disposición notarial de cada país, de acuerdo con sus peculiaridades socio-jurídicas y sus instituciones.

4to. Que se establezca la independencia y autonomía de la actuación y del acto notarial, suprimiendo cualquier tipo de control posterior, excepción hecha de la impugnación en el procedimiento contencioso respectivo.

5to. Que se tenga la posibilidad de extender a los países que aún no cuentan con ella, la reglamentación en sede notarial de los siguientes asuntos:

a) Matrimonio, separación de cuerpos y divorcio consensuales.

b) Todo el procedimiento de la venta como consecuencia de los procesos concursales y ejecutivos en lo relacionado a la subasta.

c) La facultad de ser designado el notario como árbitro en un tribunal de arbitraje.

d) La constitución y cancelación del patrimonio de familia.

6to. La constitución de una comisión integrada por cinco juristas para que elaboren un proyecto de ley marco.

Estas conclusiones han encontrado eco en numerosos países que han dictado leyes y decretos. Tenemos que en Guatemala se puede tramitar ante notario: el matrimonio, las uniones de hechos, procesos sucesorios cuando todos los herederos están de acuerdo, y puede ser testamentario o intestato; ausencia, disposición y gravamen de bienes o de parto; cambio de nombre; partidas y actas de registro civil; determinación de edad, patrimonio familiar y adopción. Asimismo encontramos en otros países (Colombia, El Salvador, México, Puerto Rico, Cuba), en donde al igual que Colombia también pueden celebrar matrimonios), etc.

Recientemente, el 20 de noviembre de 1996, el Notariado de Perú recibió la ley número 26662 mediante la cual se llevan a sede notarial seis asuntos: rectificación de partidas; adopción de personas capaces; patrimonio familiar; inventarios; comprobación de testamentos y sucesión intesta.

Esto viene sucediendo en América igual que en Europa, ya que se conocen los alarmantes costos de la administración de justicia en los EE.UU. de América, donde no existe un notariado de tipo latino.

El sistema jurídico de dicho país, desarrollado en mecanismo de responsabilidad, consumió durante el año 1987 la suma de 117,000 millones de dólares sobre los 40,000 millones de dólares gastados en el año 1980. Igual ha sucedido en la mediación del Gross Nacional Product, donde el índice de costo de la responsabilidad, estimado en 50 para el año 1930, creció a 300 en la década de los 80, o sea, seis veces más. Estas cifras constituyen preocupación para el gobierno y deben ser evaluadas por quienes, seducidos por el pragmatismo anglosajón y la celebridad documental de que disponen, pretenden introducir en nuestros medios la organización propia del Common Law.

Las aparentes ventajas que se ponderan pronto muestran la falta de una tutela efectiva de los intereses de las partes negociables.

Las relaciones jurídicas en el Common Law se desenvuelven como verdaderas estrategias de combates, donde prevalece el que se encuentra en posiciones de mayor fuerza, astucia y dinero.

Sólo por la vía judicial se puede intentar corregir esta desigualdad, con el consiguiente atascamiento de los tribunales. De los costos de administración de justicia han surgido dos categorías de individuos: los ricos, que pueden recurrir a una eficaz defensa jurídica, multiplicar los pleitos y esperar sus resultados, aunque sea por varios años; y por otra parte los desposeídos, que disponen de la posibilidad de litigar sin gastos, por la situación en que se encuentran y por obra de la asistencia estatal brindada.

La sociedad moderna debe disponer de medios precautorios que garanticen, que afiancen la seguridad de la contratación y la conclusión de relaciones en el ámbito de la normalidad sin conflicto.

Los conocimientos jurídicos e imparcialidad de que goza el notario de tipo latino le permiten desarrollar la función de informar a las partes de los alcances y límites de sus derechos hasta las exterioridades previsibles. Esta intervención calificada, erigida principalmente para evitar litigios, ha permitido que solamente un 35% de los documentos notariales llegue efectivamente a juicio.

En nuestro país, desde el año 1984 el Dr. Mignolio Pujols, Consejero Permanente de la Unión Internacional del Notariado Latino, viene hablando de jurisdicción voluntaria, la “conveniencia de proponer las enmiendas de ley que permitan otorgarle al notario la importancia que debe tener en el quehacer jurídico del Estado”.

Es el momento en que debe propiciarse un incremento de las competencias notariales mediante las gestiones pertinentes entre los poderes legislativos nacionales, para que se asignen al notariado todos aquellos que conduzcan a un perfeccionamiento en la prestación de la función en el servicio a la seguridad jurídica y a la prevención de conflictos que el notariado tiene atribuido, incidiendo en la necesidad de contribuir a la defensa de los consumidores y usuarios, acercando la intervención notarial a la fase de formación de la voluntad en el contrato, logrando el cierre registral donde no lo haya, para evitar fraudes, e implantar o proseguir y perfeccionar la competencia de gestión administrativa de los documentos autorizados hasta el final de su proceso de constancia registral y correcto pago de los impuestos

correspondientes; todo ello como medio de prevención de conflictos que congestionan, como actualmente, los tribunales. El notario, al prevenir el conflicto, participa de una administración de justicia mucho más económica y humana.

Los litigios lentos y costosos no resultaron respuestas frente a lo incierto de la contratación. Por todo, se medita la innegable utilidad que significa la unión *ab-ignitio* de la autenticidad documental con el asesoramiento imparcial y el suministro de toda información jurídica necesaria, brindada simultáneamente con la formalización del contrato. Cuando en política legislativa cabe el imperativo de optar entre ambos sistemas, el notariado de tipo latino culmina por imponerse abiertamente.

Las notas de certeza, legalidad, imparcialidad y actuación pública dan a su cometido características peculiares frente a las cuales la organización social y moderna no queda indiferente. Por todo ello puede catalogarse la presencia notarial dentro de la contratación como el desempeño de un órgano comunitario especialmente dotado para optimizar sus finalidades, ya que si bien es una función pública, al estar distanciada de la administración estatal, asegura la preeminencia del derecho y al mismo tiempo la privacidad en los casos necesarios.

Esta situación social de alcance mundial permite que la profesión de notario se desarrolle al demostrar que su presencia garantiza una solución armónica, directa y humana, preventiva de litigios ulteriores por prueba inatacable de convenciones y la protección de las partes a quienes se les brinda información jurídica imparcial.

La Unión Internacional del Notariado Latino, consciente de esta bonanza, promueve a nivel internacional la imagen del notario moderno, uniendo las grandes ventajas de la autenticidad, imparcialidad y de la perennidad de sus actos a las cualidades ya mencionadas. Puede llevarse a los Jefes de Estado, Supremas Cortes de Justicia, el interés que tienen sus respectivas sociedades de recurrir de modo más intenso a esa forma menos costosa, más ágil, de la administración del derecho y la justicia que ofrece el sistema notarial.

Aspectos controvertidos del embargo retentivo*

Américo Moreta Castillo**

* Coloquios Jurídicos, Julio-Diciembre del 1989, año 4, no. 7, páginas 20-36.

** AMÉRICO MORETA CASTILLO. Abogado en ejercicio en Castillo & Castillo. Licenciado en Derecho, Summa Cum Laude (1980), Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña; Capacitación en la Ecole Nationale de la Magistrature a París et Burdeos (1998); Diplomado en Estudios Especializados (DEA), Universidad de Sevilla (2005); Doctorado, Universidad de Sevilla, España.

Miembro del Colegio de Abogados de la República Dominicana; de la Federación Interamericana de Abogados, de la Academia Dominicana de Historia, y del Instituto Dominicano de Genealogía.

Aspectos controvertidos del embargo retentivo

Es indiscutible la importancia del embargo retentivo como vía de ejecución para obtener la seguridad de que fondos pertenecientes a un deudor del persiguiendo sean retenidos por los terceros embargados, generalmente instituciones financieras o bancarias; así como también constituye esta vía de derecho un medio de presión eficaz, ya que conforme con el artículo 557, del Código de Procedimiento Civil, un embargo retentivo logra que se inmovilice hasta el duplo de los valores principales envueltos, es decir, el doble de la creencia invocada por el embargante. (Pérez, A., Procedimiento Civil, tomo III, páginas 176 y 272). Un análisis estadístico del embargo retentivo en nuestro país puede revelar la importante cantidad de actos de esta naturaleza que reciben a diario en manos de miembros del sector financiero, en lo cual ha influido el acceso a modernas tecnologías, como el fotocopiado y las computadoras personales, advirtiéndose un aumento significativo en el uso de esta institución de Derecho Procesal Civil en la presente década. Observamos, por ejemplo, que en el Banco Popular Dominicano, C. por. A., entre el año 1982 y lo que va del 1989, se recibieron 5,682 embargos retentivos. De la manera siguiente: 769, año 1982; 857, año 1983; 715, año 1984; 802, año 1985; 665, año 1986; 564, año 1987; 668, año 1988; y 642, año 1989, que aún transcurre.

La presente exposición se refiere a los aspectos controvertibles o polémicos que presenta el embargo. Puntos de discusión que permiten la intervención a la práctica, doctrina y jurisprudencia, desempeñando su función interpretadora y, por ende, creadora de la regla de derecho.

Para el desarrollo de nuestro tema hemos escogido los considerados por nosotros como principales puntos de encuentro de ideas, por lo general antagónicas.

La mención del nombre del embargado

El Código de Procedimiento Civil no exige mención alguna en relación al nombre o generales del embargado; el artículo 559 de ese texto legal, que hace la enumeración de las menciones esenciales del acta de embargo, omite esta mención tan útil para

el tercero embargado, institución o persona que ha recibido el acta de embargo, a quien le interesará precisar claramente la identidad del embargado, especialmente tratándose de una institución que tiene muchos acreedores (depositantes, cuentahabientes) en un país donde existen tantos homónimos o personas con nombres muy parecidos.

Frente a la oscuridad de la ley, las instituciones bancarias han iniciado la práctica de exigir, siempre que se trate de una persona física, que se exprese en las actas de embargo, o por información posterior, el número de la cédula de identificación personal del embargado. Pero cómo constreñir al abogado del ejecutante a que nos dé la información sobre documentos, cuando existe obligación legal de suministrarla, más aun, quizás habiendo actuado éste maliciosamente, con conocimiento de que han debido de inmovilizar fondos.

Determinadas informaciones que aparecen en el acta podrían esclarecer las dudas sobre la identidad del embargado, tales como: el domicilio del embargado; la coincidencia de nombres y apellidos expresados en el mismo orden, o cualquier otro dato que aparezca en los documentos anexos al acta, si ésta los llevare.

Se ha pensado que debería legislarse al respecto, para obligar a que toda acta de embargo retentivo lleve junto al nombre del embargado la indicación de su documento de identificación. Sin embargo, quienes se oponen a esto alegan que muchas veces el abogado del embargante desconoce esta información, invocándose entonces que “a lo imposible, nadie está obligado”.

En fecha 27 de junio de 1973, la Suprema Corte de Justicia rechazó un recurso del Banco Popular Dominicano, C. por. A., estableciendo a partir de este precedente que un banco debe “ser lo suficientemente cuidadoso para identificar claramente y sin posibilidad de errores a la persona contra quien” se vaya a aplicar un embargo retentivo. Ciertamente que en el caso de la especie, cualquier institución bancaria hubiere sido sorprendida, pues la cuenta del cliente figuraba como Manuel A. Espinal Polanco, y el embargo llegó contra Manuel A. Espinal. Desgraciadamente le fueron devueltos cheques por el concepto de valores embargados, y los tribunales de fondo no profundizaron en el aspecto del perjuicio que pudo eventualmente no haberse causado. (Boletín Judicial 751, página 1715) El profesor Ramos Messina al comentar este punto expresa lo siguiente: “Puede ocurrir que el nombre del

tercero no esté completo, o no este correctamente indicado. En este caso, si de las circunstancias del caso resulta la posibilidad de identificar debidamente al embargado, el banco debe respetar el embargo” (Ramos Messina, W., páginas 179 y 109), de lo cual inferimos nosotros, por argumento a contrario, que si no existiera la posibilidad de identificación sería conveniente no embargar. Aunque establecer esto como un principio general sería polémico, debemos de tener mucha prudencia en identificar al embargo, y algunas veces sobrevendrá la duda; otras veces, tendríamos que arriesgarnos a no inmovilizar por la falta de información suficiente, situación delicada que debe de evitarse tratando siempre de encontrar la información que nos ayude a identificar a la persona por sus generales más relevantes.

La oposición y su diferencia con el embargo retentivo

Los antiguos maestros franceses, y entre nosotros el profesor Froilán Tavares hijo, habían advertido que el embargo retentivo y la oposición eran figuras jurídicas distintas. (Rousseau - Laisney, tomo VII, página 404, p.2. -Garsonnet y César Bru, tomo IV, página 167, edición 1913.- Carpentier – Frère Jouan du Saint, tomo XXXIII, página 509, p. 11.- Taveras, F., tomo IV, página 85 (edición 1948).- Pérez, A., tomo III, página 164, p. 225).

Esto constituyó un punto polémico, hasta que la Suprema Corte de Justicia se manifestó en una “sentencia de principios”, en la cual obtuvo ganancia de causa el Banco de Reservas de la República Dominicana y que, bajo el número 29, se dictó el 27 de enero de 1984 (Boletín Judicial 878, página 170), repitiendo el precedente en la sentencia 12, del 7 de septiembre de 1984 (Boletín Judicial 886, página 2291).

Con estas decisiones se terminaron las dudas, y lo que ya había sido advertido por la doctrina adquirió consagración jurisprudencial al expresarse:

“Que esta oposición no corresponde exactamente al embargo retentivo, por su carácter esencialmente conservatorio y porque ni requiere la existencia de una acreencia cierta, líquida y exigible, ni conduce a la transferencia a favor de la persiguierte, por lo cual no está subordinada a los procedimientos del embargo retentivo, como tampoco tiene que ser autorizada por decisión judicial”.

Se trata de una medida conservatoria establecida en varias disposiciones legales, tales los artículos 1242 y 1944 del Código Civil; 32 de la Ley de Cheques; 24 de la Ley de Divorcio 1306-bis - 37 y 685 del Código de Procedimiento Civil, entre otras, que ni siquiera tiene que ser denunciada o contradenunciada, y que desempeña un papel de vital importancia cuando haya que proteger una situación de copropiedad en el litigio; litis entre esposos, litis entre accionistas de una firma, entre socios en participación, etc.

Recientemente hemos observado una desnaturalización de la medida, aplicándola a casos en los cuales se ha interpuesto una querrela penal, o se ha lanzado una demanda en daños y perjuicios. Consideramos que salirnos del contexto de la preservación de un patrimonio común en esta figura jurídica, es abusar del derecho que se tiene para ejercerla. Ya en materia de embargo retentivo, y el principio cabe explicarlo, la Suprema Corte de Justicia determinó que “una acreencia cuya existencia es dudosa, no puede justificar un embargo retentivo”. (Suprema Corte de Justicia 17 de julio de 1931, Boletín Judicial 253, página 29).

En este último aspecto, la medida conservatoria que es la oposición sigue siendo controvertible.

Cuando se notifica una oposición, si ésta afectara una cuenta de cheques, es imposible permitir el libre manejo de la misma con carta compromisoria o fianza, a menos que en el acta se haya especificado que la medida conservatoria sólo alcanzaba un monto determinado, y no como se acostumbra a hacer, por la totalidad.

La inmovilización de fondos futuros

“El acto de embargo retentivo, como acto jurídico procesal, surte efectos futuros siempre que al inmovilizar fondos no se haya cubierto hasta el doble de las causas del embargo, y si se recibieran nuevos depósitos, o se acreditaran valores en curso a través de las Cámaras de Compensación”, surtirán estos efectos jurídicos, siempre que exista una cuenta abierta, aun cuando ésta estuviere sin fondos o en sobregiro al momento del embargo. Esto último es lo que han querido expresar los autores al hablar de “crédito eventual”, o de una “obligación en germen”, condición de que un embargo pueda surtir efectos futuros; ya que si no existiera esa relación obligacional en germen, que implica una vocación de

recibir fondos o valores, el embargo sería nulo, y sólo se justificaría que se le dé seguimiento y se archive, para fines de control.

Tanto los profesores Tavares como Ramos Messina se refieren a esto, cuando expresan:

“... es posible el embargo retentivo de un crédito eventual, si, por lo menos, el crédito existe en principio, o si existe un acto o un contrato, anterior al embargo, que implique vocación a la existencia del crédito”. (tomo IV, página 106, editado en 1948).

Ramos Messina:

“...Cuando, como es frecuente, en un embargo retentivo la redacción de éste anuncia los fondos que ‘tenga o llegue a tener’ o ‘tenga o tuviere’ aparentemente se debería retener no sólo el saldo acreedor en el momento, si fuere inferior al embargo, sino también cualquier suma que fuere depositada posteriormente a éste... Sin embargo, teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia francesa, generalmente seguidas por nuestros tribunales, podría afirmarse que esta práctica no es correcta, en virtud de que el embargo no puede tener efectos futuros sino cuando la deuda sea condicional o eventual y ‘exista por lo menos en germen’ y las dichas jurisprudencia y doctrina entienden que un depósito futuro no es una deuda condicional ni eventual ni en germen, puesto que ella no existe en modo alguno en el momento del embargo y, por tanto, no puede ser afectada por el embargo.” (René Rodiere, Jean Louis Rives Lange, *Droit Bancaire* número 102 – 2 nota al pie). (Ramos Messina, W., páginas 112 - 113, puntos 190 – 191).

Particularmente no compartimos la conclusión de esta última opinión de los profesores franceses citados en la nota anterior; pues el hecho de que la cuenta fuera abierta con anterioridad al embargo ya implica, a nuestro entender, obligación en germen, vocación de recibir los fondos, hasta cubrir el duplo conforme al citado artículo 557 – párrafo del Código de Procedimiento Civil.

El *Repertorio Dalloz de Procedimiento Civil* (tomo II, páginas 733 y 110, edición de 1956), se expresa en el mismo sentido del profesor Tavares: “sin embargo, es necesario que la acreencia exista por lo menos en germen en el patrimonio del deudor en el día del embargo retentivo. Si no, el acta de embargo sería nula,

carente de objeto,... así no existe un germen de creencia cuando en el caso de salarios de un periodista, no exista contrato alguno que le ligue al periódico”.

Lo mismo podría decirse de una persona que no tenga cuenta abierta en una institución bancaria al momento de un embargo; pero si la tuviere, aún sin fondos, el embargo la afecta, y si abre otra a su nombre, también sería bloqueada por ser el titular contra quien llegó el embargo.

Tampoco estamos conformes con el criterio del profesor Artagnan Pérez (Procedimiento Civil, tomo III, páginas 162 y 252) cuando, refiriéndose al “embargo de cuentas corrientes” (preferimos decir “cuentas bancarias”), manifiesta:

“...es solamente el saldo al día del embargo lo que queda congelado. Los demás depósitos y salidas interiores sobre los nuevos depósitos siguen su curso normal, pero siempre respetándose el saldo de la cuenta al momento en que se trabó el embargo retentivo”.

Lo afirmado por este autor sólo tiene sentido si en el día del embargo quedó inmovilizado el duplo y siempre que no exista pluralidad de embargo. La creencia de que sólo de inmoviliza el día del embargo explica por qué razón algunos abogados reiteran constantemente sus embargos, provocando a veces cierta confusión en los terceros embargados, que hasta llegan a creer que se trata de un nuevo embargo. Olvidan que cada reiteración, si tiene una nueva demanda en validez, genera otra instancia; y también se olvidan de los efectos futuros de los actos y situaciones jurídicas (Véase Mazeaud I, 1, páginas 228 y 145).

La opinión de que un embargo sólo retiene lo que exista en el momento en que el mismo se trabe, parte de la solución que en Francia se ha tratado de dar a la inembargabilidad de las cuentas corrientes, establecida en esa nación como consecuencia de la ley del 24 de germinal del año XI de la Revolución Francesa, según la cual “ninguna oposición será admitida sobre sumas en cuentas corrientes en los bancos autorizados”, y la salida que los tribunales franceses buscaran a este motivo de injusticias fue permitir la inmovilización del saldo que tuviese en el momento del embargo. Pero debemos aclarar que la cuenta corriente que existe en Francia es diferente a la “cuenta de cheques” que tenemos en la República Dominicana, aunque erróneamente es llamada “cuenta

corriente” en nuestro país (Véase sobre esta denominación, el trabajo presentado por la Licda. Silvia Albuquerque de Ortega en *Coloquios Jurídicos*, enero-junio 1988, número 4, página 29, titulado “Las Cuentas de Cheques llamadas comúnmente Cuentas Corrientes). (-Garsonnet y Cézar – Bru, *Traité de Procédure*, tomo 4, páginas 414 y 192; Dalloz, *Répertoire de Procédure Civile et Commerciale*, tome II, Saisie . Arret, páginas 734, 113 y 114, edición de 1956).

Embargo de dólares y conversión a la tasa oficial

Es frecuente que en las instituciones del sector financiero se reciban embargos en los cuales al indicarse la cantidad a movilizar, se exprese ésta en divisas con o sin la especificación de que se haga la conversión a la tasa oficial.

Estas actuaciones también son controvertibles, ya que la Ley Monetaria, en su artículo 2, reza:

Art. 2.- Los precios, impuestos, tasas, honorarios, sueldos, salarios, contratos y obligaciones de cualquier clase o naturaleza que deban ser pagados, cobrados o ejecutados en la República Dominicana, se expresarán y liquidarán exclusivamente en pesos. Toda cláusula calificativa o restrictiva que imponga pagos en plata y oro metálico, monedas o divisas extranjeras o cualquier unidad monetaria que no sea el peso, será nula. No obstante, dicha nulidad no invalidará la obligación principal, cuando ésta pueda interpretarse en términos de la unidad monetaria nacional, caso en el cual se liquidarán las respectivas obligaciones en peso efectuando la conversión sobre la base de las paridades legales correspondientes, ya sea al tiempo de la celebración del contrato o bien al momento del pago según resulta más favorable al deudor.

A veces, se hace el cálculo conforme a las resoluciones de la Junta Monetaria que regulan el establecimiento de la tasa oficial, pero, qué sucedería si una institución bancaria, observando que no se está en una de las excepciones previstas por la Ley Monetaria, decide hacer la conversión conforme a la paridad del artículo 1 de la citada ley?...

Este es otro aspecto de controversia que obliga a tomar partido en la célebre polémica que sostuvieron a través del *Listín Diario*,

en el año 1985, los profesores Bernardo Fernández Pichardo y Juan Manuel Pellerano Gómez (20 de abril de 1985; 2, 22, 23, 24, y 25 de mayo de 1985; de junio de 1985...).

El embargo en las sucursales

Otro motivo de controversia en el embargo retentivo es que éste se haya notificado en una de las sucursales o en la oficina principal de la institución.

¿Se afectan las demás sucursales, e incluso la oficina principal, cuando el embargo es notificado en determinada sucursal?

¿Un embargo de trabajo en la oficina principal debe extenderse a las demás sucursales?

¿Debe aplicarse en estos casos el artículo 1033 del Código de Procedimiento Civil, estableciendo el término en razón de las distancias para dar las informaciones?

El profesor Tavares expresa (tomo I, página 142, edición del 1964) que toda demanda notificada en una sucursal es recibida a condición de que el litigio esté vinculado con una actividad contractual o extracontractual de la sucursal “en lo que respecta a las operaciones de esa sucursal”. Fundamentándose para esta afirmación en una sentencia de fecha 23 de julio 1958, Boletín Judicial 576, pág. 1558.

Y es este criterio, aplicado por analogía, el que guía a muchas instituciones financieras para no darle efectos jurídicos en todo el resto del país a un acta de embargo que haya llegado a una sucursal, salvo que expresamente el embargo manifieste su voluntad de que también se produzcan inmovilizaciones fuera de la sucursal notificada.

Por razonamiento “a contrario”, el embargo notificado en la oficina principal afecta a todas las sucursales del interior, a menos que el embargante exprese su deseo de que esto no se produzca, y por vía de analogía; también deberá tenerse en consideración para ambos casos el término en razón de la distancia, establecido por el artículo 1033 del Código de Procedimiento Civil, a razón de 1 día por cada 30 Kilómetros, y las especificaciones sobre las fracciones para bloquear fondos en el interior del país; así como también el artículo 73 del mismo texto, si acaso hubiera que informar a una sucursal o filial determinada en el extranjero.

Embargos u oposiciones por simple comunicación

El embargo retentivo o la oposición deben en principio trabarse por medio de un acta de alguacil o notificación, cumpliendo las formalidades establecidas en el Código de Procedimiento Civil, artículo 559, y por tratarse de acta auténtica, teniendo en cuenta los principios del 1317 del Código Civil.

No obstante, en la práctica bancaria dominicana se han recibido actos de embargos u oposiciones por simple comunicación administrativa. El precedente reciente lo encontramos en las oposiciones que efectuara la Superintendencia de Bancos, con motivo de la intervención legal que afectara a varias financieras que se encontraban al borde de la quiebra, o en una ostensible cesación de pagos en el año 1988 y en el 1989.

El organismo oficial actuaba en su calidad de liquidador que la ley y la jurisprudencia le han reconocido al Superintendente de Bancos (artículos 28 y 36, Ley General de Bancos, vide Boletín Judicial 872, página 2050).

Aunque es controvertible la actuación por simple documento extrajudicial, sin cumplir con las formalidades de la ley, el efecto perseguido se obtuvo. Los bancos no son jueces de las regularidades de las oposiciones o de los embargos (Boletín Judicial 878, página 176). Además, las simples oposiciones no tienen que cumplir con las formalidades del embargo retentivo, así como, aun tratándose de un embargo retentivo, se admite el acto de desembargo como una actuación extrajudicial (Ver cita en obra de Salvador Jorge Blanco, Formulario... página 195, nota al pie 145 (1), edición 1980).

¿Qué hubiera sucedido si alguna institución bancaria se hubiese resistido a acatar la solicitud oficial?

¿Cómo se hubieran pronunciado los tribunales frente a una demanda de desembargo por la vía de los referimientos por vía principal?

Embargo de cuentas con subtítulos

La práctica bancaria ha instituido la apertura de cuentas de cheques o de otra naturaleza a nombre de personas físicas,

generalmente comerciantes con “negocios de único dueño”, con el subtítulo correspondiente al nombre de su establecimiento comercial.

Cuando llega un embargo retentivo contra el titular de la cuenta, los fondos deben ser inmovilizados; pero la controversia surge si el acta de embargo sólo menciona el subtítulo, como si se tratara de una persona moral.

La lógica jurídica nos conduciría a afirmar que este embargo no podría surtir los efectos deseados; puesto que el subtítulo no corresponde al nombre del verdadero titular de la cuenta, y sólo las personas físicas o morales pueden ser titulares de cuentas bancarias.

Sin embargo, la situación se complica cuando por inobservancia de la institución bancaria, y en violación al contrato de apertura de cuenta, el titular de la cuenta imprime cheques en los cuales sólo aparece el nombre del subtítulo, hasta con la falsa mención de que trata de una sociedad de comercio.

Esta irregularidad pone en riesgo a la institución bancaria que no obtemperare a la medida conservatoria efectuada. Por supuesto, la situación provocada ha sido consecuencia de una falta del titular de la cuenta, y estableció la Suprema Corte de Justicia en sentencia de fecha 24 de junio de 1987, número 21 (Boletín Judicial 919, página 1150) el principio jurídico de que “Nadie puede prevalerse de su propia falta”, cuando una compañía por acciones intentó impugnar un préstamo bancario que alegadamente no había sido autorizado por los órganos sociales correspondientes, no obstante haberse disfrutado por los principales administradores de la firma.

Diferencias en el acta entre las letras y números que expresen la cantidad a embargar

Cuando esto sucede, la solución consistirá en aplicar analogía a los principios establecidos para el cheque, en el artículo 9 de la Ley de Cheques (ley número 2859 - 51), los cuales fueron tomados de la regla del Código Civil en su artículo 1327.

Sin embargo, la aplicación del método analógico podría dar motivos a opiniones encontradas. Consideración que, tratándose

de diferencias en letras y número, prima la letra sobre los guarismos; y tratándose de cantidades diferentes en números, se le dará prelación a la cantidad inferior.

Si el embargo, fue trabado en base a una ordenanza del Juez de Primera Instancia; este documento, que por lo regular se anexa fotocopiado al acta de embargo, nos guiará en caso de discrepancias entre cantidades. Lo mismo si se ha anexado una copia de la sentencia cuando ésta fuere el título del embargante, más aún por la aplicación del principio ya mencionado de que “el banco no es juez del embargo (Boletín Judicial 878, 176).

Pago en menosprecio del embargo retentivo u oposición

Existe la creencia generalizada de que el tercero embargado que en violación a una oposición o a un embargo retentivo efectúa pagos al embargado, compromete su responsabilidad civil y es pasible de ser condenado a indemnizar daños y perjuicios. Sin embargo, esto es cuestionado, ya que una acción fundada en tales argumentos sería inadmisibile por falta de interés jurídicamente protegido.

Y es así, porque el artículo 1242 del Código Civil establece que “el pago hecho por el deudor a su acreedor, con perjuicio de un embargo, o de una oposición, no es válido, con relación a los acreedores ejecutantes u oponentes: estos pueden, según su derecho, obligarle a pagar de nuevo, salvo en este caso, solamente su recurso contra el acreedor”.

Esta disposición tiene un carácter de orden público, permite que el pago sea anulado y que la suma indebidamente pagada sea restituida con intereses a partir del día del pago, de conformidad con el artículo 1378 del Código Civil del carácter de orden público; con el artículo 1242, lo advirtió entre nosotros una sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Santo Domingo del 22 de junio de 1935 citada en su recopilación por Carlos Gatón Richiez (página 371, in medio).

Leurquin, en su Código del Embargo Retentivo, expresa que el embargante queda frente al tercero embargado en la misma situación como si el pago no se hubiese efectuado, aunque este autor opina que el tercero debe indemnizar al embargante las consecuencias de su falta, conforme al principio del artículo 1382

del Código Civil (páginas 273 y 266), como si el texto del 1242 no fuera lo suficientemente claro. La acción, a nuestro entender, está fundada únicamente sobre el principio de que “quien paga mal, paga dos veces”; sería excesivo pretender también otras sanciones fuera del monto adecuado, intereses y costas, cuando lo que ha establecido el legislador es la inoponibilidad y la prohibición del pago efectuado, tal y como lo observó el precedente indicado.

El profesor Tavares expresa claramente: “El pago o la entrega que, más allá del límite indicado, el tercero embargado haga al embargado, no obstante el embargo, son válidos frente al deudor, pero son inoponibles al ejecutante, según resulta de las disposiciones contenidas en los artículos 1242 y 1944 del Código Civil. El ejecutante puede, pues, exigir un nuevo pago”.

Finalmente, puntualizan Garsonnet y Cézard-Bru que la Corte de Casación francesa ha juzgado (Civ. Rej. 8 nov. 1847, D. P. 49. 1. 69) que el pago hecho al embargo, en perjuicio del embargo retentivo, no convierte al tercero embargado en deudor personal del embargante (Tomo IV, nota al punto 233, número 2, página 493, edición de 1913).

Pluralidad de embargo y Sentencia de validación

Como otro aspecto que pudiera ser conato de controversia en esta materia, encontramos la pluralidad de embargos, que al no adquirir rango, e ir todos a prorrata, a menos que cada uno que llegue cubra hasta el duplo de su causa, se ha ratificado el texto del artículo 579 del Código de Procedimiento Civil (Tavares, tomo IV, página 127, edición del 1948).

Cuando uno de los embargantes obtiene sentencia validando el embargo, la postura más segura para una institución bancaria que se vea obligada a pagar sería el considerar que el que ha validado y ha notificado su sentencia obtiene, hasta la debida concurrencia, el crédito embargado retentivamente, quedando descartados los demás ejecutantes; pero sólo los posteriores a la validación del embargo (Tavares, página 134, edición del 1948). Esta tesis se basa en que el ejecutante ha obtenido un verdadero título definitivamente adquirido para obtener el pago, análogo a la cuenta de colocación que se libra al acreedor al final de un procedimiento de distribución a prórroga o de orden. Implicando esto la exclusión de los acreedores en retardo (Tavares, página 131- 132, edición del 1949).

Los maestros Garsonnet y César-Bru al recoger los criterios enfrentados concluyen expresando:

“Cual que sea la jurisprudencia, hoy constantemente se pronuncia a favor de este privilegio (el del primer acreedor que valide), y lo subordina solamente a cuatro condiciones:

1. Que la sentencia de validación sea notificada al tercero embargado por aplicación del artículo 1690 del Código Civil.

2. Que la sentencia de validación haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada; todos los efectos de esta decisión están sometidos a esta condición.

3. Que haya sido rendida en presencia del tercero embargado o, al menos, que éste se haya reconocido deudor...

4. Que este privilegio no conlleve atentado a derechos adquiridos, no solamente aquéllos de los otros embargantes anteriores a la sentencia de validación, sino también de aquéllos que resulten de una sentencia de validación que haya declarado al embargado en quiebra después de la sentencia en validez, informada la apertura de esta quiebra en una época anterior a aquélla en que la sentencia adquirió la fuerza de cosa juzgada”. (Tomo IV, páginas 250, 531 y 532, edición del 1913).

En este mismo sentido expresa Jean Radouant, en su artículo del *Repertorio Dalloz de Procedimiento*, edición del 1956, tomo II, páginas 743, 246, 247 y 248:

“El principio fundamental es entonces que la oposición no confiere ningún privilegio al primer acreedor embargante; la repartición debe hacerse, por consiguiente, a prorrata entre todos los embargantes, sin tener en cuenta la fecha de la oposición.”

Sin embargo, este principio conlleva una doble reserva:

1. A partir del momento en que, según la jurisprudencia, la sentencia de validación opera “cesión traslativa de la creencia embargada, toda oposición ulterior está avocada a ser ineficaz, puesto que el titular de esta acreencia no será ya más el deudor embargado, sino el embargante mismo;

2. Cuando el deudor ha demandado el acantonamiento del embargo, el primer embargante goza de un privilegio sobre la suma consignada”.

Jean Vicent critica la tesis de la “cesión judicial” e invoca entre otros argumentos “que no existe privilegio sin texto y que el antiguo privilegio del primer embargante fue abolido por el Código Civil” (Vicent, J., *Voies d’ exécution et procédures de distribution*, páginas 212 , 213 y 149). Pero la opinión del *Repertorio Dalloz de Procedimiento Civil*, en su nueva edición de 1980, defiende de forma absoluta la tesis de la “Cesión Traslativa a favor del embargante que valida primero” como consecuencia de la sentencia que no es declarativa sino traslativa de derechos, para sacrificar a un eventual prorrato que pudiera producirse entre acreedores que han coincidido en sus embargos, con demandas en validación, quitándole así la seguridad a las instituciones bancarias (tercero embargado) de que quien valide primero excluya a todos los demás acreedores coembargantes. Tesis que brindaría mayor garantía a estas instituciones al efectuar el desembolso final, por lo cual la recomendamos “De lege fedenda”. (Ver *Repertorio de Procedimiento Civil Dalloz*, edición 1980, Saises. Arrét, puntos 316 al 328 y 360 al 363, ambos inclusive)

La jurisprudencia dominicana ha expresado claramente el criterio francés en la sentencia del 30 de agosto de 1952 (Boletín Judicial 505, página 1533) que estableció, frente a embargos retentivos sucesivos, que los terceros embargados “no pueden librarse válidamente frente a todos los embargantes, sino en virtud de una sentencia que estatuya sobre los derechos de todos ellos”.

El embargo sobre sí mismo

Se manifiesta la doctrina sobre la posibilidad del embargo en las manos del embargante, cuando éste es a su vez acreedor de su deudor, expresando que esto es útil, sobre todo si la acreencia aún no es exigible, y desea tomar la medida conservatoria; pero para efectuar un embargo de esta naturaleza, tenemos que tener en consideración el criterio establecido por nuestra Suprema Corte de Justicia en una sentencia del 5 de octubre de 1960 (Boletín Judicial 603, página 2024):

“Si un acreedor que es a la vez deudor de su deudor puede hacer un embargo retentivo sobre sí mismo, es a condición de

que la compensación no sea posible, por no recaer créditos sobre sumas de dinero o sobre cosas fungibles.”

De modo que siempre que se trate de sumas de dinero deberá efectuarse la compensación, y luego por la diferencia, si aún se tiene la calidad de acreedor, efectuar el embargo retentivo.

No obstante, esta jurisprudencia es desconocida muchas veces, para lograr fecha cierta por medio del acta de embargo y evitar así que otros acreedores reales o ficticios invoquen el 1298 del Código Civil, que reza:

“La compensación no tiene lugar en perjuicio de los derechos adquiridos por un tercero. Por lo tanto, el que siendo deudor viene a ser acreedor después del embargo preventivo (SIC) hecho por un tercero en sus manos, no puede, con perjuicio del ejecutante, oponer la compensación”.

Si se quiere cumplir con la decisión jurisprudencial y ejercer la compensación, sería recomendable efectuar previamente una intimación de pago al deudor, anunciándole que procederá a compensar en corto plazo. Si llegara en ese lapso un embargo simulado, se impugnaría por la acción paulatina, alegando la fecha cierta de acreencia y la advertencia de que se iba a ejercer ese modo de extinción de las obligaciones, así como tampoco se permitirá un retiro de fondos, luego de la notificación de la intimación.

Inmovilización de cuentas mancomunadas

En este aspecto, la jurisprudencia dominicana no se ha pronunciado.

Es recomendable que las instituciones bancarias tengan establecida la autorización de inmovilización conjunta en caso de embargo, en sus convenios de depósitos con clientes mancomunados.

La solución que aporta a este caso la doctrina francesa, es que si no se conoce la proporción de cada uno de los cotitulares, porque éstos no lo hubieren manifestado previamente al banco, se inmovilizará la totalidad. (Hamel, Joseph, *Operation et Banques*, páginas 516 y 330; Ramos Messina, W., el *Régimen legal de la Banca Comercial...*, página 105, p. 157).

Entendemos que si fue previamente comunicada la proporción de cada cotitular, ese documento debió de haberse registrado en el Registro Civil, o constar en un documento que hubiese sido objeto de registro, con un acta de alguacil, por ejemplo; de lo contrario, sería inoponible al embargante.

Según el profesor Ramos Messina, la muerte surtirá el mismo efecto, en virtud del artículo 37 de la Ley 2569-50 de Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (Idem).

Las cartas constancias

El último aspecto que vamos a tratar se refiere al tratamiento que las distintas instituciones bancarias y del sector financiero de nuestro país dan a las cartas constancias que han venido a sustituir, luego de la ley 171 del 1971, los procedimientos de demandas en declaración afirmativa contra bancos e instituciones afines.

La modificación del artículo 569 del Código de Procedimiento Civil, para extender sus efectos a las instituciones bancarias, era una necesidad sentida que se logró, contribuyendo a simplificar el procedimiento de embargo retentivo.

Para expedir constancia, son necesarias dos condiciones:

A) Que se haya embargado con un título auténtico como fundamento, es decir, documento expedido por un oficial público; o teniendo como base la sentencia que validó el embargo, que está certificada por el secretario del tribunal (oficial público); y

B) Que haya sido requerida por el embargante.

Algunas instituciones sostienen el criterio de sólo expedir la constancia si debieren dinero al embargante. Esto se ajusta a la ley, pero mantener esta actitud que aligera el trabajo, provoca sospechas y expectativas innecesarias, actitud que aligera el trabajo, provoca sospechas y expectativas innecesarias, que se dispararían simplemente con la constancia negativa.

El legislador no fijó plazo para expedir la constancia, el Juzgado de Primera Instancia de Santo Domingo, en sentencia del 16 de marzo de 1935, cuando aún no existía el Distrito Nacional, consagró que “no habiendo la ley previsto un plazo al tercero embargado para hacer su declaración afirmativa, ésta debe ser

hecha en principio, en el plazo ordinario de los emplazamientos, o sea, en el término de la octava, no obstante, y antes de declarar al tercero embargado deudor puro y simple. (Gatón Richiez, páginas 370, 371 y 207).

Es necesaria que la octava franca legal sea aumentada en razón de la distancia, por la aplicación del artículo 1033 del Código de Procedimiento Civil y el 73 del mismo texto.

Sin embargo, la misma sentencia estableció un criterio prudente, al expresar:

“el tercero embargado que no hiciere su declaración dentro de la octava del emplazamiento notificándole al demandante, no debe ser por este solo hecho declarado deudor puro y simple de las causas del embargo, sino que por el contrario, debe concedérsele un plazo para proceder a la misma y que, solamente a defecto de cumplir con esa obligación es cuando debe aplicársele la disposición penal relativa a que se le considere puro y simple deudor de las causas del embargo”.

Otro aspecto práctico poco cumplido, es el informe de embargos concurrentes a los demás embargantes para notificarles sobre la llegada de nuevos embargos. Esta denuncia hecha de abogado a abogado tiene sus menciones esenciales conforme al artículo 573 del Código de Procedimiento Civil.

El riesgo de no hacer estas declaraciones es que consideren a la institución deudora pura y simple... invocándose el artículo 577 de dicho texto legal.

Hemos soslayado varios temas que harían extender esta exposición. Pero realmente los mismos si fueron polémicos en su momento, hoy se tiene un criterio más claro al respecto. Se trata de la naturaleza civil o comercial de la demanda en validación; la cesión del crédito embargado; las fianzas o cartas compromisorias para el desbloqueo de fondos; la competencia del juez de los Referimientos para ordenar el levantamiento de un embargo; el desembargo por sentencia a requerimiento del embargado y el embargo sobre cajas de seguridad.

A todos ustedes nos resta agradecerles el habernos concedido el privilegio de su atención.

Régimen jurídico del contra-escrito y la simulación*

Julio Miguel Castaños Guzmán**

* Coloquios Jurídicos, Julio-Diciembre del 1989, año 4, no. 7, páginas 37-52.

** JULIO MIGUEL CASTAÑOS GUZMÁN. Decano de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Graduado de Derecho en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, PUCMM (1982); actualmente es Director del Departamento de Derecho del Recinto Santo Tomás de Aquino de esa universidad y es profesor de la carrera de Derecho.

Forma parte de la Oficina de Abogados Castaños y Castaños.

Régimen jurídico del contraescrito y la simulación

El Código Civil no ha reglamentado, sino de manera indirecta, el régimen jurídico de la simulación y los contra-escritos. Escasos artículos del Código Civil se refieren a esta figura jurídica (el 1321, estableciendo sus efectos; el 1396 y el 1397 reglamento en materia de contrato de matrimonio; el 91 al referirse a la capacidad de disponer o de adquirir a título gratuito; y los artículos 1099 y 1100 en materia de liberalidades simuladas.

Concepto de simulación y contraescrito

Simulación: Etimológicamente viene de los vocablos latinos “simul” y “actio”, palabras que (según Cabanellas en su “Diccionario de Derecho Usual”, 9na. edición, año 1976, editorial Heliasta IIV), indican alteración de la verdad; señalan el concierto de dos o más personas para dar a alguna cosa la apariencia de otra.

En sentido lato significa “fingir”; en el campo material, por ejemplo, se finge estar enfermo con un fin determinado; en la esfera de lo moral se simula la amistad, la generosidad, la virtud. Al pasar al terreno de lo jurídico no pierde su esencia por lo que constituye un instrumento peligroso que podría prestarse a la mala fe y al engaño.

Un autor italiano de profundas reflexiones sobre este concepto, Francisco Ferrara (*La Simulación en los Negocios Jurídicos*), sostiene que “el que acude a la simulación quiere crear una apariencia falsa para engañar al público, induciendo a la opinión errónea de la verdad del hecho alegado”.¹

Sin embargo, la simulación no necesariamente va a contener un acto ilícito o fraude a la ley, ni debe ser confundida con la falsedad, pues el fraude a la ley es aquella actuación que tiende a la sustracción del campo legal, un hecho, un contrato o una situación determinada. Aquella que tiende a burlar una disposición

1 Ferrara, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*. Tr. Rafael Atard y Jan A. de la Puente. 5ta. ed. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1926, p. 59.

legal o una regla de orden público, los contratantes se proponen huir de la aplicación de una norma jurídica, buscan el resultado que la ley quería impedir.²

Mientras que la simulación no necesariamente persigue el fraude, en realidad son conceptos muy diferentes ya que la simulación se basa en lo ficticio y el fraude en lo real.

La falsedad intelectual es el mudamiento de la verdad; pues se altera la verdad para engañar al público con el concurso oficial del público actuante. Ella existe cuando recae en aquella parte del contenido del acto, del que el oficio da fe.

En la simulación no ocurre esto, pues, el oficial público no tiene por qué enterarse de la verdadera intención de las partes.

Contra – escrito

El concepto de contra-escrito ha sido objeto de serios debates doctrinales, ya que los franceses han considerado que se trata de un acto destinado a quedar en secreto y a modificar las disposiciones de un acto ostensible, sosteniendo que las partes explican, entienden o restringen el acto precedente público. Sin embargo, al examinar las características esenciales del contra escrito otros autores extranjeros -Ferrara (italiano) y Cámara (argentino)- y por excepción los hermanos Mazeaud (franceses), consideran que el contra-escrito “no tiende a modificar el acto aparente, sino, tan sólo, a explicar su verdadero carácter mostrando la exacta fisonomía conforme a la intención de los contratantes: no lo modifica ni varía sino que lo declara”.³

Los hermanos Mazeaud nos lo definen como “el contrato mantenido en secreto y que las partes celebran antes o al mismo tiempo que un acto aparente, el cual no corresponde a su voluntad, y que tiene por única finalidad disimular la realidad”.⁴

2 Josserand, Louis, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*. París, Librairie Dalloz, 1964. p. 172 y siguientes.

3 Cámara, Héctor, *Simulación en los actos jurídicos*. 2da. ed. Buenos Aires, Heliastas, 1976. p. 139.

4 Mazeaud, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil*. Tr. Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, Europa-América, 1960. Parte II, v. III. No. 808, p. 103.

Nosotros nos inclinamos por esta postura, sin embargo no compartimos la opinión de los hermanos Mazeaud que consideran al contra-escrito como un contrato. Entendemos que el contra-escrito no produce los efectos esenciales del contrato: producir obligaciones; ser fuente de las obligaciones. En realidad el contra-escrito es un instrumento que constata la verdad de un único negocio jurídico. Es decir, revela cuál fue la verdadera intención de los contratantes, lo cual no constituye, entonces, un contrato *per se*.

Condiciones de existencia

Tanto el contra-escrito como la simulación deben reunir requisitos esenciales sin el cumplimiento de las cuales ya no serían reconocidos como tales:

1) Constatar la operación jurídica verdaderamente realizada. Ya que siendo un instrumento probatorio de la operación jurídica simular, existe en función de la idea de simulación. Por lo tanto, para que exista un contra-escrito es preciso que éste tenga por objeto constatar la operación realizada.

El contra-escrito constituye en la operación simuladora el contrato real, el acto en el cual queda plasmada la realidad que se le oculta a lo contra-escrito; lo contrario es lo que no se puede dar, es decir, que haya un contra-escrito sin simulación. Sin embargo, entre las partes sí será necesario, por lo menos, un principio de prueba por escrito. Tal y como lo afirma nuestra Suprema Corte de Justicia en su sentencia de fecha 20 de mayo del año 1988, Boletín Judicial 930-931, página 713:

“Consideramos, que, en efecto, tal como lo ha juzgado el Tribunal a-quo, cuando la declaración en simulación es demandada por una de las partes contratantes, como ocurre en la especie, ellas han podido procurarse la prueba escrita de la simulación y, por tanto, se necesita que el demandante produzca, al menos, un principio de prueba por escrito.”

2) Estar redactado en un instrumento aparte del acto ostensible o simulado. La doctrina está de acuerdo y no se discute este asunto. Y es que contraescritura corresponde a un proceso de simulación, en el cual sólo hay un acto jurídico con dos

instrumentos escritos. Uno, el real, consta en el contra-escrito; el otro, ficticio, consta en la escritura ostensible.

Las partes al realizar una simulación normalmente dejan constancia, en un acto secreto, de su verdadera intención. Pero ellas también otorgan otro instrumento, el acto ostensible y público, en el cual expresan un acto jurídico distinto al verdaderamente convenido.

Denis Bredan, en su artículo “Remarques sur la conception jurisprudentielle de l’acte simulé”, publicado por la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, París, Sirey, 1956, considera que el fundamento está en el propio carácter secreto del contra-escrito.

3) Constatar la falta de seriedad del acto ostensible.

Es decir, que no se refiera a un acto hecho seriamente y sin ánimo de simular.

Se caracteriza por no expresar una convención nueva, debe constituir un todo conjuntamente con el acto aparente y simulado cuya verdad revela. El contra-escrito no es modificativo sino declarativo de la realidad oculta.

4) Será preciso que la intención deliberada de otorgarlo sea concebida por las partes desde el instante mismo en que se concluyó el acto ostensible, o viceversa. Entre el contra-escrito y el acto ostensible debe existir una unidad de vinculación o simultaneidad intelectual. Por tanto, no importa cuál de los instrumentos se haga primero; y,

5) Clandestinidad. El contra-escrito no es más que el instrumento declaratorio de la simulación y, en consecuencia, la clandestinidad, es decir, su ocultamiento a los terceros se hace necesario para cumplir este objetivo.

Incluso, respecto de este carácter secreto del contra-escrito ha sido estipulado por nuestra Suprema Corte de Justicia que el contra-escrito ni siquiera está sometido a las prescripciones del artículo 189 de la Ley de Registro de Tierras, cuando ellos vengán a declarar la verdad respecto de un acto traslativo de propiedad inmobiliaria de un inmueble registrado; nuestro más alto tribunal se manifiesta afirmando en su sentencia del 12 de abril del 1972, Boletín Judicial número 737, página 842, lo siguiente:

“...Que contrariamente a como lo apreció el juez de jurisdicción original en su sentencia recurrida, este tribunal superior es de criterio que el acto de fecha 11 de marzo de 1957, presentado por el Dr. Francisco del Rosario Díaz, como contenido de un contraescrito, no tenía que estar necesariamente sometido a la formalidad del artículo 189 de la Ley de Registro de Tierras, porque es un acto destinado a permanecer secreto, por cuya circunstancia no debe recibir la publicidad a los actos ostensibles al reconocer su beneficio que dicho inmueble no ha salido del patrimonio del otorgante de aquel acto;.. que la existencia de este segundo documento es lo que típicamente caracteriza la simulación clásica de nuestro derecho objetivo, siendo su permanencia en secreto una condición inherente a este documento para que sea tenida como tal, lo que impone reconocer que la validez y eficacia de sus efectos no es necesario que reciba la publicidad prescrita para los actos ostensibles porque entonces carecería de objeto su existencia.”

Por otra parte, la simulación, al igual que el contra-escrito, ha sido sometida a condiciones de existencia:

1. Acuerdo de voluntades con la intención de ocultar a los terceros la realidad.

Y es que las partes, al simular, persiguen distraer del conocimiento de éstos la operación real.

Este carácter consensual de la simulación la distingue de la reserva mental, que es una mentira o reticencia unilateral. Así como también del dolo o maniobra tendiente a cometer un error, ya que ambas partes lo desean de antemano y conocen sus verdaderas intenciones.

Sin embargo, vale aclarar que la doctrina está dividida respecto al carácter consensual de la simulación, algunos entienden (Michel Dagot)⁵, que puede haber simulación en un acto unilateral. Luis Jossierand considera que “la simulación se concibe muy fuera de toda convención”.⁶

5 Dagot, Michel, *La simulación en droit privé*. París. R. Pichon et. R. Durand-Auzias, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1965. números 12 y 13.

6 Jossierand, Louis, op. cit. No. 192. Reitera su concepto en su nota No. 2, cuando critica la definición

Pero, es preciso comprender que dentro del marco del artículo 1321 del Código Civil, presupone que los contra-escritos caen en el campo contractual y que las partes son aquéllas del contrato. Por esta razón la doctrina dominante afirma la necesidad de un acuerdo simulatorio.

2. Es preciso que entre las apariencias y lo que realmente se quiere exista disconformidad intencional.

El mecanismo de la simulación busca ocultar una operación real. Existe un acto aparente y otro oculto o real que contiene la verdadera intención de las partes. Entre ambos actos hay una disconformidad consciente sobre la mentira que es presentada al público en el acto ostensible; el acto secreto discierne de este último, porque en él queda plasmada la voluntad real de las partes.

La disconformidad existente entre ambos actos es realizada por las partes deliberantes, ya que el acto simulado es la consecuencia de un proceso donde hay deliberación de autores.

El acto secreto debe afectar, necesariamente, algún elemento del acto ostensible; sea éste el consentimiento, el objeto, la persona o la naturaleza. De tal forma que cuando ella recae sobre cualquiera de estos elementos del contrato, surge la disconformidad buscada por las partes.

Cuando se simula como venta una donación, caso en el cual la simulación recae sobre la naturaleza del acto, la disconformidad se aprecia en que realmente se ha donado y no vendido. En el acto aparentó al público una venta, siendo esto una mentira, en realidad la voluntad fue donar.

De esta disconformidad que debe existir entre ambos actos de la operación simulada, resulta que la simulación puede ser absoluta o relativa. Depende de que tal disconformidad sea total o parcial.

de Planoil según la cual la simulación implicaría la coexistencia de dos convenciones, una aparente y otra secreta, cuya idea considera demasiado estrecha. Menciona igualmente a Esmein según expresa que "la simulación se concibe muy bien fuera de toda convención".

Campo de aplicación

En principio se podría afirmar que la simulación tiene su imperio sobre todos los actos de la vida humana, sin embargo, de manera excepcional, el legislador prohíbe su utilización en algunos casos donde su peligrosidad atenta contra el orden público y los derechos de algunas personas, así como también atenta contra instituciones jurídicas en el campo sucesorio. Por razones de economía de este trabajo, concretizaremos el campo en el que excepcionalmente ella no interviene.

Por un lado, existen actos en los que, al pertenecer al derecho público, priman las ideas morales y filosóficas del bien común y el interés general, donde resulta imposible la penetración de esta institución jurídica. Y, por otro lado, también existen actos que se formalizan con la participación de un representante de la sociedad, en los que tampoco es posible la simulación.

Veamos:

1.- Actos de la potestad del Estado

La simulación existe solamente en los actos que tienen carácter privativo. No es posible, entonces, simular una ley, decreto, reglamento, una concesión o autorización, una orden administrativa, etc.

El fundamento de esto es la seriedad con que el Estado y las demás entidades públicas deben actuar en el ejercicio de su soberanía. Ellos ofrecen un servicio social donde resultaría absurdo el uso de una fórmula para engañar a los terceros.

Sin embargo, es preciso distinguir los negocios de derecho privado celebrados por la administración pública en su gestión patrimonial, de aquellos actos que realiza en función de organismo de derecho público, donde no puede considerarse, *a priori*, que la simulación está incluida.⁷

7 Ferrara, Francisco, op. cit., p. 123.

2. Actos con la intervención de la autoridad pública

En algunos casos los contratantes no pueden, por sí solos, realizar actuaciones de la vida jurídica. Pues la naturaleza misma de aquéllos y la ley exigen una constatación sólida, pues la sociedad les da y pone una atención y carácter especiales.

Por ejemplo, en los contratos solemnes, para los cuales la forma es exigida como una condición de formación del acto, a falta de ella el contrato está afectado de nulidad absoluta.

Nos dicen Planiol y Ripert que “un contrato es solemne cuando la voluntad de las partes expresadas sin forma exterior determinada no es suficiente para concluirlo, exigiendo la ley algunas otras formalidades particulares en ausencia de las cuales el contrato está afectado de nulidad en las relaciones entre las partes”.⁸ Quiere decir que no es solamente que deben celebrarse por ante un oficial público, sino que la ley lo exija además. Entonces, la formación misma de un contrato solemne tiene un quinto elemento estructural: la intervención de un oficial público.

Una cuestión de interés es la de tratar la manifestación de la simulación en los contratos solemnes. La cuestión radica en determinar, si es posible, la ficción de este acto jurídico o de alguna de sus cláusulas con el objeto de aparentar (tratándose de donaciones) la salida del patrimonio del donante de bienes en peligro de ser embargados por los acreedores o también para defraudar al fisco. Igualmente, tratándose de un contrato de matrimonio, ¿sería posible simular dicho contrato o alguna de sus cláusulas?

En los casos de donaciones ficticias o simuladas, éstas son utilizadas para disfrazarlas de venta o para empobrecer, aparentemente, el patrimonio del donante. El que las donaciones sean realizadas ante notario en nada impide que una venta se simule haciéndola aparentar donación o, viceversa, para distraer los bienes del patrimonio del donante a conveniencia y evitar un embargo.

⁸ Planiol, Marcel et Ripert, G. “Traité pratique de droit civil français, obligations”. T. VI. , París, Librairie Générales de Droit et de Jurisprudencia, 1930. No. 113, p. 142.

A simple vista nos parece que el carácter público del acto de donación entra en contradicción con el carácter oculto del contra-escrito, sin embargo, no es así. No necesariamente esto tiene que suceder, pues el contra-escrito puede mantener su clandestinidad a pesar de adoptar su forma en un acto notarial.

El problema resulta de la fuerza probante especial que posee un acto auténtico. Se sabe que las enunciaciones contenidas en él hacen fe hasta inscripción en falsedad. Sin embargo, la jurisprudencia francesa apoyada por la doctrina ha admitido siempre que la inscripción en falsedad no es necesaria para establecer la simulación. (Bull, 1961, número 491, página 387).

En relación con el segundo de nuestros cuestionamientos, sobre la posibilidad de simular el contrato de matrimonio, el asunto ha sido discutido y la postura dominante es que no es posible. Y es que en él la intervención del oficial público juega un rol activo, formando parte esencial del acto. Es decir, la voluntad del oficial público concurre en la celebración del acto. Al contrario de la donación donde es simplemente una cooperación certificadora del notario, donde juega un rol pasivo, sin tocar la esencia del acto, sino que sirve tan sólo para suministrarle una prueba eficaz.

Por el contrario, cuando la voluntad del oficial público concurre íntegramente, el acto nace con el concurso del mismo, quien interviene para garantía de la ley, integrándolo y dándole existencia jurídica.

En el contrato de matrimonio, la voluntad del oficial público interviene activamente, integrando el acto. En ellos no es posible que funcione la simulación, pues por razones de moral y de seguridad social exigen la estabilidad de este acto.

El código civil consagra dicha imposibilidad en los artículos 1396 y 1997, en los siguientes términos:

El 1396 reglamenta la manera de cómo se pueden realizar modificaciones al contrato de matrimonio, antes de la celebración del matrimonio. Será posible hacerlo, sea en el contrato mismo o por acto separado, bajo la condición de que reúna la misma forma que el contrato de matrimonio. Por lo que, un contra-escrito bajo firma privada no tendría ningún valor legal.

En este artículo, la palabra contra-escrito es entendida como un instrumento separado que viene a modificar el contrato de matrimonio. Por lo que, en realidad, no constituye verdadero contra-escrito. Lo que pasa es que el legislador no desea que se utilice en los contratos de matrimonio.

Para tener validez entre las partes, el contra-escrito del contrato de matrimonio deberá reunir las condiciones del contrato de matrimonio y además ser realizado con la participación de todas las partes envueltas en el contrato.

El mismo artículo 1397 nos confirma que el uso por el legislador de la palabra contraescrito es en el sentido, simplemente, de acto separado. Obligado a anexar el mismo al contrato de matrimonio original, haciendo inoponible a los terceros dicho documento, salvo previo cumplimiento de esta formalidad.

Lo que el legislador quiere realmente es evitar que se pueda burlar el andamiaje jurídico establecido a propósito del contrato de matrimonio, cerrando con los artículos 1396 y 1397 toda posibilidad de ello, aun a costa de hacer uso del término contra-escrito sin tener en cuenta su verdadera naturaleza jurídica.

Por otro lado, tampoco es posible que se simulen los actos judiciales, pues el acuerdo de voluntades no juega el mismo rol en el campo privado y en el procesal. Es preciso que el proceso sea estable y que exista certeza jurídica.

Elementos sobre los que puede recaer

Habíamos señalado que el campo del derecho en que más se utiliza la simulación es el ámbito contractual. Ahora explicaremos la forma en que se manifiesta en los contratos.

Como es sabido, los contratos están estructurados por cuatro elementos: consentimiento, causa, objeto y capacidad. La simulación podría recaer sobre cualquiera de ellos, provocando efectos diferentes. De donde se desprende que se trate de una simulación absoluta o una simulación relativa.

Es absoluta cuando la disconformidad entre el acto aparente y el secreto es total, es decir, se celebra un acto jurídico que nada tiene de real.

Las partes, en realidad, no desean efectuar el negocio, deseando solamente la declaración y no sus consecuencias. El acto aparente es, en este caso, puramente ficticio.

Nuestra Suprema Corte de Justicia distingue la simulación absoluta “por fin perseguido en la operación simulada”. Y a propósito de un recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Tribunal de Tierras, en materia de terrenos registrados, nuestro más alto tribunal expresó:

“Considerando, que, por otra parte, como por simulación, un acto aparente disimula voluntades que son diferentes de las expresadas en él, la consideración de fin perseguido con dicha operación conduce a distinguir, como lo hacen la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, la simulación absoluta, situación en que las partes en realidad no han querido hacer ningún acto jurídico, de la simulación relativa, por lo cual se persigue no la formación de un acto puramente ficticio sino de un acto simplemente disfrazado o con interposición de personas.” (Suprema Corte de Justicia 31 de agosto 1931, Boletín Judicial 349 página 678).

Como podemos ver, en el contrato afectado de simulación absoluta, las partes no han dado su consentimiento en la operación que parece ser real. En estos casos, la simulación recae sobre el consentimiento, y, por lo tanto, dicho acto es inexistente.

El uso de la simulación absoluta es un medio eficaz y peligroso que tienen los deudores para frustrar la garantía de sus acreedores. Sus objetivos son casi siempre fraudulentos, produciendo la disminución ficticia del patrimonio o el crecimiento aparente de las deudas. Pueden realizarse con este fin: ventas simuladas; convenciones a título oneroso que disminuyen el activo; celebración de contratos reales; enajenaciones a título gratuito; celebraciones de contratos ficticios que tiendan a aumentar el pasivo creando sociedades ficticias, etc.

Este último caso de creación de sociedades ficticias es muy usado en la práctica, para hacer desaparecer los bienes frente a los acreedores.

Michel Dagot nos define una sociedad ficticia como “aquella en la que se ha creado la apariencia de una sociedad disimulando la existencia de los elementos del contrato de sociedad”. Expresa

igualmente que “las sociedades ficticias no son verdaderas sociedades, constituyen simplemente su apariencia”.⁹

Generalmente se utiliza la forma de accionistas simulados. Así estas sociedades se constituyen cuando cumplen, en forma aparente, el mandato del artículo 56 del Código de Comercio, cuando se trata de la simulación de una compañía por acciones.

Son creadas con la finalidad de sacar del alcance de los acreedores los bienes del patrimonio del deudor, haciéndolos aparecer como aportación en naturaleza a la supradicha sociedad, cometiendo con ello un fraude a la ley, violando así las disposiciones de orden público del artículo 56 del Código de Comercio.

Nuestra Suprema Corte de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, a propósito de un recurso de casación contra una sentencia de la Corte de Apelación de Santo Domingo, donde declara nula una compañía por ser ficticios algunos de los socios que figuraban en su constitución:

“Considerando, que el artículo 56 del Código de Comercio que establece que ninguna compañía anónima puede constituirse si el número de socios no alcanza a siete y el artículo 60 del mismo Código que dice que “Es nula y de ningún valor y efecto, respecto a los interesados, toda compañía anónima, tocante a la cual no hayan sido observadas las disposiciones de los artículos 31, 56 y 57 arriba insertados, son disposiciones de orden público y todo acto realizado con el fin de eludir la aplicación de una disposición de orden público constituye un fraude a la ley” (Suprema Corte de Justicia, 28 de febrero de 1933, Boletín Judicial 271, página 20).

Por otro lado, se habla de simulación relativa cuando la disconformidad entre el acto aparente y el secreto es parcial. Es decir, aquellos casos en que la simulación recae sobre la naturaleza del acto, el objeto o sobre la persona misma de los contratantes, se trata de un acto querido por las partes, y, como dice nuestra Suprema Corte, persigue la formación de un acto puramente disfrazado.

9 Dagot, Michel, op. cit., No. 77.

La simulación recae sobre la naturaleza del acto cuando encubre su carácter jurídico bajo la apariencia de otro. Sería el caso de una donación disfrazada bajo la apariencia de una venta.

La simulación recae sobre objeto, cuando se suscriben cláusulas que no son sinceras relativas al objeto mismo del contrato. La simulación de precio es uno de estos casos, sea abultándolo o disminuyéndolo. También celebrando una compraventa con un objeto distinto al realmente vendido.

La interposición de personas es cuando recae sobre la persona de los contratantes.

Efectos del contra-escrito

El artículo 1321 del Código Civil nos delimita los efectos del contra-escrito, solamente produce sus efectos entre las partes contratantes, y es que éste es el que declara la verdad en cuanto a cuál es la intención de los contratantes.

Igualmente, le será oponible a los sucesores de las partes, legatarios e instituidos contractuales.

Efectos de la simulación

Más interesante resulta la incidencia de la simulación en el acto simulado. Pues el hecho de que las partes contratantes consientan en realizar un acto aparente, no quiere decir que la simulación no lo afecta y sea una causa de nulidad del negocio jurídico realizado; ni tampoco que estando el acto secreto afectado de nulidad, ésta haga desaparecer los efectos de aquélla. Veamos, pues, el principio de la neutralidad.

Principio de la neutralidad

Este principio establece que la simulación no anula el acto válido siempre que tenga un objeto lícito; ni tampoco hace válido el acto nulo. La doctrina ha reconocido definitivamente este principio. El mismo resulta implícitamente del artículo 1321 que admite una convención oculta, que declare simulada una convención aparente y que produzca sus efectos entre las partes. Además, resulta

también de la aplicación del contenido en el artículo 1134 del Código Civil (autonomía de la voluntad).

La simulación constituye un vicio del consentimiento. Ahora bien, la simulación tiene por límite el fraude, y en esta medida los actos afectados de simulación son lícitos y válidos. Así se ha pronunciado nuestra Suprema Corte de Justicia en su sentencia de fecha 26 de julio de 1933 (Boletín Judicial número 276 página 19):

“Considerando, que toda persona interesada puede hacer declarar simulado y por tanto nulo un contrato, especialmente los terceros a quienes dicho contrato perjudique, que ellos sean o no acreedores de uno de los contratantes; que por otra parte la simulación que está prohibida en nuestro derecho es la que no tiene por fin ni hacer fraude a la ley ni perjudicar a los terceros”.

Este principio, también, fue previsto, de manera expresa, en el proyecto del Código Civil que realizara Douconfray en el año 1947. En este trabajo el autor dedicó varios artículos al tema, bajo la rúbrica “De la simulación en los contratos”; entre ellos cabe citar el artículo 920, que dice: “La simulación no constituye por sí misma una causa de nulidad de los contratos, sino en los casos que tienen carácter fraudulento”.

Tampoco la simulación valida el acto nulo. Por lo que ella deja subsistir todas las causas de nulidad del derecho común.

Igualmente, el acto secreto como portador de la verdadera intención de las partes debe obedecer las reglas legales correspondientes al acto o negocio verdadero, de lo contrario existe la posibilidad de que no produzca efectos o deje de producirlos. Sin embargo, en cuanto a la forma, las condiciones aplicables al acto secreto son aquellas del acto aparente. Así, una donación disfrazada de venta será perfectamente válida aunque el acto secreto no se haga en la forma notarial que exige el artículo 931 del Código Civil.

Así lo ha expresado nuestra Suprema Corte de Justicia, a propósito del recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Tierras. El recurrente alegaba que el tribunal *a-quo* había violado los artículos 931 y 932 del Código Civil; puesto que declaraba encubierta bajo la forma de una venta

una donación, que no fue redactada ante notario. (Suprema Corte de Justicia, Sentencia de fecha 3 de octubre de 1979. Boletín Judicial número 827 página 1807).

Excepciones legales al principio de la neutralidad

El legislador ha previsto situaciones en las que la simulación podría ser utilizada de manera temeraria y peligrosa. Así también, instaurado excepciones expresas en la Ley, con respecto al principio de la validez de la simulación.

En este sentido, los redactores del Código Civil previeron derogaciones con relación a las:

1) Donaciones entre esposos (artículo 1099-2, el cual tiene su fundamento en la protección de la reserva hereditaria del artículo 913).

2) Donaciones incapaces (artículo 911-1, se aplica igualmente para los casos del artículo 907 y 909 del Código Civil).

3) Prohibición de personas interpuestas. (artículo 175 del Código Penal, 1596 del Código Civil).

La jurisdicción voluntaria*

Mignolio Pujols**

* Coloquios Jurídicos, Julio-Diciembre del 1989, año 4, no. 7, páginas 53-73.

** MIGNOLIO PUJOLS. Nació en San José de Ocoa. Abogado con más de 50 años de ejercicio profesional.

La jurisdicción voluntaria

La inquietud por el conocimiento, alcances y afianzamiento de la jurisdicción voluntaria, tuvo sus primeros intentos de discusión seria en octubre de 1984, fecha en la que me tocó participar en el curso notarial organizado por la Universidad Autónoma de Santo Domingo.

Como sigue siendo un tema nuevo y apasionante, he aceptado muy gustosamente la invitación que me ha hecho mi querida amiga y colega Dra. Rosa Campillo, en nombre de la prestigiosa firma de abogados “Kaplan Russin, Vecchi & Heredia Bonetti”, para quienes va también mi reconocimiento por su interés demostrado en propender al desarrollo de la cultura jurídica en el país, y lo hago únicamente con el deseo de despertar entre mis colegas la inquietud acerca del tema, con la esperanza de que pueda llegar a las altas instancias del país la necesidad y conveniencia de proponer las enmiendas a la ley que restablezcan la importancia que debe tener el notario en el quehacer jurídico del país.

Por ello, en aras de contribuir a iniciar la etapa de rescate del prestigio del notario, trataré de compendiar las opiniones que he podido recopilar de grandes notarialistas y de diversas fuentes del derecho notarial comparado.

Es necesario, antes que nada, partir de las dos definiciones que encierra el título del tema:

a) Jurisdicción; y

b) Voluntaria.

a) En lo que se refiera a jurisdicción:

Se ha debatido mucho acerca de la apropiada denominación de jurisdicción o competencia de los tribunales, tomando en cuenta aspectos de territorialidad o ámbito de acción, dependiendo de que las cosas o personas envueltas en una acción judicial se encuentren enmarcadas o no dentro de una determinada concepción geográfica, o en otro caso en que se refieran a distintas materias, lo cual ha provocado que se distinga la competencia de un tribunal en razón del lugar.

Esta jurisdicción o competencia es tan frágil que no guarda relación con la experiencia o capacidad de un juez o tribunal, y depende de la acomodaticia necesidad política del Estado en la confirmación de sus mecanismos de control, por lo que una competencia territorial pueda cambiar tantas veces como se creen o se refundan provincias, municipios o distritos.

Y son tanto más frágiles o inconsistentes por cuanto los límites de una provincia, por ejemplo, los puede determinar un río que puede cambiar de curso, y un predio en discusión encontrarse de la noche a la mañana sujeto a la jurisdicción territorial de otro tribunal que no es el que el día anterior podía conocer de una litis sobre el mismo.

Esa competencia de jurisdicción territorial en razón del lugar, de la cosa o de personas envueltas en un litigio, ha de verse con menos profundidad de análisis y si se quiere de seriedad, por cuanto el mismo legislador permite que el tribunal apoderado pueda ser, de un caso determinado, tanto el del domicilio del demandante como del demandado. Y en este último caso, la jurisdicción de un tribunal en razón del domicilio dé tan poca consistencia legal, que muchas veces lo determina el capricho o conveniencia de un abogado litigante, que le “fabrica” el domicilio a su cliente, porque la ausencia de mecanismos idóneos de control administrativo han convertido a nuestro país en un lugar del mundo en donde ni el Estado, ni el gobierno, pueden decir con certidumbre cuál es el domicilio de sus ciudadanos, ni cuáles extranjeros tienen domicilio legal o no en la República.

Es innegable que los mecanismos para establecer el domicilio real de una persona se pierden cuando en el principal documento de identificación personal (nuestra cédula), tanto el interesado dice residir en el sitio que más le convenga, como el incapacitado empleado o funcionario administrativo escribe mal el domicilio o no le importa poner cualquiera.

¿Puede y debe entonces considerarse como cierta, objetiva, fiel a los propósitos de la ley, la declaración resultante de uno de estos dos condicionantes de nuestra realidad? ¿Puede fundamentarse en ese criterio todo un principio consagrado en la Constitución y en todas las leyes adjetivas de un país, tan fundamental como el domicilio, para que podamos estar seguros de que todos los procesos y actuaciones judiciales que descansan en ello sean estrictamente legales?

Todos tenemos que hacer un análisis de conciencia y convenir en que de ese desorden administrativo nos aprovechamos para que un oficial público como el alguacil (ministerial o *marshall* en otros países) sea encomendado por un abogado a iniciar contra cientos de mujeres procedimientos falsos de divorcio, simplemente señalando que ellas residen, por ejemplo, en la calle “Sánchez No. 13, de la ciudad de San Cristóbal” sin haber residido nunca en esa ciudad.

Es oportuno, por ello, separar los conceptos competencia y jurisdicción.

Competencia es, a mi juicio, sencillamente, el término que determina o fija los límites (territoriales o de cuantía o naturaleza del litigio) dentro de los cuales puede un juez ejercer con plenitud de jurisdicción, que quiere decir su autoridad, su potestad, su alcance, y dirijamos la atención a la capacidad de acción y no al territorio o zona que comprende.

Fijemos, pues, nuestro enfoque en el concepto de jurisdicción, que es el punto de arranque del tema que nos ocupa. Etimológicamente, es una combinación de los *ius* y *dícere* que significa: “aplicar o declarar derecho”.

Cabanellas, en su *Diccionario de Derecho Usual*, completa el juicio cuando dice que “a toda jurisdicción va agregado el mando o el imperio, con el objeto de que tenga cumplido y efecto sus prescripciones”.

Confirman este criterio los más eminentes tratadistas con palabras tan explicativas como las que aparecen en un texto del famoso jurista Gallo: “la jurisdicción es, en el sentido más amplio, el poder de los magistrados relativamente a las contiendas o relaciones jurídicas entre particulares”.

O como la simple pero convincente definición que dan Manresa y Navarro en uno de sus temas: “Jurisdicción se entiende como la potestad de que se hallan investidos los jueces para administrar justicia”.

O como dice escueta y sabiamente el jurista brasileño Firmo Da Silva: “el poder de aplicar el derecho, las leyes y juzgar”.

Todas estas concepciones y tantas otras que sería innecesario señalar, podrían inducirnos a aceptar la idea generalizada de que esa *jurisdicción* es privativa únicamente de los jueces y tribunales, y parecería inútil tratar de relacionarla en forma alguna con la actuación del notario, que es uno de los propósitos de este trabajo, sin ningún otro interés que abrir surcos en un terreno virgen que siquiera produzca frutos de inquietud en el pensamiento del notario dominicano.

El Derecho Notarial tiene la virtud de que no puede encasillarse y siempre salta en búsqueda de nuevas concepciones y alcances. Por ejemplo, el reputado procesalista Jaime Guasch, en un alarde de firmeza conceptual, lanza una opinión nueva que debe estudiarse a fondo cuando dice: “La jurisdicción es una función pública de examen y actuación de pretensiones”.

Con esta postura jurídico-filosófica de Guasch entiendo que se completa el esquema en que debemos encuadrar nuestra inquietud, dando por aceptado, por una parte, que la jurisdicción es la potestad, la facultad que el Estado confiere a los jueces de tribunales para tener, usar y hacer respetar el poder decisorio que les permite y autoriza a aplicar e interpretar la ley, ejerciendo su arbitrio, permitiéndoles solucionar una contienda suscitada o un proceso cualquiera, promovido muchas veces por desconocimiento o por falta de una asesoría imparcial, pero cuya decisión siempre resulta a favor de una parte y consecuentemente en contra de la otra.

Esta jurisdicción (o potestad) que tiene el juez para dirimir conflictos, para resolverlos por una sentencia en sentido escrito, aplicando o interpretando normativamente el derecho en situaciones de confrontación, es la que tradicionalmente se ha dado en llamar jurisdicción contenciosa, y que magistralmente define Cabanellas como “La que ejerce el Juez sobre intereses opuestos y contestaciones contradictorias, determinándolas con conocimientos legítimos de causa o por medio de la prueba legal”.

O como dice Capitant en su famoso *Vocabulario Jurídico*, abrevadero de los que no tenemos concepto claro de las definiciones:

Jurisdicción Contenciosa es la determinación del “Poder de juzgar los litigios entre dos o más partes, incluso los juicios sumarios”.

Finalmente, creo que puede comprenderse mejor el objetivo y los fundamentos de la jurisdicción contenciosa, si estamos de acuerdo con Augusto Firmo Da Silva cuando dice que con ella se procura “la restitución de derecho que se presume violado”.

Pero es el caso que el juez tenía y tiene atribuciones de las cuales no se le apodera en razón de un litigio o situación contenciosa, sino como parte de las funciones en que se requiere su intervención por disposición de la ley o por solicitud voluntaria de los interesados, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas, entendiéndose que en estos casos la naturaleza de la intervención del juez es propiamente legitimadora y homologadora, nunca decisoria.

Tal como señala el brillante notarialista mexicano Bernardo Pérez del Castillo, puede concentrarse diciendo que en estos casos el Juez actúa frente a actos en los que se hacen constar hechos o manifestaciones de voluntad, sin necesidad de que intervenga un acto de decisión, y en los que el juez apenas interviene para homologar el acuerdo previo o la voluntad expresada por las partes.

b) Voluntaria

Esta función, que algunos llaman puramente administrativa, es lo que en derecho notarial se conocía como jurisdicción graciosa, y que algunos tratadistas han dado en llamar jurisdicción impropia, y otros jurisdicción prorrogada, pero que en la mayoría de los textos parece haber un consenso generalizado en llamarle jurisdicción voluntaria, aunque algunos no convencionales se empeñen en decirle, con vergüenza la *llamada jurisdicción voluntaria*. Permítanme ahora identificarme con este término de jurisdicción voluntaria, hasta tanto podamos conseguir que llegue a llamarse jurisdicción notarial, como yo espero y creo.

Con ello me complace coincidir con el pensamiento del brillante abogado nuestro Dr. M. A. Báez Brito, quien dice que “en estos casos, las partes recurren en forma voluntaria, en jurisdicción voluntaria”, haciendo hincapié en que ello es contrario a la jurisdicción contenciosa.

Eduardo Couture, eminente jurista uruguayo, que ha dado prestigio a la literatura notarial latinoamericana, sostiene que el

vocablo *jurisdicción voluntaria* se debe a Marciano, quien en el *Digesto* dice:

“Todos los precónsules, tan pronto como hayan salido de la ciudad, tienen Jurisdicción, pero no contenciosa, sino voluntaria, de modo que, por ejemplo, pueden manumitirse ante ellos tanto hombres libres como siervos, y hacerse adopciones; en cambio, ante el Delegado del precónsul nadie puede manumitir, pues no tiene tal jurisdicción”.

Es decir, que desde Marciano se denominó jurisdicción voluntaria a los procedimientos seguidos sin oposición de parte, y en los cuales la decisión que el juez profiere no causa perjuicio a persona conocida. “La que ejerce el Juez sin la solemnidad del juicio, por medio de la intervención en un asunto que, por naturaleza, o por el estado en que se halla, no admite contradicción de parte”.

Sin embargo, es justo señalar que el término *jurisdicción voluntaria* todavía no es aceptado como el más correcto por todos los juristas, y ello es lógico tratándose de definición de conceptos.

Se ha sostenido que es mal llamada así, porque “si es jurisdicción no puede ser voluntaria, y que una es la antítesis de la otra” y por ello los autores alemanes Speck y Wolff postulan la conveniencia de sustituir el término *jurisdicción voluntaria* por el de “actividad o procedimiento extra litigioso”.

Con todo el rubor posible, no comparto la opinión de tan ilustres tratadistas, porque entendiendo que en su deseo de querer ser más exactos, han caído con esa definición en una mayor confusión que aceptando la de *jurisdicción voluntaria*, teniendo en cuenta que “actividad o procedimiento extra litigioso” puede ser toda acción, trabajo, actuación o proceso del hombre que esté fuera de todo litigio, aun cuando no sea un negocio o convenio propiamente jurídico en el alcance técnico que nos ocupa, y que no haya de ser sancionado u homologado, ni ser objeto de una actuación notarial.

Otros autores, como Carnelutti, se conforman en cambio con que se le llame *proceso voluntario*, queriendo únicamente sustituir el término *jurisdicción* por el de *proceso*, pero aceptando, sin embargo, lo de *voluntario*.

Yo creo que Carnelutti se conforma con cambiarle a la definición esa sola palabra, para caer entonces en el peligroso camino de que le llamáremos *proceso voluntario*, y estaríamos aceptando que la jurisdicción voluntaria no se sustraiga de la facultad decisoria propia de los jueces, porque en términos jurídicos un “proceso” es precisamente lo contrario: un debate, un litigio, un pleito, que al ser contencioso por naturaleza, debe ser atribución única de los jueces. En otro orden, habría que entender el “proceso” como el “momento dinámico de cualquier fenómeno físico, químico, psicológico, sociológico, etc.”

Pido a ustedes, pues, no compartir el criterio de Carnelutti y mantener el término de *jurisdicción voluntaria*, por ahora, en el entendido de que no estamos hablando de jurisdicción territorial o en razón de la materia, sino de la facultad y potestad de los jueces, o como “una función pública de examen y actualización de pretensiones”, según dice Firmo Da Silva.

Así, por ejemplo, Daniel Suárez Hernández va más lejos al considerar que ni es *jurisdicción* ni es *voluntaria*, aunque tampoco encuentra una más adecuada definición, porque sin decirlo expresamente, en forma implícita se opone también a la concepción de *proceso* de Carnelutti, cuando dice textual y claramente:

“Resulta claro en la doctrina que las personas que colaboran en la redacción de los actos procesales, como mínimo deben ser tres: el juez, sujeto director del poder que está investido de jurisdicción; y, vale decir, que para decidir y ejecutar las respectivas providencias jurisdiccionales, el autor, o demandante, sujeto procesal que pide o demanda la providencia; y el demandado, sujeto pasivo de la relación procesal, que es aquella persona frente a la cual se pide o demanda la providencia.” (Revista Internacional del Notariado, número 79, página 100)

Sin embargo, es de considerar que Capitant, en su *Vocabulario Jurídico* ya mencionado, sostiene que la *jurisdicción voluntaria* es:

“La atribución conferida por la ley a los tribunales o sus presidentes, que les da poder para decidir en materia no contenciosa, en principio de interés exclusivo de la parte peticionante, tales como la homologación de la deliberación

de un Consejo Familia, de la transacción sobre bienes de menores o interdictos...”

Sin embargo, no creo que para establecer la diferencia entre una jurisdicción y otra, ninguna más sencilla y no por ello menos jurídica y lógica que la que señala el tratadista brasileño Firmo Da Silva, cuando dice que la jurisdicción contenciosa es aquella en que: “Se procura la restitución de un derecho que se cree violado” y la Jurisdicción Graciosa o Voluntaria es aquella en que se busca la homologación de un derecho que posee”.

Algunos consideran, desde otro ángulo, que la jurisdicción contenciosa sirve para el reconocimiento del derecho existente, mientras que la jurisdicción voluntaria lo es para la “creación de derechos” (ver Informe de la Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional).

Es históricamente constante que la jurisdicción o potestad de los jueces en materia contenciosa se ha visto reforzada con el paso de los tiempos, y así ha de seguir siendo si se logra proporcionar a la judicatura de los recursos humanos, materiales y del respaldo total del Estado que necesita y merece, pero que lamentablemente hasta ahora, con toda la alharaca de sus panegiristas, no ha proporcionado porque no les conviene a sus intereses.

Sin embargo, para comprender la trayectoria e importancia que va adquiriendo la jurisdicción voluntaria, debemos remontarnos al antiguo Derecho Romano: en el primer momento de la jurisdicción contenciosa (o propia, como también se le llama), denominado *in-jure*, se originaba, como consecuencia de ello, la sentencia *ad-dictio* que según sostiene Bonilla Sandoval “es el origen de la jurisdicción voluntaria viéndolo como fundamento histórico de la existencia del Derecho Notarial”, con lo cual el brillante tratadista da a entender que la base del Derecho Notarial descansa en el afianzamiento, evolución, ampliación y proyecciones de la jurisdicción voluntaria.

Ese esquema procedimental romano clásico, como se ve, estaba dividido en dos momentos: el primer (*in-jure*) era precisamente aquel en que las partes aceptaban someter el litigio a un tribunal arbitral, no ante el llamado *magistrado* de entonces.

Se llegó más lejos para evitar en lo posible la intervención de los tribunales: si alegada y examinada la cuestión de derecho en el primer momento, y antes de nombrarse un árbitro, el demandado reconocía la razón de la demanda (*confessio in - jure*), se dictaba esa sentencia *ad-dictio*, que significa ratificación del derecho, es decir, homologación del derecho que posee, como diría Firmo Da Silva.

Así nace “un procedimiento judicial sin controversia, que se utilizó como medio creador del derecho, porque el demandado se allanaba, reconociendo el derecho del demandante”, según explica Bonilla-Sandoval.

Creo que fue pensando en ello que hace algunos años el Dr. Ramón Pina Acevedo proponía, en un enjundioso trabajo jurídico, la conveniencia de que se estableciera el “laudo arbitral” que contempla nuestro Código Civil, para la solución extra-tribunal de la mayoría de los que, desde hace poco tiempo, viene dando excelentes resultados el tribunal de arbitraje, autorizado por la ley 50/87, bajo la responsabilidad de las Cámaras de Comercio y Producción, aunque su jurisdicción y/o competencia está limitada únicamente a asuntos que se susciten entre comerciantes miembros de esa respetable institución.

Pero si aceptamos que todas esas y otras opiniones y situaciones reales no son más que el resultado por la decepción que provoca el trajinar durante años por las salas y archivos de nuestros tribunales ordinarios de justicia, en procura de la solución de un problema judicial que pudo haberse solucionado mediante la intervención de un árbitro idóneo, responsable y capaz, preferiblemente un notario con capacidad y fuerza moral aceptadas.

Por ello, paulatina pero inexorablemente, el legislador ha venido sustrayendo del área de acción decisoria de los jueces ordinarios los asuntos que no son litigiosos, dejándoles como atribución, en la mayoría de los acuerdos de las partes. Reconocemos, sin embargo, que aun esta labor simple y sencilla ha venido a ser tan inexplicable e innecesariamente lenta y distorsionadora del interés común de partes que no son litigantes entre sí, que es prudente considerar seriamente la posibilidad de establecer mecanismos que propicien una más rápida obtención de esta homologación del juez en todos los asuntos no contenciosos.

Estas aseveraciones tienen un convincente punto de apoyo en la opinión del eminente tratadista Rufino Larraud en su *Curso del Derecho Notarial* (Ed. 1966, página 119), cuando manifiesta:

“Hoy se puede afirmar que la doctrina, en su tendencia dominante, admite que la Jurisdicción Voluntaria es una actividad de naturaleza administrativa, vale decir, no jurisdiccional (en los tribunales), atribuida por el legislador a la competencia de los organismos judiciales por razones de carácter histórico o de simple política legislativa o de menor interés circunstancial. En verdad, la Jurisdicción Voluntaria, como el Derecho Notarial, pertenece al plano de la normal realización de derecho e integran un sistema de administración pública del Derecho Privado.”

En nuestro país, los jueces actúan todavía en casi todos los casos homologatorios que en otros países ya han sido desviados de su campo de competencia y puestos a cargo del notario.

En efecto, nuestros códigos atribuyen a los magistrados jueces, y por orden de consecuencia adscriben a los órganos judiciales propiamente dichos, todas las cuestiones y materias en que, sin proveerse contienda o discusión alguna entre las partes, se entiende necesaria la intervención sancionadora u homologadora del juez en la jurisdicción voluntaria.

Cito varios de estos casos, teniendo en cuenta que en algunos de ellos interviene el notario únicamente en su fase inicial, que es precisamente la más importante porque recoge la voluntad de las partes:

- a) Declaratoria de incapacidad;
- b) Declaratoria de ausencia y declaratoria de muerte presunta o desaparición legal, únicamente circunscritas a los acontecimientos provocados por la tiranía de Trujillo y por la Revolución de Abril de 1965;
- c) Confirmación de nombramiento e instalación de los Consejos de Familia, así como en algunos casos de designación de tutores y protutores;
- d) Venta de bienes menores;
- e) Rectificación de actas del Estado Civil;

- f) Divorcio y separación por mutuo consentimiento;
- g) Subasta voluntaria de bienes, especialmente de menores;
- h) Adopción, y muchos otros que han de llevarse al juez para su homologación.

Es innegable que nuestra legislación es la que menos participación le da al notario en asuntos de jurisdicción voluntaria. En México, Guatemala, Perú, Uruguay, Costa Rica, Panamá, Colombia, El Salvador, Honduras, Argentina y en casi todos los países europeos y asiáticos, la intervención notarial es determinante y exclusiva en los aspectos tratados, y mucho más amplia su esfera de acción en otros actos de la vida civil, como en los matrimonios y en cualquier otra actividad en que la libre voluntad de las partes pretenda imponer una situación legal nueva que a ellas solamente les interese, que únicamente causa efectos legales entre ellos, siempre que no interfiera en los derechos de los demás ni vaya en contra de las leyes o de las buenas costumbres.

En Guatemala, por ejemplo, uno de los países latinoamericanos en donde yo creo que la función notarial ha alcanzado mayor auge e importancia en los últimos años, el notario actúa realmente como oficial público con potestad para celebrar matrimonios y en procesos sucesorios en forma extrajudicial. Hace pocos años se dictó allí la “Ley Reguladora de Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción”, que amplía aun más el campo de acción y competencia del notario en dicha jurisdicción, atendiendo a tres anteproyectos sometidos por el eminente notarialista Mario Aguirre Godoy y que se hicieron transcribir en dicha ley formando parte de la misma:

a) Que la mayor parte de las materias comprendidas en la jurisdicción voluntaria están atribuidas a los órganos jurisdiccionales con el consiguiente recargo en el volumen de trabajo que soportan los tribunales;

b) Que los notarios, como auxiliares del órgano jurisdiccional colaboran eficazmente con los tribunales a través de su fe pública, en la instrumentación de actos procesales;

c) Que es conveniente ampliar la función del notario a fin de que pueda llevar a cabo los distintos actos en que no hay contención, para facilitar la celebración de los actos de la vida civil.

Teniendo estos principios como fundamentos de la ley, ésta exige dos requisitos esenciales para que cualquier asunto pueda ser tramitado ante notario:

- El consentimiento unánime de todos los interesados; y
- Que si algún interesado manifestare en forma auténtica oposición ante el notario, éste debe abstenerse de seguir conociendo el asunto.

Hay un término que no podemos dejar pasar inadvertido, y es el que señala que el notario “no puede seguir conocimiento” el asunto, con lo cual, inadvertida o conscientemente, se deja la sensación de que el notario, en caso de jurisdicción voluntaria, realmente conoce de los asuntos a su cargo, como lo hace un magistrado juez.

Es interesante, por ello, comprobar el avance de la función notarial en Guatemala, por cuanto la nueva ley faculta únicamente a los notarios para recibir y resolver las solicitudes de:

- a) Declaratoria de ausencia;
- b) Disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes;
- c) Cambios de nombre, omisión y rectificación de actas de nacimiento;
- d) Constitución del patrimonio familiar (parecido a nuestra constitución en bien de familia);
- e) Adopción;
- f) Determinación de la edad de un individuo en base a la declaración de un médico competente;
- g) Constancia o reconocimiento de preñez o parto de una mujer en casos de ausencia, separación o muerte del marido.

Otro caso reciente en que se ha puesto de manifiesto la importancia de la función notarial en nuestro hemisferio es el decreto número 1073 del gobierno de El Salvador, del 2 de abril de 1982, por iniciativa de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual se tomaron en consideración motivos más que justificados y

que inciden con mucha relevancia en la corriente moderna de dar mayor alcance a dicha función, y que es preciso ponderar por su acertado enfoque jurídico:

a) Que la jurisdicción voluntaria, actualmente de la competencia de los jueces ordinarios, no conlleva a la solución de litigios o conflictos de intereses;

b) Que las sentencias de los jueces en jurisdicción voluntaria no adquieren la autoridad de la cosa juzgada;

c) Que esa atribución se conceda a los notarios como delegados del Estado (se refiere a delegatorios de la fe pública) para que pueda actuar con los mismos efectos y consecuencias de derecho;

d) Que es conveniente ampliar la función notarial para que el notario actúe como auxiliar del órgano jurisdiccional en beneficio de la administración de justicia.

En este estatuto legal salvadoreño nos encontramos con que nuevas materias se consideran asuntos de jurisdicción voluntaria y se ponen a cargo del notario: a) la declaratoria de segundas nupcias; b) el establecimiento de ausencia del padre o de la madre que deban dar su consentimiento para el matrimonio de un menor; c) la determinación del peculio profesional o industrial de un adulto hijo de familia; d) copias fidedignas de documentos; e) oposición y levantamiento de sellos; f) traducciones.

Hemos hecho hincapié con El Salvador y Guatemala por lo reciente de sus reglamentaciones y porque además establecen innovaciones en muchas de las materias que aún aquí desconocemos, pero es innegable que otras disposiciones avanzadas encontramos en las legislaciones de la mayoría de los países en los cuales prima el notariado de tipo latino, como en Alemania Federal, con su *Ley de Jurisdicción Voluntaria* que entró en vigencia desde enero de 1900.

Nuestro legislador, en cambio, se ha mantenido rezagado, temeroso, conservador y hasta reticente si se quiere en adoptar medidas de avance en este sentido; y creo que es por una de estas dos razones: o por temor a enfrascarse en estudios y discusiones técnicas de tan profunda concepción y alcances jurídicos y sociales; o por recelo a otorgarle al notario mayores atribuciones

que las que actualmente tiene, porque precisamente es un oficial público que no tiene relación de subordinación como los jueces a una de las dos cámaras legislativas.

Yo he conversado con algunos legisladores de éste y anteriores períodos congresionales, y casi todos coinciden en preguntar hasta dónde el notario puede realizar la función que ha estado siempre a cargo del juez en materia de jurisdicción voluntaria, y si se vería bien que a los jueces se les desplace de algunas de sus funciones para atribuírselas a los notarios.

Yo les he contestado con estas preguntas:

¿El notario no es, en esencia y propósito, como exponente de la fe que el Estado le autoriza, una especie de juez de prevención de contiendas y conflictos?

¿No es el notario, por su función de recoger e interpretar la voluntad de las partes que ante él concurren, una especie de juez de equilibrio, de justeza y de conciliación?

¿Y no será por ello que la experiencia y capacidad jurídica del notario en el tratamiento de los asuntos a su cargo, si a ello une la honestidad que le haga factible de credibilidad, haya dado origen y peso a la máxima doctrinaria que hemos oído en muchos congresos notariales de que “En notaría abierta, tribunales cerrados”?

Plenamente identificado con estos pensamientos, siempre he creído que en vez de crear nuevos tribunales que nunca alcanzan ni alcanzarán para solucionar los problemas de que son apoderados (máxime si no se les provee de sueldos decorosos a los magistrados que sean capaces, ni papel para las sentencias o archivos para conservarlas), debíamos contribuir y propender al cierre de algunos mediante la adopción de medidas legislativas que pongan a cargo del notario todas las materias de que actualmente conocen los jueces en jurisdicción voluntaria, principalmente cuando en esos casos la función del juez es únicamente homologadora, es decir, confirmadora, sin que nunca pueda ser en otra forma que aprobatoria de la voluntad de las partes: primero, porque no es dable al juez variar la intención o propósitos de las partes en asunto no contenciosos estipulados ante el notario; y segundo, porque en esos casos el juez no tiene calidad, *per se*, para negarle credibilidad ni validez al acto auténtico que para esos propósitos instrumenta un notario calificado, siempre que

se ajuste a las exigencias de la ley, porque ni siquiera puede el juez interpretar o dudar de la intención de las partes que hayan concertado acuerdos ilícitos.

(Es oportuno aclarar que notario calificado es aquel que lo es legal, moral y profesionalmente, que ajusta todas y cada una de sus actuaciones al marco de la Ley de Notariado y al Código de Ética, a fin de que pueda ser considerado sujeto idóneo con credibilidad suficiente para ser merecedor del título hasta ahora muy irrespetado de “depositario de la fe pública”).

Estas expresiones, atrevidas si se quiere, pero que han sido meditadas y ponderadas durante años, me hacen pensar que de lograrse, el notario estaría realmente orgulloso de su profesión y la cuidaría en extremo.

Para tratar de darle mayor fuerza a mi propósito, empecemos a recorrer el surco nuevo con lo que nos dice el eminente notario uruguayo Eduardo Couture en su libro *El Concepto de la Fe Pública*.

“Desde los primeros tiempos se acostumbró a asociar al magistrado un tabelario o notario, para dar al proceso un cariz de mayor autenticidad. Pero en breve lapso posterior, es el magistrado quien desaparece y queda solamente el tabelario o notario, que es quien refrenda el acto jurídico.

“Nace así la jurisdicción voluntaria, que es una verdadera función administrativa que se desenvuelve dentro del ámbito jurisdiccional. Más tarde, la jurisdicción voluntaria se desliga de la jurisdicción oficial y pasa directamente a los notarios”.

Antonio Belver Caro, notario español, dice en su obra *Principios de Régimen Notarial Comparado*: “Compete pues a la actuación notarial como una magistratura intervolente o mejor aún, involente, verdadera jurisdicción voluntaria que da al acto y al hecho jurídico la legitimidad, facilidad, certeza, permanencia y eficacia en el mayor grado posible”.

Seguimos encontrando criterios de fuerza para considerar la necesidad de que el notario sustituya al juez, por lo cual creo conveniente transcribir la opinión del notario portugués Dr. Veiga de Gama Vieira en un trabajo presentado en el IV Congreso Internacional de Notariado Latino:

“Los notarios portugueses... aparecen y se manifiestan integrados en el mismo sistema y en el orden jurídico social

como magistrados de fe pública. El Notario... aplicando la ley a la voluntad manifiesta de los interesados, en vista de su interpretación en la esfera jurídica, actúa como Magistrado, ejerce una actividad jurisdiccional en el puro significado de esta palabra, o sea, en el sentido de que aplica y declara el derecho. Son Magistrados de la Jurisdicción Voluntaria.”

El maestro argentino Jorge Bollini entiende que la actividad del notario en la jurisdicción voluntaria debe ejecutarse ejercitando su facultad fideifaciente, para homologar esos actos como oficial público y no como profesional del derecho en el ejercicio del *jus-postulandi*.

Siendo el notario el depositario de la fe pública en forma tan inequívoca y convincente, es indudable que está revestido de todos los elementos y condiciones legales necesarias para ser depositario de la voluntad de las partes contenidas en los actos auténticos que instrumenta.

Y es en la fe pública, en la absoluta credibilidad que el Estado otorga a los actos pasados ante notario, donde descansa la seguridad entre los ciudadanos al canalizar a través de sí la solución de sus negocios, de sus deseos y de sus voluntades.

La confianza en la función notarial está firmemente enraizada en la conciencia del pueblo dominicano, y esa es una ventaja. Si no, tenga pendiente que cualquier ciudadano que pretende tener su derecho incontrovertible fuera de cualquier duda, alega que su escritura está hecha por un notario, o, cuando no, tiene que buscar ansioso y a cualquier precio la actuación de un notario para que le “legalice” un documento cualquiera, o sabe que para que un reclamo serio le sea recibido sin peligro de que le sea contradicho, de seguro le dirán “vaya y notarice o legalice esa carta”.

Más los que hemos nacido y ejercido como notario en los pueblos del interior de la República, sabemos que el campesino dominicano tradicionalmente le ha tenido tanta confianza a este “depositario de la fe pública” que muy frecuentemente cualquier negociación, por importante que sea, se efectúa en una notaría de la siguiente manera, principalmente cuando el terreno está saneado catastralmente y por tanto carece de certificado de título:

Sin cita previa, se presentan al estudio del notario el comprador y el vendedor, generalmente acompañados de uno o más “testigos” como si fuera casual. El vendedor deposita la escritura ante el notario, el plano o la venta (se le llama así al documento) que le acredita como propietario del inmueble, y el comprador le entrega el dinero al notario, para que éste sea quien lo cuente y, luego de firmarse el documento, se lo entregue, contándolo también al vendedor. Firman ambos y sin procurar recibo ni copia del acto, se van a sus campos, segurísimos de que su negocio ha quedado garantizado, con promesas de volver luego a procurar su “escritura”. Ese “luego” se convierte en años, y cuando alguien le pregunta por sus documentos de propiedad, dicen tan confiados como si lo guardaran en una caja fuerte: “lo tiene el notario tal”.

Esa confianza llega al extremo de que en ocasiones, cuando el notario le avisa al comprador que desde hace tiempo el documento está transcrito y la primera copia lista para entregársela, generalmente le envía un recado como éste: ¡“dígame que me la guarde, que allá tá má segura!”

Esto se ha reforzado en la región sur del país, cuando el campesino sabe que muchos documentos se dañaron o perdieron en su casa a consecuencia de la devastación e inundaciones del huracán David y la tormenta Federico en el año 1979 y, sin embargo, ningún documento se perdió en el estudio de los notarios.

Y es que, como dice el gran maestro argentino Eduardo Pondé, cuya sapiencia añoramos, “la fe pública es espontánea por inherente a la natural convivencia humana. Hay que creer en determinadas cosas, y creer en ellas con vigor de fe, de fe sin exclusión, sin privatismo, sin singularidad, fe para todos, fe pública”.

Y la fe pública notarial es más firme, más consustancial con la naturaleza y las necesidades humanas, porque como dice Sanahuja y Soler: “es personal e intrasferible”.

Pongamos algunos ejemplos: El oficial de Rentas Internas, de Policía de Salud, de Foresta, el secretario del tribunal, inclusive el alguacil, son detentadores momentáneos de fe pública en función del cargo que ocupan, y carecen de ella en horas no laborables,

en vacaciones, en días feriados y tan pronto son cancelados por el capricho o el interés general de funcionarios.

El notario, en cambio, es poseedor de la fe pública de manera personal, por sí mismo, siempre y de manera vitalicia.

Su condición de permanencia es tal, que ni siquiera puede ser trasladado por la Suprema Corte de Justicia como hace esta con los jueces.

Con estos breves datos creo haber podido transmitir claramente el porqué de mi convicción personal de que el notario tiene todas las condiciones y características necesarias para que la ley le transfiera todas las funciones administrativas de la jurisdicción voluntaria que tienen los jueces, en la seguridad de que la ciudadanía saldría beneficiada.

Debemos tener en cuenta, sin embargo, que todos estos conceptos se encuadran en el criterio dominante en la doctrina y la jurisprudencia de varios países, y que compartimos plenamente, de que tan pronto un asunto recibido por un notario se torne contradictorio, de inmediato sea tramitado al tribunal competente.

Es pertinente aclarar que cuando hablamos de juez no nos referimos a la persona de ningún magistrado, sino al juez en su función, sea quien fuere; y si el notario lo es de verdad (imparcial, justo, capacitado y honesto), tiene más condiciones y cualidades para actuar en todas las materias de la jurisdicción voluntaria, según lo vemos en el siguiente cuadro demostrativo:

<p>1. El notario actual tiene que ser abogado por imperativo de la ley, aun en el más apartado rincón de la República.</p> <p>2. El notario tiene una única categoría, sin importar el sitio donde ejerza su ministerio, todos con igual calidad.</p> <p>3. El notario no tiene superiores jerárquicos ni funcionarios superiores que revisen o modifiquen la forma o su decisión de aplicar la Ley frente a la voluntad de las partes.</p> <p>4. El notario es designado de por vida, a menos que no viole la ley no puede ser destituido ni siquiera por la Suprema Corte de Justicia, ni por el Presidente de la República, ni por el Senado.</p> <p>5. El notario es responsable personalmente, y mientras viva, de la conservación y presentación de los protocolos, actos y comprobantes que consten en su estudio.</p> <p>6. Nadie puede designarle un sustituto al notario mientras esté ausente o impedido. Él decide en manos de qué otro notario de su confianza y responsabilidad deja su protocolo y expedientes.</p> <p>7. El notario no puede ser trasladado de su jurisdicción por ningún motivo ni por ningún órgano o poder del Estado.</p> <p>8. El notario es el único oficial público que puede actuar sin permiso de nadie en todas las horas y días laborables o festivos.</p> <p>9. El notario es quien personalmente expide las primeras, segundas y ulteriores copias, así como certificaciones de los autos.</p>	<p>1. El Juez, de acuerdo con la ley, puede ser designado como tal y sin ser abogado, cuando en su jurisdicción no existe.</p> <p>2. Los jueces son tales en la medida del alcance de su competencia. Hay jueces menores y superiores.</p> <p>3. El juez tiene escala de jerarquía que impide que su actuación sea definitiva. Siempre hay un juez superior que modifica o anula su sentencia.</p> <p>4. El juez (en todas sus instancias) es designado por el Senado por no más de 4 años, debiendo ser ratificado en cada período. A veces no se ratifica hasta que se designe otro por simpatía política.</p> <p>5. El juez no es personalmente responsable de las sentencias ni de los archivos, ni de los documentos que hayan sido depositados en sus manos, sino el secretario de turno.</p> <p>6. El juez no tiene calidad para sugerir su sustitución en caso de licencia o incapacidad. Inclusive puede sustituirle un juez inferior, acabado de designar o graduar, y hasta contrario suyo.</p> <p>7. La Suprema Corte de Justicia puede trasladar a todos los jueces a donde quiera, y siempre de un extremo a otro del país.</p> <p>8. El juez tiene limitaciones de horas y días para sus actuaciones, hasta durante semanas enteras. (Semana Santa y Navidades).</p> <p>9. El juez no puede expedir copias ni certificaciones de las sentencias o los autos que dicta.</p>
---	---

Si todas estas observaciones no fueran suficientes para considerar la necesidad, conveniencia o garantía de que el notario puede sustituir al juez en los actos de jurisdicción notarial, que pueda convertirse algún día en jurisdicción notarial, debemos apoyarnos en uno de los más acuciosos investigadores y notarialistas modernos, el mexicano Bernardo Pérez Fernández

del Castillo. Hacemos nuestros sus conceptos, contenidos en un trabajo sobre *La Tramitación de Sucesiones ante Notario*: “Si volvemos la vista al pasado, encontramos al escribano público, definido por el Rey Sabio en las Siete Partidas como:

“Escriuano tanto quiere decir, como ome que es sabidor de escreuir; e son dos manera dellos.

“Los vnos, que escriuen los preuillejos, e las cartas e Los actos de casa del Rey; e los otros, que son los pleytos, e las posturas que los omes ponen entre sí en las ciudades.

“El escribano público, como fedatario que era, daba fe de los actos y hechos jurídicos, tanto dentro como fuera de los procedimientos juicios civiles y criminales. En los juicios, se les denominaba escribanos de delincuencias.

“Fue hasta el año 1867, cuando se dictó el ordenamiento denominado ley orgánica de notarios y actuarios del distrito federal, que por primera vez (en México) se da el nombre de notario al escribano público y lo desvincula de la función jurisdiccional. La actividad de los secretarios y actuarios se reguló por sus leyes especiales, y ambos fedatarios sustituyen al escribano de diligencias.

“A partir de ese momento, actos y hechos jurídicos se hacen constar por el Notario (antes escribano público) o bien por el Secretario del Juzgado, es decir, cada uno en su área.

“El juez, sin embargo, nunca ha tenido, ni tiene, ni puede tener fe pública. Todas las sentencias, notificaciones, comparecencias y actuaciones del juzgado eran certificados por el escribano de diligencias antes y lo son ahora por el secretario del tribunal para poder tener valor probatorio, credibilidad y “fe pública”.

Entendemos que ha llegado la hora de que se haga un alto en el camino del desorden, que empiece la búsqueda del beneficio del orden, y que se entienda como normal y correcto el hecho de que se puede y se debe investigar a todo funcionario depositario de capacidad decisoria y de fe pública, porque en ello descansa la seguridad jurídica de la nación.

Es más, creemos que debe investigarse siempre a todo juez y a todo notario. Y que se tenga una constante, persistente y minuciosa vigilancia sobre ellos y sobre nosotros, para asegurar un buen comportamiento vigilado, porque ni los santos se comportan bien si Dios no los chequea.

Y en la medida en que a los jueces se les sustraiga la función homologadora de los actos de jurisdicción voluntaria y se traspasen al notario, los marcos de referencia y los campos de acción estarían deslindados: los jueces únicamente deberán responder y responderán de los asuntos contenciosos, y los notarios de los de la jurisdicción voluntaria puestos a su cargo.

Con ello se evitaría que un juez pueda decir (como sucedió recientemente) que en las irregularidades de divorcio por mutuo consentimiento debía investigarse al abogado o al notario en vez de a los jueces, lo que no se atrevería a decir si se tratase de asuntos contenciosos, porque en éstos no interviene más nadie que su libre albedrío.

Por eso es necesario que se considere, ahora más que nunca, la conveniencia y necesidad de que todos los asuntos no contenciosos, de jurisdicción voluntaria, sean transferidos por la ley a los notarios, y que éstos respondan de esas actuaciones con exclusividad sin comprometer la responsabilidad de los jueces, que quedarán con sus atribuciones específicas.

Quiero referirme además a la conveniencia de que también el proceso de determinación de heredero, cuando no fuere contencioso y no forme parte de una litis sobre terreno registrado, sea competencia exclusiva del notario.

Esperamos que no se considere esta proposición como atrevida, o que nuestro interés es quitarle atribuciones al Tribunal Superior de Tierras. No es esa nuestra intención, sino la derivante de la firme convicción de que ningún asunto que no sea litigioso entre las partes deba ser atributivo de competencia del juez en su jurisdicción de derimidor de conflictos.

La razón es que en casos de determinación de herederos en que el Tribunal Superior de Tierras, por expresa disposición de la ley, puede disponerla administrativamente, lo único que realmente hace ese tribunal es homologar la documentación relativa a la filiación entre los parientes o herederos del finado.

¿Qué función ejerce el juez? Ninguna. ¿Decide de una forma u otra al pedimento? No lo hace ni puede hacerlo, a menos que se presente reclamante que no haya figurado como heredero, tanto en la declaración sucesoral como en el acta de notoriedad.

Además, como la determinación de herederos no es definitiva, nunca es excluyente de cualquier reclamación posterior de heredero que justifique sus derechos como tales, inclusive cuando el Certificado de Título haya sido expedido a las personas determinadas por la resolución del Tribunal de Tierras, siempre es posible la inclusión de un nuevo heredero.

Por eso la intervención del Tribunal Superior de Tierras no es decisoria sino simplemente homologatoria, y como tal no debe ni tiene que ser función de los jueces; y aspiramos a que sea en el futuro jurisdicción notarial.

No queremos que pase inadvertido para ustedes el hecho de que en el curso de esta exposición, en ningún momento hemos dicho notario público sino simplemente *notario*, como lo que realmente es.

La antigua ley número 770 del 8 de noviembre de 1927 y la actual número 301, en todo su articulado hablan únicamente de notario y en ninguna parte se hace la más mínima mención del apellido, porque hay un solo notario. ¿Por qué nos dicen notario público? Es que alguien tiene notarios privados?

Parece que el criterio de llamarnos notarios públicos viene acentuándose de veinte años acá, cuando en algunas leyes que no modifican la Ley de Notariado, sino que se refieren a algunos aspectos en que interviene el notario, ha venido apareciendo como notario público. Pero esto se debe a que en esas leyes no han intervenido profesionales del derecho como tales, sino legisladores en función de aprobadores de los proyectos que les envía el Poder Ejecutivo.

Como desconocedores de la función del notario, se menciona, de manera errónea como notario público, únicamente en las siguientes leyes:

a) Ley 339, del 22 de agosto de 1968, que declara bien de familia a los edificios para viviendas construidos por el Estado;

b) Ley 145, del 4 de junio de 1971, que modifica la Ley de Cheques;

c) Ley 108, del 15 de enero de 1980, que modifica la Ley General de Bancos.

Por tanto, no hay ninguna razón para que se siga utilizando la designación de notario público inclusive en documentos oficiales de tanta importancia como las designaciones que como tal hace la Suprema Corte de Justicia, en los decretos del Poder Ejecutivo concediéndole el exequátur correspondiente y en todos los restantes actos de la administración pública.

Empecemos a corregir este desacierto. Seamos notario como dice la ley, y sintámonos orgullosos de serlo.

Terminamos con el tedio que les hemos provocado, dejándoles nuestras preocupaciones y nuestras recomendaciones, hechas con la mejor intención:

1ro. Que la Universidad Autónoma de Santo Domingo dé un paso de avance y decida adoptar el pensum que hace varios años le fue sometido por el Colegio Dominicano de Notarios y por los representantes de la Unión Internacional del Notariado Latino, doctores Raúl Moneta y Eduardo Pondé, para la creación de una especialidad de Teoría y Práctica Notarial. Reconocemos el avance que hemos logrado con la inclusión de la enseñanza de Derecho Notarial, como han hecho la Universidad Iberoamericana (UNIBE), la Universidad Católica Madre y Maestra (UCAMAIMA), la Universidad Eugenio María de Hostos.

2do. Recomendamos al Colegio de Abogados de la República y al Colegio Dominicano de Notarios, Inc., que en conjunto se dirijan a la Suprema Corte de Justicia para que se detenga el nombramiento de notarios en el Distrito Nacional, desde hace tiempo en exceso, según la que le corresponden en proporción al número de habitantes (personalmente, creemos que actúan ilegalmente los notarios designados sin cupo, sin jurisdicción).

3ro. Que estas dos instituciones promuevan y propicien la discusión científica de estas inquietudes, con juristas realmente más calificados, y si se consideran pertinentes, preparen y presenten los anteproyectos de leyes tendentes a modificar cuantas disposiciones sean necesarias, a los fines de establecer que todas las materias de la llamada jurisdicción voluntaria que hasta la fecha están a cargo de los jueces, sean servidas únicamente por los notarios calificados.

4to. Que al mismo tiempo se estudie la conveniencia de crear un directorio de protocolos notariales, designado por la Suprema Corte de Justicia, por recomendación del Colegio de Abogados y del Colegio de notarios, tal como existe en Puerto Rico, Venezuela y otros países, para que ejerza un control real y efectivo de todas las actuaciones del notario calificado, para que ésta responda a la necesidad de garantía del pueblo dominicano.

Fianza *judicatum solvi*: impedimento a la inversión extranjera*

Marcos Peña Rodríguez**

* Coloquios Jurídicos, Enero del 1998 - Marzo del 1997, año 14, no. 11, páginas 33-40.

** MARCOS PEÑA RODRÍGUEZ. Graduado de licenciado en Derecho (Cum Laude) por la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña en 1989 y Maestría en Derecho Comercial Internacional en King's College, en la Universidad de Londres en 1994. Catedrático de Procedimiento Civil, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. Catedrático de Litigios Internacionales, Universidad APEC (UNAPEC). Secretario de la Junta de Directores de la Asociación Dominicana de Abogados Empresariales, 1996-1998.

Co-autor: "Consideraciones sobre la Ejecución Provisional de las Sentencias", 1989.

Fianza *judicatum solvi*: impedimento a la inversión extranjera

I. Introducción

Nuestro coloquio del mes de enero es con la finalidad de analizar el tema de la denominada fianza *judicatum solvi* y cómo la misma afecta la inversión extranjera en la República Dominicana.

En primer lugar, veremos brevemente en qué consiste la fianza *judicatum solvi*; la razón de su existencia; la evolución que ha tenido en la República Dominicana; el estado actual de nuestra legislación: materias y tribunales en los que aplica, cuando no es exigible; situación actual en Francia; comentario sobre la última decisión en la materia dictada por la Suprema Corte de Justicia y las posiciones que la misma ha generado; y comentario a una decisión de la Corte Europea de Justicia.

Esperamos que esto nos dé el marco teórico para pasar a Georges Santoni, quien les ilustrará sobre los problemas prácticos de la fianza, necesidad para su abrogación y se les presentará con un borrador de un anteproyecto de ley que hemos preparado y que esperamos sea discutido aquí y sometido a la próxima legislatura o sea considerado por las comisiones revisoras de los códigos Civil y de Procedimiento Civil dominicanos.

