

Revista de CIENCIAS JURÍDICAS

VOLUMEN II NO. 1 | ENERO - MARZO 2014 | ISSN 0379-8526



Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

SEMBLANZA3
 Prof. Vanessa Vega de Bonnelly

DOCTRINA

PENAL

La recuperación de bienes ilícitos como estrategia
 contra la delincuencia organizada5

1. ¿Por qué el Estado debe recuperar bienes
 de origen ilícito?5
2. Origen de decomiso civil o decomiso sin condena penal7
3. El juicio de extinción de dominio7
4. Las garantías judiciales y los juicios de extinción
 de dominio12
5. La aplicación en el tiempo de la norma que permite
 la confiscación19
6. Conclusión20

BANCARIO

El principio de la buena fe en los contratos bancarios
 (Visión romanística del deber de actuar correctamente
 y trascendencia en el Derecho contemporáneo).....22

- I. Introducción22
- II. Evolución histórica de la buena fe24
- III. La banca y los negocios bancarios en el mundo
 financiero romano27
- IV. El rol de la buena fe en las negociaciones bancarias
 en Roma29
- V. Regulación del principio de la buena fe en
 codificaciones modernas42
- VI. El principio de la buena fe como fundamento de los
 deberes secundarios de conducta en el sistema monetario
 y financiero contemporáneo.....46
- VII. Conclusión49

CONSTITUCIONAL

La validez constitucional de la confesión como medio de prueba	53
1. Planteamiento de la cuestión	53
2. Supuestos necesarios para analizar la cuestión	53
3. La confesión como medio de prueba	55
4. Reflexiones prácticas	60
5. Conclusión	60
Bibliografía	63

ARBITRAJE

Medidas cautelares en la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial	64
Introducción	64
I. Marco teórico	65
II. Emisión de medidas cautelares	71
Conclusión	80
Bibliografía	81

JURISPRUDENCIA

La motivación de las sentencias como garantía fundamental del justiciable	82
1. Antecedentes del proceso	82
2. Fundamentos de Derecho de la decisión	83
3. Análisis jurídico de la decisión	84
4. Comentario final	87

LEGISLACIÓN

Primera Resolución de fecha 7 de febrero de 2013 emitida por la Junta Monetaria relativa a las tarjetas de crédito	91
--	----

Vanessa Vega de Bonnelly

Vanessa Elvira del Socorro Vega Acevedo de Bonnelly nació en Santo Domingo el 1 de diciembre de 1929. Abogada, maestra y escritora. Cultivó la poesía, la cuentística y el ensayo.



*Abogada, maestra
y escritora.*

*Cultivó la poesía,
la cuentística
y el ensayo.*

Centró su vida en la educación. Desde muy joven fue maestra de primaria en Santiago (Instituto Iberia); luego, en Puerto Rico durante el exilio de la familia de su esposo; finalmente, de vuelta a Santiago, en el Colegio Sagrado Corazón de Jesús.

En 1960 se graduó de doctora en Derecho, summa cum laude, en la Universidad de Santo Domingo. Fue abogada en ejercicio privado y secretaria del Tribunal Superior de Tierras.

Desde el año 1962, en el que tuvo lugar la fundación de la hoy Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), fue parte de su cuerpo docente, en el que obtuvo el rango de “profesora emérita”, el más alto que otorga la institución en carrera académica.

En la PUCMM ocupó varias posiciones académicas y administrativas, entre ellas, la de decana de la Facultad de Ciencias Sociales y Administrativas, directora del Departamento de Historia y Geografía, directora del Departamento de Letras y Humanidades y secretaria del Consejo Académico.

Su vocación de maestra y sus aportes a la educación caminaron de la mano con el desarrollo mismo de la PUCMM. Impartió cátedras de Español, Historia de la Cultura, Historia Dominicana, Historia del Derecho y Derecho Internacional Público, entre otras.

Fue autora de varios libros y folletos que sirvieron de fuente obligada para sus estudiantes, entre los que cabe mencionar la obra *Temas de historia de occidente y Cátedras de Derecho Internacional Público*.

Formó parte de múltiples instituciones culturales e intelectuales, de las que recibió numerosos reconocimientos. El Ateneo Amantes de la Luz, Inc., le otorgó el último de los reconocimientos por su contribución al desarrollo cultural de la sociedad dominicana desde el ámbito académico y como primera presidenta de esa centenaria institución.