Luego de esta introducción, entremos pues en materia.

II. Qué es la fianza *judicatum solvi*

Justificación

La fianza *judicatum solvi* no es más que una garantía exigida al extranjero transeúnte que sea demandante o interviniente forzoso.

La finalidad histórica de la fianza es garantizar a una de las partes el cumplimiento de las obligaciones que en su favor se generan, por la actuación de la otra. Con la *judicatum solvi* se persigue garantizar al demandado dominicano y por asimilación al extranjero residente o con domicilio autorizado, que las costas que origine el proceso y los posibles daños y perjuicios que genere la acción del extranjero transeúnte, serán resarcidos en caso de que el demandado obtenga ganancia de causa y además dicho

extranjero sea condenado por requerimiento del demandado, a pagar a éste los daños y perjuicios que su acción temeraria le haya ocasionado.

Y alegadamente se justifica porque un extranjero transeúnte no posee, en principio, bienes en la República Dominicana que puedan reparar al dominicano. Y, por tanto, le es cuesta arriba perseguir al extranjero en su jurisdicción, lo que implica obtención de exequátur para la sentencia condenatoria. El peligro que sería permitir a extranjeros inescrupulosos e insolventes demandar irresponsablemente en territorio dominicano a los nacionales queda conjurado con esta disposición (parece que en esa época no se vislumbraba el nacimiento de una clase de litigantes dominicanos igualmente inescrupulosos e insolventes).

Sin embargo, el carácter de la fianza es netamente privado, por lo que queda al demandado solicitarla o no. El juez no puede imponerla de oficio. En la actualidad, el artículo 16 del Código Civil y los artículos 166 y 167 del Código de Procedimiento Civil, completados por los artículos 517 al 522 del Código de Procedimiento Civil, y 2018, 2019 y 2041 del Código Civil configuran el marco jurídico de la fianza.

Estas disposiciones establecen básicamente que: 1. El extranjero transeúnte, demandante o interviniente forzoso, en caso de que sea exigido por el demandado dominicano, debe prestar una fianza para garantizar las costas y los daños y perjuicios; 2. Esta fianza es exigible en todas las materias y por ante todas las jurisdicciones; 3. El que demuestre tener bienes inmuebles o haber depositado la cuantía de la fianza en el erario, queda liberado. Pero no siempre ha sido así.

III. Evolución legislativa

Antes de la reforma del 1919 la fianza era exigida a todo extranjero demandante sin importar que fuere o no transeúnte. La Orden Ejecutiva No. 295 del 21 de mayo de 1919, que modifica los artículos 16 del Código Civil y 166 y 167 del Código de Procedimiento Civil, especificó que el extranjero debía ser transeúnte, excluyendo además del ámbito de aplicación de la ley aquellos casos que se conocieran por ante los juzgados de paz.

Posteriormente, la Ley 845 del 15 de julio de 1978 modifica nueva vez el artículo 16 del Código Civil, dejando intactos los artículos 166 y 167 del Código de Procedimiento Civil.

Con esta nueva disposición, se amplía la cobertura de la fianza, incluyéndose la materia comercial, extendiendo además este requisito a todas las jurisdicciones. Por otro lado, para hacer este artículo cónsono con los relativos a la materia, del Código de Procedimiento Civil, se señala que el extranjero puede ser demandante principal o interviniente voluntario.

La modificación del 1978 tiene efectos múltiples. Por un lado, abroga tácitamente el artículo 423 del Código de Procedimiento Civil, que exceptuaba a la materia comercial de la fianza y la parte del artículo 166 del mismo Código, que excluía los casos conocidos por los juzgados de paz.

En Francia, país de origen de nuestra legislación, este requisito fue derogado por leyes de 1972 y 1975.

IV. Situación actual

La situación actualmente se puede resumir en lo siguiente:

1. La fianza *judicatum solvi* se exige en todas las materias y por ante todas las jurisdicciones, incluyendo los juzgados de paz;
2. Según ha interpretado la Suprema Corte de Justicia, puede ser solicitada incluso en grado de apelación y en grado de casación cuando el extranjero recurrente fue demandante original.
3. Entre otros casos, la fianza no aplica: (a) si el extranjero reside legalmente en el país, porque tiene domicilio establecido autorizado por el Poder Ejecutivo, si es una compañía, o residencia si es una persona física. En sentencia de 1932, nuestra Suprema Corte de Justicia señaló que el hecho de que un extranjero estuviese residiendo en el país por cierto tiempo lo liberaba de ese requisito. Entendemos que dicha sentencia no menciona la necesidad de obtención de documento oficial de residencia, entre otras cosas, porque la Ley de Migración data del año 1939; (b) si posee bienes inmuebles suficientes para garantizar la suma fijada por el tribunal o ha consignado una suma equivalente en el erario; (c) si el demandado es también extranjero transeúnte;

(d) si el extranjero es demandante reconventionalmente; (e) si el extranjero es nacional de un país que ha ratificado el Código de Bustamante; y ahora, según la Cámara de Tierras, Laboral, Contencioso-Administrativo y Contencioso-Tributario de la Suprema Corte de Justicia, (f) si se trata de un asunto laboral.

Se discute el hecho de que el extranjero cambie de estatus en el curso del proceso, sea por cambiar de nacionalidad o haber salido de su patrimonio los bienes que demuestran su solvencia. Por considerarse la fianza de carácter provisional, se entiende que puede exigirse luego del cambio o simplemente eliminarse, dependiendo de las circunstancias.

Ahora pasamos a la fianza en materia laboral, que merece unos breves comentarios.

V. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de fecha 17 de septiembre de 1997

La sentencia de la Suprema Corte de Justicia del 17 de septiembre de 1997 es, sin lugar a dudas, innovadora.

Esta decisión descarta la fianza *judicatum solvi* en materia laboral, porque: (a) según el principio IV del Código de Trabajo, las leyes laborales tienen carácter territorial y aplican sin distinción a nacionales y extranjeros; (b) el principio VII del mismo Código, prohíbe cualquier discriminación; (c) el Código Laboral es una ley posterior al artículo 16 del Código Civil y por tanto queda derogado implícitamente para esta materia; (d) la contratación de un extranjero transeúnte constituye una falta a las normas legales vigentes y el empleador, habiendo hecho esto, no puede luego aprovecharse de la falta cometida en perjuicio del trabajador; (e) el artículo 729 del Código de Trabajo consagra la liberación de los impuestos y demás gravámenes en esta materia, por lo que la fianza *judicatum solvi* es un requisito oneroso para el trabajador extranjero; y (f) porque permitir la aplicación de la fianza sería fomentar la contratación de este tipo de trabajadores.

Si bien estamos de acuerdo con la solución de la Suprema Corte de Justicia, no compartimos algunos de sus razonamientos.

La territorialidad de las leyes no implica que el extranjero deba beneficiarse de alguna disposición que beneficie a dominicanos.

Implica que mientras esté en territorio dominicano debe atenerse a las leyes de la República y que las acciones lanzadas en la República deben serlo bajo las obligaciones que impone la ley del país. Una de ellas es el requisito de la fianza *judicatum solvi*.

Por otro lado, somos de opinión que la discriminación que sanciona el principio VII debe quedar limitada a la esfera de las relaciones laborales y no extenderse al ejercicio de la acción, que tiene netamente un carácter procedimental, donde disposiciones supletorias, como los artículos 166 y 167 del Código de Procedimiento Civil, deben regir.

En adición, el artículo 729 del Código de Trabajo se refiere a documentos específicos que quedan liberados de gravámenes, no al ejercicio de acciones, por lo que no puede entenderse como contrario al requisito de la *judicatum solvi*. De extenderse a otras cargas onerosas para las partes, lo cual veríamos con muy buenos ojos, debemos entender que este artículo debe tener supremacía sobre la disposición del mismo Código contenida en el artículo 539 sobre la consignación del duplo de las condenaciones, para evitar la ejecución de las sentencias que se presta en la generalidad de los casos al chantaje contra los empleadores.

Descartando estas disposiciones mencionadas en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia, cabría entonces admitir que el razonamiento de ley posterior también debe ser descartado.

Sin embargo, el alegato de que “nadie puede prevalerse de su propia falta”, en equidad, pudiera tener mayor asidero y por tanto debe considerarse que el dominicano que contrató ilegalmente a un extranjero sin la documentación migratoria correspondiente, implícitamente ha renunciado a aprovecharse de esta disposición.

Es preciso apuntar que se ha comentado en la prensa, que debido a que el demandante era haitiano en este caso y Haití suscribió y ratificó el Código de Bustamante, éste estaba liberado de prestar la fianza. Sin embargo, Haití, si bien suscribió y ratificó la Convención, hizo reservas a los artículos que se refieren a la fianza del demandante, por lo que un nacional de ese país no puede aprovecharse de la misma.

Debemos finalmente señalar que el criterio de la Suprema Corte de Justicia es hasta cierto punto un reflejo de lo que es el

criterio internacional. Y debemos pasar a comentar una sentencia de la Corte Europea de Justicia de fecha 20 de marzo de 1997 que trata este tema.

VI. Sentencia de la Corte Europea de Justicia

A la Corte le fue enviada, para su decisión, la cuestión de saber si el requisito de la fianza *judicatum solvi*, en la legislación alemana aplicaba a demandantes extranjeros en Alemania y que fueran miembros de la comunidad.

La Corte declaró que el requisito de la fianza *judicatum solvi* no aplicaba por lo siguiente: (a) porque bajo el Tratado de Roma, queda prohibida la discriminación en base a la nacionalidad, en todos los sentidos, y en Alemania no se requería de los alemanes la prestación de ningún tipo de garantía, aun en caso en que el alemán no residiera en el país o no tuviera bienes en él; (b) porque el acceso a la justicia es un corolario necesario que se desprende del principio de la libertad de movimiento (ya sea de bienes, servicios o personas); y finalmente; (c) porque la imposición de una garantía no es consistente con el principio de proporcionalidad. Muestra de ello es que el alemán, aun siendo insolvente, no debe prestar garantía.

Esta decisión, la opinión expresada por la Suprema Corte de Justicia dominicana y los pasos adelantados en otras jurisdicciones, hacen evidente que la derogación de la fianza es una consecuencia necesaria del momento que están viviendo nuestros países y, en el caso particular de la República Dominicana, una consecuencia necesaria de la dilación que ocurre por solicitud.

DERECHO LABORAL

Los conflictos de trabajo*

Hugo Ramírez Lamarche**

* Coloquios Jurídicos, Julio-Diciembre de 1986, año 1, no. 1, páginas 27-43.

** HUGO RAMÍREZ LAMARCHE. Nacido en Barahona, República Dominicana en 1934. Doctor en Derecho, graduado por la Universidad de Santo Domingo en 1959. Formó parte de la firma Kaplan, Russin, Vecchi & Heredia Bonetti desde 1975, convirtiéndose en Socio de la misma en 1985.

Reconocido en la comunidad legal por su experiencia en las áreas de Laboral y Litigio. Encargado del Departamento de Litigios en KRV&HB; encargado de los Coloquios Jurídicos y de organizar el prestigioso Seminario Laboral anual de la firma.

Los conflictos de trabajo

Introducción

Los conflictos de trabajo se vienen produciendo desde que existió una relación laboral de tipo subordinado; los enfrentamientos, las pugnas de intereses contradictorias, omisiones, etc., han originado disputas tanto de derecho como de interés entre patronos y trabajadores, unas veces de manera individual y otras en forma colectiva con la participación de sindicatos, entre particulares o con el Estado.

El profesor Mario de La Cueva señala que los conflictos de trabajo, en la actualidad, constituyen una clara demostración de la crisis de nuestra organización sociopolítica-económica y no puede preverse una solución integral, puesto que no son causas, sino efectos de injusticias sociales y de la mala distribución de la riqueza.

Los conflictos de trabajo se han venido y se siguen sucediendo de manera prevaleciente debido a la pugna de intereses, fenómeno que data de los finales de la Edad Media, cuando el llamado “Maestro”, que poco a poco se ve transformándose en “Patrón” y el “Artesano”, que también se ve convirtiéndose en “Asalariado”, buscan el lucro por caminos distintos; el “Patrón” buscando que el producto se obtenga con el menor costo de producción para lograr así la mayor ganancia, y el segundo, el “Asalariado”, tratando de ganar más con el menor desgaste de energía y esfuerzo posible.

Si analizamos estos conceptos veremos que en esencia son las causas por excelencia de los conflictos de trabajo.

Lo dicho precedentemente es lo que caracteriza el verdadero conflicto de trabajo; no así aquellos actos de tipo político-social que suelen producirse, por el mero hecho que trabajadores hayan sido en una que otra forma protagonistas. Que estos conflictos hayan tenido connotaciones sociales y políticas, es una cosa; y que estos sean verdaderos conflictos de trabajo, es otra muy diferente.

El aumento de salario y la disminución de la jornada; aumentos de los días de vacaciones; de los días festivos no laborables, son sin lugar a dudas los principales reclamos que hacen los trabajadores

y que originan las causas de los conflictos de trabajo, frente a la renuencia del patrono, por elevarle esto su costo de producción y disminuir su ganancias.

Ya son varios los países en que la jornada normal de trabajo de 44 horas ha sido reducida a 40 y hasta a 35 horas a la semana.

Originalmente los conflictos laborales estaban encuadrados en un sistema individualista y liberal, que surgían sobre interpretación y aplicación de los contratos individuales de trabajo, que trataban sobre el monto de salario que correspondía a un trabajador, o si el trabajador faltó al cumplimiento de su obligación, si el despido fue o no justificado, si se le pagó normalmente las horas extras trabajadas; en estos casos las partes estaban en posibilidad de acudir al Tribunal para que éste decidiera sobre el conflicto.

Con la “Revolución Industrial” surge el fenómeno de los conflictos colectivos, que tiene su expresión más cabal en la concentración de los trabajadores en grandes empresas. Con ello surge el sistema de “el asalariado” en el que éste trata de modificar mediante presión las condiciones de trabajo que son fijadas unilateralmente por el patrono al momento de contratar al trabajador.

En nuestro país, los conflictos de trabajo se multiplican a partir del año 1961 con la caída de la Era de Trujillo, período en que se origina un crecimiento de gran consideración en la formación de sindicatos y federaciones de trabajadores y, con ello, negociaciones de pactos colectivos de mejores condiciones de trabajo.

La apertura política que se produce desde el 1961, hace propicio el auge del movimiento sindical, organizándose los trabajadores en las diferentes empresas privadas y estatales.

Nuestro país ofrece una característica especial debido a que una gran cantidad de centros de trabajo están bajo la dependencia estatal, lo que da lugar a que muchos de los conflictos se originen entre trabajadores y el Estado como patrono.

La formación de asociaciones y sindicatos profesionales afiliados a federaciones y confederaciones y algunas vinculadas con los nuevos partidos políticos que surgieron a partir del 1961, dan nacimiento a nuevos conflictos de otra naturaleza y alcance como son las huelgas, poniendo en movimiento intereses colectivos o profesionales de categoría.

Definición de los conflictos de trabajo

Existen varias definiciones de los conflictos de trabajo, inclusive algunos autores los denominan como “controversias”, contiendas laborales, etc. Ciertamente no existe uniformidad en la doctrina ni en la legislación. Los tratadistas, sin embargo, han optado en su gran mayoría por la denominación de “conflicto de trabajo”.

Nos limitaremos a copiar algunas de las definiciones que se han dado:

1. “Conflictos laborales” son toda la serie de fricciones susceptibles de producirse en las relaciones de trabajo”

2. “Por conflictos de trabajo en sentido amplio se entienden las controversias de cualquier clase que nacen de una relación del derecho laboral, sea que esta relación se haya establecido entre un empleador y un trabajador individual (contrato individual de trabajo) o entre grupos de trabajadores y patronos (convención colectiva), pero también cuando la relación pertinente al derecho laboral existe entre un empleador o un trabajador y el Estado”.

3. “Es la coincidencia de dos o más derechos o deberes (dentro de la relación de trabajo) incapaces de ser ejercidos o cumplidos simultáneamente en una o más relaciones de trabajo, o que pueda tener conexidad con las relaciones de trabajo”.

4. Mario de La Cueva, en su obra *Derecho Mexicano del Trabajo*, da la siguiente definición: “Conflictos de trabajo son las diferencias que se suscitan entre trabajadores y patronos, solamente entre aquellas o únicamente entre estos, en ocasión o con motivo de la formación, modificación o cumplimiento de las relaciones individuales o colectivas de trabajo”.

A nuestro juicio consideramos esta definición muy satisfactoria y completa, pues abarca los diferentes conflictos de trabajo.

Clasificación de los conflictos

De la naturaleza de los conflictos y de la calidad de los sujetos que participan en ellos, resultan las siguientes especies o clasificación:

a) Conflictos individuales o de derecho.

Estos conflictos son los que afectan la interpretación o aplicación de un derecho.

b) Conflictos colectivos o de intereses.

Este último a su vez se divide en conflicto económico y conflicto jurídico.

Estas clasificaciones se aplican preferentemente a los conflictos obrero-patronales.

Los términos individual y colectivo no se relacionan con el número de personas que intervienen en un conflicto, de manera que el hecho de que en una litis intervengan 20 ó 30 trabajadores no significa que se trata de una controversia colectiva, la clasificación no corresponde a motivos de carácter numérico.

Los conflictos individuales de trabajo han sido definidos como aquellos que son susceptibles de presentarse entre los trabajadores y el patrono, nacidos en ocasión del contrato de trabajo que versan sobre el salario, despido, etc., a diferencia del conflicto colectivo, en el cual la empresa entra en lucha con todos o parte de su personal o el sindicato sobre una cuestión de orden profesional. En ocasiones las controversias individuales degeneran en conflictos colectivos.

La nota característica del conflicto colectivo es la lesión de un interés colectivo, en el cual interviene un grupo de hecho, donde está en juego una cuestión de principio cuya solución interesa a la condición jurídica de sus diferentes miembros; son controversias relativas a la concertación de pactos colectivos o a su revisión de una reclamación de derecho del trabajo o la interpretación de sus normas o de leyes o convenciones, sentencias arbitrales, poniendo en juego el interés común.

Entre estos conflictos colectivos podríamos citar, además, aquellos que ponen en juego la libertad sindical, el derecho de los dirigentes o delegados, el derecho de la huelga, etc.

Durant, en su obra de *Derecho del Trabajo*, dice que es posible que una medida de carácter individual dé nacimiento a un conflicto colectivo y cita como ejemplo el despido de un trabajador motivado por el ingreso a un sindicato, pues “el acto

atentando contra el derecho sindical, lesiona una prerrogativa de la colectividad obrera”.

Nuestro Código de Trabajo no define los conflictos de trabajo, limitándose a ello en cuanto se refiere a los conflictos económicos, en su artículo 362.

La distinción entre los conflictos individuales y los colectivos debe buscarse entre la diferencia de los intereses en juego, esto es, intereses individuales (o sea, de personas determinadas); e intereses generales, esto es, intereses de una colectividad considerada como unidad.

Procedimiento para la solución de los conflictos. Los conflictos individuales

Nuestra legislación, y de manera específica la ley número 637 del año 1944, sobre contratos de trabajo, regula el procedimiento para las controversias surgidas como consecuencia de un contrato de trabajo.

En su artículo 47, esta ley establece que estos conflictos deberán ser sometidos previamente al Departamento de Trabajo que actuará como amigable componedor entre las partes.

El mismo artículo señala que de haber acuerdo se levantará un acta que contendrá los términos del mismo y, en caso contrario, el acto consignará sumariamente los puntos del desacuerdo. Este es el procedimiento del preliminar de conciliación que la ley hace obligatorio previo a toda demanda en justicia.

Se trata de conflictos individuales o de derecho, de cuyo conocimiento judicial están encargados los juzgados de paz y, en Santo Domingo y Santiago, un Juzgado de Paz de Trabajo.

En la práctica la conciliación no produce los efectos positivos que está llamada a realizar, levantándose un sinnúmero de actas de no acuerdo, que dan paso a las demandas en justicia.

Los tribunales, debido a lo que se ha llamado un “sentimiento humano”, tienden a favorecer con sus fallos las demandas de los trabajadores, a mi juicio, en un ochenta por ciento (80%) de los casos en que son apoderados (siendo conservador), basados en

el poder soberano de apreciación de que gozan en el conocimiento de las demandas de que son apoderados (artículo 57, ley número 637).

Otra de las causas de la festinación de este procedimiento de conciliación administrativa es la presión que formulan algunos abogados o personas dependientes de oficinas de abogados (buscones) para que se levante el acta de no acuerdo que les permita apoderarse de la demanda y, con ello, de los beneficios que les produce la concertación de un contrato de cuota litis de un treinta por ciento (30%) de los valores que puedan corresponderle del pago de las prestaciones laborales del ex trabajador, suma ésta que no recibirían si el trabajador es reintegrado a sus labores.

Prueba de lo dicho anteriormente es que existen oficinas de abogados que diariamente postulan en más de 10 casos y que virtualmente tienen un monopolio de los conflictos laborales individuales.

Esta queja ha sido formulada por las autoridades de trabajo sin que se haya obtenido ningún resultado.

El procedimiento que se sigue en los actuales tribunales de Trabajo, también está regido por la ley número 637 de 1944 de manera transitoria, mientras no estén funcionando los tribunales de Trabajo creados en el Código de Trabajo.

Los tribunales de Trabajo, consagrados en el Código de Trabajo desde el año 1951, aún no vigentes, están formados de un juez, que debe designar el Senado como presidente, y de dos vocales escogidos de nóminas formuladas por los patronos y los trabajadores.

Se ha aducido como la causa que ha impedido la puesta en práctica de estos tribunales, razones de orden económico.

El actual titular de la Secretaría de Trabajo ha efectuado grandes esfuerzos para que entren a funcionar estos tribunales. Es de esperarse que el próximo presupuesto contemple esta situación.

Mientras tanto, sigue en vigencia lo dispuesto en la ley número 637 del 1944, que establece las siguientes peculiaridades:

- Los asuntos sometidos son considerados como materia sumaria.

Este es un procedimiento especial que no es el procedimiento sumario propiamente, sino que más bien se compara o parece al procedimiento sumario. Este procedimiento es derogado por la ley número 845 del año 1978, artículo 404 del Código de Procedimiento Civil; sin embargo, aún se sigue en estos tribunales de Trabajo un procedimiento económico y rápido; me refiero al procedimiento, no a la obtención de los fallos.

- No es indispensable el ministerio de abogados.

Las partes pueden comparecer personalmente o mediante un apoderado. Frecuentemente, estudiantes sindicalistas o entendidos en la materia postulan en estos tribunales, especialmente en el Juzgado de Paz.

- El plazo de comparecencia es de un día franco.

- No se admite ninguna clase de nulidad de procedimiento a menos que éstas sean de una gravedad tal que imposibilite al tribunal y, a juicio de éste, conocer y juzgar los casos sometidos a su consideración; en estos casos se decidirá por la misma sentencia las dichas nulidades y el reenvío para conocer del fondo del asunto.

- Todos los medios de prueba serán admitidos.

- Podrá el tribunal dictar cuantas medidas crea necesarias.

- Defecto, todas las sentencias se considerarán contradictorias aún no comparezca la parte demandada.

- Apelación: la apelación debe hacerse dentro de los 30 días francos a partir de la notificación.

En nuestro país existe un sistema de asistencia judicial por parte de organismos oficiales para que proteja a los trabajadores de escaso recurso económico en las demandas por ante los tribunales. El artículo 394 del Código de Trabajo estipula esta asistencia, pero la condiciona a un decreto del Poder Ejecutivo, que hasta la fecha no ha sido dictado.

En otros países, como es el caso de Puerto Rico, existe un cuerpo de abogados pertenecientes al negociado de trabajo, que al igual que nuestros abogados de oficio en materia criminal, dan asistencia legal en los Tribunales a las personas que lo necesitan.

Una vez, hace más de 20 años, existió en la Secretaría de Trabajo un funcionario administrativo denominado “Procurador Obrero”, que ofrecía asesoría a los trabajadores en los casos de litigios, figura que desapareció. Precisamente, el padre del apreciado laboralista, Dr. Julio Aníbal Suárez, desempeñó por muchos años estas funciones.

Conflictos jurídicos

El Código de Trabajo, en sus artículos del 454 al 463, consagra un capítulo que trata del procedimiento ante los tribunales de Trabajo en los conflictos jurídicos. Sin embargo, debido a que estos tribunales aún no están en vigencia, los artículos del 47 al 63 de la ley número 637 del año 1944, constituyen el derecho procesal de trabajo para la solución de estos conflictos.

Al igual que el conflicto individual, el conflicto jurídico debe ser sometido al preliminar de conciliación por ante la Sección de Querella y Conciliación de la Secretaría de Trabajo a que hemos hecho referencia.

La finalidad de estos conflictos responde a la pregunta de “a quién corresponde el derecho”. La cuestión que se debate es la reglamentación adecuada y justa y que debe valer en el futuro.

Los conflictos colectivos se resuelven en derecho, cuando no hay solución por la vía directa o por la administración mediante acuerdo y transacciones, se recurre por ante los tribunales donde existen varios grados de jurisdicción.

En la mayoría de las veces se trata de la interpretación de un pacto, de una o varias de sus cláusulas, de una ley o acuerdo suscrito entre trabajador y patrono, etc., a diferencia de los conflictos económicos o de intereses, donde para la búsqueda de solución se utilizan medios de presión como es la huelga, reducción del rendimiento, etc., antes de que dicho conflicto sea sometido a la vía judicial.

Los conflictos económicos. Su solución

Nuestro Código de Trabajo en su artículo 362 define los conflictos económicos como “aquellos que se suscitan entre uno o más sindicatos de trabajadores y uno o más patronos o uno o más sindicatos de patronos, con el objeto de que se establezcan nuevas condiciones de trabajo o se modifiquen las vigentes”.

Para ser parte de un conflicto económico, se requieren las mismas condiciones que para celebrar un pacto colectivo de condiciones de trabajo. Estas condiciones serían las siguientes:

- Intervención de uno o más sindicatos.
- Estar el sindicato registrado en la Secretaría de Trabajo.
- Tener capacidad por sus estatutos para celebrar pactos colectivos.
- Representar más del sesenta por ciento (60%) de los miembros de la empresa y tener su autorización.

Esto significa que los conflictos económicos sólo pueden presentarse en nuestro país cuando interviene un sindicato y si se cubren los demás requisitos precedentemente señalados.

Además, nuestro Código estipula que estos conflictos económicos no pueden plantearse en empresas donde existen pactos colectivos o laudos arbitrales, sino en los plazos y condiciones fijados para su denuncia y revisión.

Las denuncias de los pactos deben operarse con dos meses de anticipación a su terminación.

Solamente los conflictos económicos pueden dar lugar, conforme a la legislación dominicana, a una huelga legal (artículos 373 y 374, Código de Trabajo) conjuntamente con otros requisitos. Veamos:

1. Que la huelga tenga por objeto la solución de un conflicto económico o el propósito de mejorar las condiciones de trabajo.
2. Que la solución del conflicto económico haya sido sometida infructuosamente a los procedimientos de conciliación administrativa y las partes, o una de ellas, no haya designado

árbitros o no haya declarado oportunamente la designación de éstos conforme a lo dispuesto en el artículo 636 del Código de Trabajo.

3. Que la huelga haya sido votada por más del sesenta por ciento (60%) de los trabajadores.

4. Que no sean servicios públicos o de utilidad permanente.

Igual sucede con los paros, o sea, con la paralización de las labores hecha por los patronos.

Procedimientos de negociación

Los conflictos económicos deben ser sometidos, para su solución, a negociaciones directas entre patrono y sindicato; es lo que se denomina, al llegarse a una solución, como “avenimiento directo”.

En las discusiones de los pactos colectivos, o revisiones, en ocasiones surgen diferencias o negativas de aceptar algún pedido o cláusula, por envolver erogaciones económicas que el patrono alega no estar en condiciones de satisfacer. A veces son superados estos inconvenientes mediante el diálogo de grado a grado, lo que evita la trascendencia del conflicto.

Cuando esto no sucede así y se rompen las negociaciones amistosas, el Código de Trabajo prevé, en sus artículos del 630 al 635, el procedimiento para su solución.

Mediación

Se inicia, entonces, la mediación administrativa, a cargo de la Secretaría de Estado de Trabajo, específicamente a cargo de la Dirección General de Mediación, Conciliación y Arbitraje, a cuyo organismo debe serle sometido un escrito contentivo de detalles referentes al conflicto y los motivos que opone la parte contraria para no aceptar.

Apoderada la Secretaría de Trabajo, ésta designará a un mediador, éste podrá hacer sugerencias, proposiciones, y cuanto esté a su alcance para tratar de obtener una solución amigable entre las partes.

En caso positivo, el mediador levantará un Acta de Conciliación, en la cual se expresa lo convenido; en caso negativo, lo certificará a solicitud de parte interesada.

En caso de ausencia de una de las partes, levantará un Acta de Infracción, la cual dirigirá al tribunal penal.

Vencida la etapa de la mediación sin resultados de acuerdo, se habrá dado cumplimiento a los originales 1 y 2 del artículo 374 del Código que establece las condiciones para ser declarada la huelga.

En nuestro país la mayoría de las huelgas, casi su totalidad, dejan de cumplir con este requisito, produciéndose con ello una huelga ilegal, aunque sus causas sean justificadas.

Otro de los inconvenientes, y quizás el mayor, es el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 365, al que hicimos referencia anteriormente, de realizar huelgas fuera del período de la denuncia (de dos meses antes del vencimiento del pacto) o mientras se realiza la revisión del pacto.

Esta disposición dificulta enormemente y limita las posibilidades de realizar una huelga.

Los inconvenientes y trabas legales consagradas en el Código de Trabajo, de una parte; y el desconocimiento y precipitación, de la otra (los trabajadores), en un altísimo porcentaje hacen inoperante la realización de una huelga legal en nuestro medio, aun existiendo un verdadero conflicto económico, como origen de la controversia.

El arbitraje

El arbitraje está consagrado en nuestro Código de Trabajo, dentro del procedimiento para la solución de todo conflicto económico. Las partes designarán tres árbitros para la solución de todo conflicto económico, dice el artículo 636.

El mismo artículo continúa expresando:

“En los casos de conflictos que afecten un servicio público de utilidad permanente, se presume que las partes delegan

la facultad de designación de árbitros en el presidente de la Corte de Trabajo del lugar donde se ha suscitado el conflicto, cuando no la ejercen por sí misma dentro de los tres días subsiguientes al de su última reunión con el mediador, o cuando no declaran en igual término la designación que han hecho ante el Departamento de Trabajo o en la Oficina del Representante Local.

“En los demás conflictos, el presidente de la Corte usará de las facultades indicadas en el párrafo anterior, sea de oficio o a solicitud de parte o del Secretario de Estado de Trabajo, cuando las partes no hayan hecho la designación o no la hayan declarado en el término señalado en el mismo párrafo, y una de ellas haya recurrido o haya amenazado con recurrir a la huelga o al paro.”

Como se advierte en el último párrafo, las partes tienen la facultad de nombrar voluntariamente tres árbitros dentro de los tres días que siguen a la reunión con el mediador.

De no hacerlo, el Presidente de la Corte puede hacerlo por delegación, tanto cuando se trata de conflictos que afecten un servicio público o de utilidad permanente, o en cualquier conflicto cuando las partes no lo hayan designado en los tres días y una de ellas haya recurrido a la huelga o haya amenazado con recurrir a ella.

O sea, que el arbitraje puede ser antes o después de haberse producido la huelga.

También existe el arbitraje que prevé el artículo 386 del Código de Trabajo, el cual establece que:

“En todos los casos de conflictos de Trabajo sea cual sea su naturaleza, los patronos y trabajadores o las asociaciones que lo representen, pueden acordar su sumisión al juicio de los árbitros libremente escogidos por ellos”.

Asimismo, existe el arbitraje dispuesto por la Corte de Trabajo después de la notificación de la sentencia de calificación de la huelga, siendo éste un arbitraje no institucional (artículo 642, Código de Trabajo).

Por último, debemos mencionar el arbitraje privado.

Este arbitraje es el instituido por patronos y trabajadores en pactos colectivos que establecen el procedimiento para la solución de los conflictos en que puedan enfrentarse en la empresa en la aplicación de dicho pacto.

Esta última fórmula de arbitraje, aunque se hace constar en muchos pactos colectivos, en la práctica tiene poco o casi ningún uso, las partes regularmente hacen caso omiso de esto, convirtiéndose en letra muerta.

Algo parecido pasa con las fórmulas amigables y voluntarias consagradas en los artículos 386 y 636 del Código. Es lamentable que esto suceda así, ya que en teoría se consagra que no se recurriría a ninguna otra acción, mientras se esté conociendo el arbitraje, acordando las partes acatar las decisiones en forma definitiva. Las partes son renuentes a poner en práctica esta solución.

Arbitraje obligatorio o por delegación

En los dos últimos casos el presidente de la Corte de Apelación seleccionará dos de los tres árbitros; y el tercero, entre los jueces de la Corte.

Cuando se trata de servicios públicos o de utilidad permanente, el presidente de la Corte, que se supone que actúa por delegación, designará los árbitros y hará notificar los nombres de éstos a las partes a solicitud de la parte más diligente.

Cuando se ha producido la huelga o el paro, cumpliendo con los requisitos del artículo 374, el presidente de la Corte, dentro de las 24 horas de habérselo solicitado o en los cinco días de haber conocido la existencia de la huelga o el paro, dictará un Auto que valdrá citación para las partes, ordenando:

1.- La reanudación de los trabajos dentro de las 48 horas de la notificación del auto.

2.- La citación de las partes ante la Corte para que ésta proceda a la calificación de la huelga o el paro.

El sindicato que haya declarado la huelga, y si la Corte ha actuado en virtud de la solicitud, deberá presentar la prueba de que ha dado cumplimiento al artículo 374 del Código de Trabajo.

Nuestro código establece una serie de plazos de 48 horas, sin que en la práctica éstos se tengan en cuenta.

Los árbitros deben recibir de las partes sendos memoriales de sus pretensiones, previo a la discusión del conflicto.

Podrán realizar cuantas investigaciones consideren necesarias, así como nombrar comisiones asesoras. Por último, deberán redactar un pliego en el cual expongan el resultado obtenido y propondrán a las partes en conflicto la solución que consideren justa y apropiada para poner término al conflicto.

La Corte debe dictar sentencia referente a la calificación de la huelga dentro de los cinco días subsiguientes a la terminación de la audiencia. Nuestra Suprema Corte ha decidido que esta sentencia no es admisible de ningún recurso.

Asimismo, dentro de las 48 horas, después de la notificación de la sentencia de calificación a las partes, el presidente de la Corte de Apelación debe designar los árbitros que tendrán a su cargo la decisión sobre los planteamientos económicos y otras condiciones de trabajo que originan el conflicto económico.

En la práctica que se ha seguido en nuestro país, cuando las Cortes de Trabajo, o Corte de Apelación califican las huelgas, se limitan sólo a ello, no designando árbitros después de la notificación de la sentencia de calificación. Esto salvo casos muy esporádicos.

Regularmente, la solución del conflicto después de la calificación (casi siempre de ilegal), se produce por cansancio, apatía o convencimiento de manera individual, hecha a los trabajadores, o por temor de éstos de perder el trabajo, lo que hace que la huelga se debilite y sucumba.

También es muy común en nuestro medio que los trabajadores no respondan al llamado de reanudar el trabajo, por lo que la huelga es declarada ilegal; a partir de ese momento se produce un completo desasosiego y participación en muchos casos de políticos, del clero y de otros funcionarios públicos que nada tienen que ver con los asuntos laborales.

Es conocido el caso de un ex-Secretario de Estado, no precisamente de trabajo, que intervenía en todos los conflictos que revestían importancia en una forma preponderante y reiterada.

Apelación del laudo

El artículo 655 del Código de Trabajo fue modificado por la ley artículo 257 del año 1964, lo que puso dentro del ámbito jurisdiccional del Estado la solución de los conflictos económicos.

Las sentencias colectivas que crean los tribunales de Trabajo, en vez de aplicar normas jurídicas ya existentes, dictan las normas que regirán las relaciones de trabajo en las empresas objeto del conflicto. Mediante esta modificación se permite recurrir en apelación el laudo arbitral, por ante la Corte de Trabajo, en base al procedimiento de la ley, artículo 637 sobre los contratos de trabajo.

También es recurrible en Casación la sentencia de la Corte de Trabajo, en un plazo de 10 días, debiendo la Suprema Corte fallar dentro de los 30 días. Este recurso tiene efecto suspensivo, lo que podría causar serios inconvenientes a la celeridad del proceso y, por ende, a los intereses envueltos en el conflicto.

Esta modificación convierte el laudo arbitral en una fase primaria del proceso jurisdiccional, y en un procedimiento lento capaz de causar perturbaciones al orden público y social.

Algunos conceptos finales

De una manera enunciativa haré mención de algunos cambios y revisión de ideas, disposiciones y procedimientos que a mi juicio deben proyectarse sobre las instituciones del Derecho de Trabajo, con lo que sin lugar a dudas este Derecho será un instrumento más eficaz para posibilitar la convivencia y la integración social, de ahí que es necesario:

1. Incentivar los métodos de adiestramiento y capacitación laboral que permitan un más claro entendimiento de los conflictos, sus naturalezas, efectos y consecuencias.

2. El mejoramiento administrativo del proceso de la conciliación administrativa, evitando las intervenciones interesadas en la no solución de los conflictos y el acaparamiento de las demandas, aún éstas sean infundadas.
3. La creación de asistencia legal gubernamental a favor de los trabajadores carentes de recursos.
4. Activar la puesta en vigencia de los tribunales de Trabajo, que permita la aceleración de los conflictos.
5. Establecer nuevas regulaciones y modificaciones legales sobre el procedimiento para la solución de los conflictos de trabajo.
 - a) Establecimiento de regulaciones para el cumplimiento de las disposiciones arbitrales impuestas en los pactos colectivos (arbitraje privado).
 - b) Modificación del procedimiento necesario para ser parte en un conflicto colectivo y en el procedimiento de la huelga.
 - c) Una legislación que permita escoger entre el arbitraje amigable y el de la vía jurisdiccional, debido a los inconvenientes que puede representar la apelación del laudo y sus efectos suspensivos que produce el recurso de casación.

Las nuevas formas y aspectos de la relación de trabajo atípico*

Rafael Alburquerque**

* Coloquios Jurídicos, Julio-Diciembre de 1987, año 2, no. 3, páginas 97-116.

** RAFAEL ALBURQUERQUE. Es egresado de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD) en 1963, hizo un posgrado en París en *Derecho de Trabajo*. Actualmente es Abogado Asociado de la Oficina Alburquerque Zayas - Bazán, en donde desempeña el área de Derecho Laboral. Ha hecho varias publicaciones entre las que se encuentran: *Contrato de Trabajo, Reglamentación del Trabajo y Legislación Laboral*. Ha sido Ministro de Trabajo; en la actualidad es, desde el 2004, Vicepresidente de la República Dominicana.

Las nuevas formas y aspectos de la relación de trabajo atípico

El Código de Trabajo de la República Dominicana prevé la existencia de tres tipos diferentes de contrato de trabajo: a) por tiempo indefinido; b) por cierto tiempo; y c) para una obra o servicio determinados (artículo 7). (En lo que sigue de este estudio cada vez que en un paréntesis se mencione un artículo nos estaremos refiriendo al Código de Trabajo de la República Dominicana).

Como puede observarse, el primero de los contratos mencionados corresponde a la categoría doctrinal denominada de *duración indeterminada* y los dos últimos a la de *duración determinada*.

Para la jurisprudencia dominicana se presume, hasta prueba en contrario, la existencia de un contrato por tiempo indefinido entre el que presta un servicio personal y aquél a quien le es prestado (artículos 15 y 16). Corresponde al demandado, generalmente el empleador, demostrar que el vínculo contractual que lo liga con el asalariado es de naturaleza transitoria, sea a plazo cierto o incierto. La prueba a suministrar recaerá sobre el carácter intrínseco de la prestación de servicios: el contrato de trabajo por tiempo indefinido requiere de una labor permanente e ininterrumpida, entendiéndose por el primero de estos términos que el trabajo tenga por objeto satisfacer las necesidades normales, constantes y uniformes de una empresa y, por el segundo, que el trabajador se halle a la disposición de su empleador todos los días laborables, sin otras suspensiones y descansos que los autorizados por la ley o los convenios entre las partes (artículos 7, 8 y 9).

La labor en que se encuentre ausente la permanencia y la ininterrupción dará origen a un contrato de duración determinada. Si las partes supeditan la terminación de su relación a la naturaleza del trabajo confiado y al tiempo necesario para concluirlo, se hablará de la existencia de un contrato para una obra o servicio determinados (artículo 12), pero si los contratantes fijan un término de extinción se dirá que su contrato es por cierto tiempo (artículo 14).

El contrato por tiempo indefinido, el por cierto tiempo y el acordado para una obra o servicio determinados constituyen las figuras jurídicas tradicionales que sirven de marco legal

a las relaciones de trabajo típicas, esto es, las de duración indeterminada y las de naturaleza transitoria; aquéllas originarán un contrato de trabajo por tiempo indefinido y éstas uno por cierto tiempo o para una obra o servicio determinados. Por consiguiente, a *prima facie* resultará jurídicamente imposible que una labor de carácter permanente e ininterrumpidos conduzca a la celebración de un contrato de duración determinada; a la inversa, una faena de índole accidental u ocasional no podrá producir el nacimiento de un contrato por tiempo indefinido.

Sin embargo, la realidad del mundo del trabajo es tan rica que difícilmente pueda aprisionarse en un rígido texto de ley. El Código de Trabajo de la República Dominicana se ha visto precisado a admitir la existencia de otras formas de relación laboral que escapan a la división básica entre labor de duración indeterminada y determinada. El trabajo estacional, en un país cuyo producto esencial de exportación es el azúcar, elaborado por una industria de funcionamiento cíclico, tuvo necesariamente que ser catalogado como fuente de un determinado tipo de contrato de trabajo. Los servicios utilizados para intensificar temporalmente la producción también fueron previstos y sometidos a una determinada clase de contrato de trabajo. Labores de naturaleza permanente, en casos excepcionales señalados por la ley, fueron sometidas al estatuto del contrato por cierto tiempo y, en sentido contrario, se autorizó a las partes a celebrar contratos por tiempo indefinido a pesar de que los trabajos no fueran de naturaleza permanente (artículos 10, 11, 13 y 14).

Al margen de estas excepciones legales, que escapan a la inflexible dicotomía que sirve de fundamento a los dos tipos de contratos de trabajo, reconocidos por la doctrina y la legislación positiva, la práctica ha revelado la existencia de otras formas de relaciones de trabajo que también desbordan la tipicidad del trabajo a tiempo completo como fuente exclusiva o principal de ingresos y la actividad de corta duración manifestada, excepcionalmente para suplir necesidades adventicias y casuales.

I. Formas de relaciones de trabajo atípicas

1.- El denominado *contrato de trabajo temporario* por el cual una empresa constituida expresamente con tales fines pone a disposición de otros los servicios de sus trabajadores, apenas comienza a esbozarse en la República Dominicana. Este

tipo de empresa, surgido en otros países con el propósito de suministrar a las industrias y comercios un personal para sustituir provisionalmente al trabajador regular ausente, para suplir las necesidades extraordinarias de servicio, para ejecutar trabajos urgentes necesarios para prevenir accidentes inminentes, etc., aún no se conoce en el país.

No obstante, la afirmación anterior no significa que la relación triangular entre trabajador, empresa empleadora y empresa tomadora de servicios no exista en la República Dominicana. Si es cierto que la empresa de trabajo temporario con las características que les son inherentes en otras latitudes, acabadas de señalar en el párrafo anterior, no ha brotado todavía en esta media isla, resulta innegable que otras formas de relación triangular han comenzado a manifestarse con regular intensidad y permanencia.

De estas formas la más frecuentemente empleada es la de encomendar a un tercero la ejecución de determinados servicios que, aunque no contribuyen directamente a la consecución de los fines de la empresa, resultan indispensables para el desenvolvimiento de sus actividades. Dentro de esta modalidad la que más ha proliferado es la de los *guardianes privados*, contratados por agencias de seguridad que los ponen al servicio de aquellas empresas que los necesitan. De igual modo, aunque menos difundida que la anterior, se han constituido empresas de servicios de limpieza con un personal fijo que es asignado en forma permanente al aseo de aquellos establecimientos como entidades bancarias y universidades, que procuran contractualmente su asistencia.

En los dos ejemplos citados, la relación triangular es manifiesta: la agencia de guardianes privados o la de limpieza coloca su personal al servicio de una empresa que requiere su colaboración. La similitud con el contrato de trabajo temporario es evidente en razón de que en ambas situaciones se produce una relación de naturaleza comercial entre la empresa de servicio y la empresa tomadora del servicio; una relación contractual entre la empresa de servicio y el trabajador temporario; y una relación de hecho entre éste y la empresa tomadora del servicio. Pero si por su naturaleza intrínseca el trabajo temporario es de duración determinada, en vista de que ha sido creado para satisfacer las necesidades excepcionales de una empresa, de modo que al cesar las mismas se dejan de utilizar los servicios del trabajador, a quien se enviará a otra empresa que requiera de sus energías, no sucede

necesariamente igual en las prestaciones ofrecidas por la agencia de guardianes privados o por la de limpieza. Es cierto que el guardián o el limpiador pueden ser llevados de un establecimiento a otro, especialmente cuando sus servicios son contratados por un período determinado, pero generalmente la vigilancia y la limpieza (particularmente esta última) son actividades permanentes y continuas de las cuales no puede prescindir un empresario, razón por la cual el guardián o el limpiador de puestos a disposición de un tercero trabajarán día tras día sin tiempo definido. El trabajo temporario como producto de la relación comercial entre una empresa de trabajo temporario y una tomadora del servicio se esfuma para dar paso a una labor permanente y continua.

Esta relación triangular no ha sido prevista en la legislación dominicana, pero la misma no ha provocado mayores inconvenientes en la práctica, porque hay consenso en admitir de parte de empresarios, trabajadores y jus-laboralistas que el empleador de este tipo asalariado lo es la agencia de servicios a la cual se le reclaman todas las obligaciones propias de un contrato de trabajo. La persona a quien se prestan los servicios entra en una relación fáctica con el trabajador a quien, si da órdenes e instrucciones en todo lo concerniente a su ocupación, es sólo porque ha recibido de la agencia de servicios una delegación del poder de dirección inmanente a todo jefe de empresa.

Un triángulo laboral, distinto al anterior, se ha exteriorizado en el seno de algunas asociaciones sin fines de lucro. Éstas, dotadas de personalidad jurídica en la legislación dominicana, son empleadoras de su personal y sujetas a las prescripciones del Código de Trabajo. A causa de sus estrecheces financieras procuran la ayuda económica del Estado, que se la otorga mediante subsidios monetarios y a veces permitiendo que algunos de sus empleados laboren a tiempo completo e indefinidamente bajo sus órdenes. Surge entonces la correspondencia tripartita entre el Estado, su servidor y la asociación, pero al mismo tiempo se presenta para el derecho laboral dominicano una de las controversias más apasionantes que hasta ahora no ha podido ser resuelta. En efecto, si en la relación triangular que se produce entre una agencia de servicios, el trabajador y la empresa tomadora del servicio, no ha habido discrepancia para aceptar que la primera es la empleadora del segundo y que es entre ellos que se establece el vínculo contractual laboral, no ha sucedido igual cuando en la conexión interviene la persona del Estado. El artículo 3 del Código de Trabajo excluye de sus disposiciones las relaciones de trabajo

entre el Estado y sus servidores, de modo que cuando aquél le pide a uno de sus empleados que pase a trabajar a favor de un empleador privado se suscitará de inmediato la inquietud de saber si en el caso de la especie se aplicarán o no las normas de la legislación laboral. Como el empleado ha sido designado en sus funciones por decreto del Poder Ejecutivo, parece razonable concluir afirmando que se trata de un empleado público cuyo empleador es el Estado. Sin embargo, la solución no es tan simple. El régimen de trabajo del empleado público es diferente al del trabajador privado y es a este último al cual se someterá el empleado público que ha sido situado bajo la subordinación de la asociación privada. Aún más: ésta acostumbra a pagarle una suma complementaria al sueldo que percibe del Estado y le concede prestaciones de las que no goza usualmente el servidor estatal. Así, pues, este empleado nombrado por el Poder Ejecutivo y remunerado por el Estado, al pasar a trabajar a la asociación privada recibirá un suplemento de salario y se beneficiará de ciertos derechos que se rehúsan al empleado público. Ante esta situación especial algunos juslaboralistas se muestran partidarios de la tesis que proclama que en la ocurrencia el Estado ha otorgado su consentimiento para que el empleado sea contratado por la asociación privada, la cual será reputada como su empleador. No obstante, la proposición no deja de tener sus inconvenientes puesto que el Estado seguirá pagando un sueldo a una persona que con su anuencia ha sido contratada por el sector privado, lo que ya de por sí constituye una situación irregular, al mismo tiempo que el empleador particular correrá el riesgo, como ha sucedido en la práctica, de verse demandado en reclamación de la diferencia de salario dejada de pagar en razón de que como sólo abona una suma suplementaria estará siempre por debajo del mínimo establecido por la ley. La Suprema Corte de Justicia aún no ha tenido la oportunidad de pronunciarse categóricamente y el debate continúa respecto a la determinación de la persona a la cual debe reputarse como empleador.

Si en las ocasiones señaladas precedentemente la relación triangular tiene su fuente en el interés de la empresa de disponer de mayor flexibilidad en sus políticas de reclutamiento de personal o en su situación económica, hay situaciones en que el deseo de eludir la aplicación de la legislación laboral, de la seguridad social y fiscal constituye el motivo fundamental del surgimiento del triángulo laboral. Aunque la utilización de este mecanismo con miras a burlar la legislación social y fiscal no es usual en el país, pues se practican otros menos complicados, contadas empresas han comenzado a utilizarlo. Apelando a la personalidad jurídica

mercantil, la empresa real y verdadera crea un ente ficticio que se encargará de contratar al personal asalariado para ponerle a la disposición de la primera. La empresa que funge como empleadora no tiene vida práctica y su única misión es la de aparecer como la persona que ha empleado a los asalariados. La empresa verídica se limita a celebrar un contrato comercial con la que actúa como empleadora para que ésta le suministre los servicios a un personal que de manera continua e ininterrumpida se encargará de satisfacer las necesidades constantes, normales y uniformes de la explotación. Obviamente, la artimaña busca soslayar el ámbito de aplicación de la legislación laboral, dejando a los trabajadores a merced de un empleador fingido y, por ende, insolvente, pero aún si éste no lo fuere y cumpliera a cabalidad con sus obligaciones laborales, el ardid del triángulo se yergue en la especie contra los derechos de sindicación y de negociación colectiva que quedan desprovistos de toda eficacia práctica al tener que ejercerse frente a un empresario fantasma.

2. La figura del intermediario entre las partes contratantes también origina una relación de trabajo triangular cuando aquél recluta trabajadores para ponerlos a disposición de un tercero. Su intervención en la relación laboral ha sido prevista en el Código de Trabajo (artículos 18, 19, 20, 23 y 24).

Si el intermediario actúa como representante conocido del empleador será difícil que pueda discutirse quién es la persona que ha contratado al asalariado. El triángulo no se ha formado, pero la actividad del intermediario causa confusiones cuando éste procede sin ser representante conocido del empleador y se comporta ante los ojos de los trabajadores como si fuera el patrono. La situación es muy común en la industria de la construcción en la que el ejecutor de la obra, en su afán de eludir la legislación laboral y de la seguridad social, se procura la asistencia de un testaferro insolvente a quien hace representar el papel de empleador. El Código de Trabajo determina expresamente que esta persona, cuya única misión es intervenir por cuenta del verdadero empleador en la contratación de los servicios de los trabajadores, no es más que un intermediario (artículo 18), y esa función la mantendrá aunque asuma la conducta propia de un empleador dirigiendo las labores y pagando los salarios del personal. La jurisprudencia, haciendo uso de la teoría de la apariencia, permite al trabajador accionar contra el patrono aparente o contra el verdadero, con lo cual está facultando al asalariado a seleccionar, según convenga a sus intereses, la persona de su empleador. Con

esta orientación se admite la existencia de dos empleadores para un mismo trabajador quien, a su conveniencia, escogerá al uno o al otro para la reclamación de sus derechos laborales. Por supuesto, la situación sólo es posible si en el triángulo laboral participa un intermediario con apariencia de empleador, lo que no acontecerá en circunstancias parecidas, aunque no similares, como son:

a) Cuando el intermediario no sólo contrata por cuenta de un tercero los servicios de uno o varios trabajadores sino que además trabaja bajo la dependencia y dirección de ese tercero. Si así sucede se configurará un doble papel de intermediario y trabajador a la vez (artículo 20).

b) Cuando una persona contrata parte de una obra en beneficio de otra para ejecutarla por cuenta propia y sin sujeción a éste. Se trata de la figura del subcontratista, que como empresa debidamente establecida, ya sea persona física o moral, acuerda con el contratista principal ejecutar una parte de la obra con su propio personal. La relación triangular se manifiesta entre el contratista principal, el subcontratista y los trabajadores de éste, pero para el legislador dominicano no cabe duda alguna de que la relación contractual sólo se establece entre éstos y el penúltimo mencionado, a quien se le reputa como el empleador (artículo 24). Entre éste y el primero señalado intervendrá un contrato civil de obra o empresa. Claro está, la fisonomía del subcontratista puede confundirse con la del intermediario que actúa con apariencia de empleador, pero la clave de la distinción radica en que el primero es una empresa establecida con un personal propio y fijo, al contrario de lo que sucede con el segundo, que si actúa en función de empleador es sólo porque ha recibido mandato para hacerlo.

c) Cuando el intermediario encarna su ocupación sin arrogarse el porte de empleador el triángulo apenas se esboza, para diluirse tan pronto se celebra el contrato de trabajo entre las partes (artículo 19).

3. En el *préstamo de trabajadores* entre empresas diferentes también aflora la relación triangular, produciéndose la atipicidad del vínculo laboral. A diferencia de lo que acaece en la denominada transferencia del trabajador, en que el nuevo empleador que lo toma bajo órdenes desplaza definitivamente al anterior para quedar subrogado en sus derechos y obligaciones (artículo 57), en el préstamo de un asalariado la empresa receptora sólo utilizará sus servicios temporalmente para al cabo de cierto tiempo retornarlo

a la empresa prestamista. Como el contrato de trabajo se ha celebrado entre ésta y el asalariado podría llegarse a la conclusión de que entre este último y la empresa prestataria sólo existe una relación fáctica; pero la solución no es tan simple, especialmente si se toma en consideración que muchas veces el préstamo se concerta con la obligación para el empleador prestatario de pagarle el salario al trabajador prestado. Si así aconteciera, ¿a quién atribuirle la calidad de empleador? La legislación dominicana no ha dado respuesta a esta inquietud que en la práctica ha conducido a la exposición de dos tesis contrapuestas. Para algunos jus-laboristas el empleador es la persona que ha contratado al asalariado, pues si éste pasa temporalmente a servir en otra empresa es debido al acuerdo tripartito que se ha manifestado entre los dos empresarios y el trabajador, y cuya finalidad no es la de sustituir a un empleador por otro sino la de permitir que los servicios sean prestados a una persona diferente a la que celebró el contrato de trabajo, que si se obliga a pagar el salario es sobre la base de que está pagando un precio por el préstamo acordado. No obstante, arguyen los adversarios de esta opinión, resulta difícil admitir que no se haya formado un contrato de trabajo entre el empleado y el empleador prestatario, pues los tres elementos constitutivos del mismo (prestación personal de servicio, remuneración y subordinación jurídica) se hallan reunidos en dicha relación laboral, por lo que parece preferible analizar este tipo de préstamo que sustituye al prestamista, aunque sea pasajeramente, para luego ser sustituido por este al término del préstamo. Y, en efecto, al definir la transferencia o traspaso del trabajador de una empresa a otra, el artículo 57 del Código de Trabajo no especifica si la misma debe hacerse temporalmente o en forma definitiva, razón por la cual nada opta para que el empleador sustituido pueda a su vez sustituir a quien fue su sustituto. Con esta explicación quedan garantizados los derechos del trabajador ya que en la legislación dominicana el nuevo empleador queda subrogado en los derechos y obligaciones del antiguo empleador y se establece una responsabilidad solidaria entre ambos que permitirá al operario reclamar a cualquiera de los dos sus prestaciones laborales (artículo 57 y 58).

Además de este préstamo de trabajador entre empresas diferentes, en la realidad dominicana se manifiesta un préstamo muy peculiar en que el subordinado presta sus servicios concomitantemente y durante el mismo horario de su empleador original y al empleador prestatario. La situación se presenta entre empresas dedicadas a una misma actividad que forman parte de un solo conjunto económico y que ocupan un mismo local:

el trabajador contratado por uno de los empleadores para la realización de una determinada labor será utilizado por otro de los pertenecientes al conjunto, previa anuencia de aquél, a fin de que a cambio de su suplemento de salario le rinda servicios similares durante las mismas horas en que cumple su jornada habitual. La especie suele presentarse en cadenas periodísticas integradas por diversas personas jurídicas, cada una de ellas dedicada a la edición de un diario distinto, lo cual facilita que el periodista pueda prestar sus servicios a los dos empleadores durante el tiempo en que rinde su jornada de trabajo.

Como la legislación nada ha previsto respecto de la ocurrencia precedentemente comentada, en la práctica se han suscitado reclamaciones de dos contratos de trabajos paralelos y simultáneos. Los empleadores demandados han aducido que se trata de un caso en que se le ha permitido al asalariado hacer uso de su jornada laboral para colaborar con una persona que si bien le paga por sus servicios no le dirige su actividad, razón por la cual sólo existe un contrato de trabajo que concurre con un contrato civil de servicios. La situación no puede ser más complicada, porque la verdad es que el periodista está cumpliendo una jornada durante la cual recibe órdenes e instrucciones de ambos empleadores, aún cuando sea uno el que le pague el salario y el otro sólo un complemento, con lo cual queda demostrado que el derecho del trabajo debe necesariamente encaminarse a superar el concepto de la personalidad jurídica mercantil para arribar a su propia concepción respecto de la persona que debe reputarse como empleador.

4. El llamado trabajo a tiempo parcial, tan frecuentemente usado por estudiantes y mujeres en las naciones altamente industrializadas, comienza a conocerse en la República Dominicana. Hasta el momento no ofrece problemas jurídicos porque el cúmulo de empleo no está prohibido en la legislación laboral, de modo que pueden establecerse varias relaciones de trabajo a condición de que las mismas no sean simultáneas sino sucesivas, o lo que es lo mismo, que se trabaje para patronos diferentes en jornadas que no sean coincidentes. No obstante, el *part time* causa sus inconvenientes en lo que respecta a la aplicación de la tarifa del salario mínimo, en vista de que su monto ha sido fijado por mes, lo que inclina a los trabajadores a tiempo parcial a pensar que tienen derecho a percibir la cantidad mínima establecida por un mes de trabajo, exigencia rechazada por los empleadores, que sólo se muestran dispuestos a pagar la proporción correspondiente al número de horas trabajadas.

5. Hasta 1979 el Código de Trabajo consideraba que el trabajador estacional y el reclutado durante períodos de punta se encontraban ligados a la empresa por un contrato de trabajo por término indefinido, pero que el mismo expiraba sin responsabilidad para el empleador con la terminación de la temporada o cuando cesaba la necesidad del trabajo.

En 1979 fueron modificados los artículos 10 y 11 del Código de Trabajo con la finalidad de corregir la contradicción intrínseca que implicaba ponerle término a un vínculo que se reputaba como indefinido. La superación de esta incongruencia condujo al legislador a tratar de manera diferente al trabajo estacional y al trabajo ocasionado por períodos de punta.

Para el primero se consideró que los contratos relativos a trabajos estacionales se reputarían por tiempo indefinido, pero que los mismos quedarían suspendidos al terminar la temporada para reiniciarse su ejecución en la zafra subsiguiente. Con esta modificación se logra preservar el empleo del trabajador estacional cuyos períodos de prestación de servicios correspondientes a varias temporadas sucesivas se acumularán para la determinación de sus derechos. Durante la temporada muerta el contrato de trabajo continuará vigente, pero las partes quedarán liberadas de la ejecución de sus respectivas obligaciones: el trabajador no prestará servicios y el empleador no pagará ni el salario ni sus complementos. Sin embargo, diversos pactos colectivos suscritos por empresas azucareras han consignado la obligación para el empleador de pagar una parte del jornal mientras transcurre el período de la suspensión. Para el segundo se ideó una salida diametralmente opuesta a la ofrecida para la empresa estacional. El contrato del trabajador reclutado para intensificar temporalmente la producción o para responder a circunstancias accidentales de la empresa se sometió a las reglas que gobiernan la terminación del contrato para una obra o servicio determinados, en el entendido de que si bien es cierto que al asalariado se le empleaba para ejecutar una labor permanente, esto es, propia y consubstancial a los fines perseguidos por la empresa, no menos verdadero era que en la misma se hallaba ausente el carácter ininterrumpido exigido por la ley para la formación del contrato por tiempo indefinido. Con esta enmienda quedó claramente establecido que el trabajo de naturaleza permanente sólo origina una relación de duración indeterminada si se ejecuta durante todos los días laborables del año. Por consiguiente, un trabajo de naturaleza permanente puede dar lugar a un contrato de duración determinada si en el mismo falta la continuidad.

Ahora bien, debe aclararse que la continuidad no implica la necesidad de ejecutar real y efectivamente la faena todos los días laborables del año; basta, para que la misma se cumpla, que el trabajador se halle a la disposición del empleador durante su jornada aunque no realice su labor. Si así aconteciera, como pasa con los trabajadores empleados en la carga y descarga de los buques, el vínculo laboral se considerará de duración indeterminada.

Otro problema que se suscita con este trabajo de naturaleza permanente en que falta la continuidad es el de la cadena de sucesivos contratos para una obra o servicio determinado. Caso frecuente en los trabajadores de la industria de la construcción. No hay dudas de que la labor que realizan es la propia y normal de la empresa, razón por la cual debe calificársela de permanente; pero en esa labor puede ponerse en entredicho la continuidad.

¿Estamos en presencia de sucesivos trabajos de duración determinada o, por lo contrario, se trata de un vínculo contractual ininterrumpido en el que el trabajador se halla a las órdenes del empleador aunque esporádicamente deja de prestar sus servicios? La respuesta tiene sus complicaciones porque son innumerables las variantes que pueden manifestarse. A partir de 1979 el legislador dominicano ha buscado darle una solución general al problema, catalogando por tiempo indefinido el contrato de trabajo del operario que labora sucesivamente con un mismo empleado en más de una obra determinada. El Poder Ejecutivo ha sido facultado para reglamentar las condiciones de aplicación de este precepto, pero hasta ahora no lo ha hecho, lo cual resulta indispensable para determinar las circunstancias que permitirán distinguir entre la repetición de contratos sucesivos de duración determinada con fines fraudulentos, y una cadena de verdaderos y reales contratos para obra o servicio determinados (número de reiteraciones necesarias, naturaleza de las tareas desarrolladas en cada etapa, etc.).

6. El artículo 14 del Código de Trabajo autoriza a celebrar el contrato de trabajo por cierto tiempo sobre la base de un trabajo de naturaleza permanente, en los siguientes casos:

a) Si tiene por objeto la sustitución provisional de un trabajador que está en licencia, vacaciones o sujeto a cualquier otro impedimento temporal.

b) Si acuerda al trabajador la indemnización legal del auxilio de la cesantía que le corresponde al terminar el contrato.

c) Si conviene a los intereses del trabajador.

De estas tres excepciones, la segunda ha sido utilizada por algunos empleadores para burlar las reglas propias del contrato por tiempo indefinido. Un trabajo permanente e ininterrumpido debe dar origen al vínculo de duración indeterminada, pero al admitirse legalmente la excepción apuntada, el empleador prefiere hacer uso de la misma para darle un término anual al contrato de trabajo. Es verdad que al hacerlo acepta pagar el auxilio de cesantía, con lo cual garantiza los derechos del trabajador, pero la estabilidad deseada por el legislador queda desnaturalizada desde que se autoriza al empresario a liberarse de su personal cada cierto tiempo. El asunto no ha dejado de discutirse en los tribunales y algunos jus-laboristas advierten que se trata de un fraude a la ley de trabajo, cuyo objetivo es quebrar el principio básico de la estabilidad de la relación laboral.

II. Tendencias recientes concernientes a la importancia comparativa de las relaciones de trabajo atípicas

Carece la República Dominicana de investigaciones y estadísticas que puedan ofrecernos una respuesta categórica respecto del comportamiento de las relaciones de trabajo atípicas.

Tradicionalmente se han desarrollado relaciones atípicas como un medio para eludir la aplicación de la legislación laboral, de la seguridad social y la fiscal. Estas han sido constantemente denunciadas por los sindicatos obreros. De ellas podríamos mencionar:

a) La utilización de un intermediario a quien se le hace actuar como el empleador de los trabajadores de la empresa. De utilización frecuente en la industria de la construcción, permite al empresario evadir la legislación laboral y social al ocultarse bajo el manto de un intermediario insolvente que jamás podrá responder de las violaciones a las normas que regulan el trabajo asalariado. A este intermediario no sólo le ponen a contratar al personal sino que además le hacen inscribir en el Seguro Social en calidad de empleador.

Ya hemos señalado que la legislación dominicana impide el fraude a la ley, la cual reputa como intermediario a la persona que, sin ser representante conocido del empleador, contrata trabajadores para ser empleados en la empresa de otra. Por otra parte, la jurisprudencia, como hemos visto, otorga al trabajador la opción de reclamar sus derechos al empleador aparente o al verdadero.

b) La interrupción periódica de la continuidad del trabajo es otra forma muy utilizada para tratar de desconocer las leyes laborales. Como es sólo a partir del cumplimiento de tres meses de trabajo cuando la legislación otorga el beneficio del preaviso y del auxilio de cesantía, empleadores inescrupulosos interrumpen por varios días la relación de trabajo para impedir que el asalariado pueda llegar a alcanzar tres meses de actividad en una misma empresa. Después de un descanso breve se vuelve a reanudar la relación, para volverla a interrumpir cuando se está a punto de cumplir los próximos tres meses de faena.

c) El trabajo temporario sólo ha surgido recientemente como una forma de eludir los derechos a la sindicación. La empresa que realmente funciona y despliega las actividades lo hará con un personal puesto a su disposición por un tercero, de modo que el derecho de asociación, de negociación colectiva y de huelga se ejercerá frente a este último, con lo cual el verdadero empleador quedará libre de las presiones y exigencias inherentes a la lucha sindical. Por lo demás, los trabajadores perderán el derecho a la participación en los beneficios de la empresa, puesto que son empleados de una agencia de trabajo temporario que no produce las utilidades que genera el establecimiento en el cual prestan sus servicios. Obviamente, en el ejemplo que analizamos, el trabajador deja de prestar un servicio temporario: él es enviado por la empresa de servicio a rendir una labor permanente e ininterrumpida, a favor de la persona que lo utiliza. ¡El fraude resulta evidente!

Ahora bien, al margen de estas relaciones atípicas formadas con el propósito de burlar la ley, la crisis económica que afecta al país ha provocado el nacimiento de vínculos laborales que hasta hace poco no se conocían o al menos eran de poco uso. Las condiciones económicas generales han obligado a las empresas a concebir ingeniosas fórmulas de reclutamiento y han constreñido a los trabajadores al pluriempleo y al trabajo de tiempo parcial. Dentro de esta nueva corriente de flexibilidad, en la política de reclutamiento se observa la tendencia, en algunas empresas

industriales y comerciales, de desprenderse del personal utilizado en actividades indispensables y necesarias, pero secundarias a sus fines esenciales, como son los servicios de vigilancia, limpieza y mantenimiento, los cuales les son traspasados a agencias especializadas en estos menesteres. El préstamo de trabajadores entre empresas pertenecientes a un mismo conjunto económico es otra de las vías que han comenzado a usarse en esta política de ductibilidad en el reclutamiento del personal, especialmente favorecida por la circunstancia de que las sociedades comerciales dominicanas son propiedad de un solo dueño o de una misma familia. Correlativamente, el incremento del costo de la vida ha impulsado a mujeres casadas, que hasta ayer permanecían empeñadas en los quehaceres domésticos, a integrarse al trabajo productivo como un medio de respaldo al presupuesto familiar, situación que degenera en relaciones de tiempo parcial y, a veces, en trabajos paralelos. Entre estas conexiones atípicas merece destacarse la de la promotora y vendedora en supermercados y farmacias y determinados productos que el fabricante desea introducir en el mercado: la trabajadora será reclutada por un tiempo determinado (mientras dura la promoción) y recibirá un sueldo de su empleador, pero sus servicios se prestarán en los establecimientos de terceras personas, quienes suelen pagarle un por ciento de los frutos de la venta.

En resumen, podría afirmarse que se han incrementado las relaciones atípicas de trabajo, pero el país carece de estadísticas confiables que permitan una afirmación categórica.

III. Situación jurídico-laboral de las personas empleadas según formas de relación de trabajo atípicas

A diferencia de otros países cuya legislación se ha ocupado en reglamentar diversas modalidades de nexos atípicos laborales (por ejemplo, el trabajo temporario y el de tiempo parcial), en la República Dominicana aún no se han establecido reglas específicas. Las normas del Código de Trabajo son las mismas para todos los trabajadores, sean éstos gerentes, administradoras, oficiales de confianza, empleados u obreros. La uniformidad sólo se rompe en los regímenes especiales dedicados a los aprendices, a los trabajadores a domicilio, a los servidores domésticos, a los trabajadores del campo y a las gentes de mar. Salvo estas excepciones, las condiciones generales de trabajo, las disposiciones referentes al salario, las regulaciones de la

terminación del contrato, los derechos sindicales y las relaciones colectivas son iguales para todos los asalariados que presten servicios en virtud de un contrato de trabajo.

En el caso de los trabajadores temporarios, la única dificultad legal que se plantea es la de determinar quién es el empleador de la persona que presta los servicios. Una vez resuelto el enigma, se aplicarán las mismas reglas que se imponen al trabajador tipo: salario mínimo garantizado; idénticas condiciones de trabajo; prescripciones similares en cuanto a la ruptura del vínculo contractual, etc. Esta afirmación no significa que los sinsabores que rodean al triángulo laboral no se conocen en la realidad dominicana: los problemas prácticos que supone la incertidumbre, respecto de la persona del empleador y las consiguientes violaciones a la legislación laboral que ella produce, se manifiestan en la realidad nacional, pero como se trata de un uso reciente que apenas comienza a expandirse aún no se ha sentido la necesidad de legislar para limitar las opciones del trabajo temporario.

Los servicios de guardianes privados y de limpieza de edificios y condominios han podido ser regulados por el Código vigente, en razón de que hasta ahora nadie ha discutido que estos trabajadores están bajo la subordinación de la empresa que los ha contratado, aunque sus servicios sean prestados a favor de un tercero que ha concertado con la empresa empleadora un contrato civil de servicios. Sólo en el caso de empleados públicos puestos a las órdenes de entidades privadas, han surgido contestaciones, en razón de que es diferente el régimen legal aplicable a los empleados públicos. En los tribunales se ha discutido vivamente cuál es la naturaleza jurídica de su relación laboral, especialmente en los casos en que la persona de derecho privado decide pagarles una suma como complemento del sueldo que perciben de manos del Estado.

La Suprema Corte de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones, pero hasta ahora no ha mantenido una orientación constante y ha preferido fallar en forma casuística. En decisión del 29 de mayo del año de 1974, y a propósito de un policía de banco, advirtió que los miembros de la denominada Policía Especial de Bancos y Agencias Recaudadoras del Estado “son empleados públicos del Gobierno a quienes se les ha confiado la misión especial de custodiar los bancos comerciales, por lo que no están ligados por vínculo contractual alguno a las instituciones donde prestan sus servicios” (Boletín

Judicial No. 762, p. 1339). En el caso de guardacampestres de ingenios azucareros ha señalado que “si bien es cierto que los guardacampestres al servicio de los ingenios de azúcar son nombrados por el Poder Ejecutivo y éste puede cancelar sus nombramientos cuando lo juzgue pertinente, no es menos cierto que nada impide que los guardacampestres puedan celebrar con dichas empresas contratos de trabajo sujetos a las disposiciones del Código de Trabajo” (Casación 27 de mayo, 1983. Boletín Judicial No. 870, p. 1401). Como puede inferirse de la lectura de ambas decisiones, la máxima instancia judicial dominicana niega la existencia del vínculo laboral entre el policía de banco y la institución donde presta sus servicios, por el hecho de que ha sido nombrado en su función por el gobierno, pero admite la posibilidad de que se constituya la relación laboral entre el guardacampestre y el ingenio que emplea sus servicios, no obstante aquél haber sido designado por el decreto del Poder Ejecutivo. En 1955 la Suprema Corte de Justicia había ido mucho más lejos al señalar “que las actuaciones de los guardacampestres, relativas al cuidado de las propiedades encomendadas a su vigilancia, para evitar su pérdida, deterioro o destrucción, puede ser el resultado de la ejecución de un verdadero contrato de trabajo, si se establece la subordinación jurídica implicativa de esta relación contractual” (Casación 2 agosto, 1955, Boletín Judicial No. 541, páginas Nos. 1598, 1604 y 1615).

El trabajo a tiempo parcial y el préstamo de trabajadores entre empresas diferentes no ha sido sometido a ninguna disposición especial. Como ya hemos señalado más adelante en este trabajo, el préstamo de trabajadores tiende a regularse apelando a las normas del Código de Trabajo que reglamentan la transferencia del trabajador: cada préstamo es considerado como una transferencia en que el nuevo empleador queda subrogado en los derechos y obligaciones del empleador sustituido. La identificación de ambas figuras jurídicas a veces resulta difícil de admitir, particularmente cuando el trabajador prestado sigue recibiendo su salario de manos del empleador prestamista.

Las únicas disposiciones que podrían considerarse como previsoras de relaciones atípicas son aquellas que establecen la naturaleza del vínculo contractual de los trabajadores estacionales, eventuales, para obras sucesivas y de los reclutados por subcontratistas:

a) El contrato del trabajador estacional es reputado por tiempo indefinido al finalizar la temporada, sólo se suspende su ejecución al reanudarse en la temporada subsiguiente (artículo 10). La única discusión que ha generado esta prescripción es la de determinar la forma en que se computará la vigencia del contrato en la legislación dominicana: el tiempo que dura la suspensión se toma en cuenta para el cálculo de la duración del contrato y se supone que la misma regla debe seguirse para los operarios de zafra. No obstante, por la peculiar redacción del artículo 110, algunos jus-laboristas han sostenido que sólo los períodos de prestación de servicios se acumularán para determinar los derechos de antigüedad del trabajador estacional.

b) El trabajador reclutado durante los períodos de punta está sujeto a un contrato para una obra o servicio determinados, pero tendrá derecho al auxilio de cesantía si sus labores se prolongan más allá de los tres meses (artículo 11 y artículo 72, modificado por la ley No. 207 del 30 de abril de 1984).

c) En caso de una cadena ininterrumpida de relaciones de trabajo de duración determinada, en el contrato se reputará por tiempo indefinido. El legislador prevé dos situaciones distintas:

- Si el trabajador labora sucesivamente con un mismo empleador en más de una obra determinada; y
- Si el trabajador sigue prestando sus servicios al empleador después del término pactado en un contrato por cierto tiempo.

En ambas situaciones se considera que el vínculo contractual ha sido celebrado por tiempo indefinido desde el mismo comienzo de los servicios, pero en la primera se ha facultado al Poder Ejecutivo para que reglamente las condiciones de aplicación de la norma, lo cual aún no se ha producido (artículo 12, y artículo 14, párrafo II, modificados ambos por la ley No. 80 del 18 de noviembre de 1979).

d) Los trabajadores reclutados por un subcontratista que no sea una empresa establecida han celebrado sus contratos con el contratista principal, reputándose al subcontratista como un simple intermediario (artículos 18 y 20).

Ahora bien, ninguno de los preceptos mencionados establece previsiones especiales en cuanto a las condiciones generales de trabajo, el salario o las relaciones colectivas. A estos trabajadores

se les aplicará las mismas reglas establecidas por el Código de Trabajo para los demás subordinados.

IV. Seguridad Social de las personas empleadas según formas de relación de trabajo atípicas

Las leyes dominicanas sobre accidentes de trabajo y seguros sociales datan de 1932 y 1948, respectivamente, y en ninguna de las dos aparece un solo texto en que se tome en consideración al trabajador temporario, al de tiempo parcial y al estacional. Las disposiciones de ambas leyes son uniformes para todas las personas que en virtud de un contrato de trabajo presten sus servicios a un empleador.

1. Para el trabajador temporario, la única inquietud que surgirá será la de determinar quién es su empleador; una vez satisfecha esta interrogante se pondrá en funcionamiento la legislación del seguro social y la de accidentes de trabajo. No obstante, en lo que respecta al régimen legal del accidente de trabajo merece la pena señalar que se reputa como empleador a la persona natural, sociedad o corporación o compañía, dueño de la obra, explotación o industria en donde el trabajo se preste, de modo que en la relación triangular de trabajo corresponderá a la empresa utilizadora de la mano de obra pagar las contribuciones y asumir la responsabilidad del infortunio. Aun más, estando contratada la ejecución o explotación de una obra o industria, se considerará como empleador al contratista y al subcontratista, pero el dueño de la misma será subsidiariamente responsable ante el trabajador. Sin embargo, en la práctica son las empresas de guardianes privados y de servicios de limpieza las que aseguran a su personal y pagan las contribuciones. Lo mismo podría decirse en el préstamo de trabajadores en que el seguro contra accidente de trabajo es generalmente concertado por el empleador original.

2. En lo que se refiere a los trabajadores estacionales y de tiempo parcial, la ley sobre seguros sociales dispone su aplicación a favor de los que prestan servicios sin sujeción fijada a un empleador determinado y a los picadores de caña, vagoneros, carreteros, recolectores y trilladores de café y cacao, sembradores y cortadores de arroz, despallilladores, emanilladores y entrojadores de tabaco.

Estos trabajadores deberán ser inscritos en el seguro social si prestan servicios en exceso de dos días, pero las condiciones de calificación para tener derecho a recibir las prestaciones garantizadas son las mismas que se exigen para los trabajadores de tiempo completo. Por lo tanto, y en razón de la naturaleza de su trabajo, en múltiples ocasiones quedarán privados de los derechos consagrados en la ley. En efecto, si en la enfermedad recibirán la asistencia médica y hospitalaria, no resultará igual con el subsidio económico, el cual sólo se otorga a quienes justifiquen haber pagado no menos de seis cotizaciones en los nueve meses anteriores a la enfermedad. Igual exigencia se hará para el subsidio de maternidad, pero elevándose el número de cotizaciones a un mínimo de treinta. Requisitos más enérgicos se establece para acceder a las pensiones de invalidez y de vejez, así como para el capital de defunción preservado para los causahabientes del asegurado. No hay, pues, diferencia entre el trabajador a tiempo completo y el de tiempo parcial y el estacional, con lo que se produce una discriminación para estos últimos, a quienes se les exigirán las mismas condiciones de calificación fijadas para aquéllos sin tomar en consideración que ejecutan una faena de menor duración.

En conclusión, no existen exclusiones expresas ni en la ley sobre seguros sociales ni en la de accidentes de trabajo que se refieran a los trabajadores a tiempo parcial y a los de labor estacional; al contrario, la primera de esas leyes los incluye explícitamente, pero se olvida de adoptar medidas que favorezcan la contratación de trabajadores a tiempo parcial y de prever la relación atípica laboral, discriminando implícitamente al operario que sólo ejecuta una faena temporal o parcial.

El Derecho Especial de Trabajo*

Porfirio Hernández Quezada**

* Coloquios Jurídicos, Enero-Junio de 1988, año 3, no. 4, páginas 41-48.

** PORFIRIO HERNÁNDEZ QUEZADA. Doctor en Derecho egresado de la Universidad Autónoma de Santo Domingo. Realizó un postgrado en *Derecho del Trabajo* y obtuvo el grado de licenciado en Ciencias Políticas en la Universidad de París. Es presidente de la Asociación Dominicana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Ocupó la Presidencia de la Asociación de Abogados de la República Dominicana. Actualmente desempeña funciones docentes en la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña. Ha publicado la obra *Estudio Comparativo de Huelga*.

El Derecho Especial de Trabajo

Mi agradecimiento más sincero a la oficina Heredia Bonetti, muy especialmente a la apreciada amiga y colega Rosa Campillo, por brindarme la oportunidad de participar como panelista invitado, en uno de sus ya tradicionales *Coloquios Jurídicos*. Igualmente a este selecto auditorio que tendrá la paciencia de escucharme por algunos minutos.

Cuando la doctora Campillo me invitó para participar como charlista en este evento, en principio pensé escoger un tema de Derecho Civil, quizás por estar más acorde con la mentalidad y forma de ejercer de los concurrentes. Luego pensé que al lado del Derecho Civil había otra rama del derecho que si en verdad no es ejercida por la mayoría de los abogados civilistas, no es menos cierto que guarda una estrecha relación con el mundo económico-jurídico, entendiéndose por tal todas las ramas del derecho que rigen la sociedad en sus aspectos económico y social. Cuando así reflexionaba me estaba inclinando a hacer algunas consideraciones sobre derecho laboral, pero no sobre un derecho laboral clásico, general y del que casi todo abogado tiene alguna ligera noción. No, esa no era mi intención. Es, pues, ahí donde me decidí a externar algunos conceptos sobre una particularidad o especialidad del derecho laboral general. De donde pienso que sería más provechoso tratar “eso” que los tratadistas han denominado el “Derecho Laboral Especial” o más específicamente “especial de trabajo”.

Generalidades

1.- Los distintos caracteres que existen en las diversas actividades profesionales han hecho a algunos tratadistas fijar tantos contratos o regulaciones diferentes que comprendan esas relaciones.

En efecto la especialización y diferencia de clases de trabajo y la existencia de relaciones de dependencia han hecho que el legislador dote a esos trabajadores de estatutos especiales.

El extinto profesor argentino-español Guillermo Cabanellas apunta que la expansión del derecho del trabajo es profunda, que se va anexando contratos muy alejados del derecho laboral. Es

así, pues, que se establecen estatutos especiales para aquellos trabajos que el Derecho Laboral excluye.

La profesión determina en definitiva el nacimiento de un contrato especial de trabajo y hace surgir un nuevo tipo de regulación, de donde se desprende que la nueva relación de trabajo no es determinada por el sujeto, sino que está condicionada por el objeto.

Como es sabido, en el medioevo las corporaciones de oficios reunían a todos los trabajadores de un mismo oficio o actividad profesional. Hoy la situación es diferente. En una misma empresa pueden existir diversas regulaciones para el personal que labora.

Sin duda, aquella vieja concepción civilista de que el derecho laboral era una rama del Derecho Civil ha pasado de moda. Probablemente en esa época se podía hablar del derecho del trabajo como una especialización del derecho civil. Pero hoy el derecho laboral tiene cada día una tendencia más expansiva y más autónoma, la cual nadie discute.

Relación del Derecho Común Laboral y el Derecho Especial Laboral

2.- Hoy día existe una clara distinción entre lo que los juslaboristas denominan derecho común laboral, entendiéndose por tal el conjunto de normas generales que rigen las relaciones generales y comunes entre trabajadores y patronos, y el derecho laboral especial.

No debe pensarse que el derecho laboral especial constituye un régimen jurídico privilegiado. Al contrario, la tendencia de sustraer a determinados a las reglas generales es a veces perjudicioso para el sujeto.

El profesor mexicano Néstor De Buen, en su tratado *Derecho del Trabajo* (p. 356), sostiene que el derecho laboral especial es, respecto al derecho común laboral, lo que es la equidad de la justicia. El derecho de trabajo especial, continúa De Buen, modera el derecho común laboral pero sin contradecirlo.

Refiriéndose al derecho mexicano, De Buen manifiesta que las condiciones mínimas de trabajo deben mantenerse. De donde se

desprende que los derechos especiales deben planificarse de tal manera que las condiciones particulares, no de las actividades reglamentadas, no contradigan el catálogo de garantías mínimas.

Se ha sostenido que los derechos especiales de trabajo implican una modificación a las reglas relativas a la duración, suspensión, ruptura o terminación de las relaciones laborales estableciendo condiciones diferentes en lo que respecta a las obligaciones de trabajo y patronos. Inclusive el principio establecido por nuestro código de que a trabajo igual, igual salario, parecería verse afectado. Pero se trata de un efecto relativo como anota Néstor De Buen.

En México ocurría algo curioso, según De Buen, la situación característica se presentaba con respecto a los altos funcionarios de las empresas a quienes se les excluía de la legislación laboral por el solo hecho de poseer, real o no, vínculos con los resultados de la empresa.

Igual situación se presentaba con los agentes o viajantes de comercio y corredores de seguros a quienes se les incluía en las disposiciones del derecho comercial y a los deportistas profesionales se les consideraba ligados por un contrato puramente civil.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por un contrato especial de trabajo? Según el profesor Cabanellas “se define al contrato especial de trabajo como aquél que comprende las relaciones laborales que no coinciden exactamente con el esquema mismo del contrato típico. Es decir, apunta De Litala, es el que presenta una peculiaridad en lo relativo a la disciplina jurídica, más que una especialidad en la naturaleza de la prestación del trabajador.” (Citado por Cabanellas en su obra *El Derecho Normativo Laboral*, p. 28).

En otros términos, debido a la especialización de la producción del legislador dota de una regulación especial y distinta al contrato de trabajo tipo.

La reglamentación del contrato especial, a decir de Cabanellas, se fundamenta generalmente en: a) la ampliación de algunos beneficios; b) la ampliación de normas restrictivas; y c) la fijación de normas distintas de las disposiciones generales.

Para Barassi, citado por Néstor De Buen en su *Derecho del Trabajo* (p. 355), el derecho especial de trabajo se refiere a una determinada categoría de personas y sus normas son particulares, si bien no contratan con el derecho común (laboral).

Según Federico de Castro, igualmente citado por Néstor De Buen, el derecho laboral especial es el que contiene normas sólo sobre una institución o sobre una serie de relaciones determinadas, o sea, cuyo objetivo es el establecimiento de una regulación parcial.

En definitiva el derecho especial del trabajo nace, como se ha dicho, como el resultado de la expansión del derecho laboral general y por la aparición de nuevas técnicas empleadas en la producción.

El caso dominicano

3.- En lo que respecta a la República Dominicana, podemos decir que no se trata de caso particular. Seguimos el mismo patrón internacional, aunque ciertamente un poco más atrasado.

Hay ramas de la producción a cuyos trabajadores no se les ha dotado de un estatuto especial. Tenemos el caso de los deportistas profesionales, de los trabajadores del transporte aéreo y marítimo y otros. El transporte aéreo se rige por las reglas establecidas en los comercios de navegación aérea y por la ley número 380 del 24 de agosto del año 1964 que regula el horario diario, semanal, mensual y anual de servicio y descanso. En cuanto al transporte marítimo existe una legislación nacional escasa (artículos 272 al 290 del Código de Trabajo dominicano).

Existen, sin embargo, dos categorías de trabajadores que ameritan un comentario aparte. Nos referimos a la Policía Especial de Bancos y los llamados vigilantes privados.

a) La Policía Especial de Bancos fue creada mediante el decreto número 1055 del 1ero. de agosto de 1955, cuyo objetivo será la vigilancia, la protección y la seguridad de los bienes depositados, recaudados o pertenecientes a las instituciones bancarias y a las agencias recaudadoras del Estado.

Estas personas serán nombradas por el Poder Ejecutivo y estarán bajo la dependencia de la Secretaría de Estado de Finanzas.

El policía especial de Bancos deberá ser dominicano, mayor de 21 años y saber leer y escribir. Otro requisito exigido es que realizará sus servicios, única y exclusivamente, en los locales de las instituciones bancarias y de las agencias recaudadoras del Estado. Deberá estar uniformado y armado. Como se puede notar, a estos trabajadores de les exige condiciones y requisitos que no se les exige al trabajador del sector puramente privado. En cuanto a la remuneración, esta debe ser pagada por el Estado o por la institución bancaria donde preste sus servicios. De ahí pues su carácter de trabajador privado. Sin embargo, la oficina central de este cuerpo está adscrita al Banco Central de la República. Antes de tomar posesión de su cargo, el policía Especial de Bancos deberá prestar juramento por ante el Juez de Paz de la jurisdicción prevista por la ley número 1560 del 31 de octubre del año 1947.

Posteriormente se creó un seguro de pensión para los miembros de la Policía Especial de Bancos. En efecto, el Congreso Nacional votó por la ley número 57 del 23 de agosto del año 1963, mediante la cual se obliga a todos los bancos nacionales a cubrir con sus propios fondos el pago de las pensiones que se concedan a los miembros de la Policía Especial de Bancos.

Vigilantes privados

Los trabajadores que prestan servicios en las compañías llamadas “de vigilantes” o “guardianes privados” también tienen en algunos aspectos una reglamentación especial.

En efecto, el artículo 1ero. del decreto del Poder Ejecutivo, número 3222 de fecha 26 de abril del año 1982, crea una Junta Reguladora de las Empresas de Vigilantes Privados adscrita a la Secretaría de Estado de las Fuerzas Armadas.

Entre las atribuciones de esta Junta están:

a) Depurar, procesar y encaminar toda solicitud hecha al Poder Ejecutivo para operar un servicio de vigilancia;

b) Mantener un estricto control sobre las empresas dedicadas a la vigilancia privada, específicamente sobre las armas de fuego;

c) Fiscalizar el entrenamiento y capacitación del personal que presta servicios en esas empresas.

Esta Junta elaboró un reglamento que fue dirigido a todo el personal de las Fuerzas Armadas, mediante la circular número 7 del 13 de abril del año 1983.

Esta circular reglamenta el funcionamiento de estas compañías, que deberán estar constituidas de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio.

En el reglamento comentado existen disposiciones interesantes, como la que exige que para ser miembro de una compañía de vigilantes debe saber leer y escribir, y aportar un certificado médico psiquiátrico.

Estas compañías deberán cumplir con las disposiciones laborales y de seguro social vigentes en el país y, entre otras, deberán estar amparadas por una póliza de seguros de vida colectiva, riesgo contra terceros y un seguro que garantice la propiedad o valores puestos a su cuidado. Los miembros de una compañía de vigilantes deberán estar provistos de un carnet de identificación y de un uniforme. Esta compañía no podrá tener más de 1300 miembros.

Como se ve, son compañías privadas, con un personal privado pero con una reglamentación prácticamente militar.

Las liquidaciones anuales en las empresas*

Marilyn B. Fernández de Piñeyro**

* Coloquios Jurídicos, Octubre del 1997, año 12, no. 10, páginas 74-85.

** MARILYN B. FERNÁNDEZ DE PIÑEYRO. Licenciada en Derecho de la Universidad Pedro Henríquez Ureña (UNPHU), 1987. Maestría en *Derecho Empresarial y Legislación Económica* de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Miembro de la Asociación Dominicana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Miembro de la Asociación Dominicana de Abogados y de Notarios de la República Dominicana. Co-autora de la versión actualizada y reformulada: "Resumen de los aspectos fundamentales de la legislación laboral dominicana" (1995). Abogada Asociada a la firma Russin, Vecchi & Heredia Bonetti desde 1992.

Las liquidaciones anuales en las empresas

Antes de abordar el tema que expondremos en esta tarde, agradecemos la presencia y participación de nuestros invitados, los doctores Rafael Alburquerque y César Estrella Sahdalá, expertos laboristas. Asimismo, agradecemos la presencia de todos ustedes y manifestamos nuestra complacencia por el hecho de poder intercambiar algunas ideas y conceptos jurídicos con tan selecto auditorio.

El tema que desarrollaremos es “Las Liquidaciones Anuales en las Empresas”.

En la República Dominicana, en materia laboral existen áreas críticas que ameritan un esclarecimiento o una adecuación, como es el caso del “Derecho Colectivo Anual” o, como es comúnmente conocido, las “Liquidaciones Anuales en las Empresas”.

La presente exposición obedece a la intención de contribuir a la discusión de esta área del derecho laboral y al planteamiento de posibles propuestas de enmiendas. No pretendemos decir la última palabra en este necesario coloquio sino, más bien, contribuir modestamente al inicio de un análisis de tan crucial asunto, el cual afecta a empleados y trabajadores por igual, principalmente los ubicados en zonas francas industriales.

Uno de los motivos que invitan al estudio de este tema son las contradictorias interpretaciones existentes. Por un lado, se discute que el empleador al ejercer anualmente su derecho al desahucio para posteriormente recontratar a sus trabajadores, no toma en consideración ciertas disposiciones legales que inciden indirectamente en el ejercicio del desahucio, lo cual podría ocasionar vejaciones de derechos o principios en perjuicio de los trabajadores en lo referente a su seguridad jurídica.

Por otro lado se sostiene, de manera válida, que este desahucio colectivo y posterior recontratación no atenta contra la institucionalidad, ya que se fundamenta en el marco legal de respeto a un sagrado principio recogido en la Constitución de la República, que reza: “A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirle lo que la ley no prohíbe.”¹

¹ Ordinal 5to. del artículo 8vo. de la Constitución de la República Dominicana, de fecha 20 de agosto de 1994.

Al tenor de todo lo antes expuesto, nuestra ponencia será estructurada de la siguiente forma: Primero, plantearemos la naturaleza jurídica del desahucio o liquidación; Segundo, analizaremos bajo un criterio crítico la situación legal, jurisprudencial y doctrinal de las liquidaciones anuales, para por último, referirnos a nuestras consideraciones y recomendaciones.

I. Naturaleza jurídica del desahucio o liquidación

Las nomenclaturas conocidas como “Liquidación”, para el empleador; o “Renuncia”, para el trabajador, no es más que lo denominado en el Derecho del Trabajo como “Desahucio”, que es la terminación indefinida de la relación de trabajo por voluntad de una cualquiera de las partes, mediante aviso previo a la otra y sin alegar causa, en los casos, términos y condiciones previstos por la Ley 16-92, promulgada el 29 de mayo de 1992 (Código de Trabajo).

Debemos, pues, señalar que el derecho atribuido a una cualquiera de las partes o la facultad unilateral de una cualquiera de las partes; su carácter de exclusividad para los contratos por tiempo indefinido o de duración ilimitada; su discrecionalidad o ruptura encausada, es decir, su ejercicio sin invocar causa alguna, son algunas de las características del ejercicio del desahucio. Además, implica una responsabilidad y un deber de comunicación por escrito a la Secretaría de Estado de Trabajo o al Departamento Local que ejerza dichas funciones en las provincias.

El desahucio ejercido por el empleador le obliga a pagar una indemnización a favor del trabajador como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo. Es decir, el componente a abonar al trabajador el auxilio de cesantía conforme a la escala prevista en la ley. Ahora bien, si el desahucio es ejercido por cualquiera de las dos partes, empleador o trabajador, deberá otorgar a la otra parte el plazo del preaviso de acuerdo a la escala señalada en el Código.

La legislación laboral vigente ha dispuesto expresamente ciertas restricciones que limita el ejercicio del desahucio a cada una de las partes. En lo que respecta al empleador, el desahucio no surte efecto, por tanto se entiende como nulo, si es efectuado: 1) durante el tiempo de garantía al trabajador de utilización de sus servicios; 2) durante la suspensión de los efectos del contrato

de trabajo si la misma tiene su causa en un hecho relacionado y que afecta a la persona del trabajador, por ejemplo: enfermedad, accidente de trabajo, arresto, detención o prisión preventiva, licencia con disfrute de salario por un acontecimiento familiar; 3) durante el período de vacaciones del trabajador; 4) durante el período de gestión de la trabajadora y hasta tres meses después de la fecha del parto; y 5) durante la vigencia del fuero sindical.

En lo que respecta al trabajador, en caso de que el empleador haya invertido dinero para adiestramiento técnico o de capacitación en beneficio del trabajador, este último no podrá ejercer el derecho al desahucio durante un período igual al doble del utilizado en el adiestramiento técnico o de capacitación. En ningún caso este período excederá de dos años.

En todos los casos en que se prohíbe el desahucio, en principio, el ejercicio no debe surtir efecto jurídico alguno y el contrato de trabajo por tiempo indefinido deberá mantenerse vigente.

II. Situación legal de las liquidaciones anuales. Análisis comparativo de legislaciones (Ct - 1951) vs. (Ct - 1992)²

Ha sido objeto de arduas discusiones entre los jus-laboralistas la obtención de un criterio unificado sobre la aplicación del desahucio y en particular cuando es de manera colectiva y por períodos anuales.

Algunos expertos sostienen que en el antiguo Código de Trabajo, la práctica de liquidar anualmente se fundamentaba en el ordinal tercero del artículo 14, que rezaba: “El Contrato de trabajo podrá celebrarse por cierto tiempo, si a su término, el patrono acordaba indemnizar con la cesantía al trabajador.” Estos expertos afirman que, a pesar de que la anterior disposición legal fue omitida en la actual legislación, no existe prohibición alguna sobre la ejecución de liquidaciones anuales de manera individual o colectiva de los trabajadores.

Otros expertos se inclinan por la tesis de que la práctica de las liquidaciones anuales tenía su fundamento en los artículos

2 Código de Trabajo de 1951 versus Código de Trabajo de 1992

68 y siguientes del pre mencionado Código de 1951. Nos dicen que el derecho a la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador, cuando ejerce su real derecho al desahucio, es una facultad discrecional, unilateral e incautada, exclusiva del trabajador y del empleador, privativa de los contratos por tiempo indefinido; y con excepción a las restricciones señaladas en la ley, no sufre de otra limitación.³

En tal sentido, aseguran que la omisión del ordinal tercero en el párrafo 33 del actual Código de Trabajo, no plantea ningún tipo de limitación al ejercicio del desahucio ya que éste conserva su característica inherente -un derecho incautado, discrecional y unilateral sin que exista ninguna disposición legal que le limite a ejercer dicho derecho cuando lo estime conveniente, excepto en los casos previstos en la propia ley.⁴

IV. Situación jurisprudencial de las liquidaciones anuales. Análisis comparativo de legislaciones (Ct - 1951 vs. Ct - 1992)

La Suprema Corte de Justicia, en decisiones pronunciadas conforme a las disposiciones contenidas en el antiguo Código de Trabajo, dispuso lo siguiente: “Nada se opone a que un contrato por tiempo indefinido, por su naturaleza, sea sometido a un término de duración por mutuo acuerdo...” (Ver sentencias 10 y 30, noviembre 1976, Boletín Judicial 792, páginas 1877-79 y 2020, respectivamente, y del 21 de abril de 1965, Boletín Judicial 657, página 449) y “Que el derecho al desahucio no puede prohibírsele al patrono” (Ver sentencia del 27 de agosto de 1971, Boletín Judicial 729), páginas 2475, 2478 y 2486).

De lo anteriormente establecido, algunos doctrinarios han sostenido que es admirable la práctica de anualizar las prestaciones laborales o liquidar anualmente a los trabajadores de una empresa.

Ahora bien, en relación con la nueva legislación, tenemos entendido que en tribunales de primera instancia y de alzada,

3 Pereyra, Luis Miguel; Rafal Romero, Ernesto V. “Trabajo sobre la liquidación anual colectiva”. Su situación jurídica bajo el nuevo código de Trabajo. Diciembre de 1993.

4 Idem al punto 3.

ubicados en la ciudad de Santiago de los Caballeros, se ha estatuido la permisión de efectuar liquidaciones anuales. Empero, en los tribunales del Distrito Nacional se han opuesto a tal posición. Una de las sentencias pronunciadas en torno a la improcedencia de efectuar dichas liquidaciones considera que el hecho de que el contrato de trabajo de un trabajador se mantenga vigente a pesar de que el empleador le entregue periódicamente una suma de dinero a la que le da el concepto de prestaciones laborales, a ese dinero recibido por el trabajador no se le puede dar el carácter de indemnización laboral, por no haber sido obtenido como consecuencia de una real terminación de su contrato de trabajo.⁵

Lo cierto es que, conforme a nuestro conocimiento, bajo el actual sistema laboral (CT-1992) no tenemos una jurisprudencia de un tribunal de casación que ratifique o rectifique esas decisiones.

V. Situación doctrinal de las liquidaciones anuales conforme la legislación laboral vigente

A.- Improcedencia de liquidar anualmente

Conforme a esta tesis, los doctrinarios afirman que en principio el ejercicio del desahucio, “es atentatorio a la estabilidad en el empleo⁶. El desahucio no es más que una apariencia, una simulación con fines de burlar la ley, pues en realidad el distracto nunca se ha producido y el vínculo contractual ha continuado y permanecido inalterado.⁷

Los expertos aseguran que son pocos los derechos y prerrogativas que los trabajadores pudieran acumular, puesto que disminuyen los beneficios que la ley les acuerda. Se lesionan los intereses económicos, sus cargas económicas, las eventuales perspectivas de beneficios anuales que podrían adquirir los trabajadores. Entre ellas:

5 Sentencia del 4 de abril de 1994, dictada por el juez Presidente de la Sala No. 3, Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional.

6 Hernández Quezada, Porfirio. *Nociones de Derecho del Trabajo*, Santo Domingo, República Dominicana. 1993, p. 113.

7 Alburquerque, Rafael F. *Derecho del Trabajo*, Tomo II- El Empleo y el Trabajo, p. 128. Santo Domingo, 1997.

- No da lugar a aumentos en el número de días por concepto de casaciones por antigüedad del trabajador, una vez que la escala que establece la ley no se aplicaría al éste no acumular antigüedad.⁸

- Tampoco se acumularían aumentos en el pago de auxilio de cesantía, afectando probablemente la permanencia del trabajador dentro de la empresa.⁹

- Limita el pago por concepto de participación en los beneficios de la empresa a un monto fijo mínimo establecido en escala de la ley.¹⁰

- Dificultaría la formación de sindicatos, impidiendo así su desarrollo, puesto que para la formación de los mismos la ley requiere un número mínimo de miembros.

Aquellos expertos que consolidan parte de esta tesis señalan que, si se anualizan las liquidaciones, el trabajador siempre podría reclamar cuando verdaderamente finalice su contrato de trabajo las diferencias dejadas de pagar por concepto de auxilio de cesantía.

En adición a esto, en el curso de las ejecuciones de contrato el empleador tendría necesariamente que reconocerle al trabajador los derechos que se acreditan por razones de la antigüedad del trabajo, tales como son las vacaciones, participación en los beneficios de la empresa y el mismo auxilio de cesantía.¹¹

8 Art. 177 del C.T.- "Los empleadores tienen obligación de conceder a todo trabajador un período de vacaciones de dos semanas, con disfrute de salario, conforme a la escala siguiente: 1) Después de un trabajo continuo no menor de un año ni mayor de cinco, catorce días de salario ordinario; 2) Después de un trabajo continuo no menor de cinco años, dieciocho días de salario ordinario..."

9 Art. 80 del Código de Trabajo: "El empleador que ejerza el desahucio debe pagar al trabajador un auxilio de cesantía, cuyo importe se fijará de acuerdo con las reglas siguientes: 3) Después de un trabajo continuo no menor de un año ni mayor de cinco, una suma igual a veintinueve días de salario ordinario, por cada año de servicios prestados..."

10 Art. 233 del Código de Trabajo: "...La participación individual de cada trabajador no podrá exceder del equivalente a cuarenta y cinco días de salario ordinario para aquéllos que hayan prestado servicio continuo durante tres o más años."

11 Alburquerque, Rafael, *XI Seminario Laboral Anual* auspiciado por la firma Russin, Vecchi & Heredia Bonetti. Tema: *El Código de Trabajo: Un Año Después*. Santo Domingo República Dominicana. 28 de agosto de 1993.

Asimismo, agregan que el salario de Navidad tendrá que ser pagado en su totalidad, sobre la base de doce meses de trabajo, pues el contrato no ha terminado por el hecho de pagar la liquidación anual, y lo mismo habría que decir del pago por concepto de las vacaciones.¹²

Otros, en cuanto a este último aspecto, entienden que el hecho de que el contrato de trabajo se mantenga vigente a pesar de que el empleador le entregue anualmente una suma de dinero, la cual denomina pago por concepto de prestaciones laborales, ese dinero no debe tener un carácter indemnizatorio por no obtenerse como consecuencia de una real terminación de la relación laboral, en tal virtud ese pago debe ser calificado como irregular y por tanto primar el principio que reza: “El que paga mal paga dos veces”.

B. Tesis de procedencia de la ejecución de las liquidaciones anuales

Esta parte de la doctrina dominicana reconoce que los trabajadores sufrirían un perjuicio al liquidarlos anualmente, aunque minimizo, ya que reciben beneficios económicos tangibles que compensan cualquier perjuicio que pudiera resultar de la pérdida de ciertos beneficios eventuales por la no acumulación de antigüedad.

Entre estos beneficios se enumeran:

- Recibo de dinero por parte del trabajador por concepto de prestaciones laborales y derechos adquiridos hasta la fecha, libre de devaluación y del efecto de inflación sobre el poder adquisitivo de la moneda;
- Garantía o seguridad de pago de prestaciones laborales anualmente, las cuales serían pasibles de pérdida en caso de despido justificado o desahucio ejercido por el trabajador (renuncia);
- Obtención de ingresos en un período determinado del año, fijo, lo cual le permite al trabajador acarrear compromisos;
- No acumulación para las empresas de contingencias; y

¹² Idem al punto 11.

- Finalmente, en cuanto al aspecto relativo a la formación de sindicatos, piensan que en vista de la existencia del fuero sindical, no se le podría imputar que el desahucio es ejercido con fines de persecución sindical; por el contrario, los trabajadores lo solicitan y los empleadores acceden, asumiendo un costo financiero importante que incrementa sus costos operacionales.

VI. Consideraciones y recomendaciones

Visto todo lo anteriormente expuesto, podríamos concluir que no está prohibida la práctica de liquidar anualmente a los trabajadores. Además, esto puede sustentarse principalmente en el principio constitucional que dispone que: “A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirle lo que la ley no prohíbe...”

Sin embargo, a pesar de que la ley laboral en este sentido no ha sido clara, no cabe la menor duda de que un trabajo de carácter permanente da origen a un contrato de trabajo por tiempo indefinido en el cual la continuidad se extiende sin limitación alguna. En tal sentido, a nuestro entender, si se producen animalizaciones de prestaciones laborales, el trabajador siempre podrá reclamar diferencias dejadas de pagar por concepto de auxilio de cesantía, así como los derechos adquiridos, conforme a su antigüedad en el trabajo, como son: las vacaciones y la bonificación.

Tenemos conocimiento que existe actualmente un número considerable de trabajadores y empresas que prefieren la adecuación o permanencia de la práctica del sistema de liquidación anual, aun con sus inconvenientes.

Esta práctica se realiza de manera principal en muchas de las empresas de zonas francas industriales, con la previa anuencia de las autoridades de trabajo, usándose los mismos procedimientos del desahucio o de la reducción de personal.

Finalmente, para ser contestes con nuestro apego al derecho, sería necesario evaluar la posibilidad de modificar nuestra legislación laboral o su reglamento de aplicación en este aspecto o que la Suprema Corte de Justicia se pronuncie esclareciendo el mismo.

Modificación a la legislación laboral para ampliar la capacidad de la generación de empleos en la República Dominicana*

Fernando Aníbal Capellán Peralta**

* Coloquios Jurídicos, Septiembre 2008-Diciembre 2009, año 12, no. 15, páginas 53-64.

** FERNANDO ANÍBAL CAPELLÁN PERALTA nació en Santiago de los Caballeros, el 9 de febrero de 1959. Hijo de don Juan Fernando Capellán y doña Dilcia Peralta de Capellán.

Ha sido creador de un standard excelente en la industria textil dominicana, pudiéndose apreciar el impacto del trabajo de este grupo de empresas en el aspecto de transferencia e implementación de tecnología en el área textil para la República Dominicana, la capacitación de mano de obra y un significativo soporte para la economía local, contribuyendo a formar una ciudad textil en nuestro país a través de la atracción de un importante cluster, compuesto por firmas nacionales e internacionales que se desempeñan como suplidores de la industria.

Se destaca además por ser un negociador incansable ante las entidades gubernamentales nacionales y extranjeras en búsqueda de la inserción de reglas y acuerdos que vayan en beneficio del sector. Es por esto que su voz se oye cada día movilizando recursos globales en el esfuerzo de preservar la industria textil dominicana, con miras de ayudar para aumentar el nivel de la empleomanía del país.

En Noviembre de 1977 fue galardonado con el Supremo de Plata Jaycees '72 por su fructífera labor empresarial. La Asociación de Industrias de Zona Franca le otorgó el reconocimiento como Empresario Destacado de las Empresas de Zonas Francas del país. En 1999 recibe el premio "A la Conciencia Social Corporativa" por el Council on Economic Priorities (CEP), ha sido la primera empresa latinoamericana en recibir dicho reconocimiento. En el año 2000 recibe la Medalla de Honor "Paul Harris", el más alto reconocimiento que otorga el Rotary Internacional, por sus aportes a la comunidad.

En la actualidad es Presidente de la Asociación Dominicana de Zonas Francas (ADOZONA), y es, además, miembro del Comité Ejecutivo del Consejo Nacional de la Empresa Privada, Inc. (CONEP), miembro del Consejo de Directores del Aeropuerto Internacional del Cibao y del Hospital Metropolitano de Santiago, así como de otras entidades nacionales. Pero sobre todo ha sido el responsable de la construcción de una nueva cultura empresarial en las zonas francas de nuestro país, convirtiéndose en "Creadores de Valor", como reza la Visión de GRUPO M.

Modificación a la legislación laboral para ampliar la capacidad de la generación de empleos en la República Dominicana

El tema que nos reúne hoy es de suma importancia, ya que se empieza a conocer de manera abierta sobre la modificación que consideramos debe realizarse a nuestro código laboral para poder cumplir real y cabalmente con el verdadero derecho de trabajo, de fomentar el empleo digno y remunerado, promover la concertación entre trabajadores, empleados y el Estado, garantizando la igualdad en el empleo, la libertad sindical, prohibiendo la discriminación y reconociendo el derecho a huelga, entre otras actividades.

El planteamiento de esta modificación nos llega cuando nuevos y difíciles retos se plantean en la economía mundial y nacional. De manera inexorable, tal situación tendrá repercusiones en la práctica laboral, en las empresas, en el empleo y en las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y trabajadoras. No soy quien, por supuesto, para darles cátedra de derecho laboral, sin embargo, humildemente puedo, a la luz de mi experiencia manejando un negocio con alto nivel de empleomanía, emitir algunos juicios sobre las dificultades y oportunidades que nos ofrece el porvenir.

Sin lugar a dudas, el Código de Trabajo del 29 de mayo de 1992 ha sido un instrumento que ha contribuido con la paz social, otorgándole a las relaciones laborales una nueva dimensión, la cual reconocemos fue una conquista de los trabajadores.

Para tener una idea de cuán beneficiosa resultó esta legislación para los trabajadores, basta mencionar a título de ejemplo:

- Aumentó el plazo de preaviso.
- Se incrementó el importe del auxilio de cesantía.
- Se elevó el monto de las horas extras y del salario de vacaciones.
- Consagró los derechos a favor de los trabajadores, tales como: el fuero sindical, la prohibición del desahucio en perjuicio de la mujer embarazada y hasta tres (3) meses después de la fecha del parto, el reconocimiento al derecho a huelga por causa de un conflicto que afecte el interés colectivo de los trabajadores.

Por consiguiente, esta pieza legislativa se convirtió en una gran conquista para los trabajadores; en un documento de palpable ventaja para los mismos y que en su momento fue decisivo para garantizar la paz social y la concertación.

Sin embargo, a pesar de estos logros, debemos admitir que nuestro código laboral resulta en algunos aspectos inadecuado para regir con sus disposiciones las exigencias, procesos, conflictos y relaciones laborales del siglo XXI.

Es un hecho que el derecho del trabajo debe seguir teniendo por finalidad la protección de los derechos del trabajador. Sin embargo, las realidades que vemos cada día en nuestras empresas y sobre todo en los nuevos esquemas económicos del mundo, nos obligan a revisar algunas de las disposiciones actuales.

Comparto el criterio de que la empresa es una unidad económica y social en la que empleados y empleadores generan riquezas para el bien común; más aún, la verdadera conciencia empresarial implica una efectiva responsabilidad social donde exista una comunidad de intereses, beneficios, mejoras en la calidad de vida, y aspiraciones entre los empleados y los empleadores. Sin embargo, vemos cómo el trabajo informal está ganando espacio cada vez más en nuestra economía, lo cual sabemos no es saludable para la estabilidad social y económica de un país y es por esto que esa situación debe movernos a una profunda reflexión que dimensione el rol de las empresas.

Cuando una empresa de las que hoy, aseguro, hemos desarrollado en nuestro país, exporta sus productos, vende sus servicios, o suplente sus manufacturas a los mercados internacionales y al local, significa un reto a la eficiencia, a la capacidad y la creatividad, lo que presenta un gran reto para todos los que componen esa entidad productiva. En cambio, cuando se pierden puestos de trabajo porque no somos competitivos internamente como empresa o como país, la incertidumbre, la frustración, la tristeza y hasta la impotencia nos golpean.

Particularmente en los años en que he estado al frente del Grupo M, mucha ha sido la frustración y tristeza cuando he tenido que reducir las operaciones o cerrar alguna empresa. Aún algunos pretenden ver en cada empresario a alguien sin sensibilidad, indiferente, egoísta, explotador del trabajador, esclavo de las ganancias y de la rentabilidad. La empresa del siglo XXI no resiste ese comportamiento, en la empresa de hoy, empleadores y

trabajadores son verdaderos socios en la batalla de la producción y del empleo.

He aquí la palabra clave: empleo. Este hace realidad el derecho al trabajo de que disfrutan todos los seres humanos. En ese entorno, la legislación laboral no puede convertirse en una camisa de fuerza para la creación de nuevos empleos o para la preservación de los existentes.

Corroboro con la tesis de distinguidos laboristas, que aseguran que la normativa laboral no debe convertirse en un adversario del derecho al trabajo. La tensión en este campo es mayor en el presente, cuando la crisis económica, la tensión y la falta de competitividad, nos lleva a tratar este tema hoy, a pesar de ser una problemática que hemos puesto sobre la mesa de discusión hace ya varios años.

Les digo, con toda franqueza, que considero necesaria una reforma del Código de Trabajo, que se inscriba en la filosofía antes expuesta. Una reforma que aborde con espíritu realista los temas como:

- El cómputo y la duración de la jornada de trabajo.
- Que incentive la negociación colectiva.
- Que promueva la conciliación eficazmente, es decir, que el preliminar obligatorio de la conciliación deje de ser letra muerta en nuestro Código de Trabajo, ya que es el medio alternativo más idóneo para la solución de los conflictos individuales de trabajo.
- Que elimine, creando otras garantías, mecanismos procesales enemigos de la supervivencia y buen funcionamiento de las empresas.
- Se debe realizar una revisión a la normativa laboral, de manera que los juristas laborales busquen una más adecuada resolución al artículo 86, que habla de la aplicación del astreinte, la ejecutoriedad de la sentencia laboral a partir del tercer día de ser notificada.
- Asimismo, al artículo 539 que obliga a las empresas a depositar el duplo de las condenaciones pronunciadas en el primer grado.

- Se debe realizar una revisión al artículo 537, que trata la indexación de las condenaciones pronunciadas en la sentencia laboral.
- Se debe incorporar el seguro de desempleo, como garantía para el trabajador, eliminando progresivamente los pasivos laborales.

En este punto vale aclarar que no se trata, en ningún caso, de disminuir derechos para facilitar la competencia comercial, lo que violaría disposiciones del RD-Cafta. De lo que se trata es de enfrentar el problema de la creación de empleos, de la preservación de los puestos de trabajo y, más allá, de combatir la pobreza. Todo ello sin desmedro del absoluto respeto al ejercicio responsable de la libertad sindical y la promoción del trabajo decente o digno.

En la evidente integración de los mercados, los grandes capitales se mueven atraídos por la competitividad de los países. En esta economía de mercado, la República Dominicana compite con otros países de la Región y del mundo, donde las condiciones para la industria y el capital extranjero cuenta con un respaldo total de los Estados y poseen legislaciones laborales mucho más propicias y ventajosas que las nuestras.

En este sentido, es preciso resaltar que según un estudio realizado por una entidad panameña, SIAL, los costos laborales de la República Dominicana prácticamente duplican a los de los países centroamericanos. Estos datos están siendo confirmados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para ser incluidos en su informe de verificación de la implementación de las recomendaciones del “Libro Blanco”, afectando nuestra imagen como “marca país”, frente a los inversionistas extranjeros.

Enfatizo que soy opuesto a toda especie de desregularización de la normativa laboral, pero abogo por la incorporación de una dosis de flexibilidad en las mismas, que nos permita conciliar tecnología e innovación con empleo y, lo fundamental, trabajo y empresa.

La legislación actual ha venido encareciendo los costos de producción de la República Dominicana, lo cual fue agravado, de manera dramática, con la promulgación de la Ley 87-01, que consagra el Sistema Dominicano de Seguridad Social. Esta situación ha contribuido a provocar una inestabilidad económica a

la empresa, y es precisamente contra lo que debemos luchar, pues ello impide al empleador garantizarles el empleo a sus empleados.

Agreguemos a esta realidad los altos costos de energía eléctrica que no recibimos, una tasa de cambio administrada discrecionalmente, un transporte de carga monopolizado y una educación general extremadamente deficiente.

Como país dejamos de ser competitivos. Solamente en el sector de zonas francas, durante los últimos cinco años hemos perdido 60,000 puestos de trabajo, afectando la estabilidad social y económica de muchas comunidades de nuestra nación. Durante los próximos meses, la situación empeorará.

Existe un factor común en todas aquellas economías que nos están ganando la batalla en los mercados internacionales: Sus bajos costos de producciones, y una legislación propicia para el acercamiento de capitales. Nuestra República Dominicana se ha vuelto cara y nuestros clientes nos están dando las espaldas, lo que se traduce como desempleo, miseria y desamparo para todos.

Pudiera parecer osado el promulgar, en estos momentos, por una modificación al Código de Trabajo, sin embargo, las condiciones locales actuales y los retos que presenta el nuevo entorno internacional nos obliga a actuar o a desaparecer.

Sin embarcarnos en una profunda modificación, debemos considerar la revisión de algunos artículos del Código de Trabajo, que en la práctica van en detrimento del propio empleado y que ameritan una urgente modificación por parte del Legislador, por su contenido y por la insostenible carga económica que representan.

Reconocemos que la revisión del Código de Trabajo es un asunto delicado, por lo que entendemos que ésta pudiese partir de un proyecto de reforma que pudiera ser elaborado por los coautores del actual, los doctores Rafael Alburquerque, Lupo Hernández Rueda y Milton Rey Guevara. Este nuevo esfuerzo sería completado con un amplio y sincero proceso de concertación social.

Dejo en manos de los expertos en la materia las posibles soluciones, haciéndoles saber que cuentan con nuestro apoyo para juntos trabajar por una normativa laboral que reposicione al país y sea un verdadero promotor del empleo y la inversión.

DERECHO INTERNACIONAL

Los tratados internacionales como fuente de derecho interno*

Rosa Campillo**

* Coloquios Jurídicos, Enero-Junio del 1988, año 3, no. 4, páginas 49-60.

** ROSA CAMPILLO. Doctora en Derecho egresada de la Universidad Autónoma de Santo Domingo. Realizó estudios de Derecho Internacional en la Academia de Derecho Diplomático de Santiago de Chile, en la Academia de Derecho Internacional de La Haya y en el Comité Jurídico Interamericano. Es profesora de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña y Abogado Asociado a la firma Kaplan, Russin, Vecchi & Heredia Bonetti.

Es directora del programa Coloquios Jurídicos.

Miembro de la Asociación Dominicana de Abogados (1966), de la Asociación Dominicana de Abogados de Negocios, de la Asociación Hispano-Luso-Americana de Derecho Internacional, de la Interamerican Association of Intellectual Property, entre otras.

Ha escrito extensamente en los campos de Ley de Propiedad Intelectual y Derecho Internacional.

Los tratados internacionales como fuente de derecho interno

El tema que voy a tratar hoy no es nuevo. Tampoco es un asunto desconocido. Lo hacemos con el propósito de refrescar o más bien reforzar el uso de recursos que tenemos a la mano y que muchas veces olvidamos. Desde luego, tendremos que hacer un poco de doctrina para dejar en buen orden nuestras ideas y poder recomendar el buen uso de los tratados como fuente de derecho interno.

De partida vemos que nos enfrentaremos a dos ciencias jurídicas que conservan individualmente sus propias características y que necesariamente se tienen que entremezclar para contribuir a nuestro objetivo: el Derecho Internacional Público y el Derecho Interno.

La relación entre estas ciencias varía de acuerdo al criterio que sobre el particular han tenido los autores. Estos criterios coinciden en dos grupos que desarrollan sendas teorías: la dualista y la monista.

A la dualista también se le ha llamado pluralista, y la monista puede ser radical o moderada.

Los partidarios de la teoría dualista o pluralista consideran que ambos ordenamientos jurídicos son diferentes. Mientras que los partidarios de la teoría monista consideran que el DIP* y el DI** integran un sistema unitario.

Los dualistas consideran que ambos derechos tienen campos de aplicación diferentes, ya que el DIP se aplica a las relaciones entre los Estados que forman la comunidad internacional, y el segundo se aplica a las relaciones del Estado con los individuos y de éstos entre sí.

* DIP: Siglas de Derecho Internacional Público

** DI: Siglas de Derecho Interno

Los dualistas niegan un origen común para ambos derechos. Dicen que en caso de un conflicto entre disposiciones de ambos regirán las disposiciones que imperen en cada Estado conforme a su ley nacional, ya que el DIP no puede llegar *-per se-* a ser una norma de derecho interno.

Los dualistas exigen que para que el DIP tenga fuerza obligatoria entre los Estados éstos tienen que voluntariamente otorgarle el valor de una norma jurídica conforme a procedimientos establecidos internamente por ellos.

El primero en destacar a nivel doctrinario la separación entre el DIP y el DI fue Triepel en el año 1899. Decía que uno tenía su origen en la voluntad colectiva de los Estados y el otro en las constituciones estatales. A Triepel se adhirieron Anzilotti y la escuela vienesa presidida por Kelsen, quien más adelante se convirtió en un monista radical al afirmar que “toda estructura jurídica dependía de una norma fundamental”, que luego definió como “hipótesis necesaria”, para identificar un origen común de ambos derechos.

Los monistas, por su parte, niegan los fundamentos de los dualistas, indicando que el DIP y el DI constituyen un solo sistema llevando a la cabeza el derecho interno, si el punto de partida es la soberanía estatal, y el DIP, si el punto de partida es la comunidad internacional.

El monismo integra el DIP al DI para admitir su validez en el derecho que tienen los Estados para obligarse tanto en lo interno como en lo externo. Desconoce el dualismo la fuerza obligatoria intrínseca del DIP dejando a los Estados la selección de aquellas que desea adoptar.

Los monistas consideran que el DIP tiene un valor objetivo propio independiente y diferente al de la voluntad de los Estados por lo que su formación, transformación y abrogación se sustraen a la acción del DI.

Ambas teorías han sido elaboradas y defendidas hasta su perfección, lo que hace que ninguna de ellas resulte en la práctica una verdad absoluta, ya que una realidad es la que se produce en el plano teórico y otra la que resulta de una consecuencia práctica. El equilibrio de ambas ha sido logrado con ayuda de otras ciencias tales como la sociología y las ciencias políticas. De

la posición que se adopten en teoría se derivarán consecuencias prácticas en relación con el régimen de los tratados, la costumbre, los principios generales de derecho y otros conceptos admitidos por estas ciencias.

No hay dudas de que la evolución de la sociedad y de las reglas que la rigen, tanto en el orden interno como en el internacional, ha ido creando la necesidad de establecer los derechos que los particulares pueden deducir de una norma internacional, los procedimientos que permiten hacer valer ante los jueces nacionales una regla internacional y las facultades que los jueces pueden tener respecto a la aplicación de esa regla.

Los tratados colectivos, que versan sobre materias que afectan intereses privados han sido en gran parte responsables de que ya no se hable de teorías superpuestas ni paralelas, sino de un derecho federalista que se aplica indistintamente de acuerdo al radio de acción para el cual fue creado y en relación con los sujetos que se han sometido a él. Porque estos tratados han sido elaborados precisamente para unificar comportamientos en un sentido determinado. Y de hecho cada día se invocan más tratados ante tribunales nacionales, aunque en nuestro país no sea utilizado este recurso. Esto así porque cada día se desarrollan más instituciones, tales como la del arbitraje, la cual ha avanzado mucho después de La Haya de 1907, la de los derechos humanos, aviación civil, la cooperación internacional, figura jurídica que ha tomado impulso en los últimos años, así como de organizaciones internacionales que habrán de modificar más la estructura del DIP para aproximarse al DI. El DIP comienza a tener sus propios órganos, escasos en épocas pasadas, y a ser representado el Estado no sólo por el Jefe de Estado sino por los demás miembros del gobierno en sentido amplio, en actividades propias de sus funciones como son las que se realizan ante la OIT, la OMS, etc.

Hay autores que afirman que ya no se puede hablar de dualismo sino más bien de pluralismo ya que entran en juego situaciones que varían de Estado a Estado.

Ahora bien, vamos a analizar las fuentes de estas dos ciencias independientemente, para determinar la relación que existe entre sí. Las clasificaremos en fuentes formales o directas y fuentes de interpretación o subsidiarias. El DI estudia como fuentes principales la ley, los tratados y la costumbre. Y como fuentes de interpretación a la doctrina, jurisprudencia y la práctica de

los jurisprudencias. El DIP estudia como sus fuentes formales los tratados, la costumbre, y la legislación internacional. Como fuentes suplementarias, tenemos a los principios generales de DIP, la doctrina y la jurisprudencia. Esta clasificación nos muestra que realmente existe dentro de ambos derechos una relación intrínseca, pues si equiparamos ambas fuentes veremos que una de las fuentes del DIP lo es también del DI, como son los tratados. En ambos sistemas jurídicos en cuanto a la fuente de derecho escrito, la ley y los tratados, vemos que si estudiamos su proceso de formación, hasta su entrada en vigor, encontraremos que ambos tienen que ser sometidos a un proceso muy parecido. La costumbre, sin embargo, como fuente de derecho no escrito tiene que reunir en ambos sistemas jurídicos requisitos fundamentales para ser admitida como tal.

Mazeaud, en su tratado de Derecho Civil, al clasificar a las fuentes del derecho interno en fuentes directas y fuentes de interpretación, incluye dentro de las fuentes directas a la ley y la costumbre y dentro de la ley, al hablar de su formación, características y modalidades, habla de los tratados internacionales. Y dice que “las reglas de derecho privado concernientes a la situación de los súbditos de un Estado son verdaderas leyes porque se imponen a los particulares.”

Hace luego la declaración de que para que un tratado se convierta en ley es necesario que el mismo haya pasado por el proceso de derecho interno que lo incorpora a su legislación. Es decir, que es necesario que dicho tratado haya sido ratificado conforme al procedimiento establecido en ese Estado. En la República Dominicana este procedimiento es similar al de la formación de la ley.

Mazeaud continúa diciendo: “cuando el tratado se ratifica regularmente adquiere fuerza mayor que la ley. Es a la vez un contrato entre Estados y una ley”. Y agrega que una ley contraria a un tratado ratificado, es inconstitucional. Dice más adelante que el tratado es una ley de carácter particular, desde el punto de vista de la interpretación ya que ésta no pertenece a los tribunales judiciales, sino al gobierno en caso de que el conflicto sea relativo a cuestiones de orden público y no concierna a intereses privados.

Partiendo de las semejanzas entre ambos derechos, es importante saber cómo se entrelazan ambos conceptos para determinar cuál de ellos ejerce supremacía sobre el otro y bajo qué condiciones.

No hay lugar a dudas de que bajo cualquier sistema de análisis que se elija, las normas de DI se agrupan en tantos ordenamientos nacionales como Estados existen mientras que las normas de DIP se agrupan en un sistema de valor superior a todos los sistemas nacionales ya que las mismas son el producto de la voluntad conjunta de los Estados. Son el resultado de la actuación colectiva de la comunidad internacional. Y hay autores que dicen que, para que una norma de DIP sea adoptada por el DI, tienen que producirse los siguientes supuestos:

Recepción: Es necesario que el Estado reciba la norma de DIP para poder aplicarla dentro de su territorio previo el cumplimiento de los requisitos de aceptación. Desde luego que aun el Estado cumpliendo con los requisitos internos para la incorporación de una norma DIP, ésta después de integrada continuará siendo de DIP, pues habrá de ser observada para su aplicación, algunas circunstancias por su naturaleza misma, tales como la reciprocidad, mantenimiento en vigor del tratado, ausencia de reservas, etc.

Reenvío: Puede una norma DIP pasar a aplicarse en un Estado en particular, integrando su derecho interno y viceversa, en ocasiones en que hay ausencia o debilidad de instituciones internacionales o nacionales. Así por ejemplo, puede un Estado al contratar con otro hacer referencia a un término de Derecho Comercial, y utilizar vocablos de DI para unificar criterios. También puede un Estado en una disposición interna adoptar definiciones de DIP para su aplicación interna. Por ejemplo: cuando elabora una ley relativa a disposiciones aduanales y hace referencia a nomenclaturas contenidas en convenciones internacionales. A esta situación de complementación es a lo que se denomina reenvío.

Conflicto: Es posible que entre una norma de DI y otra de DIP surjan conflictos en cuanto a la aplicación de una de ellas por un órgano interno o internacional. Cuando el conflicto se presenta ante un juez o árbitro internacional y un Estado invoca una norma de DI, para justificar sus pretensiones ignorando las normas de DIP, la jurisprudencia ha decidido a favor de DIP y en contra de DI. Si el conflicto se presenta ante un juez nacional, la situación es más difícil ya que un juez en principio no tiene facultad de interpretación de una norma internacional, pero puede hacer uso de su poder de interpretación de la norma de derecho interno de manera que no contradiga al DIP.

Complemento: Puede darse el caso de que una norma de DIP complemente a una de DI y también a la inversa.

Una de las características del DIP es justamente la de que tiene un carácter incompleto. Es decir, que necesita de normas del DI para su aplicación en el Estado de que se trate. Esto, desde luego, puede variar según los casos y circunstancias.

La evolución del DIP y de los países que integran a la comunidad internacional es la de cada día complementar más la aplicación de normas internacionales con normas de derecho interno. Sin embargo, hay autores que atribuyen un valor predominante a la norma de DIP en su aplicación dentro del derecho interno de un Estado. Y dicen que tiene un valor objetivo propio independiente y distinto de la voluntad de los Estados particularmente, ya que una norma de DIP una vez aceptada por el Estado no puede ser desconocida por éste ni puede ser derogada ni sustituida con la sola voluntad de ese Estado. Para ello es necesario que se cumpla con los requisitos establecidos para la abrogación o denuncia del tratado.

Vemos cómo con el desarrollo de las relaciones internacionales, los Estados en su comportamiento recíproco han tenido que observar una conducta uniforme en diferentes áreas del quehacer humano. En ese mismo orden de desarrollo, las teorías que sustentaban los autores antes mencionados han evolucionado hasta llegar a la conclusión de que aunque ambos derechos son independientes, las normas de DIP son obligatorias dentro de los ordenamientos internos de los Estados. De ahí que los tratados, lejos de ser sólo fuente de DIP, son también fuente de DI, incluso los individuos que no son sujetos ordinarios de DIP están obligados directamente a través de normas de DIP.

El monismo radical afirma que toda norma estatal contraria al DIP es nula. Pero sabemos que esta teoría no puede aplicarse de una manera estricta, ya que la aplicación de una ley opuesta al DIP puede tener una aplicación interna provisional hasta que el Estado que resulte lesionado con la situación creada solicite al otro Estado la derogación de esa norma y el Estado violador tiene la obligación de hacerlo. Existe pues, en cierta forma un control internacional. El profesor Alfred Verdross define esta situación como “el desarrollo de un monismo moderado o estructurado” sobre las bases del DIP, porque aunque mantiene la distinción de ambos derechos dice que ambos están conectados dentro

de un sistema jurídico unitario basado en la constitución de la comunidad jurídica internacional.

La diferencia entre el DIP y el DI se manifiesta desde el punto de vista de un tribunal estatal o de un tribunal internacional, pues el primero en cuanto órgano de DI tiene que aplicar la ley nacional, aun sea contraria al DIP, y el segundo tiene que aplicar las normas del DIP y no puede alegarse ante él una ley de DI que le sea contraria aunque ésta sea la constitución de ese país. Más bien un tribunal internacional puede imponer al Estado, que derogue una ley interna que le sea contraria. Para cada sistema jurídico rigen sus propias normas, pero la precedencia de la ley nacional sobre el tratado es como ya dijimos, provisional, pues tan pronto sea alegada o invocada su abrogación por los órganos internacionales, el Estado responsable de ello tiene que abrogarla o modificarla.

La posición de los diferentes Estados en cuanto a la subordinación o concordancia de un sistema jurídico con otro se ve reflejada en sus constituciones. Muchas de ellas parecen indicar que el DIP está supeditado al DI, o lo que es lo mismo que la validez internacional de una norma depende de que sus constituciones lo hayan reconocido como tal.

Se destacan dentro de esas constituciones las de Austria, Alemania, Italia, Francia, Irlanda, Birmania, República Dominicana, entre otras, todas las cuales de una manera u otra atribuyen validez a la norma internacional en el orden interno.

En la constitución alemana se encuentran disposiciones que indican que entre las relaciones del Estado alemán con las otras naciones rigen los tratados y convenios internacionales y las reglas reconocidas universalmente por el DIP.

La constitución francesa de 1946, dispone en su preámbulo que “la República francesa, de acuerdo con su tradición, se rige conforme a las reglas de DIP.” Es decir, que estas naciones reconocen la validez del DIP, obligándose a cumplir sus normas, dejando a la disposición de cada una de ellas la modalidad que adoptará para dar cumplimiento a estos principios.

Dentro de los sistemas de adopción de una norma de DIP por el DI, está aquella que exige que para que una norma jurídica internacional tenga validez y sea puesta en práctica debe dictarse una ley que así lo determine. Es lo que Verdross denomina como

“el proceso de transformación de una norma de DIP en derecho interno.” Y considera que no es realmente una transformación de una norma de DIP al DI, sino la “ejecución de una norma superior por una inferior.” Desde luego, esto está previsto en el DIP, ya que casi siempre es necesario que al producirse una norma de DIP tenga que crearse o disponerse el órgano de ejecución interno para su adopción o ejecución.

En la constitución alemana se indica que, en caso de duda, el Tribunal Federal determinará si la norma de DIP existe o no cuando ésta se esté alegando en un tribunal. Pero aun en los países donde rige el principio de aplicación inmediata del DIP, puede una norma de derecho interno contradecir un principio de DIP si el tribunal aún haciendo uso de su máximo sentido de interpretación considera que la norma de derecho interno debe aplicarse, lo hará aunque siempre se mantenga el derecho que tiene el Estado lesionado de reclamar el cumplimiento de la obligación o compromiso contraído. Es decir, que aún debemos distinguir entre un principio de DIP y un tratado propiamente dicho, ya que el segundo refleja el resultado de la voluntad escrita de las partes, con relación a un asunto determinado.

Una ley posterior de derecho interno, puede invalidar una norma anterior de DIP, pero siempre habrá que recurrir para su extinción a los sistemas previstos en el propio DIP.

¿Cómo encadenar, pues, un tratado a la legislación interna de un Estado?

Existen diferentes sistemas reconocidos por los diversos países. Uno de ellos es aquel que reconoce que el rey o jefe de Estado es quien tiene el poder absoluto de celebrar tratados internacionales, pero que los mismos tienen que ser ejecutados por una ley o un reglamento emanado de los órganos competentes internos. Este sistema se aplica en Inglaterra y en la República Dominicana, y no es que no reconozcan, como es el caso de Inglaterra la supremacía del DIP, sino que hacen depender su ejecución de una norma de aplicación interna.

Otro sistema es aquel que exige al órgano interno una autorización parlamentaria previa a la celebración de un tratado. Aquí en este sistema se equipara el tratado a una norma de derecho interno o lo que es lo mismo a una ley, por lo que el tratado puede ser modificado por una ley posterior y viceversa. No quiere

esto decir, que las leyes no se interpreten en lo posible a la luz del DIP. En este caso la ley interna tiene supremacía sobre la norma internacional en el orden interno, aunque la norma internacional continúe teniendo supremacía en el orden internacional. Así se comportan la constitución norteamericana, la alemana y la austriaca.

Un tercer sistema conocido es aquel que expresa que no se aplicará ningún concepto legal que no esté de acuerdo con un tratado internacional debidamente publicado. Este es el sistema seguido por la constitución francesa, que en su artículo 28 dice que “un tratado ratificado no puede ser modificado por una ley, sino luego de una denuncia formal. Por lo que un tratado está por encima de la ley interna y que una ley posterior, contraria a un tratado es inconstitucional.”

La constitución de la República Dominicana en su artículo 3ro., última parte, dice, “la República Dominicana reconoce y aplica las normas del DI general y americano en la medida en que sus poderes públicos los hayan adoptado...” Y más adelante, en su artículo 37, numeral 14, señala como una de las atribuciones del Congreso la de “aprobar los tratados y convenciones internacionales que celebre el Poder Ejecutivo.” El artículo 55, numeral 6, dice que dentro de las atribuciones del Presidente de la República está... “la de celebrar tratados con naciones extranjeras u organismos internacionales, debiendo someterlos a la aprobación del Congreso, sin lo cual no tendrán validez ni obligarán a la República.”

El numeral 2 del mismo artículo reconoce como atribución del Presidente de la República la de “promulgar y hacer publicar las leyes y resoluciones del Congreso Nacional y cuidar de su fiel cumplimiento.” Cuando el Congreso aprueba un tratado, emite una resolución, la cual debe ser promulgada por el Presidente de la República.

Conforme a los sistemas de incorporación de un tratado a la legislación interna antes mencionados, vemos que por las disposiciones constitucionales antes indicadas, nuestros constituyentes fueron partidarios de un monismo moderado. Nuestra constitución habla de la fuerza ejecutoria de los tratados cuando son ratificados, y si comparamos el sistema de aprobación de una ley con la de la aprobación de un tratado, podríamos comprobar que con ligeras variantes el procedimiento es el mismo,

lo que hace que un tratado, una vez ratificado o aprobado, tenga fuerza de ley.

Ahora bien, ¿cuál es el lugar de los tratados dentro de las fuentes del DI? A mi modo de ver, en el orden interno tiene la fuerza ejecutoria de una ley, y en ese sentido aun aplicándose el principio de que la ley posteriori derogat ley a priori, ésta sería una solución momentánea interna ya que hemos visto que nuestro país reconoce y aplica las normas de derecho internacional general, y una de estas normas de DI general son tratados, los que rigen hasta que los mismos sean derogados o denunciados en las formas previstas en DIP, por lo que en el orden internacional las partes quedarán vinculadas hasta que su abrogación sea realizada conforme a ese principio.

Es, no obstante lo antes expresado, escaso el uso de este recurso por nuestros abogados, como un medio de alegar un derecho ante los tribunales dominicanos. Más bien, muchas veces nos encontramos que no sólo hay un desconocimiento o abulia en el uso de los tratados como fuente de derecho, sino que desconocemos la existencia de muchos de ellos, los cuales han sido incorporados a nuestra legislación interna y que podrían beneficiarnos en un momento dado.

Cuando un Estado reconoce un principio jurídico como válido, en su comportamiento con determinado ordenamiento internacional, no puede desconocer ese mismo principio en su comportamiento interno. De ahí que tratados que regulan una situación determinada, puedan utilizarse para reforzar criterios sobre la materia tratada aun sea a título de referencia en casos similares fuera de las partes contratantes.

Es una medida saludable revisar los compromisos internacionales vigentes en la República Dominicana, al llevar un asunto ante nuestros tribunales, ya que dentro de ellos podemos encontrar una fuente de derecho que sustente o refuerce nuestros alegatos.

Contratos de distribución en la Unión Europea*

Kareen Zanelli**

* Coloquios Jurídicos, Octubre del 1997, año 12, no. 10, páginas 43-58.

** KAREEN ZANELLI: Licenciada en Derecho, Facultad de París XI-Sceaux. Maestría en *Derecho Internacional y Europeo*, París I Pantheon- Sorbonne. DEUG de Derecho, Facultad de París XI-Sceaux. Ejerce Derecho Corporativo, centrándose en las funciones de fusión y adquisición. Asesora de Helen Keller Europa, organización sin fines de lucro con sede en París.

Contratos de distribución en la Unión Europea

Con vista a la creación del Mercado Común, el Tratado de Roma de 1957, que instauró la Comunidad Económica Europea, estableció una política de competencia, prohibiendo las acciones que pudieran falsear dicha competencia.

Es a este título que el artículo 85-1 del tratado prohíbe los acuerdos entre empresas y todas las prácticas concertadas susceptibles de afectar el comercio entre los Estados miembros que tengan por objetivo o efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el Mercado Común.

Sin embargo, el párrafo 3 del artículo 85 autoriza la exención colectiva o individual de esos entendimientos, en principio prohibidos, bajo algunas condiciones positivas y negativas.

Cabe aclarar que un entendimiento, sólo puede ser exento si las ventajas para las partes y para los consumidores son superiores a la restricción de competencia que resulta de dicho acuerdo.

La exención individual supone que las empresas que concluyen un acuerdo le notifiquen a la comisión de las Comunidades Europeas para que el mismo pueda ser exento.

De otra parte, los acuerdos que cumplan con las condiciones establecidas por un reglamento de exención por categoría son exentos sin que medie notificación a la comisión.

Las condiciones de exención son las siguientes:

En primer lugar, el acuerdo debe contribuir a mejorar la producción o la distribución de productos o a promover el progreso técnico o económico y debe reservar a los usuarios una parte equitativa de las ganancias resultantes de esos avances.

Así, los consumidores tienen que recibir un beneficio económico de las ganancias de la operación.

En segundo lugar, el acuerdo no debe imponer restricciones a las empresas participantes que no sean indispensables para

alcanzar los objetivos anteriormente mencionados, ni brindar a dichas empresas la posibilidad, para una parte substancial de los productos interesados, de eliminar la competencia.

Es a la luz del referido artículo 85 del tratado que se deben apreciar los sistemas de distribución entre suplidores y distribuidores. En efecto, la preocupación de asegurar una comercialización óptima de sus productos ha llevado a los suplidores a establecer redes de distribución con algunos distribuidores, logrando a veces restricciones a la competencia.

Dichas restricciones afectan por lo esencial a los distribuidores quienes, por el hecho de su pertenencia a una red, tienen una libertad de acción y de elección limitada.

Cabe señalar que el derecho comunitario se interesa principalmente en las redes de distribución que afectan más a la libre competencia. En efecto, la distribución fuera de redes constituye excepcionalmente un entendimiento entre empresas.

La distribución en redes puede cubrir formas muy diversas, las principales de las cuales estudiaremos aquí. Se trata de acuerdos de exclusividad, de distribución selectiva y de franquicia.

I. Acuerdos de exclusividad

Este título reúne en realidad dos tipos de contratos: los contratos de abastecimiento exclusivo y los contratos de distribución exclusiva.

A. Acuerdos de abastecimiento exclusivo

Son los contratos mediante los cuales un distribuidor se compromete, durante un tiempo determinado, a abastecer de un producto con un solo fabricante.

Sin embargo, dicho fabricante puede abastecer a otros distribuidores en la misma zona de venta. Él tiene solamente una zona de venta principal y no un territorio concedido.

El sistema de compra exclusiva impide el acceso de otros fabricantes al mercado, pero este acuerdo tiene como contrapartida numerosas ventajas:

* Una mejor previsión de la producción y de las ventas;

* Una mejor gestión de provisión;

* Una reducción de los costos de fabricación y de comercialización;

* La posibilidad para las pequeñas empresas de penetrar prohíbe esos acuerdos de compra, en particular cuando restringen de manera substancial el acceso al mercado de otros fabricantes.

Sin embargo, los referidos acuerdos pueden beneficiarse, bajo algunas condiciones, del Reglamento de exención por categoría número 1984/83, del 22 de junio del 1983, relativo a los acuerdos de compra exclusiva.

Dichas condiciones se refieren, por una parte, al objeto de la obligación de compra exclusiva que debe concebir un solo producto y, por otra parte, a la duración de dicha obligación que no debe exceder cinco años.

La exención será rechazada si el acuerdo de abastecimiento exclusivo se concluye por una duración indeterminada o una duración superior a cinco años.

En el caso de que estas dos condiciones principales se cumplan, la comisión otorga la exención por considerar que el contrato implica una mejoría de la estructura de la red de distribución.

Sin embargo, el beneficio de la exención por categoría será revocado si, por ejemplo, el fabricante aplica condiciones discriminatorias a vendedores sin razón objetivamente justificada.

Cuando un acuerdo incluye cláusulas restrictivas de competencia que no benefician de la exención, sólo dichas cláusulas son nulas, a menos que estas no puedan ser separadas del contrato, en cuyo caso dicho contrato sería encontrado nulo.

El acuerdo de compra exclusiva prevé obligaciones para ambas partes.

Por su parte, el distribuidor tiene la obligación principal de compra exclusiva con el suplidor con quien ha concluido el

acuerdo. El distribuidor puede vender otros productos, siempre que no venda productos que harían competencia a los productos del suplidor.

Existen otras obligaciones a cargo del revendedor, como la de comprar cantidades mínimas de productos, la de tomar medidas de promoción de venta o la de emplear un personal con una formación especializada o técnica.

Cabe señalar que los contratos de abastecimiento exclusivo son menos restrictivos de competencia que otros acuerdos de exclusividad, pero no ofrecen una gran protección a los distribuidores que no tienen la exclusividad de un territorio.

Sin embargo, al examinar los acuerdos de distribución exclusiva veremos que el derecho comunitario prohíbe toda protección territorial absoluta del distribuidor.

B. Acuerdos de distribución exclusiva

Se trata de contratos mediante los cuales el fabricante escoge un revendedor para una parte definida del territorio del Mercado Común y se compromete a comercializar sus productos sólo por intermedio de este distribuidor.

Estos acuerdos tienen varias ventajas:

- *Permitir a pequeños fabricantes acceder a un mercado;
- *Simplificar la distribución;
- *Regularizar los abastecimientos.

El Reglamento 1983/83 del 22 de junio de 1983 otorga la exención a los acuerdos de distribución exclusiva siempre que estos incluyan tres elementos:

- *La atribución de un territorio de venta al distribuidor;
- *La determinación de los productos objeto del acuerdo;
- *El compromiso del suplidor de no suministrar mercancías a otros distribuidores en el mismo territorio.

Sólo los acuerdos de distribución exclusiva que comprenden esos tres elementos son exentos.

La comisión puede retirar en cualquier momento el beneficio de la exención si el fabricante vende sus productos a precios excesivos o si no existen otras fuentes de abastecimiento al interior del territorio concedido y que, en consecuencia, los utilizadores finales sólo pueden dirigirse al referido distribuidor para los productos del fabricante.

La obligación principal del fabricante es de entregar los productos a su distribuidor exclusivo, pero no debe abastecer directamente a los consumidores.

Por su parte, el revendedor tiene las obligaciones siguientes:

*No debe distribuir productos competidores;

*No debe distribuir y proveer los productos fuera del territorio que le ha sido concedido;

*Debe asegurar la promoción de ventas en su territorio; a saber, asegurar el mantenimiento de la red de venta, a ser un servicio permanente a los clientes o emplear un personal que posea una formación especializada o técnica.

De todas formas, la exención será rechazada y se aplicará en consecuencia el artículo 85-1 si el contrato de distribución exclusivo comprende una cláusula de protección territorial absoluta de los distribuidores.

En efecto, el derecho comunitario no favorece tal protección porque el mercado compartido que resultaría de dicha protección sería contrario al objeto fundamental del Tratado de Roma, a saber, la constitución del Mercado Común.

Así, las redes de distribución tienen que ser abiertas, lo que significa que los fabricantes nunca pueden obligar a los distribuidores a no efectuar importaciones paralelas de productos competidores.

Es la misma necesidad de abrir el mercado que gobierna el régimen de la distribución selectiva.

II. Acuerdos de distribución selectiva

Se trata del sistema por medio del cual un fabricante reserva la venta de sus productos a detallistas admitidos en una red de distribución selectiva.

La selección por beneplácito brinda ventaja a los productores, como el control de la comercialización de sus productos, y también a los utilizadores como, por ejemplo, el consejo de un distribuidor calificativo o un servicio de post venta eficiente.

Los acuerdos de distribución selectiva constituyen una restricción de competencia porque el acceso a la red de distribución está sometido a la aprobación.

Sin embargo, dichos contratos pueden ser conformes con el artículo 85-1, siempre que cumplan con algunas condiciones objetivas, establecidas por la Corte Europea de Justicia.

El fallo METRO SABA del 25 de octubre de 1977, establece que la selección de los distribuidores puede justificarse por las características propias de los productos distribuidos a fin de aconsejar el buen uso de esos productos.

Además, la elección de los revendedores tiene que establecerse según criterios objetivos de carácter cualitativo, relativos a la calificación profesional del distribuidor, de su personal y a sus instalaciones.

Dichas condiciones tienen que ser aplicadas de manera uniforme y sin discriminación con respecto a todos los revendedores.

La distribución selectiva concierne sobre todo a los productos de lujo (perfumes, relojes, artes de la mesa) y los productos de alta tecnología (computadoras, televisores, alta fidelidad).

Así, la venta de perfumes mediante las redes de distribución selectivas es conforme con el artículo 81 porque las empresas tienen que preservar una imagen de marca de gran reputación y recalcar la especialidad estética de los perfumes.

Al contrario, la distribución selectiva es desproporcionada en cuanto a la meta a alcanzar si los fabricantes exigen que los productos para farmacéuticos (champú, cremas para la cara, para el cuerpo, etc.) sean vendidos sólo en farmacias.

Sólo los criterios de selección objetivos de naturaleza cualitativa son admitidos, la selección cuantitativa está absolutamente prohibida. Un fabricante o un producto no puede establecer un número máximo de distribuidores por ciudad o por región.

Sin embargo, la limitación cuantitativa de los distribuidores es admitida si se debe a las capacidades limitadas de producción o a una clientela insuficiente.

Tal restricción de los distribuidores tiene que ser de una duración limitada y la competencia no debe ser eliminada de manera absoluta.

Por lo que se refiere a las obligaciones respectivas de ambas partes, cabe distinguir tres tipos de cláusulas:

- *Las cláusulas blancas*, conforme con el artículo 85-1, son relativas a las características propias de los contratos de distribución selectiva.

Se trata de las cláusulas sobre el beneplácito de los distribuidores, la presencia de un consejo profesional especializado, la localización y la instalación del punto comercial a fin de mantener la imagen de marca del producto y la interdicción de vender productos susceptibles de depreciar dicha imagen de marca.

- *Las cláusulas grises* son contrarias al artículo 85-1, pero pueden ser exentas.

Así, la obligación, para el distribuidor, de comprar cantidades mínimas o de realizar una facturación mínima restringe la competencia porque obliga a los revendedores a dedicarse de manera importante a la venta de los productos del fabricante.

Dicha obligación sólo puede ser exenta si es indispensable para asegurar la continuidad de los abastecimientos y si la facturación mínima no impide al distribuidor la comercialización de otras marcas competidoras.

También, la obligación de hacer la promoción de dichos productos limita la autonomía de los distribuidores admitidos en la determinación de su política comercial.

Sin embargo, dicha obligación puede ser objeto de una exención siempre y cuando la cooperación publicitaria permita planificar campañas de publicidad homogéneas.

- Las cláusulas grises se pueden beneficiar de la exención en la medida en que las ventajas para los distribuidores y los 108 consumidores sean superiores a la restricción de competencia debida al sistema del beneplácito.

- *Las cláusulas negras* están prohibidas por el artículo 85-1, y no pueden ser exentas en virtud del artículo 85-3.

Se trata, por ejemplo, de la cláusula de no retrocesión, por la cual el fabricante prohíbe al distribuidor seleccionado vender los productos a otros distribuidores admitidos en la red.

El fabricante no puede prohibir las entregas cruzadas entre distribuidores admitidos porque de ello resultaría un compartimiento del mercado.

En la tercera parte de este estudio veremos que los acuerdos de franquicia comprenden también una distribución entre tres categorías de cláusulas.

III. Acuerdo de franquicia

Se trata de los acuerdos por los cuales el franquiciador otorga al franquiciado, a cambio del pago de una compensación financiera, el derecho de utilizar marcas, patentes, tecnologías o diseños, a través de una franquicia.

Las ventajas de la franquicia son numerosas; por ejemplo, valorización de la marca, cubierta rápida del mercado, control de la distribución sin gran riesgo financiero, etc.

El sistema de distribución por franquicia no es restrictivo de competencia por sí mismo, pero algunas cláusulas tienen que ser exentas para que se pueda aplicar el acuerdo de franquicia.

El reglamento 4087/88, del 30 de noviembre de 1988, prevé que el mencionado acuerdo tiene que cumplir con tres condiciones acumulativas para que el mismo pueda beneficiarse por categoría:

*La utilización de un nombre o de una marca comercial y la presentación uniforme de los puntos comerciales de la red;

*La transmisión del cómo hacerlo por el franquiciador al franquiciado;

*La prestación de asistencia comercial y técnica permanente al franquiciado durante toda la duración del contrato.

Como habíamos indicado en el caso de los acuerdos de distribución selectiva, debemos distinguir tres categorías de cláusulas.

En primer lugar, las obligaciones necesarias al funcionamiento de la franquicia escapan a la prohibición del artículo 85-1.

Se trata de la transferencia del cómo hacerlo por el franquiciador y de la obligación de parte del franquiciado de no ceder los derechos que tiene del contrato, y de no divulgar el cómo hacerlo a terceros, sin el consentimiento del franquiciador.

Esta última obligación de mantener el secreto se mantiene más allá de la duración del contrato.

Además, el franquiciador no puede ejercer una actividad comercial similar en un territorio en el cual haría competencia a otros franquiciados de la red.

En segundo lugar, algunas cláusulas restringen la competencia, pero son exentas por el Reglamento 4087/88.

Se trata principalmente de tres tipos de obligaciones:

**La protección territorial de los franquiciados*

Es prohibido para el franquiciador vender por sí mismo en el territorio de un franquiciado u otorgar otra franquicia en dicho territorio.

Es importante recalcar que dicha protección territorial es exclusiva, pero no es absoluta. Así, no puede resultar de esta protección un compartimiento del mercado.

****El abastecimiento de los franquiciados***

A fin de mantener la reputación de la red de franquicias, el franquiciado no puede vender productos competidores a los del franquiciador.

Sin embargo, el franquiciado no tiene una obligación de abastecimiento exclusivo porque puede abstenerse para otros franquiciados. Así, son posibles las entregas cruzadas entre franquiciados.

****Cláusulas relativas a los precios***

El franquiciador puede aconsejar precios de venta al franquiciado solamente si no resulta de ello una práctica concertada, prohibida por el artículo 85-1.

En tercer lugar, las cláusulas que no benefician de la exención conciernen, por ejemplo, la prohibición hecha al franquiciador de impedir al franquiciado suministrar productos a utilizadores finales por la sola razón que dichos utilizadores residen fuera del territorio contractual.

VI. Conclusión

Con lo que acabamos de indicar, podemos concluir este estudio relativo a los contratos de distribución en la Unión Europea.

Ustedes habrán podido constatar que el régimen comunitario de los contratos de distribución es regido por un solo imperativo: la apertura del Mercado Común.

En razón de este objetivo principal del Tratado de Roma, los distribuidores o franquiciados no se benefician de una protección absoluta.

En efecto, tal protección resultaría en un mercado compartido, lo que afectaría la libre competencia entre los Estados Miembros.

En la República Dominicana, la ley número 173 del 6 de abril de 1966 está dirigida a alcanzar un objetivo totalmente contrario, a saber, la sobre protección de los concesionarios dominicanos de empresas extranjeras.

Tenemos que recalcar algunas diferencias entre estos dos regímenes.

Primero, en las Comunidades Europeas, para beneficiar de la exención del artículo 85-3, un acuerdo de distribución tiene que ser de duración determinada.

Al contrario, la ley número 173 prohíbe los contratos de duración determinada.

La única causa de resolución de los contratos de concesión es la justa causa, es decir, el incumplimiento por las partes de una obligación esencial del contrato.

La práctica dominicana resultante de la aplicación de la ley número 173 tiende a hacer precisar en el contrato las obligaciones consideradas como esenciales.

Así, los concedentes extranjeros se protegen contra toda imposibilidad de rescindir el contrato de concesión, aun si, después, los tribunales dominicanos juzguen a favor de los concesionarios locales.

En la Unión Europea, además de la resolución del contrato de distribución por red por la intención de las partes, la Comisión de las Comunidades Europeas tiene la posibilidad de poner fin a cualquier contrato en caso de que el acuerdo no cumpla con las condiciones de exención del artículo 85-3.

En consecuencia, los casos de resolución de los contratos de distribución son más amplios y sobre todo más fáciles de aplicar en Europa.

Segundo, la práctica europea no establece la diferencia entre distribuidores de empresas europeas o extranjeras. Lo que solamente importa para la aplicación de las reglas de competencias es que el distribuidor esté establecido en un estado miembro.

Por su parte, la ley número 173 solamente protege a los concesionarios dominicanos de empresas extranjeras.

Tenemos que subrayar una tendencia reciente del gobierno dominicano de corregir los efectos negativos de la ley número 173, a saber, la sobreprotección de los concesionarios locales.

Dicha ley, que nos parece obsoleta, restringe el intercambio del comercio, aun si, por el momento, la República Dominicana no forma parte de ningún bloque económico activo.

Los inversionistas extranjeros necesitan un incentivo para invertir en este país.

Creemos que el proyecto de ley sobre inversión extranjera, que se encuentra en el Congreso para ser conocido, brinda este incentivo que faltaba.

El artículo uno, párrafos uno y dos, incluye como inversiones “los contratos de transferencia de tecnología”, entendiéndolo por aportes tecnológicos intangibles “los recursos provenientes de la tecnología tales como marcas, modelos industriales, asistencia técnica y conocimientos técnicos, asistencia gerencial y de franquicia.”

En consecuencia, de acuerdo a este proyecto de ley, los contratos de distribución y de licencia gozarán de la apertura económica en la República Dominicana.

Este ensanchamiento nos parece sumamente útil para la integración de la República Dominicana en el Tratado de Libre Comercio de Las Américas para el año 2005. En efecto, no son compatibles la protección de los concesionarios locales y la creación de un mercado americano sin discriminación entre los agentes de los diferentes países.

Hay que esperar que el proyecto de ley sobre las inversiones extranjeras y la instauración de la zona hemisférica americana incitarán a la República Dominicana a tomar el camino de la liberalización del comercio.

La complejidad del tema haitiano en República Dominicana*

8 tesis para su interpretación y superación

Fernando I. Ferrán**

* Coloquios Jurídicos, Septiembre 2008 - Diciembre 2009, año 24, no. 15, páginas 9-20.

** FERNANDO IGNACIO FERRÁN BRÚ. Doctor en Filosofía y Antropología Social, es Asesor del Representante Nacional de las Naciones Unidas y del Coordinador residente del Proyecto de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en la sede de las Naciones Unidas de la República Dominicana. Perteneció activamente a Cadena De Noticias (CDN) canal 37, fungiendo allí como Director de Planificación. En dicho espacio televisivo, llegó a producir y presentar varios programas de renombrada audiencia nacional, entre los cuales se pueden nombrar En Contexto, Despierta con CDN y 120 minutos, y fue Director General del Periódico El Caribe (del año 2000 al 2003) donde además ocupó el cargo de Editor de Opinión. Mientras desempeñó esta función, escribió una serie de artículos de carácter de actualidad en los que dejó plasmada su opinión en torno a lo que ocurría en la sociedad tanto a nivel nacional como internacional. El Lic. Ferrán ocupó también la posición de Director Ejecutivo de la Fundación Dominicana de Desarrollo (FDD) la cual se encarga de crear carteras de crédito para agricultores sin tierra, propietarios precarios y aparceros, así como de la formación y financiamiento de artistas y artesanos. En el año 1997 fue Director de Planificación y de Recursos Externos el Centro Agronómico Tropical de Investigación y Enseñanza (CATIE), con sede en Costa Rica, la cual es una institución del Sistema Interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA) y fue a la vez profesor / investigador en el Manejo Integrado de Cuencas Hidrográficas en América Central y el Caribe. Como profesor universitario (en el área de grado y post-grado) se destacó a nivel nacional e internacional. En nuestro país, en universidades tan importantes como la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) el Instituto Tecnológico de Santo Domingo (INTEC) la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (UNPHU) y la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD) y en el campo internacional fue profesor en la Universidad Autónoma de Honduras, Universidad Nacional de Nicaragua y el Centro Agronómico Tropical de Investigación y Enseñanza (CATIE) en Costa Rica.

La complejidad del tema haitiano en República Dominicana

8 tesis para su interpretación y superación

El tema haitiano es complejo, prioritario y fundamental. Sus raíces se pierden en la memoria nacional. En el presente, contadas son las soluciones prácticas capaces de enmendar el récord de denuncias que se le hacen a República Dominicana por violación de los derechos humanos y laborales de los inmigrantes de origen haitiano y de sus descendientes. Peor aún, cara al futuro de la nación, la continua entrada de inmigrantes haitianos suele ser percibida más como un elemento perturbador y de desintegración del orden establecido que de crecimiento y desarrollo.

La siguiente relación de tesis no es exhaustiva. Busca provocar, propiciar la discusión. Su única pretensión es la de iluminar el camino que aún debemos concebir y recorrer.

I. Primera tesis: Autopercepción

La identidad dominicana está en ebullición. Proviene de una percepción de sí misma como occidental, -a pesar de tener “al negro detrás de la oreja”-, y se enfrenta a una más crítica, según la cual “es al blanco al que se tiene detrás de la oreja” por más occidentales y modernos que se pretenda ser.

Como consecuencia de esas percepciones encontradas, las relaciones interétnicas y raciales en el seno de la sociedad dominicana carecen por el momento de un marco de referencia legítimo. Por ahora solamente se prolonga un diálogo de sordos entre posiciones ideológicas encontradas a propósito de la integridad de la nación dominicana y a favor o en contra de los derechos de los inmigrantes haitianos y de sus descendientes nacidos en el territorio nacional.

II. Segunda tesis: Los parámetros del debate

a. De un lado se defiende que se es dominicano por razones culturales, no raciales. Aunado con los requisitos establecidos en

el Artículo 11 de la Constitución, la nacionalidad dominicana viene dada por el patrimonio hispánico que compartimos por motivos de lengua, derecho, tradiciones, costumbres y religión.

Pero esta posición soslaya que la sociedad dominicana se gestó en medio de la orfandad colonial, en función de la cual la metrópolis española mantuvo durante siglos abandonados y marginados a sus pocos súbditos en el lado oriental de La Española.

b. Del otro lado, la cuestión no es sólo distinguir entre nacionales y extranjeros, sino sobre todo de dar vigencia a los derechos universales reconocidos en la carta de las Naciones Unidas. A la luz del Estado de derecho que se pretende perfeccionar en el país, y teniendo como justificación los derechos humanos y las exigencias inherentes a las convenciones internacionales reconocidas por República Dominicana durante el siglo pasado, se revalora por igual a cada persona, sea ésta nacional o no.

Esa causa universal se avanza en contra de la exclusión de cualquier grupo de inmigrantes respecto a los privilegios y a los beneficios de que ya disfrutaban los otros integrantes de la sociedad en la que residen.

Pero al defender a todos y a todas por igual, se desconocen las relaciones de poder que estratifican la sociedad dominicana en tanto que conglomerado multirracial y multiétnico. De donde resulta que, de facto, segregados por consideraciones particulares, no todos los residentes haitianos y tampoco sus descendientes disfrutaban de los mismos derechos, servicios y oportunidades laborales que los demás.

III. Tercera tesis: La radicalización del tema

En años muy recientes, la comprensión del tema haitiano se ha radicalizado. La exclusión social en el país se reconoce por igual, tanto en el caso del haitiano-negro, -independientemente de que su estatus sea de residente legal o ilegal-, como en el del dominicano-negro, al margen del origen nacional de sus padres y de que esté o no documentado.

Anteriormente se creía que el dominicano discriminaba en contra del haitiano-negro. Los dominicanos entre sí se consideraban herederos de un régimen colonial en el que amos y esclavos

cohabitaban en la misma hamaca y contemporizaban sin los efectos del rudo golpe que el látigo infligía en las espaldas de quienes laboraban en las plantaciones francesas en Haití.

Pero la comprensión del tema se ha profundizado. A la hora de recriminar al país, en y fuera de sus fronteras, ahora se hace valer que la sociedad dominicana está impregnada de prejuicios raciales y de xenofobia. Negros dominicanos y haitianos por igual, sufren ultrajes por el color de su piel y están sometidos a ocupar las últimas posiciones sociales. De ahí el valor relativo de una de las pruebas que se enarbolan como irrefutable: en cualquier revista social de la prensa sabatina... el número de dominicanos de raza negra que aparece es no representativo de su peso relativo en términos demográficos.

IV. Cuarta tesis: El punto oscuro de la pobreza

La marginalización y las exclusiones sociales, laborales, económicas, políticas y culturales que sufren los inmigrantes haitianos y sus descendientes, nacidos o no en territorio dominicano, no resultan tanto de prejuicios raciales ni de prácticas xenofóbicas, sino de la condición de pobreza de la que proceden y de la falta de calificaciones laborales con la que se insertan en la base del mercado laboral dominicana.

No es fruto de un racismo de Estado y muy probablemente ni siquiera efecto de la gesta independentista del Siglo XIX, sino consecuencia de una estratificación laboral acorde a las relaciones de poder vigentes en una sociedad que como cualquier otra en desarrollo está caracterizada por restringidas opciones y por recursos aún más limitados.

La validez de esta tesis parece ser incuestionable. Pero su oscuridad o límite radica en que, si bien más del 93% de la población dominicana no es de raza caucásica, sin embargo, la riqueza y las fuentes para generarla se concentran de manera excluyente en manos de una minoría blanca y de aquellos que siendo “de color” o “indios” más se le asemejen.

Ese fenómeno, una vez reforzado por expresiones individuales de discriminación racial y étnica, sustenta la denuncia de que la sociedad dominicana es racista, xenófoba y, como tal, condenable.

V. Quinta tesis: Las agravantes del caso

Seis agravantes agrietan las relaciones dominico-haitianas en el presente; a saber,

(1) la reñida historia isleña; (2) la pobreza y la desinstitucionalización de ambos lados de la frontera, reforzadas por la inoperancia del Estado de Haití y por la escasez de recursos humanos y naturales con que cuenta in situ la nación vecina; (3) la incontenible entrada de nacionales haitianos de manera ilegal en el territorio nacional; (4) las complicidades y la ausencia de una política migratoria del lado dominicano; (5) la discriminación en perjuicio de los beneficios laborales de los inmigrantes ilegales; y (6) la condición de indocumentados de esta población y la de sus descendientes.

A pesar de que la inmigración ilegal es una de las principales realidades que gravitan sobre el futuro nacional de República Dominicana, el estado de pobreza y hasta de miseria que padece el pueblo haitiano seguirá condicionando el flujo migratorio que soporta el lado oriental de la isla. Mientras el mercado laboral dominicano le brinde a la mano de obra no calificada de procedencia haitiana un mayor retorno que en su país de origen la actual entrada de haitianos ilegales continuará.

VI. Sexta tesis: Pronóstico

Las acusaciones y las tensiones del presente se agravarán de manera exponencial, hasta llegar a una situación insostenible a niveles comunitario, nacional e internacional, a menos que se las enfrente por medio de una política migratoria consecuente, un régimen de contratación laboral transparente y un sistemático marco de referencia jurídico.

Por eso es inconsecuente cualquier reforma constitucional que procure enfrentar las acusaciones y las denuncias que padecen la sociedad y el Gobierno dominicano si asume que la condición de ilegalidad de los inmigrantes (haitianos) la heredan en suelo dominicano sus hijos.

*Esa previsión se sigue del hecho que, al no conceder la nacionalidad dominicana vía el *Ius Solis* a los nacidos aquí de inmigrantes ilegales, parece darse a entender en flagrante contradicción con*

la jurisprudencia internacional que el estatus migratorio de una persona se transmite a sus descendientes. Prole ésta, dicho sea de paso, que por añadidura resulta condenada a la condición de indocumentada porque los deja a merced del desinterés de unos funcionarios haitianos no prestos a reconocer la ciudadanía vía el lus Sanguinis tal y como la consagra la Constitución de Haití.

VII. Séptima tesis: La tesis fundamental

La población dominicana es consecuente con su condición de ser mulata, es decir, ni blanca ni negra. Como mulatos, el dominicano y la dominicana se compadecen y son solidarios en su diario vivir de esa creciente población haitiana y dominico-haitiana con la cual conviven y con la cual comparten de manera armoniosa y en igualdad de condiciones los mismos servicios, puestos de trabajo, lugares de esparcimiento y de viviendas, y hasta oportunidades análogas.

Ahora bien, si aún hoy día la pobreza se acrecienta en la mayoría de una población que soporta la institucionalidad propia a este país, esto se debe al manejo realizado por quienes ostentan en un incipiente régimen democrático la cima de los poderes económico y político. No obstante, gracias a lo positivo de aquella convivencia local y de la consecuente composición social dominicana de tipo multirracial y multiétnica, la negatividad inherente a cualquier forma particular de discriminación racial y de xenofobia en el suelo patrio puede ser y seguirá siendo superada de manera exitosa por la solidaridad demostrada de manera predominante por los dominicanos hacia los haitianos.

Por todo ello, los dominicanos han repudiado y repudian la masacre del 36. Segundo, no promueven ni sancionan los brotes individuales de racismo. Tercero, a pesar de las altas tasas de desempleo absoluto que padecen en el país, no entran en abierto conflicto laboral con residentes-ilegales que, de manera no encubierta ni clandestina, trabajan, deambulan y mal viven como tantísimos dominicanos y dominicanas bajo el trayecto del mismo sol. Y cuarto, soportan de manera estoica, tanto su empobrecimiento gradual -por efecto del costo social que la población inmigrante ilegal impone a los servicios públicos y al presupuesto nacional-, como la baja de los niveles salariales de la mano de obra nacional no calificada y la pérdida de competitividad tecnológica del aparato productivo del país.

De ahí que el punto oscuro (Ver tesis # 4) relativo a la pretendida equivalencia: negro igual a pobre, no es erróneo sino parcial e injusto. Parcial, porque desconoce e ignora la convivencia y las redes sociales y familiares que perviven a lo largo de los años entre ambos grupos nacionales en suelo dominicano. E injusto, dado que a lo largo de la historia colonial y luego republicana, la sociedad dominicana es el resultado espontáneo, a nivel de prácticamente todas sus clases sociales, de sucesivos y múltiples cruces raciales y étnicos.

VIII. Octava tesis: La solución

La mejor forma de contrarrestar los peores pronósticos es reivindicando de hecho y de derecho la realidad que discierne la tesis fundamental.

Es por ello que, en consonancia con dicha convivencia solidaria, el Estado dominicano, su Gobierno y la sociedad dominicana, deban retornar a, y preservar y reivindicar su propia legitimidad: a saber, hacer valer su estado de solidaridad hacia los inmigrantes haitianos y sus descendientes, así como acatar de manera consecuente lo que establece su texto constitucional, sus leyes positivas, sus tradiciones culturales y las convenciones internacionales a las que libremente se han adherido.

Puesto que todo Estado tiene el derecho soberano de reglamentar la migración hacia su territorio, y a su interior las relaciones multiétnicas y multirraciales que alberga, no hay denuncia lícita por legítima que pretenda ser mientras los actores respeten de manera objetiva su propio marco de referencia jurídico y demuestren su intención de enmendar y mejorar su récord en materia de derechos humanos.

DERECHO COMERCIAL

Consideraciones sobre el arbitraje comercial internacional*

Francisca Gil Domínguez**

* Coloquios Jurídicos, Enero-Junio del 1987, año 2, no. 2, páginas 11-32.

** ANA FRANCISCA GIL DOMÍNGUEZ. Doctora en Derecho graduada en Venezuela. Profesora en la Universidad de Caracas, Venezuela, ha participado en diversos cónclaves internacionales de carácter jurídico. Abogado en ejercicio con varios trabajos y ensayos publicados sobre temas legales.

Consideraciones sobre el arbitraje comercial internacional

1. Introducción

En el presente trabajo nos proponemos demostrar que el arbitraje comercial internacional es una institución nueva y diferente de la tradicional.

En la primera parte, titulada *El arbitraje en el nuevo Derecho Comercial Internacional*, lo presentamos como la única vía de solución y prevención de litigios en el Derecho Comercial Internacional.

Al tratar la *Naturaleza jurídica del arbitraje comercial internacional -Su evolución*, queremos destacar su naturaleza jurídica *sui-generis*, que surge con un contrato para transformarse luego en un proceso que culmina con una sentencia. Nos proponemos explicar la evolución experimentada por la institución: cómo la cláusula compromisoria ha venido ocupando el lugar del compromiso; cómo el arbitraje de Derecho ha venido ocupando el sitio del arbitraje de equidad; y cómo el arbitraje institucional ha venido sustituyendo al arbitraje ad-hoc u ocasional.

En la parte siguiente, titulada *La ley aplicable a la convención arbitral*, nos proponemos explicar cómo se ha impuesto el sistema de la autonomía de la voluntad, tanto si se trata de una convención entre particulares o entre Estados particulares.

En la última parte, titulada: *Situación jurídica del arbitraje comercial internacional en la República Dominicana* pretendemos explicar la necesidad que tiene el país de que se incorporen en su ordenamiento jurídico interno los tratados que regulan el arbitraje comercial internacional, ya que las normas internas sobre arbitraje no contemplan la evolución experimentada por la institución.

2. El arbitraje en el nuevo Derecho Comercial Internacional

El arbitraje es el único medio jurisdiccional de solución de los conflictos que surgen del ejercicio del comercio internacional y es también un medio de prevención de posibles litigios cuando

se recurre al arbitraje, por ejemplo, con el fin de lograr la interpretación correcta de las cláusulas de un contrato.

Hasta el presente, las relaciones comerciales internacionales han sido reguladas por leyes nacionales como si fueran relaciones jurídicas internas, competencia del derecho nacional, pero el comercio internacional ha venido exigiendo, cada vez con mayor insistencia, un régimen jurídico acorde con su naturaleza y con sus fines.

La práctica internacional ha tomado la iniciativa de crear normas uniformes destinadas a favorecer, en lo posible, los intercambios comerciales internacionales. Estas normas se incluyen a menudo en contratos-tipos, los cuales adquieren valor jurídico cuando son aprobados por un tratado internacional (fuente principal de derecho internacional que genera derechos y obligaciones entre Estados); además, este tratado debe formar parte del derecho vigente del país en el cual se exige la ejecución del contrato; de no cumplirse estas condiciones, el contrato genera derechos y obligaciones sólo entre las partes.

Los Estados muestran cada vez mayor interés en la ratificación de los tratados que regulan las relaciones económicas internacionales, debido a su participación cada día más intensa en la vida económica internacional. Hoy en día ya no es posible hablar de un Derecho Internacional Público y de un Derecho Internacional Privado, porque ya no existen fronteras entre estas dos ramas del derecho.

La realidad socio-económica del mundo, en constante mutación, admite la aplicación de normas de Derecho Internacional Privado, contenidas en los derechos internos de los Estados. Con la evolución y el desarrollo de la ciencia y la técnica, las especializaciones, la producción, etc., el comercio internacional ha adquirido un poderoso impulso y han surgido nuevas formas de comercio internacional como, por ejemplo, la cooperación económica entre Estados.

En los contratos de cooperación económica y técnico-científica se establecen relaciones jurídicas de larga duración, el precio no se fija previamente en una suma determinada sino que se compone de muchos elementos, lo cual da lugar a un flujo continuo de materias primas, productos terminados, etc.; los efectos de estos contratos no se reducen sólo al intercambio de valores o de

prestaciones de servicios sino que abarcan la superación de la calidad de los productos, de la tecnología, del personal, así como el logro de alta técnica en tiempo cada vez más reducido.

Las nuevas formas de comercialización han originado nuevos conflictos, que ya no pueden ser resueltos por las jurisdicciones internas de los Estados. Si trata por ejemplo, de un problema surgido de la interpretación de un contrato celebrado entre un Estado y una persona jurídica extranjera, esta última no querrá someterse a los tribunales de ese Estado. Puede darse el caso también de divergencias surgidas con ocasión de un contrato celebrado entre varias personas jurídicas; aquí se presentaría el problema de determinar cuál sería la autoridad jurisdiccional competente, la legislación y procedimiento aplicable; además, en caso de producirse una sentencia, cómo se ejecutaría. Podría tratarse de una reclamación por defectos de fabricación de una maquinaria pagada al fabricante extranjero con tarjeta de crédito, ¿cómo intentar la acción ante los tribunales si en la práctica no podría ejecutarse una sentencia en contra del demandado por estar domiciliado en el extranjero?

Hoy en día se recurre con frecuencia al arbitraje. En varios lugares del planeta se han establecido cortes, asociaciones o tribunales dedicados especialmente al arbitraje comercial internacional. Entre estas instituciones ocupan un lugar importante las siguientes: la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, Francia, (países industrializados, comunistas, del tercer mundo, en vía de desarrollo, miembros de O. P. E. P. etc.; han aceptado incluir en sus contratos la cláusula que escoge a la Corte de Arbitraje de la C. C. I. para resolver las controversias que pudieran originarse); la Asociación Americana de Arbitraje, a cuyo reglamento suelen someterse los norteamericanos cuando una de la partes en un contrato reside en los Estados Unidos de América; y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, a la cual recurren nacionales de los países miembros de la O. E. A.

A pesar de que la institución del arbitraje es vieja, el arbitraje comercial internacional tiene un origen reciente; surgió a raíz de la participación de los Estados en las relaciones económicas internacionales y con el desarrollo de éstas.

En la sociedad internacional clásica, los diferendos jurídicos nacidos entre un Estado y un extranjero, o entre dos particulares,

no encontraban solución sino ante las jurisdicciones nacionales, y no podía convertirse en internacional el procedimiento sino por la intervención de un Estado bajo el fundamento de la protección diplomática.

El procedimiento seguido actualmente por los tribunales arbitrales es sencillo, expedito, garantiza a las partes en un contrato seguridad e imparcialidad por parte de árbitros internacionales de impecable reputación y de reconocida experiencia en la materia controvertida. A través de tal procedimiento se ahorra tiempo, costos, honorarios legales, etc. Además, existe seguridad en la confidencialidad.

La práctica del arbitraje comercial internacional ha sido aprobada por varios tratados internacionales, tales como: La *convención de Nueva York, sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras*, adoptadas en 1958 en el seno de la *Conferencia de Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional*, la cual ha sido ratificada por numerosos países del mundo; la *Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional*, redactada por la Comisión Económica de Naciones Unidas para Europa y la cual fue adoptada en 1961; la *Convención del Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (B. I. R.D.), sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados* (1965); la *Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las decisiones y Sentencias Arbitrales Extranjeras* (1979), adoptadas en el seno de la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (C. D. I. P.) por los Estados miembros de la O. E. A.; la *Convención de Moscú del 26 de mayo de 1972, concerniente a la solución por vía arbitral de los litigios de derecho civil provenientes de las relaciones de colaboración económica técnico-científicas*; la Convención firmada en Moscú el 25 de marzo de 1976, la cual otorgó competencia exclusiva a las Cortes de Arbitraje de las Cámaras de Comercio de los Estados Miembros de CAME, para los diferentes acuerdos nacidos si la cooperación técnico-científica y económica.

Sólo algunos países del sistema romano-germánico no han ratificado la *Convención de Nueva York*, por mantener en sus Códigos de Procedimiento Civil disposiciones prohibitivas, heredadas del Código de Procedimiento Civil francés (ya derogadas en Francia).

Son miembros de la mencionada Convención los siguientes Estados: África del Sur, Australia, Austria, Bélgica, Benin, Botswana, Bulgaria, Chile, Cuba, Corea, Dinamarca, Egipto, Ecuador, España, Estados Unidos de América, Francia, Ghana, Grecia, Hungría, India, Israel, Italia, Japón, Kampuchea, Madagascar, Marruecos, México, Níger, Nigeria, Noruega, Países Bajos, Filipinas, Polonia, República Federal de Alemania, Rumania, Reino Unido, República Socialista Soviética de Bielo-Rusia, República Socialista Soviética de Ucrania, Santa Sede, Sri-Lanka, Suecia, Siria, Suiza, Tanzania, Checoslovaquia, Tailandia, Trinidad y Tobago, Turquía, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Los países socialistas europeos (excepto Albania) han ratificado también la Convención Europea. La Comunidad Económica Europea, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y la Comunidad Europea de Energía Atómica han otorgado a sus tribunales especializados jurisdicción exclusiva para interpretar los tratados que las rigen. Sin embargo, dos órganos de la Comunidad Económica Europea, el Consejo de Europa y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Roma), han emprendido activamente el estudio de proyectos para la adaptación de leyes uniformes sobre los procedimientos y el derecho sustantivo de arbitraje. Varios de los países de la comunidad han adoptado el acuerdo relacionado a la aplicación de la Convención Europea sobre Arbitraje Mercantil Internacional, adoptado en el seno del Consejo de Europa (serie de tratados europeos número 42, del 16 de diciembre de 1962).

La *convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional* entró en vigor el 16 de junio de 1976. Ha sido ratificada, entre otros, por los siguientes Estados: Chile, México, Panamá, Paraguay y Uruguay.

La *Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Hispano Luso-Americanos y Filipinas*, en su IV conferencia, celebrada en Caracas en abril de 1978, encomendó a la Secretaría General la realización de estudios encaminados a lograr sistemas de cooperación en materia de arbitraje de derecho privado con vista de la posible elaboración de una ley uniforme o un convenio al respecto, e incluso la creación de un "Centro Interamericano de Arbitraje" (Resolución No. 6). Con la iniciativa de la Conferencia ha coincidido la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (U. I. B. A.), en la elaboración de un anteproyecto de ley tipo sobre arbitraje para los países hispano luso-americanos, el

cual ha sido sometido a la consideración de los países miembros de la conferencia.

El Arbitraje Comercial Internacional ha constituido “desde sus inicios una vía de evasión de los problemas fundamentales del Derecho Internacional Privado: conflicto de jurisdicción, conflicto de leyes y aplicación de la ley Extranjera.” Por la cláusula de arbitraje inscrita en el contrato en el momento de su celebración se resuelve el problema del conflicto de jurisdicción porque se precisa quién juzgará; y se evita el conflicto de leyes cuando se determina la ley aplicable.

El Derecho Internacional Privado contiene soluciones muy complejas, discutibles, inseguras, que crea una incertidumbre insoportable para las relaciones económicas internacionales.

3. Naturaleza jurídica del Arbitraje Comercial Internacional. Su evolución

En relación a la naturaleza jurídica del arbitraje, se han sostenido en la doctrina jurídica internacional varias teorías: la contractual, fundada en el principio de la autonomía de la voluntad, no le concede al laudo arbitral el valor de una sentencia; la jurisdiccional, considera el laudo arbitral como eje de la institución y reconoce el poder del Estado de controlar y regular el arbitraje que se lleva a cabo dentro de los límites de su jurisdicción territorial, los árbitros deben sujetarse a la ley territorial; la ecléctica, desarrollada por el profesor Sauser S. Hall, en un informe y proyecto presentados en la sesión de 1952 del Instituto de Derecho Internacional, sostiene la naturaleza mixta del arbitraje, el cual tiene su origen en un contrato, acto típico del derecho privado, pero su naturaleza se transforma en la etapa del procedimiento debido a las exigencias del poder público. La autónoma ha surgido de las críticas formuladas a las anteriores, las cuales se fundamentan en principios de derecho interno, ajenos al Derecho Comercial Internacional. La teoría autónoma sostiene el carácter *sui-generis* del arbitraje, el cual reclama un régimen diferente que ofrezca las garantías necesarias a las partes y seguridad a los terceros (aspectos no considerados por la teoría contractual).

En razón de su naturaleza jurídica original, el arbitraje no puede estar regido en las relaciones internacionales por una ley única. Es necesario distinguir entre la ley aplicable al procedimiento y la ley aplicable al fondo del litigio.

Las convenciones internacionales ofrecen a las partes la posibilidad de determinar la ley del procedimiento. De no hacerlo, la fijará el tribunal arbitral, de conformidad con el artículo 3ro. de la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*.

“En la ausencia de un acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje será terminado, de acuerdo con el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial”.

El artículo IV de la *Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional* (Ginebra, 1961), establece que en el caso de que las partes sometan su litigio a una organización permanente de arbitraje, el procedimiento se desarrollará de acuerdo al reglamento de esta Institución.

En cuanto a la ley aplicable al fondo del litigio, la Convención Europea expresa en su artículo VII, que las partes son libres de determinar la ley que los árbitros deben aplicar al fondo del litigio; si no lo indican, lo árbitros aplicarán la ley determinada por la norma conflictual que consideren adecuada al caso.

La naturaleza jurídica del arbitraje ha sufrido transformaciones para adaptarse a la realidad internacional: del compromiso se ha evolucionado a las cláusulas compromisorias; del arbitraje de equidad, al arbitraje de derecho; del arbitraje ocasional al arbitraje institucional.

Las convenciones posteriores (mencionadas en el curso de este trabajo) reconocen validez, tanto a la cláusula compromisoria como al compromiso.

3. 1 El compromiso y la cláusula compromisoria

El compromiso es la convención entre dos personas que se encuentran en el litigio, mediante la cual acuerdan someterlo a un árbitro y respetar su decisión.

En la práctica no se recurre con frecuencia al compromiso, porque resulta difícil llegar a un acuerdo luego de surgido el diferendo.

Generalmente se inserta en los contratos una cláusula compromisoria o cláusula de arbitraje:

“Todas las desavenencias que deriven del presente contrato serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por uno o varios árbitros nombrados conforme a este Reglamento”.

El uso de la cláusula de arbitraje de la C. C. I. no está limitado únicamente a los miembros del citado organismo. Puede utilizarla cualquier empresa privada o cualquier gobierno o empresa estatal en sus contratos.

La mencionada cláusula puede ser completada con menciones relativas al lugar del arbitraje, número de árbitros, derecho nacional aplicable al contrato y atribución conferida a los árbitros para juzgar como amigables componedores.

La Cámara de Comercio Internacional y la Asociación Americana de Arbitraje han convenido en proponer, en el caso en el cual una de las partes en un contrato tenga su residencia en los Estados Unidos o sea de nacionalidad norteamericana, si no ha señalado desde el comienzo el lugar del arbitraje, la siguiente cláusula:

“Todos los litigios que surjan del presente contrato serán solucionados en forma definitiva mediante arbitraje. Si el arbitraje se celebra fuera de los Estados Unidos, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional será aplicable, salvo que las partes convengan por escrito en adoptar el Reglamento de la Asociación Americana de Arbitraje. Si el arbitraje se celebra en Estados Unidos de América, el Reglamento de la Asociación Americana de Arbitraje será aplicable, salvo el caso en el cual las partes convienen por escrito en adoptar el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional”.

“Todos los litigios que surjan del presente contrato serán solucionados definitivamente por arbitraje.”

La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial recomienda la cláusula siguiente:

“Cualquier litigio, controversia o reclamación provenientes o relacionados con este contrato, así como cualquier caso de incumplimiento, terminación o validez del mismo, deberá ser resuelto por medio de arbitraje de acuerdo con el reglamento de procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial”.

Las partes en contienda tomarán en consideración la conveniencia de incluir lo siguiente:

- a) El número de árbitros será de.....(uno o tres);
- b) El lugar del arbitraje será.....(ciudad o país);
- c) El idioma o idiomas oficiales usados durante el proceso de arbitraje serán...

Con la concesión de validez a la cláusula compromisoria se abrió campo libre al arbitraje. Esto ocurrió en el plano internacional con la adopción del protocolo de Ginebra del 24 de septiembre de 1923. Durante el siglo XIX la institución fue mirada con desconfianza porque el arbitraje permite sustraer los litigios de la competencia de los tribunales del Estado y en algunos casos del derecho (en el caso del arbitraje de equidad); asimismo, la sentencia arbitral escapa del control estatal y todo esto era inconcebible después de la Revolución Francesa. En el protocolo de Ginebra se reconoce tanto la validez de la cláusula compromisoria como del compromiso en materia comercial o en cualquier otra materia susceptible de ser sometida a arbitraje. Un paso más de avance constituyó la *Convención de Ginebra del 26 de septiembre de 1927 sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de uno de los países contratantes*.

3.2. Arbitraje de equidad y arbitraje de derecho

Hoy en día los árbitros son más juristas que en el pasado; son árbitros de derecho, aunque se sigue concediendo a las partes en litigio la posibilidad de exigir a los árbitros que juzgan de acuerdo a la equidad.

El artículo VII de la Convención de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional se refiere a la posibilidad de decidir como amigables componedores. En cambio, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional no contiene ninguna mención al respecto.

De conformidad con el artículo 29 del anteproyecto de ley tipo sobre arbitraje para los países hispano-luso-americanos: “Los árbitros aplicarán la ley designada por las partes si éstas hubieran optado por el arbitraje conforme a derecho...”

Como podemos inferir de esta norma, las partes pueden recurrir tanto al arbitraje de derecho como al de equidad.

Cuando las partes en litigio acuden al arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, pueden conceder a los árbitros para que decidan conforme a la equidad.

En la República Socialista Rumana los árbitros de la Comisión de Arbitraje de Bucarest examinan los casos sólo conforme al derecho. Aplican las reglas del derecho internacional privado rumano, reglas civiles de la legislación competente, conforme al derecho de los conflictos de leyes, disposiciones del Reglamento Rumano de Arbitraje y del Código de Procedimiento Civil Rumano.

3.3. Arbitraje ocasional o *ad-hoc* y arbitraje institucional o permanente

El arbitraje ocasional o *ad-hoc* tiene una larga vida, del derecho interno pasó al derecho internacional. Se origina en un acuerdo de voluntades de las partes, mediante el cual resuelven someter su diferendo a la decisión de uno o más árbitros. Se constituye para un solo caso.

Ha presentado inconvenientes a causa del excesivo voluntarismo. Algunas veces las partes no logran ponerse de acuerdo en la elección del árbitro y nombran un tercero para que lo designe; pero ese tercero puede negarse, como ha ocurrido en algunos casos. Para evitar un eventual rechazo del tercero, se ha adoptado la costumbre de ponerse previamente de acuerdo. En las convenciones internacionales sobre la materia se prevé la figura del tercero designante, por ejemplo, en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, cuyo artículo 2do. dispone:

“El nombramiento de los árbitros se hará en la forma convenida por las partes. Su designación podría delegarse en un tercero, sea esta persona natural o jurídica...”

En el arbitraje ad-hoc primitivo no existía la figura del tercero designante.

Debemos destacar que hoy día las partes en un contrato, en lugar de someter sus posibles divergencias a la decisión de árbitros elegidos en base a la confianza que les inspiran, acuden a los centros de arbitraje, creados en el seno de organizaciones industriales y comerciales (Cámara de Comercio, Asociaciones Nacionales, grupos económicos, sindicatos, etc.).

En una época en la cual los intercambios comerciales tienden a ser más internacionales, los contratos se celebran entre personas físicas y morales que no se conocen personalmente y mantienen relaciones por correspondencia; en esta era de producción en masa, de técnicas avanzadas y de proliferación legislativa, lógicamente se comprende que el arbitraje institucional haya tomado el lugar que ocupaba el arbitraje ad-hoc u ocasional.

Las convenciones internacionales reconocen tanto el arbitraje ocasional como el institucional. En efecto, el parágrafo No. 2 del artículo I de la Convención de Nueva York, establece:

“La expresión ‘sentencia arbitral’, no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las Partes se hayan sometido.”

Los centros o cortes de arbitraje son numerosos. Unos son nacionales y otros internacionales. Existen centros, como la Asociación Americana de Arbitraje, fundada en 1926, con sede en Nueva York, la cual organiza arbitrajes, tanto de derecho interno como de derecho internacional, regidos por un reglamento. En el derecho interno la Asociación Americana de Arbitraje es una vía de solución de conflictos menos costosa, y tan eficiente y neutral como cualquier tribunal judicial; es una institución privada que cumple un servicio público. A ella se someten disputas de todo tipo, las cuales son resueltas por conciliación o arbitraje; puede tratarse de divergencias que se originen en contrato de construcción, industria, seguros, asistencia médica, contratos

laborales, reclamos de consumidores, conflictos matrimoniales, reclamos de tierras de nacionales americanos. La Asociación Americana de Arbitraje realiza además una labor de prevención de litigios, presta asistencia técnica y educativa a la comunidad y a las instituciones gubernamentales, organiza conferencias, seminarios, etc.; el Instituto de Investigaciones de la A. A. A. estudia el procedimiento más adecuado para la solución de los diferentes conflictos, tanto de derecho interno como los originados de la actividad mercantil internacional; la A. A. A. cuenta con un panel compuesto por 40,000 árbitros.

En el plano internacional, una de las más conocidas es la Corte de Arbitraje, adscrita a la Cámara de Comercio Internacional de París. Es la única organización que representa el medio de los negocios a nivel mundial, ante ella puede someterse cualquier clase de litigio.

No juzga. Su misión consiste en vigilar la aplicación de su reglamento; pone en marcha el procedimiento, controla su desarrollo, etc. (esto ocurre en todos los centros de arbitraje).

Otro centro de arbitraje y conciliación, importante en las relaciones comerciales americanas, es la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, con sede en Washington. Fue establecida originalmente en 1934, como resultado de la Resolución XL de la Séptima Conferencia Internacional de los Estados Americanos (Montevideo, Uruguay, 1933). La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial, de acuerdo con el artículo 3ro., administra los arbitrajes celebrados en aplicación de la Convención (a menos que las partes hayan acordado otra cosa). El Reglamento Oficial de la C. I. A. C., entró en vigencia el 1ro. de enero de 1978; contiene las disposiciones sustantivas del Reglamento de Arbitraje de U. N. CITRAL (elaborado por la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional y recomendado por la Asamblea General del 15 de diciembre de 1976), el cual ha sido adaptado a las necesidades de la comisión.

Además de los centros de arbitraje mencionados, existen otros de interés para el desarrollo Comercial Internacional, tales como la Canadian American Claude and Service, la Australian Emerican Claude and Service, etc.

Los centros de arbitraje proponen cláusulas compromisorias análogas y sus reglamentos de procedimiento son también

parecidos. Ofrecen también sus procedimientos de conciliación y arbitraje a las partes en litigio que acepten sus competencias, aunque no exista cláusula compromisoria al respecto.

La cláusula compromisoria es obligatoria, siempre que sea válida. Si una de las partes en un contrato introduce una demanda de arbitraje y la otra parte no la contesta o no la acepta no tiene lugar el arbitraje si no existía la cláusula compromisoria; pero en el caso contrario, continúa el procedimiento.

La parte que decida recurrir al arbitraje institucional debe notificar a la otra parte. El procedimiento arbitral se considera iniciado cuando la otra parte recibe la notificación; luego debe enviarle el escrito de demanda (si no lo anexó a la notificación) y a cada uno de los árbitros; además, una copia del contrato y otra del acuerdo de arbitraje (si no está contenido en el contrato). La demandante deberá presentar en cualquiera de las oficinas del centro de arbitraje dos copias de la notificación y del contrato (o de las secciones que se refieran al litigio, incluyendo la cláusula arbitral).

Tan pronto como una parte inicie el procedimiento, el centro de arbitraje ofrecerá sus servicios administrativos y cobrará una cuota administrativa de acuerdo al monto de la demanda, en el momento de ser presentada.

Dentro de un plazo que determinará el tribunal arbitral, el demandado deberá comunicar por escrito su contestación al demandante y a cada uno de los árbitros.

Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas.

En el curso del proceso, el tribunal arbitral puede dictar medidas provisionales de protección, respecto del objeto del litigio, y además nombrar peritos, etc.

El laudo será definitivo, obligatorio e impecable para las partes; podrá publicarse si éstas lo deciden. Cualquiera de las partes puede pedir una interpretación, una rectificación del laudo (error de copia, tipográfico, etc.), o un laudo adicional sobre reclamaciones formuladas en el procedimiento y omitidas en el laudo. En el laudo se fijarán las costas del arbitraje.

4. Ley aplicable a la convención arbitral

Las necesidades de un comercio internacional más intenso y complejo han determinado que a nivel doctrinal y jurisprudencial se haya operado una evolución favorable de la teoría que admite el derecho de las partes a elegir la ley aplicable a la convención arbitral. Las divergencias se plantean actualmente en relación a la extensión del principio de la autonomía de la voluntad. Este sistema permite que el arbitraje se rija por otras reglas distintas de las que rigen en el lugar del tribunal, es decir, descarta la calificación procesal que daría por resultado la aplicación de la *lex fori* a la convención arbitral.

Este sistema ha sido reconocido por la Convención de Nueva York (artículo V, parágrafo I, letra a); por la de Ginebra de 1961, (artículo VI, parágrafo I, letra a; artículo IX, parágrafo I, letra a); por la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (artículo V, parágrafo I, letra a); etc.

Cuando se trata de un contrato concluido entre particulares, no existe ninguna duda acerca de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad para determinar la ley aplicable a la convención arbitral. El problema se plantea cuando se trata de contratos celebrados entre Estados y particulares, debido a la naturaleza jurídica mixta de esa relación: una de las partes es un sujeto del derecho público internacional, y la otra, un sujeto de derecho privado; tal es el caso de los contratos de concesiones petroleras o mineras, o de los contratos de asistencia técnica.

Algunos autores consideran que la materia debe ser integrada en el campo del Derecho Internacional Público o, al menos, del Derecho Público Internacional. Igual opinión fue emitida en la sentencia arbitral pronunciada en Ginebra el 23 de agosto de 1958, en relación al litigio entre Arabia Saudita y la sociedad norteamericana Aranco.

Para apoyar esta solución se invoca en general el principio de la igualdad jurídica de los Estados, con sus dos consecuencias: la ineptitud de una ley interna para regir el arbitraje que concierne a un Estado, y la obligación de respetar la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado.

Nuestra opinión difiere de la transcrita porque si el Estado, cuando realiza actividades mercantiles, se somete a su ordenamiento interno, no vemos inconveniente en que acepte

someterse a una ley extranjera cuando realiza actos de comercio internacional. En este caso, el Estado actúa como comerciante, como sujeto de Derecho Comercial Internacional.

Consideramos, entonces, que el Estado y su co-contratante pueden elegir la ley aplicable a su convención arbitral. Cuando el Estado celebra una convención arbitral renuncia implícitamente a la inmunidad de jurisdicción; de lo contrario, nadie aceptaría contratar con un Estado.

La otra parte se encuentra en pie de igualdad con el Estado contratante, pues, establecen de común acuerdo a la ley aplicable a la convención arbitral.

Con la finalidad de mantener el equilibrio entre las partes debe elegirse la ley de un Estado que no tenga ninguna relación con el diferendo.

Si las partes no determinan la ley aplicable a la convención arbitral, ésta puede ser sometida a la ley designada expresamente por las partes para regir el contrato principal, en virtud de la relación inherente entre lo principal y lo accesorio. La identificación de la *lex contractus* según este método tiene en cuenta en último análisis la voluntad presunta de las partes. La ley del lugar del órgano arbitral podría ser aplicada subsidiariamente (salvo estipulación contraria de las partes) para regir el compromiso y la cláusula compromisoria.

Debemos señalar que el Estado ejerce siempre cierto control sobre la institución arbitral. Así, por ejemplo, las partes no pueden sustraerse del procedimiento que rige en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

5. Situación jurídica del arbitraje Comercial Internacional en la República Dominicana

En la práctica del comercio internacional, los nacionales y el Estado dominicano celebran contratos internacionales que regulan el Arbitraje Comercial Internacional y, por lo tanto, sus normas no forman parte aún del ordenamiento jurídico interno. Hasta el año 1978 sólo podía iniciarse el procedimiento arbitral en el país mediante un compromiso. La ley 845 añadió un párrafo al artículo 1003 del Código de Procedimiento Civil y a partir de entonces se le

concedió validez a la cláusula arbitral. Debió realizarse entonces una revisión más profunda de las disposiciones sobre arbitraje porque, como sabemos, ellas tienen su origen en el Código de Procedimiento Civil francés de 1806, poco inclinado hacia el arbitraje. Es de observar que Francia ha adaptado su legislación a la evolución, ha ratificado los tratados internacionales que la rigen y en su territorio tiene su sede no sólo la Cámara de Comercio Internacional, sino muchos centros de arbitraje nacionales, como la Cámara del Departamento de Alger, la Cámara Arbitral de Lille y de la región del norte, la Cámara Arbitral de París, etc.

El artículo 1003 del Código de Procedimiento Civil Dominicano está redactado en los siguientes términos: “Toda persona puede establecer compromisos sobre los derechos de que puede disponer libremente”.

Cuando surjan dificultades, si no interviene un acuerdo para la designación de árbitros, la parte más diligente intimará a las otras partes por acto de alguacil, para que designen los árbitros en un plazo de ocho días francos. Esta intimación contendrá el nombre y el domicilio del árbitro escogido por el demandante. Si en el plazo impartido los demandados no hacen conocer el nombre de los árbitros escogidos por ellos, el presidente del tribunal de comercio competente, en virtud del artículo 420 del Código del Procedimiento Civil, procederá sobre instancia del demandante a su designación. La ordenanza no será susceptible de ningún recurso. Copia de la instancia y de la ordenanza será notificada en el plazo de ocho días francos, a los demandados así como a los árbitros, con requerimiento de proceder al arbitraje”.

Como podemos observar, el presidente del tribunal de comercio vendría a ser el “tercero designante”, al cual nos referimos cuando estudiamos el arbitraje ad-hoc, pero en este caso no es nombrado por las partes, sino impuesto por la ley. El presidente no interviene si las partes han designado sus árbitros.

El Código de Procedimiento Civil no se refiere al arbitraje institucional; sin embargo, no vemos ningún obstáculo en que la sentencia sea dictada por un centro de arbitraje. De acuerdo con el artículo 1009 del código citado: “Las partes y los árbitros observarán en el procedimiento los plazos y las formalidades establecidas y deben seguirse por ante los tribunales, a menos que la partes hayan convenido lo contrario”.

Como podemos constatar, las partes podrían someterse al reglamento de procedimientos de una institución que les garantice una pronta solución a su litigio.

Debemos destacar que el retardo por parte de los Estados en incorporar en sus derechos internos las normas sobre arbitraje comercial internacional crea un problema de inseguridad jurídica insoportable para el comercio internacional. Ilustremos nuestra afirmación con un ejemplo:

Se celebra un contrato de compra-venta, mediante el cual República Dominicana se compromete a suministrar x cantidad de azúcar a Venezuela. Una de las cláusulas del contrato es la siguiente:

“Para todos los efectos derivados del presente contrato, las partes aquí firmantes fijarán oportunamente una Comisión de Arbitraje de acuerdo a las leyes de ambos países y los convenios internacionales que los obliguen”.

Imaginemos que surja un conflicto entre las partes y que se reúna la Comisión Arbitral. Lo primero en determinar sería la validez de la cláusula arbitral, para lo cual había que conocer las leyes de ambos países y los tratados internacionales sobre la materia de los cuales sean parte. Al examinar la ley venezolana se constataría que la convención arbitral es nula. En efecto, el artículo 127 de la constitución venezolana, dispone:

“En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviera expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos, y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”.

En el ejemplo, si República Dominicana rehúsa someterse a los tribunales judiciales venezolanos, no podrá resolverse la controversia.

Si en lugar de contratar con Venezuela, República Dominicana o un nacional dominicano contrata con la República de Chile

y se escoge como ley aplicable la ley mexicana, la situación es diferente. México y Chile ratificaron la *Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras* y la *Convención interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*; por lo tanto, la convención arbitral sería válida y no se presentaría problema si la sentencia arbitral debiera ejecutarse en Chile. Si debe ejecutarse en República Dominicana no habría problema en este caso concreto, porque tanto Chile como República Dominicana son partes del convenio mediante el cual es el Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamente), aprobado por la Sexta Conferencia Internacional Americana, reunida en la Habana, Cuba, en febrero de 1928.

De acuerdo con el artículo 432 del Código de Bustamente:

“El procedimiento y los efectos regulados en los artículos anteriores se aplicarán en los Estados contratantes a las sentencias dictadas en cualquiera de ellos por árbitros o amigables componedores, siempre que el asunto que las motiva pueda ser objeto de compromiso, conforme a la legislación del país en el que se solicite”.

Debemos señalar que no es ésta la disposición aplicable ideal porque obliga sólo a los estados del continente americano que ratificaron el código y no reservaron dicha disposición.

República Dominicana depositó los instrumentos de ratificación del Código de Bustamente el 12 de marzo de 1929.

De acuerdo con el artículo 3ro. de la Constitución dominicana, aparte único: “La República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado...”

Hemos examinado detenidamente la Constitución dominicana, y no encontramos ningún obstáculo al arbitraje comercial internacional.

Nos corresponde indagar, además, si de acuerdo con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil Dominicano puede ser reconocida y ejecutada en el país una sentencia arbitral extranjera. Esta materia está regulada por el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone:

“Las sentencias dadas por los tribunales extranjeros y los actos celebrados ante funcionarios de otra nación no serán susceptibles de ejecución en la República Dominicana sino de la manera y en los casos previstos por los artículos 2123 y 2128 del Código Civil que regula la hipoteca judicial.”

En su último aparte prevé:

“No puede tampoco resultar la hipoteca de los fallos que se hayan dado en país extranjero, sino cuando se declaren ejecutivos por un tribunal de la República Dominicana, sin perjuicio de las disposiciones contrarias que puedan contenerse en las leyes políticas o en los tratados”.

El artículo 2128 del Código Civil regula las hipotecas convencionales, del modo siguiente:

“Los contratos hechos en país extranjero no pueden producir hipotecas sobre bienes que radiquen en la República Dominicana si no hay disposiciones contrarias a este principio en las leyes políticas o en los tratados”.

Como podemos observar, el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil se refiere a “sentencias dadas por los tribunales extranjeros” y el artículo 2123 del Código Civil a “fallos que se hayan dado en país extranjero”. Ello nos indica que tanto las sentencias judiciales como arbitrales son susceptibles de ejecución siempre que se declaren ejecutivas por un tribunal de la República.

En apoyo de nuestra opinión podemos citar el artículo 1024 del Código de Procedimiento Civil (el arbitraje del derecho interno está regulado por los artículos 1003 a 1027 del citado código), el cual dispone: “Las reglas que se han establecido para la ejecución de las sentencias de los tribunales serán aplicables a las sentencias arbitrales”.

Los artículos 2123 y 2128 del Código Civil pueden ser derogados por tratados internacionales. Ello nos revela que estos últimos tienen rango legal y, por lo tanto, se aplica el principio de que una ley nueva deroga una ley vieja.

6. Conclusiones y recomendaciones

Como resultado de nuestra investigación llegamos a las siguientes conclusiones:

1.- Existe un Derecho Comercial Internacional, en estructuración.

2.- El Arbitraje Comercial Internacional ha surgido en el marco de este derecho como la única vía jurisdiccional de prevención y solución de conflictos.

3.- El Arbitraje Comercial Internacional se rige por normas distintas de las que regulan el arbitraje de derecho interno. El Arbitraje Comercial Internacional se rige por tratados internacionales.

4.- El Arbitraje Comercial Internacional se interesa por conocer una legislación interna sobre arbitraje, cuando ésta es elegida como ley aplicable a la convención arbitral.

Tomando en consideración estas conclusiones, nos atrevemos a formular las siguientes recomendaciones:

1) Es necesario que todos los Estados que componen la comunidad internacional, incorporen en sus legislaciones internas las normas sobre Arbitraje Comercial Internacional y sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. De esta manera protegen su economía y contribuyen al desarrollo del comercio internacional.

2) Es conveniente que se escoja una sola ley aplicable a la convención arbitral, de otra manera se presentaría un conflicto de leyes. Es necesario determinar previamente si la ley concede validez a la cláusula compromisoria (no hay dudas cuando el Estado donde rige esa ley es parte de los convenios internacionales que regulen el Arbitraje Comercial Internacional).

El cheque de pago diferido*

Julio Genaro Campillo Pérez**

* Coloquios Jurídicos, Julio-Diciembre del 1987, año 2, no. 3, páginas 87-95.

** JULIO GENARO CAMPILLO PÉREZ. Egresado de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD) en el año 1943, graduado de la Escuela Diplomática y Consular, 1941. Ex profesor de la Universidad Católica Madre y Maestra (UCMM). Desempeñó varias funciones en la administración pública, entre las que contamos ex-Secretario de Industria y Comercio, ex-Director de la Comisión Técnica Forestal. Ha publicado varios libros entre los que se encuentran: *Historia Electoral Dominicana (El Grillo y el Ruiseñor)*; *La constitucionalidad en Santo Domingo, 1842-1844*; *Origen y evolución de la Junta Electoral*.

El cheque de pago diferido

En las dos ocasiones que he tenido la suerte de visitar el cono sur de nuestro hemisferio americano me he encontrado con algunos aspectos relacionados con nuestra profesión de abogado que me han llamado poderosamente la atención. Entre ellos figura la actividad de martillero público, un equivalente al vendutero público establecido en el capítulo XVII de nuestra Ley de Organización Judicial, artículos del 113 al 127, inclusive.

Tanto en Argentina como en Chile y Uruguay, el martillero público es una actividad muy rentable ejercida por personas de reconocido prestigio social y económico. Basta examinar los diarios de las capitales de esos países para advertir las cantidades de remates o subastas que se efectúan cotidianamente, muchas de ellas de carácter voluntario, es decir por disposición espontánea de unos esposos que desean separarse o de unos herederos en proceso de partición. También otras son de carácter judicial, como resultan ser las subastas dispuestas para ejecutar una sentencia, las cuales en sus dispositivos designan un martillero público encargado de proceder a las subastas de todo tipo de bienes, sean estos muebles, semovientes o inmuebles, martillero que deberá rendir cuentas al tribunal que le nombró de todas las operaciones que ha realizado en cumplimiento del mandato judicial que se le ha conferido.*

En contraste con tanta actividad entre nuestros hermanos del sur, aquí una gran parte de las subastas se realizan en los propios tribunales, especialmente las de bienes inmuebles, otras en las oficinas de los notarios públicos, algunas por parte de los mismos venduteros públicos, sobre todo las que se refieren a efectos confiscados por las aduanas y, finalmente las que se llevan a cabo por los alguaciles en funciones de venduteros públicos en embargos ejecutivos de muebles.

* Véase como ejemplo Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Viendo las cosas como funcionan en aquellos ambientes, a ratos me entusiasmo pensando en si podríamos promover esas actividades aquí en Santo Domingo con fines de procurar medios de vida y fuentes de trabajo a numerosos colegas, ya que para ello la ley debería exigir la condición de abogado para desempeñar tales funciones. Y ojalá que muchos colegas llegaran a alcanzar posiciones de elevado bienestar, como el caso del compañero rotario Armando G. Morolda, Buenos Aires, que ha convertido su oficina de martillero público en un gran mercado de bienes raíces donde continuamente se efectúan remates judiciales o particulares de extensas lotificaciones.

Otro asunto que me llamó la atención en la legislación de esos países es el concerniente a la inversión extranjera. En dichos países, la ley autoriza la inversión extranjera en todas las áreas vinculadas al desarrollo económico y social, siempre que sea compatible con el interés nacional (artículo 3 de la ley número 14.179 de la República de Uruguay).

Por supuesto, hay áreas en las que para evitar un exceso de duplicidad o porque pertenecen a la seguridad nacional, están sujetas a una autorización previa del Poder Ejecutivo, es decir, del Presidente de la República, como son las áreas relativas a la electricidad, hidrocarburos, petroquímica básica, energía frigorífica, intermediación financiera, ferrocarriles, telecomunicaciones, radio, prensa, televisión y las asignadas por la ley a las empresas estatales. Sin embargo, el propio Ministerio de Economía y Finanzas tiene facultad para conceder permisos a las inversiones que se realicen en áreas ya declaradas de interés nacional, como las inversiones que no superen los cien mil dólares americanos o que sean complementarias en el contrato de radicación (ley número 14.179 del mismo Uruguay).

Como se ve, en esa legislación uruguaya existe mucho más flexibilidad para la inversión extranjera que en la legislación vigente actualmente en nuestro país, ya que de acuerdo con el artículo 23 de nuestra ley número 861 sobre inversión extranjera el directorio encargado de la aplicación de esta ley no puede autorizar inversiones foráneas en muchos renglones, prohibidos de antemano por la misma ley, aparte de que se consagran actividades de exclusivo dominio de las empresas nacionales, y algunas de manera específica para ser acometidas tanto por capital criollo como por capital mixto, pero jamás por un capital extranjero sin participación nativa.

Me parece que en la situación dominicana presente, en la cual la balanza de pagos se encuentra en condiciones muy críticas, debería modificarse dicha ley número 861 para ofrecer mayor flexibilidad en el tratamiento de la inversión extranjera, de manera que no hubiera limitaciones demasiado rígidas como las que hoy en día nos gobiernan, sino que se dejaran tales limitaciones al buen criterio del Poder Ejecutivo, tal como acontece en los países del cono sur. Estoy seguro de que, confiado al interés patriótico de cada gobernante nuestro, podría funcionar con acierto y honestidad, materia tan delicada pero primordial.

Finalmente, entre los muchos aspectos jurídicos-comerciales que me impresionaron en el Cono Sur, tenemos lo que se denomina allí *cheque de pago diferido*. Contraria a nuestra ley número 2859 sobre cheques, que comienza exponiendo las diversas enunciaciones que deben contener los cheques, en las leyes del cono sur se define claramente lo que es el cheque. Así en la legislatura uruguaya, que es donde hasta la fecha existe la especie del *cheque de pago diferido*, el artículo 2 de la ley número 14.412 nos dice primero que hay dos clases de cheques: a) cheques comunes, y b) cheques de pago diferido. Los primeros, o sea los cheques comunes, son definidos como “una orden de pago, pura y simple, que se libra contra un banco en el cual el librador debe tener fondos suficientes depositados a su orden en cuenta corriente bancaria o autorización expresa o tácita para girar en descubierto”. Dentro de este cheque común se encuentran algunas modalidades como son el cheque garantizado o certificado, el cheque de viajeros y el cheque cruzado.

La segunda especie de cheque es el cheque de pago diferido que la ley define “como una orden de pago que se libra contra un banco en el cual el librador, a la fecha de la presentación estipulada en el propio documento, debe tener fondos suficientes depositados a su orden en cuenta corriente bancaria o autorización expresa o tácita para girar en descubierto”.

Tales definiciones recuerdan la ley del 14 de junio de 1865 que introdujo el cheque en el derecho francés y la cual precisaba que dicho instrumento era “un documento que bajo la forma de un mandato de pago sirve al girador para efectuar el retiro, en provecho suyo o de un tercero, de todo o parte de los fondos acreditados a su cuenta en manos del girado y que se encuentren disponibles.” Esta definición fue eliminada en el decreto-ley del 30 de octubre de 1935 que refundió en una sola ley todo lo referente

al cheque, y sobre este último patrón fue que se elaboró nuestra ley de cheques del 30 de abril del 1951.

Pero, volviendo al cheque de pago diferido, debo decirles que de acuerdo con el artículo 70 de la ley del Uruguay de cheques, el cheque diferido debe contener las siguientes enunciaciones:

1ro. La denominación de *cheque de pago diferido* claramente insertada en el texto del documento.

2do. El número de orden impreso en el documento, tanto en el talón como en el control.

3ro. La indicación del lugar y de la fecha de su creación.

4to. La fecha desde la cual podrá ser presentado al cobro que seguirá a la expresión impresa: “Páguese desde el (día)...”

5to. El nombre y el domicilio del banco contra el cual se libra el cheque diferido.

6to. La expresión de si es a favor de persona determinada o al portador.

7mo. La suma determinada de dinero, expresada en números y letras, que se ordena pagar (por el numeral 4to., del presente artículo).

8vo. La firma del librador.

A continuación el artículo 71 nos dice que a partir de la fecha en que debe ser presentado, éste se convierte en un cheque común, sujeto a todas las disposiciones que regulan al cheque común, tanto con respecto a las normas de tipo bancario como con respecto a los procedimientos judiciales, incluyendo las sanciones penales que para ello consagra el artículo 72. El cheque de pago diferido no puede ser presentado al cobro más que en la fecha indicada por él para su vencimiento y el banco girado debe negarse a pagarlo si se presenta antes de esa fecha. Por supuesto que entre la fecha de la expiración del cheque y la fecha de su presentación no podrá mediar un plazo mayor de ciento ochenta días (seis meses más o menos), de acuerdo con lo expresado por el artículo 73. Ahora, si el librador del cheque fallece dentro de este plazo o es declarado incapaz, entonces el cheque pasará a registrarse por las disposiciones legales aplicables a los vales, billetes o pagarés.

Los bancos pueden entregar a los clientes interesados libretas de cheques de pago diferido que sean claramente diferenciables de las libretas de los cheques comunes. Pero cualquier cliente puede tener en una misma cuenta corriente cheques de ambas clases, comunes y de pago diferido.

Esta especie de cheque de pago diferido ha sido auspiciada y promovida en el Uruguay por la Liga de Defensa Comercial, una respetable institución del sector privado fundada en 1915, que agrupa en su seno a una gran mayoría de los empresarios comerciales e industriales de ese país. En efecto, dicha institución estaba muy consciente del verdadero papel del cheque, es decir, el de servir de instrumento de pago y hasta en cierta medida, como dicen ellos “un representativo del dinero efectivo que se encuentra depositado en una cuenta corriente bancaria, la cual, mediante él, recibe una orden de pago, sin condiciones ni plazos”. En tales circunstancias era imposible concebir otra fecha para el pago del cheque que no fuera la fecha de su libramiento.

Pero la práctica demostró que las cosas no caminaban tan al pie de la letra. Los pagos empezaron a demorarse, y a ser transferidos para fechas posteriores, dentro del plazo de presentación, 15 días para los cheques girados en el mismo lugar, 30 días para los cheques girados de un punto a otro de la república y 60 días para los cheques librados en el extranjero y pagaderos en Uruguay. En esto, los uruguayos tienen plazos más abreviados que los existentes en nuestro país, pues aquí el plazo de presentación es de 2 meses para los cheques emitidos y pagaderos en el país, y de 4 meses para los cheques emitidos en el extranjero y pagaderos en territorio nacional.

Con el correr del tiempo, empezaron a funcionar los cheques post-datados, o sea, nuestros cheques futuristas, que vinieron a desnaturalizar la esencia misma del cheque. Entre las causas que dieron origen a esta nueva faceta del cheque, nos cuentan los uruguayos que ellos pudieron anotar las siguientes:

A) Cheques como garantías. Aprovechando las sanciones penales previstas para los cheques sin provisión de fondos, dichas sanciones despertaron el interés de los prestamistas usuarios, quienes comenzaron a garantizar sus operaciones mediante estos cheques post-datados o futuristas, verdadera modalidad espúrea del cheque. El prestatario, temeroso de sufrir prisión y otros vejámenes, entonces trataba de pagar con más facilidad y prontitud la deuda contraída con dichos prestamistas usuarios.

B) Cheque como instrumento de crédito. El comercio uruguayo consideró que el cheque podría servir de instrumento de crédito con mejor suerte que los pagarés, vales y letras de cambio, lo cual dio motivo a que llovieran los cheques, que por un lado documentaban el negocio intervenido entre vendedores y compradores, mientras que por el otro consignaban como fecha del libramiento la que correspondía a los plazos pactados entre ambas partes.

C) Represión del cheque futurista. Ante la abundancia de cheques post-datados o futuristas los uruguayos comenzaron a legislar primero restringiendo la emisión de los mismos y luego pasaron a la represión sobre el mismo cheque, castigando severamente las personas que intervenían en la confección del cheque, sabedoras de la ausencia de provisión de fondos. Como ustedes saben, el acápite “b” del artículo 66 de la ley de cheques dominicana castiga con las penas de la estafa “el aceptar, a sabiendas, un cheque emitido de mala fe y sin provisión previa y disponible de fondos”. Los uruguayos hicieron algo similar a esto pero se encontraron que el cheque futurista o postdatado favorecía en alguna forma al deudor de mala fe, pues el acreedor se guardaba muy bien de formular una querrela penal, temeroso de “escupir para arriba” y ser pasible de las sanciones penales establecidas por su participación en el delito.

Es entonces cuando interviene el sector privado uruguayo a través de la Liga de Defensa Comercial (LIDECO) y propone la sanción legal del cheque de pago diferido, la cual, después de obtenida, propicia una campaña favorable al uso y conocimiento de dicho cheque, lo cual ocurre a partir de 1975.

De acuerdo con la experiencia obtenida por la Liga, el cheque de pago diferido tiene las siguientes ventajas:

a) Se trata de un documento legal y ambifuncional, cuya legalidad sustituye con creces la situación peligrosa que creaba el cheque futurista, tanto para el girador como para el tenedor. En esa virtud, desde su expedición es, a la vez, un instrumento de crédito y un instrumento hábil para efectuar pagos.

b) El manejo de dicho cheque reduce los costos operativos de las empresas, pues con un solo documento se tiene al mismo tiempo un documento de crédito y un documento de pago, de manera que el empleado encargado de la entrega de la mercancía también recibe en el mismo momento el cheque que cubre su valor.

c) La sinceridad que encierra dicho cheque y las sanciones penales y administrativas que existen en caso de no cumplimiento, facilitan el cobro del mismo, al extremo que el deudor es la parte que se preocupa en forma constante porque al vencimiento del cheque exista la provisión de fondos suficientes y disponibles. En vez de una operación inmoral como el cheque futurista, el cheque de pago diferido es una operación sincera y por ende cubierta de una buena ética comercial.

Del otro lado, los críticos del cheque de pago diferido lo acusan:

a) De tener efectos inflacionarios que aumentan la circulación del dinero en forma escritural y sin ningún respaldo.

b) De ser un documento no redescontable por la renuencia que provoca en los bancos comerciales su redescuento.

c) De ser un documento que prostituye las virtudes naturales del cheque, que debe ser siempre un instrumento de pago.

d) De convertir las autoridades judiciales en vulgares agentes de cobros del sector empresarial.

No obstante todas estas objeciones, en una encuesta auspiciada por LIDECO solamente el 49.51% de los cheques comunes futuristas fueron pagados puntualmente, es decir, en la fecha pactada. En cambio, de 100,000 cheques de pago diferido, apenas 31 llegaron a los tribunales en solicitud de sanciones penales. 97.72% de los cheques de pago diferido fueron pagados normalmente y apenas un 2.27%, rehusados. Sin embargo, de este 2.27% el 98.61% fueron solventados por los librados y apenas el 0.31% ingresó a la "patología" de la Liga, es decir que fueron sometidos a la acción de la justicia.

Finalmente, LIDECO se ufana de que durante el año 1980, última estadística que tengo a la mano, de unos 12, 000,000 de cheques de pago diferido solamente fueron objeto de acción judicial el 0.90% de esa suma millonaria.

Las cuentas de cheques llamadas comúnmente cuentas corrientes*

Silvia A. de Ortega**

* Coloquios Jurídicos, Enero-Junio del 1988, año 3, no. 4, páginas 29-40.

** SILVIA ALBURQUERQUE DE ORTEGA. Licenciada en Derecho graduada de la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña. Es notario público del Distrito Nacional, República Dominicana. Es miembro del Colegio de Abogados de la República Dominicana, de la Asociación Nacional de Abogados, Inc., y de la Asociación Nacional de Mujeres Ejecutivas y Profesionales, Inc., de la República Dominicana.

Las cuentas de cheques llamadas comúnmente cuentas corrientes

I. Definición

La expresión “cuenta corriente” nos conduce a aclarar cierta confusión que surge de utilizar este término tanto para representar una realidad contable, como para indicar una relación jurídica conocida con idéntico nombre en los contratos comerciales y calificada de bancaria en otros casos.

Según el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, el término “cuenta corriente” se define como:

“Cada una de las que , para ir asentando las partidas de debe y haber, se llevan a las personas o entidades a cuyo nombre están abiertas y permiten al titular de la cuenta retirar a la vista o a plazos, los saldos a su favor.”

Según Manuel Ubaldo Gómez hijo, en su obra de Derecho Comercial, existe cuenta corriente; citamos: “...cuando éstas realizan operaciones diversas cuyos cargos y abonos se liquidan al vencimiento de determinado término”.

II. Noción contable

Entre las obligaciones generales que tienen los comerciantes se encuentra la de llevar libros de comercio y registros contables, de acuerdo con lo establecido por la ley. La necesidad de llevar debida y formalmente una contabilidad busca reflejar en forma fiel y técnica el estado real de sus negocios y operaciones mercantiles y poder precisar las relaciones pecuniarias con los terceros que con ellos contratan. En cuanto exista una relación con un cliente y ésta afecte una cuenta con abonos y cargos, puede decirse, en lenguaje contable que existe una “cuenta corriente”; esto es, el movimiento de débitos y créditos establece un saldo permanente a favor o en contra del comerciante.

III. Naturaleza jurídica de la cuenta corriente

En cuanto a la naturaleza jurídica de la “cuenta corriente”, tenemos que es un contrato sinalagmático, consensual, a título oneroso y de ejecución sucesiva. Su carácter civil, comercial o mixto, lo determina la naturaleza de las operaciones que en el curso de su ejecución realizan las partes, aunque sus efectos son los mismos, no importa el carácter o al uso a que se las destine. Así tenemos que el repertorio de Derecho Comercial, Dalloz Enciclopedia Jurídica, nos dice acerca del elemento internacional del contrato de cuenta corriente lo siguiente:

“La descripción sumaria que precede en cuanto al mecanismo de la cuenta corriente permite sacar una primera conclusión en cuanto es un contrato. Se ha sostenido antiguamente, en verdad, que la cuenta corriente no era sino el cuadro de la situación de dos personas que están en relación de negocios, un cuadro de contabilidad...”

IV. Cuenta corriente mercantil

Calificamos como mercantil el contrato típico del Derecho Comercial, para distinguirlo de la cuenta corriente como noción contable y, además, de la cuenta corriente bancaria como contrato. La “cuenta corriente mercantil” va un poco más allá de la realidad contable que se produce cuando dos personas mantienen relaciones de negocios más o menos permanentes o durante un tiempo relativamente largo. Consagra la realidad de la relación permanente, pero acompañándola de un elemento de certeza, aplazando la exigibilidad de las obligaciones recíprocas y precisando una fecha de corte, en la cual se deduce, de manera inequívoca, la existencia de un saldo a cargo de una de las partes. Esto es, que en virtud de la celebración del contrato de cuenta corriente, los cargos y abonos derivados de las remesas recíprocas de las partes pierden su individualidad y la exigibilidad que les es propia, para confundirse dentro de una masa contable cuyo resultado obligacional sólo se conocerá al vencimiento de la cuenta o al corte de la misma previsto en el contrato. Esta tesis es sostenida por Lacour y Bouteron, según afirma Manuel Ubaldo Gómez hijo, en su obra *Derecho Comercial*, p. 568, No. 798.

De la cuenta corriente mercantil se predica que es única, en el sentido que aglutina las obligaciones mutuas que surgen entre

las partes como consecuencia de sus remesas, e indivisibles en cuanto no es posible exigir ninguna de esas obligaciones en forma separada. Esta tesis es compartida por el Profesor Langle, citado por Avilés Cucurella, según afirma Manuel Ubaldo Gómez hijo en su obra de *Derecho Comercial*, página 569.

Como consecuencia de esto, por ejemplo, no le es permitido al acreedor de una de las partes embargar la suma que aparezca en el registro contable a favor de ella durante el curso de la cuenta, sino que debe esperar la fecha de corte, para determinar la existencia real de un crédito a favor de su deudor.

En ese sentido, tenemos que nuestra Suprema Corte de Jurisprudencia, de fecha 14 de febrero de 1934 (Boletín Judicial No. 283, página 8) dice lo siguiente:

“Que la apertura del crédito no constituye, por sí sola, el contrato de cuenta corriente, para la formación del cual, según lo admiten la doctrina y la jurisprudencia del país de origen de nuestra legislación, en ausencia de un texto legal que lo organice y lo regule, es indispensable, de un modo general, el acuerdo mutuo de los contratos y que exista entre ellos una relación de crédito que sucesivamente los convierten en acreedores y deudores respectivos, que la alegación del recurrente sobre este aspecto del litigio carece de fundamento en derecho, en razón de que él no ha demostrado el consentimiento del Banco para la formación de la cuenta corriente que alega ni ha injustificado las remesas de créditos que hayan hecho figurar a dicho Banco al recurrente sucesivamente como acreedores y deudores respectivos.”

La Superintendencia de Bancos emitió su Resolución No. 186, de fecha 30 de abril de 1986, con efectividad al 31 de diciembre de 1986, estableciendo en su artículo 3ro. que el Instructivo de Catálogo de Cuentas, modificado en el artículo 1ro., ser la obligatoriedad para el registro de las operaciones, de conformidad con las descripciones y las definiciones de las partidas que se indican en el mismo. Clasifica bajo la cuenta número 21 a los “depósitos a la vista”, y las sub-clasifica a su vez en cuentas corrientes activas (personales, empresariales, gobiernos, etc.), y además las define:

“El balance de estas cuentas, previo contrato entre las partes, estará representado por los depósitos en efectivo y efectos a la vista que realicen las cuentas corrientes.”

La teoría francesa sustentó la estructura de la cuenta corriente mercantil en dos aspectos principales: de un lado, la compensación diferida de las cuentas mutuas y, del otro, la renovación de las mismas, de manera que incorporada la suma resultante de una obligación a la cuenta corriente, dicha obligación quedaba extinguida, sustituyéndose por la derivada de este contrato y desapareciendo las garantías que la acompañan.

Por influencia de la escuela alemana, que ha basado su teoría sobre el contrato de cuenta corriente mercantil más en la concesión de crédito recíproco que en la compensación diferida, la novación ha perdido fuerza y puede sostenerse que la tendencia contemporánea en materia de legislación mercantil es la que permite que subsistan las garantías vinculadas a cada una de las obligaciones, cuya incorporación contable se hace a la cuenta.

En síntesis, la cuenta corriente mercantil se caracteriza por la existencia de una relación permanente de negocios; por verificarse remesas recíprocas entre las partes, de manera que no se conoce inicialmente quién resultará deudor y quién acreedor y, por último, por la absorción de las partidas individuales para integrarlas en un todo del que resulta, al finalizar la cuenta o a su corte, un saldo que en ese momento será exigible. Se habla de liquidación o corte de la cuenta cuando se obtiene un saldo en la época prevista por las partes, por ejemplo, mensualmente, y de terminación, cuando se clausura en forma definitiva.

V. Cuenta corriente bancaria

Nos encontramos con un problema semántico, pues al distinguir con este nombre al típico contrato bancario, tienen que surgir necesariamente confusiones al respecto.

En efecto, no queremos calificar en esta forma tan sólo a las múltiples cuentas corrientes que un banco pueda tener con su clientela desde el punto de vista contable, en cuyo caso el término bancario nada agregaría. La expresión contrato de cuenta corriente bancaria o de depósito reviste un particular significado que originaría, seguramente menos confusiones al llamarlo, por ejemplo, “contrato de cuenta de cheques”, como sucede en algunos países latinoamericanos.

En ese aspecto, tenemos que el artículo 9 de la Ley General de Bancos, número 708, de 1965, es muy específico cuando dispone que, citamos: "...cuando esta ley se refiere en lo adelante a Bancos Comerciales se entenderá que son aquéllos que reciben depósitos del público a la vista y sujetos a cheques..."

Asimismo, el artículo 3 de la Ley de Cheques número 2859, de fecha 30 de abril de 1951 (Gaceta Oficial 7284) indica, citamos: "...sólo puede librarse a cargo de un banco que tenga fondos a disposición del librador, y conforme a una convención expresa o tácita, según la cual el librador tenga derecho de disponer de esos fondos por medio de cheques."

El artículo 20 de la Ley General de Bancos número 708 de 1965 (Gaceta Oficial 8940- Bis) expresa; citamos: "...el término 'depósito a la vista' designará todos los depósitos exigibles a la vista por cheque."

La Ley Orgánica del Banco de los Trabajadores número 412, de fecha 27 de octubre de 1972 dice lo siguiente: "Podrá recibir 'depósitos a la vista', a plazo o de ahorros a que se refiere la Ley General de Bancos."