Doña Vanessa Vega de Bonnelly falleció en Santiago de los Caballeros, el 13 de septiembre del año 2009, meses antes de cumplir los 80 años de edad.

La recuperación de bienes ilícitos como estrategia contra la delincuencia organizada

Por Manuel Ulises Bonnelly Vega*

1. ¿POR QUÉ EL ESTADO DEBE RECUPERAR BIENES DE ORIGEN ILÍCITO?

La delincuencia organizada se define como *“la actividad de un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la... Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional... y con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”*.

Los grupos que se organizan para cometer crímenes son verdaderas empresas que, aunque ilícitas, constituyen un negocio bastante lucrativo. Por eso, combatir de modo efectivo este tipo de organizaciones requiere de estrategias que tiendan a atacar su objeto mismo, su razón de ser, es decir, su estilo de vida y su economía. Y qué mejor forma que disponer de un instrumento que permita la rápida y efectiva recuperación de los bienes fruto del delito.

En sentido pragmático, son múltiples las razones que apuntan a justificar el establecimiento del decomiso de bienes ilícitos a favor del Estado.

* Licenciado en Derecho PUCMM, 1994. Magister en Derecho Societario y Comercial PUCMM, 1998. Doctor en Derecho. Orientación Penal, Universidad de Buenos Aires, 2010. Ha sido profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra por 20 años. Fue juez penal por 15 años. Actualmente se dedica al ejercicio profesional.

1 Artículo 2 letra a) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada mediante Resolución 55/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas celebrada en Palermo el 15 de noviembre de 2000.

Así, por ejemplo, con el decomiso se lleva la idea de que nadie puede beneficiarse por la comisión de un delito. Se trata de asegurar que se cumpla con la vieja idea de que el “crimen no paga”, quitando a los delincuentes las ganancias mal habidas.

El decomiso también constituye un medio eficiente para lograr que el Estado no tenga necesidad de crear impuestos o aumentarlos, pues el ingreso de estos bienes al patrimonio estatal asegura un importante flujo de ganancias, con casi ninguna inversión.

Del mismo modo, es un medio que haría del país un lugar menos atractivo para la delincuencia transnacional, pues se espera que ningún criminal cometa su delito en un lugar donde puede “quebrar su negocio” tan fácilmente.

Igualmente, con el decomiso se persigue desarticular las organizaciones criminales existentes y evita el surgimiento de nuevas empresas ilícitas, pues al quedarse sin fondos para operar, el “negocio” sencillamente fracasa.

Por otro lado, esta herramienta contribuye a disminuir la evasión de la ley, pues los delincuentes que suelen utilizar los bienes obtenidos ilícitamente para agenciarse el apoyo y tolerancia de los círculos de poder, no tendrían cómo hacerlo.

La recuperación de bienes ilícitos constituye, además, un método de prevención general que procura disuadir a las personas que hayan pensado en el crimen como opción de vida, toda vez que, al comprobar que el camino del crimen no genera ganancias, preferirían no optar por éste.

Por otra parte, esta estrategia contribuye a sanear todos los mercados, ya que el flujo de capital ilícito permite que los criminales obtengan mayores beneficios que aquellos que trabajan con capital legítimo, quienes se ven obligados a pagar impuestos, buscar financiamientos y disponer de sólidas garantías, entre otras importantes obligaciones y requisitos.

Sin duda, desde el punto de vista macroeconómico, un combate a la actividad delictiva y la incautación de sus bienes tiene que propiciar una mejor competitividad en los mercados, al excluirse de estos a los agentes económicos que los contaminan.

Todas estas razones revelan que la recuperación de bienes ilícitos constituye una medida eficaz en el combate del delito, por

demás útil, conveniente y lucrativa. Un método que, obviamente, proporciona al Estado más ganancias que pérdidas.

2. ORIGEN DEL DECOMISO CIVIL O DECOMISO SIN CONDENA PENAL

La idea de recuperar bienes como estrategia para la persecución de ciertos delitos es relativamente nueva. Ciertamente es que en muchos países se disponía de instrumentos eficaces a tal fin, pero el tema alcanza carácter global a partir de la Convención Internacional sobre Corrupción elaborada por la ONU en el año 2003.