El artículo 69 de la misma ley, dice:

"Cuando sean autorizados por sus trabajadores, los patronos estarán obligados a descontarles del salario o sueldo o pagar y depositarlos a sus nombres en el Banco, las cantidades que señalen para los siguientes fines..."

VI. Relaciones de cuenta de cheques con la cuenta corriente mercantil

La primera afirmación que debemos hacer es que ambas cuentas parten de la noción contable. De ahí la íntima relación que las une. Otra similitud entre ambas cuentas la tenemos por vía jurisprudencial, en tanto que debido a la falta de reglamentación específica para la cuenta de cheques, los tribunales a menudo acuden a los principios de la cuenta corriente mercantil para solucionar las diferencias de tipo jurídico entre las partes en caso de litigios.

El artículo 575, parte 2da. del Código de Comercio, reza como sigue:

“Podrá también reivindicarse el importe o parte del importe de las dichas mercancías que no haya sido pagado, ni regulado en valor, ni compensado en cuenta corriente entre el quebrador y el comprador.”

En ese sentido tenemos que la Corte de Apelación de Santo Domingo se ha pronunciado en cuanto a la distinción entre la cuenta corriente y el contrato de cuenta de cheque, en uno de los *considerandos* de su sentencia de fecha 30 de abril de 1970, cuando afirma:

“...si bien es verdad que la cuenta de cheques no constituye en derecho un contrato de cuenta corriente, no obstante a que comúnmente se le designe con tal nombre, error a que han contribuido las propias instituciones bancarias al titularla como tal en muchos de los documentos que usan para su manejo...”

VII. Diferencia entre una cuenta corriente y una cuenta de cheques

La primera diferencia se plantea en relación con el fenómeno de la “compensación”, elemento distintivo dentro de la teoría francesa, en el sentido de que mientras en la cuenta corriente mercantil hay una situación diferida que sólo produce una compensación al final del período, es decir, en el momento de la liquidación o corte de la cuenta, en la cuenta corriente bancaria, esa compensación es permanente, pues existe en todo momento, o debe de existir, al menos un saldo determinado del cual pueda disponer el cliente.

Se puede observar, sin embargo, que no puede en el último caso hablarse propiamente de compensación, por no existir remesas recíprocas, pues sólo el cliente es acreedor del banco. Las notas contables se traducen en incremento o disminución del saldo a su favor, sin que allí pueda hablarse de nada distinto a una realidad aritmética de adición o resta. No existe en rigor una compensación porque la operación no resulta de que en un momento dado haya dos acreedores recíprocos, por sumas líquidas y exigibles, que puedan eliminarse entre sí hasta la concurrencia de la cantidad menor. En este punto, existiría esta posibilidad, en

cuanto no cabría, por definición, un supuesto en el que el banco y el cliente fueran recíprocamente deudores o acreedores.

Aquí se nos presenta otro problema de derecho positivo en lo concerniente a aquellos países en los cuales las cuentas de cheques o cuenta corriente bancaria sólo facultan al titular para disponer del saldo existente a su favor, sin que en un momento dado pueda el banco atender sus órdenes de pago por un monto superior al saldo disponible. La situación contraria se nos da en aquellos países en los cuales se permite librar el cheque en sobregiro por una cantidad superior al saldo disponible, la cual queda a discreción del banco el conceder o no el crédito por la diferencia. Podría decirse que, en tal caso, interviene un nuevo contrato porque el banco abre un crédito por ese monto en la cuenta corriente del titular, convirtiéndose el banco en acreedor en virtud de este mecanismo.

Evidentemente existen diferencias notables entre una cuenta de cheques y una cuenta corriente en cuanto a las siguientes características que las distinguen entre sí, a saber:

Cuenta de cheques	Cuenta de corriente
1) Funciona a base de depósitos.	1) Funciona a base de remesas.
2) Los depósitos son realizados única y exclusivamente por el cliente, que se coloca a sí mismo en la condición de acreedor frente al banco, y a este último en calidad de deudor.	2) Las remesas se producen en forma sucesiva y recíproca colocando, por ende, al banco y al cliente en condiciones mutua de acreedor y deudor, respectivamente.
3) Se dispone de un balance definitivo al momento de la presentación de los cheques.	3) Se dispone sólo de un balance provisional.
4) El acreedor, o sea, el cliente puede girar cheques contra el balance de su cuenta.	4) No se acepta la expedición de cheques contra esta cuenta, se produce más bien una relación eminentemente contable a base de un debe y haber.
5) Se produce la compensación pero solamente para las sumas que fueron depositadas en el banco: no así para los efectos girados contra bancos cuya compensación se suspende provisionalmente en sumas líquidas y exigibles mediante el mecanismo de la compensación.	5) Prevalece la individualidad de los efectos que conforman las remesas, haciéndose líquidas y efectivas al momento de ser recibidas las remesas mediante la compensación automática.
6) Son susceptibles de ser embargadas retentivamente por cualquier acreedor del cliente.	6) No están sujetas a embargos retentivos, pues no se conoce al balance definitivo de ellas hasta que se produzca su cierre definitivo.
7) En algunos países se permiten sobregiros en las cuentas de cheques mediante la apertura de crédito por un monto superior al saldo disponible. En nuestro país esta facilidad está prohibida por la Junta Monetaria.	7) No se permiten sobregiros, pues no se conoce el balance (deudor o acreedor) de la cuenta hasta que se produce el cierre de la misma.
8) Aunque el balance de la cuenta sea cero, no produce el cierre de la misma.	8) Siempre existe un balance deudor o acreedor que será determinado solamente al cierre de la cuenta.

De esto resulta que, para los fines nuestros, la cuenta bancaria es aquella que, reuniendo todos los requisitos ya mencionados anteriormente, podemos denominar como “cuenta de cheques”. Por su parte, la “cuenta corriente”, en el contexto que la distingue, podría asimilarse a las cuentas de los comerciantes con sus suplidores, a la balanza de pago y a las cuentas corrientes del Banco Central de la República Dominicana con los bancos comerciales, o sea, las denominadas dentro del Catálogo de Cuentas de la Superintendencia de Bancos, como “cuenta corriente- encaje legal”, cuenta corriente- cartas de crédito, etc.

VIII. Conclusiones

Como hemos podido determinar, la expresión “cuenta corriente” produce ciertas confusiones al utilizarse comúnmente la misma en nuestro país, tanto para representar una realidad contable como para indicar una relación jurídica conocida con idéntico nombre en los contratos comerciales, y clasificada de bancaria en contratos similares, según ha impuesto una práctica errada de las instituciones bancarias en nuestro país.

Aparentemente la confusión se ha venido arrastrando en parte debido a una mala traducción del término “current account”, la cual se utiliza erróneamente en aquellos países cuya legislación es de origen anglosajona, dependiente del “Common Law”, en lugar del término “checking account”. No obstante, entendemos que el término ha ido evolucionando en forma novedosa y mucho más dinámica si se quiere, y así tenemos que actualmente dicha denominación está siendo a su vez sustituida prácticamente por el término de *demand deposit account* (DDA), o sea *depósitos a la demanda o a la vista*, que es el término que se usa en el sistema computarizado de algunos de los bancos comerciales extranjeros radicados en el país.

A fin de completar debidamente este trabajo, realizamos una encuesta entre los principales bancos comerciales establecidos en el país, mediante la cual pudimos constatar que tres de ellos están en el proceso de sustitución gradual del término de “cuenta corriente” por el de “cuenta de cheques”, lo que ha contribuido aún más a impartirle validez y apoyo a la problemática que hemos presentado.

Corrientes de cambios en la reglamentación de los valores mobiliarios (acciones, bonos, etc.) y la posible aplicación en la privatización de empresas estatales*

Georges Santoni Recio**

* Coloquios Jurídicos, Enero-Junio del 1989, año 4, no. 6, páginas 13-25.

** GEORGES SANTONI RECIO. Sus estudios universitarios los cursó en la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña. Se graduó en noviembre del año 1982 con el grado de licenciado en Derecho, Cum Laude. Realizó estudios de post-grado en la Universidad de Wisconsin, en la ciudad de Madison, Wisconsin, Estados Unidos de América, en Derecho e Instituciones Legales Estadounidenses. En 1985, obtuvo el título de Diplôme Supérieure de l'Université (DSU) en Derecho Comercial en la Universidad París II (Panthéon Assas).

Desde 1980, forma parte del bufete "Kaplan, Russin, Vencchi & Heredia Bonetti". Exceptuando sus estudios en el extranjero, ha continuado trabajando en dicha firma de la cual actualmente es socio gerente local.

Corrientes de cambios en la reglamentación de los valores mobiliarios (acciones, bonos, etc.) y la posible aplicación en la privatización de empresas estatales

Introducción

En días recientes, hemos visto cómo varias empresas, tanto públicas como privadas, están ofreciendo al público la venta de valores mobiliarios para cubrir sus necesidades de capital. Uno de los principales bancos locales está vendiendo acciones preferidas a interés fijo. Otra importante empresa agroindustrial ha lanzado una emisión de bonos. Hasta el mismo Banco Central está recurriendo al ahorro público mediante la emisión de los denominados “Certificados de Participación”.

Este movimiento no se limita a la República Dominicana y ha traído como lógica consecuencia la adaptación y adecuación de la reglamentación que rige a los valores mobiliarios. El propósito principal de este trabajo es analizar y comentar sobre los recientes cambios introducidos en el país en nuestra reglamentación sobre los valores mobiliarios y, muy especialmente, dos nuevas leyes que han modificado esta materia profundamente.

Examinaremos en primer lugar la noción de valores mobiliarios y su reglamentación; luego, las recientes reformas introducidas en Francia y, finalmente, su posible aplicación en un programa de privatización de las empresas estatales dominicanas.

I. Noción y reglamentación de los valores mobiliarios

A) Noción de los valores mobiliarios

1. Definición

Los valores mobiliarios podrían definirse como “los títulos negociables que representan los derechos a largo plazo adquiridos por aquellos que han aportado a una persona moral, pública o privada, las especies o bienes necesarios para su financiamiento”.

2. Características

Dentro de esta definición se engloban las características esenciales de estos instrumentos, los cuales se delimitan por la naturaleza del derecho que representan. Los valores mobiliarios pueden representar derechos de asociados o de prestamistas pero, según veremos posteriormente, esta división tradicional ha sido objeto de importantes cambios. No se consideran valores mobiliarios los billetes de banco que tienen un rol monetario, ni los efectos de comercio y los cheques que no producen interés.

Por otra parte, los valores mobiliarios deben ser esencialmente negociables. Esto excluye a los pagarés y otro tipo de préstamos particulares.

Finalmente, deben ser títulos fungibles. Siempre podrán ser sustituidos por otros de la misma emisión. La fungibilidad a que nos referimos aquí no es la misma fungibilidad del Código Civil, que la asemeja más bien a la falta de individualización (una acción o un bono puede, y en algunos casos debe, indicar la fecha de emisión, nombre del titular, número, etc.), sino más bien a la fungibilidad económica, el hecho de que un título debe valer lo mismo que otro parecido.

En resumen, podemos identificar las características principales de los valores mobiliarios:

- 1.- Son derechos mobiliarios incorporados;
- 2.- Son derechos susceptibles de procurar renta;
- 3.- Son derechos negociables;
- 4.- Son derechos fungibles.

3. Utilización práctica

La emisión de valores mobiliarios es generalmente el segundo paso de las empresas en su búsqueda de financiamiento, luego de haber pasado por los préstamos bancarios. Presentan sustancialmente ventaja sobre los préstamos, en lo que respecta a costos financieros, ventajas contables y la aplicación de la base financiera.

En algunos países extranjeros, cierto tipo de valores mobiliarios sirve también para que las empresas públicas que funcionan bajo

el derecho privado puedan recaudar capital sin desnacionalizarse, lo cual ocurriría si simplemente vendieran acciones al público.

Las necesidades económicas y políticas que han forzado los cambios en los valores mobiliarios han tenido singulares consecuencias en el campo jurídico.

B) Reglamentación de los valores mobiliarios

1) Marco legal en la República Dominicana

Nuestros códigos prestan poca atención a los valores mobiliarios por el escaso interés que existió durante el siglo pasado en el desarrollo de las fuentes de financiamiento de las empresas. Se concentraron más en los efectos del comercio, porque estos representaban la seguridad de las operaciones de comercio.

El artículo 529 del Código Civil define como “muebles por disposición de la ley” las obligaciones y acciones. El Código de Comercio establece en los artículos 35 y 36 disposiciones en cuanto a la forma de las acciones.

Disposiciones legales más recientes tratan sobre la materia. La ley número 3553, Ley Orgánica de la Bolsa Nacional de Valores, de fecha 15 de mayo de 1953, es la primera que pudimos identificar en la que se utiliza el término valores mobiliarios. Esta ley ha quedado en desuso, ya que nunca operó dicha bolsa de valores, aunque existe un nuevo movimiento en el país para instalarla, provista de un nuevo estatuto legal.

La ley número 505, del 23 de diciembre de 1964, sobre compañías o entidades que ofrecen acciones o títulos al público, se limita a exigir requisitos especiales para las compañías que recurren al ahorro público para sus necesidades de capital. Estas compañías deben tener un capital mínimo de RD\$25,000 en efectivo; deben depositar los aportes en especie en un banco del país. La evaluación de los aportes en naturaleza debe ser aprobada por el Superintendente de Bancos y, finalmente, deben cumplir con ciertos requisitos de publicación. Bajo el amparo de esta ley surgieron varias empresas durante la década de los '60, dentro de las cuales podríamos mencionar el Complejo Metalúrgico

Dominicano, C. por A. (METALDOM), Banco Popular Dominicano y Neveras Dominicana, C. por A. (NEDOCA).

Luego, hay varias leyes especiales que autorizan y reglamentan la emisión de valores mobiliarios por cierto tipo de empresas, como lo son la ley número 292 para empresas que promueven el desarrollo económico, la ley número 171 para los bancos hipotecarios de la construcción, y la ley número 409 para empresas agroindustriales, entre otras.

Existe igualmente una pluralidad de resoluciones de la Junta Monetaria que reglamentan la forma y emisiones de ciertos valores mobiliarios. Pero ninguna de estas disposiciones afecta la división clásica de los valores mobiliarios y la forma de sustentación de los títulos en sí.

2) División

La división de los valores mobiliarios que hacen nuestros códigos se fundamenta en una división de fondo. Los divide en acciones y obligaciones.

La acción es la parte de interés que recibe el asociado en una sociedad de capitales. Compone esencialmente dos derechos: el derecho a participar en las ganancias y pérdidas de la sociedad y en la distribución proporcional del capital social y el derecho a participar en la vida social de la compañía.

La obligación, en cambio, es un título que refleja una acreencia del titular sobre la sociedad. A diferencia del accionista, el detentador de una obligación es verdaderamente un prestamista que no corre los riesgos en la sociedad, pero tampoco participa en la vida social de la misma.

La actual clasificación del Código de Comercio dominicano fue la misma del Código de Comercio francés desde su inicio y a través de sus dos grandes reformas: la ley del 22 de junio de 1867, y más recientemente, la ley del 24 de julio de 1966. Esta situación ha sufrido grandes cambios.

II) Recientes reformas introducidas en Francia

A) Ley francesa del 30 de diciembre de 1981

La ley del 30 de diciembre de 1981, completada por el decreto del 2 de mayo de 1983, sobre desmaterialización y conservación de valores mobiliarios, efectuó profundas modificaciones al esquema antes descrito.

A partir de esa fecha, la “suma divisio” no iba a ser sobre una base de fondo, sino de forma. En vez de dividir los valores mobiliarios en acciones y obligaciones, esta nueva ley vino a hacer la división entre títulos al portador y títulos nominativos.

1. Eliminación títulos al portador

La ley introdujo dos grandes reformas. En primer lugar, eliminó los títulos al portador, tanto acciones como obligaciones, salvo para la compañías cuyos títulos se cotizan en la Bolsa de Valores. Los títulos nominativos, que son la inmensa mayoría (N. B. en 1985 había 160, 000 S. A. en Francia, de los cuales poco más de cien se cotizaban en la Bolsa), pueden revertir dos modalidades: (1) Títulos nominativos puros, cuando el titular asume él mismo la administración y ejerce todos sus derechos; y (2) Títulos nominativos administrados, cuando el titular prefiere confiar a un tercero, llamado intermediario financiero (agente de cambio, banco), para administrar su cuenta frente a la sociedad emisora. En este último caso, los principios generales del mandato se aplican y el intermediario financiero ejerce los actos de administración y gestión como cobro de intereses y dividendos, pero no los actos de disposición como cesión o disposición de los títulos.

Aparte de las ventajas técnicas que para una sociedad compone el saber en todo momento quiénes son sus accionistas, había una evidente razón fiscal detrás de la eliminación de los títulos al portador. El gobierno socialista que subió al poder en Francia en 1981 instauró un impuesto sobre las grandes fortunas; y una forma de perseguirlas era eliminando el anonimato en los valores mobiliarios.

2. Desmaterialización de los títulos

El segundo gran cambio producido por esta ley fue la llamada desmaterialización de los Títulos. Tal como su nombre lo indica, a partir de dicho estatuto legal los valores mobiliarios, acciones y obligaciones ya no se verían reflejados en un soporte papel sino en la llamada inscripción en cuenta de la misma compañía. Según lo explica Roblot en su obra *Derecho Comercial*, el reemplazo de los títulos por inscripciones en cuenta es uno de los fenómenos más importantes del derecho moderno en valores mobiliarios. La desmaterialización tiene varias ventajas de índole técnico: (1) permite una modernización de los métodos de administración; (2) facilita los esfuerzos comerciales de los intermediarios encargados de vender o de comprar los títulos de sus propietarios; (3) acelera la operación con los títulos y facilita la utilización de la computadora.

A) Fundamento histórico

Sus orígenes se remontan a la II Guerra Mundial, cuando por razones de circunstancia (falta de papel) y para simplificar las manipulaciones impuestas a los establecimientos financieros para la administración de las carteras de sus clientes, intervinieron varias reglamentaciones donde se establecía que las acciones al portador invertidas en la Bolsa de Valores debían estar depositadas obligatoriamente, por el intermediario de un establecimiento aceptado en una llamada “Caja Central de Depósitos de Títulos.”

Estas disposiciones no fueron bien aceptadas por su carácter obligatorio. El decreto del 4 de agosto de 1949 suprimió la obligatoriedad. Pese a eso, la gran mayoría de las acciones vendidas en la Bolsa estaban depositadas en un establecimiento nuevo que sustituyó a la Caja Central y que se denominaba SICOVAM, por sus siglas en francés. Con la intervención de la ley del 30 de diciembre de 1981, la cual tiene un carácter netamente fiscal, la intervención fue mucho más brutal y sistemática y estableció que todos los valores mobiliarios emitidos en territorio francés o sometidos a la legislación francesa, nominativos o al portador, vendidos en la Bolsa de Valores o no, debían desaparecer como instrumentos materiales para ser reemplazados por inscripciones en cuentas.

Para los títulos nominativos, estas llamadas cuentas son llevadas por las mismas sociedades emisoras, ampliando de esa

forma el concepto de los registros de accionistas establecidos por el artículo 36 del Código de Comercio. Los títulos al portador son inscritos en la cuenta de los intermediarios habilitados para operar en la Bolsa y sus titulares pueden mantener el anonimato frente a las sociedades emisoras.

Este cambio desmaterializador, que a primera vista podría parecer revolucionario, encaja perfectamente dentro de la evolución histórica de este tipo de derechos.

El Código Civil no habla de cosas, sino de bienes, que podría definir como el derecho sobre las cosas. Con los títulos al portador, la situación es diferente, ya que el mismo título tiene el derecho incorporado, lo que produce una confusión entre el soporte material y su derecho.

Esta corriente histórica también se observa en la evolución de las formas de intercambio o de pago. En los albores de la historia se utilizaban los caracoles, luego el metal, el papel moneda, siguiendo con el cheque y llegando hasta la Carta de Crédito.

El sentido de la evolución es de abandonar los bienes corporales hacia la abstracción. La desmaterialización de los títulos se coloca firmemente dentro de esa corriente.

B) Operaciones jurídicas

La ley francesa ha estatuido también sobre las operaciones jurídicas que afectan a estos valores mobiliarios recién desmaterializados.

La prueba de propiedad se hace según el nombre que figure sobre la cuenta correspondiente que va a determinar la transmisión del derecho mediante una orden de movimiento o modificación de la cuenta correspondiente, eliminándose de esta forma la dualidad de efectos que existía anteriormente, y que todavía existe en nuestro régimen jurídico bajo el artículo 36 del Código de Comercio. Este artículo establece que el efecto de transmisión entre las partes se hace por el endoso o la entrega del título, mientras que el efecto frente a la sociedad y los terceros se logra por la inscripción en los registros de la sociedad.

En lo que respecta a los títulos al portador, el otorgamiento en prenda de los mismos se hace mediante la indicación de la

aceptación en los ficheros llevados por la institución autorizada. En cuanto a las acciones dadas en garantía por los directores de una sociedad cuando asumen sus funciones, se debe hacer el depósito en una cuenta especial que se opera a la demanda del titular. Los embargos sobre las acciones serán más bien embargos retentivos que ejecutorios.

Esta reforma apunta a ser una etapa hacia un régimen diferente, que es una evolución hacia la nominatividad de los títulos. Aun para las acciones cotizadas en la Bolsa, el anonimato es muy relativo, ya que en los SICAVAM, que es donde deben estar registrados estos títulos, no existe el carácter anónimo.

C) Problemas de aplicación

Naturalmente, una reforma de esta magnitud crea también problemas de aplicación. Un ejemplo reciente es el caso de muchas de las compañías que llevan los récords de estos títulos y les emiten a sus propietarios una especie de volante-recibo, indicando su número de títulos.

¿Qué derechos confiere este volante? Algunos analistas franceses señalan que se podría estar cayendo en un círculo vicioso, y que dichos volantes podrían terminar confiriendo derechos similares a los existentes bajo el sistema de acciones con soporte material.

B) Ley francesa del 3 de enero de 1933

Luego de la ley del 30 de diciembre de 1981, que acabamos de analizar, fue introducida la ley del 3 de enero de 1983, para afianzar el carácter determinante de la forma sobre el fondo, en lo que se refiere a la clasificación de los valores mobiliarios.

La nueva ley del 1983 crea nuevas categorías de valores mobiliarios, con características híbridas entre acciones y obligaciones.

Estos nuevos títulos se pueden dividir en dos grandes grupos: los títulos desmembrados y los títulos con adquisición diferida de la calidad de accionistas.

1. Títulos desmembrados

A) Acciones con dividendos prioritarios sin derecho de voto

Esta figura fue introducida en Francia por la ley del 13 de julio de 1978, aunque la ley del 3 de enero de 1983 borró algunas imperfecciones.

Como su nombre lo indica, son acciones que reciben dividendos prioritarios, a menudo fijos, pero que no tienen derecho a voto. Situaciones semejantes existen en nuestro país, donde se emiten acciones preferidas con un valor nominal de hasta cien veces mayor que las acciones ordinarias, teniendo ambas el mismo derecho a voto. Estos títulos están diseñados para inversionistas que desean una rentabilidad fija sin tener que participar en la administración de la compañía. En nuestro país no se ha podido eliminar el derecho a voto a estos títulos, ya que se estaría violando uno de los requisitos esenciales de la acción, que es la de que el accionista debe tener participación en la vida de la sociedad, el *affectio societatis*.

B) Certificado de inversión (ex-certificados petroleros)

Mediante una ley francesa de 1957, fueron creados los llamados certificados petroleros, los cuales fueron utilizados como mecanismos de financiamiento por las compañías petroleras estatales. Este concepto fue retomado por la ley de 1983.

La realidad consiste en un título dividido en dos partes: los derechos pecuniarios a dividendo y participación en el capital están inscritos en un título negociable, mientras que el derecho a voto es nominativo e inalienable. Desde 1983, pueden ser emitidos por compañías de capital privado.

C) Títulos participativos

El último de los títulos desmembrados que guarda una gran semejanza con el certificado de inversión es el título participativo. Estos títulos se parecen más bien a una obligación en el sentido de que los resultados son generalmente fijos, pero se asemejan a las acciones en el sentido de que son capitales de larga duración; no puede ser recuperado el capital por la voluntad del detentador, sino que tiene que negociar su título, y la remuneración es en función de los riesgos de la empresa.

Este título facilita grandemente la creación de capital de empresas públicas sin pérdida de control de parte del Estado, y han sido grandemente utilizados.

2. Adquisición diferida de calidad de accionista

A diferencia de los títulos desmembrados, que componen características de acciones y de obligaciones, también existen aquellos títulos que son netamente obligaciones, pero donde el detentador tiene la potencialidad de convertirse en accionista, dependiendo de su voluntad.

A) Obligaciones convertibles

Son aquellos títulos que en su misma naturaleza establecen que a partir de un momento específico podrán ser convertidos en acciones; y

B) Obligaciones con bono de suscripción de acciones

Son títulos de préstamos que contienen bonos que otorgan el derecho de suscribir acciones. Esos bonos pueden ser vendidos separadamente del título.

Los cambios introducidos por la ley de 1983 tienen un carácter eminentemente político. Luego de la ola de nacionalizaciones de empresas de 1981, el gobierno buscaba la forma de obtener financiamiento sin perder el control de ciento por ciento que el Estado debía tener, de acuerdo a la Ley de Nacionalizaciones. Sin embargo, en 1986 la situación se invirtió y Francia se unió a la corriente que existía en todo el resto de Europa de privatizar las empresas estatales.

III) Valores mobiliarios como instrumentos de privatización

En nuestro país está abierto el debate en cuanto a la privatización de las empresas estatales. Es patente la ineficiencia de éstas en el uso de recursos públicos. La racionalización de la participación del Estado en la economía se impone. La experiencia

en países industrializados debería ser ilustradora, donde privatizaciones se han llevado a cabo pese al hecho de que las empresas estatales son administradas con mayor eficiencia.

Los instrumentos que hemos examinado, como las acciones sin derecho a voto y Certificados de Inversión, pudieron ser utilizados en Francia porque existía la confianza necesaria del público para entregar sus ahorros a empresas estatales. Estos valores mobiliarios innovadores sirvieron para viabilizar el ahorro público en dichas empresas. Sería cuestionable si un inversionista dominicano invirtiera en alguna empresa de CORDE, sobre todo si su certificado de inversión no tuviera derecho a voto. La triste consecuencia es que estas empresas se ven obligadas a recurrir a subsidios gubernamentales o préstamos con bancos e instituciones internacionales. Los bancos extranjeros tienen a su vez depósitos de dominicanos, se produce una operación triangular. La relación podría hacerse directamente entre el inversionista y la empresa necesitada de capital, si sólo existiera el factor confianza.

Cuando el movimiento político de privatización haya tomado la suficiente fuerza, y los gobiernos de turno reconozcan la conveniencia económica de un programa de privatización racional, los instrumentos legales que servirían para viabilizar un programa de privatización tendrían que definir el alcance y la forma de dicho programa.

Si el Estado se avoca a vender la totalidad de su participación en las empresas de CORDE, por ejemplo, los instrumentos legales existentes serían quizás suficientes mediante la venta de acciones a particulares. Sin embargo, la privatización no necesariamente conlleva la venta de dichas empresas. Si el Estado, en cambio, mantiene una participación en las mismas, pero atrae una contrapartida privada, sería bajo esas condiciones que se vería en la necesidad de innovar con los valores mobiliarios existentes.

El Estado podría, por ejemplo, convertir su actual participación accionaria en obligaciones, ya sea a dividendo fijo o según los beneficios de la compañía. Si la participación privada en una compañía de capital mixto es menor que la estatal, en una compañía donde lo que se esté buscando sea precisamente la administración privada, se podrían crear acciones para el Estado con un derecho a voto reducido, y hasta eliminado.

Otras soluciones podrían surgir según las necesidades. Lo importante es analizar con criterio racional cuál debería ser la participación del Estado en la economía y avocarse a poner en práctica las conclusiones de dichos análisis.

Conclusión

En resumen, hemos podido ver cómo en Francia se ha modificado profundamente la reglamentación existente sobre valores mobiliarios, mediante dos leyes principales: la ley del 30 de diciembre de 1981, la cual introdujo, a su vez, dos cambios sustanciales: la eliminación, salvo excepciones, de los títulos al portador y la desmaterialización de los mismos; y la ley del 3 de enero de 1983, que vino a introducir títulos nuevos con características híbridas entre acciones y obligaciones. Ambas leyes vinieron a alterar la clasificación tradicional basada en características de fondo de los valores mobiliarios, en acciones y obligaciones, por una clasificación basada en características de forma, en títulos al portador y nominativos.

Estos cambios, basados principalmente en necesidades políticas del momento, demuestran la mortalidad de estas figuras. Y ese mismo criterio de flexibilidad y adaptación se puede utilizar en nuestro país para que los valores mobiliarios puedan servir para materializar un eventual programa de privatización de nuestras empresas estatales.

DERECHO ECONÓMICO

Apuntes sobre Derecho e inflación*

Luis Heredia Bonetti**

* Coloquios Jurídicos, Enero-Junio del 1987, año 2, no. 2, páginas 45-61.

** LUIS HEREDIA BONETTI. Pasado Presidente de UNAPEC.

Doctor en Derecho (Cum Laude, 1959) por la Universidad de Santo Domingo; Maestría en Derecho Comparado (1972), Georgetown University Law Center.

Se desempeñó en el Ministerio de Relaciones Exteriores y en la Misión de la República Dominicana ante las Naciones Unidas en Nueva York, desde 1960 hasta 1966 y fue contratado después por la Misión de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo en República Dominicana, de 1966 a 1968, cuando se establece la firma RVHB a la cual se incorpora. Es el socio principal en Santo Domingo.

Miembro del Colegio Dominicano de Abogados Inc., de la Asociación Internacional de Abogados (UIA), Asociación de Abogados Empresariales (ADAE); Miembro fundador de la Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS), Miembro Honorario del Colegio de Abogados de Lima, Perú, de la Asociación Americana de Abogados (ABA), y Miembro Consejero de la Federación Interamericana de Abogados (FIA).

Autor de innumerables artículos y ensayos relacionados con su campo profesional.

Apuntes sobre derecho e inflación

1. Importancia y vigencia del tema

Estamos viviendo en una época en la cual la mayoría de los países han experimentado un alto nivel de inflación, fenómeno económico que tiene profundas implicaciones para los juristas y abogados, ya que el grueso de nuestras disposiciones legislativas y las nuevas doctrinas legales han sido formuladas bajo el supuesto de que el valor del dinero permanece estable por un período razonable. Ahora que esta suposición pierde realidad en la mayor parte del mundo, las operaciones de nuestras instituciones legales primordiales en materia comercial se sienten amenazadas.

La inflación afecta instrumentos legales tales como los contratos, distorsionan las transacciones crediticias, las demandas por daños y las leyes impositivas; es preciso adecuarlas para que las operaciones económicas reduzcan su impacto negativo. La ejecución de contratos concertados bajo la suposición de una relativa estabilidad monetaria causa daños severos cuando la inflación vicia este supuesto. El daño es más visible en áreas cuyas obligaciones son diferidas por un largo plazo, como en contratos de construcción, hipotecas, arrendamientos, póliza de seguros, pensiones y ventas a plazo.

Debemos considerar las implicaciones teóricas y prácticas de la indexación de precios, que es una primera alternativa para enfrentar la inflación. Sin comprender las derivaciones de los índices de precios, los abogados no pueden evaluar el grado en el cual sus clientes están protegidos de las pérdidas económicas debidas a la inflación, ni pueden los jueces o legisladores estimar inteligentemente los costos y beneficios de cualquier esquema de ajuste a la inflación.

En la medida en que la inflación erosiona la presunción de equilibrio económico que subyace en la legislación contractual, se presentan, esencialmente, tres clases de problemas para los sistemas legales:

a) ¿En cuáles circunstancias deberían intervenir los tribunales o la legislatura para aliviar a las partes en contratos que la inflación ha vuelto más onerosos de lo que las partes anticiparon?

Si el sistema legal va a intervenir, ¿en qué medida puede interferir con contratos ejecutados total o parcialmente en interés de mitigar injusticias causadas por la inflación?

b) ¿Cómo podrían estructurarse los contratos para protegerse contra la inflación?

c) ¿En qué medida podrían ser removidos los obstáculos legales a la protección contractual contra la inflación?

I. Técnicas de ajuste a la inflación

Una economía está en inflación cuando al presente el costo de compra de una muestra representativa de bienes es mayor que su costo en el pasado no muy lejano. La inflación, pues, se refiere a un alza sostenida en el nivel general de precios en una economía o, lo que es igual, a una caída correspondiente del poder de compra local de la moneda de su país.

Hay tres aspectos que el jurista debía esforzarse en clarificar para intervenir en forma adecuada en esa materia:

La inflación: causas y remedios

La cronificación de la inflación

La medición de la inflación

Obviamente, se necesita el auxilio de profesionales de la economía, pero en todo caso hay que reconocer que un sistema legal sí ha de tomar en cuenta el fenómeno de la inflación.

La mayoría de los sistemas legales actualmente asignan valores monetarios a los derechos y responsabilidades: si se va a abandonar la ficción de que una unidad monetaria es siempre igual a sí misma, la ley tiene que encontrar una guía para cuantificar los ajustes que tendrá que hacer a su patrón normal de medida la unidad monetaria.

Esa vía, en muchos casos, es la indexación de precios, o correctivo monetario.

II. Los precios indexados

Los precios indexados son generalmente por referencia a un índice general representativo del nivel global de precios de bienes básicos; por ejemplo, ese índice representativo lo constituyen: (1) el índice de precios al consumidor (the consumer price index); (2) el índice de los precios al por mayor (the wholesale price index); (3) el de flaccionador implícito del producto nacional bruto (*the implicit inflator*).

Orígenes doctrinarios

Puede resultar esclarecedor plantear en forma simplificada y esquemática las posiciones doctrinarias que subyacen en las diferentes actitudes jurídicas, frente a las distorsiones y daños inducidos por un proceso inflacionario crónico, ya que históricamente han sido expresión del tratamiento otorgado por el Estado al problema de la función del dinero y la determinación de su valor, en relación con la intención de las partes contratantes de intercambiar bienes o a los que asignan un valor objetivo. Estas doctrinas datan desde la época medieval, pero han sobrevenido modificadas y actualizadas.

Es importante referirnos a estas escuelas jurídicas, porque ellas influyen las decisiones en cuanto a qué opciones están abiertas para buscar remedio legal a los daños causados por la inflación al vulnerar sustancialmente el equilibrio que se supone que ha quedado establecido como base de todo contrato.

Cabe mencionar las doctrinas del metalismo, nominalismo y valorismo.

I) Para la doctrina del metalismo “el valor del dinero es idéntico al valor de un determinado peso y calidad del metal precioso”.

Aunque históricamente esta posición fue desplazada a medida que se afirmaba la soberanía del Estado-Nación y se imponía la facultad estatal de determinar el valor del dinero, con lo cual llegó a popularizarse el papel moneda en la moneda nacional, los procesos inflacionarios que han seguido como secuela de las grandes guerras han motivado el resurgimiento parcial de la doctrina, sobre todo en los intentos por dar al patrón oro el papel de estandarizador y estabilizador del valor de las diversas monedas. Como se sabe, posteriormente el dólar americano

desplazó el oro como respaldo internacional, a lo que más tarde se añadieron los derechos especiales de giro creados por el Fondo Monetario Internacional.

II) La doctrina del nominalismo reconoce que el valor del dinero es el valor impuesto por el soberano: en la práctica, esto significa que para los propósitos de descargar las obligaciones legales, el valor del dinero será su valor facial o nominal, el cual se presume constante; mientras que para los metalistas la obligación se extingue solamente si se paga una suma que corresponda al valor metálico intrínseco de la suma al momento en que se incurrió en la obligación.

El desarrollo del capitalismo moderno y su implícita actividad mercantil, hizo que prevaleciera el nominalismo para evitar la difícil tarea de averiguar el relativo valor metálico de los bienes y servicios a través del tiempo.

Uno de los documentos legales más influyentes, el Código Civil napoleónico, es decididamente nominalista. El artículo 1895, transcrito casi idéntico en nuestro Código Civil, contiene una de las declaraciones más explícitamente nominalistas cuando afirma que: “la obligación que resulta de un préstamo en dinero, nunca es sino de la suma numérica expresada en el contrato. Si hubiese aumento o disminución de especies antes de la época del pago, el deudor debe devolver la suma numérica prestada, y solamente esta suma en las especies corrientes en el momento del pago”.

III) La doctrina del valorismo emerge en respuesta a años de inflación severa que hacen perder a la moneda tanto su función como medida de valor, como la de conservación o acumulación del mismo. Cuando esto sucede, a menudo se produce una reacción judicial contraria a la aplicación rígida del principio nominalista, ya que esta última presume una razonable estabilidad monetaria.

Bajo este enfoque se tiende a buscar fórmulas para revalorar las obligaciones legales, tomando en cuenta que el valor económico real del dinero es un poder de compra más que el del número de unidades de oro y plata que, teóricamente, le sirven de respaldo. En consecuencia, se estima que las obligaciones pecuniarias se extinguen solamente el pago de una suma que corresponda al valor económico real, o sea, el poder de compra del dinero, el servicio rendido o la mercancía comprada.

Para los valoristas, la mejor manera de medir el poder de compra del dinero es refiriéndolo a un índice general de precios, tal como el índice del costo de la vida o el deflactor del producto (PBI).

Formas modificadas y actualizadas del valorismo lo constituyen las intrincadas redes de la legislación de corrección monetaria y de indexación privada, que se encuentran en los sistemas legales de Argentina, Brasil, Chile, Israel y Uruguay, países que han sufrido de inflación crónica severa. Entre los aspectos que han ameritado ser indexados para sobrevivir a la alta inflación, podemos mencionar: los salarios, los pagos de intereses, los de alquileres, las hipotecas, bonos, los estados financieros auditados, los pagos de seguro social y el sistema fiscal; los cuales son ajustados periódicamente de acuerdo a coeficientes derivados de los índices de precios.

La intervención del legislador, sin embargo, es a menudo renuente y se reserva a situaciones de calamidad pública.

III) Remedios jurídicos a las distorsiones en los precios acordados contractualmente causados por la inflación

El problema de la revalorización de las obligaciones contractuales expresadas en moneda que han perdido ampliamente su valor a causa de la hiperinflación es, extraordinariamente, difícil de resolver; pero en estas notas queremos enfatizar que lo prudente es anticipar remedios legales antes de que la realidad nos compela a improvisar compensaciones de legalidad espuria que sean atacables jurisdiccionalmente. Por ejemplo, el hecho ya corriente en un contrato de venta o alquiler es, siempre una protección precaria, pues difícilmente la Suprema Corte de Justicia, en vista de la vigencia de normas legales y aun constitucionales que afirma la fuerza liberatoria del peso para todas las obligaciones de pago en el territorio nacional, rechazará un curso contra tal tipo de cláusulas.

Por eso es indispensable revisar teóricamente los posibles tipos de arreglos, válidos jurídicamente, que podrían formularse.

En ese sentido, los estudiosos distinguen entre: revalorización legislativa, remedio por vía judicial, y cláusulas contractuales protectoras o estabilizadoras.

I) Revalorización legislativa de las obligaciones contractuales frente a una inflación severa

La revaluación por vía de leyes, de contratos que han perdido significativamente el equilibrio que suponen las convenciones, ha tenido antecesores históricos importantes, casi siempre a raíz de conflictos bélicos que han conllevado la desvalorización de la moneda nacional. Podemos mencionar a Austria (1811), Estados Unidos (1792), Francia (1796; 1865-67), Polonia y Alemania (1925). Se trata de leyes de escalamiento como también se dieron en varios países europeos después de la Segunda Guerra Mundial.

Esto plantea dificultades muy serias ya que es preciso tener respuestas doctrinales y técnicas a preguntas como estas, que suponen una evaluación previa de la situación y de sus prospectivas: ¿debe el legislador permitir la revaluación de las obligaciones contractuales? De ser así, ¿cuáles obligaciones deben ser reevaluadas y sobre qué base? ¿El legislador debe limitarse a asentar lineamientos y autorizar a los tribunales a proceder a hacer justicia en forma casuística?, ¿o deberá aprobar leyes que especifiquen ciertas categorías de obligaciones facultadas a ser aliviadas?

Esto nos lleva a plantear algunas categorías de problemas que el legislador deberá enfrentar:

¿Qué estándar de valor se usará para sustituir el dinero?

No es extremadamente difícil reconstruir las intenciones de las partes contratantes que acordaron obligaciones expresadas en una moneda que se deprecia rápidamente, si no se previó una fórmula de mantenimiento de valor.

Es difícil trazar la frontera entre las clases de transacciones que deben ser reevaluadas y las que no. De ahí que se afirme que la reevaluación es una iniciativa muy compleja y difícil, que sólo es abordable en circunstancias extremas.

Ninguna de las leyes de escalamiento adoptadas en diversas épocas ha sido plenamente satisfactoria en sus resultados, dada su incapacidad para encontrar un estándar de valor que sirva de alternativa al dinero. Sólo ocasionalmente la tasa de cambio en especie o la tasa de cambio extranjera es igual a la tasa

de depreciación del poder de compra de la moneda. Aún con sofisticados índices de precios, los intentos de medir la tasa de inflación durante el período de hiperinflación son frustratorios. Los legisladores pueden lograr algún grado de justicia para algunos acreedores, mediante el escalamiento de las obligaciones; pero en numerosos casos las leyes de escalamiento más bien acrecientan los problemas económicos y trastornan la redistribución del ingreso. Tres áreas principales han sido objeto de legislación especial para contrarrestar los efectos adversos de la inflación: operaciones de crédito a largo plazo; seguros y pensiones.

Comentaremos ahora brevemente los intentos por vía de los tribunales.

II) Remedio judicial a las distorsiones contractuales causadas por la inflación

Como ya señalamos, el principio nominalista generalmente sufre grandes presiones durante épocas de severa inflación, porque el equilibrio de los contratos es completamente destruido. De ahí parte la tendencia de muchos ciudadanos de buscar en los tribunales una intervención que les permita establecer el valor real de las obligaciones concertadas. La tendencia ha sido que los tribunales intercedan cuando la ejecución de los contratos se ha vuelto indebidamente onerosa a causa de una inflación severa no prevista.

Las bases doctrinarias para este tipo de intervención remedial varían de país a país, según la tradición prevaleciente entre derecho civil o *common law*, pero tienden a ser expansión de conceptos tradicionales como el de *fuera mayor (forcé majeure)*; frustración e imposibilidad; a lo que se añaden desarrollos doctrinales, como el de la “impracticabilidad comercial” y la teoría francesa de la imprevisión o la escandinava de la imposibilidad.

Es oportuno mencionar que en los países de derecho civil, como el nuestro, no obstante el nominalismo imperante en el código y el predominio también del principio de *pacta sunt servada* son herederos de un principio medieval que, en cierto grado y variantes, ha revivido en las épocas de inflación severa. Nos referimos al principio de *rebús sic stantibus*, según el cual cada contrato contiene una cláusula tácita (o condición implícita subsecuente) que lo termina o modifica en su fuerza obligatoria,

siempre que un cambio sustancial en la situación de los hechos que prevalecieron al momento del contrato, haga injusta su ejecución. Esta teoría fue abrazada por los canonistas de los siglos XII y XIII y elaborada por los glosadores bajo Bartolo. Después de la Primera Guerra Mundial, fue revivida por los franceses, los italianos, los polacos, bajo la forma de la teoría de la imprevisión.

Por su parte, alemanes y suizos desarrollaron la doctrina de *geschäftsgrundlage* (fundación del contrato) que admite que hay circunstancias que alteran los fundamentos originarios del contrato.

Se apela también a las nociones de buena fe, imposibilidad económica y pérdida del equilibrio del contrato o de la equivalencia de ejecución.

Estas teorías tienen en común 4 características importantes:

- a) Debe haber un cambio imprevisible en las circunstancias;
- b) El cambio debe ser realmente extraordinario, excediendo el riesgo normal asumido por las partes;
- c) El cambio debe volver indebidamente onerosa la ejecución para una de las partes; y
- d) El cambio no debe ser atribuible a falta de una de las partes.

Por otra parte, también se ha desarrollado en Francia la doctrina de la lesión enorme (*laecio enormes*) que implica un defecto de consentimiento por inadecuación visible del precio con respecto al valor real de la cosa. Tiene sus orígenes endoclesianos, reproducidos por los compiladores bajo Justiniano. Como se sabe, esta teoría es admitida también en República Dominicana, bajo la égida del Código Civil napoleónico, y se aplica a ventas de terreno, limitando el remedio a buscar la rescisión del contrato.

Por último, hay que hacer constar que, en general, tanto los jueces como los legisladores han sido renuentes a intervenir, salvo casos extremos, para reevaluar los contratos.

De ahí que sea recomendable buscar medidas preventivas mediante la inclusión de cláusulas de protección o estabilizadoras.

III. Protección contractual contra la inflación: cláusulas estabilizadoras

En vez de esperar a que los jueces o legisladores rehagan los contratos, es preferible para las partes contratantes considerar la contingencia de la inflación y hacer prevenciones expresas para ella.

Los abogados han desarrollado una variedad de técnicas para proteger el equilibrio económico de los contratos frente a las distorsiones inflacionarias. Estas técnicas abarcan diversos grados de sofisticación, desde simplemente evitar cualquier contrato que prevea una futura sujeción a precios fijos, hasta complejos ajustes en base a índices, con complicadas fórmulas matemáticas.

Las cláusulas de estabilización son el método más sofisticado de proteger por vía consensual el valor real de las obligaciones de las partes frente a los cambios en el valor de la moneda.

Una respuesta común frente a la inflación es tratar de evitar los contratos a largo plazo y a precio fijo. Por ejemplo, se acuerdan precios efectivos al momento del embarque o entrega, lo cual es bueno para el fabricante, pero no para el comprador. A veces, el proceso de negociación produce un compromiso en el cual el vendedor acepta un precio fijo, a condición de que su precio antes de entrega no sufra alzas por encima de un determinado porcentaje; cualquier incremento por encima de ese porcentaje sería absorbido por el comprador o bien dividido entre ambos. Otro ejemplo son los arrendamientos que, en vez de ser por un plazo largo, se hacen para ser renegociados cada tantos meses. Obviamente, esto conlleva inseguridad en las transacciones.

Otra respuesta común es tratar de adivinar la tasa de inflación para el futuro del modo más cercano posible. Ejemplo: si alquilo un inmueble por tres años y la tasa de inflación anual es de un 12%, estipulamos un incremento en el precio del alquiler equivalente al 12% después del primer año, y otro 12% después del segundo año; o, alternativamente, se aumenta el precio en un 8% desde el inicio del contrato, pensando que así se observará el nivel de inflación. Estos arreglos, aunque comunes, tienen aspectos negativos, como son la dificultad de predecir correctamente y el propio efecto inflacionario a que conllevan, sin mencionar la inseguridad o incertidumbre en cuanto al alcance de las obligaciones.

Un instrumento consensual más adecuado es la inclusión de cláusulas de estabilización. Los tratadistas distinguen cuatro tipos de cláusulas de estabilización:

- 1) Cláusulas que ligan el precio contratado al de algunas mercancías (*commodity clauses*);
- 2) Cláusulas de oro plata (*gold clauses*);
- 3) Cláusulas de divisas extranjeras (*foreign currency clauses*);
- 4) Cláusulas de índices de precios (*index clauses*).

Las cláusulas de mercancía usan algún bien, tanto como valor que como un medio de pago. Un ejemplo común podría ser la aparcería, en que un arrendamiento de tierras se valúa en base a una parte de la cosecha.

Las cláusulas que atan el precio al del oro o la plata fueron la forma más común de proteger los acreedores de los riesgos de la depreciación monetaria, pero este tipo de cláusula choca con obstáculos legales y prácticamente ha desaparecido en la mayoría de los países, aunque conserva alguna importancia en las convenciones internacionales.

Las cláusulas de divisas extranjeras constituyen otro instrumento de estabilización comúnmente empleado. Consisten en requerir el pago en una moneda *dura* relativamente estable. La divisa extranjera puede servir como unidad de contabilización o como unidad de pago. Ejemplo: se alquila un inmueble en US\$100.00 mensuales. (En este caso es tanto unidad de cuenta como medio de pago). Alternativamente, si se alquila uno a US\$100.00 mensuales pagaderos en pesos dominicanos, a la tasa del mercado libre al día de pago, se usa como unidad de cuenta.

Este tipo de cláusula choca con obvios obstáculos legales, excepto en los contratos internacionales donde es la norma. En países como el nuestro, puede considerarse nula y vacía de obligación cualquier cláusula que estipule el pago de obligaciones en el territorio nacional en divisa extranjera.

Otro inconveniente de las divisas es que no protegen contra la inflación en el país de la moneda *dura*. Por ejemplo, el dólar en algunos períodos ha declinado en los Estados Unidos hasta en un 50% de su valor. Además, si ocurre una devaluación, unida a medidas fuertes de control de cambio, también pueden sufrirse dificultades.

Las cláusulas de indexación de precios, llamadas también cláusulas de costo de la vida, o escaladoras, prevén medidas de corrección monetaria.

La manera más efectiva, para la mayoría de las partes contratantes, de protegerse frente a la inflación es vinculando el valor de su negociación al índice de precios, ampliamente basado, tal como el índice de precios del consumidor o el llamado *wholesale* (por mayor), así como el deflactor implícito del producto interno bruto.

El ejemplo más corriente de uso de este tipo de cláusula es en las negociaciones de pactos colectivos. Algunas cláusulas ajustan los salarios en base a un porcentaje del incremento en el índice de precios; otros lo ajustan por el incremento total y a veces por más; aunque a menudo se les fija un tope.

Este tipo de cláusula se considera válida a menos que exista una prohibición legal expresa. En algunos países, como Francia, la experiencia judicial ha sido muy cambiante, ya que a veces se ha invocado el concepto de orden público para rechazar su inclusión; y otras, el de conflicto con el principio de *cours forcé*. En otros países, en algunos momentos, se ha prohibido la inclusión de cláusulas de indexación en algún tipo de contrato.

Aunque los estudiosos señalan que la mejor manera de proteger los contratos contra las distorsiones inflacionarias es la indexación, advierten que se debe tener mucho cuidado en la elaboración de las mismas, para asegurarse que se satisfagan las necesidades y propósitos de las partes. También hay que tomar en cuenta que estas cláusulas no son adecuadas para todos los tipos de contratos, ya que muchas partes encuentran difícil aceptar obligaciones cuyo costo nominal permanece indeterminado, como en el caso de préstamos en los que el prestatario no tenga la seguridad de que sus niveles de ingresos van a aumentar paralelamente con el índice de inflación.

2. Ejemplos de las áreas de gran distorsión por la inflación

Los intentos de remedios jurídicos contra las distorsiones en el valor de las obligaciones, causadas por inflación, son más urgentes allí donde el área es más sensible a los cambios sustanciales de precios; por ejemplo:

- Préstamos a largo plazo
- Hipotecas
- Seguros
- Pensiones
- Arrendamientos por períodos largos
- Ventas a plazos
- Contratos en el área de la construcción

El mercado financiero es muy sensible a la inflación en lo que concierne a los préstamos a largo plazo, en razón de las serias distorsiones que induce el proceso inflacionario. Por razones de supervivencia este sector requiere cambios en las instituciones legales existentes. Las restricciones a las tasas de intereses, unidas a una estructura fiscal nominalista, dan por resultado un peligro de desaparición del mercado financiero cuando se llega a un período de inflación severa, o a su reaparición disimulada en modalidades *informales*. Generalmente, los países que enfrentan inflación tienen que optar por estimular la indexación de precios o por liberar las tasas de interés, a menos que se esté dispuesto a prescindir de los beneficios del crédito regular y de los seguros.

Ciertamente, la indexación no es una panacea para las distorsiones inflacionarias del mercado financiero y crediticio. Es difícil para muchas compañías y negociantes manejar costos de sus créditos que únicamente pueden ser calculados *ex post facto*; como también es difícil para los prestamistas asegurarse de que tendrán ingresos que aumenten al mismo tiempo que la tasa de sus obligaciones indexadas. No obstante, mientras persista la inflación, hay claras ventajas en indexar los créditos y la actividad financiera. La indexación permite a los bancos al menos operar en una forma más o menos normal en períodos de inflación. Lo mismo puede deducirse de las compañías aseguradoras y de las negociaciones de ahorros y préstamos y otras intermediarias financieras. La indexación evita la intermediación que tiende a paralizar la industria de la construcción y a evaporar el dinero de las hipotecas; así como permitir la indexación y planificar a largo plazo e invertir a pesar de la inflación.

En cuanto a las hipotecas, es posible también indexar las hipotecas por alguno de los métodos usuales de indexación.

Otra técnica para paliar los efectos de la inflación sobre préstamos hipotecarios es la hipoteca a tasa variable. Esto es, cambiando la tasa de interés, no el principal, de acuerdo a ciertos barómetros de la presión monetaria. Por ejemplo, en Estados Unidos se liga la tasa de interés al costo promedio de los depósitos de ahorros y préstamos en las asociaciones de ahorros y préstamos, o a la tasa promedio nacional de interés en nuevas hipotecas.

Otra fórmula es la de la tasa hipotecaria renegociable, que consiste en una serie de préstamos de corto plazo, entre 3 y 5 años, automáticamente renovables por igual período, y garantizados por una hipoteca a largo plazo hasta 30 años.

En el sector *seguro* se utilizan también las pólizas indexadas, así como el seguro de vida variable. De lo contrario, el beneficio del seguro perdería realidad y los propios beneficios de las compañías aseguradoras disminuirían.

Gracias a la indexación la seguridad social, así como los beneficiarios de pensiones y anualidades pueden encontrar la forma de mantener el valor real de sus beneficios. Cinco métodos de reajuste son usados:

1. Cambiar la fórmula de los beneficios
2. Revaluación de la base de ganancia
3. *Ajusted ad hoc*
4. Revisión automática de los beneficios al alcanzar X %
5. Indexación automática según un índice de precios o salarios

Una estructura fiscal sufre distorsiones a causa de la inflación de formas diversas, particularmente el impuesto sobre la renta. Aunque el valor real de los impuestos *ad valorem* es poco afectado por la inflación, el valor real de otros impuestos se reduce substancialmente, por ejemplo, impuestos a la propiedad o impuestos de un valor nominal específico.

Principalmente, los efectos de la inflación sobre los impuestos progresivos a la renta presentan importantes y complejas distorsiones.

El efecto neto de la falta de flexibilidad del sistema fiscal para adaptarse a cambios substanciales en el poder de compra de la moneda nacional es una importante redistribución de la carga fiscal y de los beneficios derivados de dicho sistema. Existen varios métodos para asegurarse que los impuestos sólo carguen ganancias reales, los cuales además pueden combinarse. Cabe mencionar:

- *The flat porcentaje rates*: Excluir la ganancia de impuesto
- Reducir el impuesto mismo
- Ajustar la base de costo
- La corrección monetaria de los costos históricos

El argumento más convincente para indexar el impuesto sobre la renta es que eso ayuda a asegurar que las firmas y los individuos sean tributados únicamente en sus ganancias económicas reales. Eso evita que el impuesto sobre la renta se convierta en un impuesto al capital.

La principal objeción a la indexación es el alegato de que produce la aceleración de la inflación. Se piensa que si todo el mundo ajusta los contratos, esto tendría un efecto inflacionario notorio. Sin embargo, no está clara la existencia de un vínculo causal entre una cosa y otra.

No obstante las dificultades técnicas innegables, la indexación presenta claras ventajas, como hemos señalado. Aunque es claro que no es un remedio final contra la inflación, sino únicamente una forma de paliar sus efectos negativos.

Conclusión

En estas notas hemos argumentado a favor de la búsqueda de remedios jurídicos frente a las distorsiones en el valor de las obligaciones a causa de la inflación. Hemos examinado la posibilidad de que esos remedios sean introducidos por el legislador en áreas cruciales y circunstancias graves, así como de que los tribunales revalúen las obligaciones afectadas en su equilibrio. No obstante, la experiencia histórica sugiere la conveniencia de

que esos remedios sean procurados preventivamente mediante cláusulas estabilizadoras incluidas en los contratos.

La vinculación del valor de las obligaciones a índices de precios de carácter global parece claramente ventajosa en áreas muy importantes de la economía, tales como préstamos a largo plazo, préstamos hipotecarios, seguros, impuestos, pensiones y otros.

Está claro, sin embargo, que la indexación no es una panacea y que exige enfrentar dificultades técnicas serias y a veces restricciones de orden legal o judicial.

La inflación en nuestro país no es todavía tan severa y crónica como en los países del cono sur latinoamericano y como la conocida por países europeos después de las grandes guerras. Por eso este es el momento oportuno para estudiar con seriedad el asunto y anticipar los remedios jurídicos adecuados. Confiamos en que estas ideas contribuyan a la consecución de tan importante tarea de interés público, al abrir el debate sobre el tema y sugerir algunas posibles alternativas. Hacemos voto para que esta invitación a la investigación y al diálogo constructivo sea acogida con seriedad y entusiasmo, ahora que todavía tenemos tiempo... pero no mucho tiempo.

La conversión de la deuda externa en inversión*

Enrique de Marchena Kaluche**

* Coloquios Jurídicos, Julio-Diciembre del 1987, año 2, no. 3, páginas 11-23.

** ENRIQUE DE MARCHENA KALUCHE. Es egresado de la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (UNPHU). Laboró como Abogado Asociado de Kaplan Russin, Vecchi & Heredia Bonetti, en donde se desempeñó en las áreas de inversión extranjera, financiamiento e inmobiliaria.

La conversión de la deuda externa en inversión

I. Aspectos generales

La conversión de la deuda externa en inversión, llamada por otros capitalización de la deuda externa, es hoy un instrumento activo de pago de la deuda externa utilizado en los países latinoamericanos cuya deuda externa conjunta alcanza un monto estimado en 400,000 millones de dólares. Países como Chile, México, Brasil, Argentina, Costa Rica, y Venezuela, por sólo citar algunos, muestran gran interés en esta fórmula de pago de la deuda externa, habiendo ya algunos de ellos convertido a la fecha una parte considerable de la misma en moneda nacional. Tal es el caso de Chile, primer país en aplicar oficialmente un programa de conversión de su deuda externa (mayo de 1895), que a la fecha le ha permitido convertir unos 1,600 millones de dólares de su deuda externa, un 8% de la misma estimada en 20,000 millones de dólares aproximadamente, y que continúa convirtiendo deuda externa en inversión a un ritmo de 25 a 30 millones de dólares por mes.

Este sistema que permite la compra y venta de deuda en divisas extranjeras, obteniendo el adquirento luego de la conversión de una suma en igual cantidad en moneda nacional o en naturaleza a la deuda en divisas extranjeras de acuerdo a la tasa de cambio vigente, presenta múltiples ventajas al igual que ciertas desventajas y limitaciones, tanto para el acreedor original de la deuda, el adquirente de la misma, si lo hubiere, como para el deudor, en nuestro caso la República Dominicana.

Precisamente por ello, y por encontrarse nuestro país en apariencia en la antesala de estructurar y dar a conocer en el presente año su programa de conversión de la deuda externa en inversión, habiendo a la fecha efectuado 19 transacciones de cambio o canje de deudas con otros bancos (*swaps*), y preparándose una bien conformada delegación del Banco Central y de la Secretaría de Estado de Finanzas para partir en los próximos días a México y poder conocer *in situ* la experiencia vivida por estos países, es que creo oportuno el análisis de los beneficios, posibles desventajas y limitaciones que pudiera tener para el mismo un programa de conversión de la deuda externa en inversión. Claro está que soy de los que creen que la deuda

debe pagarse sin impedir con ello el crecimiento del país. No soy de los que aspiran a vivir en un Estado al cual le sean denegadas las diferentes vías para lograr su crecimiento, a la vez que para solucionar la crisis de la deuda, como son:

1) La misma conversión de la deuda externa en inversión.

2) El aumento de los flujos de desembolsos o créditos y el financiamiento de nuevos proyectos por parte de los organismos multilaterales y las agencias de los gobiernos.

3) La posibilidad de reestructuración de la deuda externa con los gobiernos que conforman el llamado *Club de París*, y la revisión del contrato con la banca comercial internacional, del cual hablaré más adelante.

4) La posibilidad de negociar acuerdos, financieros o no, con el Fondo Monetario Internacional (FMI).

5) Otras más.

En tal sentido, veamos ahora los posibles beneficios que pudiera obtener la República Dominicana a través de un programa de conversión de la deuda externa en inversión.

a) Beneficios a obtener por el deudor, la República Dominicana, sujeto principal de nuestro interés:

1.- En una forma de pago de una porción considerable de su deuda externa, sin conllevar tal acción de pago una disminución de las reservas en divisas extranjeras del país. Según informe publicado por el Banco Central cortado como servicio de la deuda externa global del país para 1985, la misma ascendía a US\$3,719.5 millones de dólares, estimándose hoy en unos US\$4,200 millones de dólares. A la vez que reduce la deuda en términos del capital de la misma, consecuentemente reduce los intereses anuales a ser pagados por el país en vista del capital adeudado. Basta mencionar que sólo por concepto de pago de la deuda externa pública, estimado para el 1987 en 956.3 millones de dólares, el país requiere de un 25.5% en exceso de sus exportaciones en bienes correspondientes al presente año, estimadas en 761.7 millones de dólares.

2.- Supone la reducción de un porcentaje de la deuda a ser pagada vía conversión en inversión, como consecuencia de la aplicación de una tasa de descuento. Esta ha sido establecida, por ejemplo en el caso de México, entre un 0 y un 25% de la deuda en divisas extranjeras a ser convertida en moneda nacional, dependiendo del área al cual vaya dirigida la inversión, pudiendo obtenerse una tasa de descuento mayor en el caso de otros países. Un caso muy conocido que he de citar a fin de ilustrar de manera sencilla el mecanismo bajo el cual se opera la conversión de deuda en inversión, es el de la empresa japonesa *Nissan*, que compró 60 millones de dólares de deuda a *Citicorp* por 40 millones de dólares en 1985, es decir, obtuvo de *Citicorp* una tasa de descuento sobre el valor nominal de la deuda de un 33.3% y la convirtió al Banco Central de México por 54 millones de dólares, que luego invirtió en pesos mexicanos en sus subsidiarias *Nissan-México*. *Citicorp* recuperó 40 millones de dólares, lo cual le resultó atractivo debido a que aumentó su capacidad de estabilizar sus activos en riesgo, aunque algunos dirán desde otra óptica que perdió 20 millones de dólares. En realidad lo que hizo fue revalorar su deuda acorde con su precio en el mercado. *Nissan* ganó 14 millones de dólares en la operación, es decir, que finalmente obtuvo una tasa de descuento sobre el valor nominal de deuda de un 23.3%. El Banco Central de México dejó de pagar 6 millones de dólares, es decir, obtuvo una tasa de descuento de un 10% sobre el valor nominal de la deuda.

3.- Es una forma de atraer inversiones al país, en vista de que se invertirán en el mismo las sumas recibidas en moneda nacional al efectuarse la conversión de la deuda.

En el proceso específico del adquirente de la deuda, el atractivo principal que presenta es una reducción en el costo de su inversión al recibir una tasa de descuento cuando adquiere la deuda del acreedor original de la misma.

4.- Es una forma de modelar el desarrollo del país, puesto que permite al mismo regular las áreas y condiciones en que deberá hacerse la inversión al efectuarse la conversión de la deuda. En estos momentos en que el país está incentivando una economía de exportación, que permita la obtención de divisas extranjeras, permite dirigir los capitales a ser invertidos a las áreas de mayor generación de ellas, las de exportación de bienes y servicios.

5.- Es una forma de atraer al país divisas extranjeras, no sólo como producto de las exportaciones futuras de bienes y servicios,

sino también como consecuencia de que un componente de la inversión viene dado por importaciones de bienes y servicios. Esto así, y se establece cuando se suscribe el compromiso con el inversionista, que estos bienes y servicios sean adquiridos con divisas no provenientes del mercado nacional. Estas divisas extranjeras, tal y como señalé, vendrán dadas en importaciones de bienes y servicios al país.

6.- Permite la creación de numerosos empleos, con el impacto socio-económico que esto supone. Considerando que el desempleo en nuestro país alcanza un 26% de la población económicamente activa y con las modalidades de sub-empleo aumenta a un 40%, es pues uno de los beneficios mayores a ser considerados.

7.- Es pues una forma de motorizar el crecimiento y desarrollo de nuestra economía y, en consecuencia del país, sin lo cual no podremos aspirar a una mejor vida.

b) Posibles aspectos negativos de la misma son:

1.- Supone la emisión de moneda nacional para el pago de la deuda externa a ser cancelada, la venta de activos propiedad del Estado, el arrendamiento a mediado o largo plazo de los mismos, la emisión de bonos u otros. Con una política debidamente definida y clara, a la cual se le dé permanente seguimiento y control, en cualesquiera de estos casos, pudiera no gravitar en una expansión monetaria, es decir, un exceso de circulante, al igual que en un aumento de la inflación en el país. Finalmente, tampoco incidiría en lo que algunos califican como “pérdida de nuestra soberanía”. Como dato curioso me limitaré a señalar que países con concepciones tan nacionalistas como México y Brasil han dejado esto a un lado y han acogido la conversión de la deuda como un instrumento válido. Más aun, en Brasil un legislador sometió un proyecto que prohíbe la conversión de la deuda criticando su carácter antipatriótico, siendo duramente recibido por amplios sectores de la nación, incluyendo la prensa, pudiendo afirmarse que ni el legislador ni el proyecto han tenido acogida en el sector público ni en el privado, según informan los cables internacionales.

2.- Supone una modalidad diferente de inversión extranjera directa, puesto que no está avalada en aportes totalmente provenientes del extranjero a ser invertidos en el capital de una empresa. A esto me referiré más adelante.

c) Finalmente, las limitaciones que presenta la conversión de la deuda externa en inversión han sido expresadas por aquellos que consideran que este sistema es sólo de ayuda marginal, estimando que sólo un porcentaje de nuestra deuda externa pública puede ser convertida en moneda nacional, en vista de la estructura de la misma. Esto es, que según cifras preliminares la deuda externa pública del país, al finalizar el año 1986, totalizaba 3,647 millones de dólares aproximadamente, y de ella sólo un 22.5% es pasible de ser convertida en inversión, debido a que éste es el componente de la misma con los bancos comerciales, siendo un 30% de la deuda externa pública con organismos internacionales, un 44.2% con los gobiernos que integran el *Club de París*, la llamada deuda bilateral, y el restante 3.1% con suplidores y otros acreedores.

II. Aspectos legales

Para implementar el sistema de conversión de la deuda externa en inversión en nuestro país, debe ser examinado: (a) el marco legal de aplicación a fin de determinar la figura jurídica que envuelve la operación a ser realizada; asimismo (b) cuáles son los acuerdos suscritos por el país que de forma alguna puedan ser controvertidos con la aplicación de este instrumento de pago de la deuda externa. Igualmente (c), se deben establecer las enmiendas a ser efectuadas sobre las legislaciones actualmente vigentes en el país, contentivas de aspectos jurídicos envueltos en la conversión de la deuda, así como se hace necesario (d) la creación de un nuevo estatuto legal que regule los aspectos relativos a la conversión de la deuda externa en inversión en la República Dominicana. Analizaremos cada uno de estos aspectos jurídicos envueltos, en lo adelante.

a) La operación que supone la conversión de la deuda externa en inversión, tal y como ha sido previamente definida, está contemplada por los artículos 1271 al 1281 de nuestro Código Civil, cuando establecen la existencia de una “novación” en tres situaciones diferentes, siendo una de ellas *cuando por efecto de nuevo compromiso se sustituye por un nuevo acreedor al antiguo, respecto al cual el deudor se encuentra libre*. Así, la novación extingue una operación para reemplazarla por otra evitando así tener que proceder a dos operaciones sucesivas y distintas: extinción y luego creación. Requiere ella de la voluntad de los obligados (del acreedor y deudor originarios) para crear un vínculo

entre las dos obligaciones de la sustitución de una obligación por la otra (la extinción de una obligación válida y la creación de una obligación válida) y de un elemento nuevo (cambio del acreedor de las obligaciones). En ese sentido, sus efectos son que hace desaparecer la obligación antigua con las acciones y excepciones que estaban unidas a ella, así como sus garantías, excepción hecha de que el nuevo acreedor estipule el mantenimiento de las garantías existentes para la obligación que se extingue al efectuarse la novación.

b) En cuanto a conocer cuáles son los acuerdos suscritos por el país que de forma alguna pudieran ser contravenidos con la conversión de deudas en inversión, hemos señalado que sólo el componente de la deuda externa pública del país existente con los bancos comerciales internacionales es pasible de ser convertida en inversión. En tal sentido, se requiere para ello que el instrumento que regula las relaciones comerciales con los bancos comerciales acreedores así lo permita. El contrato de renegociación de la deuda externa y sus anexos suscritos en fecha 24 de febrero de 1986 en la ciudad de New York entre el Banco Central de la República Dominicana, como prestatario, el Estado Dominicano como garante, y el *Royal Bank of Canada* como agente coordinador, por un monto de 765 millones de dólares, aprobado mediante la Resolución No. 18-86 de las cámaras legislativas y promulgado en fecha 7 de mayo de 1986 (Gaceta Oficial No. 9691 del 1ro. de agosto de 1986), no contempla la posibilidad de que mediante la cesión de parte o la totalidad de la deuda por cualquier banco o agente existente, pueda ser ésta luego convertida en inversión al recibirse una suma en igual cantidad en moneda nacional o en naturaleza a la deuda en divisas extranjeras de acuerdo a la tasa vigente, previo un descuento otorgado a favor del Banco Central.

En tal sentido, las autoridades del Banco Central han iniciado esfuerzos a través de sus representantes legales en New York para enmendar los términos del contrato de referencia en el sentido que sea modificada la cláusula 11.06 (b) del mismo, a fin de que ella goce de mayor amplitud, y sea introducida una nueva cláusula, posiblemente la 5.14 que se refiere al repago opcional en moneda nacional.

Así, la cláusula 11.06 (b) establece la posibilidad de que “cualquier banco y cualquier agente existente pueden, notificándosele previamente por escrito al Banco Central, al

Estado Dominicano, cualquier otro deudor original del sector público y agente coordinador, ceder a cualquier institución financiera (o cualquier otra entidad en el caso de un agente existente), la totalidad, parte o cualquier participación en los derechos y beneficios de dicho banco en virtud de este contrato, en el entendido de que dicho cesionario haya asumido todas las obligaciones de dicho banco cedente en relación con aquellos derechos en virtud de este contrato, y el agente coordinador deberá haber recibido un acuerdo (que le sea satisfactorio en cuanto a la forma) firmado por el cesionario, en el sentido de que éste está obligado por este contrato tan plenamente y en la misma medida como si hubiere sido un banco o un agente existente en el presente contrato”.

Como se lee, ella permite, sujeta a ciertas condiciones y requisitos, la cesión de la totalidad, parte o cualquier participación en los derechos y beneficios de dicho banco cedente en virtud del contrato, significando lo anterior que en realidad lo que se produce es una cesión de derechos, no una cesión de deuda en sí, y esto así porque la sección 5.05 del contrato establece el procedimiento para los pagos, señala que todos los pagos que debe hacer el prestatario (Banco Central) o el garante (el Estado Dominicano) deberán hacerse directamente al agente coordinador, el cual hará que se distribuyan con prontitud y a prorrata a los bancos pertinentes de conformidad con los términos del contrato. Son pues necesarias las referidas enmiendas al instrumento que nos regula en cuanto a nuestra deuda externa con la banca privada internacional.

c) Se hace necesario, igualmente, una revisión de las legislaciones vigentes en el país, contentivas de aspectos jurídicos envueltos en la conversión de la deuda externa en inversión. Previo a ello habría que determinar quiénes podrían ser los sujetos que podrían beneficiarse de la operación. Chile, por citar un ejemplo, y más recientemente México, permiten a cualquier persona natural o jurídica, residente o no residente en el país, efectuar operaciones con pagarés de la deuda externa.

Así, las personas naturales o jurídicas nacionales no tendrían a nuestro mejor entender limitación alguna de tipo jurídico, salvo las que le impusiera el instrumento jurídico que se creara para regular las operaciones de conversión de la deuda externa en inversión.

1.- En cuanto a las limitaciones para las personas naturales o jurídicas extranjeras, residentes o no residentes en el país, serían aquellas impuestas por sus propias legislaciones, las que le impone nuestra ley número 861 sobre inversión extranjera de fecha 22 de julio de 1978 y sus modificaciones, y aquellas que afecten el área de inversión específica al cual dirijan las sumas que reciban por concepto de la conversión de la deuda. En cuanto a la ley número 861 sobre inversión extranjera, y sus modificaciones, ésta sería aplicable, en principio, a pesar de que como señalé la conversión de deudas en inversión supone una modalidad diferente de inversión extranjera directa, puesto que no está avalada en aportes totalmente provenientes del extranjero a ser invertidos en el capital de una empresa. Esto así porque, si bien el acreedor de la deuda o el adquiriente de la misma poseen un título de deuda expresado en divisas extranjeras, al efectuarse la conversión de la deuda en inversión, el mismo se convierte en una suma en pesos dominicanos que será la que se invertirá en el área específica a la cual deseen dirigirse dichos capitales. No obstante, entendemos que la inversión a ser efectuada debe beneficiarse de los términos de la legislación nuestra que dispone lo relativo a la inversión extranjera, puesto que si bien ésta ha perdido su justo valor, a partir de la segunda resolución de la Junta Monetaria de fecha 10 de mayo de 1984, que establece el registro sin obligación cambiaria, es esta ley la que establece los parámetros que rigen la inversión extranjera en el país. Así, ella dispone de modo principal lo relativo al registro de la inversión en el Banco Central, la remesa de utilidades y del capital invertido, áreas en las cuales se permite la inversión extranjera y otros, aspectos, todos que habría que considerar al momento de crear el estatuto legal que regule los aspectos relativos a la conversión de la deuda externa en inversión en la República Dominicana. En tal sentido, analizaremos los mismos en lo adelante, cuando nos refiramos a dicho estatuto legal que deberá regular la conversión de deudas en inversión en nuestro país.

2.- En cuanto a las áreas en las cuales se permitiría la inversión de capitales recibidos por la conversión de la deuda externa, promulgamos, al igual que la gran mayoría de las personas que se han pronunciado sobre el tema, por el fomento de las siguientes:

- a) Turismo
- b) Agroindustria
- c) Zonas Francas

Esto así porque son estas áreas, consideradas prioritarias para el desarrollo del país, las que proveen divisas extranjeras en mayor volumen al mismo, a la vez que permiten la creación de una gran cantidad de empleos directos e indirectos, ambos factores incidentes sobre la situación socio-económica de la República Dominicana.

3. Nuestras leyes número 153 de Promoción e Incentivo del Desarrollo Turístico y número 299 de Incentivo y Protección Industrial (Clasificación A para Zonas Francas), no establecen limitación alguna en cuanto a la inversión extranjera que pueda llevarse a cabo en las áreas que ellas reglamentan, es decir, permiten a una persona natural o jurídica extranjera invertir libremente sus capitales en ellas. No sucede lo mismo con las leyes número 409 de Incentivo Agroindustrial y número 532 de Promoción Agrícola y Ganadera, las cuales restringen en sus artículos 4 y 41, respectivamente, a un 49% los derechos de propiedad por inversionistas extranjeros en una empresa agroindustrial que desee acogerse a los beneficios otorgados por ella. Sería esto último un escollo a salvar a fin de permitir, si se estimase de conveniencia y prioridad al país, un libre flujo de inversiones extranjeras, provenientes o no de la conversión de la deuda, en esta área de indiscutible importancia para el futuro del país.

d) Finalmente, y como hemos indicado, se hace necesaria la creación de un estatuto legal que pauté las regulaciones específicas para la conversión de la deuda en inversión en la República Dominicana. El mismo deberá contener los aspectos operacionales, legales, fiscales, monetarios u otros envueltos en la conversión.

1.- Deberá ser un documento debidamente definido y claro, entendiéndose a la vez que deberá ser lo suficientemente amplio como para permitir la evaluación de cada solicitud en particular.

2.- Deberá señalar los sujetos pasibles de envolverse en este tipo de operación, previendo la posibilidad de que tanto nacionales como extranjeros participen, a la vez que puedan surgir coinversiones en proyectos y áreas determinadas.

3.- Deberá establecer lo relativo al registro de la investigación extranjera que bien pudiera efectuarse acorde con el artículo 8 de la ley número 861 sobre Inversión Extranjera y sus modificaciones

en moneda de libre convertibilidad, más aun por el monto en divisas extranjeras avalado por el título de la deuda, menos el descuento otorgado a favor del Banco Central.

4.- Deberá pautar lo relativo a la remesa de utilidades y del capital invertido, estableciendo diferencias si las hubiere en el caso de conversiones realizadas por personas físicas o jurídicas extranjeras, residentes o no en el país, y personas físicas o jurídicas nacionales no residentes en el país versus aquellas nacionales residentes en el mismo. Debe señalar también cómo podrá efectuarse la remesa de utilidades y del capital invertido, que es un aspecto de extrema importancia. En el caso de Chile, por ejemplo, sólo se permite la remesa de un 10% de las utilidades en los primeros cuatro años, y a partir del quinto año por montos que no excedan el 25% de las utilidades líquidas. Los capitales invertidos, por su parte, no pueden remesarse antes de transcurrido un plazo de diez años, contados desde la fecha en que efectivamente se materialice la inversión. En tal virtud, sería conveniente ponderar nueva vez una modificación a la ley número 861 sobre Inversión Extranjera y sus modificaciones, de modo que se adecue la misma al momento en que vivimos y a las diferentes resoluciones del Banco Central que han hecho de ella un instrumento legal marginal, al mismo tiempo que se le dé entrada a la conversión de deuda externa en inversión que pudiera conllevar un régimen diferente en ciertos aspectos a la misma, tales como remesa de utilidades y del capital invertido. Claro está que otra posibilidad sería que el estatuto legal que dé nacimiento a un programa de conversión de la deuda externa en inversión en la República Dominicana, sea una nueva ley dictada a esos fines.

5.- Finalmente, entiendo que deberán eficientizarse los mecanismos de registro de la inversión extranjera resultante de la conversión de la deuda, eliminando en lo posible las gestiones burocráticas envueltas en las operaciones, pero sobre todo siendo de tal modo programático que se eviten cambios de reglas de juego en cada momento.

No me caben dudas de que la conversión de la deuda externa en inversión es una alternativa saludable al país, y que en tal virtud debe ser implementada.

Principales aspectos de los contratos de reestructuración de la deuda externa*

*Ana Rosa Bergés de Farray***

* Coloquios Jurídicos, Julio-Diciembre del 1987, año 2, no. 3, páginas 73-86.

** ANA ROSA BERGÉS DE FARRAY. Es egresada de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), graduada Magna Cum-Laude de la promoción 1964, también es licenciada en Ciencias Políticas y Sociales (1968), Universidad Católica de Lovaina (Bélgica) con grado de distinción. Ex-Consultora Jurídica del Banco Central y de la Sociedad Industrial Dominicana. En la actualidad es juez de la Suprema Corte de Justicia.

Principales aspectos de los contratos de reestructuración de la deuda externa

“Si yo le debo a un banco mil libras, yo estoy a la merced del banco, pero si yo le debo un millón de libras al Banco, el Banco está a mi merced”.

Lord Keynes

El proceso de endeudamiento externo en los países subdesarrollados, incluyendo dentro de esta denominación algunos países del bloque comunista, tales como Polonia, Bulgaria y Yugoslavia, se ha visto incrementado en los últimos tiempos.

Si tomamos, por ejemplo, el monto de la deuda en el período entre los años 1973 y 1983, comprobamos que la misma ha ascendido de US\$ 80.0 billones a US\$ 800.00 billones. Tan crítica situación es generadora evidente de gran inestabilidad en el sistema económico y financiero mundial.

Realmente, en las últimas décadas los países del tercer mundo emprendieron la carrera del endeudamiento externo. Hay quienes atribuyen a los acreedores un alto porcentaje de responsabilidad, ya que se afirma que las entidades del sistema financiero no evaluaron suficientemente la capacidad del repago de sus potenciales deudores. Sin embargo, cabe señalar que tratándose de naciones soberanas, y no de simples personas físicas o morales, los acreedores aparentemente se limitaron a aceptar el famoso principio de que “el Estado siempre se presume solvente.”

No obstante, podríamos abocarnos a señalar algunas causas que se señalan como generadoras de esta crisis, las cuales podrían ser: la recesión mundial, que deterioró los términos de intercambio comercial hasta llevar a una *quasi* paralización del comercio; la caída abrupta de los precios de los principales productos de exportación de los países subdesarrollados; el aumento exorbitante en los precios del petróleo, así como el aumento de las tasas de interés que vieron un incremento de un 1% anual a un 6.5% anual. Hasta 1979 los pagos de intereses en los préstamos equivalían a menos de la mitad de lo que se pagaba por el capital. Sin embargo, a partir de esa fecha asistimos a una

inversión de la situación, y ya hacia 1981 los pagos de intereses eran del orden de más del doble del capital.

La brecha que se genera en la balanza de pago de los países por las causas mencionadas anteriormente son cubiertas, generalmente, sea por inversión extranjera, sea por préstamos externos. Pero la crisis se agudiza teniendo en cuenta que a la inestabilidad económica se agrega la inestabilidad política que viene como corolario, por lo que asistimos a una creciente disminución o ausencia total de inversión extranjera en términos generales y, por lo demás, a una fuga de capitales, lo cual evidentemente descorazona a los inversionistas y completa el panorama desesperado de muchos países.

Hace varios años tuve el placer y el honor de mantener un conversatorio con ustedes, en este mismo lugar, sobre los contratos de préstamos sindicados; en la tarde de hoy me gustaría conversarles sobre un nuevo tipo de contrato diseñado para reprogramar los pagos de la mayor parte de la deuda externa, mediante un contrato que contiene cláusulas sofisticadas para garantía de determinados principios.

Quisiera que se me permitiera abordar el tema de manera general, ya que la República Dominicana es un caso más dentro de la generalidad de los países subdesarrollados que han sufrido, primero el proceso de endeudamiento, y ahora el proceso de reestructuración de su deuda.

I. Definición de deuda externa

Las renegociaciones de deuda generalmente se limitan a la deuda externa de un país. Es importante definir el concepto de deuda externa, ya que a partir de dicha definición operacional se podrá identificar la clase de deuda que será objeto de reestructuración.

Usualmente se puede definir la deuda a reestructurar como toda deuda que resulte de préstamos de dinero o deudas originadas en la compra de bienes o servicios, las cuales han de ser pagaderas en una moneda diferente a la moneda local y a una persona cuyo principal establecimiento esté radicado en el extranjero.

Resulta interesante poder determinar si dentro de esta definición se incluye la deuda externa pública únicamente, o si la deuda del sector privado debe ser incluida y, por tanto, reestructurada conjuntamente con la deuda pública externa. Naturalmente, esta decisión dependerá de la situación que gobierne la deuda privada, de suerte que, por ejemplo, si un préstamo del sector privado tiene la garantía del Gobierno o del sector público, con toda seguridad los prestamistas podrán hacer pública dicha deuda que, originalmente, era privada únicamente valía del expedito procedimiento de llamar al garante en garantía en el momento oportuno.

De esta manera llegamos al momento de definir lo que se ha de considerar deuda excluida, es decir, la deuda que no va a ser reestructurada, sea en razón de la naturaleza de la deuda, sea en razón de la identidad del prestamista. Hay una serie de deudas que reciben un tratamiento particular y que, por ende, son excluidas de las negociaciones, tales como:

1) Las deudas contraídas por el Estado con los organismos internacionales de financiamiento, tales como FMI, el Banco Mundial, el BID, etc. En general, los contratos con tales organismos contienen provisiones según las cuales dichos financiamientos no pueden ser reestructurados.

2) Deudas antigubernamentales. Generalmente las deudas con los gobiernos son renegociadas en términos particulares en el *Club de París*.

3) Deudas nacidas de la emisión de bonos, certificados de depósitos o pagarés, los cuales son difícilmente negociables en razón de que, en algunos casos, se hace imposible conocer quién es el deudor.

4) Deudas contraídas con la garantía de agencias gubernamentales. Tal es el caso de las deudas contraídas con el *Eximbank* de los Estados Unidos. Estas deudas también son renegociables en el *Club de París*.

5) Créditos de corto plazo. Precisamente porque la reestructuración prevé obligaciones a mediano y largo plazos.

6) Ventas futuras de cambio extranjero y metales preciosos, porque asimismo constituyen negocios a corto plazo.

7) Obligaciones nacidas de contratos de *Leasing*. En razón de la naturaleza misma de dicha figura jurídica, el objeto del contrato del *Leasing* constituye una garantía real, lo cual daría un tratamiento preferencial a tales acreedores frente a los demás acreedores del país;

8) Préstamos con garantías colaterales, en razón de que contienen cláusulas preferenciales frente a los demás acreedores.¹

Otro aspecto que debe ser determinado es quién será el deudor en el contrato de renegociación. Los candidatos pueden ser:

- a) El deudor del sector público original.
- b) El deudor del sector público con la garantía del Estado o del Banco Central.
- c) El Banco Central.
- d) El Banco Central con la garantía del Estado.
- e) El Estado mismo.

Usualmente, la mayor parte de los bancos comerciales presionan en el sentido de que los contratos de reestructuración sean celebrados con el Estado directamente o bien con el Banco Central como el deudor primario a nombre de todos los deudores del sector público, con la garantía del Estado. Argumentan que frente a tantos deudores individuales los bancos aseguran un tratamiento igualitario, si pueden aglutinar toda la deuda en manos de un solo deudor.

Por otro lado, desde el punto de vista del Banco Central, es evidente el efecto centrípeto que se produce cuando toda la deuda externa se transforma en un solo riesgo para el Estado soberano sujeto, por consiguiente, al control y vigilancia de las autoridades financieras máximas del Estado.

¹ Véase en este sentido el documento preparado por el Institute of International Finance: *View on Legal Topics Associated with International Debt Restructuring*, Autor, Washington, 1984.

II.- Principios que dominan el contrato de reestructuración

a) Tratamiento igualitario para toda la deuda reestructurable.

Una vez determinada cuál será la deuda que será reestructurada, los bancos comerciales buscarán asegurarse que el prestatario imparta igual tratamiento a todos los prestamistas. Se supone que los bancos que acepten diferir y posponer el cobro del capital, se unen y de común acuerdo aceptan concertar con el deudor una nueva fórmula para el repago del capital y de los intereses.

Si el prestatario otorga un tratamiento preferencial a uno cualquiera de los bancos, evidentemente, se rompe el principio del tratamiento igualitario para todas las entidades implicadas en el acuerdo.

Dos provisiones se incluyen en el contrato a fin de evitar una situación de privilegio a favor de uno de los bancos. Estas provisiones son la llamada *sharing clause* o cláusula de compartir y la cláusula que inhibe el repago por parte del deudor en condiciones más favorables a otra deuda reestructurable.

Sharing clause

La cláusula de *sharing clause* es el acuerdo mediante el cual los prestamistas establecen un mecanismo para asegurar que cada banco participante, en un crédito sindicado, reciba un pago proporcional a su préstamo, en caso de que uno de los bancos sea favorecido con un pago. Evidentemente este pago proporcional será hecho por el favorecido.”²

b) Cláusula para evitar el pago más favorable de otra deuda sujeta a reestructuración.

Igualmente puede darse el caso de que una deuda que cae en los términos de la definición de la deuda reestructurable puede ser

² Hay dos variantes de la cláusula de *sharing clause*, una favorecida por los Estados Unidos y otra por las leyes británicas. En este sentido véase Mark Walker y Lee C. Bucheit: *Legal Issues on the Restructuring of Commercial Bank Loans Sovereign Borrowers*. En *Sovereign Lending: Managing Legal Risk*. Michael Gruson and Ralph Reisner Ed: Euromoney Publications Ltd., Londres, 1984, pp. 144 y siguientes.

repagada en términos más favorables que si se reestructura. En este caso, parecería poco interesante para este banco particular en una reestructuración, ya que de todas maneras se beneficiaría si obtiene el prepago.

Si el deudor paga a este banco de acuerdo con la cláusula Sharing, tendrá que pagar proporcionalmente a los demás bancos su préstamo en base a un prorrateo.

III. Garantía de tratamiento igualitario en los bancos frente a las deudas no estructurales

1) Las estipulaciones del prestatario y del garante contienen dos categorías principales, a saber: la cláusula de garantía negativa y la cláusula *pari-passu*.

a) La cláusula de garantía negativa (negativamente *pledge*).

La cláusula de garantía negativa prohíbe al prestatario que garantice con sus activos tangibles o intangibles, o con sus ingresos, uno o más acreedores. Esta provisión asegura a los bancos prestamistas un tratamiento igualitario frente a otros acreedores. De otra forma podrían, en ausencia de dicha cláusula, obtener para sus préstamos garantías hipotecarias, prendarias, avales, fianzas o cualquier otra forma de garantía real, en base a los activos e ingresos del prestatario, lo que en un proceso de liquidación dará prioridad frente a los bancos prestatarios, quienes como acreedores quirografarios mantienen préstamos sin garantía.

No obstante, se admiten determinadas excepciones para permitir al prestatario obtener, dado el caso, determinadas facilidades que finalmente permitan mayor ingreso al prestatario y, por ende, cierta flexibilidad para el pago a los propios bancos sindicados.

Dentro de estas excepciones de la cláusula de la garantía negativa, podemos mencionar las siguientes: 1) Gravámenes por el precio de compra no pagado de cualesquiera bienes adquiridos o poseídos por la República o cualquier organismo gubernamental, para garantizar el precio de compra de dicho bien o garantizar deudas externas contraídas solamente para los fines de financiar la adquisición de dichos bienes; 2) Gravámenes que existieren

sobre tales bienes a la fecha de su adquisición; 3) Depósitos hechos por cualquier organismo gubernamental exclusivamente para garantizar la emisión, en el curso normal de los negocios, de cartas de crédito destinadas a la importación de bienes a la República y que venzan en un plazo de un año, en el sentido de que el monto total de dichos depósitos no sobrepase \$50 millones en cualquier momento dado; 4) Gravámenes sobre los depósitos del Banco Central en monedas (que no sean pesos), adquiridas por el Banco Central de los importes de deudas externas a corto plazo del Banco Central y que se hubieren incurrido después de la fecha de este contrato y que garanticen dichas deudas externas; 5) Gravámenes que surjan frente al curso normal de los negocios en relación con el financiamiento de transacciones del comercio exportador, para garantizar deudas externas de cualquier persona que venzan a más tardar un año después de la fecha en la cual dicha deuda externa hubiere sido contraída originalmente, en el sentido de que dicho gravamen se aplique solamente a los bienes que se espere vender (o a los documentos que prueben el derecho de propiedad sobre ellos), y los importes de cualquier seguro que los cubra, y los importes de cuya venta se espere recibir en un plazo de doce meses después que dichos bienes o importes fueren objeto de dicho gravamen. Para lo cual, generalmente, se exige que dicha deuda (a) sea contraída en el curso normal de los negocios, (b) no sea repagada primariamente con el importe de la venta de los exportables, y (c) no sugiere del financiamiento suministrado por el prestamista con miras a obtener el reembolso de otra deuda externa o bajo la condición de que dicha deuda externa sea repagada; 6) Gravámenes que garanticen o provean fondos para el pago de deudas externas contraídas en relación con cualquier financiamiento de proyecto, siempre que los bienes a los cuales cualesquiera de tales gravámenes se apliquen sean (a) bienes que sean objeto de tal financiamiento de proyecto, (b) rentas o demandas que surjan de la operación, falta de cumplimiento con las especificaciones, explotación, venta o pérdida de, o daños a tales bienes; 7) Gravámenes sobre bienes que tengan el efecto de garantizar las obligaciones de pago de la República, el Banco Central o cualquier dependencia gubernamental en virtud de un arrendamiento financiero (o acuerdo similar), o demandas que surgieren del uso o pérdida de, o daño a tales bienes, en el entendido de que, ya sea (1) dichos bienes no fueren propiedad de la República, el Banco Central o cualquier otra dependencia gubernamental, en cualquier momento, antes de estar sometidos a tal arrendamiento, a menos que al momento de la adquisición de dichos bienes los acuerdos contractuales contemplaren que

dicho arrendamiento sería ejecutado; ya sea que (2) dichos bienes fuesen adquiridos de una entidad distinta que la República, el Banco Central o cualquier otra dependencia gubernamental, en un plazo de un año antes de la ejecución de dicho arrendamiento; 8) Gravámenes a favor del Banco de pagos Internacionales o cualquier otro organismo multilateral o acreedor bilateral que garanticen otorgamientos de créditos cuya duración no exceda un año; 9) Gravámenes que surgieren por intervención de la ley (y no de conformidad con cualquier contrato) que no hubiesen sido ejecutados o exigido su cumplimiento de otra forma en contra de los bienes a los cuales fueren aplicables; 10) Gravámenes que surgieren de conformidad con cualquier orden de embargo, secuestro o proceso judicial similar que surgieren en relación con procedimientos ante los tribunales, y gravámenes que garanticen la obligación de reembolso para cualquier bono obtenido en relación con la desgravación de bienes de los gravámenes que surgieren de conformidad con dicho proceso judicial o en relación con una apelación intentada en cualquier procedimiento judicial, mientras la ejecución u otro tipo de ejecución de tales gravámenes que surgieren de conformidad con dicho proceso judicial fuere, efectivamente, desestimada y las reclamaciones garantizadas por dichos gravámenes fueren discutidas de buena fe mediante los procedimientos apropiados; 11) Gravámenes que surgieren en relación con contratos concertados de manera sustancialmente simultánea para las ventas y compras, a los precios del mercado, de metales preciosos; 12) Gravámenes que garanticen obligaciones contraídas en virtud de acuerdos preferenciales, tales como el *Acuerdo de San José* o acuerdos concertados para implementarlos a través de la conversión de las obligaciones, conforme al mismo en financiamientos a más largo plazo; y 13) Gravámenes que garanticen o hagan provisión para el pago de deudas externas contraídas en relación con cualquier proyecto de financiamiento interno, en el entendido de que los bienes a los cuales se apliquen dichos gravámenes son (a) bienes que son el objeto de dicho proyecto de financiamiento interno o (b) rentas o reclamaciones que surjan de la operación, falta de cumplimiento con las especificaciones, exportación, venta o pérdida de, o daño a tales propiedades.

Usualmente se definen las distintas acepciones a los términos utilizados así:

Activos Exportables: Significará bienes que son vendidos o están destinados a ser vendidos por un precio consistente en lo

denominado en una moneda que no sea pesos, o por un derecho a recibir dicha moneda en relación con la venta de tales bienes.

Financiamiento de Proyecto: Significará cualquier financiamiento (pero no un refinanciamiento) concertado después de la fecha de este contrato respecto de la adquisición, construcción o el desarrollo de cualesquiera bienes en relación con un proyecto si la o las personas que proporcionaren dicho financiamiento acuerden, expresamente, velar por los bienes financiados y los ingresos a ser generados por la operación de tales bienes o su pérdida o daño a los mismos como la fuente principal de repago de los dineros avanzados, y que se les haya suministrado un estudio de factibilidad preparado por expertos independientes competentes, en base al cual fuere razonable concluir que dicho proyecto podría generar suficientes ingresos en divisas para reembolsar sustancialmente todo el principal y los intereses de las deudas externas contraídas en conexión con tal proyecto.

Financiamiento de Proyecto Interno: Significará cualquier financiamiento concertado en cuanto a la adquisición, construcción o desarrollo de cualesquiera bienes en relación con un proyecto emprendido en la República para proporcionar servicios públicos o sociales o desarrollar o expandir la infraestructura necesaria para suministrar dichos servicios o para aumentar la capacidad de sustitución de importaciones del país, si la persona o las personas que proporcionen dicho financiamiento aceptaren expresamente (1) los bienes financiados y las rentas a ser generadas por la operación o las pérdidas o daños a tales propiedades, y (2) cualquier otra garantía otorgada a ellos de conformidad con esta sección, como su única garantía de reembolso de esa deuda externa, y dicha(s) persona o personas son acreedores no garantizados, respecto de cualesquiera demandas de pago que ellos pudieren tener y que pudieren no ser cubiertas por dicha garantía.

La cláusula de *pari-passu*

Usualmente acompaña a la cláusula de garantía negativa. Su papel es asegurar que los derechos de los bancos prestamistas ocupen el mismo rango o por lo menos *pari-passu* con los derechos de los deudores quirografarios del prestatario. Por consiguiente, la

cláusula *pari-passu* garantiza a los bancos prestamistas frente a los deudores sin garantías, que serán tratados en pie de igualdad, mientras que la cláusula de garantía negativa prevé que el deudor no otorgará en lo adelante garantías que mermen los activos o ingresos del prestatario.³

IV. Garantías al cumplimiento del contrato

1) Cláusula de incumplimiento cruzado (*cros default*)

La cláusula de incumplimiento cruzado es la disposición en un acuerdo de financiamiento, mediante la cual, en circunstancias específicas, los acreedores pueden reclamar el pago de sus obligaciones, en caso de que el deudor o cualquier otra entidad designada incumpla en el pago o en la ejecución de ciertas obligaciones establecidas bajo uno o más contratos.

Generalmente se piensa que el propósito primordial de una cláusula de incumplimiento cruzado, en un contrato de préstamo sindicado, es el de colocar en un pie de igualdad con los otros acreedores del deudor, cuando el deudor ha incumplido bajo los términos de uno o más acuerdos. Si el deudor comienza a mostrar signos de inestabilidad financiera, los acreedores pueden no desear esperar a un incumplimiento de pago, sino que tratan de obtener soluciones antes de que esto suceda. Si esos acreedores están forzados a esperar que los otros acreedores estén en libertad de iniciar los procedimientos legales en contra del deudor, es probable que los activos del deudor no sean suficientes para cubrir los montos adeudados. Esto así, por supuesto, ya que tan pronto como el deudor incumple cualquier contrato o muestra evidencias de deficiencias es preciso apresurarse en la búsqueda de soluciones.

2) Cambio material adverso

La cláusula de cambio material adverso es considerada una cláusula *ómnibus* dentro de las cláusulas de incumplimiento, en razón de que se inserta dicha disposición en un contrato de préstamo, de manera que se aplique a cualquier acontecimiento

3 Véase: Semkow, Brian. "Syndicating and Rescheduling International Financial Transactions: A Survey of Legal Issues Encountered by commercial Banks. In: International Financial Transaction", Vol. 18, N° 4, Otoño, 1984.

adverso que no esté expresamente contemplado en el contrato de préstamo bajo otras categorías de incumplimiento.

3) La cláusula de Fondo Monetario Internacional (FMI)

La cláusula del FMI es una cláusula que se convierte en causa de incumplimiento si el Estado se hace inelegible al uso de los recursos del FMI o si deja de pertenecer como miembro del FMI.

En los contratos de reestructuración también se convierte en causa de incumplimiento en el caso en que se suspendan las compras de los recursos del FMI, cuando el Estado no observa los criterios de ejecución establecidos en un acuerdo de *stand-by* u otro acuerdo de alta condicionalidad del FMI.

Las razones para incorporar esta causa de incumplimiento básicamente son porque se considera:

- a) Que el FMI es un acreedor de última instancia;
- b) Que el FMI posee suficiente influencia diplomática para presionar reformas fiscales en el seno del Estado.

Un incumplimiento frente al FMI constituye un incumplimiento frente a cerca de 150 miembros de la comunidad internacional. Y, además, el FMI provee un procedimiento de consulta permanente con los Estados Miembros.⁴

4) Cláusula de set-off

El *set-off* consiste en la cancelación mutua de las obligaciones existentes fuera de los procedimientos judiciales; equivale a nuestra compensación. Es un derecho que existe bajo las reglas del Common Law en muchas jurisdicciones, pero también puede ser creado por contrato.

El *set-off* es una solución que requiere intervención judicial. Un ejemplo obvio de la aplicación de la cláusula de *set-off* es la ejecución, por parte de un banco, de un depósito para cubrir una deuda por parte del depositario deudor del banco.

⁴ Véase en este sentido Philippe Wood, "Government Loans", en *Banking Law and Practice*, Longman, Londres, 1985.

Usualmente los bancos desean mantener en los contratos de renegociación el derecho de *set-off*.

La condición principal para el ejercicio del *set-off* por parte de un banco de acuerdo con las reglas Common Law de New York es que la deuda del cliente esté vencida.⁵

5) Aceleración (Acceleration)

La aceleración de los pagos no es posible sin que la mayor parte de los bancos manifiesten su consentimiento.

Usualmente se considera que el 50% de los bancos participantes en un contrato sindicado constituye la mayoría. Sin embargo, cada vez más se exige un 66.2/3% de los participantes para considerar que se está en presencia de la mayoría.

En la práctica, la aceleración de los préstamos es más bien rara, incluso en circunstancias de provocación o de dificultades entre los bancos y el deudor.

Se habla de la aceleración de un número limitado de préstamos de Irán, no obstante, se ha considerado que no se trató de una aceleración, sino del ejercicio del *set-off* por parte de los bancos acreedores.

Conclusión

Como podrán ustedes comprobar, el tema es altamente interesante. Contiene elementos completamente nuevos en el ámbito de las leyes financieras internacionales.

Me gustaría poder continuar la discusión de los diferentes principios que rigen esta materia en otra oportunidad, ya que razones del tiempo limitado que tenemos en la tarde de hoy, así como el deseo de poder discutir con ustedes algunos otros tópicos, me impiden hacerlo en este momento.

5 Véase sección 151 de la New York Debtor and Creditor Law.

Impacto de la inflación en la información financiera y en la toma de decisiones*

Luis Gómez Nina**

* Coloquios Jurídicos, Enero-Junio del 1988, año 3, no. 4, páginas 11-28.

** LUIS GÓMEZ NINA es Licenciado en Contabilidad, graduado de la Universidad Autónoma de Santo Domingo. Ha participado en cursos y seminarios en diversos países latinoamericanos y en los Estados Unidos. Se ha desempeñado como contador y auditor en la empresa privada En 1985 fue delegado dominicano en la XVI Conferencia Interamericana de Contabilidad que tuvo lugar en Miami, E. U. A. Es miembro de la Comisión de Normas y Procedimientos de Auditoría del Instituto de Contadores Públicos Autorizados de la República Dominicana y miembro del Instituto de Auditores Internos, Inc., de la República Dominicana. Ha ejercido la docencia universitaria en varias universidades dominicanas.

Impacto de la inflación en la información financiera y en la toma de decisiones

I. Introducción

La mayoría de nosotros, profesionales, empresarios etc., hemos visto siempre el tema de la inflación dentro del contexto económico, ya sea dentro de lo académico o en nuestro diario vivir.

Utilizando los términos y definiciones de los economistas podemos decir que la inflación es un fenómeno económico dado por el aumento generalizado y sostenido de los precios de los bienes y servicios. Para un país determinado, la inflación se mide por el denominado incremento de su nivel general de precios, el cual se caracteriza por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda de ese país. En esta conferencia utilizaré como sinónimos los conceptos de inflación, incremento en el nivel general de precios y pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

El poder adquisitivo de la moneda se mide en función de la cantidad de bienes y servicios que con ella se pueden obtener. En la medida que los precios de los bienes y servicios aumentan, ya sea por la ley de oferta y demanda o por cualquier otro factor, el poder adquisitivo de la moneda tiende a bajar.

Interpretación del fenómeno

En la doctrina económica se han desarrollado distintas corrientes de pensamiento para explicar las causas generadoras y el mecanismo de expansión de los procesos inflacionarios. Algunos autores sostienen que el aumento de precios surge como consecuencia de presiones provenientes del sector de la demanda. Así, en la concepción clásica, el nivel de precios depende en forma directa y proporcional de la cantidad de dinero. En otros términos, la tasa de inflación depende de la tasa de dinero. De esta forma se concluye en las tres corrientes:

1. Inflación monetaria

Para los autores keynesianos, la inflación proviene de un exceso de demanda monetaria en relación con la oferta de bienes y servicios valorados a precios corrientes. Este proceso puede originarse y sostenerse por la vía del desatesoramiento que acompañaría a una disminución en la preferencia por la liquidez, o también por un aumento en la velocidad de circulación del dinero.

2. Inflación por empuje de costos

En una interpretación distinta, se sostiene que la inflación se debe al empuje provocado por el aumento de costos originado en algún precio estratégico, seguido por incrementos en los precios de los productos derivados.

Como no se dará una baja compensatoria en otros precios, se operará un incremento en el costo de la vida ante el cual los trabajadores procurarán adaptar sus salarios, mientras que los empresarios trasladarán sus mayores costos a sus precios de ventas.

Un aspecto clave de esta posición es que pone de relieve elementos de rigidez en los mercados, señalando que los precios muchas veces son cambiados por procesos administrativos y reflejan muchos criterios al libre juego de oferta y demanda.

3. Inflación estructural

La corriente estructuralista fue formulada inicialmente por diversos economistas vinculados a la CEPAL. Según estos autores, las fuentes subyacentes de la inflación en los países poco desarrollados se encuentran en las características estructurales que presenta el sistema productivo de dichas economías.

Esta doctrina sostiene que es necesario distinguir entre las presiones inflacionarias y los mecanismos de propagación. Mientras las primeras constituyen las verdaderas causas de la inflación, los segundos contribuyen a mantener el proceso y a darle carácter acumulativo.

Las presiones inflacionarias básicas, las circunstanciales y las acumulativas, se materializan en un proceso violento y permanente

de expansión monetaria y de aumento en el nivel general de precios, gracias a la existencia de mecanismos de propagación. Entre éstos, los más importantes están constituidos por la pugna entre los distintos grupos sociales, por la distribución del ingreso, y por el enfrentamiento entre el sector público y el privado por la adjudicación de los recursos de la comunidad.

Independientemente de lo anterior, lo cierto es que en nuestro país existe una gran inflación, aunque los índices provistos por el Banco Central de la República Dominicana indican que los niveles no han excedido el 34% registrado años anteriores.

Para darnos cuenta de este fenómeno sólo basta comparar cuánto nos cuesta vivir hoy en relación con apenas el año pasado, y veremos que el costo de la vida se nos ha elevado en, por lo menos, un 50%. Se ha reducido prácticamente una serie de hábitos de consumo que, como clase media, teníamos anteriormente o que nos dábamos el lujo de mantener. En el caso de la clase pobre o marginada, la inflación la ha llevado a niveles de subsistencia mínima con lo cual se agrava la situación político-social del país.

Leyendo recientemente en la prensa las opiniones de reputados economistas y profesionales independientes, así como los editoriales de los principales medios de comunicación, y las amenazas de huelga que se ponen sobre el tapete nuevamente, podemos apreciar que los problemas de inflación serán un dolor de cabeza para todos los dominicanos, cuando se incremente la demanda de bienes y servicios por encima de la oferta de ellos. La política gubernamental actual está orientada a incrementar las inversiones públicas en el área de la construcción, con lo cual ha disminuido el desempleo, pero a su vez se ha incrementado la demanda, lo cual encarecerá los precios de bienes y servicios. Consecuentemente, tenemos que conocer todas las consecuencias para poderlas afrontar con decisiones adecuadas.

Después de esta breve introducción, concluyo mi ensayo como “economista”, y pasaré a tratar el tema desde dos grandes ángulos. En el primero trataré el impacto de la inflación en la información financiera (estados financieros), y en el segundo trataré cómo esta información financiera incide directamente en la toma de decisiones de los empresarios, banqueros, aseguradores, etc.

II. Impacto de la inflación en la información financiera

En primer lugar, debemos definir el concepto de contabilidad a luz de los principios de contabilidad general aceptados. “La contabilidad es una técnica que se utiliza para producir sistemática y estructuralmente información financiera expresada en *Unidades Monetarias* de las transacciones que realiza una entidad económica y de ciertos *eventos económicos identificables* y *cuantificables* que la afectan, con el objetivo de facilitar a los diversos interesados tomar decisiones en relación con dicha entidad económica.” (Boletín No. 2, ICPARD)

Las características de la información contable indican que debe:

- 1) Ser útil
- 2) Ser confiable
- 3) Ser estable
- 4) Ser objetiva
- 5) Ser verificable
- 6) Ser provisional
- 7) Ser oportuna

Si bien es cierto que los principios de contabilidad de nuestro país se basan en el conservatismo y que establecen el valor histórico original como la base más adecuada para valuar los activos y pasivos, y de conocer la utilidad o pérdida de un período económico cuando estas se realizan, no es menos cierto que los contadores hemos llegado a la conclusión de que hay que buscar una respuesta adecuada a los diferentes efectos que produce la inflación, los cuales explico a continuación:

Efectos de la inflación:

Los efectos de la inflación son diversos y podemos resumirlos en la forma siguiente:

- 1) Sobre el patrimonio de las empresas:
Partidas monetarias y no monetarias vs. partidas corrientes y no corrientes.

- 2) Sobre las operaciones de las empresas:
Tenencia de Efectivo
Política de inversiones (colocaciones) temporales
Fijación de precios de ventas
Concertación de operaciones a crédito

Tenencia de activos físicos
Determinación de tasas de interés

3) Sobre la expresión monetaria de los Estados Financieros:
Valuados en moneda del pasado (requiere ajuste)
Valuados en moneda del presente (no requiere ajuste)
Valuados en moneda del futuro (contrato arrendamiento)

4) Sobre la información contenida en los Estados Financieros:

La unidad de medida deja de ser homogénea con las siguientes consecuencias:

a) Ciertos saldos carecen de validez

b) Los rubros expresados en moneda del pasado están subvaluados

c) El patrimonio neto se afecta en la medida que se afectan los activos y pasivos

d) Se ve afectada la comparabilidad de los Estados Financieros

5) Sobre el análisis e interpretación de Estados Financieros:

a) Invalidez del análisis horizontal y vertical

b) Distorsión de los principales índices o razones financieras

c) Distorsión del estado de cambios en la situación financiera

d) Distorsión de la utilidad por acción

Es posible que ustedes, señores empresarios, se estén preguntando para qué sirve la contabilidad que están llevando en sus respectivas empresas, si prácticamente los Estados Financieros que se producen basados en los principios y prácticas contables vigentes no satisfacen los requerimientos de brindar información financiera confiable para la toma de decisiones.

Para entender este asunto debemos analizar el problema básico y es el de la unidad de medida que explico a continuación:

El problema de la unidad de medida



Como vimos en la figura anterior, cuando la unidad de medida deja de ser homogénea se requiere reexpresar los Estados Financieros, ajustándolos en forma integral o por cualquier otro método adecuado que corrija las distorsiones de información, como veremos más adelante.

Las principales distorsiones que producen inflación con los Estados Financieros son las siguientes:

- a) Subvaluación de activos
- b) Subvaluación de pasivos (menos frecuente e importante)
- c) Subvaluación del patrimonio o capital
- d) Incorrecta distribución entre capital y resultado de operación acumulada (cuando existe revaluación de bienes físicos)
- e) Incorrecta medición del resultado del ejercicio
- f) Incorrecta exposición del resultado del ejercicio

¿Cómo reacciona la contabilidad como sistema de información a este problema?

1) Omitir la consideración del problema: esto conlleva a presentar información financiera distorsionada, como vimos anteriormente.

2) Mantener la moneda heterogénea, pero incorporando ajustes parciales (parches) para dar cierta consideración al problema. Ejemplo: Método UEPS para valuación de los inventarios, revaluaciones de activos fijos, etc. En general se mejora un concepto de los Estados Financieros, pero se esperan otros.

3) Convertir a una moneda afectada en menor grado por la inflación: (ejemplo del dólar americano US\$). Aunque es uno de los métodos más utilizados por compañías extranjeras, no es una solución definitiva al problema de la inflación, ya que parte de que la inflación del país es medible por las variaciones de la tasa de cambio.

4) Emplear valores corrientes sin corregir la unidad de medida: no es una solución. En algunos aspectos puede aumentar la distorsión, ya que los diferentes rubros están afectados por diferentes índices de precios.

5) Utilizar un método que corrija las distorsiones de la unidad de medida, haciéndola homogénea para todos los rubros expresados en los Estados Financieros.

Este método es considerado en muchos países como el más adecuado para corregir el problema de la unidad de medida en que son expresados los Estados Financieros.

A continuación se describe en qué consiste este método.

Ajuste integral o cambios en el nivel general de precios:

El proceso de ajuste por el nivel general de precios consiste en la conversión de los Estados Financieros basados en el costo histórico a Estados Financieros basados sobre una misma unidad de medida. En este método se plantean los siguientes objetivos:

- Convertir las partidas de los Estados Financieros a equivalentes de un mismo poder adquisitivo.

- Hacer los resultados de operación “aritméticos” utilizando mediciones contables significativas.

- Hacer significativas las comparaciones entre períodos contables diferentes.

- Mejorar el significado de ingreso neto o resultado.

- Proporcionar información explícita respecto al impacto de la inflación en la empresa.

Este método requiere consecuentemente un índice general de los precios para ajustar las cifras históricas. Este índice debe reunir los siguientes requisitos:

a) Debe ser un índice general de precios y no un índice de precios específicos de un renglón de la economía.

b) Debe prevenir o ser determinado por una entidad responsable.

c) Debe ser reparado regularmente y por períodos mensuales.

d) Debe ser de fácil acceso.

e) Debe ser único para todas las empresas y para todos los rubros de una misma empresa.

Es importante en el uso de este método hacer una adecuada clasificación entre partidas monetarias y no monetarias.

Partidas monetarias:

Son aquellos activos y pasivos que representan un número fijo de unidades monetarias (peso, dólar, etc.).

Ejemplos: el efectivo, las cuentas por pagar, cuentas a cobrar en moneda local que no generen intereses, etc.

Partidas no monetarias:

Son, por el contrario, aquellos activos y pasivos que no representan un número fijo de unidades monetarias, sino que ganan o pierden poder adquisitivo dependiendo de que exista inflación o deflación en la economía.

Ejemplos: activos fijos, inventarios, inversiones en acciones comunes.

Posición monetaria neta

Es la diferencia existente entre partidas monetarias y no monetarias.

En períodos inflacionarios, los gerentes financieros de las empresas tienen un nuevo tipo de problema que afecta considerablemente sus decisiones en cuanto a la obtención y utilización óptima de los recursos disponibles.

Existen partidas mixtas como son las inversiones en valores negociables en moneda local o extranjera, que tienen la característica de ser monetarias, por lo cual pierden valor y monetarias porque producen algún interés o dividendo, con lo cual recuperan parte de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Estas partidas están parcialmente expuestas a los fenómenos inflacionarios.

El enfoque tradicional del manejo de las finanzas se circunscribía a estar en un punto equidistante entre solvencia, rentabilidad y liquidez.

Hoy día, los gerentes financieros y los grandes ejecutivos tienen que considerar sus decisiones en torno a si los recursos son monetarios o no monetarios, ya que los activos monetarios pierden valor en períodos inflacionarios y los no monetarios ganan valor o poder adquisitivo. Tener sobre existencias en inventarios, que no se conviertan en obsoletos a corto plazo, resulta una decisión inteligente para protegerse de la inflación, lo mismo ocurre con los activos fijos (bienes raíces, etc.).

Creo que en la República Dominicana se hace inminente dar los primeros pasos en este sentido. Se ha hablado y escrito últimamente acerca de la traducción de los Estados Financieros a moneda extranjera (principalmente el dólar americano) como una posible alternativa de presentar resultados de operaciones más adecuadas, ya que por ser esta moneda estable en casi todo el mundo sería de por sí una unidad de medida homogénea y, de esta forma, no habría que cambiar la base actual de la contabilidad histórica.

Este método, aparte de ser compleja su aplicación, es considerado como una solución parcial al problema de la inflación y sus efectos en los Estados Financieros, ya que afectaría el contenido de la información financiera desde el punto de vista de la devaluación monetaria que se registre entre la moneda funcional (en nuestro caso el peso dominicano) y la moneda extranjera que se considere como moneda de reporte. Este método mantendría la falta de homogeneidad en los Estados Financieros. No obstante

esas salvedades, este método se presenta como una alternativa adecuada para muchas empresas de la República Dominicana, ya que con las últimas medidas tomadas por el Poder Ejecutivo en cuanto a unificar la tasa cambiaria del peso dominicano (RD\$) con el dólar americano (US\$) de acuerdo a la tasa de cambio (prima) vigente en el mercado libre de divisas, de hecho se está devaluando nuestro signo monetario y se produce la llamada “dolarización de la economía”.

III. Impacto de la inflación en las decisiones administrativas

Por asunto de espacio me voy a circunscribir a comentar brevemente cómo afecta la inflación el proceso de toma de decisiones de los gerentes y administradores.

1) *Control y planeación de utilidades y el proceso administrativo*

El proceso administrativo puede considerarse como el esfuerzo administrativo total, operando en un empeño particular que incluye la toma de decisiones, la aplicación de técnicas y procedimientos seleccionados y la motivación de individuos y grupos para lograr objetivos específicos. Uno de los enfoques más importantes que ha sido desarrollado para facilitar la relación eficaz del proceso administrativo es la planificación y control total de utilidades (presupuesto gerencial).

El proceso administrativo se divide en cinco (5) etapas, que son:

- 1) Planeación
- 2) Organización y dirección
- 3) Ejecución
- 4) Control y evaluación de resultados
- 5) Planeación (retroalimentada)

El fenómeno de la inflación ha sido subestimado permanentemente por los empresarios y el mismo no se toma en cuenta en el proceso administrativo.

Hoy día esta situación tiene que ser considerada como la base efectiva de la planeación. La programación lineal de ingresos, costos y gastos dentro del año no resulta satisfactoria, ya que las presiones inflacionarias distorsionan los precios.

Dentro de la planificación debe tomarse en cuenta que estamos presupuestando, por ejemplo, ventas de unidades físicas (inventarios) y unidades monetarias antes de la fecha prevista, dando una falsa impresión a la gerencia, cuando en realidad podría estarse vendiendo menos unidades físicas (inventarios) por la contratación normal de la demanda causada por el incremento de los precios.

En cuanto a la organización y dirección, podemos afirmar que es de vital importancia la selección adecuada del equipo gerencial del negocio, de tal manera que cuenten con la experiencia suficiente para trabajar en condiciones de crisis económica. Siempre he sostenido que el proceso de crisis, o como quiera llamársele, tiene un aspecto positivo en cuanto a los recursos humanos, y es que durante la crisis se puede comprobar quiénes son realmente eficientes y quiénes no lo son. Así, el proceso se encarga de depurar sistemáticamente a los oportunistas, arribistas, etc., y mantener a las personas que son dedicadas a sus respectivas labores, que están obligadas a mantenerse actualizados.

En cuanto a la ejecución de planes trazados por la alta gerencia, los gerentes de cada área tendrán que dirigir sus pasos en un ambiente difícil de predecir y de manejar. Citando el caso del gerente de ventas es muy probable que los precios de los productos tengan que modificarse con mayor frecuencia debido al empuje o aumento de los costos de la materia prima, mano de obra y gastos indirectos de fabricación, en el caso de las industrias manufactureras. Las empresas comerciales importadoras no verán con frecuencia cómo se “disparan” los costos directos e indirectos de los artículos que se expanden al consumidor.

En República Dominicana, definitivamente las reglas de juego no están definidas y varían más por factores externos a las empresas (impuestos, regulaciones de mercado, etc.) que por factores internos a ellas.

El control presupuestal tradicional sobre una base trimestral ha pasado a ser un simple ejercicio de cuadros que presentan las variaciones entre los datos reales y los presupuestados. Los informes de ejecución presupuestaria que se basan en estos cuadros se limitan, en la mayoría de los casos, a tratar de explicar las causas de las variaciones absolutas, sin considerar el impacto

inflacionario en sus conclusiones. Esta es, a mi juicio, la deficiencia principal que tienen los gerentes administradores dentro de sus empresas, para tomar decisiones adecuadas.

Para concluir con esta sección debo señalar que la inflación afecta la toma de decisiones en cuanto el punto de equilibrio para determinar el nivel de ventas de unidades y volumen requerido para cubrir los costos fijos y variables y para poder determinar a partir de qué punto las empresas obtendrían utilidades.

La inflación ha forzado a las empresas a utilizar esta herramienta de planificación y control de utilidades en términos de unidades físicas y no de unidades monetarias, debido a que el punto de equilibrio en unidades monetarias tiende a distorsionarse en la medida en que la inflación afecta el nivel de costos fijos y variables.

2) *Impacto de la inflación en las finanzas de las empresas*

Tal y como comentamos anteriormente, uno de los problemas principales de las empresas en época de crisis económica lo representa el manejo de las finanzas o el control financiero de ellas, lo cual explico a continuación:

Capital de trabajo

Normalmente las empresas manejan sus finanzas desde el punto de vista de la liquidez con que cuentan. Esta liquidez se mide básicamente en función de los índices de capital de trabajo (activo corriente/ pasivo corriente), prueba ácida (efectivo + inversiones temporales+ cuentas por cobrar/pasivo corriente) y razón de efectivo (efectivo + valores realizables/pasivo corriente).

Dentro de una economía estable donde la unidad de medida sea homogénea entre períodos, es decir, mantenga su poder adquisitivo, estas razones o índices financieros medían eficientemente la liquidez de la empresa y, consecuentemente, eran útiles para la toma de decisiones.

El capital de trabajo que resulta de la diferencia entre activo corriente y pasivo corriente ha dejado de ser útil y, por esta razón,

se necesita preparar en su lugar un “estado de cambio de la posición monetaria” que presenta la variación de la posición monetaria neta entre un período y otro (activos monetarios - pasivos monetarios).

Aspectos fundamentales que afectan las finanzas:

a) *Dinamismo de la relación precio-costos*

Uno de los aspectos del proceso inflacionario es el dinamismo que experimentan los precios relativos de los productos. Es decir, no todos los precios suben al mismo ritmo, ni incluso en la misma dirección.

Así, los precios de los productos que comercializa la empresa pueden crecer en un año un 35%, en tanto que el costo de labor directa pueden crecer 40%, las materias primas y suministro en un 25%, etc. Es decir, no todos los precios integrantes de la ecuación económica de la empresa se comportan en forma igual, debido a que los índices de precios específicos son diferentes entre sí.

La condición ideal para el empresario es que los precios puedan incrementarse por encima del incremento de los costos, y de hecho esto está ocurriendo con frecuencia en la República Dominicana, lo que deteriora más aun el poder adquisitivo de los consumidores.

Para ser justos en este aspecto los empresarios deberán tomar conciencia de que especular con los precios, muchas veces, resulta como un *boomerang* que luego los afectaría a ellos mismos, ya que el incremento desmesurado de los precios tiende a contraer la demanda y crear iliquidez dentro de las empresas.

b) *Posición monetaria*

Como dijimos anteriormente, en períodos inflacionarios las empresas tratan de obtener una posición monetaria neta negativa, debido a que los activos y pasivos monetarios están totalmente expuestos a los efectos de la inflación. De esta forma las compañías tratan de invertir el efectivo disponible en cuentas corrientes, en inversiones temporales y en unos inventarios, y tratan de atrasarse con los pasivos monetarios que no generan intereses ni recargos, como son cuentas por pagar, proveedores

(no siempre), cuentas por pagar, compañías relacionadas, otras cuentas por pagar, etc.

El estado de cambios en la posición monetaria mide la ganancia o pérdida monetaria de la empresa entre un período y otro. Como ejemplo podemos citar el caso de una empresa que tenga activos monetarios de RD\$100 y pasivos monetarios de RD\$150, tendrá una posición monetaria de RD\$60. Si el impacto de la inflación fue del 30% en el año, la compañía tendría una ganancia monetaria de RD\$11.5. Este resultado se obtiene de la siguiente fórmula:

Posición
Monetaria= (PMN/1 = Q3)
Neta

c) Efectos de los impuestos

Las empresas pueden ir operando en contextos inflacionarios buscando solucionar los dos aspectos señalados anteriormente. Sin embargo, ello puede no ser suficiente. El pago del impuesto sobre la renta de la 3ra. categoría en nuestro país, no contempla el fenómeno inflacionario tributando sobre ganancias nominales y no reales (ajustadas por inflación). En otros casos buscan solucionar más o menos parcialmente el problema.

Este aspecto debe integrar el análisis de la posición de la empresa. Si la legislación tributaria no contempla adecuadamente el fenómeno inflacionario, las empresas no sólo deberán preocuparse del dinamismo de la relación precio-costos y de los efectos de su posición monetaria neta, sino también de recuperar los efectos que los impuestos sobre las rentas producen sobre sus ganancias.

d) Tasa de interés

Finalmente, comentaré uno de los aspectos más importantes de la crisis económica y es el relativo a la tasa de interés efectiva que pagan las empresas sobre el financiamiento que obtienen y que otorgan a sus clientes y cómo debe manejarse este aspecto.

Es bien conocido que las empresas deben operar buscando que la rentabilidad de sus activos sea superior al costo de sus

financiamientos. En condiciones inflacionarias, el principio no cambia, aunque sin embargo deben considerarse ambas en términos reales. En este caso debe considerarse la tasa de interés real. La misma surge de la aplicación de la siguiente fórmula:

$$I_r = \frac{i - r}{1 + f}$$

En el ejemplo anterior obtendríamos, aplicando esta fórmula, que la tasa de interés real en caso de una tasa nominal (i) de un 50% y una tasa de inflación de un 30%, sería una tasa real (I_r) de un 15.4%.

La determinación de la tasa de interés se aplica por igual al financiamiento que otorgan las empresas a los clientes, y resulta interesante la diversidad de toma de decisiones que pueden hacerse en esta área.

En vista de que es necesario cobrar más rápido el efectivo en manos de los clientes, y tratar de pagar más rápido a los acreedores que generan intereses y recargos y ajustes cambiarios, y pagar más tarde a los que no los causan, la determinación de la tasa real de interés resulta un área que debe ser tomada en cuenta para desenvolverse dentro del contexto inflacionario.

Conclusiones y recomendaciones

Para finalizar, me permito arribar a las conclusiones siguientes:

1) Que los empresarios y ejecutivos de empresas tomen en cuenta los diversos efectos de la inflación en el proceso de la toma de decisiones administrativas y financieras.

2) Que soliciten a sus auditores externos asistencia para elaborar Estados Financieros ajustados en contextos inflacionarios, como una forma de conocer mejor el resultado de las gestiones administrativas llevadas a cabo durante un período de tiempo determinado.

3) Que, a la vez, apoyen al Instituto de Contadores Públicos Autorizados de la Republica Dominicana para establecer las normas contables correspondientes a este tipo de contabilidad en el país.

4) Que sepan distinguir entre las decisiones que tiendan a defender a sus empresas del impacto negativo de la inflación, y las decisiones de carácter especulativo, que finalmente retorna como un *boomerang* sobre las finanzas y desarrollo de las empresas, al contraerse la demanda de los bienes y servicios causada por la recesión económica.

Las Bolsas de Valores: su necesidad y utilidad*

Julio Genaro Campillo Pérez**

* Coloquios Jurídicos, Julio-Diciembre del 1988, año 3, no. 5, páginas 29-39.

** JULIO GENARO CAMPILLO PÉREZ. Egresado de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD) en el año 1943, graduado de la Escuela Diplomática y Consular, 1941. Ex- profesor de la Universidad Católica Madre y Maestra (UCMM). Ha desempeñado varias funciones en la administración pública, entre las que contamos Secretario de Industria y Comercio, Director de la Comisión Técnica Forestal. Ha publicado varios libros entre los que se encuentran: *Historia Electoral Dominicana (El Grillo y el Ruiseñor)*, *La Constitucionalidad en Santo Domingo, 1842-1844*, *Origen y Evolución de la Junta Central Electoral*.

Las Bolsas de Valores: su necesidad y utilidad

Desde los lejanos tiempos en que adoptamos el Código de Comercio francés como legislación fundamental dominicana en materia comercial, los cuales se remontan a los días iniciales de la República, existen en nuestro país, de manera formal, normativas relativas a las bolsas de comercio y a las bolsas de valores. Basta examinar los artículos del 71 al 90, ambos inclusive, del Código de Comercio nacional, y más adelante otra ley de más reciente factura, la ley número 3553, del 15 de marzo de 1953.

Sin embargo, la práctica no ha correspondido a esta situación jurídica, y todavía se está pensando en gestionar el establecimiento de dichas bolsas, especialmente la que dirige y administra el mercado de capitales. Para ello se han estado auspiciando nuevos proyectos de leyes que regulen este asunto, pero sobre todo vale la pena destacar las diligencias que en ese sentido viene realizando un entusiasta grupo de jóvenes profesionales que, constituidos en grupo gestor, ha estado predicando con vigor y constancia la buena nueva, como también la Cámara de Comercio del Distrito Nacional que, presidida por un dinámico empresario y consagrado dirigente, don Felipe Auffant, por su parte ha venido desplegando notables esfuerzos para que, por primera vez, en nuestra patria funcione real y efectivamente una bolsa de valores. Actuación esta última muy ajustada al papel que debe desempeñar una institución como la Cámara de Comercio, la cual en varios países ha tenido el encargo de fundar o, por lo menos, de administrar las bolsas de comercio.

El término “bolsa”, de acuerdo con los diccionarios de la lengua española, se usa indistintamente, en nuestro idioma, ya sea para designar el lugar o edificio donde se reúnen negociantes, banqueros, especuladores e intermediarios para efectuar operaciones bursátiles; ya sea para identificar el conjunto de estas mismas operaciones; ya sea para mencionar la entidad dedicada a juntar productores y consumidores con fines de obtener mayor movimiento y mejor precio para toda clase de valores; ya sea, finalmente, para referirse a los establecimientos públicos en que se reúnen representantes del mundo comercial, industrial y financiero y demás personas interesadas para concertar y cumplir los diferentes contratos o transacciones a que puedan dar lugar los efectos públicos y privados y los demás valores mercantiles e industriales.

A las bolsas se les reconoce una función importantísima, pues ellas hacen que las operaciones se realicen con mayor rapidez y regularidad a causa del contacto permanente de vendedores y compradores cuya especialidad consiste precisamente en ese tipo de operaciones. Por otra parte, se considera que la concentración de la oferta y la demanda que en ellas se logra permite el agrupamiento de datos relativos a una y otra, que tienden a establecer un equilibrio entre ambas: oferta y demanda.

Asimismo, se acepta que las contrataciones se efectúen con mayor seguridad, sobre todo en materia de efectos públicos, y de que el crédito individual encuentra su mejor base en la opinión común existente en la bolsa, de manera que el empresario, en un momento de apuros, tiene el medio de proporcionarse capital sin ser víctima de la usura. Además, los Estados encuentran en las bolsas un instrumento muy eficaz para desenvolver su crédito, al facilitar la negociación de los títulos que emite; mientras las empresas privadas, a su vez, por las bolsas pueden aumentar considerablemente su capital a través del valor de sus acciones. Por eso es, ha escrito don Arturo Raffalowich, que por el conjunto de operaciones de las bolsas, o mejor dicho, de sus cotizaciones, “se puede conocer fácilmente la situación económica y política no solamente de un país, sino de un continente entero”.

Desde el punto de vista de su instalación, existen cuatro tipos de bolsas. Primero: las bolsas establecidas y sostenidas por los gobiernos, o sea, las bolsas oficiales; segundo: las bolsas autorizadas y subvencionadas por los gobiernos, aunque la mayoría de sus gastos corren por cuenta de particulares; tercero: las bolsas fundadas por sociedades privadas, pero autorizadas por los gobiernos; y cuarto: las bolsas establecidas por el sector privado, sin ninguna intervención oficial.

Desde otro ángulo, por la materia de los negocios que a ellas se dedican, las bolsas pueden ser de comercio o de mercancías; bolsas de valores o de efectos públicos y privados; bolsas de trabajo.

En las bolsas de comercio o bolsas de mercancías, regularmente se efectúan operaciones diversas, tales como la compra y venta de mercancías en general; compra y venta de artículos de oro y plata; contratación de seguros, principalmente seguros marítimos y contratación de fletes y precios de transporte, tanto por tierra como por agua.

Las bolsas de valores, que originalmente se llamaban bolsas de efectos públicos y otros, abarcan dos categorías, las más grandes, llamadas bolsas de “parquet”, porque cuentan con un corro, piso o rueda, es decir un espacio circular o semi-circular para celebrar sus operaciones y reunir los agentes o corredores de bolsas a la vista del público; y las otras, más simples y más pequeñas, que carecen de “parquet”, en las cuales los agentes y corredores se mezclan con el público.

En las bolsas de valores se negocia y se especula con bonos o títulos emitidos por los Estados, los municipios y otras entidades oficiales, como los bancos nacionales, los organismos descentralizados con personalidad jurídica y las empresas estatales. También se negocia con acciones, certificados y obligaciones emitidas por compañías privadas o sociedades anónimas particulares.

Las bolsas o mercados de trabajo fueron creadas hace más de un siglo en Francia, Bélgica, Austria e Inglaterra. Tienen por finalidad favorecer el desarrollo cooperativo; fomentar las uniones sindicales; aumentar el poderío productivo de la nación mediante la disminución del número y la duración de los paros y huelgas; auspiciar el equilibrio de la acción colectiva de empresarios y obreros; tomar medidas para la prevención de las crisis económicas y la reducción de sus efectos, así como acrecentar el trato amistoso y comprensivo entre las asociaciones patronales y las centrales obreras. Aunque, por supuesto, su papel primordial es el de servir de intermediaria entre la oferta y la demanda del empleo en el mercado de trabajo.

De acuerdo con el artículo 71 de nuestro Código de Comercio, al igual que en Francia, las bolsas de comercio son de carácter oficial y sometidas a la autoridad del poder ejecutivo, el cual tiene la facultad de crearlas o de suprimirlas, así como la de ejercer sobre ellas un derecho de policía o supervigilancia. Asimismo, la Ley Orgánica de la Bolsa Nacional de Valores, creada por la ley no. 3553, establece un organismo con personalidad jurídica y domicilio en la capital de la República, cuya supervisión técnica y administrativa estaría a cargo de la entonces Secretaría de Estado de Trabajo, Economía y Comercio, con un capital inicial de RD\$ 100,000.00, totalmente suscrito y pagado por el Estado dominicano, sujeto a aumento por acumulación del fondo de reservas; dirigida por un órgano superior denominado Comisión de Valores, nombrada íntegramente mediante decreto expedido por

el Poder Ejecutivo y sujeta a un presupuesto anual que debe ser aprobado por el mismo Poder Ejecutivo.

Esta situación dominicana resulta muy distinta, por ejemplo, a la existente en el Uruguay donde la Bolsa resulta ser una sociedad anónima constituida por accionistas provenientes del sector privado. Igualmente, nuestra situación difiere de lo que está ocurriendo en Ecuador, donde la ley autoriza el establecimiento de bolsas de valores como compañías privadas, las cuales podrán ser promovidas o fundadas por la Corporación Financiera Nacional, comisión de valores, que pasa a ser uno de sus accionistas. Estas bolsas ecuatorianas no pueden pasar de una por cada provincia de esa nación, como ocurre con nuestras cámaras de comercio, que vienen funcionando únicamente en las cabeceras de provincias y en el Distrito Nacional.

Siguiendo nuestro Código de Comercio nos encontramos con que el artículo 72 consagra tanto las bolsas de mercancías como las bolsas de valores, estas últimas cuando se refiere a las negociaciones y transacciones de los efectos públicos y otros cuyo curso sea susceptible de ser tasado. En este aspecto, la ley número 3553 fija criterios más amplios y modernos sobre bolsas de valores, además de que le imprime una regulación legal más especializada y completa.

Y nuestro código, en su artículo 74 y siguientes, consagra algo muy particular y característico de las bolsas de valores o de comercio, como son los llamados agentes de cambio y los corredores, quienes en su condición legal de intermediarios se hacen necesarios e imprescindibles en todas las operaciones que celebran las bolsas, sean éstas grandes o sean pequeñas, con “parquet” o sin “parquet”.

Dichos intermediarios deberán ser nombrados por el Poder Ejecutivo, y se comienza por los agentes de cambio para las bolsas de valores, y quienes de acuerdo con el artículo 76 “son los únicos que tienen derecho de intervenir en las negociaciones de los efectos públicos y otros cualesquiera negociables, de hacer por cuenta de otro las negociaciones de las letras de cambios o pagarés y todo papel comercial, y de certificar su curso”. En Francia, estos agentes de cambio se han hecho tan poderosos que la ley ha establecido disposiciones especiales para el ejercicio de su quehacer, pues se han llegado a formar sociedades para exportar semejante actividad, así como cámaras sindicales. En el Ecuador

se les conoce como “agentes de bolsas”, escogidos mediante adjudicación dispuesta por el directorio de bolsa, en número original de veinte, aunque sujetos a aumento o disminución de acuerdo con las necesidades del mercado. Estos agentes tienen el derecho de establecer los puestos de bolsa y por cada puesto pueden actuar simultáneamente en la sesión o rueda de la bolsa, tres agentes principales; o dos agentes y un apoderado suplente de agente principal; o un agente y dos apoderados suplentes de los agentes principales.

El artículo 77 de nuestro código establece en materia de corredores estas categorías: corredores de mercancías, corredores intérpretes y fletadores de buques; corredores de transportes por tierra y por agua. Estas categorías son especialmente determinadas por el artículo 78, corredores de mercancías; artículo 79, corredores de seguros; artículo 80, corredores intérpretes y fletadores de buques, y artículo 82, corredores de transportes por tierra y por agua.

Al tenor del artículo 81, una misma persona puede, siempre que lo autorice para ello el gobierno, acumular las funciones de agente de cambio y de corredor de mercancías o de seguros o de corredor intérprete y fletador de buques. Además, los agentes de cambio podrán hacer por sí, con los corredores de mercancías, las negociaciones y corretaje de las ventas o compras de las materias metálicas, con derecho a certificar su curso. La ley número 3553 a su vez, en su artículo 11, establece los corredores de la Bolsa Nacional de Valores, nombrados por el Poder Ejecutivo o inscritos en el registro de la institución, con autorización especial para intervenir de manera única en las negociaciones que se efectúan oficialmente en la Bolsa y con acceso exclusivo en la rueda o piso.

No obstante el oficialismo de nuestra Bolsa Nacional de Valores, el único decreto dictado por el gobierno de la República, después de la promulgación de la ley orgánica, fue el número 1963, de fecha 9 de agosto de 1956, y en el cual se designó para constituir la primera comisión de valores un grupo de distinguidos empresarios privados encabezados por don José María Bonetti Burgos, a los cuales se agregaron, con derecho a voz pero sin voto, los presidentes de cuatro importantes cámaras de comercio del país, o sea, las de Santo Domingo, San Cristóbal, Santiago y San Pedro de Macorís.

Siguiendo el curso de la historia, en diciembre de 1964, el Triunvirato, que regía los destinos del país en esa época, promulgó la ley número 550 con fines de establecer ciertas reglas a las cuales deben acogerse las compañías dominicanas o extranjeras que exhiban, ofrezcan en venta o emitan al público, o en cualquier forma, introduzcan en el mercado de la República Dominicana acciones, obligaciones o títulos de cualquier naturaleza. De ese modo, se dispuso que estas compañías debieran estar regularmente constituidas y con un capital suscrito y pagado mínimo en efectivo de RD\$ 25,000.00, de lo cual se exceptúan los aportes en naturaleza.

Ese mismo nivel de RD\$ 25,000.00 se ha fijado como mínimo en capital y reservas para las compañías que desean expedir títulos cotizables en el mercado de valores, de acuerdo con el artículo 16 de la ley orgánica de la Bolsa Nacional de Valores; por cierto, artículo que regula cuáles asuntos podrán cotizarse o venderse en las ruedas, como lo son: a) los valores o bonos emitidos por el Estado dominicano, el Banco Agrícola y otras instituciones públicas; b) las acciones, obligaciones y demás valores de cartera emitidos por entidades privadas o de administración mixta, todas sujetas a la solicitud de la Comisión de Valores y a la condición de ser socio de la Bolsa, con documentación que acredite su constitución legal, sus últimos balances con copias de los pasados y de los proyectados, certificados por contadores públicos autorizados. También en la bolsa podrían cotizarse los productos nacionales y de importación, de acuerdo con las reglamentaciones que dictare la Comisión de Valores.

No obstante, esta literatura jurídica directa y especializada no ha tenido ninguna consecuencia práctica en nuestro mundo de negocios. La nueva legislación bancaria y financiera que se ha venido dictando en los últimos decenios ha ido creando de una manera indirecta la materia prima que se requiere para la formación de un mercado de capitales.

Por lo pronto, la ley sobre sociedades financieras (número 292, junio 1966) en su artículo 3 autoriza a estas entidades, en primer lugar, a emitir títulos de renta fija o variable con garantías generales y específicas, tales como bonos, cédulas hipotecarias y otros títulos o valores, para lo cual sí necesita la autorización de la Junta Monetaria. En segundo lugar, la colocación, mediante comisión, de obligaciones, acciones y otros valores, emitidos por terceros, aunque con la opción de tomar la totalidad o parte de la emisión para colocarla por su cuenta y riesgo.

A su vez, la Ley de Fomento Agrícola (número 6186, 12 de febrero 1963), autoriza al Banco Agrícola de la República a emitir o avalar valores; la ley orgánica del Banco Nacional de la Vivienda (número 5894, 12 mayo 1962) permite a esta institución producir cédulas hipotecarias nominativas o al portador, pagaderas en el país o en el exterior, en moneda nacional o extranjera. La ley orgánica sobre bancos hipotecarios (número 171, 7 de junio 1971), dispone que las entidades autónomas del Estado, las compañías de seguros, los bancos comerciales y las sociedades financieras quedan facultadas para comprar acciones de capital e invertir en títulos o valores emitidos por los bancos hipotecarios de la construcción, los cuales pueden también operar en la colocación, mediante comisión, de obligaciones, acciones y otros valores, emitidos por terceros.

La ley sobre fomento, incentivo y protección agroindustrial (número 409, 15 enero 1982) otorga exoneraciones del impuesto sobre la renta de la parte de la renta neta imponible a las personas, físicas o morales, que inviertan en títulos o valores, tales como bonos, cédulas hipotecarias y similares, que sean emitidos por empresas industriales clasificadas por esa ley, o por las instituciones financieras que capten fondos para empresas agroindustriales. Las leyes orgánicas de la Corporación de Fomento Industrial de la República (número 288, 30 junio 1966) y de la Corporación Dominicana de Empresas Estatales, CORDE (número 289, 30 junio 1966) establecen que estas dos instituciones del Estado pueden emitir bonos de inversión, cédulas hipotecarias o prendarias, y otros valores, con garantías y sin ella, emitir certificados de participación sobre la propiedad de sus bienes, valores o títulos, actuar como fiduciarios en la emisión de valores de empresas y otras atribuciones de índole similar.

Hasta la banca comercial puede transferir sus acciones nominativas, aunque con algunas limitaciones, como es la aprobación previa de la Junta Monetaria, cuando ese traspaso convierte al adquiriente en propietario del más del cincuenta por ciento del capital social. Y así pudiéramos seguir hurgando en otras leyes del amplio mundo del desarrollo económico, para comprender claramente que el mercado de valores existe en nuestro país, aunque en forma individual y dispersa. Falta, pues, solamente el paso necesario para llevar todos esos títulos a una entidad organizada, como resultaría ser la Bolsa Nacional de Valores.

Salvo que no se quiera buscar como primera medida la aprobación de una nueva legislación, sobre la cual por lo menos conocemos dos proyectos al respecto, creemos que lo fundamental, más que nueva articulación jurídica, sería la de modificar la normativa hoy vigente, aunque:

1ro. Creando incentivos fiscales para las empresas o corporaciones que funcionen en forma abierta, emitiendo acciones y otros títulos registrados en la Bolsa Nacional de Valores.

2do. Imponiendo gravámenes fiscales mayores a los existentes, en perjuicio de las compañías cerradas, dotados de una composición accionaria de tipo familiar y no inscrita en la Bolsa Nacional de Valores.

3ro. Que además de la inversión del Estado dominicano de cien mil pesos oro (RD\$100,000.00), en el capital inicial de la Bolsa Nacional de Valores se aumente dicho capital inicial a una cantidad mayor, suscrito y pagado este aumento por el sector privado.

4to. Que todas las operaciones relativas a la compra y venta de los títulos que emitan las entidades públicas, mixtas o privadas, sean canalizadas y cotizadas necesariamente en la Bolsa Nacional de Valores, con carácter exclusivo y obligatorio.

5to. Que la Comisión Nacional de Valores tenga entre sus directores representantes de las cámaras de comercio del país, del Consejo Nacional de Hombres de Empresas, de la Confederación Patronal de la República, y del sector obrero.

Esto último para que podamos repetir la reciente experiencia ocurrida en el Perú, cuando los trabajadores de 26 empresas solicitaron inscribir sus acciones laborales en la Bolsa de Arequipa, acabada de instalar el día 14 del mes de agosto de 1987.

Señores

Cuando viajo fuera del país siempre visito clubes rotarios, y en más de una ocasión, como en Santiago de Chile, Buenos Aires, Montevideo y Quito, he tenido la oportunidad de concurrir a las ruedas de las bolsas de valores de aquellas ciudades, y tengo que callar vergonzosamente cuando se me pregunta por la Bolsa de

Valores de Santo Domingo, y sobre todo en una asamblea de la Federación Iberoamericana de Bolsas de Valores que presencié en Chile, sesión en la cual se proclamaba que la máxima expresión de la libertad de comercio y de industria residía en el mercado de capitales, ya que éste permite la libre participación de muchas personas físicas y morales en el amplio mundo de los negocios y del desarrollo económico.

Por eso creo que el sueño de José Hernández, de Felipe Auffant y del grupo gestor, es el más grande reto que tenemos por delante. No sólo por el desarrollo empresarial, la ventaja especulativa, la fluidez del dinero, y otros atractivos, sino principalmente como un deber patriótico. Porque creo que ha llegado la hora de que Santo Domingo tenga su Bolsa Nacional de Valores.

He dicho.

DERECHO FISCAL

Limitaciones legales que afectan el cobro compulsivo de la deuda impositiva: diseño de una política de cobranza*

J. B. Abréu Castro**

* Coloquios Jurídicos, Enero - Junio del 1989, año 4, no. 6, páginas 43-64.

** J. B. ABRÉU CASTRO. Es abogado, graduado en la Universidad Autónoma de Santo Domingo, realizó post-grado en Finanzas Públicas y Derecho Tributario en la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

También es Experto en Tributación, del Centro Interamericano de Estudios (CIET), Argentina. Hizo un curso especializado en Administración Tributaria patrocinado por la OEA, al igual que un curso sobre Control Administrativo, en la Universidad de Buenos Aires.

Imparte cátedras de Finanzas Públicas e Impuestos Sobre la Renta en la Universidad O & M y en el Instituto Tecnológico de Santo Domingo (INTEC).

Ocupó las Direcciones Generales del Impuesto Sobre la Renta y de Rentas Internas donde, por riguroso escalafón, llegó a ocupar las posiciones de Sub-secretario de Estado de Finanzas y Director General de Rentas Internas. Actualmente integra la oficina Bufete Gómez Borges, Abogados, Notarios y Consultores.

Limitaciones legales que afectan el cobro compulsivo de la deuda impositiva: diseño de una política de cobranza

Es para mí de singular complacencia dirigirme a ustedes, este núcleo tan selecto de profesionales y distinguidos invitados, correspondiendo así a la honrosa invitación que nos extendiera esta prestigiosa oficina, por intermedio de la Dra. Rosa Campillo.

1. Objetivo de la administración tributaria

La administración de impuestos tiene como cometido la de recaudar los impuestos que administra, en la oportunidad y en la cuantía que corresponde de acuerdo con los hechos o actos gravados, de todas las personas que según la ley tienen la obligación de hacerlo. Para cumplir ese cometido, la administración debe fijarse sus objetivos, y su estrategia de acción, y ello dependerá de las características del impuesto o del conjunto de impuestos que deba administrar.

Hoy día se admite pacíficamente que el objetivo de la administración de impuestos es el de maximizar el cumplimiento voluntario, pero no siempre se ha comprendido cuál es el alcance de este objetivo y qué consecuencias se derivan de él en la acción de sus diversas funciones.

A esta altura creemos necesario hacer una aclaración: el objetivo de maximizar el cumplimiento voluntario viene dado por las características de los impuestos que se administran en la actualidad, pero no es una verdad absoluta para cualquier tipo de tributos. Este objetivo es válido para la administración de impuestos masivos, con gran cantidad de contribuyentes, de autoliquidación o de declaración previa de los hechos gravados. En estos casos, el objetivo de maximizar el cumplimiento voluntario constituye un imperativo sin alternativas, porque es absolutamente imposible concebir una acción directa de la administración frente a todos y cada uno de los contribuyentes para la determinación y cobro del impuesto que les corresponden. En la actualidad, en los sistemas tributarios predominan impuestos de estas características, como son los impuestos sobre la renta, sobre los patrimonios, generales sobre las ventas, etc., por lo que se ha generalizado como objetivo de una administración tributaria moderna el de maximizar el cumplimiento tributario.

2. Mejoramiento del nivel medio de cumplimiento

Definido el objetivo de la administración tributaria, cabe precisarlo aun más. El que todos y cada uno de los contribuyentes previstos por la ley cumplan cabal y oportunamente obligación tributaria es un ideal, tal vez una utopía, porque siempre existirá un margen de incumplimiento. El objetivo de maximizar el cumplimiento tributario no es utópico, sino que reconoce esa realidad; lo que persigue es reducir al máximo el incumplimiento, aproximándose lo más posible a aquel ideal. Para ello se debe partir de la realidad y del grado de incumplimiento existente. En un medio de elevado incumplimiento el objetivo de maximizar el cumplimiento voluntario es de largo plazo, y sólo se alcanzará en la medida en que se vaya logrando un mejoramiento del grado de cumplimiento tributario, por lo que este debe ser objetivo a corto plazo. En cambio, en un medio de muy alto cumplimiento ya se habrá alcanzado aquel objetivo, por lo que se debe traducir en el del mantenimiento del grado de cumplimiento alcanzado y, si es posible aun mejorarlo, pero fundamentalmente en el corto plazo se debe evitar que se deteriore el grado de cumplimiento alcanzado.

Se ha de convenir que en nuestro país, al igual que en la mayoría de aquellos países en vía de desarrollo, existen grados de incumplimiento involuntario relativamente elevados.

3. El riesgo subjetivo

Se deduce lógicamente que el logro de estos objetivos está muy condicionado a la conducta del contribuyente. El análisis de los factores que determinan o influyen en la conducta del contribuyente es, pues, un camino necesario a recorrer, para adoptar las medidas que permitan un mejoramiento del nivel de cumplimiento voluntario. Sin restar importancia a otros factores, pero sí haciendo una ponderación relativa de ellos, es importante destacar la gravitación sustancial que tiene el factor riesgo subjetivo como determinante de la conducta del contribuyente. Se entiende por ello la apreciación subjetiva que el contribuyente tiene de las consecuencias que pudiera derivarse para él de un incumplimiento tributario. Esa apreciación subjetiva está condicionada por diversos factores: la posibilidad de que su incumplimiento sea detectado; la posibilidad de que la administración ejerza una acción contra él; la posibilidad de que la obligación incumplida pueda ser determinada por

la administración; la posibilidad de que ese incumplimiento forzado le resulte en definitiva más gravoso que el que le hubiera resultado de cumplir voluntariamente. El tiempo es un factor que tiene también un papel importante en esta apreciación. En países de elevado incumplimiento la apreciación predominante de los contribuyentes es que el riesgo es muy remoto y vale la pena asumirlo porque de ello se deriva una ventaja económica importante. Para cambiar esa apreciación es necesario crear un riesgo con alto grado de potencialidad y efectividad, vale decir llevar el convencimiento del contribuyente que su incumplimiento será detectado y determinado rápidamente y que será obligado a cumplir en forma más gravosa. En otros términos, que su única alternativa sea la de cumplir voluntariamente o cumplir forzosamente en términos más gravosos.

4. Concepto de deuda tributaria

Es útil convenir que para definir lo que se considere deuda tributaria hay que recoger el concepto más generalizado que la entiende “como el monto de los tributos pendientes de pago, reconocidos o liquidados por el propio contribuyente, o bien determinados por la propia administración, una vez agotados los diversos actos (reclamación, reconsideración, impugnación, recursos jerárquicos, revisión, etc.) contemplados en la legislación”.

Por consiguiente, debe entenderse que no se considera configurada la “deuda tributaria”, cuando los tributos aún no están reconocidos por el contribuyente o no están determinados por la autoridad competente de manera definitiva. Aun cuando algunos analistas la denominan en esta última fase como “deuda tributaria potencial”, bajo un concepto más amplio.

Por tanto, ha de convenirse que el concepto riguroso y cabal de deuda tributaria queda configurado cuando la obligación que ella comporta tiene carácter firme, es líquida y exigible, en los mismos términos y con los mismos elementos que se requieren respecto de una obligación civil o comercial.

La obligación tributaria es *firme*, cuando está probada su existencia, ya sea porque no ha sido discutida, o porque habiéndolo sido fue resuelta definitivamente, de acuerdo con las normas legales respectivas. Son situaciones en que podemos considerar que la obligación tributaria es firme, cuando espontáneamente

ha sido puesta en conocimiento de la administración por el contribuyente, o cuando habiendo sido determinada por la administración, en defecto del obligado, se ha puesto término a toda tramitación prevista para establecerla en su cuantía.

De acuerdo con lo expresado, no se diría que existe deuda tributaria en los casos en que no se ha liquidado la obligación tributaria determinada, por falta de presentación de la declaración por el contribuyente obligado a hacerlo; ni tampoco cuando la obligación tributaria determinada por la administración -sustituyendo la omisión del contribuyente o como resultado de una revisión- se encuentre en período de discusión. Aunque en uno y en otro caso el contribuyente involucrado pudiera admitir la calificación de moroso, en su acepción legal, como es muy fácil de imaginar.

La obligación tributaria es *líquida* cuando ha sido determinada o existen los elementos para hacerlo, de tal forma que puede ser expresada en cantidad de dinero. Por este motivo, no se consideran como deudas tributarias aquellas obligaciones que aún cuando su existencia no sea discutida, por cualquier causa no haya sido determinada y expresada en cantidad líquida en dinero.

Para construir deuda tributaria no basta con que la obligación sea firme y líquida, sino que además debe ser *exigible*; este es el requisito que puede introducir mayores dificultades para delimitar el concepto. Se entiende que la obligación es exigible cuando es posible forzar al deudor a su cumplimiento, en virtud de título que a ese efecto habilite al acreedor. Esto no ocurre cuando ha vencido el plazo para el cumplimiento de la obligación y éste no se ha producido. No obstante, lo que caracteriza la exigibilidad de la obligación es la posibilidad de forzar su cumplimiento.

Por todas estas razones, no consideramos como deuda tributaria la obligación que no sea de plazo vencido, aunque, como ya explicamos, en sentido estricto sea deuda tributaria. Tampoco deben incluirse las deudas, aun cuando sean de plazo vencido, respecto de las cuales se haya concedido prórroga para su pago o facilidades para su cumplimiento, porque no es posible exigir el pago forzado de la deuda total, y sí tan sólo el de las cuotas que se hubieran fijado y a medida que vayan venciendo los plazos concedidos para pagarlas.

En resumen, a los efectos de este enfoque, es deuda tributaria aquella que puede ser exigida coactivamente por el fisco, porque

han concurrido los requisitos previamente señalados para caracterizarla.

5. Concepto de morosidad tributaria

Desde un punto de vista de derecho estricto, se encuentra en mora todo contribuyente que no ha extinguido la obligación tributaria que le corresponda, dentro del plazo legal para hacerlo, sea que ella resulte de determinación tributaria previamente efectuada, mediante declaración, o no exista determinación alguna.

En cambio, desde un punto de vista administrativo podría decirse que existe consenso generalizado para considerar moroso al contribuyente que no paga dentro del plazo legal la obligación que le es exigible.

Sin embargo, no debieran quedar confundidas dos circunstancias que difieren entre sí por varios aspectos, como son las de la mora en el cumplimiento de la obligación tributaria, y la de que ésta sea exigible por parte de la administración.

La mora, a su vez, puede producirse de pleno derecho, cuando surge por imperio de la ley que ella se constituya con carácter automático al vencimiento de los plazos legales o reglamentarios; o bien puede quedar configurada previa acción administrativa o judicial, que debe interponerse para lograr ese particular efecto.

Mientras tanto, la exigibilidad de la obligación tributaria se relaciona, lógica y principalmente, con el caso en el cual dicha obligación ha quedado determinada, previo agotamiento de las instancias para discutirla, y el Estado se halla en condiciones de reclamar su pago sin posibilidad de que se pueda plantear ya la substancia del litigio tributario.

Sobre las bases arriba expuestas, puede ocurrir y ocurre que algunas causas que afectan al incumplimiento tributario en general tengan influencia en morosidad en particular, pero tales causas no serán consideradas aquí en detalle, a fin de tratar el tema en su contenido específico, o sea en lo atinente a la falta de pago de la obligación tributaria dentro de los plazos establecidos para ello, esto es, la deuda tributaria. Sin embargo, parece conveniente, antes de mostrar soluciones al problema de la deuda tributaria, analizar brevemente algunas de sus causas y las consecuencias

que este fenómeno puede provocar, no sólo en la actividad de la administración tributaria, sino también en el sistema financiero del Estado, con sus efectos en la economía del país. Llamar la atención sobre causas y consecuencias, puede dar mejor idea de la magnitud del problema y de la importancia del papel que juega el administrador tributario en su solución.

6.- Causas de la mora tributaria

- a) La imposibilidad de pagar:
 - I. Insolvencia
 - II. La falta de liquidez

Hemos expresado que el contribuyente no paga porque no puede hacerlo, cuando la magnitud de la obligación excede su capacidad de pago. Entendemos que esto ocurre no tan solo debido a insolvencia del contribuyente, sino también en los casos en que el cumplimiento de la obligación le impediría continuar desarrollando la correspondiente actividad que la genera.

También puede presentarse el caso que la incapacidad de pago derive de factores que podemos considerar más o menos transitorios, como es el caso de la falta de liquidez.

Importa señalar que respecto de estas causas la actividad a seguir por la administración resulta fundamentalmente diferente de la que pueden adoptar, cuando el incumplimiento se debe a conveniencia del deudor, en que sus causas son contingentes.

En caso de imposibilidad de pago, la actuación de la administración no influirá en forma importante en la corrección de morosidad, ya que su actividad se determinará simplemente comprobando un hecho: la incapacidad de pago o la insolvencia. Por consiguiente, toda la solución dependerá esencialmente de la posibilidad de remover las causas que la producen.

La falta de liquidez la entendemos como posible causa de morosidad tributaria cuando obedece, entre otras cosas, a razones vinculadas con una determinada política monetaria o crediticia.

Si como consecuencia de las políticas indicadas, el contribuyente debe afrontar una situación de falta de liquidez, seguramente atenderá con preferencia al desarrollo de su actividad

y ello puede ser causa de incurrir en mora en el cumplimiento de su obligación tributaria.

Destacamos esta causa con las características indicadas, porque la falta de liquidez en un caso particular, será normalmente una situación de carácter transitorio u ocasional. En cambio, sólo si se remueven las causas mencionadas es posible esperar una solución normal para la morosidad tributaria, toda vez que no se puede esperar que el contribuyente liquide bienes a cualquier precio para afrontar la situación.

b) La justicia del sistema tributario

Si el sistema tributario no es justo y equitativo, por no estar adecuadamente concebido, o si la debilidad administrativa permite que sectores importantes de la población no paguen los impuestos que les corresponden, o lo hagan con excesiva demora, a la imagen del gobierno ineficiente se agrega un factor de irritación constante. Expresó al respecto el profesor Oldman:

“El contribuyente sentirá mayor obligación de cumplir leyes de impuestos... si piensa que la carga tributaria en relación con la política de gastos está bastante equitativamente repartida entre la población, por leyes de contribuciones y por la forma en que se administran.

“Si a raíz de los procesos políticos no emerge una legislación y administración tributaria acorde con los ideales prevalecientes de equidad, por mucho que se publiquen declaraciones santurrónicas sobre la justicia de la ley y de su administración, no se ejercerá una influencia perdurable a favor del desarrollo de un espíritu de cooperación en el contribuyente.”

Con respecto al mismo tema, expresaba el señor Lachmann:

“El descontento es no sólo el disfraz preferido que toma la falta de conciencia cívica, a veces, causa real de incumplimiento...”

“...no es posible, ni siquiera deseable, imponer el cumplimiento de un mal impuesto... -aunque sea porque el descontento resultante por lo general se extiende a los administradores mismos y hace que no se sientan dispuestos

a insistir en la aplicación estricta de un impuesto-... que ellos mismos consideran injusto.

“...la administración también debe ser justa y equitativa. No resultaría así cuando... la organización no está preparada para obligar a que la gran mayoría se registre y pague los impuestos”.

c) La imagen del gobierno y de su eficiencia

Los profesores también han expuesto sus consideraciones con respecto a esta causa de morosidad tributaria, coincidiendo en sus conceptos al expresar que:

“El contribuyente sentirá mayor obligación de cumplir las leyes de impuestos... si la imagen que tiene del gobierno le satisface, si en general está de acuerdo con la política de gastos de ese gobierno.

“La imagen que tiene el contribuyente del gobierno está determinada por muchos factores, desde la personalidad de sus dirigentes políticos hasta el trato que recibe cuando acude a una oficina pública de impuestos, así como del destino que se le dé a los fondos públicos.

“En países que... han estatizado muchos servicios públicos, las personas, en general, se forman una imagen del gobierno... a través de servicios públicos que utilizan diariamente... transporte... suministros de gas y de electricidad... teléfonos, etc.

“La calidad del servicio y el precio de los mismos, la forma en que el consumidor es atendido... dan la verdadera pauta de la imagen que del gobierno se forman los usuarios, todos ellos contribuyentes de los gravámenes...”

“Por tanto, estamos completamente de acuerdo en que es importante que tales servicios... muestren al contribuyente que los financia que el gobierno es eficiente; de lo contrario, ello estimula los factores de resistencia en el pago de los impuestos.

“La obligación material de pagar los impuestos está unida no sólo a un cuadro aceptable de gastos del Estado, sino también a un cuadro aceptable de servicios públicos bien prestados”.

d) *Lapso transcurrido entre la generación del hecho imponible y la fecha de pago del impuesto.*
La acumulación de la deuda.

El plazo que media entre la generación de la obligación y la fecha de pago del impuesto puede constituirse en un estímulo a la morosidad, en el caso en que el plazo exceda de un límite prudente.

En los países con inflación aguda, se agrega a los factores ya mencionados uno nuevo como estimulante del atraso en el pago de los tributos, cuando las legislaciones no prevén el ingreso corriente de los impuestos, mediante pagos a cuenta o anticipados, a medida que se va generando el hecho imponible o por un extendido uso del sistema de las retenciones.

Especialmente en países en proceso de desarrollo, la actividad económica de producción y comercialización requiere crecientes fondos líquidos para atender la demanda en aumento de bienes y servicios. Las empresas en general no están en condiciones de formar reservas financieras para atender fuertes pagos de impuestos en una misma fecha. Si a ello se agregan las pequeñas dimensiones del mercado de capitales, circunstancia corriente en países en desarrollo, se hace muy difícil reforzar el capital propio u obtener dinero de terceros a un costo razonable. Esto en cuanto a las empresas. En lo atinente a las personas naturales -asalariados, profesionales, agricultores, etc.- es también difícil encontrar que los montos adeudados por impuestos hayan sido acumulados al final del ejercicio fiscal, para entregarlos al gobierno en plazos más o menos inmediatos. La tendencia general es a gastar o a invertir, a medida que se va disponiendo de los fondos; y, en todo caso, también es difícil encontrar propensión favorable al pago de fuertes sumas de una sola vez.

Por su parte, la acumulación de la deuda tributaria, ya sea porque ella se produzca en razón de que la estructura jurídica del impuesto lo permita o porque la falta de un procedimiento adecuado de cobro genera su acumulación, el resultado es que pueda llegar un momento en que el monto de la obligación excede la capacidad de pago del contribuyente. Esta situación se puede producir cualquiera que sea la magnitud o importancia del contribuyente, porque la acumulación es de impuestos relacionados precisamente con la importancia relativa del contribuyente; pero la experiencia señala que con mayor frecuencia se produce respecto de pequeños contribuyentes, cuya obligación

muchas veces no justifica la movilización de los mecanismos de cobro, y cuando ha llegado a un nivel de relativa consideración, ya no es posible cobrar.

e) Mora por conveniencia

El caso más frecuente de mora tributaria y el que mayor atención debe merecer a la administración es el del contribuyente que no paga su deuda porque no le conviene hacerlo.

El contribuyente, en su carácter de tal, no obra por impulso ni por pasiones: calcula y decide. Lo normal será que decida lo que más conviene a sus intereses.

En estas condiciones, en primer término se analizará el costo relativo de la mora: si éste es inferior al beneficio posible de obtener por no pagar, difícilmente se logrará el pago como no sea en forma coactiva. Aún en el caso que el costo de la mora sea superior al beneficio, podrá evaluarse la virtualidad del riesgo, lo cual también influirá para decidir la actuación del contribuyente.

Entre las principales causas que determinan la mora por conveniencia se pueden contar: la insuficiencia punitiva de las sanciones y medidas y condonaciones resarcitorias vigentes, la inflación, la concesión de moratorias y condonaciones.

El contribuyente no paga su obligación tributaria si le conviene no hacerlo y actuará en tal forma siempre que le sea posible dejar de cumplir. Ello dependerá de la eficacia con que el fisco esté en condiciones de actuar para cobrar la obligación tributaria.

l) Insuficiencia punitiva de sanciones o de las medidas resarcitorias vigentes: la tasa de interés

Si bien -como ya fue dicho- el contribuyente, enfrentado al cumplimiento de su obligación, tiene la alternativa de pagar o no pagar, en la mayoría de los casos, principalmente en las obligaciones de mayor monto. Su decisión va más allá que la de una simple alternativa de pagar o no hacerlo: se convierte en la de usar dinero para pagar o darle otro destino.

En este caso, el contribuyente decidirá, evaluando y comparando el costo de la mora y el beneficio que puede

reportarle, el uso diferente del dinero. Si el beneficio esperado de este uso alternativo es superior, quiere decir que aún llegado el momento de cumplir forzosamente, le quedará en su favor una diferencia.

El costo de la mora estará determinado por los intereses, sanciones y recargos que se apliquen por el solo hecho de no extinguir la obligación tributaria en el plazo previsto por la ley.

Generalmente, los intereses que se cobran por la mora no constituyen una sanción penal, sino que tienen carácter civil, resarcitorio del perjuicio directo que la mora ocasiona al fisco. Son muy variados el nivel de la tasa de esos intereses y la forma de cálculos. En algunos países existen normas que limitan esa tasa de interés.

La sanción por la mora tiene por objeto inducir al cumplimiento de la ley. De tal modo, el cumplimiento que la mora implica se sanciona porque se ha violado una norma que obligaba a la prestación en su aspecto formal. La fundamentación de la sanción se precisa, pero la forma de establecerla puede o no inducir al cumplimiento. Si tal sanción es una suma fija, por ejemplo, su efecto compulsivo será muy relativo y dependerá del monto de la obligación, pues en tanto ésta aumenta, dicho efecto disminuye.

Los recargos, por su parte, tienen distintos fundamentos y alcances, desde el de sanción hasta el de simple recuperación de gastos incurridos en el proceso de cobro.

Obviamente, estas consideraciones nos llevan a la conclusión de que en tanto el costo de la mora no sea sustancialmente más elevado que el costo del dinero bancario, existirá un estímulo permanente y atractivo para la morosidad tributaria.

II) La inflación

Cuando la economía de un país padece un fenómeno inflacionario, la causa anotada en el punto anterior, como inductora de la morosidad, adquiere dimensión mucho más grave, porque en tanto se mantenga el proceso de pérdida en el valor adquisitivo de la moneda, ya no está tan sólo en juego la comparación entre el beneficio que pueda proporcionar el uso alternativo del dinero en relación con el costo de la mora, sino que la propia

obligación tributaria -con el mero transcurso del tiempo- se reduce en términos relativos. En estas circunstancias, el contribuyente obtiene un beneficio por el solo hecho de postergar el pago de la obligación: este beneficio será tanto mayor cuanto más acelerado sea el proceso inflacionario.

III) Las moratorias y condonaciones

Cuando la acumulación de la deuda tributaria llega a magnitudes importantes, se afectan considerablemente los planes financieros del Estado. Además, esa situación complica los mecanismos administrativos en medida, a veces, insuperable y distorsiona la asignación de recursos para el cumplimiento de los planes de fiscalización y otros propios de la administración tributaria. Cuando ambos extremos llegan a un punto culminante, se intenta lo que se ha dado en llamar una solución necesaria para el problema que nos ocupa. Así nacen las denominadas moratorias y condonaciones.

Por moratoria se entienden las medidas legales por las que se legitima la mora existente y se autorizan nuevos plazos para el pago de los impuestos, accesorios, multas, etc.; y por condonación, el perdón de las sanciones aplicadas o la eliminación de recargos y, en muchos casos, de intereses, si los contribuyentes morosos e infractores satisfacen lo adeudado en los nuevos plazos concedidos, o lo han satisfecho anteriormente, pero fuera del plazo legal. No cabe duda de que las medidas de tal naturaleza ofrecen una solución del problema a corto plazo y permiten captar importantes recursos cuya obtención, de otra manera, se dilataría por largo plazo. Además, a costa de un esfuerzo administrativo reducido, descongestionan muchas secciones de la administración tributaria al hacer innecesario resolver y controlar numerosos casos individuales.

Sin embargo, no somos partidarios de las moratorias con condonaciones, en razón de que la deuda atrasada representa incumplimiento de una misión de contribuyentes y que estas medidas de excepción sólo benefician a esa minoría infractora, implicando sus impuestos dentro de los plazos legales. Además, estas medidas podrían convertirse en un fenómeno repetitivo en el futuro, perjudicando la moral fiscal.

Debemos de señalar de paso que en nuestro sistema tributario, aunque se han dado algunos casos de condonaciones parciales en determinados impuestos, no es frecuente este tipo de medidas.

Es interesante aclarar que una de las cuestiones que poco se examinan es aquella en la cual la magnitud de la deuda, en relación con el total de la recaudación efectiva, se convierte en un problema porque la misma excede ciertos límites. Lo que equivale a decir que, dentro de esos límites, su monto resultaría normal, y no provocaría ninguna preocupación ni mayores entorpecimientos en la administración. El problema estaría en fijar lo que se entendería como "límite normal".

De todos modos, ello dependería de las características y circunstancias de los sistemas impositivos de cada país, ya que no es lo mismo una referencia de una administración tributaria altamente desarrollada y de un alto nivel de cumplimiento voluntario y una referencia del caso contrario. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América, en el año 1980, la deuda tributaria respecto de la recaudación efectiva tuvo una proporción inferior de uno por ciento (1%).

En nuestro país, con respecto del impuesto sobre la renta, entendemos que anda por alrededor del cuatro por ciento (4%), según cálculos.

La debilidad de la administración y la ineficiencia de los procedimientos de cobranza

Si bien las causas mencionadas anteriormente, por su carácter contingente, pueden desaparecer o perder influencia en el fenómeno de la deuda tributaria, siempre estará presente la debilidad administrativa como un factor estructural que, en sumo grado puede contribuir a la formación y subsistencia de aquél.

Como ocurre con otras secciones de la administración tributaria (fiscalización, reclamaciones o recursos), la que sea responsable de la cobranza de la deuda tributaria, debe ser organizada y dotada de los elementos necesarios, en calidad y magnitud adecuados como para poder actuar oportunamente y con la flexibilidad requerida.

Dicho en otras palabras, el departamento que se ocupe de la cobranza no constituye un sector aislado de la administración y debe guardar proporción con la producción de la otra dependencia. Si los departamentos de identificación de contribuyentes y control de cumplimiento de sus obligaciones periódicas actúan

eficientemente, aumenta la labor de las oficinas vinculadas. Si, de igual manera, el departamento de fiscalización desarrolla amplias campañas de auditorías internas y externas, también aumentan las labores de las unidades afectadas, como serían las de revisión interna, análisis de casos, dactilografía, notificaciones, etc. Ello trae repercusiones en el Departamento de Reclamaciones o Recursos y, finalmente, toda esta labor acumulada se traduce en un aumento de la responsabilidad del Departamento de Cobranza.

Hemos afirmado que el contribuyente no paga cuando así le conviene, pero que ello ocurre siempre que la inactividad de la administración dé lugar a su cumplimiento. De tal modo, asignamos a la eficacia administrativa en el cobro de la obligación tributaria el carácter de una verdadera condición para que ésta se convierta en morosa.

Sin embargo, tampoco puede descartarse totalmente el atribuir papel de causa de la morosidad a la acción deficiente de la administración en este campo. El contribuyente que incurre en mora por conveniencia, comparado con el beneficio que le puede reportar ese incumplimiento, necesariamente debe plantearse el grado de veracidad del cumplimiento forzado. Si éste no existe, se verá facilitada su decisión de no pagar; en cambio, si existe un eficiente y oportuno sistema de percepción y de reclamo del pago de la obligación, la tendencia al cumplimiento será obviamente mucho mayor.

Todas estas consideraciones que se han formulado tienen plena validez, respecto de todas y cada una de las obligaciones individualmente analizadas, por lo que tiene real importancia en reportar el problema en relación al conjunto de ellas. No podrá pensarse en organizar una administración con actitud para cobrar cada una de dichas obligaciones. Es necesario que exista un sistema que induzca al cumplimiento voluntario. En ese sentido, es útil señalar que la actividad de la administración tributaria tiene una directa vinculación con el ordenamiento jurídico. La tiene, en primer lugar, porque en definitiva el objetivo último del actuar administrativo consiste en obtener un pleno y oportuno cumplimiento de los deberes y obligaciones abstractamente impuestos por la norma. Y también porque la administración desarrolla una actividad de tipo reglada, ejerciendo facultades y poderes otorgados por la ley, la que simultáneamente le impone deberes o prohibiciones, normalmente destinados a salvaguardar correlativos derechos del contribuyente.

Todo sistema concreto, entonces, presume una cierta transacción entre el interés público en la eficacia administrativa, y un cierto marco de garantías que se reconoce a los particulares. El punto de equilibrio entre poderes del ente público y derechos de los particulares es establecido, no por la administración, sino por el legislador, que maneja un instrumento normativo de mayor rango. El legislador tampoco es totalmente libre para fijar ese punto de equilibrio, dado que él mismo se encuentra limitado por normas de jerarquía constitucional.

Como expresamos anteriormente, desde el momento en que nace la obligación tributaria, y el contribuyente no concurre a satisfacerla en los términos de la ley, la administración ha de ponerse en movimiento para procurar su extinción, ya que el pago del impuesto, y consecuentemente su cobro, es la última etapa de una serie de actos, de índole legal, técnica y administrativa, que realizan tanto los contribuyentes como los administradores de impuestos.

Desde luego, se reconoce la necesidad de que la administración tributaria disponga de medios aptos para obtener el cobro lo más rápido posible de las deudas tributarias reconocidas; al mismo tiempo que tenga la oportunidad de proteger el crédito fiscal de las maniobras del contribuyente para evadir el pago del mismo. Es necesario que al administrador tributario se le habilite con las facultades y procedimientos legales correspondientes, para cobrar la deuda de manera efectiva, especialmente con la ejecución de los bienes del contribuyente deudor.

En este sentido, la deuda tributaria puede dividirse en dos etapas: la primera de ellas comprende lo que podríamos llamar la “deuda potencial”, es aquella cuya existencia está aún en disposición. La segunda es la relativa a una deuda definitiva, líquida y exigible, tal como la definiéramos anteriormente. Todas las legislaciones tributarias, y la nuestra en particular, reconocen recursos de distintas naturalezas jurídicas a los contribuyentes para impugnar la determinación impositiva de la administración, y ello da lugar a procesos administrativos y contenciosos de duración indefinida, en cuyo transcurso el contribuyente puede tomar medidas para insolventarse patrimonialmente o de cualquier otra forma disimular sus bienes, de modo tal que al final del proceso puede tornarse ilusoria la presentación fiscal. Es obvio que en la etapa de la “deuda potencial”, el fisco no puede proceder a su cobro. Pero podría la administración tener a su alcance los

procedimientos aptos para proteger el crédito fiscal que está en litigio, mediante la adopción de medidas preventivas, cautelares o de garantía.

7. Procedimientos de cobro coactivo de la deuda tributaria

Normalmente se exponen dos procedimientos de cobro coactivo de la deuda tributaria: el judicial y el administrativo, admitiendo que existen numerosas variantes entre los extremos mencionados. En realidad no se trata de dos procedimientos diferentes en esencia; la distinción es solamente atribuible a la titularidad en el ejercicio de la facultad de aplicarlos, y así el procedimiento es judicial o administrativo, sólo porque lo aplican órganos del Poder Judicial u órganos del Poder Ejecutivo.

En materia procesal, las diferencias entre un procedimiento y otro pueden ser muchas, sin que lleguen a ser esenciales y los institutos procesales los mismos.

Aludimos a variantes entre los dos procedimientos mencionados, en cuanto a que el ejercicio de algunas facultades puedan radicarse en órganos de un poder y otras en otro; por ejemplo: hay casos en que aplicando el procedimiento judicial la facultad de dictar medidas precautorias o cautelares se ha radicado en la administración.

La mayor parte de los países de Latinoamérica aplica el procedimiento judicial cobro coactivo de la deuda tributaria principalmente por razones de tradición jurídica, que aunque ha ido perdiendo validez a través del análisis doctrinario, esta no ha sido suficiente para inducir a cambios de sistema. El procedimiento prevaleciente es principalmente el judicial, por señalar esa tradición que es de las funciones específicas del Poder Judicial: hacer cumplir forzadamente toda obligación de naturaleza jurídica, respaldada en la ley.

Conviene recordar que la teoría de la división de los poderes del Estado ha sufrido notorios cambios, y si bien en esencia sigue plenamente válida, en la práctica se ha podido concluir que esa división, que parecía meridiana, no puede asumir carácter absoluto. Los diferentes poderes, junto con ejercer funciones que son de la esencia de cada uno, deben ejercer algunas que son de la esfera propia de un poder diferente y que podría

corresponder a uno o a otro. Así, el Poder Legislativo ejerce funciones jurisdiccionales y administrativas, el Ejecutivo ejerce algunas jurisdiccionales y legislativas, y el judicial atiende también funciones administrativas.

El caso que nos ocupa es precisamente uno de aquellos en que la función no es de la esencia del poder que la ejercita. No pocos procesalistas, al referirse a ella, lo hacen aludiendo a las funciones administrativas del Poder Judicial. Por consiguiente, pensar en un procedimiento de cobro ejecutivo de la obligación tributaria, puesto a cargo de la administración, como ya ocurre en varios países, no es concepto que en el fondo atente contra la división de los poderes del Estado.

Se dan otras razones, principalmente las que conciernen a las garantías, sean ellas estrictamente procesales o a favor del propio contribuyente, que se las cree ver amenazadas en su integridad al entregar al Poder Ejecutivo el cobro coactivo de la deuda tributaria. Tampoco se excluyen otras fundamentaciones de menor jerarquía conceptual, aunque innegable influencia, como, por ejemplo, la responsabilidad, independencia de criterio y ecuanimidad que corrientemente se atribuyen al Poder Judicial.

Una decisión en torno a esta cuestión tiene que ajustarse a las características de cada país. No obstante, entendemos que agotadas las instancias de carácter jurisdiccional propiamente tales, como ocurre cuando se ha llegado a fijar el monto de la deuda tributaria, que queda así determinada, es líquida y exigible. El mero trámite que significa forzar su pago puede ejercerse a través del Poder Ejecutivo y pueden preservarse en el trámite del proceso todas las garantías instituidas para su propia integridad y las consagradas para proteger al contribuyente en su carácter de ejecutarlo.

Bastaría crear un tribunal administrativo, como existen muchos otros, y en este caso probablemente con mayor justificación, encargado de la aplicación del procedimiento de cobro de la deuda tributaria. Al mismo tiempo, se podría establecer un recurso rápido para reclamar de cualquier decisión arbitraria o injusta. Este recurso puede ser por ante alguna autoridad administrativa o judicial, con las características procesales del recurso de queja.

La razón esencial que sugiere la conveniencia de analizar la alternativa administrativa, para el procedimiento ejecutivo de cobro de la deuda tributaria, es que la vía judicial resulta

exageradamente lenta, porque no se la puede despojar del formalismo y solemnidad que son sus atributos. Por consiguiente, su falta de agilidad lo hace inadecuado a las necesidades. En cambio, el procedimiento aplicado por la administración resulta más rápido y, consiguientemente, mucho más eficaz, sin desmedro de las garantías necesarias para las partes litigantes.

Caso dominicano

De acuerdo con los sistemas de procedimiento, tanto de apremio fiscal como de ejecución, correspondería clasificar el caso dominicano dentro del marco judicial. Sin embargo, aquí el procedimiento de ejecuciones rige de conformidad con una ley especial, esto es, la ley número 4453 del 12 de mayo de 1956.

Esta disposición intenta establecer un procedimiento más expeditivo que el denominado proceso de ejecución ordinario; pero en los hechos no ocurre así, ya que una vez iniciado por el fisco, el proceso ante la justicia ordinaria, este corre la misma suerte que los demás casos comunes.

Esto se explica porque la misma ley no es lo suficientemente clara en cada uno de los pasos para agotar todo el procedimiento, hasta la efectiva ejecución, de la sentencia que exige el pago.

Con este procedimiento de la ley 4453, el crédito fiscal definitivo se establece casi siempre en la esfera administrativa, y para su ejecución forzada es menester recurrir a la justicia ordinaria para procurarse el título ejecutorio e iniciar todos los actos de proceso de ejecución hasta culminar con el remate de los bienes del deudor.

Interesa revisar, a grandes rasgos, en forma comparativa, las características más relevantes del procedimiento de cobro de la deuda tributaria aplicado por el Poder Judicial y del que está a cargo el Poder Ejecutivo.

Sistema administrativo

Justificación:

- a) Celeridad procesal
- b) Naturaleza especial de crédito fiscal
- c) Protección de crédito fiscal: medidas precautelares

- d) Calificación del personal
- e) Control más directo del proceso
- f) Amplias posibilidades de ingresos más oportunos de tributos adeudados

8. Anteproyecto Código Tributario dominicano

La comisión de expertos tributarios, los que tuvimos el honor de integrar la contraparte dominicana, que preparó y redactó el anteproyecto de Código Tributario, adhiriéndose a la corriente de los tratadistas latinoamericanos en materia, adoptó el sistema administrativo de ejecución, tanto para los impuestos sobre la renta, como para las de rentas internas por falta de pago, recogió todas las fases del proceso, desde medidas precautelares hasta el remate y adjudicación de los bienes del deudor. (artículos 173 y siguientes)

9. Diseño de una política de cobro

Cualquiera que sea el sistema de cobro vigente, ya sea el judicial o el administrativo, otro factor importante para lograr la eficacia de la administración, es la política que se adopte frente al fenómeno de la deuda tributaria, sobre todo cuando asume caracteres voluminosos.

Muchos son los índices que pueden y deben ser considerados para definir una política de cobro: la magnitud de la deuda, la ubicación geográfica y la importancia del contribuyente; el tipo de impuesto, la antigüedad de la deuda, y otros. Probablemente, en algunos casos sea necesario atender a todos los factores mencionados y otros omitidos. En nuestra opinión, existen dos elementos que son de mayor importancia relativa y respecto de los cuales debe definirse una política de cobro: la antigüedad de la deuda y la magnitud de ésta.

Otras injerencias para el mejoramiento de la eficacia del Departamento de Cobro:

- a) Estadísticas confiables y al día
- b) Personal técnicamente capacitado
- c) Remuneraciones adecuadas
- d) Eficiencia operativa
- e) Utilización de manuales y formularios

- f) Equipo dotado de sistema de computarización de informaciones

10. Conclusiones

Con estas consideraciones no hemos pretendido hacer un análisis del marco jurídico, que por otra parte escapa al poder de decisión de nuestra administración tributaria, sino solamente plantear, de alguna manera, la forma como están reguladas y limitadas las facultades y los deberes del fisco, y si eso le permite a dicha administración contribuir al logro de los objetivos del propio Estado.

El ordenamiento normativo debe estar inspirado por los mismos objetivos que se han señalado para la actividad administrativa, de modo tal que pueda servir de instrumento para que la administración cumpla sus finalidades. Los poderes, facultades y procedimientos deben entonces estar en directa relación con lo que se espera que la administración haga, de modo tal que faciliten y no dificulten su acción. El postulado anterior implica, entre otras cosas, que la normativa tenga en cuenta las características de los impuestos a administrar, así como el instrumental técnico y jurídico con que se ha de dotar a la administración, de modo que pueda optimizar su utilización.

Como ya expresáramos, la función de cobranza es esencialmente activa en la relación fisco-contribuyente y tiene por objeto forzar el cumplimiento de la obligación incumplida. No basta con que la administración identifique el incumplimiento y determine la obligación y su cuantía, es necesario que se cierre el proceso operativo y se reciba el impuesto adecuado. Para ello, la administración debe estar dotada de poderes suficientes que la capaciten para hacer cumplir, y debe ejercerlo, adoptando todas las medidas necesarias para lograr el efectivo ingreso de la deuda.

Estudio crítico para la modificación de la ley número 18 del 5 de febrero del 1988, denominada *Impuesto sobre las viviendas suntuarias y los solares urbanos no edificados**

Vanahí Bello Dotel y Damaris de la Cruz Santana**

* Coloquios Jurídicos, Enero - Junio del 1989, año 4, no. 6, páginas 65-80.

** VANAHÍ BELLO DOTEL. Graduada de Licenciada en Derecho en la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (UNPHU), en el año 1986. Cursó maestría en Derecho Empresarial y Legislación Económica en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), así como diplomado en Derecho Empresarial en la Universidad APEC (1999). Obtuvo diploma de estudios avanzados del Doctorado Interdepartamental de Derechos Fundamentales en la Democracia Contemporánea, Universidad Complutense de Madrid (2006); diploma en Litigación Penal, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile (2007). Participó en el Programa de Especialización en Derecho Procesal Penal y Procesal Constitucional de la Universidad de Costa Rica (2008).

Es miembro activo del Colegio Dominicano de Abogados de la República Dominicana, del Colegio de Notarios Inc., de la Asociación Dominicana de Abogados Inc., y es catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Santo Domingo. Su actividad profesional se circunscribe al pleno ejercicio de abogado como asesora empresarial en calidad de miembro activo y pasivo de diferentes consejos de administración en empresas privadas nacionales, asesora en materia de inversión extranjera adscrita al Studio Zanichelli, Parma, Italia. Su estudio profesional pertenece a la firma "Bello Dotel & Asociados", desde 1986.

DAMARIS DE LA CRUZ SANTANA. Graduada de Licenciada en Derecho (1986), en la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (UNPHU). Realizó estudios de Derecho Empresarial en la Universidad APEC (1992; 1999). Inicia su práctica profesional adscrita a la "Oficina del Dr. Antonio Claudio Martínez" Attorney at Law (expertos en Derecho Migratorio), en New York City, 1989-1990. Retorna al país y se incorpora al ejercicio profesional ligándose al sector gubernamental a través del Secretariado Técnico de la Presidencia, en el período 1986-1988, pasando al sector privado en el Banco de Reservas de la República Dominicana, del 1990 al 2002. A partir de esa fecha, ha ejercido la profesión adscrita a la firma "Bello Dotel & Asociados".

Es miembro activo del Colegio Dominicano de Abogados de la República Dominicana.

Estudio crítico para la modificación de la ley número 18 del 5 de febrero del 1988, denominada *Impuesto sobre las viviendas suntuarias y los solares urbanos no edificados*

Prefacio

La promulgación de la ley número 18 del 5 de febrero del 1988, denominada *Impuesto sobre la vivienda suntuaria y los solares urbanos no edificados*, ha sido objeto de duras críticas dentro del ámbito jurídico, social y económico.

No obstante, creemos que hacer un estudio ponderado de la misma, en el cual analicemos sus aciertos y sus fallas, es lo más conveniente, toda vez que, dado nuestro sistema jurídico, existe la posibilidad de una modificación.

En lo sucesivo, vamos a elaborar o a definir las bases que han dado origen a esta ley, destacando aspectos históricos, relaciones de esta ley con otras legislaciones, criticando y, a la vez, modificando la misma.

Antecedentes históricos

Iniciaremos el estudio que nos ocupa, haciendo una breve referencia de lo que ha constituido históricamente la gravación en nuestro país del impuesto patrimonial.

Los primeros intentos de gravar la propiedad en la práctica se iniciaron con la Orden Ejecutiva número 282 del año 1919, mediante la cual se creó “el Impuesto sobre la propiedad”. Dicha ley tenía un alcance sobre todo el territorio nacional, tanto sobre la tierra como sobre sus mejoras.

Solamente se excluían de este impuesto: y desde aquel entonces:

- Las iglesias
- Las instituciones no lucrativas
- Las legaciones extranjeras

En esta ley se dispuso, entre otras cosas, que un 25% de la recaudación quedase, especialmente, a favor de los ayuntamientos. Es con la misma que surge la base del actual arancel dominicano.

Un año más tarde, mediante la Orden Ejecutiva número 438 del año 1920, el gobierno militar promulga la ley del “Impuesto Municipal” sobre la propiedad, con la cual las propiedades mobiliarias urbanas pasan a ser objeto de impuestos. Es decir, que no bastó lo anterior, sino que se creó una en especial para gravar las propiedades urbanas y, de esa manera, se evitaran las interpretaciones.

Se facultó también a los ayuntamientos a dictar ordenanzas para la imposición y cobro de impuestos sobre los terrenos y mejoras, situadas en las ciudades y pueblos de su jurisdicción.

Posteriormente, el gobierno de la intervención del 1922 modifica la ley del Impuesto sobre la Propiedad, mediante la ley de Impuesto de Escolar sobre propiedad, por la Ordenanza Ejecutiva número 788.

Esta ley no alteró ni modificó la tasa ni la base del impuesto, pero sí dio surgimiento a la creación de un fondo escolar nacional, donde se depositaría todo lo producido por dicho impuesto.

Todas esas variaciones y fluctuaciones legales nos demuestran claramente que el impuesto a la propiedad resultaba insatisfactorio en el primer lustro de su vigencia, a lo que alguien apuntó “que la disminución del impuesto se venía registrando a causa de las inoportunas reglamentaciones que se impusieron al establecer relaciones arbitrarias, las cuales por no tomar en consideración el estado económico de la población, resultaban injustas y contraproducentes y que solamente indignaron al contribuyente exhausto y lo obligaron a preferir los rigores de una sanción militar y expropiadora, antes que aceptar semejante sistema de valoración”.

Cuando se organizó, dos años más tarde, el gobierno nacional en el 1927, se modificó ampliamente la ley de impuesto a la propiedad, creando tasas nuevas.

En el año 1934, la historia del impuesto de la propiedad inmobiliaria da un nuevo paso y crea, por necesidades visibles en ese entonces, la ley número 793, dando origen a un impuesto a los solares baldíos en la ciudad.

Esta ley trajo como consecuencia que a los 23 días de su promulgación, el día 27 de diciembre de 1934, el gobierno, mediante la ley 802, suspendiera temporalmente la aplicación de la misma, y quedaría permanentemente así. Se dictó, el 28 de enero de 1935 una ley que derogó toda legislación que afectaba la propiedad, tomándose en consideración que las mismas “no habían producido resultados satisfactorios por ser una institución extraña a la idiosincrasia del pueblo dominicano”.

Cuatro años más tarde, en junio de 1939, esta vez con un carácter totalmente urbanístico, fue promulgada la ley número 127. Y en el año 1940, el decreto 589 aprobó la cartilla de tasación de las propiedades, con la cual se unificaban los valores de las edificaciones según los materiales de la construcción, del piso y del techo.

En el año 1944 la ley número 761 creó el impuesto sobre la propiedad urbana y otras mejoras, sustituyendo y derogando la que estaba vigente.

En el 1949 se promulga la ley número 2150, para estimular las construcciones urbanas, en busca de dinamizar la industria de la construcción, con lo cual se obliga a todo propietario de solares yermos a levantar edificaciones, previendo que si este no concluía la obra, ésta era pasible de impuestos.

Todavía y a través de todos estos cambios, la situación recaudatoria sigue siendo insatisfactoria. En el 1952 se sustituye la ley que grava los solares yermos con la ley número 3374, con lo cual se impuso un impuesto en Ciudad Trujillo y en Santiago y demás cabeceras de provincias.

En diciembre de 1961 se deroga la ley número 3374, con la promulgación de la ley número 5721.

Entonces se preguntarán ustedes, ¿qué sucedió con la ley número 761, que gravaba las propiedades urbanas? Pues con el surgimiento, en el 1949 de la ley de impuesto sobre la renta, y como consecuencia de estas nuevas legislaciones fiscales, el impuesto sobre la propiedad urbana desapareció como tal, lo que significa que lo único que dio resultado más o menos satisfactorio fue la ley de impuesto sobre la renta.

Es en el año de 1980 cuando se propone al congreso un proyecto de ley que contiene el impuesto a la propiedad inmobiliaria urbana, el cual, al entrar en estudio al congreso,

específicamente en la Cámara de Diputados, fue objeto de críticas, las cuales forzaron variaciones, como la incorporación del párrafo que establece que “cuando una persona sea propietaria de más de una propiedad inmueble, el gravamen se hará sobre el valor de todas sus propiedades sumadas, de la cual sólo se examinarán los valores de extensión que se provee la ley”.

Luego de pasar el proyecto, el Senado optó por rechazarlo, y concluyen aquí los esfuerzos que de antaño se venían haciendo para establecer el impuesto a la propiedad inmobiliaria urbana en la República Dominicana.

Entre las opiniones que suscitó, surge la siguiente: “Por su naturaleza inflacionaria, es decir, el impuesto haría subir los precios y los alquileres de las viviendas y los terrenos no edificados”.

No es hasta este año 1988 cuando se remueve el interés de crear una ley que grave las propiedades, ya que todos los anteriores intentos fueron fallidos.

Relación de la aplicación del impuesto a la propiedad inmobiliaria en los países de América

El impuesto inmobiliario ha supuesto denominaciones diversas en las legislaciones de cada uno de los países americanos. En algunos será conocida bajo el nombre de impuesto territorial, impuesto a la propiedad inmueble, impuesto predial, contribución inmobiliaria, impuesto edilicio, derechos de frente, etc.

Queremos destacar las diversas modalidades jurídicas en la imposición de cargas o gravámenes a los bienes inmuebles, es decir, su administración como se realiza en los diversos países de América.

Esa determinación puede ser realizada total o parcialmente por los gobiernos locales o estatales (fundamentalmente en los países de estructura de gobiernos federales).

Dentro de los 23 países miembros del CIAT (Centro Interamericano de Administradores Tributarios), 21 aplican efectivamente impuestos territoriales, y son las excepciones El Salvador y la República Dominicana, hasta ahora.

De esos 23 países, existen 6 (Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos, México y Guatemala), que han adoptado una estructura política federal, en tanto los 17 restantes poseen una organización unitaria. En los países federales, el impuesto es administrado íntegramente a nivel local (con una variante importante en el caso de Brasil).

Sin embargo, no ha sido sólo en los países de estructura federal en los que el impuesto territorial ha pasado a ser administrado por los gobiernos locales, sino que en muchos países de gobierno unitario, los gobiernos locales disfrutaban, fundamentalmente en los gobiernos inferiores, bien del producto total o parcial de la recaudación, bien de las facultades de administración más o menos privadas (posibilidad de crear o modificar el impuesto, de proceder a la valuación o tasación de la materia imponible y de determinar y percibir el impuesto).

He aquí algunas especificaciones en diversos países de América, tomadas del V Seminario Técnico por el CIAT (Centro Interamericano de Administradores Tributarios), en 1971.

De acuerdo con todo lo expuesto hasta aquí y teniendo en cuenta la gran variedad de sistemas existentes, sintetizaremos seguidamente la situación vigente en cada país en relación a la imposición sobre bienes inmuebles.

ARGENTINA: El impuesto inmobiliario, de naturaleza real, es administrado totalmente por los gobiernos locales (provincias). Existe, asimismo, un impuesto nacional transitorio para estimular la producción agropecuaria, y parte de cuyo producido se vuelca a las provincias, de acuerdo al régimen de coparticipación.

BARBADOS: El impuesto es nacional y administrado por el gobierno central.

BOLIVIA: El impuesto a renta de la propiedad inmueble es una cédula especial del sistema de impuesto sobre la renta. Existen algunos impuestos departamentales sobre la propiedad territorial, pero de poca importancia.

BRASIL: El impuesto territorial sobre bienes rurales establecido por ley y administrado por el gobierno federal, aun cuando su producido se vuelca íntegramente en los municipios. El impuesto territorial urbano y el impuesto predial son administrados por los municipios.

CÁNADA: El impuesto sobre la propiedad es establecido y administrado por las municipalidades.

COSTA RICA: El impuesto territorial es administrado por el gobierno nacional, aun cuando la mayor parte de su producido se vuelca en los gobiernos locales. Existen otros impuestos nacionales de escasa importancia.

COLOMBIA: El gobierno central establece la estructura de la tarifa, aun cuando la competencia para fijar los impuestos se ha conferido a los departamentos. Sin embargo, son los municipios los que administran, perciben y se aprovechan del producido del impuesto.

CHILE: El impuesto a los predios urbanos y rurales es establecido por la ley y administrado por el gobierno central a través del Servicio de Impuestos Internos. Existe cierta afectación en su recaudación para los municipios.

ECUADOR: El impuesto a los predios urbanos y rurales es establecido por ley y administrado fundamentalmente por los gobiernos locales, quienes fijan además el valor imponible.

EL SALVADOR: No posee impuesto territorial.

ESTADOS UNIDOS: El impuesto es aplicado y administrado íntegramente por las municipalidades.

GUATEMALA: Además de la contribución de bienes inmuebles de carácter nacional, se aplica la contribución urbana por parte de los municipios. Existe, asimismo, un impuesto de poca importancia sobre las tierras incultas.

HONDURAS: La estructura del impuesto se establece en la ley, aun cuando su administración es municipal y también lo es el destino de su producido. Existen, asimismo, un impuesto sobre terrenos baldíos en zonas urbanas, establecido y administrado por las municipalidades, y el impuesto nacional sobre las tierras incultas, de poca significación.

JAMAICA: El impuesto territorial es administrado por los gobiernos locales.

MÉXICO: El impuesto sobre la propiedad inmueble es administrado y utilizado en su provecho por los Estados.

NICARAGUA: El impuesto sobre bienes inmuebles es de aplicación nacional, y existe, además, el impuesto sobre tierras incultas, aunque este último es de poca importancia.

PANAMÁ: El impuesto de inmuebles se aplica por ley en toda la nación y su producido se vierte al gobierno central. Existe también un impuesto sobre tierras incultas de poca significación.

PARAGUAY: El impuesto inmobiliario es de carácter nacional y establecido por ley, pero parte de su producido se destina a los gobiernos municipales. Existe, asimismo, un impuesto edilicio que se aplica en Asunción.

PERÚ: El impuesto sobre el valor de la propiedad predial, de carácter nacional, beneficia con su producido al gobierno central. El impuesto sobre la renta predial es administrado por los gobiernos locales, quienes se benefician íntegramente de su producido.

TRINIDAD Y TOBAGO: Existe un impuesto nacional sobre tierras y edificios. Se aplican, además, impuestos municipales administrados por esos gobiernos.

URUGUAY: El impuesto de contribución inmobiliario es aplicado por los gobiernos locales, aun cuando la valuación de la materia imponible permanece, en los hechos, en la mayoría de los casos, en poder del gobierno central (asimismo, en el caso de bienes rurales, la ley establece la tasa y otros criterios de administración a cargo del gobierno central). Existe un impuesto nacional con miras a estimular la productividad de las tierras rurales, además de otros impuestos nacionales que gravan la propiedad o la renta de los inmuebles.

VENEZUELA: Las municipalidades aplican y administran los "Derechos de Frente".

Por otra parte, y en este mismo orden de ideas, es importante destacar que no en todos los países de América el impuesto se aplica sobre viviendas individuales, sino que se aplica sobre el valor total o la suma de los bienes de una persona física, como es el caso de Perú.

Algo que también hay que mencionar es la forma de liquidación y de pago en América. Casi todos los Estados tienen oficinas en las diferentes municipalidades o, en su defecto, Direcciones de Catastro, que se ocupan de lo mismo, y tienen también controlado el sistema de pago mediante años fiscales.

También las leyes de esos países explican de manera clara y contundente las infracciones y sanciones en que se incurriría en caso de evadir el impuesto. En casi todos los casos, las sanciones corresponden a un recargo fijo de un por ciento, y se varía el monto de las mismas indistintamente.

En cuanto a la tasa de pago, varía también de país a país, escalándolas progresivamente, dejándolas fijas; y en otros lugares es proporcional, dividiéndolas por categorías para así fijar la tasa a pagar.

Estos son sólo algunos aspectos de los tantos que podríamos destacar en las legislaciones americanas, lo cual sólo hacemos con el fin de tener precedentes de otras legislaciones y conocer el manejo de las mismas en los distintos países, con el objetivo de abolir la idea de que pudiera creerse o considerársele *sui-generis* en nuestra legislación.

Importancia de la existencia de una ley que grave la propiedad inmobiliaria y solares urbanos

Somos de opinión de que el establecimiento, en un país, de una ley que grave las viviendas suntuarias y los solares urbanos no edificados es justificable, toda vez que crearía una nueva fuente de ingresos fiscales que afectaría directamente a los grupos poseedores de mayor nivel económico, logrando así el aporte directo para ampliar los ingresos del Estado.

Como vimos en la primera parte de este análisis, en nuestro país se hizo el intento en más de una ocasión y se dictaron leyes muy variadas que gravaban las propiedades, las viviendas y todo lo que se refiere al territorio.

Empero, en todas esas ocasiones los esfuerzos fueron fallidos, puesto que las mismas no alcanzaron los fines que se proponían.

Nosotros señalamos que una de las causas para que el impuesto no lograra una correcta aplicación es inversamente proporcional a la inoperancia de los mecanismos que se tiene para su aplicación.

De ahí que proponemos algunas modificaciones para que, como en anteriores ocasiones, no ocurra que la ley se quede en el olvido, ya que la misma, como explicamos, es necesaria a todas luces para que el Estado dominicano amplíe su fuente de ingresos tributarios.

Diferencias existentes entre el proyecto de la ley y la ley actual

Para hacer un análisis ponderado de la ley objeto de este estudio, nos parece imprescindible hacer un análisis del proyecto de ley que enviara el Poder Ejecutivo al congreso para su estudio y aprobación, acompañado a la vez de un paquete de leyes impositivas.

En relación con la que ocupa este trabajo, debemos hacer una tabla de diferencias, es decir, qué aspectos contenía el proyecto que fue olvidado por el Senado y cuáles no contenía el proyecto y fueron obviados por el Senado, así como cuáles no contenía el proyecto y fueron agregados por ellos. De esta manera procedemos luego a exponer nuestros criterios y/o modificaciones, basándonos en las leyes que atañen a la materia.

Anteproyecto	Ley Aprobada
<p>1) Se refiere a las viviendas situadas en las zonas urbanas y turísticas.</p> <p>2) Las edificaciones gravadas serán aquellas cuyo valor sea de RD\$ 1,000,000.00.</p> <p>3) Estarán exentas del pago de este impuesto: a) las viviendas del Estado; b) las instituciones benéficas; c) las de organizaciones religiosas; d) residencias diplomáticas.</p> <p>4) No estipulan nada sobre el certificado de avalúo.</p> <p>5) No estipula nada al respecto.</p> <p>6) El producido del impuesto establecido por esta ley será utilizado para financiar programas habitacionales del Estado.</p> <p>7) Dispone como organismo encargado de aplicación de la ley a la Dirección General de Rentas Internas.</p>	<p>1) Se refiere a una vivienda suntuada y a los solares urbanos no edificados.</p> <p>2) Las edificaciones gravadas serán aquellas cuyo valor sea de RD\$500,000.00.</p> <p>3) Estarán exentas del pago de este impuesto; a) Estado dominicano; b) las instituciones benéficas; c) residencias diplomáticas.</p> <p>4) Crea el certificado de avalúo.</p> <p>5) Agregó como representante del sector privado a un miembro del Colegio Dominicano de Ingenieros, Arquitectos y Agrimensores.</p> <p>6) Será utilizado para financiar programas habitacionales del Estado. Así como para hacer más eficientes las atribuciones de la Dirección General de Catastro. El 20% restante, especializado para los ayuntamientos del país y su distribución de acuerdo a la ley número 140.</p> <p>7) Dispone como organismo encargado de la aplicación de la ley a la Dirección General del Catastro.</p>

Críticas

Una vez vistas las marcadas diferencias entre el anteproyecto y la ley actual, vamos a hacer algunos comentarios que consideramos oportunos.

En el anteproyecto de ley realizado, se gravan las zonas turísticas, las cuales fueron sustituidas en la ley 18 aprobada, por los solares urbanos no edificados. Entonces nos preguntamos, ¿por qué no haberse incluido los tres renglones; o podríamos entender que las zonas turísticas fueron una omisión voluntaria?

Asimismo, en el anteproyecto gravaban las viviendas y solares que tuvieran un valor de RD\$1,000.000.00, mientras que la ley aprobada redujo el gravamen a un valor de RD\$500.000.00.

Por otra parte, en la ley actual no se incluye dentro de las instituciones exentas de este impuesto la Iglesia, mientras que en el anteproyecto fueron incluidas las organizaciones religiosas. Ahora bien, ¿debemos, por tanto, entender que dentro de las instituciones benéficas estipuladas en la ley número 18, se deben incluir las iglesias en general, o sólo sus organizaciones benéficas?

Otras diferencias observadas consisten en que, en la ley sometida por el Poder Ejecutivo no se establece el correspondiente de realizar la declaración jurada. Supongamos que si el proyecto de ley no contempla la existencia de un certificado de avalúo, ni tampoco contempla la existencia de Catastro como organismo encargado de darle alcance a la ley, era porque Rentas Internas, que era el organismo que en principio se iba a ocupar de verificar la veracidad del pago o no, se encargaría de procurar sus propios medios para lo mismo.

Ahora bien, si la ley difiere este poder a la Dirección General de Catastro, ¿por qué no dejar que sea el Catastro el que cree, mediante reglamentos internos, la forma en que se habrían de evaluar las viviendas, ya que eran ellos quienes mejor conocían sus recursos y limitaciones dentro de la institución?

En cuanto a las limitaciones a que nos referimos, estamos hablando de un personal técnico capacitado y a un porcentaje mayor de empleados para atender los requerimientos de propietarios, ya que son más de una las personas físicas y morales que verán imposibilitado su trabajo por la obtención de este certificado.

En relación a la creación de la comisión encargada de aplicar la ley, hay que destacar que en el anteproyecto sometido por el Poder Ejecutivo no se incluye, como en la ley aprobada, un representante del sector privado: un miembro del Colegio Dominicano de Ingenieros, Arquitectos y Agrimensores.

Por otra parte, según la ley actual, dicha comisión será convocada a instancia del Secretario de Estado de Finanzas a través de su Consultor Jurídico, quien fungirá como Secretario de la misma, pero cabe hacer la pregunta: ¿cómo es posible que si el Consultor Jurídico de Finanzas es el Secretario de la comisión, no sea incluido dentro de la misma al momento de ser señalados sus miembros? Además, ¿por qué ha de ser convocada por el Secretario de Estado de Finanzas, si dicho funcionario no forma parte de dicha comisión?

Somos de opinión de que debe de crearse una comisión permanente que se ocupe de los asuntos a que dará surgimiento la aplicación de esta ley, aunque la misma funcione bajo la dependencia de la Secretaría de Estado de Finanzas, y pedir que se le rinda un informe semestralmente de sus operaciones.

También, en cuanto al producido de este impuesto, tanto la ley como el proyecto determinan que los beneficios serán utilizados para financiar programas habitacionales del Estado a favor de las clases más necesitadas, y además la ley concede un por ciento a los ayuntamientos.

Esta precisión para la creación de la ley resulta válida y necesaria, pero en la realidad esta determinación de los fondos para destinarlos a esos programas no funciona por el solo hecho de que la ley lo indique, pues los ingresos que entran al Estado van al Tesoro Nacional y no permiten, en la actualidad, una destinación especial como es el caso en que nos encontramos.

En este mismo sentido, hay que destacar de manera precisa que esta ley, además de estar preñada de errores y omisiones, resulta violatoria y anárquica, puesto que la misma choca con otras leyes y crea un caos para lograr su eficiente aplicación.

Es el caso que señala el artículo 11, donde niega a los notarios públicos, o a quienes hagan sus veces, la facultad de instrumentar ningún acto traslativo, declarativo, ni de cualquier otro modo concerniente a inmuebles sujetos al pago de este impuesto, incluyendo las particiones y liquidaciones de cualquier naturaleza,

enajenaciones, comunidades, etc., si no se les muestra el recibo que acredite que la última cuota semestral corresponda al momento del acto que instrumenten.

Lo primero que hay que destacar es que esta es una ley especial y no puede, en modo alguno, modificar leyes generales.

De ahí que este artículo de la ley no puede imponer normas a los notarios, por lo que consideramos que su mención resulta inadecuada.

Por otra parte, en este artículo no se sanciona la inobservancia que haga el notario de la misma, por lo que su violación no acarrea ningún tipo de consecuencias.

Además, dentro de la ley que rige el notariado no existe ninguna disposición que cree al notario la facultad de actuar como “fiscalizador” de aspectos extralegales, es decir, que estén fuera de su competencia.

En cuanto a los medios de prueba, tanto el proyecto como la ley aprobada están incurriendo en una violación a todo lo establecido en nuestro sistema de prueba, cuando dice que:

“Los tribunales no aceptarán como medio de prueba, ni tomarán en consideración, títulos de propiedad sometidos al pago de este impuesto, sino cuando juntamente con esos títulos sean presentados los recibos correspondientes al último pago del referido impuesto, ni se pronunciarán sentencias de desalojos, ni desahucio, ni levantamiento de lugares, ni se fallarán acciones petitorias, ni se acogerán instancias relativas a inmuebles sujetos a las previsiones de esta ley, ni en general darán curso a ninguna acción que directa o indirectamente afecten inmuebles gravados por esta ley si no se presenta, juntamente con los otros documentos sobre los cuales se basa la demanda, el último recibo que demuestre haberse pagado sobre el inmueble de que se trata el impuesto establecido por esta ley. La sentencia que haga mención de un título que produzca un desalojo, acuerde una reivindicación, ordene una partición o licitación, deberá describir el recibo que acredite el pago del impuesto correspondiente.”

A este respecto, al igual que el anterior, acotamos que para que esta ley tuviera una fiel aplicación debió de formular de

manera tácita qué artículo de los que rigen el sistema de pruebas iba a modificar, los cuales están definidos en nuestros diferentes códigos y leyes, según sea la materia de que se trate.

En cuanto a las disposiciones que expresan los artículos 15 y 16 de la ley en cuestión, carece de fuerza esta ley para imponer a dichos funcionarios como condición *sine qua non* la presentación del certificado del último pago del impuesto que haya sido efectuado, para poder adjudicar derechos por parte del Tribunal de Tierras, por una parte transcribir y registrar actos relativos al inmueble, tanto por del Conservador de Hipotecas en lo que a él respecta, y al Registrador de Títulos en lo relativo a sus funciones, puesto que lo mismo sería limitar por un simple pago la validez y fuerza probatoria que representan dichos documentos.

¿Qué sucederá entonces con todo lo que ha constituido la fuerza probatoria de estos documentos en justicia? ¿Cuántas trabas legales no surgirán como consecuencia de no poder presentar a tiempo un certificado al Registrador de Títulos para validar un derecho legalmente establecido? ¿O es que vamos a violar las leyes establecidas en procura de facilitar la captación de ingresos al Estado?

En cuanto a la Dirección General de Catastro, que es el organismo con competencia exclusiva para dar aplicación a la ley, consideramos que éste no tiene ni estructura administrativa, ni técnica ni económica que permitan dar inicio a la ejecución de la misma.

¿O es que acaso el Estado dispondrá la creación de esa estructura de manera independiente que facilite y garantice la aplicación de la ley?

Modificaciones

1.- Que se anule el fin al que se destinarán los fondos obtenidos de la aplicación de esta ley, dedicando los mismos a cubrir necesidades prioritarias existentes en el país, como son, entre ellas, tres renglones básicos: alimentación, educación y salud.

Esto así, porque por el hecho de que la ley grave las viviendas suntuarias y los solares urbanos, no tiene necesariamente que

utilizarse dicho ingreso para subsanar el problema habitacional del país.

2.- Que se incluyan como viviendas suntuarias aquellas ubicadas en las zonas turísticas y también los solares situados en esas zonas, evitando así la permanencia de propiedades con fines puramente especulativos y, de ser así, pues, que paguen por ellas.

3.- En cuanto a las propiedades exentas de este pago, se deben determinar de manera clara y tácita cuáles instituciones benéficas se deben incluir a los fines de la ley, para evitar interpretaciones equivocadas, es decir, que si se refiere a la ley número 520 de 1920 se exprese en el texto de la ley.

4.- Que se cree una comisión permanente encargada de ventilar todo lo concerniente a la aplicación de esta ley, adscrita a la Secretaría de Estado de Finanzas, y cuyos miembros tengan poder de decisión con carácter definitivo de los asuntos que ventilen.

5.- Que se erradique lo concerniente al recibo correspondiente al último pago del referido impuesto, en lo que respecta al notario público, al Registrador de Títulos, al Conservador de Hipotecas y al Tribunal de Tierras, ya que el mismo no debe ser solicitado por ellos, puesto que entorpecería la aplicación de la justicia; y, además, que se creen otros medios independientes de estos funcionarios, es decir, que no los limite en el ejercicio de sus funciones, para lograr una mejor aplicación de este impuesto.

Conclusión

Después de haber estudiado aspectos de esta ley, y tocar aspectos dentro del campo legal como el económico, hemos apuntado lo que consideramos a la luz de nuestros conocimientos que deben modificarse.

Creemos que modificar nuestras leyes en procura de una correcta aplicación es una actitud de legisladores sensatos, pues los pueblos rechazan sabiamente las leyes que resultan inaplicables, sancionándolas con el desuso.

Evitemos, pues, que esta ley sea una de tantas, y modifiquemos la misma a fin de poder darle una correcta aplicación en nuestro medio.

**Comentario sobre la ley número 18
del 5 de febrero, que establece el
impuesto anual denominado: “Impuesto
a la vivienda suntuaria y a los solares
urbanos no edificados”***

Mercedes Canalda**

* Coloquios Jurídicos, Enero-Junio del 1989, año 4, no. 6, páginas 81-92.

** MERCEDES CANALDA. Graduada de Derecho en la Universidad Autónoma de Santo Domingo en el año 1965. Especializada en Derecho Inmobiliario. Ha sido Presidenta del Banco de la Mujer.

Entre sus publicaciones se destacan Vivienda en Condominio en la República Dominicana y Financiamiento para la Industria de la Construcción.

Comentario sobre la Ley No. 18 que Establece el Impuesto Anual Denominado: Impuesto sobre la vivienda suntuaria y los solares urbanos no edificados

En la República Dominicana se ha intentado legislar acerca de la imposición de un gravamen a la propiedad inmobiliaria.

Hasta ahora, los proyectos y las leyes promulgadas resultaron fallidos. Unas veces por la oposición abierta y/o solapada de terra y casa tenientes, o de sus mandatarios, o por la manifiesta dificultad en la aplicación de leyes, redactadas de manera incompleta, confusa o con disposiciones de difícil e irracional entendimiento y cumplimiento.

Ese historial parece superado con la promulgación de la Ley No. 18, del 5 de febrero de 1988. Esta incidirá diariamente en las operaciones del mercado de bienes raíces y de capitales, y cambiará la concepción de inversión inmobiliaria, sobre todo lo concerniente a solares urbanos baldíos.

Incidirá en la aplicación de la Ley No. 5911 de Impuesto sobre la Renta y otras, pues introduce en nuestro sistema tributario un impuesto a la propiedad inmueble del cual, hasta ahora, estábamos exentos, ya que era el nuestro uno de los pocos países del mundo, y el único país de América Latina, en donde no existía este tipo de acción fiscal.

Una ley de impuesto a la propiedad inmueble es buena y conveniente, y da al Estado la posibilidad de obtener una alta recaudación de impuestos. Sin embargo, su aplicación es complicada y laboriosa, por lo que trataremos de ofrecer algunas recomendaciones que faciliten su cumplimiento y, con ello, lograr que, sin que el Estado deje de cobrar los ingresos que le correspondan, las operaciones que tienen por objeto la compra, venta y acciones afines con viviendas y solares urbanos no edificados, no sean entorpecidas o retardadas por la dificultad en la declaración, liquidación y pago del impuesto.

En tal virtud y para tratar de aclarar el alcance de esta ley, analizaremos las exenciones, las sanciones y la incidencia en

el precio y comercialización de los inmuebles, que pueda tener el gravamen creado por esta ley. Además, vamos a examinar con ustedes las consecuencias para las entidades del sistema hipotecario.

El análisis general de la ley con precisiones en torno a los conceptos antes señalados, es lo que nos proponemos discutir.

Inmuebles Gravados

Los inmuebles gravados son:

Primero, las edificaciones suntuarias destinadas o arrendadas para vivienda, sin importar el lugar donde estén ubicadas, sea en zonas urbanas, rurales o polos turísticos, si a su valor, incluyendo el del solar donde estén edificadas, alcanza a medio millón de pesos o más;

Segundo: Los solares no edificados ubicados en la zona urbana;

Tercero: La parte de los solares cuya construcción ocupe menos de 30 por ciento de la extensión total de su superficie; y

Cuarto: Los solares urbanos en los que se haya levantado una construcción destinada a vivienda o actividades comerciales, como son: Secretaría de Estado de Obras Públicas y Comunicaciones, Ayuntamientos Municipales; y se haya cumplido, además, con otros requisitos contemplados por las leyes o resoluciones.

Inmuebles Exentos

La ley prevé la exención de impuestos para las edificaciones y solares propiedad de:

a) El Estado Dominicano;

b) Las instituciones benéficas;

c) Residencias diplomáticas propiedad de un gobierno extranjero o un organismo internacional, debidamente acreditado en el país mediante certificación expedida por la Secretaría de Relaciones Exteriores;

d) Las viviendas habitadas por sus propietarios, ascendientes, descendientes del propietario hasta el segundo grado de

parentesco de éste, para la construcción, adquisición o remodelación de las cuales se han tomado préstamos a plazo, poniéndolas en garantía, estarán exentas del pago de impuesto hasta que hayan amortizado el 50 por ciento del préstamo original, cubriendo la exención sólo los préstamos tomados antes de la fecha de promulgación de la ley.

- La vivienda arrendada pagará la mitad del 1 por ciento sobre el valor total;

- La vivienda habitada por el propietario, la cuarta parte del 1 por ciento del valor total.

- La primera vivienda ocupada por ascendentes, descendientes o colaterales hasta el segundo grado de parentesco del propietario, pagará un cuarto del 1 por ciento del valor total;

- Una segunda vivienda del propietario habitada por parientes, pagará la mitad del 1 por ciento sobre el valor total, es decir, no tiene descuento o reducción para el pago del impuesto;

- Los solares urbanos no edificados, un medio del 1 por ciento del valor total.

- La parte de los solares urbanos cuyas construcciones ocupen menos del 30 por ciento de la extensión total del solar, pagarán también un medio del 1 por ciento de su valor;

- Los solares urbanos cuyas construcciones no hayan sido aprobadas por las autoridades competentes, pagarán la mitad del 1 por ciento del valor total.

Sistema de pago

El propietario debe obtener el Certificado de Avalúo de la Dirección General del Catastro.

Dentro de los primeros 60 días de cada año, el propietario de una vivienda gravada o solar urbano no edificado, deberá presentar una declaración jurada sobre el valor de la(s) vivienda(s) o solares(s), gravados con este impuesto, ante la Dirección General de Impuesto sobre la Renta. A esta declaración se debe

anexar: 1) La certificación de avalúo, expedida por la Dirección General de Catastro; 2) Los datos necesarios para la identificación y cuantificación; 3) Cualquier otro documento que, a juicio de la Dirección General de Impuesto sobre la Renta, sea necesario para la determinación del impuesto a pagar, estando ésta facultada para verificar la declaración jurada, certificación y otros documentos; y en caso de advertir diferencias en el valor que afecten el monto a pagar, notificarlo por escrito al Declarante, quien será pasible de las sanciones establecidas por esta Ley y la Ley Orgánica de Rentas Internas.

Asimismo, dentro de los primeros 60 días de cada año, y después de hecha su declaración jurada y liquidada ésta por el Director General del Impuesto sobre la Renta, el propietario deberá pagar su primera cuota semestral en la Colecturía de Rentas Internas correspondiente o en la Tesorería Municipal donde no haya Colecturía.

La Dirección General del Impuesto sobre la Renta podrá estimar en el oficio el valor de las viviendas o solares y el monto del impuesto, en caso de que el propietario no haga a tiempo su declaración jurada, la haga mal o incompleta.

Pago del Impuesto

Una vez liquidado, el impuesto será pagado por el propietario en cuotas semestrales dentro de los primeros 10 días del mes siguiente a la fecha de pago, en la Colecturía de Rentas Internas correspondiente o en la Tesorería, en efectivo o en cheque certificado.

Si no se hace a tiempo la Declaración Jurada, si se ha hecho mal o incompleta o se niega a declarar, se cobrará un 25 por ciento del estimado dejado de pagar dentro del primer mes de retardo, más un 5 por ciento por cada mes adicional de retardo en declarar y pagar.

Si la declaración es correcta y no se paga a tiempo, se pagará un 2 por ciento de recargo mensual sobre el monto vencido e impagado.

Recursos del Propietario

a) Si el propietario no está conforme con el avalúo del inmueble hecho por la Dirección General del Catastro y fijada por la Dirección General del Impuesto sobre la Renta, podrá recurrir ante la Secretaría de Estado de Finanzas por instancia motivada, en un plazo de diez (10) días a contar de la fecha de la notificación del valor estimado y junto con el recibo de la liquidación del impuesto a pagar por la Dirección General de Impuesto sobre la Renta, previo pago de la cuota semestral correspondiente.

En atención a la reclamación del propietario, el Secretario de Estado de Finanzas o su representante, obtendrá la información necesaria para el estudio y decisión del caso, asistido por la Comisión Revisora de Avalúo, determinará y fijará el valor del inmueble.

La Comisión Revisora de Avalúo estará compuesta por: el Secretario de Estado de Obras Públicas y Comunicaciones, quien la presidirá, Secretario de la Liga Municipal Dominicana, el Director General del Catastro Nacional y el Administrador General del Banco Nacional de la Vivienda, o sus representantes.

El sector privado estará representado por un funcionario de la Liga Dominicana de Ahorros y Préstamos y un representante del Colegio Dominicano de Ingenieros y Arquitectos. Esta comisión se reunirá por convocatoria del Secretario de Estado de Finanzas por intermedio del Consultor Jurídico, quien será Secretario de dicha Comisión y asistirá al Secretario en el conocimiento de los casos de reclamación de los propietarios que no estén de acuerdo con los montos del impuesto a pagar fijados por la Dirección General del Impuesto sobre la Renta. La decisión de la Comisión debe ser la base de las resoluciones del Secretario de Estado de Finanzas.

b) Si el propietario no está conforme con la resolución del Secretario de Fianzas, podrá recurrir al Tribunal Superior Administrativo, cuyas funciones, de acuerdo con la Ley 2690 del 17 de enero de 1951, son ejercidas por la Cámara de Cuentas de la República Dominicana, mediante instancia al Presidente del Tribunal que será comunicada al Procurador General Administrativo, y teniendo en cuenta las conclusiones de éste y el expediente del requeriente, se dictará la sentencia, que entendemos cumpliendo con regulaciones especiales, es susceptible de recurso de casación, ante la Suprema Corte de Justicia.

Vigilancia para el Cumplimiento de la Ley

Los Notarios Públicos o quienes hagan sus veces, no podrán instrumentar ningún acto relativo o traslativo, consignando a inmuebles sujetos al pago de este impuesto, la cual incluye participaciones, liquidaciones de cualquier naturaleza, enajenaciones, comunidades, sucesiones, arrendamientos o hipotecas, etc., si no se le muestra recibo que acredite el pago del impuesto al momento de la ejecución del acto, y se hace constar el número y fecha del recibo.

Los Tribunales

Los Tribunales no aceptarán como medio de prueba, ni considerarán títulos de propiedades sometidos al pago de impuesto, si no se presentan los recibos de pago de éste. Asimismo, no darán sentencia de desalojo ni desahucio, ni levantamiento de lugares, ni fallarán acciones petitorias, ni recibirán instancia ni darán curso de ninguna acción que directa o indirectamente afecten a inmuebles gravados por esta ley, si no se presenta el último recibo que demuestre que se ha cumplido con lo establecido por esta Ley, y toda sentencia referente al inmueble deberá tener la descripción del recibo que demuestre que el propietario está al día en el pago del impuesto.

Los Funcionarios Públicos

Los funcionarios públicos ante quienes se efectúe la subasta del inmueble, sometida al pago de este impuesto, solicitarán a la Dirección General del impuesto sobre la Renta una certificación expedida de oficio, que indique que los impuestos han sido pagados. En caso de que no hayan sido pagados, al precio de venta será agregado el monto del impuesto no pagado, y no se expedirán títulos, ni copias de adjudicaciones, sino cuando el impuesto haya sido pagado y los recibos serán descritos en los títulos o copias de las adjudicaciones.

El Tribunal de Tierras no adjudicará ningún derecho o interés sobre los bienes inmuebles sujetos a este impuesto por lo que será sometida la jurisdicción correspondiente sin la previa presentación del recibo que demuestre que el pago del impuesto se ha efectuado.

Registro de Título y Conservaduría de Hipotecas

Los Registros de Títulos y Conservaduría de Hipotecas no transcribirán ni registrarán actos relativos al inmueble sometido al pago del impuesto, sin la presentación del recibo que pruebe que el impuesto ha sido pagado, y harán mención de esto en el asiento de los libros y en los títulos que se expidan. No expedirán el Duplicado del Certificado de Título a quienes les corresponda el derecho, a menos que se presente el recibo de pago correspondiente, después de haber puesto el número y fecha al margen del Certificado de Título y del Duplicado.

Después del primer registro, los Registradores de Título no inscribirán ningún documento que contenga traspasos de un inmueble o constitución de una hipoteca o su cancelación y la constitución de cualquier derecho, cargas o gravámenes válidos, si no se presenta el recibo de pago de las cuotas anuales correspondientes.

Destino de las Recaudaciones

Los impuestos recaudados por esta ley se aplicarán:

* El 80 por ciento de los programas habitacionales del Estado, y para ser más eficiente el cumplimiento de las atribuciones de la Dirección General del Catastro.

* El 20 por ciento restante será especializado para los Ayuntamientos del país y su distribución se realizará de acuerdo a la proporción establecida por la Ley NO.140.

Comentarios:

¿Quién determina los límites de las zonas urbanas?

Una de las dificultades de aplicación que entendemos presenta esta Ley es la ubicación de los solares urbanos no edificados, ya que sabemos que el Ayuntamiento de cada Municipio trata de extender los límites urbanos, con el fin de cobrar mayores impuestos.

Creemos que aun cuando es la Liga Municipal Dominicana la que fija los límites de las zonas urbanas, la Dirección General de Catastro debe hacer los avalúos de los terrenos no edificados en el límite de las zonas urbanas y la Liga determinará si dichos terrenos están o no dentro de la zona urbana, con lo que se decidirá si se paga o no impuestos.

Para tener la seguridad de que una vivienda o un solar urbano no edificado no paga impuestos, el propietario debe mostrar un certificado de avalúo y una resolución de la Dirección General de Impuesto sobre la Renta, donde conste que su vivienda o solar está exento del pago de impuesto, o ha pagado los impuestos semestrales o anuales correspondientes. Todo el que tenga que velar por el cumplimiento de esta Ley, tendrá que exigirlo.

Queda la interrogante ante la Ley de qué viviendas deben pagar impuestos.

Parece indicar que toda vivienda que pase de los \$500,000, sea urbana o rural, o esté ubicada en un polo o desarrollo turístico, tendrá que pagar impuestos, de acuerdo con esta Ley.

Creemos que existen considerables dificultades para la implementación de esta ley, es decir, que debemos hacer un esfuerzo para que su aplicación no paralice el mercado inmobiliario, pues puede llegar a hacer daños irreparables a la inversión de capitales y al sistema hipotecario, así como recargar de trabajo los organismos oficiales (por ejemplo, Impuesto sobre la Renta, Registro de Títulos, Conservaduría de Hipotecas, Dirección General del Catastro), a tal punto que no puedan cobrar los impuestos creados por la Ley. Sería preocupante que al querer aplicarlo impida el cobro de estos y otros impuestos muy importantes.

A los abogados Notarios: la recomendación es que en los contratos de arrendamientos, ventas o cualquier otro contrato que tenga como base uso, garantía o transferencia del inmueble, se agregue una cláusula en la que se haga constar la presentación del recibo de pago de impuesto o la exoneración de pago del mismo.

En caso de contratos de hipoteca u otros gravámenes, debe exigirse, además de la constancia de pago de impuesto, la seguridad de que éste sea pagado durante la vida del préstamo, para que no vaya a suceder que el monto del impuesto dejado de pagar sea mayor que la acreencia a ejecutar y se dificulte conseguir, en la posible subasta, un rápido comprador.

Las estadísticas de viviendas en la República Dominicana señalan que en el año 1985 había en el país 1, 400, 000

viviendas. Siguiendo el promedio de crecimiento anual, en 1988 hay 1,750,000 viviendas clasificadas como desechables, mejorables y adecuadas. De éstas, 675,000, aproximadamente, pueden clasificarse como adecuadas, las cuales tendrían que ser declaradas y evaluadas por la Dirección General del Catastro y la Dirección General del Impuesto sobre la Renta decidir el pago o no de impuestos por cada vivienda. Debe agregarse a estas estadísticas los solares urbanos no edificados de propiedad privada que existen en el Distrito Nacional y en los distintos municipios.

A los Registradores de Título deben presentárseles los recibos de pago anual del impuesto, lo que nos hace preguntarnos si con el traspaso de un inmueble o la constitución de cualquier derecho, cargas o gravámenes válidos sobre un inmueble, habría que liquidar el impuesto total del año para que se ejecute dicho acto.

Preguntas que nos hacemos, analizando la Ley No. 18, para las que debemos tener una respuesta satisfactoria:

¿Quién controla, en el caso de la exención del préstamo inicial, que de este se haya pagado el 50 por ciento del monto?

¿Qué tipo de personas o instituciones pueden haber hecho este préstamo?

¿Debe estar inscrita la garantía hipotecaria para ser aceptada como prueba para la exención del impuesto?

¿A qué llamamos instituciones benéficas, para la aplicación de esta ley?

¿Cómo definimos la vivienda suntuaria en una sociedad de inflación galopante?

¿En qué tiempo puede hacer la Dirección General del Catastro un inventario confiable de las viviendas que deben pagar impuestos, a fin de poder aplicar éste cada año?

Con la incidencia de la inflación en el precio de la vivienda, ¿se podría mantener el monto fijado para el pago del impuesto?

¿En qué tiempo tendrá la Dirección General del Impuesto sobre la Renta las facilidades que le permitan la liquidación y cobro del impuesto?

¿Se podrá cubrir con el monto del impuesto recaudado el costo que hay que hacer para su implementación?

¿Se podrá hacer un Reglamento que permita la aplicación de la Ley?

Para éstas y otras preguntas, queremos buscar una respuesta con los participantes del coloquio.

Hacia una ley de incentivos a las exportaciones*

Horacio Álvarez**

* Coloquios Jurídicos, Enero del 1998 - Marzo del 1999, no. 11, páginas 51-61.

** HORACIO RAFAEL ÁLVAREZ MUESES

Educación: Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (Ingeniería Industrial, Cum Laude, 1975); Universidad Autónoma de Santo Domingo (Ingeniería Química, Cum Laude, 1980); Fundación Getulio Vargas -Brasil- (Maestría en Mercadeo Internacional, 1981); Instituto Centroamericano de Administración de Empresas -INCAE- (Maestría en Administración de Negocios, 1985).

Experiencia: Director Ejecutivo de la Asociación Dominicana de Exportadores, Inc. (ADOEXPO); Consultores en Zonas Francas y Comercio Exterior de la Agencia para el Desarrollo Internacional (AID), Washington D.C., E.U.A., y del Centro Interamericano de Comercialización (CICOM); Vicepresidente Ejecutivo de Trade Service, S. A.; Asesor Técnico y Textil del Consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación (CNZFE); Asesor Técnico de la Secretaría de Estado de Industria y Comercio; Asesor de Proyectos de Empresas Pro-Desarrollo, S. A. (PRODESA); Asesor Técnico de las Zonas Francas de San Pedro de Macorís y de Villa Mella; Director de Proyectos de Consultorías Agropecuarias, S. A. (AGROHORTI); Director Ejecutivo de las siguientes empresas: Zona Franca San Isidro, Banco Nacional de Crédito (BANCRÉDITO) y del Consorcio Nacional de Exportación (CONAEXPORT); Gerente Técnico de Johnson Wax; Jefe de la División Industrial y de Promoción del Centro Dominicano de Promoción de las Exportaciones (CEDPOEX); Químico, Sénior Químico y Gerente Técnico de Colgate-Palmolive, Inc; Profesor de "Comercio Internacional I, II y III" de Post Grados y Maestrías de la Universidad APEC (actual); Catedrático Universitario y Facilitador de Cursos Especializados para el sector privado durante diez años.

Hacia una ley de incentivos a las exportaciones

Sumario ejecutivo anteproyecto de ley de reactivación de las exportaciones

Objetivos

Básicamente, el anteproyecto busca fortalecer la capacidad exportadora, aumentar el valor agregado nacional, neutralizar el sesgo “anti-exportador” bajo el criterio de evitar por todos los medios exportar impuestos y, al mismo tiempo, lograr al máximo posible la simplificación burocrática del proceso de exportación. Otro objetivo es procurar que la aplicación y recibimiento de las compensaciones a los exportadores sean de carácter automático, con fines de garantizar la confiabilidad del sistema.

Instrumentos

- I.
 - a) Reintegro de los derechos y gravámenes arancelarios
 - b) Régimen de admisión temporal
 - c) Compensación simplificada de gravámenes.

II. Reembolso del ITBIS pagado por los exportadores en sus compras de materias primas y bienes intermedios, envases y embalajes adquiridos en el mercado local e incorporado a bienes destinados a ser comercializados hacia el exterior. Los productores locales también podrán beneficiarse de la presente ley.

(a) El mecanismo de reintegro. Se establece el reintegro de los derechos y gravámenes arancelarios pagados sobre materias primas, bienes intermedios, partes o piezas importadas por el propio exportador o por terceros (indirectos), cuando los mismos hubieran sido incorporados a bienes de exportación o en el caso de aquellos productos que sean retornados al exterior en el mismo estado en que ingresaron al territorio aduanero dominicano. Contempla la creación de una cuenta especial en la Ley de Presupuesto de Ingresos y Gastos Públicos, mediante la cual la Secretaría de Estado de Finanzas emitirá un cheque y/o bono correspondiente al reintegro solicitado, el cual será intransferible.

(b) El régimen de admisión temporal. Consiste en la entrada de materias primas y/o mercancías en proceso, envases y embalajes, a territorio aduanero dominicano, con suspensión de los derechos e impuestos de importación, las cuales proceden del exterior o de las zonas francas de exportación, para ser reexportados en un plazo no mayor de seis (6) meses, luego de haber sido incorporadas a un producto mediante un proceso de transformación, ensamblaje o elaboración.

Podrían acogerse a estos beneficios todos los productos, excepto el azúcar y los minerales.

Los exportadores que utilizarían el régimen de admisión temporal deberían presentar, ante la Secretaría de Finanzas (Dirección General de Aduanas) una fianza bancaria o de una compañía aseguradora que cubra el monto total de los impuestos aduaneros que podrían derivarse de su importación total.

(c) Compensación simplificada de gravámenes. Las personas naturales o jurídicas de las empresas exportadoras de bienes tendrán derecho a una devolución no mayor de 3% del valor libre a bordo o valor FOB de los productos exportados, como compensación de los derechos arancelarios pagados previamente, así como de aquellos impuestos indirectos generados por la propia actividad exportadora. A tal efecto, se crea el certificado de compensación tributaria, expresado en moneda nacional, libremente negociable, no computable como ingreso sujeto a pago del Impuesto sobre la Renta, y con una vigencia no mayor de seis (6) meses, a partir de su fecha de emisión.

Gozarán de los beneficios de compensación tributaria todos los bienes de exportación, a excepción de: azúcar y sus derivados; café verde, tabaco en rama, cacao crudo en grano, minerales no procesados ni transformados.¹

Los interesados en obtener los certificados de compensación tributaria deberán presentar una solicitud a CEDOPEX, en un formulario preparado al efecto.

1 Los certificados de compensación tributaria podrán ser utilizados por el beneficiario para el pago de impuestos nacionales o redención de cualquier deuda o compromiso frente al Estado, por lo cual deberán ser aceptados por todas las oficinas recaudadoras del gobierno.

CEDOPEX expedirá el certificado de compensación correspondiente, luego de verificar la autenticidad de los documentos de exportación, para lo cual dispone de un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la presentación de la solicitud.²

Es importante destacar que la base de sustentación fundamental del anteproyecto es que “Para exportar hay que ser competitivos, y para serlo, no se puede exportar impuestos de ningún tipo (aranceles, ITBIS, ISR, u otros); pero tampoco costos artificiales de origen diverso (Ej.: costos de la energía eléctrica, dinero, infraestructuras deficientes y demoras burocráticas).

El anteproyecto de exportaciones debe procurar, por todos los medios, contar con instrumentos o mecanismos confiables, de fácil y sencilla aplicación, con fines de que la actividad productiva exportadora cuente con reglas de juego claras y transparentes y funcionales, con características de permanencia en el tiempo, pues es la única forma de garantizar el flujo atractivo y significativo de inversiones. Pues, es preciso señalar que la exportación generalmente es un negocio de mediano y largo plazo, cuyos montos invertidos consisten en cuantiosas sumas de dinero en dólares. Por consiguiente, ningún inversionista, ni extranjero ni local, invertirá su dinero en un país sin un marco regulatorio legal, cuyas disposiciones y lineamientos sean respetados y administrados apropiadamente.

Es conveniente indicar que el presente anteproyecto aspira a:

- Eliminar la discrecionalidad administrativa, como forma de ofrecer normas objetivas no sujetas a interpretación.
- Ofrecer un régimen global para todas las exportaciones de bienes que no sea discriminatorio, ni selectivo, ni excluyente, bajo el criterio de que el país requiere por igual las divisas generadas por todo tipo de bienes, sean tradicionales o no-tradicionales. Esto es un factor de avance, pues la ley número 69 sólo contempla las exportaciones de productos no-tradicionales.

² El exportador solamente deberá seleccionar uno de los tres mecanismos contemplados en el instrumento I, según la naturaleza y conveniencia de su proceso productivo.

- Garantizar el cumplimiento del compromiso fiscal a través de la apertura de fianzas emitidas por instituciones bancarias o de seguros de primer orden.

- Reducir las necesidades de controles administrativos, mediante la simplificación de procedimientos que hagan innecesarias medidas tales como, por ejemplo, las auditorías de inventarios u otros.

- Promover y estimular la generación del valor agregado nacional, pues en la medida que el producto exportado incluya mayor porcentaje de materias primas y materiales nacionales, mayor será el porcentaje de compensación que recibirán las empresas exportadoras.

- Obviamente, también este anteproyecto de ley de exportaciones deberá ser complementado con otros instrumentos que podrían ser aplicados por la vía administrativa, tales como:

- Implementación del sistema de “ventanilla única”.

- Programa especial de financiamiento para las micros, pequeñas y medianas empresas (fondo de garantía).

- Mejoramiento del mecanismo de post-embarque y aplicación de crédito de pre-embarque.

- Tasa de 0.3% para la importación de equipos y maquinarias para todos los sectores productivos.

- Aplicación del esquema de “Seguro de crédito para la exportación”.

- Creación de los consorcios de exportación.

- Liberalización cambiaria.

Programa adecuado de diversificación de productos y mercados dentro de un Plan Nacional de Desarrollo, orientado hacia las exportaciones como prioridad básica.

Reconversión de CEDOPEX en un Instituto de Comercio Exterior, concomitantemente con una redefinición del rol que deben jugar las oficinas comerciales en el exterior, consulados y embajadas,

con fines de lograr un apropiado y significativo flujo de difusión de ofertas y captación de demandas, desde y hacia República Dominicana, en coordinación con un esquema de estímulo a la inversión conjunta hacia el país, en las áreas no sólo de bienes, sino también de servicios (Z.F.) y turismo.³

Ahora bien, es oportuno resaltar que este marco legal *per se* no es suficiente para garantizar un relevante crecimiento y desarrollo de las exportaciones. En este sentido, será necesario que, definitivamente, sean completadas las reformas económicas estructurales iniciadas hace alrededor de cinco años. Nos referimos a:

1) Reformas básicas para el desarrollo de los sectores productivos

Las reformas del Estado y de la Justicia para modernizar la administración pública. Por eso la reciente aprobación de la Ley de Privatización de las Empresas Públicas es un buen paso de avance, pues los gobiernos tienen que cambiar la mentalidad y modernizar sus instituciones. Por consiguiente, la privatización de las empresas estatales, quebradas en su mayoría, es un proceso que no puede esperar más. Asimismo, debe existir un cambio de actitud dirigido a lograr una reducción significativa del aparato estatal, simplificando al máximo posible la burocracia, que más bien frena la iniciativa privada, cuando lo correcto y necesario es contar con instituciones altamente tecnificadas y eficientes. También debemos contar con políticas de estabilidad macroeconómica sanas en el campo fiscal y monetario. Sin embargo, la estabilidad, aunque es muy necesaria, por sí sola no basta. Se requieren adicionalmente políticas sectoriales más profundas a nivel de las empresas. Es decir, políticas que sean más eficientes y pragmáticas, que ayuden real y efectivamente al sector productivo exportador.

En definitiva, nuestro país deberá contar con las legislaciones pendientes siguientes:

Ley General de Energía, Código Monetario y Financiero, Reglamento del Código Tributario, Ley General de Aduanas y de

³ La Oficina de Promoción de Inversión Extranjera (OPI) deberá jugar un relevante papel dentro de este esquema.

Aranceles, una nueva Ley de Fomento a las Exportaciones, una Ley de Mercados Captales, y la creación de un Sistema de Fondo de Garantía para que las micros, pequeñas y medianas empresas tengan acceso al crédito a tasas de financiamiento competitivas con las prevalecientes en la banca linternacional.

Otro factor de vital importancia es que debemos estar plenamente conscientes de que ya todos los planes y/o programas de apoyo y beneficios privilegiados desaparecieron en el ámbito internacional. Por consiguiente, debemos pensar que de ahora en adelante todo será en base al criterio de reciprocidad e intercambio, o sea, lo que vamos a recibir estará en función y equivalencia con lo que vamos a dar. En ese sentido, los países, por tanto, tienen que prepararse y trabajar arduamente para insertarse apropiadamente en este entorno de las corrientes económicas, actualmente prevalecientes a nivel mundial, como son la apertura, el libre comercio y la globalización, así como también abocarnos a la integración regional y a los bloques económicos y comerciales. Esta situación se aplica directamente en el caso de la República Dominicana, para lo cual es indispensable tomar en cuenta las reformas estructurales que hemos mencionado y la modernización del aparato productivo, con fines de evitar convertirnos en meros importadores con permanente déficit de la balanza comercial, como hasta ahora hemos tenido. Así, podemos mencionar que en el año 1996 nuestras exportaciones de bienes fueron apenas de US\$773 millones y, en cambio, las importaciones alcanzaron un valor máximo de US\$3,217 millones, lo cual produjo un déficit de US\$2,444 millones, el cual resultó el mayor de nuestro país de los últimos años. Por tanto, si queremos avanzar es indispensable resolver y/o mejorar este fuerte desequilibrio de nuestra balanza comercial.

Adicionalmente, deben ser ejecutadas, a corto plazo, las acciones siguientes:

a) Simplificar a la mínima expresión el procedimiento burocrático de exportación, así como su costo operacional.

b) Disminuir sustancialmente la elevada ineficiencia y alto costo del servicio de energía eléctrica.

c) Controlar los altos precios de los combustibles y lubricantes.

d) Establecer un fondo de garantía para permitir el acceso al crédito a las micros, pequeñas y medianas empresas, a tasas de financiamiento similares a las predominantes en la banca internacional. Pues los exportadores dominicanos, generalmente, están obligados a tomar financiamiento a tasas de intereses tres o cuatro veces mayores que sus competidores del exterior.

e) Evitar los continuos incrementos en los costos de los fletes marítimos y aéreos, que imposibilitan la competitividad de nuestros exportadores con sus similares de la región en los mercados internacionales.

f) Realizar una adecuada reestructuración de los puertos y aeropuertos, así como también contar con las facilidades de infraestructura para la exportación, tales como: terminales de refrigeración, cámaras de fumigación, centros de acopio y otros.

g) Reducir los altos niveles arancelarios a los equipos y maquinarias, para todos los sectores productivos.

Por otro lado, será también indispensable contar con un programa de promoción de exportaciones.

Definitivamente, cualquiera que sea la naturaleza de un programa de promoción de exportaciones, para que sea idóneo y funcional y, por ende, que llene las expectativas, deberá incluir, indefectiblemente, los aspectos siguientes:

a) Diagnóstico de la oferta exportable y demanda exterior.

Esta actividad reviste una importancia crucial, pues en función de este estudio es que estaremos en condiciones de establecer un objetivo programa de promoción, sustentado sobre la base de calidad y tipo de los productos a exportar, uniformidad, cantidades disponibles y potencial de crecimiento. Tomando en consideración la capacidad instalada y útil de los rubros seleccionados mediante los resultados del diagnóstico de la oferta exportable, así como de las informaciones obtenidas del estudio de la demanda de los mercados del exterior, estaremos en capacidad de proceder al diseño y ejecución de una apropiada estrategia de penetración de los mercados internacionales, estableciendo prioridades por sectores y rubros de productos, basando el criterio de selección en aquellos que tengan mayores ventajas comparativas y

competitivas y, obviamente, incluyendo los productos con mayores demandas del exterior.

La promoción de exportaciones propiamente dicha deberá incluir:

b) Calendario de participación y organización de ferias y exposiciones locales e internacionales.

c) Organización de misiones comerciales, desde y hacia la República Dominicana.

Asimismo, como el interés específico es crear las bases para la futura integración de la República Dominicana a los bloques de comercio, tales como CARICOM y Centroamérica, será conveniente efectuar paralelamente las actividades siguientes:

- Realización de estudios de productos con potencial de exportación hacia el Mercado Común del Caribe (CARICOM) y/o al Mercado Común Centroamericano (M.C.C.A.).

- Ejecución de seminarios, talleres, coloquios, paneles, conferencias u otros, orientados y dirigidos a crear conciencia de la importancia y trascendencia, así como de las ventajas comparativas que tendría la República Dominicana al pertenecer a uno de los bloques regionales de integración.

Planificar la organización de misiones y delegaciones comerciales empresariales/gubernamentales hacia los principales países del CARICOM y Centroamérica, con fines de lograr un incremento significativo en el intercambio comercial con cada uno de esos países, lo cual servirá de catalizador para facilitar y viabilizar, en un futuro cercano, nuestros planes de integración a nivel multilateral con los referidos bloques a los cuales pretendemos integrarnos.

En ese sentido, consideramos pertinente destacar que el éxito que podamos alcanzar en nuestros planes de integración va a depender mucho de la celeridad y seguimiento cabal inmediato que demos a las acciones que hemos mencionado, aunque reconocemos que real y efectivamente estamos transitando en el camino correcto. En este sentido, podemos mencionar que el día 25 del pasado mes de julio, la República Dominicana participó

con muy buenos resultados en la primera ronda de negociaciones celebrada en Jamaica, con miras a lograr la firma de un Acuerdo entre CARICOM-República Dominicana para finales de noviembre del presente año.

Es preciso señalar, como aspecto positivo, que el presente anteproyecto de ley ha sido logrado como resultado del consenso del sector gubernamental, representado por el Centro Dominicano de Exportaciones (CEDOPEX) y del Sector Privado, mediante la representación de la Asociación Dominicana de Exportadores, Inc. (ADOEXPO). Esta es la razón por la cual consideramos de vital importancia que el referido Anteproyecto sea enviado al Congreso cuanto antes, pues entendemos que podría lograrse su aprobación en un breve período de tiempo por nuestros legisladores. Por consiguiente, contar con un marco legal adecuado con reglas de juego claras y con características de permanencia es un factor clave para crear las condiciones de inversión y reactivación del aparato productivo nacional exportador.

Antes de proceder a establecer las conclusiones de esta exposición, es oportuno recordar que en los tiempos que hemos tenido mayor abundancia en el mercado local de productos, tales como frutos y vegetales (piña, melones, naranjas, tomates, plátanos, yautías y otros), ha sido precisamente en los años que existía un gran número de proyectos de estos rubros para la exportación, pues por los rigurosos requisitos y especificaciones de calidad exigidos en los mercados internacionales, no todos los productos califican para la exportación, lo cual no significa que estos sean de mala calidad. Ej.: el caso de la piña.

Esta gran abundancia de productos causa una significativa disminución de sus precios y, por ende, permite un fácil acceso a la población dominicana, la cual, al mismo tiempo, se beneficia de una relevante reducción de la canasta familiar, pues los productos de referencia constituyen un alto porcentaje de la base de alimentación de nuestros ciudadanos.

Aunque, lamentablemente, desde el año 1989 hasta ahora prácticamente la mayoría de estos proyectos mencionados han desaparecido. Ejemplos: frutos, vegetales, flores, etc.

Finalmente, podemos establecer las conclusiones siguientes:

1) Para la República Dominicana estar en condiciones

de poder producir y exportar, será indispensable contar con las reformas del Estado y de la Justicia para modernizar las instituciones y la administración pública.

2) Se debe disponer de una Ley de Fomento a las Exportaciones, idónea, expedita y funcional, complementada con un apropiado programa de promoción de exportaciones (ferias, exposiciones y misiones comerciales). Aunque previamente se deberá tener un diagnóstico de la oferta exportable y de la demanda exterior porque, de lo contrario, cómo vamos a saber qué producir, su calidad y uniformidad, así como cantidades a exportar.

3) Lograr la aprobación de las conocidas reformas estructurales, tales como la Ley General de Energía, Ley General de Aduanas, la modificación de los aranceles que gravan las materias primas y las maquinarias y/o equipos con fines de que nuestros sectores productivos (agropecuarios e industriales) puedan competir en igualdad de condiciones, tanto en el mercado local como en los mercados internacionales; contar con el Código Monetario y Financiero u otros.

4) Esa larga cadena de ineficiencias que hemos mencionado, impuestos e incongruencias que afectan la competitividad del sector exportador como son: la elevada burocracia del proceso de exportación, la deficiencia y alto costo de la energía eléctrica, altas tasas de financiamiento y carencia de un fondo de garantía, elevados costos de los fletes marítimos y aéreos, inexistencia de infraestructuras físicas en los puertos y aeropuertos, así como otras facilidades.

En definitiva, debemos lograr eliminar lo que se llama el “sesgo antiexportador”.

5) Tal como lo hicieron Taiwán, Corea del Sur y otros países asiáticos, la República Dominicana debe establecer sus prioridades en relación con los sectores y actividades donde debemos concentrar nuestras acciones, energía, recursos humanos y financieros, a fin de que, tanto los inversionistas privados como el gobierno, sepan el papel que les corresponde, a fin de evitar disgregar las acciones y esfuerzos del país en proyectos infuncionales. Ejemplos: cancelas, productos apícolas, materiales de construcción, machetes, aceites esenciales, soldaduras metales u otros.

6) Hay que procurar, por todos los medios, que los sectores gubernamentales y privados se aboquen conjuntamente, para que nuestro país adopte un “Programa Nacional de Desarrollo”, basado en las exportaciones como prioridad nacional, sin necesidad de tener que demostrar que las mismas son cruciales para la reactivación de los sectores productivos, para la creación de fuentes de empleos y para la generación de divisas y riquezas, pues estos aportes a la economía son tan evidentes, y para nadie es un secreto que los países denominados como desarrollados lo han logrado gracias al crecimiento y fomento de sus exportaciones.

DERECHO ADMINISTRATIVO

Legislación presupuestaria en la República Dominicana*

*Andreína Amaro Reyes***

* Coloquios Jurídicos, Julio-Diciembre del 1988, año 3, no. 5, páginas 41-63.

** ANDREÍNA AMARO REYES. Egresada de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD) en el 1968. Tiene una maestría en Administración Pública y un posgrado en Derecho Laboral, ambas de la Pontificia UCMM. Ha desempeñado diversas funciones públicas y privadas. Actualmente se desempeña en el Banco de Reservas de la República Dominicana y en la cátedra universitaria.

Legislación presupuestaria en la República Dominicana

Ante todo, debo agradecer la agradable invitación que me hiciera la oficina Kaplan, Russin, Vecchi & Heredia Bonetti, S.A., para conversar con ustedes, distinguidos colegas, sobre las disposiciones legales que regulan la función presupuestaria en el sector público en la República Dominicana.

Ustedes constituyen uno de los grupos de opinión más autorizados y sobresalientes del país y están llamados, dado el sector profesional al cual representan, a jugar un papel decisivo en el reordenamiento jurídico que sea necesario realizar en la República.

Mis palabras se circunscribirán a la discusión de las disposiciones legales que rigen el sistema presupuestario público en el país, en sus fases de formulación, aprobación, ejecución, control-evaluación y administración. A fin de concretar el enfoque, esta disertación no trata los aspectos financieros, fiscales y contables relacionados con el tema.

La base legal en que está fundamentada la administración de los fondos públicos es un asunto que no se percibe con la trascendencia que realmente tiene. Sin embargo, el conocimiento de las disposiciones legales y constitucionales que regulan el aparato público y los procesos y procedimientos administrativos del Estado tienen una importancia capital para el jurista, por su incidencia decisiva sobre el desarrollo económico y social de los pueblos.

Para ilustrar este aserto, nos veremos precisados a realizar un breve comentario del concepto doctrinario “presupuesto” y los antecedentes históricos de éste en la República Dominicana, en razón de que el estudio de la evolución de nuestro sistema presupuestario muestra, en forma fehaciente, la importancia estratégica de la política de asignación de los recursos públicos.

Esta referencia a los sistemas utilizados en el pasado no tiene el propósito de realizar críticas viciosas y fútiles, sino que deseamos, desde una óptica objetiva, exponer lo acontecido en el campo doctrinario y legislativo de la presupuestación pública durante los últimos 50 años, con el fin de que este conocimiento

sirva para una mejor comprensión de las nuevas normas jurídicas que rigen en nuestro país y los avances técnicos logrados.

Hay consenso entre los estudiosos de la materia, respecto de que en las definiciones del concepto presupuesto nunca habrá unidad de criterios por la diversidad de enfoques a que puede ser sometida esta disciplina. Se aduce, además, que las definiciones de un instrumento económico como presupuesto tienden a perder vigencia en el transcurso del tiempo, debido principalmente al carácter dinámico de la administración, y a que es precisamente el documento presupuestario uno de los instrumentos más llamados a recibir avances e innovaciones técnicas e influjo de los condicionantes políticos de la administración pública.

En el proceso evolutivo de esta materia, advertimos múltiples conceptualizaciones en sus distintas etapas de desarrollo. En una primera, al presupuesto se le ha llamado “tradicional” para sintetizar la idea de una relación o lista ordenada de ingresos posibles a recaudar en un período fiscal determinado y una relación o lista de gastos a efectuar conforme se vayan obteniendo los ingresos previstos. Este concepto tradicional adolece de un efecto esencial: que el documento presupuestario no corresponde a un diseño programático previamente estudiado y elaborado, es decir, que no pasa de ser una simple nómina ordenada de gastos e ingresos, con énfasis en el tipo de entrada de los recursos o del desembolso de estos, sin indicar explícita y convenientemente el objetivo que se persigue con esas recaudaciones y con esos desembolsos. En suma, el presupuesto tradicional utilizado en toda el área latinoamericana y en nuestro país, hasta hace poco más de 20 años, no era más que una simple nómina de ingresos y gastos que podía o no tener implícito un programa racional de acción.

Los técnicos entonces lucharon por implantar otra modalidad donde se enfatizara más en el contenido que en la presentación fría de ingresos y gastos. Pero no es sino en el 1959 cuando se inició en América latina la tarea tendente a reformar los tradicionales sistemas presupuestarios para adecuarlos a la aplicación de la técnica que se conoce como “presupuesto por programa”, en nexos con los planes de desarrollo.

En esa misma época también se iniciaban en los países del área las tareas de organizar oficinas nacionales de planificación y la de formular planes de desarrollo de mediano y largo plazos,

y Colombia se convirtió con el apoyo de agencias especializadas de las Naciones Unidas, en la primera nación de latinoamérica en adoptar esta modalidad para su sistema de administración fiscal nacional.

La República Dominicana lo adopta en el año 1965 y es el que permanece hoy día, así como en todos los países del área, a excepción de los Estados Unidos.

En el presupuesto por programas se enfatiza en los propósitos y objetivos que persigue el ente programador; la programación adecuada del trabajo a realizar, la compatibilidad entre esos objetivos y fines, los recursos para alcanzarlos y la información adecuada que debe obtenerse para medir los resultados.

Gonzalo Martner, en su obra *Planificación y presupuesto por programas* nos dice, a ese respecto, lo siguiente:

“Ya no se concibe el presupuesto como un mecanismo de gobierno aislado y ajeno al funcionamiento de la economía, de la sociedad y de la vida de una nación. Tampoco se considera como un instrumento puramente administrativo y contable. Hoy es mucho más que eso, es una herramienta política, en cuanto expresa en transacciones concretas y resultados propuestos, decisiones gubernamentales y contribuye a través del ejercicio del poder a ejecutarlas; es un instrumento de planificación en cuanto contiene metas que cumplir con determinados medios; y es un instrumento de administración en cuanto debe realizar acciones específicas para coordinar, ejecutar y controlar los planes y programas”.

De esta conceptualización doctrinaria se desprende que el presupuesto moderno es un instrumento de la planificación, por lo que tiene una concepción de política de desarrollo, pero a la vez tiene una naturaleza jurídica, requiere de técnicos de administración y significa un elemento importante de acción y control político.

Hacemos referencia a estos dos tipos de presupuesto, por ser los que han tenido aplicación práctica en el país.

En el aspecto legal, podemos afirmar que el presupuesto público en la República Dominicana nació con la república.

En la primera constitución dominicana, la del 6 de noviembre de 1844, se reserva el capítulo VII a la hacienda pública y se instituyen básicamente los principios que en el actual ordenamiento constitucional rigen la administración presupuestaria. Este contexto sustantivo dispone que todos los años, y durante el mes de enero, se deben imprimir y publicar las cuentas generales del año anterior, bajo la responsabilidad del secretario del despacho de hacienda.

El 12 de junio de 1845, se dictó la primera ley orgánica, la ley de hacienda número 42 y el 27 de junio de ese mismo año se aprobó la primera ley de gastos públicos que tendría vigencia del 1ro. de julio de ese año al 30 de junio de 1846, por un monto total de recursos apropiados de RD\$1,798,88,98 distribuidos de la manera siguiente:

Ministerio de Justicia e Instrucción Pública.....	\$75,636
Ministerio de Interior y Policía.....	\$60,736
Ministerio de Hacienda y Comercio.....	\$43,526
Ministerio de Guerra y Marina.....	\$1,000,000

Pero no es hasta el 1929, cuando se adopta un sistema presupuestario: el tradicional.

Ese primer sistema fue estructurado por una “Comisión Económica Dominicana” integrada por ciudadanos norteamericanos. El 1ro. de mayo de 1929 se le dio vigencia, mediante la promulgación de la ley 1111, denominada Ley de Presupuesto.

En esa disposición de ley, el Director de Presupuesto actuaba bajo la dirección del Presidente de la República, se consignaba la anualidad presupuestaria y se facultaba al Director de Presupuesto a reducir o aumentar el presupuesto de cualquier departamento, actuando siempre bajo la dirección presidencial.

Se le otorga facultad al Presidente de la República para escoger un representante en cada departamento, responsable ante él, para suministrar al Director de Presupuesto los servicios, informes y recomendaciones que fueran necesarias al desempeño de su función y se establece la fecha y forma de presentación del presupuesto al Congreso, estableciendo distinción entre los gastos destinados al mantenimiento de los servicios y los fondos destinados a obras públicas y otros proyectos especiales.

En lo referente al cálculo de los ingresos estimados, exigía la presentación de un estado anexo, demostrativo de los fondos especiales y de depósito.

Requería la presentación detallada al destino previsto para las aprobaciones de sumas globales y los gastos e ingresos reales de la ejecución del año inmediatamente anterior y cuantos datos fueren necesarios para fundamentar ante la Asamblea Legislativa el contenido del documento presupuestario.

Tales requisitos de presentación suponen un verdadero control del Congreso sobre la gestión administrativa del Presidente de la República.

Los cálculos de ingresos y gastos se efectuaban sobre una base rígida y el Presidente estaba facultado por Ley para sugerir al Congreso la adopción de medidas aprobadas para suplir las deficiencias de ingresos o para recomendar el uso de los ingresos excedentes, con vistas en el interés público.

Durante la ejecución, correspondía al Presidente someter al Congreso los aumentos de las apropiaciones para la ejecución de las leyes aprobadas después de sometido el presupuesto o para la prestación de servicios y ejecución de obras que considerare de interés público. Estas facultades le facilitaban al Poder Ejecutivo su función de administrador.

El presupuesto de gastos se dividía en capítulos que corresponderían a las diferentes ramas de la administración y el de ingresos se clasificaba por fondos: general, especiales y de depósito. Las características del sistema responden al interés de proporcionar los medios que aseguran la legalidad y honestidad en el uso de los fondos públicos.

El sistema carecía de mecanismos que permitieran la selección de objetivos racionales así como la optimización de resultados preestablecidos. Se intentó suplir estas deficiencias mediante la creación de una Junta de Mejoras Públicas, creada mediante la Ley 1112, integrada por el Director del Presupuesto, el Secretario de Fomento, el Secretario de Obras Públicas y un ingeniero designado por el Poder Ejecutivo, con la función de programar y justificar la necesidad de las construcciones, mejoras y ampliaciones; coordinarlas con las obras afines y complementarias y controlar la ejecución de las mismas e informar al Presidente de la República el avance de éstas, una vez iniciada su ejecución.

Complementaron el ordenamiento jurídico que regía la administración financiera, las leyes 1113 de Hacienda que asignaba a la Tesorería Nacional el ejercicio de los deberes y facultades relativos a la recaudación, custodia, desembolsos y contabilidad de los fondos públicos; la 1114 de contabilidad que fijaba las funciones del Contralor y la ley 1116 que creaba el Servicio de Coordinación con atribuciones en la adquisición y disposición de propiedades, especificaciones de materiales, anuncios, servicios, viajes, transportes y bienes raíces. El cargo de Jefe Coordinador se había creado por la Ley de Presupuesto número 1111, a fin de promover la economía y eficiencia, bajo la supervisión del Director de Presupuesto.

Luego de algunas modificaciones de menor importancia, y ya al comienzo de la era de Trujillo, se dictó la ley 57, el 26 de diciembre de 1930, que derogaba y sustituía la ley 1111.

Esta disposición de ley redujo los requisitos de información exigidos para someter el proyecto de presupuesto al Congreso Nacional con fines de aprobación, aumentando, en consecuencia, el Poder discrecional del Ejecutivo.

El cargo de Director de Presupuesto fue suprimido y la administración presupuestaria pasó a ser facultad exclusiva del Presidente de la República.

El ejercicio de la administración presupuestaria por el Presidente ocasionó una centralización de funciones tal, que a la postre este decidió delegar parte de esas funciones y el 31 de enero de 1933 dictó el decreto número 637, creando un comité técnico del presupuesto para que asumiera las funciones inherentes a la administración presupuestaria. Dispuso, además, la creación del fondo de reservas para atender necesidades imprevistas, sujeto a su aprobación.

Las primeras reformas significativas del modelo existente se inician con la promulgación de la ley 1363 del año 1937, que derogó la 57 y 933 modificativa de aquélla, parte de cuyo postulado está vigente en la actualidad.

Los objetivos de la disposición legal citada tendrían a una mejor administración y control presupuestarios mediante el establecimiento de normas y procedimientos de elaboración, ejecución y liquidación.

La administración presupuestaria pasó a ser facultad de un director de presupuesto mediante una delegación amplia de autoridad y responsabilidad.

El poder discrecional del Ejecutivo aumentó mediante la restricción de la facultad congresional al voto aprobatorio de las dos terceras partes de sus miembros, para introducir aquellas modificaciones al presupuesto que no fueren solicitadas por el Poder Ejecutivo.

Posteriormente, se reglamenta el funcionamiento de la oficina del Director de Presupuesto y se establecen procedimientos más rígidos en cuanto a Control del Gasto Público.

En el año 1963 es cuando se diseñan los primeros formularios para la presentación de los estimados de costos de los programas a ejecutarse en el curso del año presupuestario, requiriendo no solamente información financiera, sino también la base legal, de funciones por capítulos, y la descripción de cada uno de los programas. Se adoptó, además, la clasificación por objeto del gasto.

En 1965 se crea el Consejo Nacional de Desarrollo y se dispone que la Oficina Nacional de Presupuesto, entre otras, pasaría a ser una dependencia del Secretariado Técnico de la Presidencia. Se introduce la formulación del presupuesto por programas y se traza una serie de disposiciones tendentes a modernizar y adecuar el sistema presupuestario dominicano. En el año 1969, se dicta la ley 531 - Orgánica de Presupuesto que, conjuntamente con algunos artículos de la ley 1363 de 1937, decretos, leyes complementarias y la Constitución de la República, constituyen en conjunto la base legal vigente.

Base legal vigente

La base legal en que se sustenta la función presupuestaria en nuestro país, como hemos dicho, ha sido objeto de prolongadas modificaciones y adecuaciones en el transcurso de los años. A la fecha, tenemos vigentes las siguientes disposiciones legales:

Constitución de la República; artículos 20 al 24 bis de la ley número 1363, del 30 de julio de 1937; ley número 1601 del 13 de diciembre de 1947; ley número 2002, del 22 de mayo de 1949;

ley número 55, del 30 de noviembre de 1965; ley número 531, del 11 de diciembre de 1969; ley número 226 del 18 de noviembre de 1971; ley número 749 del 6 de enero de 1978; decreto 716 del 6 de marzo de 1979; ley número 101, del 30 de diciembre de 1979; decreto 101 del 20 de agosto de 1982; y decreto 115 del 21 de agosto de 1982.

Disposiciones constitucionales

La Constitución de la República de 1966, que rige en la actualidad, dispone: que entre los deberes del Poder Ejecutivo está el de velar por la buena recaudación y fiel inversión de las rentas nacionales, y someter al Congreso Nacional, durante la segunda legislatura ordinaria, el proyecto de Presupuesto de Ingresos y Ley de Gastos Públicos correspondiente al año siguiente, y entre los deberes del Congreso Nacional, el de votar el Presupuesto de Ingresos y Ley de Gastos Públicos y aprobar o no los gastos extraordinarios para los cuales solicite un crédito el Poder Ejecutivo. Más adelante, en los artículos 113, 114 y 115, párrafos del I al V, estatuye sobre todo lo concerniente a la aprobación de la Ley de Gastos Públicos prescribiendo que no será válida ninguna erogación de fondos públicos, si no estuviese autorizada por la Ley y ordenada por funcionario competente; la Ley de Gastos Públicos se dividirá en capítulos que correspondan a los diferentes ramos de la Administración, y no podrán trasladarse sumas de un capítulo a otro ni de una partida presupuestaria a otra, sino en virtud de una ley; las leyes de transferencia de fondo, cuando no sean iniciadas por el Poder Ejecutivo, deberán tener el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara y no tendrá efecto ni validez ninguna ley que ordene o autorice un pago o engendre una obligación pecuniaria a cargo del Estado, sino cuando esa misma ley cree fondos especiales para su ejecución o disponga que el pago se haga de las entradas calculadas del año y de éstas quede en el momento de la publicación de la ley una proporción disponible suficiente para hacerlo. En igual sentido, el Congreso no podrá votar válidamente ninguna erogación, a menos que esté incluida en el Proyecto de Ley de Gastos Públicos sometido por el Poder Ejecutivo después de haber enviado dicho proyecto, sino en el caso de que la ley que ordena esa erogación haya sido apoyada por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, todo sin derogación de la regla general establecida en el párrafo primero del artículo 115 citado precedentemente. De igual modo, el Congreso no podrá modificar

las partidas que figuren en los proyectos de ley que eroguen fondos o en la Ley de Gastos Públicos sometidos por el Poder Ejecutivo, sino con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara y de acuerdo con las disposiciones contenidas en el citado Párrafo Primero del Artículo 115, a menos que la modificación corresponda a una iniciativa del Poder Ejecutivo, en cuyo caso bastaría el voto favorable de la mayoría ordinaria. Cuando por cualquier circunstancia el Congreso cierre la Legislatura sin haber votado el Presupuesto de Ingresos y la Ley de Gastos Públicos, continuará rigiendo la ley del año anterior.

Dentro de las medidas que la Constitución concede al Presidente de la República, en lo que concierne a la Administración Presupuestaria, tenemos la facultad que tiene el Poder Ejecutivo cuando el Congreso está en receso, de disponer por medio de decretos, los traslados o transferencias de sumas dentro de la Ley de Gastos Públicos que exijan las necesidades urgentes del servicio administrativo, así como las creaciones o supresiones de cargos administrativos o servicios públicos que afecten ésta, con la obligación de someter al Congreso en la próxima legislatura, para su aprobación, las referidas disposiciones. Podrá, en estos casos, del mismo modo, erogar los fondos necesarios para atender gastos de la Administración Pública, dando cuenta al Congreso cuando éste se reúna.

En los aspectos relacionados con las cuentas nacionales, la Constitución de la República otorga al Congreso Nacional la Facultad de establecer los impuestos o contribuciones generales y determinar el modo de su recaudación e inversión; aprobar o desaprobar, con vista del informe de la Cámara de Cuentas, el estado de recaudación e inversión de las rentas que debe presentarle el Poder Ejecutivo; autorizar o no empréstitos sobre el crédito de la República, por medio del Poder Ejecutivo; legislar cuanto concierne a la deuda nacional y examinar anualmente todos los actos del Poder Ejecutivo y aprobarlos, si son ajustados a la Constitución y a las leyes.

A la Cámara de Cuentas le corresponde examinar las cuentas generales y particulares de la República y presentar al Congreso, en la primera legislatura ordinaria de cada año, el informe respecto de las cuentas del año anterior.

Ley Orgánica de Presupuesto para el Sector Público

La Ley Orgánica de Presupuesto fue promulgada el 11 de diciembre del año 1969, con el número 531, derogando la mayor parte de la Ley 1363 y sus modificaciones.

Esta Ley está justificada por “la necesidad de unificar la legislación presupuestaria vigente para dotarla del progreso técnico que en esta materia se ha alcanzado en los últimos años, con el propósito de que abarque a todas las entidades del Sector Público, de manera que exista una política uniforme en esta materia y que sea posible conocer claramente la acción gubernamental durante cada ejercicio fiscal”.

Consta de tres títulos, XI capítulos y 76 artículos.

Normas Generales

Las normas generales de la Ley Orgánica de Presupuesto para el Sector Público rigen para los presupuestos del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Cámara de Cuentas, Junta Central Electoral, instituciones descentralizadas o autónomas del Estado, que reciben o no financiamiento fiscal; empresas del Estado y Municipios.

En ese contexto, los presupuestos que presenten esas entidades deben ser la expresión financiera y cuantitativa de los propósitos, programas y actividades estatales que estén contemplados en los planes de desarrollo nacional, por lo que su formulación debe efectuarse de tal forma que presente el mecanismo operativo de los planes de mediano o largo plazo.

La clasificación económica comprende el desglose de los gastos en corrientes y de capital y tiene por finalidad identificar las cosas que el gobierno adquiere a cambio de su dinero, así como permitir el control contable de los mismos, identificando el tipo de bien o servicio que se financia para cumplir los programas gubernamentales.

No obstante, la Oficina Nacional de Presupuesto, para fines de confección y presentación de estados, balances e informes financieros presupuestarios, está facultada para incorporar la clasificación sectorial funcional de los gastos públicos.

Las informaciones sobre contratación de empréstitos nacionales o extranjeros por parte de los diferentes organismos e instituciones gubernamentales, deben ser registradas y mantenidas al día por la Oficina Nacional de Presupuesto, sin perjuicio de que otras entidades registren total o parcialmente esas informaciones. A estos efectos, los organismos o instituciones beneficiarias del crédito, deben informar y enviar mensualmente a la ONAPRES una relación de cada uno de ellos y su estado de situación al cierre de cada mes.

El Director de la Oficina Nacional de Presupuesto y sus analistas o agentes autorizados tienen acceso a los libros, registros y documentos de las diferentes entidades públicas, para controlar los asuntos de su competencia.

Del presupuesto del Poder Ejecutivo Legislativo y Judicial. La Cámara de Cuentas y la Junta Central Electoral

Estos organismos se rigen por las normas establecidas en el título II de la Ley que comentamos, y deben tener en su contabilidad los registros presupuestarios bajo el sistema de presupuesto por programas y actividades.

Normas relativas a los ingresos

Los organismos dependientes de la Secretaría de Estado de Finanzas y cualquier otro a quien se le solicite, deben enviar a la oficina Nacional de Presupuesto, antes del 1ro. de agosto de cada año, una estimación justificada de los ingresos factibles de recaudar en el siguiente ejercicio presupuestario y cualquier otro antecedente que se considere necesario para el cálculo estimado de ingresos.

Debe estimarse como ingreso presupuestario el rendimiento total de los impuestos, tasas y contribuciones; las entradas percibidas por los organismos del Gobierno Central por cualquier concepto, ya sea en efectivo, donaciones o en forma de crédito de cualquier especie; la estimación total de los préstamos en la proporción que se estime se va a recibir en el próximo año presupuestario, sean estos internos, externos a corto o largo plazo.

Por último, el Banco Central debe enviar a ONAPRES antes del 1ro. de agosto de cada año, una estimulación de los montos que alcanzarán las importaciones y las exportaciones para el próximo año, información que se utiliza en el cálculo de los ingresos fiscales provenientes del comercio exterior.

Normas relativas a los gastos

Antes del 1ro. de septiembre de cada año, los diferentes organismos deben presentar a la Oficina Nacional de Presupuesto sus respectivos proyectos de presupuesto de gastos para el año siguiente, ceñidos a los límites que anualmente indique la Presidencia de la República con un detalle justificativo de cada gasto, la descripción de las metas y las labores a realizar en cada programa y la incorporación de los montos a utilizar por concepto de préstamos externos o internos, en la proporción que presumiblemente se obtendrán.

En caso de envío de los proyectos de gastos en la fecha establecida, la Oficina Nacional de Presupuesto queda facultada para proponer el monto y destino de dichos gastos.

Normas relativas a la discusión y aprobación

El presidente de la República, previo conocimiento del Consejo Nacional de Desarrollo, somete el Proyecto de Presupuesto de ingresos y Ley de Gastos Públicos al Congreso Nacional para su aprobación, durante la segunda legislatura ordinaria que se inicia el 16 de agosto de cada año.

El Congreso Nacional, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el Artículo 115 de la Constitución de la República, aprueba el presupuesto de ingresos a nivel de grupo de fuentes y el presupuesto de gastos a nivel de capítulo y partida.

Se entenderá que “capítulo” corresponde a cada uno de los organismos que componen el Gobierno Central y “partida” son las aprobaciones concedidas a los programas presupuestarios destinados a cumplir las funciones del Estado, por medio de los cuales se establecen objetivos o metas, cuantificables o no, a cumplirse, en principio, con recursos financieros asignados a los mismos, cuya ejecución está a cargo de una unidad administrativa.

Las aprobaciones concedidas a los programas aparecen en la Ley en sumas globales, con indicación de la fuente de financiamiento, y la distribución detallada de las mismas es hecha por disposición administrativa.

Normas relativas a la ejecución y control

Los presupuestos aprobados para cada uno de los organismos y dependencias que componen cada capítulo de la Ley de Gastos Públicos, constituyen el límite máximo de recursos de que podrán disponer, durante el ejercicio presupuestario. Sin embargo, en ningún caso representa un derecho adquirido para ellos ni una obligación para el Fisco. De esto se desprende que los recursos se asignarán conforme a las disponibilidades reales de los ingresos. Cualquier nuevo ingreso fiscal y cualquier gasto que adicionalmente se apruebe que no se haya consignado en el Presupuesto de Ingresos y Ley de Gastos en ejecución, deberá ser incorporado a dicha Ley. En el caso de que las leyes que los crearon no lo especificaren, la Oficina Nacional de Presupuesto señalará las clasificaciones a que correspondan imputarse.

Las informaciones sobre los acuerdos de préstamos celebrados por el Presidente de la República y sancionados por el Congreso Nacional, deben indicar todos los datos referentes a los mismos en caso de que los acuerdos no lo especifiquen, tales como el monto, tasa de interés, plazo, formas de amortización, y la institución bancaria, agencia o gobierno que los otorga.

De igual forma deben enviarse a ONAPRES copias de los subacuerdos de préstamos que se aprueben en los diversos organismos, y se debe indicar claramente el calendario de inversiones. La Tesorería Nacional envía a la ONAPRES un informe diario sobre los ingresos fiscales recaudados el día anterior y dentro de los primeros 15 días de cada mes, un estado mensual sobre la recaudación de ingresos fiscales del mes anterior. La Contraloría General de la República envía, dentro del mismo período, un estado de los desembolsos efectuados durante el mes anterior y un detalle de los balances de asignación pendientes al final de cada mes. A más tardar el 30 de abril de cada año, remite un balance final de los pagos efectuados con cargo a las asignaciones de fondos tramitados, en el que se indican los balances de asignación no utilizados al cierre de las cuentas de desembolsos que efectúa la Tesorería. Copia de este balance se enviará a la Cámara de Cuentas.

Siempre conforme a las aprobaciones consignadas en el Presupuesto, los diferentes organismos deberán presentar a la ONAPRES las solicitudes de asignaciones de fondos conforme las instrucciones que esta oficina imparte ceñidos estrictamente al presupuesto aprobado.

La oficina Nacional de Presupuesto elabora, dentro del mes de enero de cada año, un programa de Caja-ingresos-egresos, detallado por mes; por el que deberá regirse para la aprobación de las asignaciones de fondos. Conforme a ese Programa de Caja es que se van tramitando las asignaciones de fondos mensuales para cada organismo, fundamentados en el nivel de cumplimiento de los ingresos presupuestados, en los balances de asignación o utilizados y en cualquier otro estado financiero que le sirva de base para aprobar o rechazar las solicitudes de asignaciones del período en cuestión.

De conformidad con las disposiciones contenidas en el Artículo 41, las solicitudes de asignaciones para gastos de inversión deberán presentarse con una justificación detallada de la significación de dicho gasto, expresado en términos físicos o de metas por cumplir.

El Artículo 42 señala expresamente que ningún organismo podrá comprometer fondos sin tener aprobadas previamente las asignaciones de gastos respectivos.

No obstante, es de todos conocido que el Estado dominicano tiene contraída una deuda administrativa o flotante que, de conformidad con declaraciones públicas de las autoridades del ramo, asciende a varias decenas de millones de pesos.

Las obligaciones contraídas frente a terceros por concepto del uso de bienes y servicios consumados o utilizados en período presupuestario, y no pagados durante ese ejercicio, constituyen una deuda administrativa.

De manera que esa acumulación se debe, específicamente, a la observación del Artículo 42 que citamos, de parte de los funcionarios administrativos del Estado.

Nosotros entendemos que se precisa modificar el artículo que comentamos, para que su violación sea sancionada como una manera de asegurar su cumplimiento, o que el Poder Ejecutivo, en uso de las facultades o funciones que le confiere la Constitución

de la República, trace las políticas de control y limitación del endeudamiento administrativo e imponga las sanciones útiles a la ejecución de esas políticas.

En cuanto a la transferencia de Fondos de un programa a otro o de un capítulo a otro, como señalamos anteriormente, deben ser autorizados por una disposición de Ley emanada del Congreso Nacional. Los trasposos dentro de un mismo programa son realizados mediante coordinación administrativa.

Las cuentas de gastos del ejercicio presupuestario quedan cerradas el 31 de diciembre de cada año. Las asignaciones pendientes de aprobación deberán ser solicitadas de nuevo y se imputarán en el presupuesto del año en que se aprueban; y las cuentas de desembolso efectuadas por la Tesorería Nacional se cierran a más tardar 3 meses después del término del ejercicio presupuestario; y las de ingresos, el 31 de diciembre de cada año.

El Artículo 47 señala que todos los organismos que estén ejecutando o comiencen a ejecutar proyectos específicos de inversión llevarán registros especiales denominados “Hojas de ida de los Proyectos”, y corresponde a la Oficina Nacional de Presupuesto señalar a cada organismo la apertura y mantenimiento de estos, así como los estados e informes que sobre ellos deben presentar a dicha oficina.

Reserva presupuestaria

En relación con los ingresos anuales estimados para el Fondo General de la Nación, la Oficina Nacional de Presupuesto realiza una programación donde se determina la suma estimada a recaudarse cada mes con el referido fondo. Los ingresos por encima de esta suma constituyen el excedente sobre el estimado mensual.

El 75% del excedente de ingresos sobre el estimado mensual se destina a acumular en la Tesorería Nacional un fondo especial a disposición del Poder Ejecutivo, el cual lo aplicará para satisfacer aquellas necesidades públicas que juzgue convenientes.

El 25 % restante se destina a acumular en la Tesorería Nacional un fondo especial que se denomina Fondo de Reserva Presupuestaria.

El porcentaje destinado al Fondo de Reserva Presupuestaria deja de acumularse en cualquier momento en que ascienda al 5 % del Presupuesto de ingreso vigente. En este caso, el Poder Ejecutivo puede disponer del 100% del excedente sobre el estimado mensual, para los fines indicados precedentemente.

El Fondo de Reserva Presupuestaria acumulado no se reduce cuando por cualquier circunstancia, el 5 % del Presupuesto de ingreso vigente fuere menor y se aplica del siguiente modo:

a) Sujeto a reembolso, para avanzar la suma que fuere necesaria para iniciar el presupuesto de cada año fiscal;

b) No reembolsable, para cubrir cualquier parte no ingresada conforme al estimado de ingresos realizado; y

c) No reembolsable para cubrir gastos que ocasionen acontecimientos extraordinarios, calificados de emergencia o de calamidad pública.

Sin embargo, cuando por efecto del uso de esos recursos para cubrir gastos calificados de emergencia o de calamidad pública, el Fondo de Reserva Presupuestaria fuere inferior al 5% del presupuesto de ingresos vigente, de los excedentes sobre el estimado mensual subsiguientes se destinará el 33% para nutrirlo, hasta que alcance nuevamente el límite máximo especificado. Por el mismo tiempo, la parte de los excedentes puestos a disposición del Poder Ejecutivo se reducen al 67%. Una vez normalizada la situación, los excedentes se distribuyen en las proporciones que manda la ley.

El balance libre de los ingresos del Fondo General al 31 de diciembre de cada año, después de deducir las asignaciones autorizadas por el Director de Presupuesto con cargo a las apropiaciones de la Ley de Gastos Públicos, se destina a formar un fondo especial a disposición del Poder Ejecutivo, el cual se aplicará para los mismos fines que se indican para el 75% del excedente de ingresos sobre el estimado mensual.

Únicamente se pueden efectuar erogaciones con cargo al Fondo de Reserva Presupuestaria, con la aprobación previa del Presidente de la República y siempre sujeto a lo dispuesto por la Ley en este aspecto.

Algunos expertos en materia de presupuesto público han expresado su conformidad, en líneas generales, con la base legal del Sistema Presupuestario Dominicano.

No obstante, consideramos que la Ley Orgánica de Presupuesto para el Sector Público tiene algunos artículos que ameritan modificación para adaptarlos a las necesidades actuales, y otros que deben ser suprimidos para un mejor funcionamiento y utilidad del sistema presupuestario.

Entre estos últimos está el artículo 50 que se refiere al Fondo Especial a disposición del Ejecutivo y que se nutre, como hemos dicho, del 75% del excedente de ingresos sobre el estimado mensual.

Esta medida afecta la expedita ejecución del presupuesto, porque para cumplir con lo presupuestado en la Ley de Gastos Públicos es necesaria la recaudación total del estimado de ingreso. El monto de esta estimación se distribuye de acuerdo con las perspectivas de ingresos de cada mes y sirve de referencia al hacer la programación mensual de egresos, para prever los problemas de financiamiento que podrían presentarse en determinados meses de bajas recaudaciones y de gastos superiores a los ingresos presupuestados para esos meses, lo cual hace que las necesidades de endeudamiento sean mayores. Estos problemas podrían agravarse por causa de la existencia del Artículo 50.

No obstante, debemos decir a favor del Fondo creado en virtud de este artículo, que el mismo dota a la administración presupuestaria de cierta flexibilidad al momento de resolver problemas ocasionados por un déficit presupuestario o por necesidades surgidas después de aprobada la Ley de Gastos Públicos, por la facilidad para hacer, por la Presidencia de la República, pagos que correspondería efectuarse con cargos a otros capítulos y programas, imposibilitados de realizarse por falta de apropiación.

Por otro lado, si al momento de presupuestar se subestiman los posibles ingresos al Fondo General, es lógico pensar que los excedentes mensuales de recaudación serán mayores, y lo traspasado al Fondo Especial producto del 75% de dichos excedentes, también lo será.

De lo expresado se desprende la idea de que el agravamiento o simplificación de estos problemas depende del criterio de quien esté administrando la Hacienda Pública; es decir, si se desea centralizar una buena parte de los pagos por la Presidencia o, en cambio, confiar en la buena administración de los Secretarios de Estado, a quienes han sido delegadas las distintas funciones a cargo del Gobierno, en cuyo caso estarían mejor imputados los gastos.

Por las razones expuestas, consideramos que sería saludable la derogación de este artículo, porque obstruye la correcta administración presupuestaria.

TÍTULO III

Los presupuestos de las instituciones descentralizadas o autónomas del Estado que reciban o no financiamiento fiscal de las empresas del Estado y de los municipios

La ley consagra el Título III para normar los presupuestos de las instituciones descentralizadas o autónomas del Estado, reciban o no financiamiento fiscal, de las empresas del Estado y los municipios, con la excepción de que al Banco Central de la República, al Banco de Reservas, a las empresas del Estado y a los municipios sólo se les aplican los artículos 58, 63 y 74, limitándose estas instituciones al envío, antes del 1ro. de septiembre de cada año, de los proyectos de presupuestos de ingresos y gastos; posteriormente, al cerrar el ejercicio presupuestario, al envío, durante los primeros 10 días laborables del mes de enero, de sus respectivos presupuestos de ingresos y gastos ajustados a las transferencias de fondos consignadas en la Ley de Gastos Públicos vigente y cualquier otra situación real que se haya presentado al inicio del ejercicio, y el envío de un balance de ingresos y gastos presupuestarios ejecutados, con copia para la Contraloría General de la República y la Cámara de Cuentas.

Esta libertad puesta a cargo de estas instituciones, en donde se encuentran las empresas del Estado, la consideramos altamente perjudicial, por todos los enormes presupuestos que manejan y la diversidad de funciones que realizan.

En los artículos que componen el Título III de la Ley que tratamos, se dan las pautas para la elaboración de los presupuestos de las demás instituciones descentralizadas, en donde se destaca la obligación de elaborar presupuestos por programas y actividades, medida cónsona con la elaboración del Presupuesto del Gobierno Central, aún cuando entendemos que la programación sólo existe en la concepción técnica de la elaboración del documento, ya que en la práctica nuestro presupuesto acusa ser un presupuesto incremental, o sea, se gasta de acuerdo a lo que ingresa sin ordenamiento programático alguno.

Veamos ahora cómo operan las organizaciones frente a la Oficina Nacional de Presupuesto.

Cabría distinguir las diferentes etapas que se originan.

Proyectos de ingresos y gastos

Envían sus proyectos de presupuesto de ingresos y gastos a la Oficina Nacional de Presupuesto, en el que se incorporan como ingreso de cada ejercicio los préstamos vigentes o donaciones, ya sean internos o externos o de cualquier naturaleza, en la proporción que se estima se obtendrán.

Dentro de las partidas de gastos se incluyen los desembolsos por concepto de pago de amortizaciones e intereses de la deuda interna o externa y el uso o destino de los préstamos.

Las instituciones que reciben aportes fiscales, presentan como ingreso lo aprobado para ellas en la Ley de Gastos Públicos de cada año.

Etapas de discusión y aprobación

Luego que la Oficina Nacional de Presupuesto recibe los respectivos presupuestos de ingresos y gastos, los analiza y los remite al Presidente de la República, para su aprobación o rectificación, previo informe emitido al efecto. Las instituciones no pueden comprometer o efectuar gastos hasta que no se les haya notificado la aprobación de sus respectivos presupuestos, a excepción de los gastos de tipo administrativo del mes de enero y los que autorice el Presidente de la República.

Ejecución y control

Para suscribir créditos externos, deben contar con la autorización del Presidente de la República y un programa de caja anual desglosado por meses.

Los aportes de fondos que se consignan en la Ley de Gastos Públicos para nutrir estas instituciones son el límite máximo de ingresos que por estos conceptos pueden contar. Si por falta de disponibilidad de caja, el Poder Ejecutivo no puede otorgar esos aportes, la institución afectada debe reajustar su presupuesto, ya sea disminuyendo sus gastos o compensando el menor ingreso con otros financiamientos.

Para modificar sus presupuestos en ejecución deben recabar, previamente, la autorización de la oficina Nacional de Presupuesto, siempre que se trate de transferencias de fondos de un objeto de gastos a otro, dentro de un mismo programa, cuyo monto exceda al 5% acumulativo del total del programa.

Mensualmente, deben presentar un estado de situación de los ingresos y gastos del mes, con información acumulada a la fecha del estado, y cerrarán su ejercicio el 31 de diciembre de cada año. Los saldos disponibles de caja y banco a esta fecha son incorporados como ingreso del nuevo presupuesto.

En interés de establecer controles más efectivos sobre la política económica de los organismos autónomos del Estado y las instituciones descentralizadas, el 6 de enero de 1978 se dictó la Ley No. 749, donde se reitera que éstas deben someter a la aprobación del Poder Ejecutivo, con la debida antelación, todos los presupuestos de ingresos que cubran anualmente sus actividades. Esta Ley además le prohíbe al organismo autónomo, integrado o si dependiesen de él distintas corporaciones, entidades o empresas, destinar los recursos de una en beneficio de otra o de otras, sin el consentimiento previo del Poder Ejecutivo; la obtención de préstamos nacionales e internacionales sin la aprobación del Poder Ejecutivo, y las obliga a rendir cuentas de gestiones administrativas al Presidente de la República.

Con el mismo propósito, se dictó el 20 de agosto de 1982, el Decreto Número 101, en el que se estableció que la Junta Monetaria no conocerá ninguna solicitud de autorización de endeudamiento externo, por parte de organismos autónomos del

Estado, si la misma no va acompañada de un oficio en el cual el Presidente de la República aprueba dicha operación; así como que el Banco de Reservas y los demás bancos o instituciones crediticias no conocerán ninguna solicitud de préstamo o financiamiento proveniente de un organismo autónomo del Estado, si la misma no va acompañada de una autorización presidencial.

Para terminar, queremos significar a ustedes que si bien una norma legal no permite por sí sola mejorar los métodos de programación, el ordenamiento legal analizado fija las pautas mínimas para que se pueda avanzar en la programación presupuestaria, y le da a ella un contenido real. En general, las leyes brindan el marco legal adecuado para dar un salto cualitativo importante para una efectiva aplicación de la técnica presupuestaria programática.

En consecuencia, en nuestro criterio, las leyes orgánicas de presupuesto debían concentrarse en los aspectos fundamentales de la administración presupuestaria: programación, ejecución, control y evaluación, en particular; y en general, en la coordinación de esas etapas con los planes generales de desarrollo y planes operativos, y que su operatividad se reglamente conforme a las leyes y normas secundarias necesarias y adecuadas a las situaciones económicas, sociales, administrativas y financieras, abarcando todo el sector público, sin afectar los principios de autonomía administrativa y financiera de los organismos descentralizados.

DERECHO INMOBILIARIO

Los contratos inmobiliarios*

Luis Heredia Valenzuela**

* Coloquios Jurídicos, Enero del 1998 - Marzo del 1999, año 14, no. 11, páginas 7-21.

** LUIS HEREDIA VALENZUELA. Autorizado a ejercer como abogado en el año 1989.

Educación: Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (Licenciatura en Derecho, Cum Laude, 1989).
Universidad de Wisconsin (United States Law and Legal Institutions, 1987). Centro de Leyes de la Universidad de
Georgetown (Maestría en "Common Law Studies", 1993).

Autor: "Algunas Deficiencias e Ilegalidades en la Legislación Monetaria y Cambiaria de la República
Dominicana. Sugerencias para su Adecuación." 1989. "EC Competition Rules: An Assessment of the Liberty or
Freedom of Contract Principle in Distribution Agreements in the EC and in Non EC Countries", 1993.

Miembro: Colegio Dominicano de Abogados de la República Dominicana. Asociación Dominicana de
Abogados Empresariales, Inc. American Bar Association. Federación Interamericana de Abogados, Georgetown
University Association.

Los contratos inmobiliarios

El tema seleccionado para el primer coloquio del presente año 1999 lo hemos denominado *Los contratos inmobiliarios*, y lo inspiraron motivos diversos, pero a nuestro juicio, todos valederos y de importancia.

En este año, la Russin, Vecchi & Heredia Bonetti está celebrando 30 años de haber abierto sus puertas en la República Dominicana. Como pionera en el ejercicio y autora de múltiples publicaciones en materia de negocios e inversión, entendimos desde la esencia misma de nuestra génesis, tratar un tema relacionado con nuestro diario quehacer, sobre todo que nuestra experiencia de 30 años nos permite asegurar, que 8 de cada 10 inversiones locales y extranjeras que se realizan en nuestra media isla incluyen una transacción inmobiliaria de alguna especie, llámese compra, alquiler, arrendamiento, etc.

Es innegable que el sector inmobiliario en la ciudad de Santo Domingo y en el resto del país ha experimentado una considerable dinamización en los últimos 5 años. De una ciudad que hace apenas 5, quizás 6 años, contaba en su parte occidental con 5 ó 6 centros o plazas comerciales grandes (Plaza Central, Plaza Naco, Unicentro, etc.), hace algún tiempo que perdí la cuenta de las plazas con que contamos hoy día de este lado de la ciudad, pero me atrevo a especular que supera las 40 y el ritmo de nuevas construcciones no parece que va a disminuir por ahora.

En el sector vivienda, señores, no recuerdo haber visto una inversión tan impresionante como la que tiene lugar hoy día. Residenciales, edificios de apartamentos, ciudades satélites, todo género de viviendas. A título de ejemplo permito mencionar el sector denominado Las Praderas, en el cual unos 5 ó 6 años atrás podían contarse las viviendas con los dedos de las manos, y ya puede verse lo que es hoy ese sector: otra ciudad.

En un mundo cada día más globalizado y una República Dominicana obligada a insertarse en esquemas de integración que le procuren optimizar el intercambio comercial y atraer inversión foránea, los flujos de capitales van en constante aumento, y gran parte de estos tienen necesidad de encontrar la forma de invertirse. Como ya antes apuntáramos, 8 de cada 10 inversiones envuelven algún tipo de contrato inmobiliario.

De suma importancia ha sido la extraordinaria inversión de capitales que se viene llevando a cabo de forma constante desde finales de los 70's, en la compraventa de terrenos para la actividad turística, y más recientemente, en los últimos dos años, la instalación en el país de múltiples establecimientos de comida rápida. No debo dejar de mencionar el giro que ha tomado el mercadeo y la venta de bienes inmuebles con el arribo al país de varias franquicias especializadas en el mercadeo inmobiliario, principalmente de origen estadounidense.

Dadas esas importantes razones, y debido a los nuevos tiempos que vive el país y el mundo, entendemos que los profesionales del derecho y de otras áreas con incidencia en el sector inmobiliario debemos contribuir a proveer cierto orden en un sector que tanto dinamismo ha experimentado y cuya contribución directa e indirecta al crecimiento y desarrollo de nuestra economía en impuestos, divisas, empleos y otros debe situarse dentro de las más elevadas.

Una primera forma de contribuir con ese orden es informándonos mejor acerca de los distintos tipos de contratos inmobiliarios que comúnmente se utilizan en nuestro y otros medios, en qué consisten, cuáles son sus características más sobresalientes y qué podemos hacer para mejorarlos; también sería interesante conocer y discutir cuál es la práctica que, a mi juicio, debe seguirse luego de la firma de la documentación que recoge la operación inmobiliaria, para que la misma sea efectivamente completada.

Es el propósito del presente coloquio compartir y discutir con ustedes nuestros conocimientos y experiencias en esta interesante materia, por lo que pasaremos revista al *principio de la libertad contractual*, uno de los pilares sobre los cuales se cimenta nuestro Derecho Privado, para luego ir a ver los tipos de contratos que se vienen utilizando en nuestro medio para las diferentes transacciones que involucran; o la transferencia, o una potencial transferencia de derechos de propiedad inmobiliarios (los contratos de compraventa, de dación en pago, permuta, aporte, la promesa de venta y opción a compra), o aquéllos que permiten el usufructo y goce del inmueble (el arrendamiento o alquiler, el *time sharing* o tiempo compartido), recordando en cada caso en qué consisten, qué partes intervienen, dónde debe ponerse

mayor atención durante la elaboración de dichos contratos o cómo pueden ser mejorados y con ello minimizar la posibilidad de una litis.

También haré mención de otras modalidades y tipos de contratos inmobiliarios de uso común en otras jurisdicciones, pero cuya existencia se desconoce o han sido escasamente utilizados en nuestro país, para concluir finalmente con algunas consideraciones de índole fiscal y exhortaciones.

Por lo complejo y delicado de los mismos, dejaré para un futuro coloquio y a cualquier otro inquieto el análisis y la discusión de la problemática de la legislación y práctica de Tierras, el Registro de Títulos y los Tribunales de Tierras.

1. La libertad contractual

Este principio se encuentra consagrado en el título III del Código Civil, intitulado “De los Contratos o de las Obligaciones Convencionales en General”. Libertad contractual significa que se pueden concertar libremente acuerdos válidos sobre cualquier materia o asunto y que recaiga en torno a cualquier cosa determinada o determinable, siempre que el objeto sea lícito y las estipulaciones no violen las disposiciones de orden público y las buenas costumbres.

Al elaborarse cualquier tipo de convenio, la libertad contractual debe, pues, tenerse muy presente en tanto que aquellos puntos sobre los cuales no se indique nada en el contrato, estarán sujetos en caso de litis a la decisión de un tribunal, el cual debe basar sus decisiones en el denominado derecho común, la jurisprudencia y la doctrina. De esa forma siempre es mejor la medicina preventiva que la curativa.

Naturalmente que existe un requisito mínimo de forma y de fondo para la validez de los contratos. Los de forma son aquellos que nos indican cómo debe ser redactado y de qué informaciones mínimas debe contener el documento. Los de fondo nos pautan cuáles son las condiciones mínimas que deben adornar la transacción para que se pueda considerar efectuada válidamente. El artículo 108 del Código Civil establece cuáles son esos requisitos o condiciones de fondo que deben reunirse en cualquier tipo de contrato, a saber:

1. Consentimiento: Significa que la parte debe, no solamente consentir el contrato, sino también estar consciente de lo que está haciendo y a lo que se está comprometiendo. Esto último implica que este consentimiento sea dado libremente y sin vicios (error, dolo, violencia o lesión).

2. Capacidad: “La capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción”. Para contratar es necesario capacidad de goce y de ejercicio.

3. Objeto: Hay que distinguir el objeto del contrato de la obligación. El objeto en el contrato inmobiliario es la operación jurídica celebrada por las partes, es decir, la venta, arrendamiento, etc.

4. Causa: Que ya dijimos que debe ser lícita.

Deseo, pues, significarles que en materia contractual son las condiciones, la imaginación, la habilidad y la experiencia de las partes envueltas en una operación inmobiliaria las que van a lograr que la operación se materialice y concluya en un buen contrato que resulte adecuado a cada caso en particular.

La importancia del contrato y lo que en él se establezca adquiere mayor dimensión y relevancia cuando observamos que el artículo 1134 del Código Civil expresa que “Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho”.

Dicho esto, pasemos entonces a repasar cuáles son los contratos inmobiliarios que típicamente se manejan en nuestro medio y sus características; nos referiremos en cada caso a nuestra experiencia y daremos algunas notas acerca de otras modalidades de dichos contratos y otros menos típicos.

2. Contrato de compraventa de inmueble (simple y condicional)

Es aquel mediante el cual las partes van a intercambiarse sus respectivos derechos, uno sobre el bien inmueble en venta y el otro sobre el dinero. Se trata del más típico y, en consecuencia, el de uso más frecuente de los contratos inmobiliarios y, como

sabemos, los elementos que caracterizan el contrato son la existencia del vendedor, el comprador, el inmueble y el precio.

Aun cuando se trate de una simple operación de compraventa de inmueble, donde las partes se intercambian de una sola vez el inmueble y el precio, no es suficiente con simplemente describir claramente las partes en el acuerdo, el inmueble objeto de la operación, el precio y su forma de pago.

La práctica nos indica que para llevar a cabo una operación de compraventa de inmueble lo más segura posible, debe solicitarse al vendedor o a su apoderado, al agente inmobiliario o a su asesor legal, como mínimo la siguiente documentación: 1) copia del Certificado de Título y del plano catastral, si lo hubiere; 2) Si tiene alguna hipoteca, copia del documento en virtud del cual se consintió la misma; 3) copia de la cédula de identidad o pasaporte o de los documentos corporativos si el inmueble es propiedad de una compañía; 4) copia de la resolución que autoriza vender el inmueble y designa quién firmará los documentos de venta (si fuere requerido por los documentos corporativos), o copia del poder otorgado al representante del vendedor; 5) copia de los recibos de pago o certificación de exención del Impuesto creado en virtud de la ley 18-88, conocido como impuesto a la vivienda suntuaria y solares urbanos no edificados.

También recomendamos requerir o gestionar una certificación de la Dirección General de Impuestos Internos de que la compañía está al día en la presentación de sus declaraciones juradas, en caso de que el inmueble sea de un valor apreciable o constituya el activo único de la compañía. El Código Tributario, en su artículo 28, estipula un derecho general de privilegio a favor del Estado sobre todos los bienes del deudor: el de la obligación tributaria para garantizar el cobro de los créditos por tributos, recargos, intereses y sanciones pecuniarias.

De igual modo, la letra k del artículo 11 del mismo texto legal hace solidariamente responsables de la obligación tributaria de los contribuyentes a los adquirientes de establecimientos, de empresas, de entes colectivos con personalidad jurídica o sin ella, comprendiéndose en aquéllos a los socios y accionistas de las sociedades liquidadas, así como los adquirientes de los activos y pasivos de ellas.

Recibir a satisfacción toda la documentación antes descrita todavía no es suficiente a nuestro juicio. Queda pendiente el traslado al registro de títulos correspondiente a fines de revisar la situación de las cargas y gravámenes que afectan la propiedad inmobiliaria. Debe solicitarse además la correspondiente certificación por escrito. En los casos de solares y parcelas, principalmente de la zona urbana, es ya una práctica normal nuestra incorporar a un agrimensor experimentado a la labor de constatación de la regularidad de la propiedad, esto es para que mida, verifique los linderos y la posesión y nos confirme que el título corresponde a la propiedad que se ha ofertado a nuestro representado.

Concluido todo el esfuerzo de depuración antes descrito, es cuando debe procederse con la preparación del contrato de venta de inmueble, en el cual, en adición a la cláusula que describe el objeto del contrato, el inmueble y el precio, es preciso que se incluya y estipule en torno a cualquier otro punto o aspecto que, de una forma o de otra, tiene importancia para la operación y la efectiva transferencia y ejercicio por el comprador de los derechos de propiedad; entiéndase: alguna obligación o documento que haya quedado pendiente de entrega, indicándose el plazo dentro del cual deberá entregarse y la penalidad o remedios por su incumplimiento, la entrada en posesión del inmueble, cuál de las partes soportará los impuestos, garantías contra reclamación o perturbación futura por terceros, si se constituyen en servidumbres, la elección del domicilio donde deben hacerse las notificaciones, etc.

Si la compraventa no es una simple, sino que conlleva una serie de términos y condiciones para su perfeccionamiento futuro, se trata entonces de una compraventa condicional, en cuyo caso los respectivos abogados de las partes deben asegurarse de que el documento que se suscriba contenga, lo más clara y precisa posible, cuáles son esos términos y condiciones.

Si el precio se va a pagar en el curso de un plazo *x*, el abogado del comprador debe asegurarse de hacer incluir en el contrato las fechas, lugar, la forma y la moneda de pago, las penalidades por incumplimiento y, por supuesto, las garantías. Estas últimas suelen recaer directamente sobre el inmueble como *privilegio del vendedor no pagado* o como *hipoteca convencional*, ambas modalidades consagradas por nuestra Legislación de Tierras. Sin embargo, es posible también garantizar el pago del precio

con garantías de otros activos o propiedades del comprador, como serían una hipoteca sobre otro inmueble, con la garantía de acciones de una compañía, certificados de depósitos y otros instrumentos financieros, garantías bancarias, un giro bancario, carta de crédito, etc. También puede ocurrir que la condición suspensiva de la venta sea la entrega formal de la posesión del inmueble, en cuyo caso la operación se perfeccionaría cuando esto último ocurriera.

Una fórmula a la cual hemos recurrido en múltiples oportunidades para que una venta inmobiliaria no se paralice, cuando el comprador desea que se le financie el precio de la compra del inmueble, y el vendedor está en disposición de vender el inmueble, pero no desea arriesgarse a entregar el título al comprador hasta que no reciba la totalidad del precio, es escoger a un tercero que funja como depositario de los títulos hasta tanto el vendedor reciba la mayor parte o la totalidad del precio pactado. Esto también sirve para que el comprador esté tranquilo de saber que el vendedor no está ya en posesión del título de propiedad que se encuentra pagando.

Para concluir con esta parte, quiero finalmente mencionar los contratos de compraventa de inmueble con pacto de Retro. Son aquellos en los cuales al vendedor se le confiere la facultad de recomprar el inmueble del comprador o de los ulteriores derechohabientes durante el plazo determinado.

Nuestro Código Civil, en su artículo 1660, limita a un máximo de 5 años el término dentro del cual se puede convenir la retroventa.

3. Contrato de dación en pago y permuta

La dación en pago se verifica cuando el deudor de una obligación, por lo general de índole monetaria, se ve imposibilitado de cumplir la misma mediante la entrega de la cosa o llevando a cabo la prestación a la que se obligó y, en consecuencia, hace entrega al acreedor de una cosa o lleva a cabo una contraprestación que para este último resulta equivalente en valor de aquello que debió haber recibido, en nuestro caso sería un inmueble.

No debemos confundir la dación en pago con la permuta, puesto que se trata de dos figuras jurídicas distintas. En la permuta las partes llevan a cabo un intercambio de dos o más bienes que

consideran tienen un valor equivalente. En la dación en pago el deudor de la obligación no puede entregar lo que se comprometió, y propone al acreedor entregarle algo equivalente, a lo cual este último accede si desea.

Como los efectos de la dación en pago y la permuta son equivalentes a los de la compraventa, en tanto que conllevan la transferencia de la propiedad al acreedor, es recomendable solicitar la misma documentación y tomar las mismas precauciones que en la compraventa inmobiliaria, con la salvedad de que en el caso de la dación, si el deudor atraviesa serias dificultades financieras hay que moverse con mucho mayor prontitud y no insistir tanto en aquellos documentos y pasos que no impidan la transferencia. El contrato sí debe ser lo más descriptivo posible de la operación y reflejar equilibrio en la dación con el fin de evitar que el acreedor pueda defenderse de eventuales acciones oblicuas y paulinas.

En mi opinión, las empresas inmobiliarias podrían hacer uso de la figura de la dación en pago, pero sobre todo de la permuta, cuando cuentan con una cartera amplia de inmuebles en venta y de clientes interesados en adquirir propiedades.

4. Contrato o acto de aporte

Se verifica cuando el propietario de un bien inmueble opta por transferir sus derechos de propiedad a una compañía a cambio de recibir acciones u otro título o instrumento corporativo que refleje la copropiedad del activo social.

En nuestro medio, la decisión de adquirir un inmueble mediante su aportación a una corporación responde, en la mayoría de los casos, al interés de la sociedad, o sus propietarios o directivos de ahorrarse el pago de los impuestos de transferencia. La ley 1507 del 21 de agosto de 1947, la cual modificó el artículo 3 de la ley 831 del 5 de marzo de 1945 sobre Registros de Títulos, exime del pago de impuesto de transferencia a esta forma de adquisición de inmueble, con el propósito de evitar la doble tributación, puesto que un posible aumento del capital social de la compañía que recibe el inmueble conlleva el pago de los impuestos correspondientes. Otra de las razones por las que se suele preferir esta vía es cuando el comprador adquiere el inmueble para un negocio o proyecto y desea mantener dicha propiedad fuera de su patrimonio personal.

En esta modalidad de compraventa de inmueble, por cierto muy recurrida en nuestro medio, el vendedor aporta el inmueble a la compañía, la cual a su vez entrega acciones a cambio. Esas acciones son entonces vendidas y transferidas al comprador, que por lo general es la persona que solicitó al propietario del inmueble hacer la venta mediante el aporte a la compañía.

Para esta forma de adquisición de inmueble es recomendable exigir al vendedor o a su abogado los mismos documentos, tomar las mismas previsiones, llevar a cabo las mismas constataciones y formular las mismas cláusulas o unas equivalentes a las del contrato de compraventa normal.

5. Promesa de venta u opción a compra

Es aquel contrato mediante el cual el vendedor o prominente ofrece al comprador o beneficiario transferirle el derecho de propiedad de un bien, en nuestro caso de un bien inmueble, manteniendo su oferta durante un período de tiempo determinado. La promesa de venta y la opción a compra vienen siendo en el fondo un mismo contrato.

Este tipo de contrato no tiene por objeto transferir la propiedad inmediatamente, sino que más bien la propiedad se compromete a no vender dicho bien a un tercero por un tiempo determinado, acordándole al beneficiario el derecho de comprarlo dentro del mismo plazo. En este caso de que el prominente no sea propietario, este puede prometer que el bien esté disponible para el beneficiario e indisponible para los terceros durante el término.

En la promesa de venta u opción de compra se puede estipular la entrega de una suma que constituye las arras o señal que da el comprador a solicitud del vendedor para demostrar su legítimo interés y disposición de comprar el inmueble. Se le suele denominar también avance o anticipo al precio de venta convenido. Así que, en caso de que el beneficiario decida ejercer su derecho de adquirir el inmueble, debe entonces abonar al vendedor el balance restante del precio.

Cuando el Código Civil dominicano, en su artículo 1589, establece que la promesa de venta vale venta, habiendo consentido mutuamente las dos partes, respecto a la cosa y el precio, significa que si el beneficiario de la promesa decide ejercer

su opción de adquirir el inmueble pagando el precio en la forma convenida, la venta se perfecciona. El vendedor no se puede negar a la venta. Si se negara el vendedor a cumplir su obligación de vender, se verifica un incumplimiento o violación al contrato, el cual se resuelve en daños y perjuicios y éstos se resarcan, en la generalidad de los casos, con la pérdida de las arras o anticipo.

¿Qué ocurriría si el inmueble prometido fuere destruido total o parcialmente por cualquier causa? Pocos contratos o promesa de venta u opción a compra que he examinado han previsto esta contingencia, y de la misma producirse suele dar lugar a reclamaciones por el beneficiario de la promesa que demanda la devolución de las arras o avance a un prominente que quiere obligarlo a comprar el inmueble como está, o no quiere o no puede devolverle el monto total de las arras o anticipo.

Pasemos ahora a tratar dos tipos de contratos inmobiliarios que no persiguen la transmisión del derecho de propiedad, sino más bien la cesión temporal del goce del bien inmueble.

6. El contrato de arrendamiento o alquiler

El contrato de arrendamiento o alquiler es aquel en virtud del cual una parte llamada arrendador se compromete a procurar a otra llamada arrendatario o inquilino el goce temporal de un inmueble mediante un precio (alquiler o renta) que el arrendatario se compromete a pagarle.

El Código Civil, en sus artículos 1709 y siguientes, define el concepto de locación como “el contrato por medio del cual una de las partes se obliga a dejar gozar a la otra una cosa durante cierto tiempo, y por un precio determinado que ésta se obliga a pagarle”. A la locación de casas y muebles se le denomina alquiler; y el de las haciendas rurales, arrendamiento (artículo 1711).

La persona que elabore el contrato de arrendamiento o alquiler debe asegurarse de que el contrato establezca claramente todas y cada una de las condiciones que el propietario del inmueble tenga para dar el inmueble de su propiedad en arrendamiento y, por supuesto, que el inquilino esté en disposición de aceptar.

Hay una larga lista de puntos esenciales, que en adición al monto, fecha y lugar de pago deben consignarse claramente. Son

éstos relativos al uso específico del inmueble, el garante o fiador, el depósito (el cual debe a su vez depositarse en el Banco Agrícola, en virtud de la ley número 17-88 del 29 de enero de 1988, que modificó varios artículos de la ley 4314 del 22 de octubre de 1955); quién pagará los servicios públicos y privados, la cuota común o de mantenimiento, se permite o no el subarrendamiento, la construcción de mejoras, qué sucede cuando aparecen vicios de construcción, cómo se procederá con las reparaciones menores y mayores, situación en caso de destrucción parcial o total del inmueble ajenas al inquilino, el aspecto de las enfermedades contagiosas, situación de las mascotas, mantenimiento de jardín, el término del alquiler, si hay o no renovación o tácita reconducción y cuáles nuevas obligaciones conlleva esto, solución en caso de terminación anticipada del contrato, derecho de inspección de la propiedad por el propietario, compensación por violación al contrato y daños a la propiedad, recepción y entrega de la propiedad, posibilidad de cesión del contrato por arrendador y por el arrendatario.

Una recomendación que me surge como resultado de los esfuerzos que se hacen desde casi todos los sectores por institucionalizar y hacer respetar las disposiciones legales es, empezar a tratar en los contratos de alquiler el aspecto del pago de tributos o tarifas municipales y, para ciertos casos específicos, el pago del resultado del impuesto establecido por la ley 18-88 o a la vivienda suntuaria y solares no edificados, al menos para fines de cálculo de la renta.

Un aspecto de particular interés a los contratos de arrendamiento de locales para tiendas de negocios es el denominado fondo de comercio o punto comercial. El contrato debe estipular claramente cuál es la situación del punto comercial para que, llegado el término, al solicitarse la devolución del local al arrendatario, no surja una disputa en torno a dicho punto por la falta de previsión.

Si se va a estipular pago de la renta en otra moneda que no sea el peso, como se verifica cada día más en nuestro medio, a fin de evitar que en un futuro pueda surgir una discusión en torno a la tasa cambiaria, si al inquilino se le ocurre pagar en pesos dominicanos, a lo cual tendría perfecto derecho bajo las disposiciones cambiarias vigentes, es altamente recomendable estipular cuál sería el marco de referencia para calcular la tasa de conversión.

En varios contratos que he asistido, he incluido que la tasa sea el resultado del promedio de las tasas de venta de la divisa en cuestión de tres bancos comerciales. Esto es especialmente recomendable cuando el pago de la renta se produce por adelantado, por ejemplo, cada seis meses, anual, bianualmente, etc. Reconozco que existen y se recurre a otras fórmulas como la que procura ajustar la renta en base a la fluctuación de la prima del dólar.

En torno al aspecto del aumento anual en la renta, en mi opinión, como la misma se supone guarda íntima relación con el valor del inmueble y los precios en el mercado, la mejor forma de mantener la más armoniosa relación con el inquilino y evitar que al propietario le disminuya sensiblemente el valor real o poder adquisitivo de ésta, es incluyendo en el contrato una cláusula indexatoria que ajuste anualmente la renta, según se experimente una variación en el índice de precios que publica periódicamente el Banco Central.

Un último punto que recomendamos abordar en contratos de arrendamiento o alquiler, principalmente de locales comerciales, es el aspecto relativo a los seguros contra daños a la propiedad y a terceros.

Una variedad de contrato de arrendamiento es el contrato de arrendamiento o alquiler con opción a compra. Tenemos que también existen los contratos de opción de arrendamiento donde, a similitud con la promesa de venta u opción a venta, el promitente se compromete a reservarle al beneficiario la opción de alquilarle un determinado inmueble a cambio de recibir el pago de una suma, la cual podrá formar o no parte del futuro depósito o de la renta.

Otras modalidades del contrato de arrendamiento o alquiler son el que concede derecho a la primera opción para el alquiler de un inmueble y el de arrendamiento condicionado a la adquisición del inmueble transcurrido cierto tiempo, los cuales se utilizan principalmente en edificaciones en proceso de construcción, cuando el promotor no desea comprometerse tan temprano con un contrato de alquiler, sino que necesita estar mejor informado de los costos del proyecto y dar oportunidad de recibir varias ofertas antes de darlo en alquiler.

7. Contrato de *time sharing* o de tiempo compartido

Este contrato llegó a nuestro país hace unos 15 a 20 años como consecuencia del auge que ha tenido el sector turismo, con la instalación de cadenas de *resorts* que en otras playas utilizaban esta modalidad de contrato.

El contrato de tiempo compartido es aquel convenido mediante el cual el vendedor vende a varios compradores, por un tiempo determinado una fracción del derecho de propiedad o el derecho de usufructo sobre un inmueble, el cual se denomina unidad.

Normalmente ocurre de la siguiente forma: el desarrollador, el *resort* o club de vacaciones tiene la propiedad y/o dispone del derecho a usufructuar un determinado número de unidades, cuyo tiempo de propiedad o uso lo divide en 52 semanas al año. De esas 52 semanas, dependiendo de las leyes inmobiliarias y práctica de la jurisdicción donde se venda la unidad, se les venden 51 semanas a varios compradores y una se reserva para darle mantenimiento a la unidad. En República Dominicana y en México, el comprador adquiere un derecho a uso. En los Estados Unidos de América y otras jurisdicciones más desarrolladas, el comprador adquiere derechos de propiedad sobre su unidad durante el tiempo contratado, derechos que pueden ser vendidos, cedidos y hasta puestos en garantía bajo las condiciones que se especifiquen en el contrato y una serie de anexos que llevan.

Los compradores son libres de adquirir cuantas semanas les apetezca. El precio de las semanas dependerá de la temporada dentro de la cual se adquieran y de la clasificación que tenga el *resort* (*silver, gold o platinum*).

Conclusiones

Al concluir, no puedo dejar de insistir en la urgente necesidad de que contribuyamos al orden del sector inmobiliario siendo cuidadosos en la depuración de los inmuebles, en la elaboración de los contratos, tomándonos el tiempo suficiente para analizar las particularidades de cada caso y discutir constructivamente con la contraparte y sus asesores, la inclusión de las cláusulas y previsiones que alejen las posibilidades de una futura reclamación. Con ello asistiremos a que se genere un clima de confianza que tienda a descongestionar nuestros tribunales y haga de nuestra nación un lugar más atractivo para la inversión.

Por último deseo exhortar a los presentes a que cuando participemos personalmente o asistamos en transacciones inmobiliarias, tengamos muy en cuenta en informar a los clientes de los distintos impuestos que gravan la operación, así como la transferencia y los que gravan el valor de la propiedad y la renta que la misma genere. Así las cosas, deseo simplemente enunciar los distintos impuestos en cada caso:

A) *Impuestos que gravan la operación y la transferencia de los derechos de propiedad*

1) El artículo 309 del Código Tributario grava con un 2%, sujeto a retención, el valor de las transferencias de títulos y propiedades inmobiliarias e inmuebles por actos intervivos. El comprador debe retener al vendedor y pagar al fisco el 2% del valor de la operación inmobiliaria, salvo si quien vende es una compañía. Copia del recibo de pago debe depositarse junto con la documentación para obtener la transferencia. Entiendo que si la venta se hace con un préstamo hipotecario con una asociación, en la práctica el Registro no está exigiendo el recibo de pago del 2%.

2) Hay una serie de leyes que imponen sellos, contribuciones e impuestos adicionales a las transferencias de inmuebles que en nuestra opinión eficientizaría más la administración tributaria si se dispone reunirlos todos en una sola tasa. De estas las principales son las leyes números 2914 del 21 de junio de 1890 sobre Registro y Conservaduría de Hipotecas, que establece los sellos de rentas internas; la número 831 del 5 de marzo de 1945 sobre pago de derechos fiscales en las oficinas de los Registradores de Títulos, con sus modificaciones; la número 3341 del 13 de julio de 1952 y 32 del 10 de octubre de 1974 establecen los derechos, contribuciones e impuestos que corresponden a todo acto traslativo de la propiedad inmobiliaria. El importe total de estos impuestos de las últimas 4 ascienden a un 4% más el 12% de ese 4.

B) Impuestos que gravan el valor de la propiedad inmobiliaria y la renta que genere

1) Ley 18-88 del 5 de febrero de 1988, que grava los inmuebles situados en las áreas urbanas destinadas a viviendas y los terrenos también urbanos que por sus características, eventualmente, servirían para la erección de viviendas. La tasa indicada por la ley es de 1/2% del valor fidedigno de los inmuebles que hayan sido dados en arrendamiento por sus propietarios y de 1/4% de los que se encuentren ocupados por sus propietarios, colaterales, ascendientes o descendientes hasta el segundo grado de parentesco.

2) El artículo 269 del Código Tributario establece que toda persona natural o jurídica, residente o domiciliada en la República Dominicana, pagará impuesto sobre sus rentas de fuente dominicana. El literal i) del artículo 272 del mismo texto legal establece que son rentas de fuente dominicana las que provienen del inquilinato y arrendamiento. Los artículos 296 y 297 gravan a las personas físicas y jurídicas, nacionales y extranjeros, con impuestos hasta un máximo de un 25% sobre sus rentas netas gravables generales con la explotación de bienes inmobiliarios.

Análisis económico del Derecho de Propiedad en la República Dominicana: el régimen de los alquileres*

Mónika Infante Henríquez**

* Coloquios Jurídicos, Septiembre 2008 - Diciembre 2009, año 24, no. 15, páginas 21-49.

** MÓNIKA INFANTE HENRÍQUEZ. Doctora en Derecho Summa Cum Laude de la Universidad Iberoamericana, República Dominicana, 1999. En el 2000 obtuvo un LLM en la Universidad de Utrecht, Holanda, en Análisis Económico del Derecho. En el 2003 obtuvo un LLM de la Universidad de Chicago enfocado al Derecho de la Competencia y de los mercados regulados. Participó en la "Academy of American and International Law" en Dallas, Texas en el 2002 y es miembro del Antitrust Section del American Bar Association. Se desempeñó desde el año 2000 hasta el 2006 como abogada asociada de la firma Squire Sanders & Dempsey. En el 2007 fundó Saxum Legal, la división de servicios legales de Saxum Consulting Group. Es profesora de Derecho de la Competencia y de Análisis Económico del Derecho, tanto a nivel de licenciatura, como en la Maestría en Regulación Económica de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (Recinto Santo Tomás de Aquino), y además funge como International Adjunct Professor of Law.

Análisis económico del Derecho de Propiedad en la República Dominicana: El régimen de los alquileres

Resumen

El presente trabajo es parte de una serie de investigaciones que tienen como objetivo identificar disposiciones legales de la República Dominicana relacionadas con el derecho de propiedad que, en lugar de incentivar el uso eficiente de los recursos y la eficiencia económica, promueven incentivos perversos y pérdida de bienestar. A través del enfoque económico del derecho se analizan algunas disposiciones relacionadas con las legislaciones inmobiliarias y de propiedad intelectual, entre otras, señalando en qué medida las mismas o su aplicación actual no favorece el uso eficiente de los recursos, no promueven el bienestar social, o simplemente, no cumplen con sus objetivos originales.

En particular, en esta fase se analiza el Régimen de los Alquileres en la República Dominicana. El trabajo concluye con una serie de recomendaciones encaminadas a lograr modificaciones legales que tiendan a afianzar el rol de los derechos de propiedad para el desarrollo económico de la República Dominicana.

Introducción

En el estudio del desarrollo económico, los derechos de propiedad han sido recientemente colocados en su justo lugar como una condición necesaria para una economía de mercado funcional y la asignación eficiente de los recursos. Uno de los grandes retos de las sociedades y, en particular, de la sociedad dominicana, es desarrollar un sistema de protección de los derechos de propiedad robusto que promueva el crecimiento económico y el desarrollo. Los obstáculos que se encuentran en la trayectoria de este objetivo son considerables y requieren de mucha atención.

El análisis económico del derecho justifica la existencia de los derechos de propiedad ya que su goce, cuando los mismos son completos, genera los incentivos necesarios para que el comportamiento racional de los agentes promueva el uso eficiente de los recursos.

En ese sentido, los derechos de propiedad deben definirse de manera que los propietarios disfruten plenamente del derecho de usar sus bienes, de disfrutar los mismos y de excluir a los terceros de su uso.

La ausencia de un sistema de protección de los derechos de propiedad limita la producción humana. Se entiende que las personas solamente producirían lo que podrían consumir y no realizarían inversiones en el presente debido a la imposibilidad de apoderarse de los beneficios de dichas inversiones en el futuro.¹ Por esto, la creación de un sistema de derechos de propiedad permite una visión de largo plazo. La otra ventaja que se deriva del sistema de derechos de propiedad es que dado el control y derecho exclusivo otorgado a una persona sobre un bien, la cooperación entre los individuos es posible, ya que los intercambios obran en beneficio de todos.

Los derechos de propiedad se inician con la exclusión, pero también involucran la capacidad de disponer del bien. Es su uso lo que hace que el derecho sea valioso y su intercambio es lo que permite la especialización de los medios de producción.

Derechos de propiedad claramente delimitados ayudan a alcanzar un ordenamiento eficiente de la actividad económica. Esto se logra a través de la creación de seguridad más allá del corto plazo que incentiva inversiones a largo plazo (eficiencia dinámica); como herramienta de coordinación², dada la certidumbre en el derecho que facilita el intercambio, como una condición que permite la asignación eficiente de los recursos;³ a su vez como condición previa a la inversión por terceros.⁴

Después de años de analizar el importante rol que los derechos de propiedad juegan en el desarrollo económico y el crecimiento, los académicos y los gestores de políticas públicas están

1 Germán Coloma, *Apuntes para el Análisis Económico del Derecho Privado Argentino*. Universidad del Centro de Estudios Macroeconómicos de Argentina Working Papers Series. 1999.

2 F. Scott Kieff, *On Coordinating Transactions in Information: A Response to Smith's Delineating Entitlements in Information*, 117 Yale L. J. Pocket Part 101 (2007).

3 Ronald Coase, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, 3, October 1960: 1-44.

4 Robert D. Cooter and Hans-Bernd Schäfer (2007), "Law and the Poverty of Nations – Elements of Legal Reform", *German Working Papers in Law & Economics*, Vol.2007, Article 16, <http://www.bepress.com/gwp/default/vol2007/iss2/art16/>

comenzando a reconocer que la propiedad es un elemento central de una sociedad próspera y, por eso, deben formar parte de todo programa de desarrollo sostenible. No obstante, se reconocen dificultades en la implementación de políticas de ampliación de los derechos de propiedad que puedan dar los resultados deseados.⁵

Pretendemos identificar algunas debilidades del régimen de protección de los derechos de propiedad en la República Dominicana. En particular, haremos una revisión del régimen de alquileres, a fin de revelar las debilidades del sistema y cómo el mismo no incentiva el uso eficiente de las propiedades con lo cual se afecta así la oferta de viviendas en el país.

El presente trabajo se estructura de la manera siguiente. La Sección 1 presentará la clasificación de la República Dominicana en relación con la protección de los derechos de propiedad.

En la Sección 2, se presentarán datos actualizados relacionados con los regímenes de protección de los derechos de propiedad en el país, incluyendo todo lo relativo al ambiente institucional y de corrupción, según los índices internacionales más recientes. En la Sección 3 se realizará un análisis del caso específico del régimen de alquileres, indicando las debilidades del mismo y cómo genera incentivos opuestos a la eficiencia económica. En la Sección 4 se incluye un análisis sobre el efecto del control de alquileres sobre el valor de las propiedades inmobiliarias. La Sección 5 se dedica a presentar las conclusiones y recomendaciones del trabajo.

1. Derechos de propiedad en República Dominicana: ¿Cómo estamos?

La Alianza de Derechos de Propiedad (“PRA”) creó en 2006 la “Hernando de Soto Fellowship”, un fondo de investigación con el objetivo principal de producir el Índice Internacional de Derechos de Propiedad (“IPRI”)⁶, como el esfuerzo más amplio de crear un indicador de la situación de los derechos de propiedad privados alrededor del mundo. El reporte del IPRI del 2008 abarca 115 países, y en él se integran aspectos relativos a derechos de propiedad física e intelectual.

5 Karol Boudreaux, “The Role of Property Rights as an Institution: Implications for Development Policy”, Mercatus Policy Series, Primer No.2, Mercatus Center, May 2005.

6 *International Property Rights Index – 2008 Report.*

La PRA sostiene que como la protección de los derechos de propiedad física e intelectual es igualmente importante, los derechos de propiedad contribuyen a incrementar los niveles de estabilidad y proveen a las personas con el conocimiento y la confianza de que sus bienes permanecerán en sus patrimonios. Las patentes y los derechos de autor proveen a los inventores y científicos la posibilidad de ser recompensados por sus invenciones. Por su parte, los derechos sobre la propiedad inmobiliaria otorgan el poder a los ciudadanos de usar y prosperar como resultado de sus inversiones.⁷

Los países que han demostrado una tendencia al respeto y vigilancia a las instituciones de los derechos de propiedad son los que se benefician de altos niveles de riqueza promedio. Las variables utilizadas en este índice exhiben las múltiples facetas de estas instituciones y lo dificultoso que resulta implementar un régimen ideal de derechos de propiedad.⁸

En base a la definición de derecho de propiedad del economista Armen Alchian⁹, el IPRI está compuesto de tres categorías principales (componentes), considerados esenciales para la fortaleza y protección del sistema de propiedad de un país:

1. Ambiente Legal y Político

- a. Independencia judicial
- b. Confianza en las cortes
- c. Estabilidad política
- d. Control de la corrupción

2. Derechos de Propiedad Física

- a. Protección de los derechos de propiedad física
- b. Registro de propiedad (incluye dos sub-variables)
- c. Acceso a préstamos

7 Idem

8 *International Property Rights Index – 2008 Report*. Foreward by Richard A. Epstein. The Role of Property Rights and Voluntary Exchange for Economic Development.

9 Según él, un derecho de propiedad es la autoridad exclusiva de determinar cómo un recurso es usado. Además, los derechos de propiedad tienen otros dos atributos, uno es el de los derechos exclusivos a los servicios del recurso y el derecho de delegar, rentar o vender, cualquier porción de los derechos por intercambio o por donación, al precio que el propietario determine (asumiendo que alguien está dispuesto a pagar ese precio). Ver Armen Alchian, "Property Rights", *The Concise Encyclopedia of Economics*. Ed. David R. Henderson. Library of Economics and Liberty. December 1, 2007, <http://www.econolib.org/library/Enc/PropertyRights.html>

3. Derechos de Propiedad Intelectual

- a. Protección de los derechos de propiedad Intelectual
- b. Registro de Propiedad (incluye dos sub- variables)
- c. Piratería en Derecho de Autor
- d. Protección de marcas

El componente Ambiente Legal y Político representa el ambiente en el cual los individuos se pueden beneficiar de la existencia de derechos de propiedad privada. La independencia judicial y la protección de derechos de propiedad por el sistema de justicia, así como un sistema político y legal transparente y estable son vitales para que los derechos individuales puedan desarrollarse. Por su parte, los componentes dos y tres enfatizan aspectos esenciales de la protección de los derechos de propiedad física e intelectual. Las variables que se incluyen en estos dos componentes toman en cuenta resultados de jure y de facto sobre la protección de los derechos de propiedad en los distintos países. Finalmente, cada uno de los tres componentes comprende además otras variables, para un total de doce.

La escala de evaluación total del IPRI va desde 0 a 10; y representa el nivel más fuerte de protección a los derechos de propiedad y 0 el nivel de ausencia total de protección en un país. De manera similar, cada componente y variable es colocada en la misma escala de 0 a 10. Para el cálculo del índice final, las variables de cada componente se promedian para derivar una puntuación del componente en cuestión. El IPRI final es el promedio de las puntuaciones de los tres componentes.¹⁰

El IPRI del 2008 clasifica un total de 115 países que abarcan el 96 por ciento del producto interno bruto del mundo. Estos países difieren sustancialmente en su desempeño económico y estructura de mercado.

De conformidad con el IPRI por país, la República Dominicana está clasificada en el lugar 77 de los 115 países. El IPRI de la República Dominicana es de 4.6. El país obtuvo 4.4. en el componente de Ambiente Legal y Político, 5.3 en Derechos de Propiedad Física y 4.1 en Derechos de Propiedad Intelectual.

¹⁰ Las variables del IPRI vienen de siete fuentes diferentes. A fin de combinar variables que no vienen en forma de índice y por tanto no podían ser fácilmente normalizadas se utilizó una fórmula de estandarización. Ver *Internacional Property Rights Index-2008 Report*, página 20.

En la clasificación por quintiles, la República Dominicana aparece en el 4to quintil.¹¹ El IPRI de República Dominicana es igual a la media de América Latina de 4.6. La media total del IPRI es de 5.5, la media en Ambiente Legal y Político es de 5.1, la media en Derechos de Propiedad Física es 5.8 y la media en Derechos de Propiedad Intelectual es de 4.9. La República Dominicana está por debajo de la media del total de los 115 países en los tres componentes evaluados.

En conclusión, la protección de los derechos de propiedad en República Dominicana es deficiente. Como veremos en la próxima sección, hay muchas razones para que la puntuación de la República Dominicana sea baja, pero sobretodo con pocas expectativas de mejorar en el corto plazo.

2. Derecho de Propiedad en República Dominicana: ¿Por qué estamos tan mal?

Los resultados de IPRI no son de extrañar. Los componentes y variables del IPRI, y sus resultados no sorprenden, dados los problemas institucionales que enfrenta el país. Una serie de estudios recientes ha detallado la situación de la República Dominicana con relación a su nivel institucional, los niveles de corrupción, así como la situación de extralegalidad en que se manejan diferentes asuntos, y en particular, asuntos relacionados con la protección de los derechos de propiedad.

De particular interés son los resultados que reflejan los estudios realizados por el Banco Interamericano de Desarrollo, la Fundación Heritage y Transparencia Internacional. Al respecto nos referiremos brevemente a continuación.

a) Estudio de extralegalidad¹²

A principios del 2006, un equipo de investigadores del ILD, junto con expertos locales realizó un “Diagnóstico Preliminar” en

11 Los países que conforman el 4to quintil son Croacia, Bulgaria, Indonesia, Malawi, Tanzania, Egipto, Vietnam, Benin, Argelia, Madagascar, Guatemala, Argentina, Ucrania, Kenya, Mozambique, Uganda, Kazajstán, Camerún, Perú, Honduras, Zambia y Rusia.

12 Este Estudio Preliminar de la Extralegalidad en República Dominicana ha sido realizado por el Instituto Libertad y Democracia (ILD) de Lima, Perú, a pedido del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y del Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN).

doce países de América Latina y el Caribe para obtener una imagen descriptiva de la magnitud y las prácticas de sus economías extralegales. Los resultados se presentaron al BID en junio de 2006.¹³

El estudio consiste en una evaluación del marco legal e institucional llevado a cabo por el BID, a fin de evaluar la capacidad del país de proporcionar las tres instituciones básicas indispensables para impulsar el desarrollo económico: derechos de propiedad fungibles, organizaciones empresariales y mercados expandidos. Para ello se realizó una evaluación -desde el punto de vista de su contenido y aplicación práctica- de las leyes y los reglamentos que explican los obstáculos institucionales para la inclusión de la mayoría de activos en la economía legal. Para ilustrar los obstáculos impuestos por el Estado, se han identificado algunos ejemplos en los que se analizan en detalle las características y los costos. De la referida evaluación, se concluye que los principales obstáculos para la existencia de un sistema que asegure los derechos de propiedad y permita su uso económico son los siguientes:

- Las invasiones son el principal mecanismo de acceso a la tierra urbana por los pobres. Según los especialistas consultados, alrededor del 40% de la población metropolitana en Santo Domingo vive en terrenos invadidos.
- Existe un importante volumen de predios (alrededor de un 40% del total) que se encuentra al margen de las garantías de seguridad que debiera ofrecer el sistema de registro de títulos. Las posibilidades de que los propietarios de estos predios puedan ingresar a un mercado inmobiliario ampliado son muy limitadas.
- El sistema de registro de títulos no ofrece las garantías que requiere el uso económico de los predios en mercados expandidos, debido a problemas en el registro de títulos que propician la existencia de títulos defectuosos.
- Los costos para el acceso y permanencia en el sistema de registro de títulos son una barrera de acceso para los pobres.

13 <http://www.ild.org.pe/es/bid/proyecto>

- No existen políticas de regularización de tierras urbanas ni rurales que enfrenten la necesidad de saneamiento legal de los títulos que estando inscritos son defectuosos, ni la regularización de predios sin título para que puedan entrar al registro.

- Las regulaciones urbanísticas sobre uso del suelo y licencias de construcción son generadoras de extralegalidad por los altos costos de transacción, su falta de transparencia y la excesiva discrecionalidad de los funcionarios públicos en la tramitación de los procesos.

- Las regulaciones del mercado de alquileres, en su afán de proteger a los arrendatarios, terminan convirtiéndose en una fuente de informalidad.

- Las regulaciones de reforma agraria comprenden una alta intervención del Estado en el mercado de tierras. Aun cuando el proceso de reforma agraria ha tenido un impacto limitado, las restricciones a la disposición de derechos por los beneficiarios incentivan fuertemente la extralegalidad.¹⁴

b) Índice de libertad económica

Este estudio, que la Fundación Heritage¹⁵ viene realizando desde hace años, valora y clasifica 157 países en cuanto a su grado de libertad económica, considerando una serie de aspectos como la carga fiscal, la intervención del gobierno en la economía, las restricciones a las inversiones extranjeras, el peso de las regulaciones, la protección de los derechos de propiedad, el grado de corrupción, etc.

La República Dominicana obtuvo una puntuación de 58.5 de 100 y se colocó en el número 87 de los 157 países evaluados. Asimismo, se colocó en el número 20 de los 29 países de América Latina. Se encuentra entre los países catalogados como “mostly unfree”.

El Índice de Libertad Económica 2008 incluye 162 países en relación con 10 factores específicos de libertad económica,

14 Evaluación Preliminar de la Extralegalidad en República Dominicana. ILD. 2006, p. 39.

15 <http://www.heritage.org/>

que se enumeran más abajo. Los puntajes altos próximos al 100 representan niveles más elevados de libertad. Cuanto más alto es el puntaje en determinado factor, menor es el nivel de interferencia del Gobierno en la economía.

El conjunto de estas 10 libertades ofrece una descripción empírica del grado de libertad económica de un país. Un análisis sistemático de las 10 libertades ha demostrado nuevamente este año que la libertad económica es la clave para la creación de las condiciones que permiten que se desarrolle el círculo virtuoso del espíritu empresarial, la innovación y el desarrollo y crecimiento económico sostenido. Las economías con más altos niveles de libertad económica disfrutaban de niveles de vida más altos.

A continuación el puntaje de la República Dominicana en las 10 libertades económicas:

Libertades Económicas	Puntaje
Libertad comercial	62.2
Libertad de comercio internacional	73.0
Libertad fiscal	80.4
Tamaño del sector estatal	88.8
Libertad monetaria	69.3
Libertad de inversión	50
Libertad financiera	40
Derechos de propiedad	30
Libertad frente a la corrupción	28
Libertad laboral	63.6

Cabe destacar el puntaje bajo, indicando niveles de interferencia muy altos del gobierno o poca libertad en Inversión, Finanzas, Derechos de Propiedad y Frente a la corrupción.¹⁶

c) Índice de Percepción de la Corrupción y Barómetro Global de la Corrupción de Transparencia Internacional

El Índice de Percepción de la Corrupción 2007 analiza las percepciones sobre la corrupción en el sector público en 180

¹⁶ Ver Índice de Libertad Económica 2008 de The Heritage Foundation y The Wall Street Journal.

países y territorios.¹⁷ El IPC es un índice compuesto basado en 14 encuestas de opinión de expertos. El Índice clasifica a los países en una escala de cero a diez, donde el cero indica altos niveles de corrupción percibida, y el diez, niveles bajos.

Sigue patente una fuerte correlación entre corrupción y pobreza. El cuarenta por ciento de los países con puntaje inferior a 3, señal de que la corrupción es percibida como desenfrenada, son clasificados por el Banco Mundial como países de bajos ingresos. La República Dominicana obtuvo una puntuación de 3, en una escala que va del 0 al 10, y clasificó en el número 99 de 179 países.¹⁸ Esta puntuación coloca a la República Dominicana en una escala muy baja, un lugar donde aparecen los países en que se percibe la existencia de una corrupción rampante.

El IPC muestra cómo nos ven desde fuera, en tanto que el Barómetro Global de Corrupción recoge la opinión de nuestros propios ciudadanos.¹⁹ El Barómetro Global de la Corrupción refleja los resultados de una encuesta de opinión pública que evalúa las percepciones y las experiencias de la corrupción.

La encuesta mundial para la preparación del Barómetro Global de la Corrupción ha sido diseñada por la reconocida firma Gallup International y cubrió una muestra aleatoria de 471 ciudadanos, todos de las zonas urbanas. El 28% de los entrevistados que se vieron precisados a usar servicios públicos en la República Dominicana manifestaron haber tenido que pagar sobornos. En este aspecto, esta es la peor puntuación de América Latina, en que el promedio fue de 13%, aunque advertimos que en este tema sólo se procesó información de 6 países de la región.²⁰

17 El IPC con el mayor número de países cubiertos hasta la fecha.

18 Ver www.transparency.org.es Transparencia Internacional (TI), única organización no gubernamental a escala universal dedicada a combatir la corrupción, congrega a la sociedad civil, sector privado y los gobiernos en una vasta coalición global. A través de sus capítulos en el mundo y su Secretariado Internacional, Transparencia Internacional aborda las diferentes facetas de la corrupción, tanto al interior de los países como en el plano de las relaciones económicas, comerciales y políticas internacionales. El propósito es comprender y enfrentar los dos rostros de la corrupción: quien corrompe y quien permite ser corrompido.

19 Para la elaboración del Índice se recaba la percepción experta de hombres y mujeres de negocios, inversionistas, analistas del país y expertos de instituciones internacionales.

20 En América Latina el estudio también cubrió a Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Panamá, Perú y Venezuela.

A nivel mundial, la institución más corrupta, según los ciudadanos, son los partidos políticos que, en una escala que va subiendo del 1 al 5 conforme se percibe más corrupción, fueron evaluados con una puntuación de 4. En América Latina este triste privilegio es compartido también por los cuerpos legislativos. Sin embargo, en la República Dominicana la gente entiende que la institución más corrupta es la policía, seguida de cerca por los partidos políticos. También salen muy mal parados en nuestro país las Fuerzas Armadas, el Congreso, el sistema judicial, la burocracia de permisos y registros y la administración fiscal.

Por otra parte, al ser cuestionados los ciudadanos sobre si creen que la corrupción va a disminuir o a aumentar, en República Dominicana el 59% piensa que la corrupción va a aumentar. En este aspecto, la opinión pública mundial muestra un gran pesimismo, pues en el mundo entero un 54% de la población piensa igual. El promedio de América Latina arroja un 52%.

Todo lo anterior revela que la calificación de la República Dominicana ha sido mediocre en los estudios que han analizado su nivel de protección de los derechos de propiedad. Asimismo, demuestra que los niveles de institucionalidad son bajos y los de corrupción son altos en relación con la media mundial.

La intervención del gobierno es alta, lo que implica restricciones al ejercicio de los derechos, en especial el derecho de propiedad, el que refleja una intervención estatal alta, según el Índice de Libertad Económica.

La intervención administrativa, la ineficiencia y poca sofisticación de las autoridades, y la ineficacia de la legislación, garantizan bajas calificaciones en relación con los derechos de propiedad en los años venideros, a menos que se hagan esfuerzos extraordinarios para corregir las distorsiones.

Como veremos en la sección siguiente, el marco legal de los alquileres inmobiliarios es un buen caso de estudio, ya que el mismo constituye un atentado contra el ejercicio de los atributos fundamentales de los derechos de propietarios de inmuebles.

3. Un caso de estudio: el régimen de los alquileres

El régimen de los alquileres²¹ en República Dominicana merece especial atención. El mercado de alquileres está poco desarrollado y lleno de prácticas extralegales. El déficit habitacional ha sido estimado por la Administración General de Bienes Nacionales entre 600 a 700 mil viviendas.²²

En las zonas urbanas populares el mercado de los alquileres es más activo. Los inmuebles destinados a alquiler usualmente son viviendas que han sido objeto de inversión por sus propietarios, en términos de ampliaciones sin licencias de construcción o subdivisiones del inmueble que se hacen fuera del régimen legal.

Los alquileres en República Dominicana están regulados por el Decreto No. 48-07 del 16 de mayo de 1959 (en lo adelante, “Decreto No.48-07”), sobre Control de Alquileres de Casas y Desahucios.²³ A nuestro entender, el Decreto No. 48-01 afecta los derechos de propiedad de los inmuebles que se encuentran alquilados al amparo del mismo. Los aspectos más relevantes de este Decreto No.48-07 serán expuestos a continuación.

Limitaciones en el uso y disfrute de los inmuebles alquilados

Los derechos de propiedad para cumplir su cometido de promover el bienestar deben garantizar derechos completos a sus propietarios. Estos derechos incluyen el uso, la exclusión, el disfrute y la disposición de los bienes. En relación con el uso y el disfrute es relevante hacer referencia a algunas disposiciones del Decreto No.48-07.

El Artículo 2 establece:

Sin el consentimiento escrito del inquilino queda absolutamente prohibido a todo propietario de

21 En República Dominicana el término “alquiler” hace referencia al arrendamiento de predios urbanos; el término “arrendamiento” está asociado a predios rurales.

22 Evaluación Preliminar de la Extralegalidad en República Dominicana. ILD, p. 20.

23 Gaceta Oficial No. 8364, del 29 de mayo de 1959.

casas, apartamentos, piezas, habitaciones, etc., aumentar el precio del alquiler de los mismos por encima del tipo que actualmente se está pagando por éstas, a menos que sea debidamente autorizado por una resolución del Control de Alquileres de Casas y Desahucios.” Asimismo, se establece “El precio del alquiler autorizado por el Control regirá a partir de la fecha de la resolución que al efecto se dictare.

Según esta disposición, el propietario de un inmueble alquilado no puede aumentar el precio de manera unilateral, sin contar con la autorización del Control de Alquileres de Casas y Desahucios ²⁴ (en lo adelante, el “CACD”), ni siquiera de manera provisional. Esto, sumado con la burocracia existente en esta entidad administrativa, ocasiona serias distorsiones al mercado de los alquileres. En primer lugar, se presenta una situación de dilación dentro de la agencia que impide hacer modificaciones al precio del alquiler que respondan a las variaciones de precios de la economía, incluyendo variaciones por efecto de la inflación. Tanto ésta, como otras disposiciones que se revisarán más adelante, obstaculizan el dinamismo del mercado y la oferta eficiente de soluciones de vivienda en el país.

El Artículo 3 del Decreto No.48-07 dispone la prohibición del desahucio²⁵ del inquilino de un inmueble por persecución del propietario, salvo que haya sido ordenada la resiliación judicial del contrato de alquiler por falta de pago del precio del alquiler; o por utilizar el inmueble con un fin distinto de aquél para el cual fue alquilado, siempre que sea perjudicial al propietario o contrario al orden público y las buenas costumbres. Asimismo, establece el mismo Artículo 3 la prohibición al propietario de desahuciar al inquilino si éste subalquila total o parcialmente el inmueble alquilado.

Esto significa que el propietario de un inmueble alquilado no puede decidir terminar unilateralmente el contrato, aun cuando las condiciones para esta terminación hayan sido estipuladas en el mismo, si su inquilino incumple las obligaciones de pago del

²⁴ El Control de Alquileres de Casas y Desahucios es una entidad administrativa adscrita a la Procuraduría General de la República, establecida por el Decreto No.48-07 del 18 de diciembre de 1948, modificado el 16 de mayo de 1959.

²⁵ El término Desahucio implica la terminación unilateral por una de las partes de un contrato por tiempo indefinido, mediante aviso previo a la otra parte y sin alegar causa.

alquiler. Además, hasta no agotar el proceso establecido para la resiliación, el propietario de un inmueble alquilado no puede desalojar a un inquilino que no paga los alquileres. Esta disposición crea un desincentivo considerable a colocar propiedades inmobiliarias en el mercado de alquileres, en tanto el propietario se ve imposibilitado de ejercer el disfrute de su derecho de propiedad de manera cierta, teniendo que atravesar un procedimiento de resiliación de contrato bastante largo y oneroso.²⁶

Otro aspecto relevante del referido Artículo 3 es la posibilidad o facultad, que se le otorga al inquilino de subalquilar el inmueble, sin la autorización del propietario. El contrato de alquiler puede considerarse un contrato *intuitu personae*²⁷ en tanto se le entrega una cosa (en este caso, un bien inmueble) a una persona para que esta haga uso del mismo, según las condiciones contractuales. El hecho de entregarse la propiedad para que sea usada por otro involucra de manera inmediata el riesgo de uso abusivo del inmueble en perjuicio del propietario. En ese sentido, es de presumirse que el propietario hará una selección cautelosa de su inquilino e incluirá cláusulas específicas relacionadas al cuidado del inmueble, de manera que se alineen sus incentivos con relación al mantenimiento del valor del mismo.

La facultad otorgada en el Decreto No. 48-07 al inquilino, de poder subalquilar el inmueble sin autorización del propietario, evidentemente reduce los incentivos de poner propiedades inmobiliarias en el mercado de los alquileres, en la medida en que crea incertidumbre con relación al cambio de la persona del inquilino, y por consiguiente, con relación al mantenimiento del estado del mismo.

El Artículo 3 establece que se puede -solamente- solicitar el desalojo del inquilino por las siguientes razones: (I) Cuando el inmueble vaya a ser objeto de reparación, reedificación o nueva construcción, y (II) Cuando vaya a ser ocupado personalmente por el propietario o su cónyuge, o por parientes de uno de ellos, ascendientes, descendientes o colaterales hasta segundo grado

26 Se realiza ante el Juzgado de Paz. Entre los requisitos que debe cumplir el propietario está el de presentar un certificado de consignación de cualquier depósito que haya requerido al inquilino en el Banco Agrícola. La sentencia del juzgado es apelable ante el Tribunal de Primera Instancia.

27 *Intuitu personae* es una locución latina que significa 'en atención a la persona'. Hace referencia a aquellos actos o contratos que se celebran en especial consideración de la persona con quien se obliga.

inclusive durante dos años por lo menos. Para fines de desalojo bajo una de estas modalidades, el propietario debe obtener una sentencia ejecutoria, haberla notificado y esperar 15 días. Si no se cumple con estas reglas, el propietario puede incurrir en la nulidad del procedimiento y responsabilidad civil.

Según el Artículo 4 del Decreto No. 48-07, la solicitud de autorización para iniciar una acción en desalojo basada en que el inmueble será objeto de reparación, reedificación o nueva construcción, debe indicar claramente la clase de trabajos a realizar y su costo estimado. Esa solicitud debe acompañarse de los planos y permisos correspondientes. Como vemos, se exige al propietario documentar mediante planos y obtener permisos de construcción, incurriendo en los gastos correspondientes, a fin de que el CACD autorice el desalojo de un inquilino. Además, el Artículo 5 dispone que mientras no se hayan obtenido los informes técnicos que el CACD juzgue convenientes para determinar si la obra hace o no indispensable el desalojo de los inquilinos, dicha agencia no dictará resolución sobre el particular.

Cabe destacar que el Artículo 5 establece que cuando el desahucio se ha obtenido para hacer una nueva construcción, reconstrucción, o reparación del inmueble, y si el inquilino es un establecimiento comercial, el mismo tendrá la preferencia para volver a ocupar dicho inmueble luego de efectuada la construcción, reconstrucción o reparación del mismo. En dicho caso, esta disposición establece que el inquilino volverá a ocupar el inmueble y el precio del alquiler no excederá al uno por ciento del valor adquirido por el inmueble por efecto de los trabajos.²⁸ Esta disposición reduce considerablemente los incentivos a invertir en el mantenimiento y mejoramiento de los derechos de propiedad, una de las justificaciones de la existencia de derechos de propiedad según Steve Shavell.²⁹ Esto es así porque el propietario del inmueble tiene que agotar el procedimiento de desahucio para poder realizar los trabajos, de los cuales no podrá capitalizar los beneficios por el derecho de preferencia que se le otorga al inquilino y el tope impuesto en el precio del alquiler por el Decreto No. 48-07.³⁰

28 Artículo 5, Párrafo a) del Decreto No. 48-07.

29 Shavell, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*. Belknap Press. 2004. Page 16.

30 Los beneficiarios son el propietario, su cónyuge, parientes de uno de ellos, ascendientes, descendientes o colaterales hasta el segundo grado, inclusive.

El Artículo 6 del Decreto No. 48-07 se refiere a la solicitud de desalojo iniciada por el propietario, cuando el mismo -o una de las personas que se indicaron más arriba- tiene intenciones de ocupar el inmueble. En este caso, la solicitud de autorización para iniciar una acción en desalojo debe presentarse junto a una declaración jurada, realizada ante Notario Público, de que el inmueble será ocupado por él personalmente o por uno de los beneficiarios indicados en el Artículo 3, durante dos años, por lo menos.

Asimismo, de particular relevancia son las disposiciones del Artículo 6, párrafo:

Párrafo: Salvo los casos fortuitos o de fuerza mayor, el propietario o el cónyuge o la persona que se haya prevalido de las disposiciones de este artículo y que en el término de dos meses después de efectuado el desalojo y por el lapso de dos años por lo menos no haya ocupado personalmente el inmueble desalojado, se considerará culpable de violación del presente decreto y, por lo tanto, será castigado en la forma dispuesta por el artículo 35 del mismo. Si se tratare del propietario, será condenado además, al pago adicional de una suma que represente una cantidad no menor de tres meses ni mayor de dos años, del precio del alquiler. En cualquier caso, el inquilino podrá, asimismo demandar que se le reintegre en el goce del alquiler que disfrutaba y, en el caso de ordenarse la reintegración, no estará obligado el propietario al pago de la indemnización a que se refiere este artículo.

Este artículo crea sanciones para el propietario de un inmueble que desaloja un inquilino para ocupar el inmueble y luego no lo ocupa (él o los beneficiarios) por los dos años mínimos que se requieren. Esta disposición limita de manera irrazonable el derecho de propiedad. Afecta el derecho de disposición que debe ser garantizado a todo propietario de un derecho de propiedad, haciendo virtualmente imposible transferir el derecho de propiedad por un periodo de dos años.³¹

31. La limitación a la disposición está dada ya que se reducen los incentivos a adquirir un inmueble si no se puede gozar del uso y disfrute del mismo, de manera indefinida. Nada impide que el propietario disponga de la nuda propiedad, pero la existencia de un contrato de alquiler que "grave" el inmueble disminuye el valor de la propiedad para un potencial adquiriente. Ver Sección 4.

De las demandas en desahucios por falta de pago

Las disposiciones del Decreto No. 48-07 parecieran incentivar la falta de pago por parte de los inquilinos. Esto sin duda constituye uno de los mayores obstáculos al desarrollo de un mercado de alquileres en República Dominicana. En ese sentido, procederemos a revisar las disposiciones más relevantes.

El proceso de desalojo por falta de pago se realiza por ante el Juzgado de Paz. El Artículo 12 del Decreto No.48-07 dispone que los inquilinos de casas que hubieran sido demandados en desahucios por falta de pago de alquileres tendrán oportunidad para cubrir al propietario la totalidad de la suma adeudada, más los gastos legales, hasta el momento en que deba ser conocida en audiencia la demanda correspondiente. En estos casos, los jueces deben sobreeser la acción, cuando comprueben que el inquilino ha puesto a disposición del propietario el total de alquileres y gastos adeudados.

Según el Artículo 13, todo inquilino que se encuentre en el caso previsto en el Artículo anterior, podrá depositar el total de los alquileres y gastos adeudados al propietario, en la Colecturía de Rentas Internas³² o llevar dicha suma a la audiencia para entregarla al propietario o a su representante legal ante el propio juez que conozca de la demanda.

Estas disposiciones relativas a la posibilidad de pago, aun iniciado y avanzado el proceso de desalojo, colocan al propietario en una situación de desventaja frente al inquilino moroso. En efecto, en la práctica ocurre que inquilinos se retrasan por períodos superiores a los doce meses y solamente proceden a realizar el pago de dichos alquileres, en el mejor de los casos, llegado el momento de la audiencia de desalojo. Es relevante destacar que los pagos no incluyen los costos financieros del retraso y tampoco, aun cuando el Decreto No. 48-07 lo establece, toma en cuenta los costos legales reales en que incurre el propietario al iniciar el proceso de desalojo.

Sin duda, esta disposición que permite aplazar los pagos hasta el momento de la audiencia de desalojo, unida a la práctica de no aplicar correctamente los gastos legales y financieros, constituye

32 Actualmente, Dirección Nacional de Impuestos Internos.

uno de los mayores desincentivos actuales para que las personas ofrezcan propiedades inmobiliarias en alquiler.

Sobre los aumentos y disminuciones en los alquileres

El Artículo 14 del Decreto No.48-07 contiene las disposiciones relativas al incremento de los precios de los alquileres que pueda ser pretendido por los propietarios del inmueble. En efecto, según este Artículo, para lograr aumentar el precio del alquiler, se debe dirigir una solicitud escrita al CACD, detallando el monto actual, el aumento pretendido, así como otras consideraciones de lugar.

Por su parte, el Artículo 17 dispone que el inquilino que se encontrare disconforme con el tipo de alquiler que está pagando, puede dirigir una solicitud de rebaja del mismo al CACD. Según este Artículo 17, el Control podrá reducir el alquiler, si fuere excesivo, y excediere el 1% del valor del inmueble.

Estas disposiciones podrían tener como objeto reducir las posibilidades de que una de las partes sea oportunista y busque modificar el precio del alquiler acordado en el contrato.

Sin embargo, ha sido esta misma disposición la que ha servido de fundamento para que inquilinos suscriban contratos de alquiler y luego exijan una reducción del precio del mismo, cuando ya no es posible para el propietario poner fin al contrato sin la intervención del CACD. Como se analiza en la próxima sección, la posibilidad de reducción de alquileres con la autorización del CACD y las dificultades a indexar los mismos por la inflación, puede considerarse como una expropiación legal de los derechos de propiedad.

4. Control de alquileres y valor de la propiedad

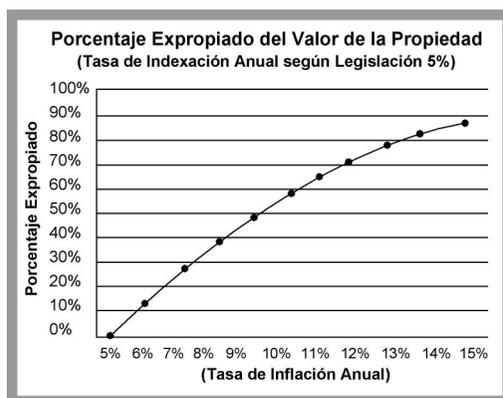
El control de alquileres en República Dominicana afecta el valor de las propiedades inmobiliarias sujetas a regulación. A continuación explicamos por qué este marco legal constituye un desincentivo a los inversionistas a insertarse en el mercado de alquileres.

El valor de un activo financiero, al igual que de un título de una propiedad, se define en función del flujo de efectivo que genere durante la vida (útil) de ese activo. En el caso de una propiedad de alquiler, el valor se define como el valor presente del flujo de

efectivo neto (i.e., ingresos menos egresos de operación) que genere a favor de los propietarios. Si se asume que la propiedad tiene una vida útil de 40 años (más allá se destruye y su valor de recuperación es cero), que le reporta a los propietarios un ingreso neto por alquiler de US\$ 36,000, que la tasa de inflación anual es de un 5%, que se permite la indexación del valor del alquiler a la misma tasa de inflación anual y que la tasa de descuento de ese flujo de ingresos netos es de un 9%, se obtiene que el valor actual de esa propiedad es de US\$ 733,191.

¿Qué pasa entonces cuando las autoridades regulan la tasa de ajuste de los alquileres, estableciendo como tasa máxima un 5% aun cuando la tasa de inflación anual sea de un 8%? El valor de la propiedad seguiría siendo de US\$ 733,191, pero el valor de la propiedad que debió ser, si se hubiera permitido ajustar el alquiler al mismo nivel de tasa de inflación (8%), hubiese sido de US\$ 1,198,841. Esto significa que el control de alquileres redujo el valor de la propiedad en US\$ 465,650, equivalente a un 38.8% del valor real de la propiedad (i.e., US\$ 1,198,841).

En la siguiente figura se presenta la evolución del porcentaje expropiado del valor real de la propiedad (i.e., el valor que se obtiene si se permitiese el ajuste del alquiler en función de la tasa de inflación) para diferentes niveles de inflación. Obsérvese que a mayor diferencia entre la tasa de inflación promedio y la tasa de ajuste autorizada por las autoridades, mayor es el porcentaje de expropiación. Ese tipo de política de control de alquileres se traduce en una disminución del nivel de inversión promedio en el mercado de bienes inmuebles para alquiler, disminuyendo el nivel de bienestar de los consumidores de los servicios de alquiler que están interesados en entrar a ese mercado y no pueden por la existencia de una oferta limitada.



5. Conclusiones y recomendaciones

El escaso desarrollo formal de este mercado parecería deberse a que el marco legal busca proteger al inquilino y no ofrece seguridad al inversionista inmobiliario. Esto ha ocasionado el desarrollo de prácticas de mercado para solucionar las distorsiones legales que crea el marco legal. Entre ellas podemos mencionar el uso común de pactar de 3 a 6 meses de renta adelantada o depósito y el uso generalizado de exigir garantes (fiadores solidarios), incluyendo garantías solidarias de personas morales.

Estas medidas de “solución” a las distorsiones del marco legal incrementan considerablemente el costo de los alquileres y afecta tanto a los inquilinos morosos como a los cumplidores. Como resultado de los incentivos perversos que se crean por el marco legal del Decreto No.48-07 y del déficit habitacional actual, es muy probable que el precio promedio de los alquileres en República Dominicana sea más alto de lo que sería si los propietarios no tuvieran que buscar mecanismos de protección ante el riesgo del incumplimiento o actitud oportunista de su inquilino.

Por otro lado, la competencia del CACD para intervenir y modificar precios acordados en los contratos, crea incertidumbre sobre lo pactado por las partes y disminuye la confianza de las partes en los contratos de alquiler, limitando la capacidad de negociación. Los inmuebles no se asignan a aquellas personas que les asignan un uso más valioso en vista de que el propietario debe justificar la resolución del contrato si pretende habitar, construir o mejorar el inmueble. Es relevante mencionar que no está prevista la venta del inmueble como causal para obtener la resolución del contrato, lo cual afecta la libertad de disposición. En ese sentido, se puede afirmar que alquilar un inmueble en República Dominicana, inmediatamente y de manera indefinida, excluye el mismo del mercado de intercambios voluntarios eficientes.

Este marco legal, aun cuando trata de proteger al inquilino, incrementa los costos de transacción. En primer lugar, crea una vía adicional, la administrativa, para resolver los problemas de desahucio y, además, ha requerido la creatividad de los agentes del mercado que tienen que incluir cláusulas onerosas, garantías y depósitos para poder disminuir el riesgo de oportunismo y mitigar los efectos de la aplicación de las reglas vigentes.

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, un derecho de propiedad completo es aquel que garantiza el uso, disfrute y disposición del mismo a su propietario. El marco legal de los alquileres en República Dominicana afecta estos tres atributos de manera directa, lo que impide a los propietarios el uso de inmuebles alquilados de manera indefinida (en vista de los obstáculos a la determinación unilateral, con o sin causa), el disfrute, cuando los inquilinos no pagan o deciden obtener una reducción del alquiler de la agencia administrativa, o cuando no se admite un aumento que responda a los niveles de inflación de la economía, y la transferencia, impiden al propietario la disposición de un inmueble cuyo uso y disfrute están afectados por efecto del contrato de alquiler.

La imposibilidad de ajustar los precios de los alquileres, como se demostró en la sección anterior, reduce el valor de las propiedades sujetas al control. Esta política de control de precios se traduce en una disminución del nivel de inversión promedio en dicho mercado.

Todo lo anterior reduce los incentivos a inversionistas inmobiliarios a ofrecer en el mercado de alquileres sus propiedades. Por eso, hay déficit habitacional en República Dominicana, una oferta reducida y, por consiguiente, precios más altos que los que prevalecerían en un sistema liberalizado. Evidentemente, en el país se hace un uso sub-óptimo de los recursos inmobiliarios por efecto del ineficiente marco jurídico que gobierna los alquileres, y aquellos que originalmente fueron los protegidos por la legislación se han convertido en los grandes perjudicados.

En virtud de lo anterior, es necesaria la modificación absoluta del régimen legal de los alquileres, de manera que los propietarios puedan hacer un uso completo de sus derechos de propiedad (uso, disfrute y transferencia) sobre los inmuebles otorgados en alquiler. Estas modificaciones deberán respetar derechos adquiridos bajo el régimen actual, y aplicar para nuevos alquileres. Las mismas deben tener como objetivo incentivar a los agentes a invertir en este mercado y aumentar la oferta habitacional.

Esta modificación implicará la limitación a la intervención administrativa en asuntos relacionados con lo pactado por las partes en los contratos. En otras palabras, debe permitir a las partes pactar libremente las condiciones que rijan el alquiler. Se deberá permitir que el propietario pueda terminar, dando plazos

razonables al inquilino, sin necesidad de establecer justificación alguna, a menos que esto sea establecido en el contrato suscrito entre ellos. Asimismo, debe permitirse a las partes que establezcan contractualmente la duración del contrato, y las causales de terminación sin intervención judicial, penalidades por incumplimiento, la indexación de los alquileres para ajustar el precio a la inflación o a otras variables económicas relevantes, mecanismos alternativos de resolución de disputas, entre otros.

Estas modificaciones deberían dinamizar el mercado de los alquileres, en beneficio de los propietarios, los inquilinos y la sociedad dominicana, con lo cual se promueve el uso eficiente de los recursos y se incrementa el bienestar de todos.

DERECHO PENAL

El SIDA en nuestro Derecho Penal*

Luis Yépez Suncar**

* Coloquios Jurídicos, Enero-Junio del 1989, año 4, no. 6, páginas 27-42.

** LUIS YÉPEZ SUNCAR. Licenciado en Derecho, Cum Laude, en la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña. Es miembro de la Sociedad Dominicana de Bibliófilos, del Colegio de Abogados de la República Dominicana, de la Asociación Dominicana de Abogados (ADOMA), del Colegio Dominicano de Notarios, Inc., del Club Rotario de Santo Domingo, de la Asociación Dominicana de Rehabilitación, Inc. (Socio Honorífico), de la Academia Dominicana de Ciencias Penales (Miembro Fundador), miembro de la lista oficial de mediadores del Consejo de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo y del Instituto Dominicano de Genealogía.

Pasado presidente del Capítulo Dominicano de la Federación Interamericana de Abogados y pasado vicepresidente del Comité de Derecho Administrativo de dicha entidad; pasado secretario y segundo vicepresidente del Instituto Duarte; pasado presidente del Club Rotario de Santo Domingo; y pasado gobernador Rotario para el período 2001-2002 del Distrito 4060 que abarca a todos los clubes rotarios del país. Profesor universitario, autor de artículos jurídicos publicados en el matutino Listín Diario, desde el año 1979, el periódico Hoy, El Siglo y Diario Libre; en el Boletín de la Cámara de Cuentas de la República Dominicana; y en las revistas El Mundo de los Negocios y Detalle. Ha escrito los libros La Ética en la Profesión del Abogado, La Astreinte en lo Contencioso-Administrativo y El Sida en el Derecho Penal de la República Dominicana, premiados por la Federación Interamericana de Abogados, en la XXV, XXVI y XXX Conferencias celebradas por dicha entidad, en Acapulco, México (1985), en Buenos Aires, Argentina (1987), y en Santiago de Chile (1993), respectivamente.

Ha laborado en la Consultoría Jurídica del Poder Ejecutivo, en las firmas de abogados "Russin, Vecchi & Heredia Bonetti" y "Abraham & Asociados". Se desempeñó como Consultor Nacional del Proyecto de Reforma y Modernización del Poder Ejecutivo, contratado por el PNUD; Secretario de la Sala Capitular del Ayuntamiento del Distrito Nacional; Director Legal de la Superintendencia de Electricidad; Miembro Titular de la Cámara de Cuentas de la República Dominicana y actualmente es miembro fundador de la oficina "YÉPEZ SUNCAR"

El SIDA en nuestro Derecho Penal

Introducción

Antes de abordar el tema que expondremos en esta tarde, permítasenos agradecer la presencia de todos ustedes, así como manifestar nuestra complacencia por el hecho de poder intercambiar algunas ideas y conceptos jurídicos con tan distinguido y selecto auditorio.

El epígrafe de la distinción que desarrollaremos es El SIDA en nuestro Derecho Penal, cuyo contenido será enfocado tomando en cuenta lo que establece actualmente la legislación dominicana.

Este tópico fue tratado por nosotros en dos artículos que publicamos en el *Listín Diario* los días 6 y 7 de febrero del presente año, por lo que, en esta oportunidad, sólo añadiremos a aquellas publicaciones algunos aspectos que por razones de falta de espacio son difíciles de introducir en los periódicos.

En el discurrir de las presentes consideraciones, enfocaremos de una manera general algunos conceptos y modos de propagación del SIDA, para luego adentrarnos en el que, desde nuestra óptica, aporta el Derecho Penal dominicano a la sociedad, en el denodado interés de tratar de frenar o contener la transmisión consciente de la mortal enfermedad.

El SIDA en nuestro Derecho Penal

El Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), es una enfermedad causada por un retrovirus humano (HIV) que destruye el sistema inmune o de defensa de la persona, dejando a las víctimas inermes para combatir las infecciones oportunistas y ciertos tipos de cáncer.

El SIDA se transmite principalmente mediante las relaciones sexuales, debido a que el virus HIV se encuentra en el semen y en las secreciones vaginales, por tanto, el contagio puede ocurrir de hombre a mujer, de mujer a hombre, o de hombre a hombre, y son los grupos de mayor riesgo los hombres y mujeres (homosexuales o heterosexuales) que sostienen relaciones sexuales con diferentes parejas.

La transmisión de la enfermedad puede producirse, igualmente, por la transfusión de sangre contaminada con el HIV; por la utilización de cualesquiera instrumentos no esterilizados que perforan la piel. De aquí que los adictos a las drogas que se las suministran por vía intravenosa representan un grupo de alto riesgo; y finalmente, de madre a hijo, como consecuencia del hecho de que una mujer infectada del virus puede transmitirlo a su hijo durante el embarazo, en el parto, al poco tiempo de haber nacido, o a través de la lactancia.

La infección del HVI dura toda la vida y de un diez a un treinta por ciento de las personas infectadas desarrollan la enfermedad dentro de unos cinco años. Podría darse el caso de que las personas infectadas pueden transmitir el virus sin tener el SIDA (portadores sanos), con lo cual podrían contagiar a sus parejas sin saberlo y, peor aún, podrían contagiarlas voluntariamente si conocen de su estado de salud.

Muchos son los individuos que, conocedores del padecimiento de la enfermedad, sostienen relaciones sexuales con compañeros sanos, comparten sin esterilizar las agujas y jeringuillas que usan, o donan su sangre infectada, con la deliberada intención de contagiar con el virus a terceras personas, como una forma de vengarse de la sociedad y de no ser los únicos condenados al desenlace fatal de la muerte.

Y es precisamente en estos casos cuando el Derecho Penal dominicano debería jugar un papel estelar, con las previsiones y sanciones que contiene, para así tratar de disminuir la actitud egoísta y criminal de algunos pacientes ya diagnosticados.

Dependiendo del resultado de los análisis obtenidos del portador sano de la enfermedad, respecto a la víctima escogida por él, podrán aplicarse los artículos 2 y 295 de nuestro Código Penal.

Y esto es así, porque cuando el portador sano del virus HIV realiza todas las actuaciones a su alcance para contagiar mortalmente a un tercero, nos encontramos frente a la tentativa del crimen de homicidio establecida por el artículo 2, pero cuando ese tercero muere, como consecuencia del contagio de que ha sido objeto, debido a las relaciones directas de causa efecto existentes en el caso, entonces estamos ante el crimen consumado del agente, previsto por el artículo 295.

El artículo 2 del Código Penal de la República Dominicana establece:

“Toda tentativa de crimen podrá ser considerada como el mismo crimen, cuando se manifieste con un principio de ejecución, o cuando el culpable, a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su propósito por causas independientes de su voluntad, quedando estas circunstancias sujetas a la apreciación de los jueces”.

De la lectura de este texto se infiere que existen dos situaciones en las que se puede considerar a la tentativa del crimen como el crimen mismo, y ellas son:

- 1ra.- Cuando se manifiesta con un principio de ejecución; y
- 2da.- Cuando el culpable, a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su propósito, por causas independientes de su voluntad.

La tentativa de crimen tiene como elementos constitutivos:

a) La manifestación de un comienzo de ejecución (el elemento material); b) que exista la intención de realizar cierto y determinado crimen (el elemento moral); y c) que no haya conseguido el fin perseguido, por una causa independiente de la voluntad del agente que frustré el resultado deseado.

En el caso que nos ocupa se tipifica perfectamente la infracción prescrita en el referido artículo 2, ya que cuando se realiza consciente y voluntariamente, cualesquiera de las actuaciones mediante las cuales se transmite el virus, resulta incuestionable que ha habido un comienzo de ejecución del crimen, que se ha tenido la intención de producir la muerte, y que si no se ha conseguido el fin perseguido inmediatamente, se debe a una causa independiente de la voluntad del agente, pues la enfermedad se desarrolla y es fatal dentro de los cinco años posteriores a la infección.

Sin embargo, si el agente desiste de su interés en transmitir el virus mortal, no sosteniendo las relaciones sexuales aun encontrándose con su pareja en el lecho; impidiendo que sean utilizadas las agujas y jeringuillas sin esterilizar; o levantándose de la cama donde se le iba a extraer la sangre contaminada que donaría, no podría aplicarse la pena de la tentativa del crimen de

homicidio, toda vez que el desistimiento voluntario tiene como efecto hacer impune la tentativa perfectamente caracterizada.

La tentativa del crimen de homicidio se castiga siempre, y la pena que conlleva es la misma que se impone para crimen consumado, que en caso de la especie sería la de reclusión, que antes era la de los trabajos públicos, establecida por el párrafo II del artículo 304 del Código Penal.

El cambio en la denominación de la pena se debe a que el artículo 106 de la ley número 224, que instituye el régimen penitenciario, de fecha 26 de junio de 1984, suprimió la pena de los trabajos públicos e indica que en todos los casos donde el Código Penal o ley es especial es señal de que en dicha sanción deberá leerse reclusión.

Esta pena puede ser pronunciada por tres años a lo menos y veinte a lo más, según lo prescribe el artículo 18 del mencionado código, y se presenta el caso, acorde con el artículo 67, de que si el autor es un menor de 18 años que ha obrado con discernimiento, la pena podría ser de diez a veinte años de prisión en una casa de corrección, pudiendo ordenarse por la misma sentencia, que el condenado permanezca bajo la vigilancia de la alta policía (regulada por los artículos 44 y 49 del Código Penal), durante un año a lo menos y cinco a lo más.

Como una muestra de los potenciales violadores del artículo 2, ya comentado, de nuestro código, resulta de interés señalar que el año 1987 se hizo un estimado de que aproximadamente cuatrocientos mil (400,000) dominicanos eran portadores de los anticuerpos del virus HIV y, en consecuencia, transmisores vitalicios del mismo.

Cuando muere la persona contagiada, se configura la infracción contenida en el artículo 295 del Código Penal que reza: “ El que voluntariamente mata a otro, se hace reo del homicidio”.

Por consiguiente, existe homicidio voluntario cuando se actúa con conocimiento de lo que se hace y con el injustificable propósito de arrancar la vida a un individuo.

Este crimen queda establecido desde que concurren los tres elementos constitutivos que lo tipifican, que son, a saber: a) la preexistencia de una vida humana destruida; b) la realización de

un acto que puede provocar la muerte de otro (elemento material); y c) con la intención o el “animus necandi” del agente (elemento moral).

En efecto, el portador sano del HIV que lo transmite voluntariamente y conscientemente a una persona que muere como consecuencia de ello, se convierte en un homicida, pues ha destruido una vida humana preexistente; ha producido la muerte de un individuo por su actuación egoísta; y sobre todo, ha existido por parte del agente la intención de producir la muerte.

Si el homicidio es cometido con premeditación o acechanza, se convierte entonces en lo que el artículo 296 del Código Penal califica como asesinato.

La premeditación y la acechanza están claramente definidas en los artículos 297 y 298 del mismo cuerpo legal, que rezan:

“Artículo 297.- La premeditación consiste en el designio formado antes de la acción, de atentar contra la persona de un individuo determinado, o contra la de aquél a quien se halle o encuentre, aun cuando ese designio dependa de alguna circunstancia o condición”.

“Artículo 298.- La acechanza consiste en esperar, más o menos tiempo, en uno o varios lugares, a un individuo cualquiera, con el fin de darle muerte, o de ejercer contra él actos de violencia”.

Así, pues, la premeditación queda caracterizada desde que el agente reflexiona fríamente sobre la manera de cómo transmitir el virus HIV, se toma el tiempo que fuese necesario entre la decisión de realizar el contagio y su final ejecución, independientemente de que ese designio dependa de alguna circunstancia o condición, como podría ser la aceptación de las proposiciones amorosas por parte de la víctima escogida por la persona infectada.

En cuanto a la acechanza, somos de opinión de que cualquier persona, no sólo la portadora de virus HIV, podría agravar una tentativa de homicidio o al homicidio ya caracterizado, si espera más o menos tiempo, en uno o varios lugares, a un individuo con la finalidad de transmitirle el virus del SIDA, sea o no de una manera violenta.

La realidad de esta afirmación la comprobamos si por un momento nos detenemos a pensar sobre algunas actuaciones delictivas que están acaeciendo en otros países como los Estados Unidos, por ejemplo, donde algunos malhechores, según informes no oficiales, han establecido la práctica de efectuar asaltos con jeringuillas llenas de sangre contaminada del virus HIV en mano.

Para demostrar lo patético de lo antes dicho, resulta oportuno aludir a un cable de la AFP fechado en Murcia, España, el 13 de diciembre de ese mismo año, en su página 24-C, donde bajo un titular que decía: “Delincuente con SIDA lanza sangre policías”, nos narraba:

“Un ataque probablemente sin precedentes se produjo en una comisaría de la ciudad española de Murcia, donde dos delincuentes ‘agredieron’ a un grupo de policías sin pistolas, sencillamente con sangre.

“Podría parecer incomprensible que los representantes del orden retrocediesen como si hubieran sido tiroteados con metralleta. Pero sabían que uno de los ‘atacantes’ estaba aquejado del SIDA, con lo cual las gotas de sangre que les lanzaron les parecieron más peligrosas que proyectiles.

“Un portavoz municipal contó que en la comisaría, adonde se les condujo tras ser detenidos cuando robaban un automóvil, uno de ellos rompió sus gafas y con los vidrios los dos se cortaron las venas. En cuanto empezó a manar la sangre la sacudieron sobre los agentes, que huyeron despavoridos, sobre todo porque les gritaban: ‘Os vamos a contagiar el SIDA’.

Pero, independientemente de estos casos, podríamos decir que no resultaría extraño, a medida que avance la tragedia y el temor que genera la enfermedad del SIDA, que a algún delincuente se le ocurra acechar a una determinada víctima, con la deliberada intención de punzarla con una aguja no esterilizada que haya sido previamente usada por una persona portadora del virus o ya enferma del SIDA, para tatar de ocasionarle la muerte mediante el contagio del HIV.

Sobre el asesinato, la doctrina está dividida en el sentido de que algunos lo consideran como un crimen *sui generis* y otros lo califican como un homicidio agravado.

Dependiendo de la posición que adoptemos dentro de estas dos vertientes, la premeditación o la acechancia serían o no elementos constitutivos del asesinato.

Si lo consideramos como un crimen *sui generis*, sus elementos constitutivos serían similares a los del homicidio agravado, tales circunstancias no serían elementos constitutivos del crimen, sino las causas agravantes que lo configuran como asesinato.

Por esta última corriente se han encauzado las jurisprudencias francesa y dominicana, y a ella nos sumamos personalmente.

Para que el homicidio se convierta en asesinato sólo es necesario que en su ejecución esté presente una de las dos circunstancias agravantes.

La pena que conlleva el asesinato es la de treinta (30) años de reclusión, según lo establece el artículo 302 del Código Penal. Su tentativa, como ya vimos, se castiga siempre, con la misma sanción que corresponde al hecho consumado.

El homicidio también se agrava cuando es precedido, acompañado o seguido de otro crimen (artículo 304 del Código Penal), sin importar que uno de los dos crímenes haya constituido una simple tentativa, lo cual es castigado, igualmente, con la pena de 30 años de reclusión.

Este caso se podría presentar si el portador sano del HIV o el enfermo de SIDA, que conoce su estado de salud, comete un estupro y contagia con el virus a la víctima.

Complicidad

Todo aquel que conozca de la actitud egoísta y vengativa de un individuo portador sano del virus, que deliberadamente desea contagiar con el HIV a terceras personas, se hace su cómplice si no lo denuncia a las autoridades sanitarias o judiciales competentes, con la finalidad de prevenir la propagación de la infección y la muerte de víctimas inocentes.

Los médicos que hayan diagnosticado la existencia del HIV en la sangre de algunos pacientes están obligados a denunciarlos, si conocen o se enteran de que los mismos están llevando una vida licenciosa que pone en peligro de contagio a quienes se relacionan con ellos.

Los galenos no pueden alegar que de realizar la referida denuncia incurrirían en la violación del secreto profesional sancionada por el artículo 377 de nuestro Código Penal, toda vez que el mismo texto establece una excepción “cuando la ley les obliga a constituirse como denunciadores”.

En este sentido, resulta oportuno señalar que la Secretaría de Estado de Salud Pública y Asistencia Social (SESPAS), mediante resolución de fecha 3 de abril de 1987, resolvió declarar de notificación obligatoria las enfermedades o muertes en las que se diagnostique el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), lo cual, combinado con el artículo 48 del Código de Salud Pública de la República Dominicana, contenido en la ley número 4471 del 3 de junio de 1956, despeja toda duda al respecto cuando nos dice que “en ningún caso la notificación de enfermedades transmisibles de declaración obligatoria constituirá una violación del secreto profesional”.

Las personas que, acorde con el mencionado artículo 48 del Código de Salud Pública, deben notificar las enfermedades transmisibles de declaración obligatoria, dentro de las 24 horas siguientes a su diagnóstico, cierto o probable, son:

- a) El médico que asista al paciente;
- b) El dueño o encargado de la casa o establecimiento en que esté alojado el enfermo;
- c) El representante legal, los familiares o las personas responsables del enfermo;
- d) La persona encargada del laboratorio que contribuyó al diagnóstico de la enfermedad respectiva;
- e) El veterinario en casos de zoonosis; y
- f) Toda persona que tenga conocimiento o sospecha de la existencia de algún caso de tales enfermedades.

La penalidad que ha de imponerse a los cómplices de un crimen o de un delito es la inmediatamente inferior a la que corresponda a los autores de ese crimen o delito, salvo los casos en que la ley disponga otra cosa (artículo 59 del Código Penal).

Lo anterior significa que a los autores les corresponde la pena de 30 años de reclusión o de 3 a 20 años de reclusión, a los cómplices debe aplicársele la sanción de 3 a 20 años de reclusión o la de 3 a 10 años de detención, respectivamente.

Prescripción de la acción pública

La acción pública de las infracciones a que nos hemos referido prescribe, por ser criminales dichas infracciones, según lo establece el artículo 454 del Código de Procedimiento Criminal, después de diez años cumplidos, contados para la tentativa desde el momento en que se ha transmitido el virus HIV y para homicidio consumado, sea éste agravado o no, desde la muerte de la persona infectada por el agente.

Si en ese lapso se hubiese realizado algún acto de instrucción o de persecución no seguido de sentencia, la acción pública prescribirá entonces diez años después del último acto de instrucción o persecución.

Suicidio

La persona que padece la infección del HIV o del SIDA, comunica previamente a su contacto el estado real de su salud, este último se convierte en un suicida si accede a sostener relaciones sexuales sin protección con aquélla, acepta la donación de su sangre o utiliza sus agujas o jeringuillas sin esterilizar.

El suicidio es la acción y efecto de suicidarse, esto es, privarse un sujeto a sí mismo de la vida.

No está incriminado especialmente por nuestro Código Penal, en consecuencia, no constituye un delito ni un crimen y la propia persona es el sujeto activo y pasivo de la acción suicida.

El suicidio no conlleva ningún tipo de pena, por consiguiente esa tentativa o complicidad escapa a toda sanción, sin embargo, es punible la cooperación directa o activa al suicida, como sería, por ejemplo, el individuo que siendo portador sano del virus HIV o con SIDA procede a inyectar directamente con su jeringuilla sin esterilizar a la persona que ha asumido una actitud suicida.

Igual solución se tendría en el caso de dos amantes, si la persona infectada o ya enferma de SIDA sostiene relaciones sexuales sin protección con su pareja.

Los presos infectados con el HIV o con el Sida en nuestras cárceles

Los presos en las cárceles representan uno de los grupos con comportamiento de alto riesgo para la transmisión o propagación del virus HIV y el SIDA.

Esto es así, si observamos los estudios realizados al respecto, donde se indica el alto porcentaje de violaciones sexuales (“maniguas”) de los reclusos más jóvenes o las prácticas homosexuales realizadas de una manera voluntaria y circunstancial.

Según datos obtenidos de esos estudios, en una prisión de Santo Domingo, el 97% de los entrevistados habían sido testigos de violaciones en grupo de otros reclusos; un 22% de ellos habían sido objeto de intentos de violación; un 7 % habían sido violados y otro 7% habían tenido relaciones sexuales consensualmente.

Esta cruda realidad impone a nuestra sociedad, y de manera particular a todos los que estamos relacionados con el sistema judicial dominicano, que de una vez y para siempre se establezca en nuestro país un régimen penitenciario como el contemplado por la ley número 224 del 26 de junio de 1984.

Resulta lamentable leer titulares en nuestros periódicos como el que decía “Hay una enfermedad que está haciendo estragos en la victoria”, publicado por el vespertino *Última Hora* el 1ro. de agosto de 1988, el cual se refería en su contenido, precisamente, a la enfermedad del SIDA.

Por todo esto se hace urgente que en las cárceles de la República Dominicana se implemente un plan tendente a obtener, entre otras cosas:

- 1.- Un nivel de higiene y sanidad de los establecimientos carcelarios;

- 2.- La información a todos los presos del riesgo que corren de ser infectados con el HIV si consumen drogas por vía intravenosa o practican la homosexualidad, aunque sea circunstancialmente;

3.- Aplicar en las cárceles los principios generales adoptados por los programas nacionales de lucha contra el SIDA;

4.- Educar a los reclusos con la finalidad de disminuir la propagación de la enfermedad, con la información actualizada sobre el SIDA y sobre las medidas preventivas;

5.- Garantizar la seguridad física de los presos y del personal penitenciario;

6.- Facilitar preservativos a los reclusos con fines de prevención de la enfermedad; y

7.- Dedicar los recursos humanos y financieros necesarios al tratamiento del SIDA en las cárceles.

Conclusiones

Por todo lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que los portadores sanos del HIV que infecten deliberadamente a otras personas pueden ser perseguidos penalmente desde el momento en que transmiten el virus o cuando finalmente muere el contagiado.

Las infracciones que se pueden cometer, dependiendo del caso, son el homicidio simple o agravado, el asesinato y la tentativa de dichos crímenes, con las consecuentes penalidades que se pueden imponer, las cuales van desde los 30 años de reclusión, la reclusión de 3 a 20 años y la detención de 3 a 10 años, según se trate del autor principal o de su cómplice.

El portador sano del virus HIV o el enfermo de SIDA puede, si tiene conocimiento de su estado de salud, agravar otros crímenes o delitos como sería, por ejemplo, el caso del estupro.

Todo el que conozca a un individuo infectado por el HIV o por el SIDA con una actitud deliberada de contagiar a terceras personas, se convierte en su cómplice con todas la derivaciones legales que ello implica, si no procede a denunciarlo por ante las autoridades sanitarias o judiciales competentes con la finalidad de prevenir el contagio y la muerte de víctimas inocentes.

La prescripción de la acción pública de los crímenes que se tipifiquen es de diez años, contados a partir del momento en que

se ha transmitido el virus HIV o desde la muerte de la persona infectada por el agente.

Si el contacto conoce del estado de salud de la persona infectada con el HIV o con el SIDA, y practica con ella una cualquiera de las formas en que se puede transmitir el virus, nos encontramos ante un suicida.

El régimen penitenciario contenido en la ley número 224 del 26 de junio de 1984, así como una educación e información adecuadas, deben establecerse en nuestras cárceles para así tratar de prevenir en ellas la propagación del virus HIV.

Ya en otros países se ha tomado en cuenta el aspecto penal que tiene la transmisión voluntaria del SIDA.

En Los Ángeles, una víctima de la enfermedad enfrentó cargos criminales en 1987, por haber donado o vendido sangre afectada a sabiendas de que padecía la enfermedad mortal. En México, representantes de colegios, barras y asociaciones de abogados, consideraron en junio de 1988 que resultaba imperativo reputar el contagio del SIDA como un delito de homicidio, sancionable hasta con 40 años de prisión. En Tampa, Florida, EE.UU., una prostituta portadora del SIDA fue condenada en junio de 1988 por una juez a casi un año de cárcel, por transmitir conscientemente el virus a otras personas.

En Karlsruhe, Alemania Occidental, la Corte Federal de Justicia confirmó en noviembre de 1988, una sentencia del tribunal de Núremberg que condenó a un norteamericano infectado de SIDA a dos años de cárcel, por considerar que incurrió en el delito de intento de lesiones graves al tener contacto sexual, sin protección, con personas sanas. En Moscú, un tribunal del pueblo ucranio de Kakhovka sentenció, en diciembre de 1988, a una mujer de 31 años de edad a cuatro años de prisión por contagiar conscientemente con el virus del SIDA a sus amantes.

Ante la terrible realidad del SIDA, la sociedad dominicana no puede esperar que el legislador elabore las leyes especiales que nuestro ordenamiento jurídico requiere para enfrentar la nueva situación existente, imponiendo las penalidades que conduzcan a prevenir o frenar la propagación consciente de una enfermedad mortal que a todos nos amenaza.

El régimen jurídico de la difamación y la injuria en la República Dominicana*

Emmanuel T. Esquea Guerrero**

* Coloquios Jurídicos, Enero-Diciembre del 1988, año 3, no. 5, páginas 13-27.

** EMMANUEL T. ESQUEA GUERRERO es Doctor en Derecho egresado de la Universidad Autónoma de Santo Domingo en 1967.

Se especializa realizando estudios sobre todo en las ramas de Derecho Comparado y Derecho Internacional, en la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado de Ámsterdam, Holanda, en la Facultad Internacional de Estrasburgo, Escuela Internacional de Derecho del Trabajo Comparado, de Trieste, Italia, así como en la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado de Turín, Italia. En 1971 se doctora en Ciencias Jurídicas en la Universidad de Tolosa, Francia.

Formó parte del bufete Ramos Messina en el año 1971, siendo abogado miembro del mismo hasta 1978.

En el mismo año 1971, da inicio a una tensa labor académica, en la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña, hasta 1974, en la que impartió cátedras de Derecho Comparado, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Internacional Privado, Derecho Civil, Teoría y Técnica de la Profesión Jurídica y Derecho Comercial.

Ha sido Embajador Representante permanente de la República Dominicana ante la Organización de las Naciones Unidas; miembro de la junta de consejeros del Instituto Internacional de Investigación y Adiestramiento para la Promoción de la Mujer, de las Naciones Unidas; Vicepresidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la XXXIV Asamblea General de las Naciones Unidas; Consultor Jurídico del Poder Ejecutivo; así como Diputado por el Distrito Nacional.

Es abogado fundador de la oficina Esquea, Valenzuela & Asociados desde el año 1979.

El régimen jurídico de la difamación y la injuria en la República Dominicana

Introducción

1) El delito de la difamación e injuria en nuestro país obedeció en sus inicios a una adopción pura y simple de las disposiciones del código penal francés, y aunque en la evolución de ambos sistemas ha habido diferencias de tiempo y conceptos, la legislación dominicana en esa materia ha continuado apegada, en sus grandes lineamientos, al derecho de ese país.

2) Es por ello que cualquier análisis sobre esa materia por más somera que quiera ser, no puede prescindir del estudio de la dinámica y la situación actual de ese delito en el país de los enciclopedistas, como paso previo al estudio de la realidad dominicana.

I. La difamación y la injuria en Francia

a. Antecedentes

3) El código penal del 1810 sancionaba en sus artículos 367 al 376 la calumnia y la injuria, pero estos artículos fueron de corta duración al ser derogados por la ley de prensa del 17 de mayo del 1819 la cual, aunque en sus artículos desde el 13 al 18 trataba los mismos delitos, utilizó el vocablo difamación para referirse a lo que el código definía como calumnia.

4) Esta ley no logró satisfacer las necesidades que en materia de prensa tenía la época y luego de ser posteriormente modificada en trece oportunidades, el legislador la sustituyó por la ley del 29 de julio del 1881, con la cual quiso establecer un verdadero "Código de Prensa". El artículo 68 de esta última legislación dispuso la derogación de todos los edictos, leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones, reglamentos y declaraciones relativas a la prensa, incluyendo los crímenes y delitos previstos por la ley sobre la prensa y los demás medios de comunicación, y se añadió como colofón una coletilla que reza: "sin que puedan revivir las disposiciones derogadas por las leyes anteriores". (Daloz: Repertorio Práctico, tomo IX, página 231 número 24, París, 1922).

5) Con este artículo 68, el legislador francés pretendió sancionar todos los delitos de prensa -incluyendo la difamación y la injuria- solamente con las disposiciones de la ley del 29 de julio del 1881. Sin embargo, esta aspiración se enfrentó con la realidad de tal manera que la corte de casación, en su sentencia del 28 de julio de 1883, decidió que la derogación pronunciada por el artículo 68 de esa ley se limitaba solamente a los “delitos de publicación previstos por las leyes de prensa, dejando subsistir, en consecuencia, los delitos de la misma naturaleza, definidos sea por el código penal, sea por leyes especiales” (Dalloz, op. cit., página 232, número 25).

6) De todos modos, tampoco esta ley resultó ser lo amplia y perfecta que parecía y en sus más de cien años de vigencia ha sufrido más de quince modificaciones, entre las cuales merecen destacarse de manera principal el decreto-ley del 21 de abril de 1939 sobre la difamación y la injuria social y religiosa, y la ordenanza del 6 de mayo del 1944 eliminando la “exceptio veritatis” cuando la alegación o la imputación difamatoria se refiera a la vida privada.

7) A pesar de todas estas modificaciones, la ley de 1881 seguía siendo ineficaz para proteger en toda su extensión la honra y la vida privada de los ciudadanos. Fue por esto que el 11 de junio de 1887 el legislador francés se vio en la necesidad de establecer nuevas disposiciones que sancionaran la difamación y la injuria cometidas mediante la correspondencia postal o telegráfica.

8) Pero todavía el “Código de Prensa” seguía siendo un instrumento obsoleto, que no abarcaba en toda su complejidad los modernos medios de comunicación que constituyeron la radio y la televisión. Tal fue específicamente el caso del derecho de rectificación y réplica, los cuales la ley del 1881 sólo contempla (artículos 12 y 13) para los escritos periodísticos. Resultó preciso, para que hubiera igualdad de tratamiento aplicable a todos los medios, consagrar un derecho similar para la radio y la televisión.

9) No obstante, este derecho de rectificación y réplica que había sido dispuesto por la ley 72-553 del 3 de julio de 1972 se hacía de difícil aplicación, en razón de que el decreto de aplicación 75-341 del 13 de mayo de 1975 condicionaba grandemente su ejercicio. Correspondió entonces a la ley 82-652 del 19 de julio de 1982 sobre comunicación audiovisual, igualar ambos sistemas. (Kayser Pierre: La protección de la vida privada. Económica, París, 1984, página 86, número 77).

b. Régimen actual

10) El párrafo primero del artículo 29 de la ley del 1981, define la difamación como “la alegación de un hecho que atente contra el honor o la consideración de la persona a quien se le imputa”. Y el párrafo segundo concibe la injuria como “toda expresión ultrajante, término de desprecio o invectiva que no conlleve la imputación de un hecho determinado”.

11) A la luz de esta definición, el delito de difamación requiere de los siguientes elementos constitutivos: a) imputación o alegación de un hecho determinado, b) que conlleve atentado al honor o la consideración de una persona o cuerpo determinado, c) una intención culpable, y d) publicidad.

12) Es necesario que el hecho del cual se trate sea determinado y preciso aun cuando el mismo se señale de manera dudosa. Del mismo modo, basta que el hecho sea capaz de afectar el honor (estima adquirida) o la consideración (probidad y lealtad) de la persona de quien se trate (identificada o identificable), sin importar que en la práctica se haya logrado o no realmente ese objetivo.

13) La intención culpable requiere de algo más que el simple deseo de formular la imputación difamatoria, es imprescindible que exista en el autor la voluntad de afectar el honor o la consideración ajenos o, por lo menos, tener conciencia de los perjuicios moral o material que esa alegación está llamada a provocar, sin importar los móviles que lo inspiren.

14) El requisito de la publicidad sólo se satisface si la misma se materializa a través de los medios que limitativamente establece la ley del 1881 en sus artículos 23 y 28, que son: 1) discursos, gritos o amenazas proferidas en lugares o reuniones públicas; 2) escritos impresos vendidos o distribuidos, puestos en venta o expuestos en lugares o reuniones públicas; 3) carteles o afiches expuestos a la vista del público (artículo 28). La exclusividad de estos medios publicitarios es tan rigurosa que la “difamación hecha pública por otros medios diferentes... no constituye un delito” (Daloz: op. cit., página 284, número 746). A pesar de que la ley sólo concibió la difamación pública, la jurisprudencia ha asimilado la difamación no pública a la injuria no pública sancionada por el artículo 471 del Código Penal.

15) Al igual que en 1819, el legislador de 1881 confirmó la dualidad de la injuria: la injuria del código de prensa, que requiere el elemento publicidad (artículo 29-2); y aquella del numeral 11 del artículo 471 del Código Penal (artículo 33-3) de carácter exclusivamente contravencional. Ambas categorías de injuria cometidas contra los particulares son excusables cuando han sido precedidas de provocación (artículo 33-2).

16) La ley del 1819 no contempla de manera expresa el delito de difamación e injuria contra los muertos, sin embargo, la corte de casación había señalado que la definición dada por el artículo 13 de esta ley, abarcaba tanto la honra y la consideración de los vivos como la memoria de los difuntos. Esto determinó que en el 1881, el artículo 34 de la ley estableciera la forma de reprimir la violación de la memoria de los muertos y consagrara el derecho de réplica para los herederos, en caso de publicaciones injuriosas contra sus causantes. No obstante, este delito sólo encuentra sanción cuando el mismo haya tenido la intención de atentar contra el honor o la consideración de los herederos.

17) El legislador francés de 1819 ni el de 1881 había pensado originalmente en la posibilidad de la difamación y la injuria públicas por medios diferentes a los contemplados en las leyes de esos años (número 14). No obstante, el uso de cartas postales y cartas telegramas abiertos comenzó a ser un modo usual de atentar contra el honor y la consideración de los individuos, con el grave inconveniente de que sólo podía merecer sanción contravencional. Esta laguna fue colmada por la ley del 11 de junio de 1887, la cual sanciona la difamación y la injuria hecha a través de los medios indicados precedentemente, pero a condición de que su envío se haga por la administración de correos y telégrafos (artículo 1).

18) Así como la provocación sólo excusa la comisión de la injuria, la prueba del hecho imputado sólo beneficia en caso de difamación (Goyet F., *Derecho Penal Especial*, Sirey, París, 1972, página 614, número 888). En su debut, la ley de 1881 sólo permitía esta prueba si la difamación afectaba a los órganos del Estado y, en el caso de los particulares, cuando eran encargados de un servicio público o administradores de empresas que recurrían al ahorro o al crédito público. Pero la ordenanza del 1944 modificó el artículo 35 para ampliar este medio de defensa con las excepciones siguientes: 1) los hechos relativos a la vida privada de las personas; 2) los hechos de más de diez años acontecidos; 3) las infracciones amnistiadas o prescritas o

borradas por la rehabilitación o la revisión. En aquellos casos en que no es posible la “exceptio veritatis”, el tribunal apoderado está obligado a sobreseer el conocimiento del proceso cuando, como consecuencia del hecho difamatorio, se han emprendido persecuciones penales. Este sobreseimiento tiene como única razón la de atenuar la sanción y/o los daños y perjuicios a cargo del prevenido de difamación (Goyet F.: op. cit., página 617, número 890).

19) De acuerdo con el artículo 41, no pueden dar lugar a difamación o injuria los discursos legislativos ni los impresos hechos por orden de las cámaras congresionales. Tampoco las informaciones de las sesiones públicas del poder legislativo que hagan de buena fe los diarios, ni los discursos escritos de los debates judiciales.

20) El derecho a la acción directa a favor de los particulares (artículos 85 y 392 del Código Penal) encontró atenuación en la ley de 1881, al disponer ésta que el ejercicio de la acción pública corresponde -salvo expresas excepciones- al ministerio público (artículo 47). No obstante, la ley del 12 de marzo de 1953 que modificó el artículo 48 de la ley, contribuyó la facultad del ministerio público supeditando su ejercicio a la querrela de la víctima, excepción hecha del delito contra los ministros, jefes de gobierno y ministros extranjeros, los jurados y los testigos.

21) La acción en reparación de daños y perjuicios como consecuencia del delito de difamación o injuria deberá siempre ser llevada accesoriamente a la acción pública, salvo el caso de la muerte del autor o de la amnistía del hecho. Si el delito es cometido por vía de la prensa (libros, periódicos, folletos o impresos hechos públicos) por telegrama o por tarjeta abierta, el juzgado de paz (tribunal d’ instance) será competente en única instancia hasta 2500 francos y con cargo de apelación hasta 5000 francos. La demanda de un monto mayor irá al tribunal de primera instancia (grande instance). Cuando el delito se cometa por vía diferente a la prensa, el tribunal competente será el juzgado de paz el cual conocerá en única instancia hasta 2500 francos. La acción civil en caso de injuria no pública en ausencia de persecución penal, será llevada ante el juzgado de paz, el que conocerá en única instancia hasta 2500 francos.

22) Otra excepción al derecho común consagrada por esta legislación la constituye la facultad otorgada a la víctima de

detener las persecuciones penales con el desestimiento de su acción. Basta que el agraviado de manera expresa manifieste su desinterés en el proceso, para que tanto la acción pública como civil se vean suspendidas.

23) Tanto el delito como la contravención de difamación e injuria prescriben a los tres meses (artículo 65) extinguiendo así la acción pública para la acción civil. El punto de partida de esta prescripción es el día de la realización o de la publicidad, dependiendo de la naturaleza del hecho de que se trate.

24) El artículo 49 de la ley del 1881 prohibía la prisión preventiva, permitiéndola sólo en el caso de que el inculpado no residiera en Francia. Más tarde, la ley del 12 de diciembre del 1883 modificó este régimen para establecer que el autor no podrá ser detenido preventivamente cuando tuviere su domicilio en Francia. Del mismo modo, la jurisprudencia, asimilando la difamación y la injuria a las infracciones políticas, aplica el artículo 749 del código de procesamiento penal, para prohibir el constreñimiento corporal contra los autores de esos delitos (Casación 17 de noviembre 1953, Boletín 296).

II. La difamación y la injuria en República Dominicana

a. Evolución

25) En nuestro país, al igual que en Francia, el delito de difamación e injuria aparece junto al código penal que nos fuera impuesto en 1822 y que adoptáramos de manera definitiva en fecha 20 de agosto de 1884. En los artículos del 367 al 376, y el numeral 16 del 471 de ese código, encontramos la que fue la materia.

26) Posteriormente y como consecuencia del ambiente democrático que conllevó la caída de la tiranía de Trujillo, la República adoptó una moderna legislación que contempla, entre otros delitos, la difamación y la injuria cometida a través de los medios de expresión y difusión del pensamiento. Esta nueva regulación se aprobó mediante la ley número 6132 del 15 de diciembre del 1962, la cual se inspiró grandemente en las leyes francesas de 1819 y 1881.

b. Legislación vigente

27) A diferencia de la ley francesa de 1819, (número 3), nuestra legislación del 1962 no derogó los artículos del código penal, apareciendo así en el país un sistema dual para el tratamiento de la difamación y la injuria, lo que ha sido rechazado por algunos autores dominicanos (números 41 y 49).

28) El Código Penal, después de reproducir en el artículo 367 las mismas definiciones que sobre difamación e injuria había dado el Código Penal francés y que luego adoptaron tanto la ley francesa de 1819 como la de 1881, establece las sanciones aplicables a la difamación e injuria contra el jefe de Estado (artículo 368), los congresistas, secretarios de Estado, magistrados del poder judicial y a los jefes y soberanos de naciones amigas (artículo 369), los depositarios de la autoridad pública y los agentes diplomáticos acreditados en la República (artículo 370), y los particulares (artículos 371 y 372).

29) El artículo 373, que había sido derogado por la ley número 5094 del 5 de marzo del 1959 y restablecido por la ley número 5898 del 14 de mayo del 1962, exige la publicidad del hecho para que pueda constituir una difamación o una injuria, señalando que la injuria que no revista el carácter de publicidad y de imputación de un vicio determinado se castigará con penas de simple policía. A este respecto es necesario aclarar lo siguiente: 1) En razón de que a diferencia de la ley número 6132, el código no expresa los elementos que determinan la publicidad, ésta constituye una noción de hecho que los jueces apreciarán soberanamente, y 2) Aunque el texto del artículo 373 sólo habla de la injuria carente de publicidad, la jurisprudencia ha señalado que también la difamación no pública se convierte en una contravención castigada por el artículo 471 del código.

30) El artículo 374 establece que no habrá difamación ni injuria en los discursos pronunciados en las cámaras legislativas, los documentos impresos por disposición de uno de los poderes del Estado, ni en la cuenta fiel de buena fe de los periódicos, de las sesiones públicas del congreso ni de los escritos y discursos ante los tribunales de justicia.

31) Finalmente, el artículo 375 establece que la reincidencia se castigará de acuerdo con las disposiciones del código, y el artículo 376, por su parte, lo que hace es ratificar el derecho de los

ciudadanos a denunciar a los empleados y funcionarios públicos por mal ejercicio de sus funciones.

32) La ley número 6132 obedece, en sus grandes lineamientos, a la francesa del 1881, con algunas de sus modificaciones, por lo que solamente resaltaremos las principales diferencias que existen entre ellas, en el entendido de que todos los demás aspectos señalados de la legislación francesa son aplicables en nuestro país.

33) Uno de los aspectos que se resalta es el relativo a la competencia de los tribunales. Como vimos (número 21) en Francia la jurisprudencia competente varía en función de que el hecho constituya delito o contravención, pero además, en atención al monto de la demanda, mientras que aquí la competencia es del tribunal de primera instancia, y del juzgado de paz si es una contravención.

34) Otra diferencia a destacar consiste en el tratamiento dado por ambas leyes a los jefes de Estado y agentes diplomáticos extranjeros. Mientras la ley francesa crea los delitos de “ofensa cometida contra jefes de Estado extranjeros” (artículo 36) y de ultraje (que tiene el mismo significado de ofensa) a los agentes diplomáticos extranjeros (artículo 37), el legislador dominicano los asimila a los casos de difamación e injuria (artículos 39 y 40).

35) Sobre la difamación y la injuria contravencional es preciso resaltar que por oposición a la ley de 1881, la cual prevé la infracción y la sanciona con la pena del artículo 471 del Código Penal, la ley del 1962 hace mutis al respecto, como queriendo insistir en su condición de reguladora de los delitos de publicidad exclusivamente.

36) Otra disimilitud de amplio interés es la relativa a la prescripción. Toda acción delictual o contravencional relativa a la difamación o la injuria prescribe a los tres meses para la ley francesa, para nosotros la prescripción delictual es de dos meses (artículo 61 ley 6132) y la contravención es de un año (artículo 457, Código de Procesamiento Criminal).

37) Aunque la difamación y la injuria cometida a través de correspondencia postal o telegráfica constituye un delito *sui generis* no contemplado por la ley de 1881 (número 17), no se justifica que el legislador dominicano de 1962 no lo haya tomado

en cuenta. Por lo que resulta, ese delito está regido en nuestro país por las disposiciones del Código Penal.

38) Resulta interesante resaltar las diferencias que sobre los medios de publicidad establecen ambas leyes: 1) Aunque existe coincidencia en señalar como elemento de publicidad “los discursos, gritos y amenazas” de que habla el literal a) del artículo 23 de ambas leyes, para los franceses, los mismos deben proferirse en “lugares o reuniones públicos”; 2) resulta igual con los “escritos, impresos vendidos o distribuidos, puestos en sitio o reuniones públicos” en los que no hay diferenciación (literal b, artículo 23); 3) lo mismo acontece con los “carteles, edictos y pancartas expuestos al público”, aunque nosotros añadimos “o cualquier otro medio de propaganda visual o escrita” (artículo 23) c) “cintas cinematográficas” (23.3) y radiodifusión (artículo 29); 4) Los “dibujos, grabados, pinturas, emblemas o imágenes puestos en venta, distribuidos o expuestos al público” pueden dar lugar a la difamación y la injuria francesa (artículo 28), pero la ley dominicana sólo los tiene en cuenta como vehículos del delito de ultraje a las buenas costumbres (artículo 28).

39) El aspecto más controversial de la comparación de estas leyes resulta de su capacidad derogativa. La ley de 1881 derogó toda legislación anterior sobre la materia de prensa, incluyendo los delitos de difamación e injuria que sólo existían en la ley del 1819, por haber ella derogado los artículos 367 y siguientes del Código Penal. Algo similar hizo la ley del 1981 con la difamación y la injuria contravencional, al establecer en su artículo 33 una reglamentación al respecto (número 15).

40) Sin embargo, con la ley dominicana del 1962 no ha sucedido de igual manera, toda vez que la derogación establecida por ella no abarca a los artículos del Código Penal, como lo hicieron las leyes francesas. La aceptación de esta realidad conlleva el reconocimiento de un doble sistema jurídico para el tratamiento de los delitos que examinamos, lo cual no todos los juristas del país compartimos.

III. ¿Singularidad o dualidad?

41) Entre los juristas que se han referido a la dualidad, merecen especial atención los doctores Barón del Giudice Marchena y Leonel Fernández, quienes, en carta y artículo respectivos,

hicieron publicar en el *Listín Diario* de los días 11 y 15 de noviembre de 1987, sus posiciones al respecto. Por la formación jurídica y capacidad profesional de ambos letrados, consideramos oportuno analizar aquí sus respectivas argumentaciones.

42) Sostiene el Dr. Del Giudice en su carta: que los artículos 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374 y 377 del Código Penal dominicano no tienen vigencia desde el 15 de diciembre de 1962, con la promulgación de la ley número 6132 sobre expresión y difusión del pensamiento, que la ley número 6132 es copia exacta de la ley de prensa del 29 de julio de 1881 y que por ser ésta “la misma muestra” que consecencialmente ha producido los mismos efectos que los artículos del Código Penal, fueron tácitamente derogados por las disposiciones de la ley número 6132, y que mantener ambos sistemas conlleva a admitir que podría haber preventiva por las infracciones del código y no por las violaciones de la ley número 6132.

43) Incuestionablemente, la inquietud del Dr. Del Giudice sobre la posibilidad de prisión preventiva dentro del sistema dual es absolutamente justificada y parece ser que su interés de corregir eso que él llama “una monstruosidad jurídica” es el móvil que impulsa sus argumentaciones. Pero muy a nuestro pesar, el rigor científico nos impone otra forma de razonamiento para buscar la solución a ese y los demás inconvenientes que plantea nuestro vigente sistema mixto (número 50).

44) El error de base en el discurso del Dr. Del Giudice descansa en su deseo de identificar dos realidades diferentes, pues si bien es cierto que en Francia la reproducción de los artículos del código en la ley de 1819 (artículos 13 al 18) se consideró siempre una forma de derogación, a tal punto que fueron reintroducidos por la ley número 70-643 del 17 de julio de 1970 para sancionar los delitos contra la protección de la vida privada, lo que confirma la intención del legislador de 1819 de derogar esos artículos, no ha sucedido igual en nuestro país. Independientemente de que la ley número 6132 no contempló todas las posibilidades de difamación e injuria, tales como el uso de tarjetas y telegramas, la jurisprudencia ha rechazado la teoría de la singularidad al expresar que: “El examen de los motivos de la ley 6132 aludida, unido al contenido del artículo 367 del Código Penal... pone de manifiesto que el propósito de dicha ley en todo su contexto es el de reglamentar el libre uso de la expresión y difusión de las ideas... y el de sancionar el mal uso que se haga de ese derecho, que al definir de nuevo en el artículo 29 de dicha ley, con casi los

mismos términos usados en el artículo 367 del Código Penal, la difamación, no se puede con ello deducir que el legislador tuvo el propósito de abrogar este último texto legal, puesto que el objeto de la referida ley no abarca la difamación y la injuria ya sancionadas por el Código Penal... que de lo expuesto resulta evidente que la ley número 6132 del 15 de diciembre de 1962, no ha abrogado el artículo 367 del Código Penal” (Boletín Judicial número 723, página 320, febrero 1971).

45) El doctor Del Giudice hace mención en su carta, además, del artículo 63 de la ley 6132, el cual expresa: “Quedan derogadas las leyes, decretos, reglamentos y otras disposiciones de cualquier clase relativos a la imprenta, el comercio de libros, a la prensa periódica o no periódica y a los crímenes y delitos previstos por las leyes sobre la prensa y los otros medios de publicaciones que sean contrarios a la presente ley”. Aunque el autor no dice la finalidad de citar ese artículo, queda claro que en modo alguno el mismo se refiere a los artículos del Código Penal, por lo que cualquier pretendida insinuación de una derogación expresa, queda descartada.

46) El Dr. Fernández, quien no niega abiertamente la existencia de la dualidad de legislaciones, critica la decisión jurisprudencial (número 44) señalando que “al emitir ese juicio los jueces de la suprema corte no repararon en el alcance del artículo 23 de la ley 6132, que al señalar los distintos medios por los cuales se pueden cometer delitos de palabras, de la prensa y de la escritura, tipificaron el elemento publicidad, hecho indispensable para la caracterización de la infracción” y añade que “no es cierto que la ley 6132 sólo sancione los que se cometen por medio de discursos, gritos o amenazas proferidos en sitios públicos, sin necesidad de ningún medio de comunicación, pues puede ser directamente, sin ningún vehículo de reproducción de la voz”.

47) Con estas argumentaciones el Dr. Fernández pretende demostrar la identidad de reglamentaciones contempladas por la ley número 6132 y del Código Penal, lo que finalmente viene a ser un desmentido a la teoría de la dualidad. Para nosotros, el error del Dr. Fernández reside primeramente en considerar que el artículo 23 de la ley 6132 contempla todas las formas de publicidad. Es preciso señalar junto a Goyet, Rousselet y Patin, que la publicidad es una cuestión de hechos (op. cit., página 603, número 874). De ahí que resulta incorrecto afirmar que el artículo 23 señala “los distintos medios por los cuales se pueden cometer delitos de palabras, de la prensa y de la escritura”.

48) El artículo 23 sí señala los diferentes medios por los cuales se puede violar la ley número 6132, pero no expresa todas las formas por las cuales se puede incurrir en el delito de difamación e injuria. La publicidad requerida por la ley 6132 sí debe someterse al patrón del artículo 23 como afirma la jurisprudencia francesa: “No solamente la publicidad es exigida, sino que ella debe realizarse por uno de los medios limitativamente especificados en los artículos 23 y 28” (Cr. 13 de junio 1890, D. P. 1. 451). Pero no solamente se puede injuriar y difamar utilizando las vías del artículo 23. Existen otras formas que han sido reconocidas por el legislador, unas veces: el delito de difamación e injuria por tarjetas y telegramas; y, en otras ocasiones, por la jurisprudencia, como el caso del envío por correo de sobres cerrados a diferentes personas (Cass. 18 de julio de 1935, D. H. 35. 495); la venta y distribución hechos fuera de sitios y lugares públicos (Cass. 16 de diciembre de 1918, S. 1918. 1. 157).

IV. Soluciones

49) Lo cierto es que las inquietudes de los Dres. Del Giudice y Fernández tienen una razón loable y atendible: Es necesario subsanar los inconvenientes que el actual sistema de duplicidad acarrea y sobre cuya solución he venido insistiendo desde hace más de 10 años (V. “La difamación y la injuria”. *Última Hora*, martes 27 de junio de 1978).

50) En la actualidad, mientras la legislación del Código Penal permite la prisión preventiva por el delito de difamación e injuria, la ley número 6132 la prohíbe. La prescripción de la ley de prensa es de apenas dos meses y para el código es de tres años, o de uno, si se tratare de una contravención. De igual manera existe diferencia en la suerte de la acción pública, pues teniendo la víctima de una violación a la ley 6132 el derecho de detener la acción pública con su desestimiento, no sucede así con aquella que se querrela a la luz de las disposiciones del Código Penal.

51) El Dr. Del Giudice sostiene que lo que se impone es el reconocimiento de la singularidad mediante la no aplicación de los artículos del Código Penal. Para el Dr. Fernández, el remedio consiste en la abrogación del contenido de esos artículos.

52) Nosotros consideramos que frente a la decisión de la Suprema Corte de Justicia, que señala la existencia de ambos

sistemas, la abolición de uno cualquiera de los dos acarrearía problemas de difícil solución práctica, por lo que somos partidarios de la uniformidad de reglamentaciones dentro del pluralismo legislativo de esos delitos. La solución consistiría a nuestro modo de ver, en llevar al Código Penal las innovaciones que sobre los diferentes aspectos señalamos precedentemente.

Carácter fragmentario y subsidiario de la jurisdicción penal de adolescentes y el fin de la sanción*

Miguel Ernesto Valerio Jiminián**

* Coloquios Jurídicos, Enero del 2004 - Diciembre del 2006, año 21, número 14, páginas 7-21.

** MIGUEL ERNESTO VALERIO JIMINIÁN. Profesor de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra en Derecho Procesal Penal y Derecho Penal Parte General. Posee Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Penal y Ciencia Penal por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, Doctorado en Derecho Penal y Ciencias Penales por esta misma universidad.

Carácter fragmentario y subsidiario de la jurisdicción penal de adolescentes y el fin de la sanción

Palabras claves: (1) Interés superior del niño, niña y adolescente; (2) Principio de educación; (3) Sanción; (4) Justicia especializada; (5) Última ratio; (6) Prevención general; (7) Prevención especial; (8) Grupos etáreos; (9) Medios alternativos de solución de conflictos.

1. Introducción.

2. La mínima intervención del Estado en la solución de los conflictos en que se encuentran involucrados menores.

2.1 La especialización de la justicia de adolescentes, primera garantía de la mínima intervención.

2.2 El principio de grupos etáreos.

2.3 Medios sustantivos o procesales en la solución alternativa de conflictos, la subsidiariedad del juicio penal.

3. La finalidad de la sanción en la jurisdicción penal de adolescentes.

3.1 El principio educativo, el interés superior y la prevención especial positiva.

3.2 La otra cara de la moneda: prevención general como finalidad de la sanción.

4. Conclusiones.

1. Introducción

El principio de subsidiariedad tiene por finalidad limitar el *ius puniendi* del Estado. En esencia, la sanción penal constituye el último mecanismo al que debe recurrir, en principio, el Estado para solucionar los conflictos sociales. Antes de proceder a utilizar la pena para castigar a un presunto infractor a la ley penal, el Estado debe recurrir a mecanismos alternativos de solución de conflictos cuando son lesionados bienes jurídicos. Entre estos mecanismos

alternativos de solución de conflictos encontramos la política social, las acciones civiles, las sanciones administrativas, entre otras.

De ahí que la pena es considerada “la última ratio de la política social¹ y se le reconoce una misión subsidiaria de protección de bienes jurídicos².

Aun en las ramas del derecho penal, la subsidiariedad y el carácter fragmentario de la pena como medio de solución del conflicto tienen una finalidad de última ratio. De ahí que el ordenamiento jurídico penal, en sentido amplio, tiene mecanismos alternativos de solución, entre estos: el principio de oportunidad, la conciliación y la suspensión condicional del procedimiento y la pena. En este sentido, el principio fundamental de solución de conflictos del nuevo Código Procesal Penal establece que: “el proceso penal tiene el carácter de medida extrema de la política criminal”.³

En la jurisdicción penal del adolescente, el carácter fragmentario y subsidiario de la sanción tiene un plus adicional, en virtud del principio fundamental del interés superior del niño, niña y el adolescente y el principio de educación de toda medida jurídica en perjuicio del menor. El principio del interés superior tiene por finalidad, en sentido general, que toda medida en relación con un adolescente debe contribuir con su desarrollo integral, aun las sanciones.⁴

Una vez establecida en un juicio contra un adolescente, la necesidad de imponer una sanción de índole penal, ella tiene que tener por finalidad la reinserción social del adolescente a la sociedad. En este sentido, la Convención sobre los derechos del

1 Cfr. Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, primera edición, Madrid, 1997, p. 65.

2 Mir, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 7ma. Edición, Barcelona, 2004, p. 127. Considera que el principio de subsidiariedad y el carácter fragmentario integran el llamado principio de intervención mínima del Derecho Penal.

3 Cfr. Artículo 2 del Código Procesal Penal.

4 El Principio V de la Ley 136-03, Código para el Sistema de Protección y Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes, establece que “El principio del interés superior del niño, niña y adolescente debe tomarse en cuenta siempre en la interpretación de este Código y es de obligatorio cumplimiento en todas las decisiones que les sean concernientes. Busca contribuir con su desarrollo integral y asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales.”

niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en fecha 20 de noviembre de 1989, establece que las medidas necesarias para todo niño, de quien se alegue que ha infringido las leyes, debe promover su reintegración y que éste asuma una función constructiva en la sociedad.⁵

La sanción en la jurisdicción de menores tiene, en principio, unas finalidades preventivas especiales dirigidas al autor. Sin embargo, en nuestra opinión estas finalidades establecidas en la legislación de menores no excluyen otras finalidades preventivas generales dirigidas a la comunidad, a nuestro entender por necesidades políticas criminales.

El presente estudio tiene por objeto establecer empíricamente la materialización de los principios de subsidiariedad y fragmentación en el ámbito represivo de la legislación de menores. Además, las finalidades de la sanción privativa de libertad, en caso de ser necesaria su imposición en un juicio adolescentes.

2. La mínima intervención del Estado en la solución de conflictos en que se encuentran involucrados menores

Los principios de subsidiariedad y fragmentación de la sanción en el ámbito de menores son transversales a todas las medidas represivas del Estado en esta materia. En este sentido, las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, “Reglas de Beijing”, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, en su artículo II.I estipula la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes sean estas tribunal, corte, junta, etc., para que lo juzguen oficialmente. La finalidad de estos principios plasmados en las Reglas de Beijing es mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento de la administración de justicia de menores, por ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia (Comentario al artículo II.I de las Reglas de Beijing).

5 Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La normativa especializada de protección del menor dominicana establece diferentes salidas al proceso penal y sistemáticamente ubica la restricción del derecho fundamental a la libertad como una medida extrema y limitada en la jurisdicción represiva especializada de adolescentes. Estos medios alternativos de resolución de conflictos pueden ser propiamente alternos al juicio penal o intrínseco al mismo con varios principios rectores que ratifican el principio de subsidiariedad. Estos principios rectores son el de justicia especializada, el del procedimiento especial, de confidencialidad, de contradictoriedad del proceso, de participación, de privación de libertad en un centro especializado, entre otros. A continuación procedemos a definir, a grandes rasgos, en qué consiste materialmente la especialización de la justicia.

2.1 La especialización de la justicia de adolescentes, primera garantía de la mínima intervención

La especialización de la jurisdicción de adolescentes puede ser considerada, a nuestro entender, como un aspecto formal de aplicación del principio de subsidiariedad en el juicio a estas personas. Los órganos encargados de la administración judicial correspondientes a la persona adolescente son especializados. En este sentido, su naturaleza es cercana a un órgano que tiende a educar, teniendo reglas basadas en el principio educativo y el interés superior del adolescente juzgado.

Este principio educativo se ve reflejado en la publicidad de la audiencia que debe ser limitada a las partes envueltas en el proceso, so pena de nulidad. Esta audiencia deberá ser oral, privada y contradictoria (artículo 305, ley número 136-03). Esta prohibición de publicidad es un principio rector de esta justicia especializada y se extiende desde la comisión de la infracción hasta el juicio. El adolescente imputado tendrá derecho a: “No ser presentado nunca ante los medios de comunicación, ni su nombre ser divulgado, así como su domicilio, nombre de sus padres o cualquier rasgo que permita su identificación”. (Literal K, artículo 246, ley número 136-03) Otro rasgo característico de la especialización de la jurisdicción de menores es el no uso de togas y birretes por los jueces, fiscales y abogados con la finalidad de crear un ambiente que facilite las comunicaciones con niños, niñas y adolescentes envueltos en el proceso (artículo 210, párrafo III, ley número 136-03).

La especialización de la jurisdicción penal de adolescentes tiene por objeto que el adolescente sienta lo menos posible la pena natural del juicio y, como podemos observar, crea un ambiente favorable al adolescente imputado evitando o, mejor dicho, reduciendo los efectos negativos del proceso judicial.

2.2 El principio de grupos etéreos

Otra de las características de esta jurisdicción es la aplicación de sanciones atendiendo a grupos etéreos. Ello se debe a que toda la jurisdicción penal de menores es atenuada y con diferencias fundamentales de la legislación de adultos por el grado de culpabilidad de menores.

El artículo 223 de la ley número 136-03 diferencia tres grupos etéreos para la aplicación de medidas cautelares y sanciones de cualquier índole. En primer lugar, los menores de 13 años no son responsables penalmente, por tanto no pueden ser detenidos, ni privados de su libertad, ni sancionados por autoridad alguna. En segundo lugar, está el grupo de adolescentes que comprenden una edad entre 13 y 15 años inclusive. Finalmente, el grupo comprendido entre los 16 años hasta alcanzar la mayoría de edad.

En este orden de ideas, en el caso excepcional de ser necesaria la privación de libertad, en un centro especializado de un adolescente infractor, esta sanción será aplicada en función de la edad. El artículo 304 de la ley número 136-03 establece que para el grupo comprendido entre los 13 y 15 años inclusive, el período de duración de esta medida será de uno a tres años. Por su parte, para el grupo comprendido entre los 16 años hasta la mayoría de edad será de uno a cinco años. Como podemos observar, la duración mínima es igual en ambos casos.

La división en grupos etéreos se debe a que el adolescente se encuentra en desarrollo y a mayor cantidad de años se presupone mayor madurez y por ende responsabilidad penal. Además, y como veremos al tratar las finalidades de la sanción, todas tienen como principio la rehabilitación del adolescente infractor.⁶

6 En este sentido, las Reglas de Beijing, en el comentario sobre la mayoría de edad establecen: "La edad mínima a efectos de responsabilidad penal varía considerablemente en función de factores históricos y culturales. El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal; es decir, si puede considerar al niño, en virtud de su discernimiento

2.3 Medios sustantivos o procesales en la solución alternativa de conflictos, la subsidiariedad del juicio penal

A los fines del presente estudio serán considerados medios sustantivos o procesales aquellos que mediante una decisión definitiva sobre el fondo solucionan el conflicto. A su vez estos mecanismos pueden ser propiamente alternativos a la jurisdicción penal o intrínsecos a la misma. Los medios propiamente dichos son aquellos mediante los cuales se renuncia a la fase de juicio y de manera alternativa al conflicto se busca una solución. Estos medios han sido utilizados en otros países con mucho éxito y se han impuesto un sinnúmero de medidas alternativas con la finalidad de que el menor no entre en la fase de juicio, principalmente, en delitos de bagatela.

Los medios intrínsecos a la jurisdicción penal se encuentran establecidos en la ley número 136-03. Estos procedimientos son parte del engranaje procesal y como bien estipula el artículo 245 de la ley son formas de terminación anticipada del juicio. En este sentido dicho artículo estipula lo siguiente: “El proceso penal de la persona adolescente puede terminar en forma anticipada por aplicación: (a) Del principio de oportunidad de la acción pública; (b) La conciliación; y (c) La suspensión condicional del procedimiento⁷. En estos procesos la víctima debe ser indemnizada previamente como parte de la solución anticipada al conflicto.

Los medios de solución alternativa son la característica más importante de la subsidiaria del proceso penal de la persona adolescente. Esto se debe a que lo importante es la reinserción social del adolescente infractor y no la retribución del castigo como veremos en el próximo acápite sobre las finalidades de la sanción en materia de menores. Además, los procesos alternativos buscan que el menor no sufra la pena natural del juicio.

y comprensión individual, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial. Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido. En general, existe una estrecha relación entre el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo o criminal y otros derechos y responsabilidades sociales (como el estado civil, la mayoría de edad a efectos civiles, etc.).”

⁷ En el presente estudio no explicaremos en qué consisten cada uno de estos mecanismos de terminación anticipada del proceso, pues el objeto es únicamente determinar el carácter fragmentario de la jurisdicción penal de adolescentes.

La finalidad de la sanción en la jurisdicción penal de adolescentes

Aunque parecería contradictorio hablar de sanción en materia de infractores adolescentes, no existe ningún término que podríamos asignar al castigo. El castigo en sí es sufrimiento para quien lo padece, “un mal”⁸. Por este motivo, el legislador designa como sanción a las penas establecidas en la legislación de menores; aunque se trata de evitar el concepto pena, de alguna forma con la imposición de las sanciones se restringen derechos fundamentales. A continuación procedemos a estudiar la finalidad de las sanciones en los menores de edad.

3.1 El principio educativo, el interés superior y la prevención especial positiva

La prevención especial, en sentido general, es aquella función de la pena que se dirige al infractor. Esta tiene por finalidad la protección de la sociedad con el aislamiento del delincuente, su intimidación y disuasión personal mediante la pena y evitar la reincidencia con su reinserción en la sociedad. Al aislamiento y disuasión individual del delincuente se le considera prevención especial negativa; por su parte, la reinserción social es considerada prevención especial positiva. En el caso de los adolescentes infractores estaríamos hablando de prevención especial positiva.

El carácter *sui generis* de la sanción en la jurisdicción de menores es su finalidad. “La finalidad de la sanción es la educación, rehabilitación e inserción social de las personas adolescentes en conflicto con la ley penal, y es deber del juez encargado de la ejecución de la sanción velar porque el cumplimiento de toda sanción satisfaga dicha finalidad”. (Artículo 326 ley número 136-03).

Es decir, el rol principal corresponde al menor y las sanciones tienen, en principio, una finalidad preventiva especial positiva por estar dirigidas a la rehabilitación e inserción social del menor⁹.

8 Bien lo afirma Llobet, Javier (“La sanción penal juvenil”, en el libro *De la arbitrariedad a la justicia: Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, Costa Rica, 2000, p. 229), cuando establece que a pesar de la vigencia del principio educativo en el Derecho Penal Juvenil en la fijación y ejecución de las sanciones, no debe olvidarse que las mismas constituyen, como todo tipo de sanciones de Derecho Penal, un ‘mal’ y no un ‘bien’ para el niño, ya que implican una restricción de bienes jurídicos.

9 En este sentido, Cfr. Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, p. 87, plantea que “La Teoría

De ahí que existan sanciones socio-educativas, órdenes de orientación y, supervisión y, como medida extrema, sanciones privativas de libertad.¹⁰

Las sanciones privativas de libertad tienen en esta jurisdicción un carácter excepcional y sólo pueden ser aplicadas cuando la persona fuere declarada responsable, por sentencia irrevocable, de la comisión de por lo menos uno de los siguientes actos infraccionales: Homicidio, lesiones físicas permanentes, violación y agresión sexual, robo agravado, secuestro, venta y distribución de drogas y las infracciones a la ley penal vigente que sean sancionadas con penas de reclusión mayores de cinco años (artículo 339, ley número 136-03). El carácter subsidiario de la sanción privativa de libertad confirma el principio de mínima intervención del derecho penal en el ámbito de menores. En esta materia es preferible la imposición de sanciones alternas a la prisión, como las socioeducativas.

En fin, la finalidad de las sanciones antes expuestas, en materia de delincuencia juvenil, no da lugar a dudas de su misión preventiva especial positiva. En materia de menores es mejor prevenir que sancionar. Por este motivo, en el ámbito internacional se han aprobado normas para velar por la prevención de la delincuencia juvenil, en vez del castigo puro y simple.

Las Naciones Unidas aprobaron las Directrices para la Prevención de la Delincuencia juvenil, en Asamblea General, con la resolución número 45/112 de fecha 14 de diciembre de 1990, denominadas Directrices de RIAD. Esta normativa en la directriz número I establece que: “La prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad. Si los jóvenes se dedican a actividades lícitas y socialmente útiles, se orientan hacia la sociedad y enfocan la vida con criterio humanista, pueden adquirir actitudes no criminógenas”.

preventivo especial sigue el principio de resocialización, que entre sus partidarios se encuentra hoy en primer plano, sus méritos teóricos y prácticos resultan evidentes. Cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho Penal, en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio de Estado Social.”

10 El presente estudio no analizará las sanciones establecidas en el ordenamiento legal por no ser su objeto y sólo se limitará a la finalidad principal de las mismas.

3.2. La otra cara de la moneda: prevención general como finalidad de la sanción

No obstante, y fruto de las modernas corrientes político criminales a nuestro entender la sanción, en el caso de los menores, adicionalmente tiene una finalidad de prevención general frente al colectivo de los adolescentes. La finalidad preventiva general es aquella que va dirigida a todos los miembros de la comunidad por efecto disuasivo de las penas. Este tipo de prevención tiene un aspecto negativo mediante la disuasión de otros jóvenes de cometer infracciones por el efecto infame de las penas, de ahí que también se le denomina prevención general negativa. De este modo, la nueva legislación de protección a menores aumentó la pena hasta un máximo de tres años para el grupo etáreo comprendido entre trece y quince años inclusive. Y hasta cinco años para el grupo etáreo comprendido entre quince y dieciocho años inclusive¹¹. Ello demuestra el mensaje que envía la nueva normativa en materia de menores de edad.

Adicionalmente, la pena tiene un aspecto positivo por reconfirmar o restablecer la norma desestabilizada con el comportamiento ilícito del menor. El derecho deber ser reafirmado o reconfirmado cada vez que es cuestionado por los ciudadanos. La pena es el *out put* que produce una conducta antijurídica. Ella tiene por objeto demostrar que la norma conserva su validez pese al cuestionamiento por un individuo. Esta prevención es considerada positiva por tener este efecto en el sistema jurídico penal.

En fin, la finalidad de la sanción en materia de menores no es sólo preventiva especial por su carácter educativo y de rehabilitación del menor, sino que también tiene efectos sobre todo el conglomerado juvenil de forma preventiva general, en sus dos vertientes. Por un lado, la sanción tiene un efecto disuasivo sobre otros jóvenes para que no cometan delitos. Por el otro lado, un efecto positivo por revalidar la norma violentada por un acto antijurídico.

¹¹ La ley número 14-94, Código para la protección de niños, niñas y adolescentes, sólo establecía una sanción máxima de dos años (2) para el niño mayor de 12 años.

Conclusiones

La justicia juvenil es una medida de última ratio por parte del Estado para combatir este tipo de problemática social. Este fenómeno se manifiesta en dos vertientes diferentes. Por un lado, el ámbito jurídico penal es una medida extrema en la prevención del delito de los adolescentes y, por el otro, en el carácter excepcional de las sanciones, principalmente la medida de internamiento en centros especializados.

La última ratio de la jurisdicción penal juvenil puede ser verificada en la especialización de esta jurisdicción y en su finalidad de desarrollar integralmente al niño, mediante el cumplimiento de los principios del interés superior del niño y del principio educativo. Así como en la división en grupos etáreos para asignar responsabilidad penal al menor de edad, atendiendo a su grado de madurez (culpabilidad), correspondiendo en principio a mayor edad mayor grado de sanción y viceversa. Finalmente, en la confidencialidad de la jurisdicción de menores que no permite identificar al menor y prescribe que las audiencias son privadas, a diferencia de los juicios de los adultos.

En lo que se refiere al carácter excepcional de las sanciones privativas de libertad, ello puede determinarse en el grado sistemático que asigna la ley 136-03, Código para el sistema de protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes. En este sentido, el artículo 290, sobre privación provisional de libertad, define esta medida cautelar como excepcional. Así también el artículo 336 establece que: “la privación de libertad es una sanción de carácter excepcional que deberá aplicarse cuando no sea posible aplicar ninguna otra sanción...”

Finalmente, aun en el caso de ser necesaria la aplicación de una sanción privativa de libertad, ésta tiene finalidades principalmente de prevención especial positiva, por buscar la reinserción y rehabilitación del menor con base en los principios de educación y el interés superior del adolescente. Aunque también por razones de política criminal, la sanción tiene finalidades de prevención general.

Responsabilidad penal de los administradores*

Francisco Manzano**

* Coloquios Jurídicos, Septiembre 2008 - Diciembre 2009, año 24, no. 15, páginas 74-90.

** FRANCISCO MANZANO. Magíster en Derecho Empresarial egresado de la Universidad de Alcalá de Henares, España; Magíster en Derechos de los Negocios Corporativos, de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), Santo Domingo, pendiente de tesis. Abogado del Departamento de Litigio de la prestigiosa firma Russin Vecchi – Heredia Bonetti.

Responsabilidad penal de los administradores

Es difícil estructurar en nuestro país un análisis académico de la responsabilidad penal de los administradores cuando existe muy poca literatura escrita que describa y analice los propios ilícitos que se derivan de la administración de una empresa;¹ lógico es pensar que para evaluar la responsabilidad es necesario considerar los ilícitos *per se*.

Sin embargo, aun cuando no quiero dar por conocido el conocimiento de cada ilícito prefiero abordar, en primeras entregas, una visión integral de la responsabilidad de los administradores a la luz de las nuevas teorías del derecho penal moderno para luego analizar y tratar de clasificar los delitos societarios creados con la nueva legislación de sociedades y hacer mis críticas -positivas y negativas- al respecto.

Aclarado lo anterior, es dable indicar, antes que todo, que la responsabilidad penal de los administradores nace desde el momento en que el derecho penal empresarial ² entiende que algunas actividades empresariales o hechos ocurridos en el seno del intercambio de productos, bienes y servicios, deben ser sancionados para lograr una mayor protección y seguridad jurídica por parte del Estado de las transacciones comerciales (tráfico económico). Generalmente, los nuevos ilícitos van dirigidos y la responsabilidad se compromete cuando existe una omisión u acción que afecta un bien jurídico protegido, partiendo del incumplimiento de una obligación del deber (obligaciones fiduciarias y lealtad en la administración).

1 Tenemos que considerar a la empresa definida por la doctrina como "una organización de producción de bienes o de servicios destinados a ser vendidos con la esperanza de realizar beneficios". Según el profesor Jorge Marcelo Ilharresondo, cita a Fontanarrosa y dice que tal definición desprende las características particulares que estructuran una empresa: "a) la empresa es una organización, es decir, un ente complejo; b) apta para producir no sólo bienes materiales sino inmateriales (servicios); c) dichos bienes están destinados al cambio, es decir al mercado general; d) la actividad se realiza con propósitos de obtener beneficios". Ver Rodolfo Fontanarrosa, Derecho Comercial Argentino, 1. Parte General, Buenos Aires, Argentina, Zaladía Editora, 1988, pp.174 - 175.

2 Se habla con total libertad en países como Alemania, Francia, Estados Unidos y España, sobre todo, que existe una rama del derecho penal llamada derecho penal de los negocios, derivada como sub-rama del derecho penal económico.

Tradicionalmente, las conductas delictivas sancionadas penalmente se correspondían a hechos comunes³ (delitos de lesión) que eran aborrecidos por los individuos de una determinada sociedad, ya sean estos de carácter meramente personal (homicidios, golpes, heridas, etc.), patrimonial (robo, abuso de confianza y demás) y los relacionados con el Estado (conspiración, paz pública y delitos de traición); sin embargo, existían conductas cometidas desde el seno de lo que denominamos posteriormente “empresa”, que si bien eran reprochables, no eran consideradas como ilícitos penalmente relevantes.

Además, con mucha frecuencia el esquema de los ilícitos contenidos tradicionalmente en los Códigos Penales Napoleónicos no alcanzan a ser aplicables a los hechos ocurridos actualmente dentro y fuera de una empresa; el crimen se ha organizado para conocer las lagunas de las normas y eso ha impedido más que una construcción eficiente del ilícito desde el punto de vista positivo (definición penal del ilícito en una ley), ha limitado la persecución de estos actos reprochables; se agrega además la indiferencia social por parte de los ciudadanos en esta clase de ilícitos donde no existe un afectado en particular.

No obstante, lo que abordamos en las presentes líneas sujeto de ser ampliado en posteriores escritos, es una visión integral y detallada de “cuándo” y “cómo” un administrador realmente compromete su responsabilidad en las diferentes vertientes de la responsabilidad penal empresarial, ya sea ésta frente a los socios (responsabilidad penal societaria), o frente a los terceros (responsabilidad penal tradicional o propiamente dicha) o, en su caso, frente a las autoridades administrativas (responsabilidad penal administrativa).

3 Cuando se aborda la problemática del derecho penal tradicional los ilícitos empresariales con frecuencia no encajan, ya que los delitos descritos en nuestros Códigos Penales generalmente están orientados a verse configurada una lesión o daño en concreto, de no ser así lo que se configuraría sería no más que una tentativa del delito. Estos delitos van dirigidos esencialmente a castigar un daño creado, mientras que los delitos empresariales en su mayoría van destinados a sancionar el hecho de no cumplir con un deber, importando en segundo plano si existe o no un daño o lesión en concreto directamente sobre el protegido por la norma.

Responsabilidad penal societaria

Cada tipo de responsabilidad enmarcada académicamente tiene un aspecto y origen diferente, debido a que cada bien jurídico⁴ protegido por la norma es diferente y la actividad o conducta atípica que sanciona el legislador son igual de disímiles⁵; y es importante delimitar cuando estamos en uno u otro caso, porque lo que un juez va a identificar y lo que las partes deben probar en cada caso será totalmente diferente; además, de que, por su parte, los daños y perjuicios que se repararán eventualmente tienen escalas diferentes.

Por un lado, la responsabilidad penal societaria va dirigida a sancionar a los administradores que responden a obligaciones frente a los accionistas, por tanto conlleva estructuralmente una exigencia del cumplimiento de un “deber” y, a su vez, dependiendo del caso, una afectación directa o indirecta a la “propiedad”. De manera que la responsabilidad en este tipo de ilícitos está en su mayoría dirigida a preservar la administración del negocio, la propiedad y el patrimonio de los accionistas frente a aquel que recibe el mandato para administrarlo como bien de familia o como un buen hombre de negocios. Es dable aclarar que este tipo de infracciones tienen, como lo veremos más adelante, un elemento de confianza depositado en el administrador que cuando es resquebrajada y éste en tal condición no ha hecho ningún tipo de acción tendente a disminuir su impacto, queda comprometida su responsabilidad penal y civil concomitantemente.

Lo lógico sería pensar que el administrador sea quien debería probar que su actuación estuvo apegada a los mejores intereses de la empresa, pero lo cierto es que lo fáctica y jurídicamente correcto es que la empresa sea quien demuestre el comportamiento ilícito del administrador, habidas cuentas de que tiene en sus

4 Se hace referencia a un “bien jurídico protegido” cuando el legislador detrás de sancionar un comportamiento prevé de su parte una protección a favor del hecho sancionado. Es decir, si el legislador sanciona la lealtad empresarial o la administración indebida, es porque protege varios bienes jurídicamente protegidos, en estos casos, la lealtad y la administración pulcra. Esto tiene un interés jurídico de saberse, porque de todo ello va a depender la prueba, la persecución y qué es lo que verdaderamente está sancionado penalmente para cuando así lo invoque una víctima.

5 Cabe advertir que de ocurrir una paridad o igualdad de bienes jurídicos protegidos por diferentes artículos o normas nos encontramos ante concurso de leyes o normas, esto ocurre cuando el legislador protege un bien jurídico con varios ilícitos (ejemplo: el derecho de propiedad, a través de la estafa, el robo, el abuso de confianza, etc.; en este caso ese derecho se encuentra protegido por varios ilícitos). Evidentemente, para resolver cuál es el que aplica se acude al concurso real de infracciones y el mayor desvalor creado por el hecho subsume el desvalor menos afectado en la norma violada.

manos los medios de prueba y los fondos para ello, si ha lugar; y se reserva que en algunas circunstancias sea el administrador quien deba probar que su comportamiento ha sido apegado a la norma y a una actuación prudente a pesar de los daños. En este último caso, cuando por el tipo de irregularidad ocurrida la empresa no pueda probar el ilícito, ya sea por lo delicado del caso o porque ocurra una destrucción de las pruebas por parte del administrador, corresponde entonces a éste demostrar y probar que su comportamiento sí ha sido correcto. Una aseveración en contrario daría lugar a crear un clima empresarial de impunidad en favor de los administradores -que son los que manejan el día a día de la empresa- que no es aceptada por el derecho.

Lo cierto es que este tipo de responsabilidad va dirigida no sólo con la intención de preservar un derecho a la propiedad de quien se sienta afectado (los socios) por el ilícito, sino que la protección de la norma se extiende indirectamente a encarar un espectro “social” relevante, ya que la propia sociedad de manera indirecta se ve afectada por el comportamiento sancionado cuando se ve obligado a través del aparato represivo del Estado (tribunales) a cerrar u ordenar el cese temporal de las actividades comerciales de la empresa. De igual manera, los trabajadores verían afectados sus ingresos debido a la posible pérdida de sus trabajos.

No obstante, por la configuración propia de este tipo de responsabilidad (societaria), los trabajadores, los acreedores y demás relacionados, en principio no tienen legitimación activa para iniciar persecuciones penales, debido a que en estos sólo quienes han aportado al patrimonio social de la empresa y por otorgar mandato, poder y confianza al administrador, son los que retienen la legitimación activa para perseguir penalmente los ilícitos societarios definidos en la Ley de Sociedades y demás legislaciones complementarias.

La responsabilidad de los administradores frente a los “trabajadores” no se compromete vía responsabilidad societaria, ya que su relación es temporal y directamente con la sociedad como persona jurídica diferente que es quien realmente los ha contratado.

Aprovecho la ocasión para aclarar que, aun cuando los administradores comprometen su responsabilidad penal frente a los trabajadores por el incumplimiento de alguna ley creada a su favor (Seguridad Social, Laboral, etc.), no lo hacen dentro de la responsabilidad penal societaria, sino dentro de la responsabilidad

penal de derecho común, la cual tiene sus propias reglas y sus medios de pruebas.

Como ejemplo de lo anterior, están los casos de no inscripción a la seguridad social, violación a la libertad sindical y violación a la protección del salario, etc. Pero, reiteramos, este tipo de responsabilidad está enmarcada dentro de la responsabilidad penal frente a terceros o propiamente dicha; ya que en este último caso la protección jurídico-penal no va dirigida a salvaguardar el patrimonio ni proteger las violaciones al mandato que reciben los administradores de los accionistas, sino que violenta otros bienes jurídicos protegidos. He aquí la importancia de retener la diferencia del bien jurídico protegido para entender cual tipo de responsabilidad es imputable en cada caso.

Ahora bien, conviene preguntar ¿por qué es dable analizar la responsabilidad de los administradores dentro del derecho societario? La respuesta se enmarca dentro de las reformas que se han incorporado en nuestro país recientemente, y estamos hablando de la tan controversial Ley 479-08 del 11 de diciembre de 2008, que regula las Sociedades Comerciales y Empresas de Responsabilidad Limitada (en lo adelante “Ley de Sociedades”).

Si se hace un examen jurídico detenido de la ley indicada podremos encontrar, a partir del Título III, las disposiciones penales relativas a las sociedades comerciales y a las empresas individuales de responsabilidad limitada; en ese contexto jurídico-penal se tratan las infracciones que los administradores sociales pudieran cometer en la formación de la sociedad, vigencia, disolución y liquidación societaria.

No escondo mi pesar por los tantos ilícitos creados en la norma, que a veces me hace reflexionar sobre si se trata de una ley eminentemente societaria o el desprendimiento de la parte del Código Penal de un Estado dirigido a sancionar los delitos societarios.

En España, por citar un ejemplo, las Leyes tanto de Sociedades Anónimas como de Sociedades de Responsabilidad Limitada, no prevén articulados penales sino que remiten al Código Penal Español. Nos sorprende cuando estudiamos al Profesor Luzón o Silva que evidencian que, en el Código Penal Español, sólo existen no más de cuatro o seis artículos específicos relacionados con los delitos societarios (existen otros que indirectamente les aplican). Evidentemente, en esos pocos ilícitos se enmarcan hechos tan

genéricos que los abarca casi todos, tal como nosotros hemos hecho con los 5 artículos que regulan nuestra responsabilidad civil. En resumidas cuentas, todo se trata de una laboriosidad e ingeniería legal de la jurisprudencia.

Esa inflación de regulación penal hace que ningún administrador se escape a ser sancionado penalmente en algún momento de su actividad empresarial, lo que no es propio, más cuando en la actualidad el Estado se inclina más a una supervisión efectiva que a un sancionamiento penal propio.

No obstante, procede analizar desde el punto de vista académico la construcción de la responsabilidad penal de los administradores en la nueva Ley de Sociedades.

a) Elementos que componen la responsabilidad penal societaria

El administrador como sujeto responsable

En el esquema actual de nuestra legislación la responsabilidad penal societaria se encuentra en su mayoría en la nueva Ley de sociedades. Sin embargo, en algunas otras legislaciones tenemos ilícitos penales especiales para cuando la administración se trate de sociedades de sectores “regulados”, tal es el caso de la materia bancaria, seguros, telecomunicaciones, entre otras. Además, se agregan ilícitos derivados de leyes que no están dirigidas a un sector en específico sino que son de la generalidad y común a cualquier sociedad comercial. Estamos en estos casos cuando hablamos de leyes de lavado, de competencia, y de infracciones contenidas en nuestro derecho penal clásico (cheques, tránsito, delitos de abuso de confianza, estafa), entre otras.

Antes de pasar a analizar al administrador como sujeto responsable, debemos ver dentro de qué tipo de delitos cae la responsabilidad de los administradores. La respuesta no la encontramos en nuestra ley de sociedades sino en el análisis que hace la doctrina y la jurisprudencia extranjera, y que enmarca a este tipo de responsabilidad dentro de lo que denominan “delitos especiales”. Esto es importante retenerlo ya que sólo pueden cometer estos ilícitos, y por ende ser responsables de ellos, quienes administren y ostenten la condición de “administradores” o “gerentes” jurídicos o de hecho. No pueden considerarse responsables aquellos que no ejercen funciones de administrador ya sea como administrador único, solidario, mancomunado, colegiado o de hecho.

Esto así, porque la responsabilidad tiene lugar sólo cuando el administrador actúa en su carácter de tal, es decir, cuando actúa como órgano social, pues las sociedades (anónimas o limitadas) adoptan una estructura orgánica y no contractualista, por lo que a la responsabilidad derivada del incumplimiento de las funciones inherentes al cargo quedan sujetas las personas físicas titulares de la condición de órgano, y no cuando actúa como mero socio o particular. Es decir, no será responsable como administrador, por ejemplo, cuando vende acciones ocultando la existencia de ciertas deudas tributarias de la sociedad.⁶ Ahora bien, legalmente es quien debe ser considerado como administrador en una sociedad comercial, para así individualizarlo e imputarle una conducta atípica sancionable y a luz del derecho penal.

La actual ley de sociedades da una definición de lo que se debe considerar como administrador, y señala en su artículo 26 que “los administradores o gerentes tendrán a su cargo la gestión de los negocios sociales, además representarán a la sociedad, salvo que la ley, el contrato de sociedad o los estatutos sociales atribuyan las funciones de representación a alguno o algunos de ellos o establezcan cualquier otra modalidad de representación para la actuación frente a terceros”.

Desde el punto de vista de la ley, un administrador es quien está a cargo de la gestión de los negocios sociales. De ahí se parte que es la persona que toma la dirección del patrimonio.

Por su parte, la Ley prevé el principio de la delegación de sus poderes de administración (artículo 25 de la LS) pero estos quedan responsables frente a la sociedad de los actos que deleguen, pero se debe aclarar que esta responsabilidad si bien podría ser penal debemos de verla dentro del contexto de la personalidad de la pena y persecución penal, ya que si el delegado comete una infracción penal, sólo su responsabilidad penal queda comprometida; ahora bien, cabe preguntarnos ¿cuándo la responsabilidad penal del delegante queda comprometida? La respuesta está en el tipo de delito cometido, ya que si se trata de delitos de omisión (propia o impropia) que conlleva una obligación de deber o de cuidado frente al delegatario, se compromete su responsabilidad.

En estos casos, nos encontramos con los delitos de obligación de comunicación que prevé la Ley de Sociedades, cuando obliga

⁶ Roberto García González, “El administrador como sujeto responsable”, *Noticias Jurídicas*, Revista Digital; web site <http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho Mercantil/200802-25897463154623.html>

a que los administradores comuniquen al Registro Mercantil la información requerida. Es responsable tanto el delegatario como el delegante si no hizo sus esfuerzos para que el primero de estos cumpla con la obligación que estaba a su cargo, en este caso estamos frente a una omisión de un deber reprochable penalmente.

Sin embargo, también tenemos al “administrador de hecho” como sujeto responsable penalmente. En este caso, el legislador ha sido sabio al definir al administrador como la o las personas que tengan a su cargo la gestión de una determinada empresa. De ahí que, cuando una persona gestione los destinos del patrimonio social, será la responsable directa frente a los socios aun cuando no esté nombrado por los órganos sociales que corresponda. Por tanto un administrador no podrá eximirse de responsabilidad al invocar que por su condición irregular (falta de nombramiento por los órganos, nulidad del mandato o del nombramiento como tal, irregularidad del mismo, vencimiento del periodo para el cual fue nombrado, etc.) no debe ser considerado responsable.

El administrador, de hecho, sólo puede ser considerado no responsable cuando comunica e inscribe la cesación de sus funciones ante el Registrador Mercantil, de lo contrario siempre compromete su responsabilidad.

Quid del Consejo de Administración, de los administradores conjuntos, solidarios y mancomunados.

Tiene particular importancia saber que nuestro sistema legal prevé que sólo es responsable por el hecho personal. Sin embargo, cuando el ilícito proviene de una administración conjunta como en el caso de las Sociedades Anónimas a través del consejo de administración o en las de Responsabilidad Limitada donde existan gerentes conjuntos, solidario o mancomunados, es importante saber cuándo y cómo se compromete la responsabilidad.

Aunque en algunos casos el hecho puede ser imputado a todos los miembros de un consejo de administración, la obligación de un juez debe estar en individualizar el grado de participación de cada administrador. Esto quiere decir que cuando la obligación es exigida de manera general a todos los miembros, la imputación penal recae sobre todos al mismo tiempo, pero quienes estén más obligados a cumplir tal cuestión o sepan de la irregularidad con mayor vehemencia son los que deben ser sancionados más

drásticamente e, inclusive, ser los demás liberados cuando se acojan circunstancias atenuantes.

Un ejemplo de lo anterior está en las entidades bancarias o de intermediación financiera, donde se les exige al consejo de administración (por ser obligatoriamente Sociedades Anónimas) que comuniquen informaciones y datos a la Superintendencia de Bancos dentro de un período determinado de tiempo, entre otras obligaciones más. En este caso, todos los miembros del consejo de administración son responsables de tal incumplimiento, ya que todos por igual están obligados a cumplir con ese precepto legal.

No puede un administrador dentro de un consejo para liberarse de responsabilidad penal, decir que él no tenía la administración ni el control real para cumplir esa obligación, o, en su caso, que no podía determinar si la información era o no válida de la contenida en los informes financieros, ya que él, en su condición de administrador, no sólo participa de los beneficios del negocio sino que también asume por su condición ciertas obligaciones dentro de las cuales está indagar siempre que los datos ofrecidos y aprobados por él en el consejo son verídicos. Si alberga alguna duda, debe dejarla constar en las reuniones que se celebren al respecto.

De manera pues, que dentro de los parámetros legales una cosa es ser responsable y otra es valorar el grado de responsabilidad que haya incurrido. De ahí que el legislador obliga a que se determine el grado de participación e intervención en los hechos para graduar su penalidad o su exclusión (Párrafo V del artículo 12 de la LS).

Finalmente, los administradores pueden ser responsables conjuntos por las actuaciones de los demás, y para eximirse deben probar que ellos han hecho todo lo posible para impugnar y dar conocimiento a los socios de que esa determinada actuación era impropia y merecía reproche. En caso contrario, debe responder por el grado de participación o conocimiento del ilícito.

b) Del elemento de la culpabilidad en los administradores

Para el derecho penal empresarial no basta con que el administrador ejecute un hecho perjudicial para la sociedad, sino que ese hecho se cometa a sabiendas de que se está causando un daño y con conocimiento de causa de que es perjudicial para los intereses que administra. Esto implica que se debe probar

el conocimiento de causa o la intención del administrador en la comisión del hecho. Es una llamada a la conciencia de que lo que se está haciendo perjudica.

Sin embargo, la regla anterior sufre excepciones ya que algunos de los ilícitos contenidos en la ley de sociedades están concebidos dentro de una “responsabilidad objetiva”. Es decir que sólo se debe probar la existencia del hecho y queda como tal configurada la infracción. Un ejemplo de estos casos son los delitos de omisión referente a la falta de comunicación de información al Registro Mercantil y la violación u obstaculización del derecho de información de los socios.

En los delitos que llevan la coletilla “a sabiendas”, el legislador exige que se deba de probar necesariamente -aun en algunos casos difíciles- la intención o culpabilidad del agente infractor. En este caso, que el administrador ha actuado con conocimiento de causa de que su comportamiento es reprochable penalmente.

Basta con poner en mora a un administrador para la restitución de sumas, cumplimiento de una obligación, para derivar la mala fe de su comportamiento; o, en su caso, de que advierta la retractación de un hecho y éste no lo hace.

En este tema de la culpabilidad de los administradores, soy de opinión de que existen muchos delitos de responsabilidad objetiva contenidos en la ley de sociedades, y eso coloca en suma desventaja al administrador, porque muchas de sus actuaciones las hace por mandato del socio mayoritario (que en la práctica tiene el control de la empresa) y ante un ilícito de responsabilidad objetiva que no necesita de la intención para configurarse, necesariamente hace responsable al administrador aun cuando haya advertido o hecho lo imposible para no violar la norma.

Además, entiendo que la jurisprudencia debe, en su momento, desarrollar la teoría de la aceptación y renuncia implícita de la acción, que es cuando un administrador comete un ilícito y los socios se dan cuenta pero no ejercen ningún tipo de acción dentro de un tiempo razonable y no se deja ese comportamiento abierto por siempre para luego someter a chantaje al administrador. Pero cada caso deberá ser evaluado en su momento oportuno y la jurisprudencia es quien deberá analizar y sentar principios que se adecuen a la realidad empresarial dominicana. De lo contrario, si se importan decisiones de otras jurisdicciones y se aplican mecánicamente, entonces no habremos logrado nada.

La culpabilidad es tan importante, que cuando a un consejo de administración le es exigida una obligación conjunta, la responsabilidad recaerá en cada administrador dependiendo del grado de culpabilidad de cada uno, pero puede en cualesquiera de los casos, ser responsables unos y otros no, y corresponde siempre a los jueces que valoran el caso determinar soberanamente esta cuestión sin censura de la casación, salvo desnaturalización de los elementos de la causa.

Finalmente, siempre son culpables y penalmente responsables aquellos administradores que hayan actuado o dejen de hacer algo que la ley, el contrato o la costumbre, expresamente o implícitamente, obliga o manda a no hacer.

c) El daño o perjuicio

Es necesario, para la configuración de la responsabilidad penal de todo administrador, la existencia de una lesión real a los derechos de los socios, ya sea al patrimonio, al derecho de información, o al deber de lealtad y cuidado que se debe. No puede, en ningún caso, exigirse responsabilidad que no derive una consecuencia lesiva, si se excluye toda violación virtual o abstracta de un derecho.

En este caso, estamos hablando de que si determinado comportamiento no ha generado una lesión jurídica, no puede exigirse responsabilidad.

Un ejemplo de lo anterior sería un administrador que recibe una cantidad en una transacción, más de lo debido, y se lo apropia; aunque se comete una infracción penal, la empresa y sus socios no son víctimas de ello a menos que se reclame judicialmente a ella y este comportamiento genere un daño lesivo comprobable, y directamente vinculante con la acción cometida.

Finalmente, es importante resaltar que en los delitos de omisión que conllevan el cumplimiento de ciertas obligaciones no es necesario el daño real, ya que basta con que se demuestre que el administrador no cumplió con la obligación puesta a su cargo.

DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ley número 153-98 de telecomunicaciones*

José R. Cruz Campillo**

* Coloquios Jurídicos, Enero 1998 - Marzo 1999, año 14, no. 11, páginas 23-32.

** JOSÉ R. CRUZ CAMPILLO. Graduado de licenciado en Derecho (Magna Cum Laude) en la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña en 1987; y posgrado en la University of Wisconsin, Madison.

Laboró en la Compañía Dominicana de Teléfonos (CODETEL) en la que ocupó las posiciones de: Gerente de Asuntos Corporativos; Gerente de Regulaciones e Interconexión; Punto Focal entre CODETEL y la UIT en los proyectos de "restauración y fortalecimiento del sector de las telecomunicaciones", en especial en lo relacionado con el borrador del Proyecto de Ley General de Telecomunicaciones, Reglamento e Interconexión, Plan Nacional de Numeración y los Planes Técnicos Fundamentales; Gerente de Telecomunicaciones e Interconexión; Gerente Inteligencia Competitiva de CODETEL, 1998.

Ley número 153-98 de telecomunicaciones

En primer lugar, quisiera agradecer a la firma Russin, Vecchi & Heredia Bonetti por la oportunidad que nos da en el día de hoy para presentarles, de manera general, los puntos más importantes del tan debatido anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones, el cual fuera aprobado por el Congreso Dominicano y aguarda por la realización de un proceso burocrático para su remisión al Poder Ejecutivo, para su subsecuente promulgación, luego de que se acogieran las observaciones que este último le hiciera al primer anteproyecto que le fuera remitido.

Los orígenes de la ley

El gobierno dominicano, dentro de su programa de reformas estructurales y como fruto de los compromisos de política internacional asumidos a nivel global y hemisférico, solicitó la cooperación del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), para la realización de un proyecto de reforma institucional del marco general de las telecomunicaciones, a través de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT).

A esos efectos, la UIT emprendió la ejecución de los proyectos “Reestructuración y Fortalecimiento del Sector de las Comunicaciones (DOM/93/12)”, y “Fortalecimiento del Sector de las Comunicaciones (DOM/96/008)”, los cuales fueron entregados al Estado Dominicano en el mes de junio de 1996. El trabajo consistió en un borrador del anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones y unas 54 tareas-productos que conforman los reglamentos que, de manera puntual, tratarán los aspectos más especializados del anteproyecto.

Mediante una moderna técnica-legislativa se persiguió establecer una ley-marco ampliada, subsecuentemente, por la reglamentación administrativa. Con lo anterior, el Estado podría regular de manera eficiente, sin temor a rápidas desactualizaciones, un sector que, de un lado, está marcado por los constantes desafíos de la tecnología y la evolución permanente de las modalidades de prestación de sus servicios, mientras que, por el otro lado, resulta determinante para el desarrollo económico del país durante la próxima década.

Esta reforma derogaría en su totalidad el régimen legal actualmente vigente en el sector, compuesto por la Ley General de Telecomunicaciones (número 118 de 1966), y diversas resoluciones administrativas dictadas por la Secretaría de Estado de Obras Públicas (SEOP) y la Dirección General de Telecomunicaciones (DGT).

Aspectos relevantes de la Ley General de Telecomunicaciones

Principios generales sobre los cuales se fundamenta

La nueva Ley General de Telecomunicaciones que regulará los servicios públicos y privados de telecomunicaciones, en los que se incluyen los servicios portadores (telefonía y afines) y servicios finales o teleservicios (radiodifusión, televisión sonora y difusión por cable) y servicios de valor agregado, está fundamentada en los principios de libre competencia y servicio universal de las telecomunicaciones.

Por el primero, se establece una total apertura a todos los servicios a través de la aplicación de sus principios derivados, es decir, la neutralidad, transparencia, igualdad, continuidad, la generalidad y no discriminación. En adición a lo anterior, prohíbe la aplicación de toda práctica que limite, restrinja, impida o distorsione el derecho del usuario a la libre elección, y consideran como prácticas restrictivas a la competencia (I) el abuso de posiciones dominantes sobre instalaciones esenciales; (II) acciones o prácticas predatorias que tiendan a falsear o que efectiva o potencialmente limiten o distorsionen una competencia sostenible, leal y afectiva; y (III) la negativa de negociar de buena fe o la generación de dilaciones injustificadas en las negociaciones que ponga en desventaja a un competidor actual o potencial.

Por el segundo -el del servicio universal-, se dispone por primera vez en la legislación dominicana el deber estatal de garantizar este servicio público al mayor número de personas y lugares del territorio nacional. La dimensión social y geográfica comprende la expansión del servicio telefónico a las áreas rurales y urbanas de bajos ingresos, mediante un servicio mínimo eficaz, a precios asequibles.

Condiciones de entrada y explotación

Una vez definido lo que el anteproyecto clasifica como servicios de telecomunicaciones, la igualdad de acceso a la prestación de éstos se trata de garantizar, a través de la definición de los procedimientos, la obtención de concesiones generales de explotación y las licencias de operación de los distintos servicios. A esos fines, se prevén los requisitos de calificación de entrada -aunque muy tímidamente-, de permanencia, así como los términos generales para la renovación, cesión, terminación y revocación de los mismos. Las concesiones tendrán una vigencia entre cinco y veinte años, renovables a solicitud del beneficiario por períodos iguales.

Una de las modalidades nuevas que introduce la Ley de Telecomunicaciones es el hecho de que la entidad reguladora de las telecomunicaciones podrá llamar a concurso público para el otorgamiento de concesiones o licencias cuando se requiera utilizar el espectro radioeléctrico, atribuidos a servicios de radiocomunicaciones, salvo las excepciones contenidas en el mismo. Estos concursos se dividirán en dos etapas: una de calificación, y otra de comparación de ofertas, y se adjudicará la concesión a la oferta más conveniente de acuerdo con los criterios establecidos en las bases del concurso.

Dentro de las obligaciones generales impuestas a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, se encuentran: (I) el establecimiento y cumplimiento de un plan mínimo de expansión, en donde deberán detallarse los proyectos que serán implementados, sus condiciones técnicas y económicas, así como los compromisos y plazos de implementación; (II) la continuidad en la prestación de los servicios públicos a su cargo; (III) la prestación de servicios sin discriminación y en las condiciones de calidad y plazos que fijen sus concesiones o los reglamentos pertinentes; (IV) permitir el libre acceso a sus redes y a los servicios que por ellas se presten en condiciones reglamentarias y no discriminatorias; (V) el establecimiento, en los concesionarios del servicio telefónico, de un mecanismo de acceso igual, en donde el usuario pueda libremente elegir el proveedor de servicios de larga distancia de su preferencia; (VI) la participación en la percepción de la Contribución al Desarrollo de las Telecomunicaciones (CDT), del cual hablaremos más adelante; y (VII) una contabilidad separada por cada servicio prestado, con la finalidad de posibilitar el control de una competencia leal y efectiva.

No necesitarán de una concesión para operar servicios de telecomunicaciones los proveedores de servicios de valor agregado, los revendedores de servicios de telecomunicaciones y aquellos que utilicen redes privadas de telecomunicaciones -siempre que éstas no estén interconectadas a la red pública conmutada-, los cuales sólo necesitarán de una inscripción por ante un registro especial que, para los fines, llevará el órgano regulador.

Tarifas y costos de los servicios

Los precios al público o tarifas de servicios públicos de telecomunicaciones serán fijados libremente por las empresas, salvo en ciertos casos identificados por el órgano regulador, en los cuales el servicio en cuestión no pueda ser prestado en condiciones de competencia efectiva.

Igualmente, los cargos de interconexión y la tasa contable o tasa de distribución internacional serán libremente negociados por las partes.

El anteproyecto toma el espíritu de la resolución SEOPC 2-95 y dispone que los precios al público del servicio telefónico local de la primera línea residencial deberán reflejar sus costos dentro del denominado período transitorio o de rebalanceo tarifario que establezca el órgano regulador, una vez se haya promulgado este anteproyecto como ley. Para los fines de adecuar los precios del servicio local a sus costos, se nombrará una comisión que deberá entregar, en un plazo de 60 días, sus recomendaciones con respecto del referido rebalanceo, el cual deberá ejecutarse antes del 31 del diciembre del 2000.

Promoción al servicio universal

La expansión del servicio de telefonía se llevará a cabo a través de proyectos de desarrollo, financiados por la CDT. El anteproyecto expone ciertas reglas sobre el contenido y asignación de los proyectos. La adjudicación de estos proyectos se hará por medio de concursos públicos.

La CDT consistirá en una alícuota del 2% de los importes mensuales percibidos, antes de impuestos, por concepto de

facturaciones a los usuarios finales de servicios públicos de telecomunicaciones, saldos de corresponsalías (liquidación) de todas las empresas de telecomunicaciones, con excepción de las de radiodifusión, las redes privadas de telecomunicaciones -siempre que no estén interconectadas a la red pública conmutada-, a los revendedores de servicios de telecomunicaciones y a los servicios de interconexión.

Dichos fondos serán manejados mediante cuentas especiales, cuyos recursos serán destinados a proyectos de desarrollo y al financiamiento del presupuesto del ente regulador. Estos fondos serán inembargables.

Interconexión

El principio general en el que se basará la interconexión de las redes de los distintos proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones es que la misma es de interés público y, por lo tanto, obligatoria.

Los contratos de interconexión serán libremente negociados entre los proveedores de servicios de telecomunicaciones, los cuales, una vez celebrados, deberán ser sometidos por las partes al INDOTEL para su consideración y, de manera simultánea, la publicación de un extracto del mismo en un periódico de amplia circulación nacional para que, en el plazo de treinta días cualquier afectado que acredite un interés legítimo y directo pueda hacer sus observaciones. Vencido este plazo, INDOTEL tendrá 10 días calendario para hacer sus propias observaciones. Vencido este plazo sin que se reciban las observaciones, se considerará aceptado.

Las redes privadas no podrán conectarse entre sí, a menos que no sea para el cumplimiento estricto de su objeto social y bajo las condiciones que, al efecto, establezca el INDOTEL. Podrán, sin embargo, conectarse a la red pública conmutada previo acuerdo con el operador local incumbente.

Espectro radioeléctrico

El espectro radioeléctrico es un bien de dominio público, natural, escaso e inalienable que pertenece al Estado Dominicano.

Su utilización, control, administración y otorgamiento de derechos de uso se efectuará a través del INDOTEL, de conformidad con lo establecido en las normas internacionales y el plan de atribución de frecuencias.

El derecho de utilización será gravado con un derecho anual, cuyo importe será destinado a la gestión y control del mismo. Las formas de utilización y los métodos de cálculo del derecho que a será aplicado a cada uno de los usos y servicios se encontrarán definidos en el reglamento sobre el uso del espectro.

Órgano regulador de las telecomunicaciones

El Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL) se concibe como una entidad estatal descentralizada, autónoma y autofinanciable, con autonomía funcional, patrimonio propio y personalidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones. Dentro de sus objetivos está la promoción y desarrollo de las telecomunicaciones, implementando el principio de servicio universal; la garantía de la existencia de una competencia sostenible, leal y efectiva; la defensa de los derechos de los clientes, usuarios y prestadores de servicios, sancionando a quienes no cumplan con las normas contenidas en el anteproyecto y en las normas dictadas por éste; y velar por el uso eficiente del espectro radioeléctrico.

El INDOTEL asumirá y sustituirá en todas sus funciones a la actual DGT. Entre esas funciones, estarán las de elaborar los reglamentos y normas de alcance general, otorgar concesiones y licencias, administrar el espectro radioeléctrico, participar en la administración y gestión de los recursos de la CDT, prevenir o corregir prácticas anticompetitivas o discriminatorias, dirimir los conflictos que pudieran surgir entre los prestadores de servicios de telecomunicaciones entre sí y con sus clientes o usuarios, aplicar el régimen sancionador ante la comisión de las faltas administrativas previstas en el anteproyecto, entre otras.

El INDOTEL estará regido por un Consejo Directivo, que será la máxima autoridad del mismo, y por una Dirección Ejecutiva.

El Consejo Directivo estará integrado por un total de cinco (5) miembros, designados todos por el Poder Ejecutivo: un Presidente con rango de Secretario de Estado, el Secretario

Técnico de la Presidencia, un miembro seleccionado de la terna propuesta por las empresas prestadoras de servicios finales de telecomunicaciones; un miembro seleccionado de la terna, propuesta por las empresas de radiodifusión y de televisión por cable, y un miembro escogido directa y libremente con calificación profesional que velará por los derechos de los usuarios de las empresas antes mencionadas.

El INDOTEL contará, además, con un Director Ejecutivo, nombrado por el Consejo de Directores, que estará a cargo de las funciones administrativas de la Institución. Con excepción del Secretario Técnico de la Presidencia, los demás miembros del Consejo Directivo durarán cuatro años.

El anteproyecto establece los requisitos, impedimentos, causas de recusación e inhibición, remoción y normas de conducta para los miembros del Consejo y el Director Ejecutivo del INDOTEL.

El órgano regulador tomará sus decisiones por medio de resoluciones, las cuales serán fechadas, numeradas consecutivamente y registradas en un medio de acceso público, a menos que, mediante solicitud motivada de la parte interesada para un caso concreto, y dentro del tiempo que se determine, se mantenga en secreto una información determinada. Aquellas resoluciones de carácter general y consideradas de interés público serán publicadas, además, en un diario de amplia circulación nacional.

Introduciendo una innovación en nuestro sistema legislativo y regulatorio de la República Dominicana y, en cierta forma, inspirándose en los procedimientos de las NPRM (Notice of Proposed Rule Making) de la Comisión Federal de Comunicación (FCC) de los Estados Unidos, antes de dictar una resolución de carácter general el INDOTEL deberá consultar a los interesados para oír sus opiniones y consultas, las cuales no serán vinculantes para el órgano regulador. Como método alternativo de consulta, el órgano regular podrá publicar en un periódico de circulación nacional la norma prevista, estableciendo un plazo razonable para recibir comentarios del público. Vencido el plazo, se dictará la norma.

Para los casos en que sea necesario ejecutar acciones determinadas en beneficio del interés público, ello se hará dictándose una norma provisional, la cual se publicará y estará

sujeta a observaciones por 60 días, plazo en el cual deberá tomarse una resolución definitiva.

Las decisiones del Director Ejecutivo y del Consejo Directivo del INDOTEL podrán ser objeto de un recurso de reconsideración y de un recurso jerárquico. Tanto el Director Ejecutivo como el Consejo Directivo, conocerán de los recursos de reconsideración que reciban con respecto de sus propias decisiones, y en caso de que el pronunciamiento de uno u otro no satisfaga al recurrente, se podrá recurrir jerárquicamente ante el Consejo Directivo y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, respectivamente. No obstante los recursos, el cumplimiento de la decisión es obligatoria.

Faltas y sanciones

Se establece un régimen sancionador a través de una clasificación de las faltas administrativas, en faltas muy graves, graves y leves. El cometimiento de las faltas conlleva la aplicación de multas administrativas, cuantificables mediante una alícuota denominada cargo por incumplimiento (CI), cuyo valor inicial será de RD\$15,000.00, revisable anualmente.

Además, se reservan medidas precautorias como la clausura, la suspensión y el decomiso de equipos.

Conclusiones

Para finalizar, nos parece importante apuntar que esta legislación constituye un nuevo modelo de técnica-legislativa en República Dominicana, en tanto se convierte en la aplicación doméstica de reglas generales del comercio internacional establecidas en líneas generales en el acuerdo de servicios del GATT-94, al tiempo que sirve como una respuesta institucional y sostenible a un sector que, sin duda para nadie, hoy día cambiará la faz de la economía en el próximo milenio.

El costo de la portabilidad numérica*

Fausto Fernández**

* Coloquios Jurídicos, Septiembre 2008 - Diciembre 2009, año 24, no. 15, páginas 63-71.

** FAUSTO FERNÁNDEZ. Licenciado en Economía, con Doctorado en Gestión Empresarial de la Universidad del País Vasco, Post Grado en Matemáticas Puras en INTEC; cuenta con Diplomado en Regulación de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE) y un Diplomado en Regulación de las Telecomunicaciones en la Universidad de Brasilia.

El costo de la portabilidad numérica

La imposición de la portabilidad numérica implica la realización de inversiones de parte de las empresas con el objetivo de adecuar la red para facilitar la operatividad de dicha facilidad. A su vez, los beneficios de la portabilidad se extienden a todos los usuarios, ya sean que porten o no sus números telefónicos al cambiar de operador de servicios.

La decisión de cobrar RD\$80.00 como costo por la portabilidad numérica ha generado ciertas quejas de grupos de usuarios, lo que, a nuestro entender, está fundamentado en: (I) una débil comprensión del proceso, (II) lo que ha sido la tradición internacional sobre la materia y, (III) la inexistencia de información relativa al riesgo asociado cuando el costo se carga sólo a los usuarios que efectivamente porten sus números. En relación al costo fijado, puede decirse que el mismo resulta adecuado a nuestra dimensión y realidad de mercado, puesto que dicho costo resulta comparable con los casos más recientes de la región latinoamericana como Brasil y México; en el caso de Brasil el costo fijado fue de US\$2.00 y en México de sólo US\$1.32. Existe, sin embargo, una diferencia notable entre esos países y el caso nuestro: el precio fijado aplica a la masa de usuarios que efectivamente se porten; pero estamos hablando de países cuya cantidad de líneas en servicios (o dimensión del mercado) resulta 10 veces superior al de República Dominicana en el caso Mexicano y, más de 12 veces cuando se compara con Brasil. Esto no es una situación de menor importancia, puesto que implica una probabilidad de que ocurra una cantidad de números portados lo suficientemente elevado como para permitir que tanto operadores del servicio telefónico como el operador del sistema de central de portabilidad puedan recuperar los costos de inversión a ese precio fijado.

Para evaluar correctamente la decisión del regulador dominicano hay que, necesariamente, tomar en cuenta las opciones disponibles y los riesgos asociados a cada decisión; la tradición internacional respecto a la portabilidad ha sido cargar un costo al usuario que efectivamente se porte y, de esa forma, se entiende que las empresas recuperan de forma eficiente las inversiones ejecutadas en la adecuación de sus redes. Pero vale la pena destacar que esta forma de financiar la portabilidad ha derivado, en muchas ocasiones, en que el coste cargado al usuario

se haya convertido en una seria restricción al hecho de portarse; tales son los casos de Alemania y Francia en donde dicho cargo se sitúa en unos 40 euros, lo que representa en nuestro país el gasto de dos (2) años en servicio de telefonía para cualquier usuario de prepago. Evitar este riesgo se convirtió en el primer reto del órgano regulador dominicano para que los efectos de la portabilidad, en el sentido de lograr una mejor oferta de servicios en términos de calidad y precio, no se vieran severamente afectados; pues debería ser evidente que la puesta en marcha de dicha facilidad de la red no tiene como medida de éxito la cantidad de números portados, sino la realización de mejoras de eficiencia en la función de costes de las empresas para que, de esa manera, una competencia no esté dirigida sólo a atraer nuevos clientes, sino para mantener la cantidad que ya tiene.

Según una encuesta realizada en Colombia, en su proceso de evaluación para poner en marcha la portabilidad numérica, la mejor estrategia a seguir respecto al costo al usuario por la referida facilidad de la red consiste en aquélla que posibilite alcanzar los siguientes objetivos básicos: (I) un bajo costo para los usuarios, de manera que no exista restricción monetaria al derecho de portarse y, (II) la realización de un sólo cargo en el tiempo. En ambos casos, la decisión tomada por el órgano regulador dominicano ha sido eficiente: el costo es relativamente bajo, lo que no impide el deseo de mantener el número telefónico por efecto de cambiar de operador del servicio telefónico, y sólo se cobra una sola vez. De esta manera se evitó un riesgo que ya se ha materializado en otros mercados: que la portabilidad se convirtiera en una línea de negocios para las empresas, como fuera el caso de los Estados Unidos, en donde los usuarios que se portaban pagaban una renta mensual durante un período de tiempo. Si se hubiera optado por la opción de aplicar un pago sólo a quienes efectivamente se porten, como pretenden algunos usuarios, entonces es claro que el costo hubiera sido mucho mayor¹ al tiempo que se estimulaba a las empresas para que trasladaran dicho coste a las tarifas² como estrategia encaminada a la recuperación de las inversiones realizadas en la adecuación de la plataforma de servicios.

1 Existen estimaciones de costo del autor que llegan hasta US\$70.00 en caso que sólo se cargue el costo a quienes efectivamente se porten en un período de tiempo determinado, lo que representa el gasto en servicio telefónico de unos 18 meses para un consumidor de prepago.

2 Lo que sería fácil de realizar en vista de la libertad tarifaria que le confiere el artículo 39 de la Ley 153-98.

Ahora bien, ¿por qué el costo se distribuye de manera uniforme en todos los usuarios existentes a una fecha determinada? La respuesta es bien sencilla: porque la portabilidad numérica beneficia a todos por igual, independientemente de que usted se porte o no. En efecto, cuando un usuario cualquiera decide portar su número de una empresa a otra, queda claro que dicha decisión está fundamentada en la obtención de una relación calidad superior por el servicio que contrata, pues de lo contrario no se portaría. Pero sucede que dicha acción tiene internamente un carácter altruista, puesto que con dicha acción también se benefician los usuarios que no se portan, debido a que la empresa que perdió el cliente se posicionará en el mercado para evitar la pérdida de sus demás clientes, lo que implicará la realización de ciertos emprendimientos empresariales innovadores que le permitirá ofrecer a su clientela una mejor calidad y/o un menor precio como estrategia encaminada hacia la retención.

Por tanto, el cobro de los RD\$80.00 que se ha impuesto a la totalidad de usuarios debe verse no como el costo para portarse, sino como una prima de riesgo por la opción (derecho) a portarse en cualquier momento del tiempo. De manera que los usuarios lo que realmente pagan por ese valor monetario no es otra cosa que el precio de la opción a portarse, pero con la diferencia que en los mercados de futuro las opciones tienen un vencimiento previsto y en este caso dicha opción tiene un vencimiento indeterminado. Al actuar de esa manera, el órgano regulador no sólo protegió eficientemente el derecho de los usuarios según su mandato de ley, sino que también evitó que se impusiera desde el mercado una opción de costo por la portabilidad que se convirtiera en una restricción al deseo manifiesto de conservar el número telefónico; en tal sentido, sólo existía un comportamiento posible para evitar los beneficios sociales de la portabilidad: que nadie se portara.

Pero, además, desde el punto de vista de los usuarios, debería ser evidente que la eficiencia a que obliga la portabilidad a las empresas compensa con creces el gasto ocurrido en la prima de riesgo para garantizar el derecho a portarse en cualquier momento del tiempo; existen evidencias que apuntan en esa dirección, ya sea mediante la obtención de mejores ofertas de servicios, una tendencia a la baja en los precios o una mejor respuesta a los reclamos de los clientes. Por tanto, la evaluación a que se enfrenta cada poseedor de una línea telefónica en servicio es si esa erogación le reportará un beneficio futuro superior a la prima de riesgo pagada, para lo cual poco cuenta si ese beneficio también

se traslada a quienes no decidan portar sus números o a quienes decidan perderlo por efecto de cambiar de operador del servicio.

Se ha dicho, y con razón, que la imposición a pagar para el conjunto de usuarios en un momento determinado constituye un subsidio de los usuarios actuales hacia los usuarios futuros; pero también en este caso el regulador actuó con un alto sentido de la realidad de la industria: este subsidio está bien compensado tanto por el efecto de red característico de la industria como por el hecho de que la conservación del número por los futuros usuarios también beneficia a los usuarios de hoy, en el sentido de que no tiene costos adicionales para completar sus llamadas a esos usuarios.

En conclusión, tomando en cuenta las opciones disponibles y sus posibles efectos, el órgano regulador optó por la opción que genera menos traumas a los usuarios, al tiempo que evitó los nocivos efectos que suelen imponerse desde el mercado, cuando sólo unos cubren los costos relativos a la adecuación necesaria de las redes de telecomunicaciones, para que estén en capacidad de soportar la portabilidad; sobretodo porque la portabilidad no es un servicio de telecomunicación sino una facilidad de la red; y ya se tienen suficientes evidencias respecto a que las empresas disponen de varios recursos administrativos para recuperar la inversión asociada a la portabilidad. Suponga por un momento que una empresa decide instalarse hoy día, es claro que tendría que desplegar sus redes de manera que la misma soporte la portabilidad; por tanto, entre las inversiones a recuperar vías las tarifas al público, estarían aquéllas vinculadas directamente con la portabilidad. Esta forma oculta de recuperación de la inversión asociada a la portabilidad podría incluir una determinada rentabilidad por algo que no es un servicio de telecomunicación; este riesgo para el usuario también ha sido eficientemente sorteado por el órgano regulador.

REFLEXIONES Y APORTES JURÍDICOS

Evolución histórica del derecho dominicano*

Wenceslao Vega B.**

* Coloquios Jurídicos, Enero-Junio del 1987, año 2, no. 2, páginas 63-83.

** WENCESLAO VEGA. Graduado en la Universidad de Santo Domingo. Notario Público de los del Número del Distrito Nacional. Laboró en la Oficina de Abogados Troncoso hasta el año 1961. También laboró en el Bufete Marcos Ramírez, de San Juan, Puerto Rico, durante su exilio en esa isla, años 1961-1962. A su regreso al país en el año 1962, fundó el Bufete Vega y Asociados que se llamó luego Vega, Sosa Puello, Reyes García, nombre que conserva hasta el presente y donde trabaja. Fue Asistente jurídico honorífico del Presidente de la República de 1978 a 1982 y Miembro de la Comisión Consultiva de la Secretaría de Estado de Relaciones Exteriores desde el año 1979. Es autor de dos libros: *Historia del Derecho Colonial Dominicano*, publicado en el año 1979 y con el que ganó el premio Siboney de ese año; y el titulado *Historia del Derecho Dominicano*, publicado en el año 1986.

Evolución histórica del derecho dominicano

Queremos en esta tarde exponer, a grandes rasgos necesariamente, por el corto tiempo disponible, nuestros pensamientos e ideas sobre la formación y evolución de nuestro derecho. Estas ideas nos han venido como consecuencia del estudio realizado al preparar nuestra obra *Historia del Derecho Colonial Dominicano*, editada en 1979, y el tomo, aún en etapa de preparación, y sin nombre todavía, que trata del derecho dominicano a partir del 1821, cuando se eliminó en el país el derecho colonial o indiano que tuvimos desde que la isla fue localizada por los españoles, al final del siglo XV.

En nuestro estudio hemos querido analizar las fuentes de nuestro derecho, y las etapas de su evolución histórica, buscar una hilación continua, de existir, en dicha evolución, a ver si logramos una visión panorámica del “todo” jurídico dominicano y, más importante aún, tratar de analizar cómo ha influido el derecho en nuestro devenir histórico, y si acaso existe o ha existido en algún momento un verdadero *Derecho Dominicano*.

Nuestro trabajo no ha sido fácil, pues es un campo virgen en nuestros estudios jurídicos, y las fuentes documentales son de difícil obtención y manejo. Pero hemos querido abrir las zapatas, hacer los cimientos, de lo que ha de ser la “Historia del Derecho Dominicano”.

La primera etapa de nuestro estudio abarca el derecho que trajeron los españoles en sus carabelas, en los años inmediatos al descubrimiento, que fue el derecho castellano. Este derecho fue objeto, de inmediato, de modificaciones y de innovaciones, pues había una diferencia enorme entre Castilla y Quisqueya, entre la economía y la sociedad hispánica de fines de Edad Media y la primitiva que tenían los indios taínos que fueron prontamente sojuzgados por los conquistadores.

De todos modos, las primeras autoridades tuvieron que innovar inmediatamente, empezando la creación de lo que se llamaría el Derecho Indiano. Debemos mencionar, aunque de pasada, las polémicas jurídicas sobre la situación legal de los indios, sobre la esclavitud de aquellos capturados en las guerras, sobre si nuestros aborígenes eran seres humanos, con almas racionales iguales que los cristianos europeos, sobre cómo debían ser gobernados,

cómo debían servir a la Corona, el régimen de sus tierras, sus prestaciones personales como siervos o encomendados de los colonizadores, etc. El nuevo régimen gubernativo que se creó en la isla de Santo Domingo, recordemos, fue el modelo que sirvió para las otras tierras conquistadas, y que aquí se hicieron los primeros experimentos jurídicos de la América hispana.

Como los aborígenes fueron prontamente exterminados y se trajeron negros africanos para realizar el trabajo más rudo, se implantó la esclavitud, como un régimen especial de leyes, como lo fueron las famosas ordenanzas de 1528, 1542 y 1768 y el llamado “Código Negro Carolino” del 1784.

Estando la sociedad local bien estratificada, para cada grupo había sus leyes y era muy difícil saltar de una clase a la otra, dada la rigidez del sistema español que fue traído e implantado también en las colonias. Así, a los criollos les estuvo prohibido ocupar cargos en la administración y en las milicias y sólo a nivel de gobierno municipal pudieron esos grupos ocupar posiciones de mando. El derecho hispano-indiano, proveniente del sistema jurídico medieval que aún existía en España, carecía de la permeabilidad social que ha caracterizado al pueblo dominicano, desde su independencia. El dominicano original tuvo, pues, poca injerencia en la administración de la isla y mucho menos en la confección y ejecución de su derecho.

Recordemos que España era una monarquía centralizada, en la cual todos los poderes se concentraban en el rey, quien hacía las leyes, ordenaba su ejecución y sancionaba su incumplimiento. Era, pues, a la vez poder legislativo. Las autoridades locales ejercían esos poderes por delegación del rey. El gobernador de Santo Domingo no sólo debía poner en ejecución las leyes que venían desde España, y ser jefe militar y de las finanzas locales, sino que también podía a su vez dictar disposiciones con carácter de leyes, a nivel local, llamados *Bandos*. Igualmente, servía de Juez de Primera Instancia en muchos asuntos. Por su parte, la Real Audiencia, compuesta por jueces venidos de España, veía las apelaciones a las decisiones del gobernador. Pero como último recurso estaban el rey y su Consejo de Indias, en la lejana España. A nivel local, los alcaldes de las villas y ciudades eran jueces de primera instancia en asuntos menores (como los actuales jueces de paz), con la diferencia fundamental de que ellos eran electos cada dos años por los vecinos de esos pueblos y ciudades. Este es el caso único de elección popular en el sistema de gobierno de Santo Domingo

colonial, pues todos los demás cargos eran llenados directamente por el rey o por el gobernador por delegación suya. Ahora bien, no se crea que esa elección a nivel municipal era democrática, sino que en ella sólo podían participar los hombres libres, dueños de propiedades inmuebles, lo que excluía a los obreros, mercaderes, libertos y, por supuesto, a los esclavos.

Como se habrá visto, en los primeros 3 siglos de nuestra vida, los dominicanos no nos pudimos gobernar nosotros mismos; éramos regidos, en la inmensa mayoría de los casos, por leyes y funcionarios venidos de la metrópoli. Ello implicó una falta de práctica en el auto-gobierno, que hizo tan difícil que luego, ya independientes, supiéramos gobernarlos nosotros mismos. El caso dominicano no es único, y ello, sin dudas, fue una de las causas del enorme caos surgido en nuestros países tras las guerras independentistas del siglo XIX, y la secuela de luchas civiles, revoluciones, asonadas militares y golpes de estado que caracterizó el primer siglo tras la emancipación de las antiguas colonias españolas.

No teniendo leyes propias, ni organismos de creación local, nuestras leyes fueron las que nos llegaron de España, donde nunca se conoció ni apreció el problema local, sino que en todo momento se quiso mantener a las colonias únicamente como suministradoras de materia prima para la industria y el comercio español, y como mercado para los productos de esa nación. Recordemos que hasta el 1756 estuvo prohibido a las colonias traficar con productos que no fueran de España, ni utilizar barcos que no fueran de esa nación, pues la madre patria nos implantó un férreo monopolio comercial, y todo el tráfico fue reglamentado y dirigido por la Casa de Contratación de Sevilla. Ese aislamiento comercial lo fue también cultural y religioso, pues incluyó la prohibición de recibir libros y publicaciones que no vinieran de España, y con la finalidad de mantener la unidad religiosa que caracterizaba la política española, fue severamente prohibido todo contacto con otras religiones que no fuera la católica.

Un derecho y un gobierno centralizado, férreo, incapaz de tomar en cuenta los intereses locales, caracterizó la vida política y jurídica de Santo Domingo por más de 300 años, entre 1494 (cuando se establecieron las primeras autoridades en la isla), y el 1801, cuando las autoridades españolas abandonaron a Santo Domingo, la cual pasó a ser colonia francesa.

Un caso especial del derecho colonial en Santo Domingo fue el sistema de la tenencia de la tierra, que como recordamos al estudiar esta materia en la universidad, tuvo características muy *sui-generis*. El derecho a la propiedad inmobiliaria se adquiría por disposición del rey o del gobernador, mediante mercedes o amparos reales, y la prescripción adquisitiva era prácticamente desconocida en el derecho indiano. Pero la realidad dominicana fue diferente, pues a partir del siglo XVII fue surgiendo el sistema de terrenos comuneros que caracterizó nuestro derecho inmobiliario hasta bien entrado el presente siglo. Originalmente, la propiedad se recibió, en efecto, por un acto jurídico proveniente de la Corona, pero de ahí en adelante las divisiones por sucesiones, ventas y donaciones, se realizaron bajo un sistema que no estuvo regido por las leyes, sino por una costumbre local más fuerte que aquéllas.

Con enormes áreas rurales vacías, debido a la escasa población de la colonia, los que poseían terrenos en virtud de una merced o un amparo real, ocuparon realmente extensiones mayores, que fueron subdividiéndose por sucesión o traspaso, a veces mediante documentos preparados por los escribanos municipales, pero las más de las veces por situaciones de hecho. Esto creó el sistema de pesos, de título de propiedad en los terrenos comuneros, mediante los cuales, de un valor original de 100 pesos, por ejemplo, que caracterizaba la adquisición original, se traspasaban 20 pesos ó 10 pesos a los hijos por herencia o a terceros por ventas, y ello se anotaba en el documento original o matriz, y se expedían a los dueños de las porciones menores las llamadas *hijuelas*, que eran copias de la anotación hecha en esa matriz del acto de traspaso de esas porciones. En una época de pobreza generalizada como la que caracterizó los siglos XVII y XVIII en la colonia de Santo Domingo, de analfabetismo, de poco control por las autoridades a nivel local, el caos fue la constante en materia de registro de la propiedad, y cuando ello se quiso aclarar y regularizar a fines del siglo XIX y principios del XX, resultó sumamente difícil.

El abandono en que España mantuvo a su pobre colonia de Santo Domingo no sólo hizo que se perdiera a favor de Francia la parte occidental de la misma, sino que la porción restante estuvo alejada de todo el progreso y tráfico que pudieron recibir otras colonias más ricas como México, Perú, Cuba, etc. Fue tan extremo el abandono, que sólo una vez al año llegaba de España o México el barco que traía para la colonia el dinero que necesitaba para pagar los gastos de la administración local. Era el famoso *situado*,

subsidio que necesitaba la colonia de Santo Domingo, pues ella misma producía casi nada para su propio manejo.

¿Cómo podemos resumir el derecho en Santo Domingo durante los tres primeros siglos de su vida? Digamos que fuimos gobernados férreamente por las autoridades que venían de ultramar, con escasísima participación local en la toma de decisiones y en la formación de las leyes que nos regían. Un derecho hispano medieval, muy centralizado en el monarca y sus delegados, un derecho casuista, con escasas disposiciones de orden general, con una justicia también centralizada, lenta y costosa, pues como dijimos, a veces era necesario recurrir a España para la solución final de los litigios. Ello implicó que el dominicano nunca participó en la elaboración de sus leyes ni en su puesta en ejecución, ni en su aplicación judicial. Igualmente, implicó poco conocimiento de los dominicanos de las leyes que se les aplicaban, evasión constante a su cumplimiento y un desprecio a las autoridades que las implantaban y hacían cumplir. No resulta extraño, pues, que al arribar a la independencia, estuviéramos huérfanos de experiencia en todos los ramos del gobierno y de la justicia.

Desde 1795 la parte española de Santo Domingo perteneció oficialmente a Francia en virtud del tratado de Basilea, pero no fue hasta el mes de enero de 1801 cuando las autoridades españolas de Santo Domingo entregaron el dominio de la colonia; pero no a las autoridades francesas, sino a Toussaint Louverture, quien actuaba en representación de aquéllas, ya que en esa época la colonia francesa de Saint Domingue atravesaba por una etapa muy accidentada, puesto que las ideas de la Revolución Francesa habían prendido en las colonias de esa nación, y en lo que hoy es Haití los antiguos esclavos se habían emancipado en virtud de la *Declaración de los Derechos del Hombre*, y la colonia tenía una semi-autonomía que permitió que uno de ellos fuera el gobernador, con órdenes de ocupar la parte española en acatamiento del tratado de Basilea.

Así pues, con los ejércitos de Toussaint llegaron a Santo Domingo las ideas y las leyes del período intermedio de aquella gran epopeya que conocemos como Revolución Francesa, imbuida por los principios de igualdad de todos los hombres ante la ley y el concepto de representatividad y gobierno republicano que ella enunciaba.

El impacto jurídico y político de la nueva situación debió haber sido considerable, pues de un plumazo se abolió la esclavitud, y los varios miles de negros que vivían aquí bajo esa servidumbre devinieron de repente ciudadanos. Se celebraron elecciones en los municipios para escoger delegados en una asamblea constituyente para redactar la primera Constitución que regiría a los dominicanos. De los 12 constituyentes, cuatro eran hispanos, representando la parte Este de la isla, y entre todos redactaron nuestra primera Constitución. Este fue un texto dogmático, lleno de preceptos morales religiosos, pero con grandes logros, tales como la igualdad racial, el respeto a la propiedad y la inviolabilidad del domicilio. Se establecía un gobierno fuertemente centrista, pero con sus poderes restringidos ya que las leyes debían ser elaboradas por una asamblea legislativa.

Vemos, pues, que por primera vez los dominicanos tuvieron alguna participación en la toma de decisiones políticas, y que se les concedió un *mínimum* de derechos ciudadanos. Entrábamos así en una nueva etapa de nuestra vida institucional.

El gobierno constitucional de Toussaint duró poco, pues sus tropas fueron vencidas, por lo que Napoleón, desde Francia, mandó a destituirlo como gobernador de la colonia, y fue sustituido, en la parte española, por el gobierno de Ferrand, quien gobernó aquí por 6 años, hasta 1809. Este gobierno fue muy interesante en lo jurídico, pues las autoridades decidieron mantener la legislación hispánica del período colonial anterior para regir a los criollos (que llamaremos ya dominicanos, aunque jurídicamente no lo éramos todavía), pero implantó la legislación francesa para aplicar a los inmigrantes que venían llegando desde la metrópoli, pues se quería crear aquí una rica colonia, como lo había sido la de Saint Domingue en el pasado. Sin embargo, un enorme retroceso fue la reimplantación de la esclavitud. Existió, pues, una dualidad de derechos y un sistema judicial paralelo, con alcaldes municipales para juzgar según la antigua legislación española, y jueces de paz para juzgar bajo las nuevas leyes francesas. A nivel segundo estaba un tribunal de primera instancia compuesto por 3 jueces, uno dominicano y dos franceses, a nivel superior una "Audiencia Imperial" con dos secciones, una francesa y otra dominicana, cada una de las cuales juzgaba según el derecho de las partes, y si el asunto afectaba el derecho en ambas nacionalidades, ambas secciones de la Audiencia juzgaban reunidas.

Esta época coincide con la promulgación en Francia de los códigos napoleónicos, pero no fueron implantados en Santo Domingo, pensando hacerse gradualmente en el futuro, cosa que no llegó a ocurrir, pues en 1809 la antigua parte española se reincorporó a su metrópoli. Sin embargo, la yuxtaposición de sistemas legales, aunque aplicados sólo por seis años, es posible que sirviera a los dominicanos para familiarizarse con los principios, términos y jurisdicciones del derecho francés, lo cual sin dudas facilitó la aceptación en 1822 de la legislación haitiana, basada en las leyes francesas del período post-revolucionario, así como haber hecho más fácil la implantación de los códigos napoleónicos cuando se creó la República Dominicana en 1844.

Los franceses son obligados a dejar Santo Domingo en 1809, y volvemos a estar bajo el dominio español; pero esta España no es la misma de antes, pues en el ínterin habían ocurrido allí grandes acontecimientos. En efecto, Napoleón invadió a España y derrocó a Fernando VII y puso en el trono a su propio hermano José Bonaparte, lo que ocasionó una guerra civil en la cual los patriotas españoles trataron de derrocar al rey intruso. En esa guerra también se libró una batalla ideológica, pues los postulados de la Revolución Francesa habían llegado ya a España. Esto provocó que se estableciera una regencia que convocó a elecciones para una constituyente, la cual se reunió en Cádiz en 1812 y proclamó la primera constitución, que en España se dio por decisión de su propio pueblo, y que se aplique también a sus territorios en América. En Santo Domingo, la constitución de Cádiz fue proclamada y jurada el 19 de julio de 1812. Este texto recogió las principales ideas liberales de la época, estableciendo la división tripartita de los poderes, con elecciones periódicas a cargo de los ciudadanos. Sin embargo, se mantuvo la esclavitud. Las facultades del rey fueron limitadas y el parlamento, o Cortes, fue el órgano superior y de mayores poderes. Para cada provincia española se creó una diputación y Santo Domingo fue una de ellas. Esa diputación, especie de congreso local, tenía facultad de crear impuestos, dirigir la educación, establecer censos y velar por el orden interno de sus jurisdicciones. Poco después de promulgada en Santo Domingo la constitución, aquí celebramos elecciones para escoger a los 7 diputados provinciales, así como para el representante dominicano en las Cortes en Madrid. Esta fue una elección donde sufragaron 11,984 ciudadanos (de una población de 60,112 habitantes), los cuales escogieron 386 compromisarios, quienes a su vez seleccionaron a 60 electores. Estos últimos entonces escogieron al diputado dominicano ante

las Cortes y a los 7 miembros de la diputación provincial de Santo Domingo. Tuvimos así nuestro primer gobierno representativo, con una constitución y gobernantes sujetos a ella.

Este período constitucional tuvo sus interrupciones, pues en España el liberalismo chocó con el absolutismo tradicional y el rey en dos ocasiones desconoció la constitución de Cádiz. Pero como fuere, constituyó un interesante ensayo de auto-gobierno restringido, y sirvió para entrenarnos en la toma local de decisiones.

En 1821 Núñez de Cáceres separó a Santo Domingo de España y nos unió a la Gran Colombia, una de las nuevas repúblicas sudamericanas surgidas de las guerras de independencia, comandadas por Bolívar. Pero como es sabido por ustedes, Bolívar no respondió al llamado que se le hizo, lo que fue aprovechado por un grupo considerable de ciudadanos pro-haitianos que invitaron a Boyer a ocupar toda la parte española; empezó, en febrero de 1822, el período de 22 años en que estuvimos unidos a Haití, con un solo gobierno para toda la isla.

Ese fue un período sumamente importante de la vida jurídica dominicana, pues durante el mismo tuvimos nuestro primer gobierno republicano y adaptamos los códigos franceses. La tentativa haitiana de unificarnos en lo social, económico y cultural, sin embargo, fue un fracaso.

Ha de reconocerse que el período haitiano no fue una época opresiva, principalmente porque no se nos ocupó como colonia, sino que formamos parte de la República de Haití, siendo nuestra parte formada por dos departamentos en la división territorial y las leyes rigieron a dominicanos y haitianos por igual. La discriminación racial de los haitianos contra los blancos no nos afectó, pues constitucionalmente se nos consideró como "indoamericanos", lo que bajo la constitución de 1816 permitió que se nos tratara como ciudadanos. La prohibición haitiana de que los blancos poseyeran tierras tampoco se aplicó a los blancos dominicanos bajo esa misma ficción. Cuando se celebraron elecciones parlamentarias los dominicanos tuvimos ocasión de elegir los representantes al congreso en Puerto Príncipe y la mayoría de los cargos políticos (aunque no los militares) en nuestra parte, fueron ocupados por dominicanos que se habían solidarizado con la ocupación. Una cierta cantidad de derechos humanos eran reconocidos por la constitución haitiana, y se aplicaron igualmente

a nosotros. En lo municipal, sin embargo, retrocedimos, pues el antiguo sistema colonial fue abolido, ya que el sistema colonial español (donde había elección anual de alcaldes y regidores) fue abolido, ya que el sistema haitiano era diferente, y los funcionarios municipales eran designados directamente por el presidente. La constitución haitiana abolía radicalmente la esclavitud y dispuso que todo esclavo de otro lugar que llegara a la isla recobraría automáticamente la libertad.

El presidente haitiano era escogido de por vida y en sus manos se concentraron muchos poderes, y los militares bajo su mando controlaban estrechamente las actividades de los ciudadanos. Un viajero extranjero de esa época calificó al régimen de Boyer de una “dictadura benévola”.

El gobierno trató de hacer desaparecer de la antigua parte española los vestigios de sus tres siglos de vida colonial, y al efecto prohibió el uso del español en los documentos públicos, quiso transformar el sistema, inmovilizar de los terrenos comuneros al sistema suyo, que establecía la gran hacienda agrícola destinada a la siembra intensiva de azúcar, café y cacao para exportación, y en esa tentativa tuvo un rotundo fracaso, pues los dominicanos nos resistimos a asimilarnos a Haití en estos aspectos; esa fue una de las causas principales de la separación en 1844.

Pero donde tuvieron éxito los haitianos fue en imponer a los dominicanos su legislación civil y penal, a través de los códigos franceses.

Como se recordará, entre 1804 y 1810 se promulgaron en Francia los códigos, producto de la gran obra de Napoleón y sus gobernadores y ellos fueron vistos desde el primer momento como la más avanzada y excelente legislación del mundo. En 1816, bajo el gobierno de Petión, Haití empezó a aplicar esos mismos códigos. Así que cuando se produjo la unificación en 1822, se aplicó también a los dominicanos dicha legislación. Cuatro (4) años después, en 1826, Haití adoptó y localizó esos códigos y se promulgaron los códigos haitianos. Así pues, durante los 22 años de unión con Haití los dominicanos empezamos a familiarizarnos con los códigos franceses, diferente a la española que nos había regido, aunque ambas tenían un remoto vínculo común: el derecho romano. Por ello nos parece que no resultaría demasiado difícil a los jueces y abogados dominicanos adaptarse a la nueva situación y, desde luego, pronto se dieron cuenta de que esta legislación

era muy superior al antiguo derecho español, medieval, casuístico y enredado, que habíamos padecido, y que además había sido discriminatorio contra los criollos, como se les llamaba a los descendientes de españoles nacidos aquí.

La igualdad de todos los hombres ante la Ley, la protección a la propiedad privada, la libertad de contratación y de disposición a título oneroso o gratuito de todos los bienes, la libertad de testar y de legar, la responsabilidad civil como protectora y reparadora de los daños causados a las personas y los bienes son, solamente, algunos de los logros que llegaron bajo los códigos franceses, mediante postulados claros, coherentes y armónicos, en términos sencillos y comprensibles, totalmente diferentes y mucho mejores que los que veníamos teniendo bajo las antiguas leyes hispánicas, todas ellas de corte medieval, con un gran contenido religioso, plagadas de discriminaciones económicas, de clase y de raza, y con el gran defecto de no estar codificadas, sino producto de siglos de disposiciones, enmendadas, ampliadas, restringidas y alteradas, en un enorme laberinto legislativo.

No resulta extraño, pues, que los dominicanos aceptáramos y retuviéramos la codificación napoleónica, y que cuando nos separamos de Haití en 1844, barrimos con toda su legislación, excepto la de los códigos.

¿Qué induciría al primer legislador dominicano a retener los códigos franceses al independizarnos de Haití? No tenemos constancia de que quisiera reformar a la antigua legislación hispana, ni se habló de legislación propia en las materias cubiertas por los códigos. Lo que se hizo, en 1845, fue que en lugar de los códigos haitianos, que por patriotismo no podíamos mantener, aplicamos directamente los franceses, o más bien los llamados de la restauración, es decir, los puestos en vigor en Francia en 1814 al restaurarse la monarquía a la caída de Napoleón, y en los cuales ya estaban incluidas todas las modificaciones que se introdujeron a los textos originales desde su promulgación, con lo que tomábamos la legislación francesa al día.

Parece evidente que los 22 años de legislación haitiana habían ya acostumbrado a los juristas dominicanos al sistema legal francés; era la legislación que más teníamos a mano y era reconocida como la más moderna de todo el mundo y muy superior a la española.

El gran prestigio de que gozaban los principios igualitarios adaptados bajo la influencia de la Revolución Francesa y la gran fama de la codificación napoleónica fruto de ese gran acontecimiento histórico, indujeron al primer legislador dominicano a adaptar esos códigos, sin estudiar si convenían o no a la naciente república.

Había urgencia en que el país diera su cuerpo legal básico y se echó mano a lo que se tenía más cercano y era lo más conocido y admirado por nuestros juristas.

Las únicas dificultades fueron los resultantes de tener esos códigos en francés y no en nuestro propio idioma, y el hecho de que al organizar nuestros tribunales, no seguimos a la letra el sistema francés, sino que hicimos algunos cambios y adaptaciones, tal como la eliminación de los jurados en materia criminal y que el sistema y los nombres de los tribunales fuera diferente al francés de los códigos originales.

Las dificultades de idiomas fueron más serias, y en todo el transcurso de la Primera República se criticó ese hecho y se abogó porque se tradujeran y adaptaran a nuestro idioma y ambiente los códigos franceses. Ello no se logró en esa turbulenta etapa de nuestra vida republicana y cuando llegó la anexión a España en el 1861 todavía teníamos los Códigos Franceses.

Los 4 años que fuimos provincia española (1861 a 1865) revirtieron nuestra legislación básica a la de esa nación, la cual no había cambiado mucho desde la época colonial, pues la codificación en España sólo había alcanzado la materia penal. Sin embargo, las autoridades españolas en la isla, reconociendo la superioridad de la codificación civil francesa, mantuvieron, como único código, el civil y en 1862 se dictó el llamado “Código Civil de la Provincia Española de Santo Domingo”, que no era otra cosa que la traducción al español del código francés, hecha por juristas dominicanos de manera no oficial durante la primera República. Este nuevo código tuvo ciertas modificaciones, principalmente en materia de estado civil, pues esa materia fue puesta de nuevo bajo control eclesiástico, eliminándose los oficiales de estado civil.

Pero el período de la anexión fue de muy corta duración, y ya en 1865 vuelve la soberanía dominicana y se inicia la Segunda República.

El período llamado la Segunda República contiene interesantes acontecimientos en la historia del derecho dominicano, principalmente porque en el mismo se lograron traducir, al fin, los códigos franceses y porque al final del mismo se introduce un sistema legal exótico, nuevo, en un importante ramo del derecho, el inmobiliario.

La Segunda República tuvo larga duración, 52 años, y fue de una gran inestabilidad política, pues la época del caudillismo, con cambios súbitos y violentos de los gobiernos, que por lo general duraban pocos meses en el poder, salvo el caso de la larga dictadura de Heureaux y el gobierno de Ramón Cáceres.

El problema de tener los códigos en otro idioma casi paralizaba la justicia en el país, como lo reconocieron juristas y políticos durante el período estudiado, pero la cortedad de los regímenes y la falta de estabilidad retrasaron la traducción oficial, hasta que ello se logró en 1884. Si quienes me escuchan desean un estudio algo detallado del proceso de dominicanidad de los códigos franceses, les remito a un trabajo que publiqué en la Revista EME-EME, en su número 46 correspondiente a enero/febrero del 1980, pero por la cortedad del tiempo en la presente charla sólo puedo señalarles que hubo varios intentos, algunos parciales, privados y oficiales, que no llegaron a cuajar. Los abogados utilizaban traducciones privadas para el manejo más cómodo de sus estudios pero, por supuesto, al citar y argüir en los tribunales tenían que utilizar los originales franceses. El asunto era todavía más grave, pues los códigos franceses utilizados sufrían periódicas modificaciones, las cuales eran citadas en los códigos anotados y en las jurisprudencias que eran estudiadas y citadas por nuestros juristas, con lo que muchas veces resultaba que citábamos artículos que en Francia estaban modificados, pero que aquí no, con la consiguiente confusión. En 1883 el ministro de Justicia, Juan Tomás Mejía, firmó un contrato con los abogados José de Jesús Castro, Apolinar de Castro, Manuel de Jesús Galván y José Joaquín Pérez, para, según el texto de ese acuerdo, “dar carácter nacional a la legislación extranjera que rige el país, traduciendo, localizando y concordando a nuestras leyes especiales, los códigos franceses”. Los trabajos se terminaron en marzo de 1884 y su promulgación se hizo por etapas: en abril el Código Civil y el de Procedimiento Civil, el de Comercio y el de Instrucción Criminal en junio, y el Penal en agosto. Logrado esto pudo decir con orgullo el ministro de Justicia que “se ha puesto final a la anomalía de nuestra legislación y nadie puede en lo adelante alegar con justicia que no ha estado a su alcance conocer la ley”.

Los juristas realizaron un buen trabajo, claro y bien traducido, a lo cual ayudó sin dudas el que dos de ellos, Galván y Pérez, eran además excelentes literatos, por lo que el texto en español es de muy buena calidad.

Lograda la traducción, los juristas dominicanos descansaron en sus laureles y en lo adelante, salvo muy pocas excepciones, se hicieron esfuerzos para modernizar nuestra legislación básica. Asombrados en la grandeza de la legislación francesa, los abogados dominicanos parece que sintieron temor de realmente adaptarla a nuestra realidad jurídica, económica, política y social pero, en gran medida, esos códigos no han calado en el alma dominicana. Por eso, quizás, nos atrevemos a decir que el derecho formal dominicano es ajeno a nuestras masas y es sólo conocido y aplicado por pocos. No tenemos en realidad derecho dominicano propio, y ello se debe, principalmente, a nuestro juicio, al hecho de tener como estructura jurídica, leyes hechas para otra sociedad. No criticamos estos códigos, que son de gran belleza, armonía y de un enorme sentido de equidad y justicia individual, como resultado de la Revolución Francesa, pero sí nos lamentamos de que no se hayan hecho esfuerzos serios para crear verdaderos códigos dominicanos y que nos hayamos limitado a copiar, bastante servilmente por cierto, los cambios y modificaciones que la propia Francia ha hecho desde la promulgación de los códigos originales. Cuando ha sido necesario realizar modificaciones profundas, hemos echado mano a la modificación francesa y no se nos ha ocurrido hacer una propia. Tal es el caso de la adopción en el 1959 y las grandes modificaciones del procedimiento civil en 1978. En esas oportunidades se trajo la modificación francesa y se la tradujo casi literalmente. Nada dominicano, nada nuestro, ni considerando la peculiar situación del país. El único trabajo original, el del profesor Humberto Ducuodray, no llegó a promulgarse y es sólo un estudio serio y ponderado, como esfuerzo inútil.

Las comisiones recientes creadas por el Poder Ejecutivo fueron encargadas únicamente de poner al día las ediciones de los códigos y no vemos en el ambiente actual ningún interés en dominicanizar nuestra legislación básica.

La realidad, estimados colegas: hemos sido y somos unos haraganes jurídicos. Nos resulta más fácil, más cómodo, buscar las últimas citas francesas en los Dalloz y otras compilaciones, que analizar profunda y concienzudamente la realidad dominicana y crear jurisprudencia propia. En materia de responsabilidad civil

nos hemos mantenido también demasiado atados a Francia, pese a la gran diferencia ambiental entre nosotros y aquel país. Mazeaud, Capitant, Glasson, son nuestros grandes y constantes maestros. Sirey y Dalloz nuestras únicas biblias.

Estos lamentos nuestros no son pura retórica. El colonialismo jurídico que padecemos es de gravedad. Por eso es que podemos utilizar tanto los códigos, especialmente el de procedimiento, para retardar los casos y enredarlos, pues los textos hechos para una Francia con un sistema judicial ágil, moderno y honestamente dirigido, viene resultando pésimo ejemplo a utilizar aquí donde cunde el desorden, la improvisación y la corrupción. Los incidentes procesales, los defectos, los recursos, los referimientos, que en Francia sirven para operar una mejor administración de la justicia, son utilizados aquí, todos lo sabemos, para retardar y complicar la solución de casos jurídicos. Por ello, en realidad, colegas, es que los dominicanos tienen poca fe en nuestras leyes, nuestras cortes y en nosotros mismos. Indudablemente, la única falla en nuestro sistema judicial no es la circunstancia de que nuestros códigos son foráneos, pero ese hecho indudablemente es un factor relevante.

Continuando con el hilo de la charla, digamos que en otras materias, durante la Segunda República, hubo poca innovación. Sólo podemos señalar que a fines del siglo XIX se dictó abundante legislación en materia de franquicias agrícolas e industriales, para incentivar la traída al país de capitales extranjeros destinados a la industria azucarera principalmente, y para otros renglones también, pero en lo demás se continuó con las leyes originales, modificadas escasamente.

Un ejemplo de la inaplicabilidad del derecho francés en nuestro país lo era en la materia inmobiliar. El derecho iba por un lado y los hechos por otro. El sistema formal era el del Código Civil y el real era el de los terrenos comuneros, sistema de propiedad permanente, totalmente diferente y contradictorio con el francés que implantamos aquí.

A medida que pasaba el tiempo, más agudizaba la diferencia, y el asunto hizo crisis a fines del siglo pasado, cuando las grandes planicies del Este, otrora hatos ganaderos, fueron adquiridas por las grandes empresas azucareras, que quisieron tener títulos regulares de propiedad. Todos conocemos los abusos y artimañas que se cometieron contra indefensos y analfabetos campesinos dominicanos, desprovistos de documentos escritos y

con posiciones muy indeterminadas, cuando empezaron a darse concesiones a las empresas agro-industriales y éstas quisieron mensurar sus terrenos como primer paso a obtener sentencias sobre propiedad bajo el sistema del Código Civil.

Por esos motivos fue que se dictó en 1911 la ley de partición de terrenos comuneros, como el primer intento de resolver el problema, instigados por los concesionarios norteamericanos y con el apoyo de su legación. Esta legislación hubiera resuelto el problema sólo de manera parcial e incompleta, pues se seguiría aplicando el sistema judicial de los códigos, por lo que, en plena intervención militar norteamericana, se dio un vuelco total a la situación, con las implantaciones del sistema Torrens.

Esta legislación, de origen australiana, fue ensayada por primera vez por los norteamericanos en las Filipinas, cuando estas islas pasaron a su control en 1899, pues allí había también un régimen de tierras parecido al comunero nuestro, ya que ambas islas, colonias españolas por muchos siglos, tuvieron parecida evolución.

Lo mismo aconteció en Cuba y Puerto Rico, donde también se dio esa situación. Por lo tanto, las autoridades militares trajeron aquí a personas versadas en el sistema filipino y, junto a abogados dominicanos, prepararon la legislación de tierras que finalmente se promulgó en 1920, la cual provocó la eliminación gradual del sistema de terrenos comuneros y su sustitución por el que actualmente nos rige. Otro derecho extranjero que nos llega y nos rige; otro modelo foráneo que se nos impone y transforma nuestra sociedad. No fuimos capaces, en 1920, como no lo fuimos en 1884, de sentarnos nosotros mismos a analizar nuestra situación real y nuestras necesidades y posibilidades, para darnos una legislación que diera una solución dominicana al problema.

Vemos cómo otra vez los dominicanos adoptamos una legislación foránea, al tener que solucionar una necesidad jurídica, como lo habíamos hecho al adoptar los códigos franceses en 1844 y al traducirlos oficialmente en 1884. De nuevo en 1920, cuando buscamos solución al problema jurídico de la tierra, adoptamos soluciones importadas. En este caso tenemos por lo menos la excusa de que la ley del 1920 nos fue impuesta por un gobierno invasor, pero de todos modos la mantuvimos y mantenemos aún.

El sistema Torrens implantado en 1920 trajo consigo, no sólo un método nuevo y diferente para resolver el problema legal de la tierra, sino que también, para aplicarlo, se crearon tribunales especiales, al margen de los del orden judicial ordinario y en cierta medida paralelos a éstos. Así, el Tribunal de Tierras vino a constituir un tribunal de aceptación, injertado en nuestro sistema judicial, para resolver sobre asuntos especiales, sobre una rama del derecho, el inmobiliario, aunque se siguió utilizando el derecho común del Código Civil en todo lo relativo a definición del derecho de propiedad inmobiliar, accesión, usufructos, servidumbres, hipotecas y privilegios, etc., todo lo cual implica que tenemos en materia inmobiliar una legislación dual, o mejor dicho, dos legislaciones, la del Código Civil de procedencia francesa y a la de la ley de Registro de Tierras, de procedencia australiana.

Somos los primeros en reconocer que la legislación de tierras implantada en 1920 resolvió definitivamente el problema de los terrenos comuneros, eliminando gradualmente ese anticuado sistema de tenencia de la tierra y estableció el actual régimen de registro de la propiedad inmobiliar, que ha aclarado mucho el caos que existió en el sistema catastral dominicano, pero también es verdad que como legislación foránea no tomó en cuenta ciertas realidades dominicanas, especialmente en el campo, y la no prescriptibilidad de los títulos catastrales ha beneficiado al propietario ausente, en detrimento del ocupante que trabaja los predios agrícolas, sin poder llegar a ser dueño legítimo.

Por otro lado, la ley de tierras ha evolucionado poco desde que fue dictada hace ya más de 60 años, y con el aumento de la población y la formación de una extensa clase media propietaria, ha vuelto el caos en este sector de la vida jurídica dominicana, lo que se evidencia por la gran lentitud en resolverse los problemas sucesorales, los cuales toman varios años en ser objeto de decisión definitiva.

A partir de la ocupación militar norteamericana del 1916, se introducen al país leyes inspiradas en el sistema jurídico anglosajón, como los son la ley de asociaciones y la del bien de familia; las leyes del 1929 que modificaron el sistema de la hacienda pública y las leyes bancarias del 1947.

A partir de la caída de Trujillo, en 1961, se introducen también nuevas legislaciones, de inspiración foránea, que uno no sabe si derogan o no los principios generales del derecho francés que

nos rige básicamente, porque en los nuevos textos nada se dice sobre el particular. Por ejemplo, el sistema de ahorros y préstamos para la vivienda, con su prohibición de segundas hipotecas *sui-generis* de propiedad mediatizada, que puede revertir al Estado si el asentamiento agrícola no cumple con los requisitos oficiales, se contradice al sistema de propiedad absoluta del Código Civil. La promulgación festinada de importantes piezas legislativas crea una confusión sobre si ellas derogan disposiciones generales anteriores que aparecen en los códigos. El Concordato de 1954 introdujo la indisolubilidad del matrimonio religioso con efectos civiles, lo que es una contradicción al sistema tradicional que aparece en la legislación civil, con la consecuencia de que la jurisprudencia ha tenido que intervenir para determinar que aún el matrimonio religioso puede ser disuelto con divorcio civil.

El caso más patente es quizás el Código de Trabajo dictado en 1947, en plena dictadura trujillista; no fue objeto de debate público ni congresional, y fue votado tal como fue sometido. Entendemos que se inspira en legislaciones laborales de México y Argentina. Es obvio que el país necesitaba una legislación laboral, pues los textos del Código Civil en esta materia eran insuficientes, arcaicos e injustos, pero de nuevo copiamos simplemente de la legislación de otros países. No se creó una comisión nativa que analizara la particular característica de nuestro medio, para dictar la legislación que correspondiera. Una prueba de esto es que, teniendo una legislación especial en materia laboral desde hace más de 30 años, los tribunales especiales creados por ella no funcionan aún, y los juzgados y cámaras que conocen de esta materia utilizan muchos de los procedimientos, excepciones y modo de prueba de la legislación civil, para mayor confusión y lentitud en los procesos.

Hemos mencionado algunos casos de leyes de inspiración extranjera, no para criticar las leyes en sí, pues en muchas de ellas se encuentran necesarios avances sociales, pero nos consta la confusión que esta dualidad trae a jueces y abogados, con gran retraso en la consecución de la justicia. En dos ejemplos de los citados: la Ley de Registro de Tierras y el Código de Trabajo, sabemos que una de las causas de su promulgación fue agilizar la solución de los casos, pues en la legislación básica eso era muy lento, pero a todos aquí nos consta que esto no se ha logrado, y que en ambas materias la lentitud es igual o peor que la legislación de los códigos.

¿Qué podemos decir al final de la jornada? ¿Tenemos o no un *Derecho dominicano*? En su sentido más formal, es lógico que el conjunto de leyes que nos rige sea el *Derecho dominicano*, pero en otro sentido, dudamos que podamos hablar de un derecho propio, de un sistema de leyes hecho por nosotros y para nosotros, basado en las necesidades y peculiaridades de nuestro pueblo. Nuestra legislación es como un colchón hecho de parchos multicolores. Una legislación francesa como cuerpo básico, a la cual se han cosido, de tiempo en tiempo, piezas de los más diversos colores y procedencias, creando una confusión y una falta de claridad y homogeneidad. A nuestro parecer, esa es la actual situación dominicana.

Contestando, pues, las preguntas que nos hicimos al inicio de esta charla, ¿tenemos un *Derecho dominicano*?: yo diría que no. ¿Hay una hilación o un esquema general de nuestra legislación? También diría que no.

Pero mi charla quedaría trunca, si no hiciera la pregunta, ¿qué podemos hacer para cambiar esa situación?

Nos parece que sería utópico tratar, ahora, de hacer códigos nuevos, aunque ya se conoce de un proyecto de Código de Comercio preparado por un grupo de buenos juristas nacionales y que entendemos abarca toda la legislación comercial dispersa, la unifica y moderniza. Pero no creemos factible el re-hacer todos nuestros códigos.

Se nos ofrece únicamente tratar de crear conciencia del problema, y a medida que vaya surgiendo la necesidad de cambios en nuestra legislación básica, obligar a los redactores y legisladores a no copiar, y sí a analizar profundamente la situación local, comprender las fallas que hay y buscarles soluciones dominicanas para, de ese modo, ir creando, aunque sea poco a poco, un verdadero *Derecho dominicano*.

En búsqueda de un mejoramiento judicial: imperiosa necesidad*

Andrés Marranzini**

* Coloquios Jurídicos, Julio-Diciembre del 1989, año 4, no. 7, páginas 5-19.

** ANDRÉS MARRANZINI PÉREZ. Graduado en la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (1982); fue profesor de leyes en esa universidad.

Fundador de la Firma de Abogados Marranzini & Asociados y miembro fundador de la Junta Directiva de la Fundación Institucionalidad y Justicia. Miembro del Colegio Dominicano de Abogados.

En 1996 fue nombrado en la Comisión Presidencial para la Reforma Judicial.

Sus áreas base en la práctica son Ley Corporativa, Ley de Característica Intelectual, Inversiones Extranjeras, Zonas Francas, Agencia y Distribución, y Explotación Minera.

En búsqueda de un mejoramiento judicial: imperiosa necesidad

Introducción

Desde hace bastante tiempo arrastro una gran preocupación, la cual sé que comparten muchos de ustedes y la gran mayoría de los conscientes abogados y ciudadanos de nuestro país.

Esta preocupación es la del lamentable estado en que se encuentra el sistema judicial dominicano, en todas sus ramificaciones.

No obstante ser una realidad tan palpable, no se evidencian serios y continuos esfuerzos tendentes a su mejoramiento.

La justicia es la espina dorsal de cualquier sociedad y su organización y funcionamiento recto, puro y adecuado, constituye la normativa en el comportamiento y desenvolvimiento de una nación, y de los individuos que la componen.

Su desdoblamiento conduce necesariamente a retomar patrones antiguos de justicia privada, y a la descomposición y degeneración en la conducta social hasta límites incalculables.

Cuando hablamos de justicia, no sólo nos referimos a los jueces que integran nuestra Judicatura, sino también a nosotros los abogados, a los miembros del Ministerio Público, a los ministeriales, a los empleados judiciales, etc.

En nuestro país, el mal es bastante agudo, pero nos reconforta la creencia de que existen muchas personas de calidad intelectual y de probada honestidad, quienes de seguro tomarían parte activa en una gran cruzada en rescate de nuestro sistema judicial.

Es tiempo ya de que se tomen iniciativas, de que nos repongamos y preparemos un nuevo estado de justicia, más efectivo, más dinámico, más limpio y sobre todo justo, que garantice a todo ciudadano la protección de sus derechos y el castigo del crimen, que la búsqueda sea el cumplimiento y observancia de la ley, y no su burla y evasión.

Es a nosotros los profesionales del derecho a quienes incumbe la primera obligación de trabajar en el rescate de nuestro sistema judicial. Pues la enfermedad que padecemos es parte de nuestra propia culpa, sea por comisión, sea por omisión o por indiferencia.

El primer objetivo de mi comparecencia es el de contribuir a la motivación, para la puesta en marcha de un movimiento generador de soluciones.

Mis apreciaciones son de carácter subjetivo y quizás carezcan del revestimiento de una larga experiencia. Es posible que no alcance, por razones de tiempo, algunos puntos. Algunas de las soluciones que sugiero han sido presentadas de manera formal y otras pueden ser sólo piedras sin pulir que, bajo el trabajo y discusión de eminentes colegas de buena voluntad, podríamos encaminarnos a lograr una hermosa escultura: la justicia dominicana en recuperación.

Existen problemas cuyas soluciones son de orden práctico y otras que necesariamente requieren de la intervención de los poderes Ejecutivo y Legislativo.

Analizaré los problemas que considero más acuciantes y propondré las soluciones que entiendo podrían o deberían adoptarse.

I. Los jueces

La problemática actual de los jueces reviste una complejidad muy variada, la cual esbozaré de manera general, pero reconociendo que existen excepciones a la generalidad.

A. Capacidad

Se evidencia en el empeño de las funciones y en las decisiones de muchos expedientes, que el magistrado actuante no posee los criterios jurídicos necesarios que le permitan ponderar las razones que les son propuestas.

1.- Escalafón judicial – Evaluación

Nuestra Constitución, al disponer sobre los requisitos para ser juez menciona, en forma equivalente, el requisito del ejercicio de la profesión de abogado con el ejercicio de la judicatura.

En primer lugar, sostenemos que debe predominar sobre el ejercicio profesional la experiencia misma en la judicatura, y en segundo lugar, propugnamos por el establecimiento del sistema de escalafón judicial en el cual primará el criterio de que los jueces más idóneos sean aquellos que ya tienen ejercicio efectivo y probado en la judicatura, a fin de que ocupen las vacantes inmediatamente superiores. A tales fines, debe establecerse un sistema de evaluación de las funciones de los jueces. Esta evaluación estaría a cargo de la Suprema Corte de Justicia, y se tomaría en cuenta el número de audiencias celebradas, las sentencias confirmadas, revocadas o casadas; puntualidad en las audiencias, organización del tribunal, quejas contra el juez, sanciones impuestas, etc. Este sistema de escalafón judicial y evaluación ha sido contemplado en los artículos 26 hasta 32 del anteproyecto de ley de carrera judicial.

2. Prueba de aptitud

Por otro lado, el hecho de tener determinado tiempo en el ejercicio profesional no es una garantía de que se cuente con la suficiente experiencia y capacidad para ejercer las funciones ante un tribunal determinado.

En este sentido, creemos que todo aspirante a juez deberá someterse a una prueba de aptitud, la cual estaría a cargo de la Suprema Corte de Justicia.

3. Carrera judicial. Colegio Nacional de la Judicatura

Creo oportuno tratar la necesidad de que existan cursos de capacitación organizados por la Suprema Corte de Justicia, con la asistencia y colaboración de nuestras universidades, que puedan desarrollar la eficiencia y capacidad de los jueces en ejercicio, así como preparar, reforzar y señalar las técnicas a todos los abogados que quisieran optar por el ejercicio judicial. Al efectuar estos estudios de manera satisfactoria, se podría obviar el examen

de aptitud antes mencionado. Nuestro planteamiento coincide con el anteproyecto de carrera judicial, el cual plantea la creación de la Escuela Nacional de la Judicatura y de unidades de capacitación, las cuales realizarían actividades de adiestramiento, orientación, actualización de conocimiento, etc.

Esto tendría como resultado la elevación de la eficiencia del Poder Judicial y, además, que sobre los futuros jueces se tenga a manos un expediente sobre cualidades y aptitudes, con un informe final que debe reposar en cada expediente de manera confidencial, hasta que sea solicitado para fines de ponderación, antes del nombramiento.

Las funciones de este centro de enseñanzas no se limitarían a la preparación de los futuros jueces, sino que debe reforzar, orientar y evaluar de manera constante, la capacidad y preparación de los ya designados.

B. Seriedad. Honestidad

El editorial del periódico *El Caribe*, de fecha 21 de marzo del año en curso, dice: “La justicia es una feria donde el mejor postor puede fácilmente obtener ganancias de causas. No hay seguridad para nadie, ya que cualquier persona puede ser ultrajada, asaltada o asesinada a mansalva por criminales acostumbrados a hacer burla de la justicia”. Esta aseveración declara un problema tan profundo, tan preocupante, que quizás no se quiera reconocer pero que en muchos casos (no en todos) sucede en nuestra justicia.

Al hablar de subasta, se crea una escena compuesta por varios actores. Es decir, que no sólo incluye al que recibe la postura, sino a quienes ofrecen la puja.

Por eso reitero que es un problema que nos involucra a todos los abogados, por lo cual somos los llamados a corregir o aportar soluciones, que reduzcan o eliminen el tráfico de sentencias.

1. Junta de investigación judicial

En este sentido proponemos la creación de una junta o comisión de investigación judicial, designada por y bajo el control de la Suprema Corte de Justicia, integrada por abogados investigadores que se trasladen a los tribunales y puedan observar expedientes,

estudiar fallos, indagar situaciones, comportamientos y ética de los magistrados y abogados, etc.

2. Tribunal disciplinario

La creación de un tribunal disciplinario para los jueces y abogados, con sanciones claramente establecidas, que irían desde suspensión temporal, suspensión definitiva o destitución o inhabilitación de ejercer la profesión, sometimiento a la jurisdicción ordinaria, etc. (en cuanto a los abogados estas sanciones han sido establecidas por decreto 1290 del Código de Ética del Colegio de Abogados).

Este tribunal recibiría el informe preparado al efecto por la junta de investigación judicial, en el cual se indicará si existen razones e indicios suficientes para que dicho tribunal conozca del caso.

Estaría compuesto por tres jueces, miembros de la Suprema Corte de Justicia, designados como tal, al ser electos jueces de este organismo. Sostenemos que este tribunal debe estar a cargo de la Suprema Corte de Justicia, a fin de brindar mayores garantías contra persecuciones inadecuadas y su jurisdicción debe abarcar a los jueces, a los abogados, a los empleados judiciales y eventualmente a los miembros del Ministerio Público.

“La falta de una adecuada vigilancia de la ética de la profesión de abogado alienta el descaro de que algunos profesionales del derecho hacen galas del ejercicio de estas malas artes”. (*Diagnóstico de justicia dominicana*, Dr. Wellington Ramos Messina).

C. Sistema de elección de los jueces

Según nuestro sistema actual (artículo 23, inciso 1ro. 64, 68, párrafo 1, de la Constitución de la República) los jueces de nuestro sistema judicial son elegidos por el Senado, mediante mayoría absoluta.

Este sistema tiene sus grandes inconvenientes, uno de ellos es que el sistema judicial es elegido por el partido político que represente la mayoría del Senado, los senadores y los jueces del sistema judicial.

1. Consejo Nacional de la Judicatura

La solución que consideramos más idónea es El Consejo Nacional de la Judicatura.

En el año 1986, producto de un acuerdo de cooperación entre la Suprema Corte de Justicia y el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, se elaboró un anteproyecto de Ley de Reforma Constitucional, preparado por los doctores Bernardo Fernández Pichardo, Cristóbal Gómez Yanguela y Raymundo Amaro Guzmán, el cual contó con el visto bueno y participación del Presidente de la Suprema Corte de Justicia, doctor Manuel Bergés Chupani, así como de los demás jueces que integraron nuestro más alto tribunal, en ese entonces.

En dicho proyecto se plantea un nuevo sistema de elección de jueces, mediante la creación del Consejo Nacional de la Judicatura. (artículo 64-65 del anteproyecto).

Dicho Consejo estaría compuesto por siete (7) miembros: el Presidente de la República, quien lo presidiría; el Presidente del Senado y el Senador que siguió en votaciones al Presidente del Senado; el Presidente de la Cámara de Diputados, y el Diputado que siguió en votación al Presidente de la Cámara de partido distinto a éste; el Presidente de la Suprema Corte de Justicia elegido para tales fines.

Este Consejo somete al Senado los candidatos que considere idóneos para ser elegidos como jueces de la Suprema Corte de Justicia. La duración de los jueces de la Suprema Corte de Justicia, según este proyecto, será de ocho (8) años, a partir del nombramiento. Los jueces de la Suprema Corte de Justicia designan los jueces del orden judicial.

Creemos que este sistema presenta mayores garantías para una correcta composición de nuestro cuerpo judicial, que el sistema actual.

D. Necesario mejoramiento de los sueldos y condiciones de los jueces

Entendemos que una de las grandes deficiencias o causas generadoras de la situación actual en la judicatura es la baja remuneración económica que reciben nuestros jueces.

A todos los jueces les está prohibido el ejercicio de la profesión u ocupar otro cargo o empleo público, exceptuando la docencia.

Entonces, si para ejercer las profundas responsabilidades que conlleva cualquier cargo en la judicatura es necesario un sacrificio económico, podríamos afirmar que las posiciones de jueces son y serán ocupadas por:

- 1) Héroe nacionales con vocación de servicio público
- 2) Fanáticos de la judicatura
- 3) Profesionales sin fronteras
- 4) Buscadores de otras alternativas

Esta situación no puede continuar. En la medida que un juez sea bien remunerado, en esa misma medida apreciará el cargo que desempeña y será más difícil doblegar sus principios por cubrir necesidades económicas.

No sólo debe hablarse de mejoramiento económico, sino de muchos otros aspectos, hasta ahora casi completamente descuidados.

Un magistrado debe tener todas sus necesidades cubiertas, así como las de su familia: buen sueldo, vehículo oficial, vivienda, educación de sus hijos, seguro médico, vacaciones, seguridad a su integridad física, planes de retiro, etc.

Entendemos que un juez debe ser tratado y considerado como un funcionario de muy elevada investidura por las altas atribuciones que ejerce, por su gran formación profesional, así como por sus cualidades morales y éticas. Para ello es necesario cambiar drásticamente el criterio actual, comenzando por el aumento de la compensación que reciben nuestros jueces, por sus elevados oficios.

De esta forma, muchos y buenos profesionales con vocación de servicio estarían en disposición de ocupar cargos en la judicatura, y los idóneos que poseemos no se verían obligados a renunciar a sus funciones judiciales en búsqueda de mejores ingresos.

Se ha planteado en muchas ocasiones el mantenimiento indefinido de los jueces en el ejercicio de sus cargos, es decir, el sistema de inamovilidad de los jueces.

Nosotros consideramos que esta proposición no debe ser adoptada de manera inmediata, sino que debe responder a un

proceso en el cual se aseguren previamente los mecanismos de correcta elección, de constante vigilancia en el desempeño de funciones, de capacitación, etc.

De lo contrario, estaríamos tomando riesgos de que de manera indefinida tuviésemos que arrastrar con magistrados cuyas ejecutorias no coincidieran con las expectativas de un correcto desempeño.

Creemos que debería iniciarse extendiendo el período de los jueces de la Suprema Corte de Justicia a cinco (5) años, a fin de que su elección no coincida con los procesos de cambios que generan al tomar posesión un nuevo gobierno.

Pero reiteramos que hasta que no existan mayores garantías y reformas necesarias, no podemos avocarnos a un sistema de inamovilidad de los jueces. Consideramos más conveniente la alternativa planteada del escalafón judicial, bajo el sistema de evaluaciones periódicas.

E. Lentitud de los procesos

Una justicia tardía es equivalente a una justicia denegada.

Es que una decisión atrasada es generalmente injusta, inapropiada o inservible.

Nuestras cárceles se rebozan de prevenidos en espera de fallos. Los tribunales civiles y comerciales paralizan derechos por años.

Todo esto conduce a un depresivo descreimiento de la justicia, y es quizás uno de los mayores males por los que atravesamos.

Enfocaremos algunos de los factores que entendemos contribuyen a este problema y trataremos de formular soluciones o alternativas.

1. Acumulación de expedientes

No es para ninguno de nosotros extraño que muchos de nuestros tribunales se encuentran apoderados de un número de expedientes que sobrepasa o desborda sus posibilidades de atenderlos de manera adecuada, en un tiempo razonable.

Esta situación se viene arrastrando por mucho tiempo, lo cual hace casi imposible el ejercicio de una justicia ponderada, ágil, y sincronizada.

A. Creación de nuevos tribunales – cámaras

Resulta que los tribunales no han proliferado en igual ritmo que el crecimiento de la población, que la generación de casos que conlleva el mundo moderno de las maquinarias, que las relaciones formales, que la multiplicidad de negocios, que el aumento de la delincuencia, etc.

La situación que se plantea en este aspecto equivaldría a la que sucedería, por ejemplo, en la ciudad de Santo Domingo, si en estos tiempos contáramos con las mismas carreteras, avenidas y calles que tenía la ciudadanía 20 años atrás.

La creación de nuevos tribunales es una necesidad imperiosa, sobre todo en las áreas donde se evidencia una mayor entrada de expedientes. Podría establecerse un índice basado en la entrada anual de expedientes en un determinado tribunal. Llegado ese límite, se debe crear o habilitar de forma automática un nuevo tribunal o cámara.

Por ejemplo, en el año 1989, en la Cámara Civil y Comercial de la Primera Circunscripción del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional ingresaron cerca de 6,000 expedientes, de los cuales fueron fallados 2,300 aproximadamente, con una diferencia de 3,700 y un porcentaje de fallo de un 38% en relación con los expedientes ingresados. Como puede deducirse, para un juez es imposible atender esta demanda, por lo cual aquí se evidencia una necesidad de dividir o retribuir el área de cobertura de esta circunscripción.

En el mismo año, en la Cámara Civil y Comercial de la Segunda Circunscripción del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, una de las más pequeñas en cobertura territorial, entraron 893 expedientes. Es notable la diferencia, entre este número y el anterior, lo que sugiere una correcta distribución. No obstante, creemos que es bastante alto, pues habría que fallar cerca de 70 expedientes mensuales.

Tomemos el área de los tribunales penales. En la Primera Cámara Penal del Distrito Nacional, en el mes de junio del año 1988, entraron 346 expedientes y salieron sólo 43, haciendo

una diferencia de 303 expedientes y un porcentaje de salidas de 11.8% en relación con la entrada.

Durante el semestre de abril a septiembre ingresaron en el Juzgado de Primera Instancia (cámaras penales) 11,600 casos de los cuales, en ese período, sólo fueron resueltos 1,307, es decir, un 11.2% de los casos ingresados.

Durante el mismo período de seis meses, a los juzgados de instrucción del Distrito Nacional ingresaron 1,829 expedientes, de los cuales fueron instituidos 807, es decir, un 44.1%. (La Ley 334 de 1925 dispone que el expediente debe ser devuelto por el Juez de Instrucción al Procurador Fiscal dentro de los 30 días de haber recibido dicho expediente).

El promedio de entrada al año en los tribunales de Primera Instancia (cámaras penales) debe oscilar entre 20,000 y 24,000 expedientes, es decir, no más de un 15% en relación a los expedientes que ingresan.

Esto sugiere que el déficit de nuestros tribunales penales en primer grado es de cerca de un 75%.

En el año 1989, en la Cámara Penal de la Corte de Apelación de Santo Domingo ingresaron 10.016 expedientes, de los cuales fueron fallados 544, es decir, cerca de un 5.5% en relación con los expedientes que ingresaron. De lo que se desprende un déficit de un 94.5%. Estos datos ofrecidos demuestran de forma fehaciente la necesidad de crear mayor número de tribunales - cámaras que puedan satisfacer el grado de generación de expedientes, para atenderlos de manera efectiva y ponderada.

Esta realidad es de carácter alarmante, cuya solución es impostergable, en razón de las consecuencias funestas que ocasionan para la justicia y la nación.

B. Creación de tribunales especiales

A fin de que tribunales determinados traten materias cuyo índice de frecuencia o volumen de caso es mayor, o cuyo tratamiento de investigación necesita de cierta especialización, creemos conveniente la designación y formación de tribunales especializados. Por ejemplo, en el caso de drogas. En el caso de accidentes de vehículos de motor.

Tomemos como muestra el mes de septiembre de 1988: ingresaron a las Cámaras Penales del Tribunal de Primera Instancia del Distrito Nacional 1,853, de los cuales fueron fallados 241, entre los que se encuentran 70 de 241 (Accidentes de vehículos de motor); 52 de drogas, y 73 de robo; el resto, diversas infracciones. (Nota: Boletín Judicial de Estadísticas Judiciales).

Las estadísticas citadas demuestran la conveniencia de crear tribunales especializados, de manera que como ocurre en accidentes de vehículos, no ocasionen el estancamiento de otras infracciones, cuyos prevenidos esperan en prisión la decisión de sus sometimientos.

C. Revisión de nuestros procedimientos

A fin de evitar los innumerables reenvíos, se requiere de procedimientos más ágiles, prácticos y adecuados a nuestros tiempos.

Por ejemplo: hasta la fecha no se ha modificado el primer artículo del Código de Procedimiento Civil, que atribuye competencia al Juzgado de Paz en única instancia de los asuntos hasta 500 pesos y a cargo de apelación hasta la suma de 1,000 pesos.

D. Modernización de nuestros tribunales

Podríamos ganar mucho si logramos modernizar nuestros tribunales, con equipos computarizados que permitan una mayor agilidad y organización.

Es necesario establecer sistemas de archivos, donde los expedientes puedan estar debidamente ubicados y resguardados.

E. Mayor capacitación de los empleados judiciales

No podemos pasar por alto que, lamentablemente, nuestros tribunales no cuentan con el nivel técnico adecuado de sus empleados.

Siendo los empleados judiciales una parte muy importante en el desenvolvimiento de la justicia, tenemos que procurar un nivel óptimo en la capacitación técnica de los mismos.

F. Mejoramiento de las áreas de trabajo:

Salones de audiencias
Secretarías
Despacho de jueces

Creemos necesario mejorar aspectos físicos y ambientación de nuestros tribunales, que dignifiquen la actividad que allí se realiza, que faciliten las tareas de los abogados, y de todo aquel que se encuentre frente o se sirva de la justicia.

Independencia administrativa del Poder Judicial

Estamos de acuerdo en la gran necesidad que para el mejoramiento judicial representa su autonomía administrativa y presupuestaria, con lo cual se equipararía a los demás poderes del Estado.

Ello le permitiría una idónea elección y control de los empleados judiciales y un rompimiento con la estrechez económica que afecta nuestro sistema judicial.

(Fue creado mediante decreto en el año 1986 el Departamento Administrativo, adscrito a la Suprema Corte de Justicia, el cual maneja el presupuesto asignado a los tribunales, sueldos de jueces, gastos de materiales, etc.)

Según el proyecto de Ley de Reforma Constitucional, artículos 115 y 69 acápite 5, en el Proyecto de Ley de Gastos Públicos el Poder Ejecutivo deberá indicar en un capítulo separado, las partidas del Poder Judicial, las cuales serán fijadas según propuesta que envíe la Suprema Corte de Justicia. Se establece que los gastos corrientes no pueden ser nunca inferiores a los de años anteriores (actualmente entendemos que la Suprema Corte de Justicia solicita o recomienda las designaciones presupuestarias al Poder Ejecutivo, pero las mismas han seguido siendo muy reducidas en relación a las necesidades.

Recursos económicos: mayor asignación presupuestaria

Debemos reconocer que la piedra angular del problema de la justicia ha sido y es su baja asignación presupuestaria, lo cual la

convierte en una especie de cenicienta, ocasionando gran parte de los severos problemas que hemos enumerado, y de lo cual depende en gran medida la recuperación del Poder Ejecutivo. Si no dispone de mayores recursos, no se podrán mejorar las condiciones de los jueces, no se podrá crear más tribunales, ni lograr un equipamiento y modernización, no tendremos buenos empleados, y no podremos siquiera cubrir muchas otras necesidades perentorias.

Hasta la fecha los gobiernos han demostrado una especie de apatía en la creación de una justicia sana, pura y eficiente, manteniéndola en estado de indigencia, no obstante los considerables aportes que genera hacia los ingresos estables.

Resulta altamente desajustada la asignación de un 0.39% del presupuesto nacional al Poder Judicial.

Esta situación debe cambiar, o de lo contrario el Poder Judicial irá en un desmejoramiento acentuado, de consecuencias funestas para la nación.

Resumen de nuestras consideraciones

1. Asignación de recursos adecuados a la justicia.
2. Independencia administrativa del poder judicial.
3. Creación del Consejo Nacional de la Judicatura como nuevo sistema de elección de los jueces de la Suprema Corte de Justicia por período de cinco años.
4. Elección de los demás jueces del sistema a cargo de la Suprema Corte de Justicia.
5. Dignificación de los jueces del orden judicial, mediante el mejoramiento de su bienestar económico, seguridad social, instrucción permanente, seguridad física, estabilidad en el servicio, planes de pensiones y retiros, etc.
6. Creación de la carrera judicial. Escuela de la judicatura adscrita a la Suprema Corte de Justicia, con la participación de las universidades dominicanas, para la preparación de nuevos jueces y el reforzamiento de los incumbentes.

7. Creación del escalafón judicial a través de evaluaciones constantes y periódicas, y por méritos en el ejercicio.

8. Necesidad de un examen de aptitud como requisito para ser juez.

9. Creación de una junta de investigación judicial bajo el control de la Suprema Corte de Apelación.

10. Creación de un tribunal disciplinario de jueces y abogados, compuesto por jueces de la Suprema Corte de Justicia.

11. Creación de cámaras en los tribunales que lo ameriten, incluyendo la Suprema Corte de Justicia y las Cortes de Apelación.

12. Creación de tribunales especializados.

13. Ampliación a 15 el número de jueces de la Suprema Corte de Justicia.

14. Equipamiento y modernización de nuestros tribunales. Mejoramiento de sus instalaciones físicas.

15. Elevación del nivel técnico de los empleados judiciales y mejoramiento de sus condiciones.

Conclusiones

1. La creación de un comité de mejoramiento judicial compuesto por abogados notables y de buena voluntad que trabajen en la formulación de soluciones, preparen proyectos de leyes, hagan peticiones al gobierno, a organismos internacionales, asistan a la Suprema Corte de Justicia, etc.

2. La activación del Colegio de Abogados, en los asuntos que realmente son de interés prioritario para la clase y el sistema judicial, canalizados en forma idónea y correcta.

3. El estudio y reintroducción al Congreso, luego de su revisión del proyecto de Ley de Reforma Constitucional, preparado por los doctores Bernardo Fernández Pichardo, Raymundo Amaro Guzmán, doctor Cristóbal Gómez Yanguela, introducido al congreso en el año 1986 por el presidente de la Suprema Corte de Justicia de entonces, doctor Manuel Bergés Chupani.

4. Estudio e introducción del anteproyecto de Ley de la Carrera Judicial.

Exhortación final

Ha llegado el momento en que nuestra justicia clama por sus reivindicaciones, a fin de resolverle su credibilidad, su eficiencia, y que vuelva a ocupar de manera efectiva el sitio que le corresponde en la nación y el Estado.

No veamos con ojos críticos y actitud pasiva su desvanecimiento. Lancémonos a trabajar por ella, con un único objetivo: lograr su recuperación.

La nación así nos lo pide y, sólo si lo hacemos, podremos vivir en una mejor nación.

Dios y la historia gratificarán a quienes lo hagan.

La posición de la Asociación Dominicana de Abogados Empresariales, Inc., sobre el proceso de reforma judicial*

Francisco Álvarez Valdez**

* Coloquios Jurídicos, Enero del 1998 - Marzo del 1999, año 14, no. 11, páginas 63-75.

** FRANCISCO ÁLVAREZ VALDEZ. Autorizado a ejercer como Abogado en el año 1989.

Educación: Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (Licenciatura en Derecho, Magna Cum Laude, 1979).

Experiencia: Abogado Asociado de Russin, Vecchi & Heredia Bonetti, 1980-1985; Socio-Fundador de la empresa Headrick Rizzik Álvarez & Fernández, desde el año 1985; Profesor titular de Derecho Civil (Sucesiones, Liberalidades y Regímenes Matrimoniales), Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña, 1986-1990.

Autor: "Breve Historia del Derecho Dominicano", "La Fianza Judicatum Solvi", "Joint Ventures".

Miembro: Comité Académico de la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (1988-1990); Colegio de Abogados de la República Dominicana; Presidente de la Comisión Electoral de la Asociación Nacional de Jóvenes Empresarios, Inc. (ANJE) para sus Asambleas Eleccionarias de los años 1992, 1993, 1994 y 1995; Secretario de la Junta Directiva de la Asociación Nacional de Jóvenes Empresarios, Inc. (1977-1998); Presidente del Comité de Justicia y Legislación de la Asociación Nacional de Jóvenes Empresarios, Inc. (1977-1998); Miembro y Vicepresidente-Tesorero de la Asociación Dominicana de Abogados Empresariales, Inc., (1977-1998); Movimiento Cívico no Partidista Participación Ciudadana; Consejo Nacional y Comité Coordinador del Movimiento Cívico no Partidista Participación Ciudadana.

La posición de la Asociación Dominicana de Abogados Empresariales, Inc., sobre el proceso de reforma judicial

Para mí es un verdadero placer presentar ante ustedes, en este foro que me es tan familiar y querido, la posición de la Asociación Dominicana de Abogados Empresariales, Inc., ante el proceso de reforma de la función jurisdiccional del Estado.

La actual directiva de la ADAE, inmediatamente tomó posesión el 14 de agosto pasado, designó una comisión encargada del tema de la reforma judicial, la cual quedó integrada por Ricardo Ramos, Fabiola Medina, Georges Santoni Recio, Miguelina Jiménez y quien les dirige la palabra.

Sin embargo, la importancia del tema de la reforma judicial es tal, que los trabajos de la comisión prácticamente se han estado debatiendo en las reuniones semanales de la Junta Directiva en pleno de la Asociación, y no dejan, hasta el momento, mucho espacio para otros temas que tenemos en agenda.

Nos proponemos organizar esta exposición informándoles, en primer lugar (I) cuál es nuestra opinión sobre el origen de la crisis que afecta la vital función de administrar justicia, paso luego (II) a resumir las gestiones que se han venido realizando en los últimos tiempos para conjurar dicha crisis, para inmediatamente (III) identificar las áreas sobre las cuales se debe trabajar, y culmino (IV) con señalar cuáles son las prioridades del momento actual y la posición de nuestra asociación sobre tales prioridades.

I) El origen de la crisis

No es la finalidad de este trabajo hacer un profundo estudio de las causas que originaron la crisis existente en la función jurisdiccional del Estado, pero resulta relevante, por lo menos, identificar estas causas para dilucidar si son las mismas que actualmente inciden en el mantenimiento y profundización de la crisis y, de esta manera, definir cómo enfrentarla.

En este sentido, la crisis en la justicia dominicana tiene un trasfondo eminentemente político-partidista. Los políticos dominicanos han pretendido siempre controlar la función

jurisdiccional del Estado con finalidades a veces represivas, como lo fue a finales de los años sesenta y a principios de los setenta; otras veces con la intención de mantener el control del poder político. Para ello ha debido designarse jueces dispuestos a obedecer las instrucciones de los políticos. Claro está, no se le podía pedir a un juez, capaz de complacer peticiones políticas a la hora de administrar justicia, que fuese completamente honesto cuando no existían tales peticiones y entonces la corrupción se fue generalizando hasta el nivel verdaderamente escandaloso que existe en la actualidad.

El resumen de este punto es claro, la crisis se origina debido al interés de los partidos políticos de aumentar sus posibilidades de permanencia en el poder o de acceso al mismo, o de impunidad luego de su salida del poder, para lo cual fue necesario nombrar jueces que pudieran corromperse y, gracias a esto, pudieran ser controlados. El bajo presupuesto que siempre se ha asignado al Poder Judicial no es otra que una herramienta para lograr los despropósitos señalados.

La crisis no se ha mantenido estática, sino que muy por el contrario ha adquirido proporciones inimaginables por las mismas razones, aunque habría que agregar que las causas de la crisis se reorganizaron con el tiempo ya que el interés represivo ciertamente fue desapareciendo, mientras al factor puramente político se agregó el económico por parte de algunas de las personas que participaban en la selección de los jueces y que vieron una excelente oportunidad de hacer dinero gracias al trabajo de los jueces.

II) Gestiones para enfrentar la crisis

Desde 1966 hasta 1982 se realizaron muy escasos esfuerzos por enfrentar la crisis que agobiaba la función jurisdiccional del Estado. Se escuchaban voces aisladas desde la Asociación Dominicana de Abogados, Inc., (ADOMA), y algunos abogados trataron el tema individualmente. Era la época en que se hablaba del Poder Judicial como la cenicienta entre los tres poderes del Estado. El Senado de la República estuvo en ese lapso controlado por el mismo partido y no manifestó, en ningún momento, interés por legislar a favor del rompimiento de las cadenas que ataban el Poder Judicial a los demás poderes del Estado.

Una fuerte esperanza surgió cuando en el 1982 un abogado de larga trayectoria en el ejercicio profesional ganó la Presidencia de la República e inició su gestión el mismo 16 de agosto depositando en el Congreso Nacional un proyecto de ley de reforma constitucional que procuraba brindar independencia al Poder Judicial. El regocijo fue mayor cuando un juez de carrera y de formidable formación, como lo es don Manuel Bergés Chupani, asumió la presidencia de la Suprema Corte de Justicia. Lamentablemente, más fuerte fue la decepción cuando el ciudadano Presidente dejó de lado sus esfuerzos y el proyecto de ley quedó engavetado porque otros temas le merecían mayor prioridad, lo que dejó una enorme sensación de frustración en la ciudadanía, muy particularmente entre los abogados.

Sin embargo, ante la inercia de los políticos, don Manuel Chupani, desde la Suprema Corte de Justicia, se interesó por el problema y consciente de que la crisis sólo podría enfrentarse si se contaba con una justicia verdaderamente independiente, creó una comisión para trabajar en un anteproyecto de reforma constitucional. Esta comisión integrada por los doctores Bernardo Fernández Pichardo, Raymundo Amaro Guzmán y Cristóbal Gómez Yanguela, produjo en julio de 1986 su “Proyecto de reforma constitucional para la administración de justicia”. Lamentablemente, este excelente esfuerzo cayó en el vacío debido a la ausencia del apoyo político necesario para sustentarlo.

En unos *Coloquios Jurídicos* celebrados en este mismo lugar en el año 1990, el Lic. Andrés Marranzini presentó un trabajo titulado “En búsqueda de un mejoramiento judicial: imperiosa necesidad”, en el cual concluía haciendo un llamado para la integración de un comité de mejoramiento judicial. De esa iniciativa surgió un comité que fue el embrión de lo que posteriormente sería la Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc., (FINJUS), con el apoyo del Consejo Nacional de Empresa Privada y la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. Desde entonces, la FINJUS se convirtió en el movimiento líder de los esfuerzos en procura de adelantar un proceso de reforma del sector justicia, ante la inercia de la Suprema Corte.

Desde 1990 a la fecha se han redactado varios proyectos de ley relativos al tema de la reforma judicial: sobre la carrera judicial existe uno de la Suprema Corte de Justicia e ILANUD, otro de la FINJUS y un tercero del PRD; existe también un *Proyecto de ley de administración presupuestaria del Poder Judicial de la Suprema Corte de Justicia*.

Uno de los aspectos más positivos de los últimos años ha sido el cambio de actitud de la sociedad civil frente al problema, muy especialmente el del sector empresarial. Los empresarios, en su mayoría, se habían acostumbrado a un sistema judicial dependiente del poder político, olvidando que con esta actitud pasiva estaban permitiendo que el germen de la corrupción se desarrollara, lo que ineludiblemente terminaría arrojando a toda la sociedad, y perjudicando seriamente al propio sector empresarial. Algunos empresarios comenzaron a enfrentar el problema de manera individual participando en la subasta de sentencias, con lo cual la crisis se agravaba, pues prácticamente se estaba validando el camino equivocado. Por suerte, los líderes empresariales definieron de manera valiente su posición y, por primera vez en la historia de este país, los empresarios organizados colocaron como tema número uno de su agenda la reforma del sector justicia. Este fue un enorme paso de avance.

La presión ejercida por la sociedad permitió que entre las modificaciones constitucionales que se aprobaron en agosto de 1994, a raíz de la crisis político electoral, se incluyeran algunos puntos relativos a la independencia del Poder Judicial, y se creó el Consejo Nacional de la Magistratura para la selección de los jueces de la Suprema Corte de Justicia, permitiendo que sea esta última la que nombre los demás jueces del tren judicial, se estableció la independencia presupuestaria del Poder Judicial, y la inamovilidad de los jueces, entre otros aspectos.

Sin embargo, la realidad es que esta reforma fue lograda prácticamente de contrabando pues el verdadero interés de la reforma era puramente político. La mejor prueba de ello fue que, inmediatamente después de realizada, los políticos volvieron a trancar el juego al impedir la conformación del Consejo Nacional de la Magistratura por el temor que tenía cada partido político de que el otro pudiera controlar las designaciones en la nueva Suprema Corte de Justicia.

La sociedad civil, incluidos los medios de la prensa, estuvieron reclamando por dos años la integración del Consejo Nacional de la Magistratura, sin lograrlo. Los políticos habían decidido postergar esta integración hasta después de las elecciones de 1996, para darse la oportunidad de alcanzar el poder y lograr mayor influencia en las decisiones del consejo. Pero durante estos dos años el Congreso no mostró preocupación por el tema de la justicia, pues no adelantó los conocimientos de aspectos tales

como las necesarias leyes de carrera judicial y de administración presupuestaria del Poder Judicial.

Entre los eventos organizados por la sociedad civil para exponer el enorme problema de la administración de justicia en nuestro país, cabe destacar el seminario realizado por la Asociación Nacional de Jóvenes Empresarios, Inc., en abril de este año, en el cual los tres partidos políticos, a través de sus representantes autorizados, prometieron dos aspectos fundamentales: darle participación a la sociedad civil en el proceso de reforma y aportar la voluntad política indispensable para que la reforma avance sin dilación.

Apenas hace unas semanas la FINJUS organizó un exitoso foro para debatir las estrategias para el mejoramiento de la administración de justicia, y el Comisionado para la Reforma Judicial, dirigido por el Secretario del Estado, Dr. Franklin Almeyda, organizó un Foro Nacional sobre el mismo tema. Todos estos esfuerzos son válidos y deben aprovecharse adecuadamente.

III) Tareas a emprender dentro del proceso de reforma del Poder Judicial

Con este punto sólo pretendemos llevar a la conciencia de ustedes la cantidad y complejidad de los temas sobre los que se debe trabajar dentro de un plan general de reforma. Es que la crisis ha llegado a todos los niveles del aparato judicial, lo que implica prácticamente rehacer, reinventar en nuestro país el sistema de administración de justicia.

Algunos de los temas sobre los que se debe trabajar son:

1. La aprobación de un reglamento adecuado para el Consejo Nacional de la Magistratura.
2. La correcta selección de los jueces de la Suprema Corte de Justicia.
3. El cabal cumplimiento del presupuesto de ingresos y Ley de Gastos Públicos de la Nación.
4. La asignación en el próximo presupuesto de ingresos y Ley de Gastos Públicos de una partida para el Poder Judicial

que oscile entre un tres (3) y un seis (6) por ciento del monto de dicho presupuesto, y como consecuencia de ello la elevación de los salarios de todos los jueces y empleados del Poder Judicial, la mejoría sustancial de la infraestructura, equipos y materiales necesarios para garantizar la eficiencia en las labores de todo el aparato judicial.

5. La aprobación de la Ley de Carrera Judicial, a través de la cual se creará la Escuela Nacional de la Magistratura.

6. La aprobación de la Ley de Administración Presupuestaria del Poder Judicial.

7. La actualización y aprobación de leyes que se relacionen directamente con la administración de justicia, a fin de hacer más ágiles los procesos, tales como la Ley de Organización Judicial, los códigos de Procedimiento Civil y Criminal, disposiciones que aseguren la independencia del Ministerio Público, creando incluso una Policía Técnica Judicial, o haga más efectiva y accesible la defensa judicial de los niños, niñas y adolescentes, de los indigentes, de los envejecientes. También debe trabajarse en mejorar sustancialmente el sistema carcelario dominicano, en disposiciones que garanticen la propiedad privada a través de un sistema de registro confiable de títulos, entre muchos otros temas.

8. Pero además, debe actualizarse el derecho positivo en áreas tan cambiantes como las de las telecomunicaciones, el sistema monetario y financiero, los sectores de salud y educación, a fin de crear las condiciones que nos permitan, como país, insertarnos exitosamente en el nuevo proceso de globalización de las economías y apertura de los mercados.

9. De vital importancia es también trabajar en los mecanismos que permitan un control adecuado de las escuelas de Derecho, con medidas que garanticen el nivel académico de los egresados, estableciendo, por ejemplo, un pensum mínimo, así como un tiempo mínimo de duración de la carrera.

10. Debe buscarse mecanismos que impidan que personas sin las condiciones mínimas puedan ejercer la profesión, estableciendo, por ejemplo, como requisito previo para la obtención de exequátur, la aprobación de una prueba de aptitud administrada por un organismo mixto integrado por el Colegio

de Abogados, el Consejo Nacional de Educación Superior, la agrupación que reúne a las universidades del país, todos bajo el control y supervisión de la Suprema Corte de Justicia.

El inventario de los temas sobre los que se debe trabajar es muy amplio y ello quedó evidenciado en el Foro Nacional “Estrategias para el Mejoramiento de la Administración de Justicia en la República Dominicana”, organizado por la FINJUS en septiembre pasado.

IV) Prioridades dentro de la reforma del Poder Judicial y la posición de la Asociación Dominicana de Abogados Empresariales, Inc., ante las mismas

Hemos visto que la lista de temas sobre los que se debe trabajar para lograr una verdadera reforma del Poder Judicial, es tan extensa que pecaría de ligero aquél que quisiera enumerarlos todos. Y esa extensión se convierte en un problema al que debe prestarse atención. Empezar la reforma de manera global puede ser un error estratégico de repercusiones peligrosas. Se correría el riesgo de que la mayoría de las iniciativas no avancen hasta convertirse en realidad, o tal vez de que los trabajos realizados sean tan superficiales que impidan alcanzar los resultados esperados.

Por esta razón, la Asociación Dominicana de Abogados Empresariales, Inc., entiende que deben establecerse etapas, cada una con metas concretas. Tratar de continuar la reforma sin agotar de manera satisfactoria los aspectos básicos de la etapa anterior, podría ser un error muy costoso. ¿De qué servirían leyes adecuadas sin jueces capaces y honestos que las apliquen? ¿De qué serviría nombrar a todos los jueces del país sin que hayan pasado previamente o deban someterse posteriormente a los rigores de la Escuela Nacional de la Magistratura? ¿De qué serviría todo el esfuerzo, si no se dota al Poder Judicial de los recursos económicos necesarios para enfrentar la crisis y se crean métodos que eviten el secuestro de esos fondos por intereses políticos?

La propuesta de ADAE para una primera etapa sería trabajar y completar los siguientes puntos de la agenda de la reforma del Poder Judicial:

1. La aprobación del reglamento interno que regirá los trabajos del Consejo Nacional de la Magistratura

Este reglamento deberá incluir un mecanismo de selección de los jueces de la Suprema Corte que garantice la transparencia de la escogencia, la participación de la sociedad civil y el consenso como mecanismo de selección de los jueces. Una forma de lograrlo sería estableciendo:

a) Un plazo a partir de un aviso público para que todo interesado someta los candidatos que considere pertinentes, siempre y cuando anexe su currículum y una carta de aceptación.

b) La depuración de los candidatos por parte del consejo y la publicación de los candidatos depurados, con un nuevo plazo para que todo aquel que desee remitir al consejo su opinión pueda hacerlo.

c) Vistas públicas sobre cada candidato.

d) Una mayoría especial de cinco para escoger a los magistrados de la Suprema Corte de Justicia.

Ahora bien, este reglamento, definitivamente, no debe incluir cortapisas al principio de inamovilidad de los jueces establecido en el párrafo III del artículo 63 de la Constitución de la República, tal como fue modificado en agosto de 1994. Cualquier intento de establecer en el reglamento la ratificación de los jueces de la Suprema, cada cierto período, sería inconstitucional.

Lamentablemente, la reforma constitucional de 1994 cometió varios errores, entre los cuales se puede mencionar la contradicción de los párrafos III y IV del artículo 63, pues mientras el primero establecía inamovilidad de los jueces estableciendo como única excepción la posibilidad de destitución por causas disciplinarias, en el segundo se señaló que “Una vez vencido el período por el cual fue elegido un Juez, permanecerá en su cargo hasta que sea designado su sustituto”. Este último texto pretende utilizarse de base para incluir en el reglamento una disposición que obligaría a ratificar a los jueces de la Suprema cada cuatro años; lo que equivale a señalar que los mismos podrían ser no ratificados o, en otras palabras, removidos, quedando nuevamente el máximo órgano del Poder Judicial a expensas de la voluntad de los políticos, pues para nadie es un secreto que cinco de los siete miembros del Consejo Nacional de la Magistratura son políticos.

La contradicción entre los párrafos III y IV del artículo 63 se debió a la intención de los autores de la reforma de aplicar el

párrafo IV, como texto transitorio, a los jueces en funciones al momento de la reforma. Un gazapo similar se cometió cuando no se eliminó el ordinal 9 del artículo 55 de la Constitución, dejando intacta la facultad del Poder Ejecutivo de llenar las vacantes que se produzcan en la judicatura mientras el Congreso esté en receso.

La realidad es que existe una contradicción en la letra misma de la Constitución y la única salida es la de aplicar el verdadero espíritu de la reforma constitucional. Nadie puede negar que la intención fue la de asegurar la independencia del Poder Judicial, y evita que intereses políticos puedan incidir en el mantenimiento en las funciones de un juez. Establecer ahora lo contrario, vía una ley adjetiva, sería un golpe demoledor en los afanes de empujar la reforma por el camino correcto. Nos preguntamos, cuál jurista de aquellos que podrían ser candidatos a jueces de la Suprema por reunir las condiciones necesarias, dejaría su ejercicio privado para iniciar una carrera judicial incierta, que podría quedar truncada si no es ratificado debido a la independencia con que ejerza sus funciones. En esas condiciones, habría una deserción masiva de los buenos candidatos, y dejaría paso, como siempre, a aquellos que no son tan buenos.

El autor paraguayo Héctor Parodi, en su obra *El Consejo de la Magistratura, Instrumento de Independencia del Poder Judicial*, publicado en Asunción, Paraguay, en 1995, expresa: “La inamovilidad del magistrado es necesaria no solamente como un factor de independencia política, sino como un factor de libertad intrajudicial, en el sentido de brindar al magistrado independencia interna respecto de los organismos que lo han designado para el cargo”.

Amparados en la contradicción existente en los párrafos señalados, acaba de ser aprobado en el día de ayer, en segunda lectura, por el Senado de la República, un proyecto de Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, cuyo artículo 20 dispone lo siguiente:

“Art. 20. El Consejo Nacional de la Magistratura en cumplimiento de la disposición del artículo 63 párrafo IV de la Constitución de la República, deberá, al elegir a un juez de la Suprema Corte de Justicia, fijar el período para el cual lo elige, vencido el cual el indicado consejo se reunirá de nuevo a fin de elegir su sustituto o confirmarlo en su condición”.

En una reunión de la Junta Directiva de la Asociación Dominicana de Abogados Empresariales, Inc., se aprobó recurrir por inconstitucional cualquier disposición que apruebe el Congreso que pretenda la ratificación de los jueces de la Suprema Corte.

Si se desea remover a un juez por actuaciones indignas, debe sometérselo a juicio disciplinario.

2. La selección oportuna de los nuevos jueces de la Suprema Corte de Justicia

Una vez aprobado el reglamento interno del Consejo Nacional de la Magistratura, debe procederse sin dilaciones innecesarias al proceso de selección de los nuevos jueces de la Suprema Corte de Justicia. Existen ideas de postergar esta selección hasta después de agosto de 1998, con la finalidad de esperar la recomposición de las fuerzas congresionales. Si se acepta este criterio, en el 1998 se esgrimirá el mismo que se esgrimió en 1994, es decir, esperemos las elecciones presidenciales, esta vez del año 2000, a ver si las cosas mejoran.

Entendemos que el Presidente Leonel Fernández posee buenas intenciones en relación con el tema de la reforma. Es probable que albergue temores, al igual que toda la sociedad, de que se quieran imponer criterios políticos en la selección de los jueces de la Suprema Corte. Estos temores, justificados debido a las experiencias del pasado, no pueden traer como resultado ni la dilación innecesaria en la selección de los jueces, ni la anulación de la inamovilidad para poder subsanar cualquier error que se cometa en dicha selección. Tanto el Presidente Fernández como cualquier otro miembro del Consejo Nacional de la Magistratura con buenas intenciones, como los hay, pueden y deben apoyarse en la sociedad civil como aliados indispensables para alcanzar una selección adecuada y oportuna. Esta Sociedad Civil, constituida por los empresarios, por los trabajadores, por las iglesias, las universidades, los abogados, individualmente y a través de sus organizaciones como el colegio y asociaciones, los medios de comunicación y muchos otros núcleos e individualidades, todos por fin con una clara conciencia del problema de la justicia en la República Dominicana, está dispuesta a apoyar los esfuerzos serios que aseguren la reforma y a premiar a quienes la ejecuten, así como está dispuesta a combatir cualquier intento de truncar el anhelado derecho de una justicia sana e independiente y sancionar a los responsables. Una de las formas de garantizar una

selección adecuada es haciendo transparentes los mecanismos de selección para permitir que la sociedad civil opine.

No se debe retrasar la selección de la nueva Suprema Corte, pues ella está llamada a jugar un rol estelar en todo el proceso posterior de reforma. Alguien comentaba una vez que para elegir a los jueces de la Suprema se debía aguardar la aprobación de la Ley de Carrera Judicial y con ella la creación de la Escuela Nacional de la Magistratura. Este punto es correcto para los demás jueces, pero no para los jueces de la Suprema Corte. Parecería que se requeriría que profesionales de la talla de Wellington Ramos Messina, Bernardo Fernández Pichardo o Margarita Tavares, deban someterse a los cursos de la Escuela, aunque debemos aclarar que estamos seguros que estos excelentes juristas no dudarían en tomar cursos para adquirir nuevas destrezas. Lo correcto es que la selección de la nueva Suprema preceda a la aprobación de una ley fundamental como lo será la Ley de Carrera Judicial, para que, tal como lo hizo la actual Junta Electoral, pueda aportar sus ideas a una ley que será su responsabilidad ejecutar.

Una vez nombrada la nueva Suprema Corte, ésta debe convertirse en el motor que impulse el largo camino que quedará por recorrer en materia de reforma del poder judicial.

3) El presupuesto del Poder Judicial

El tema, tan de moda en estos días, reviste una relevancia singular. Podemos tener las mejores mujeres y los mejores hombres en la Suprema Corte de Justicia, pero sin un presupuesto adecuado lograrán avanzar muy poco.

Sobre este tema nuestra posición es clara: debe respetarse la ley y la palabra empeñada.

Debe respetarse el texto constitucional que otorga autonomía administrativa y presupuestaria al Poder Judicial, sin importar a quién se favorezca, pues éste no es ni el viejo ni el nuevo camino, es el único camino: la ley es dura, pero es la ley. Por esa razón, sin importar quién está detrás de las protestas de los jueces, de los reclamos del actual Presidente de la Suprema Corte, de que los aumentos de salarios que se generarían favorezcan a muchos que no se lo merecen, por encima de todo está la ley.

V) Conclusiones

La crisis en la función jurisdiccional del Estado se origina y se ha mantenido debido a la dependencia de la misma de las funciones ejecutivas y legislativas con fines estrictamente político-partidarios, todo lo cual ha permitido que la corrupción se apodere del aparato judicial.

Los esfuerzos para detener la crisis fueron prácticamente inexistentes en los años sesenta y setenta, mientras que en la década de los ochenta los esfuerzos realizados culminaron en un fracaso absoluto, debido a las mismas causas que originaron la crisis. En los noventa, y gracias al empuje vigoroso de la sociedad civil, la crisis ha comenzado a ser enfrentada, pese a la resistencia de aquellos sectores que temen una justicia independiente.

La Asociación Dominicana de Abogados Empresariales, Inc., plantea que los esfuerzos inmediatos se dirijan a alcanzar, en el menor tiempo posible, cuatro puntos básicos:

1) La aprobación de un reglamento idóneo para el funcionamiento del Consejo Nacional de la Magistratura, que privilegie la transparencia, la participación de la sociedad civil y el consenso en la selección de los jueces de la Suprema Corte y que no atente, bajo ninguna circunstancia, contra el principio constitucional de la inamovilidad de los jueces.

2) La selección oportuna de los jueces de la Suprema Corte de Justicia, sin dilaciones innecesarias y sin necesidad de esperar la aprobación de la Ley de Carrera Judicial.

3) El cumplimiento irrestricto de la disposición constitucional que otorga autonomía administrativa y presupuestaria al Poder Judicial y, en consecuencia, la entrega completa y oportuna cada mes de la partida que le corresponda a dicho poder en el Presupuesto General de la Nación y la Ley de Gastos Públicos. Asimismo, el cumplimiento de la promesa electoral de asignar al Poder Judicial para el año 1997 un presupuesto no menor de tres por ciento del Presupuesto General de la Nación, incrementando el mismo cada año subsiguiente hasta llegar, en un tiempo razonable, a un porcentaje que oscile entre un cinco y un seis por ciento, para alcanzar de esta manera el promedio imperante en América latina.

4) La aprobación de la Ley de Carrera Judicial, previo un trabajo que permita lograr un proyecto de consenso.

Estos serían los cuatro puntos principales de una primera etapa dentro del proceso de reforma. Realmente no significan porcentualmente una parte considerable de lo que debe ser un plan general de reforma. Pero deben ser considerados como la entrada indispensable para que todos los demás componentes de la reforma puedan alcanzar resultados satisfactorios. Para lograr estas metas, debemos aprender a trabajar de manera mancomunada, poniendo fin a la dispersión existente de los esfuerzos que se realizan actualmente y, en este sentido, la ADAE desea manifestar públicamente que está preparada para integrarse a cualquier equipo de trabajo, en posiciones puramente técnicas, sin deseos de protagonismos, pero con anhelos de ver despejado el camino.

Esta edición de *30 años de Coloquios Jurídicos*, consta de 1,000 ejemplares y se terminó de imprimir en el mes de julio de 2011 en los talleres de Editora Búho, en Santo Domingo, República Dominicana.