La principal inspiración para dicha iniciativa surge a partir de las dificultades en ciertos casos de corrupción cometidos por algunos gobernantes, cuyos procesos penales fueron evadidos, se vieron estancados o se hicieron imposibles, gracias a una serie de circunstancias que no necesitamos enumerar en este momento.

De ahí que la referida convención creó un marco que fija mayor atención a la persecución de los bienes ilícitos que a la imposición de una pena y que sirve de base para la implementación del llamado "*decomiso sin condena penal*", el cual permite rescatar rápidamente el producto o beneficio del delito.

Este modelo de recuperación, regido por las reglas del Derecho Civil, tiene el objetivo de restituir la propiedad de estos bienes a favor del Estado, cuya legitimidad de acción constituye un principio fundamental enarbolado por la ya mencionada convención², la cual se inspira en su deber de búsqueda del bien común y de protección del interés público.

La Constitución dominicana, en su artículo 51.5 ha sentado las bases para el diseño de una ley interna que permita "...*el decomiso, mediante sentencia definitiva...*", de aquellos bienes "... *que tengan su origen en actos ilícitos...*". Los juicios de extinción de dominio son uno de los modelos posibles para concretar este objetivo.

3. EL JUICIO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

Luego de enumerar los casos en que es posible decomisar

2. Capítulo V de la Convención Internacional sobre Corrupción elaborada por la ONU en el año 2003.

bienes por su naturaleza ilícita³, la Constitución dominicana dispone que por ley deba establecerse “*el régimen de administración y disposición de bienes incautados y abandonados en los procesos penales y en los juicios de extinción de dominio, previstos en el ordenamiento jurídico*”⁴. Pero, ¿qué son los llamados “*Juicios de Extinción de Dominio*”?

El término “*dominio*” o más bien el “*derecho de dominio*” es el utilizado en todos los países que han seguido la legislación civil española para designar lo que nosotros conocemos como “*derecho de propiedad*”. Por ello, cuando en tales países se habla de “*extinción del dominio*” aluden a la posibilidad de revocar, quitar o “*extinguir*” el derecho de propiedad.

En nuestra tradición jurídica, empero, el término resulta totalmente extraño. Por ello, lo correcto sería que un procedimiento de este tipo, entre nosotros, se denomine “*extinción o revocación del derecho de propiedad*” o con algún término similar. No obstante, tomando en cuenta que nuestra Constitución así lo ha designado (art. 51.6), el término “*extinción de dominio*” será de uso obligado, aunque nada impide que el legislador, al elaborar la normativa que regule dicho procedimiento, utilice una acepción que lo acompañe de manera tal que mantenga armonía con nuestra tradición jurídica.

En concreto, el procedimiento de extinción de dominio consiste en la celebración de un juicio, regido por las reglas del Derecho Civil, mediante el cual se juzga el derecho de propiedad y no la culpabilidad personal derivada de la comisión de un hecho ilícito sancionado penalmente. La finalidad de este juicio es la de determinar el carácter ilegítimo de la propiedad, sobre la base de la ilicitud del bien, considerado o reputado como tal por su naturaleza, origen o destino.

Como no se trata de un juicio penal, sino del cuestionamiento del derecho de propiedad, la ley permite el establecimiento de presunciones legales de “*culpabilidad de la cosa*”⁵, que obligan a quien pretende defender un derecho sobre el bien perseguido, a establecer pruebas que tiendan a destruir tal presunción. Se trata, ciertamente,

3. Artículo 51.5 de la Constitución dominicana.

4. Artículo 51.6 de la Constitución dominicana

5. Se utiliza este concepto a manera de símil.

de una inversión de la carga probatoria que no presenta problema alguno, ya que ello solamente se encuentra vedado para los juicios penales.

En tanto es una acción patrimonial, tampoco se encuentra vinculada con el principio de responsabilidad personal –*propia del proceso penal*– y, por tanto, se ejerce *in rem* contra los bienes considerados como ilícitos por su naturaleza, origen o destino, sin importar en manos de quién se encuentren los mismos ni en qué calidad los posean.

Obviamente, como este procedimiento afecta el derecho de propiedad, constitucionalmente reconocido, se encuentra sometido al escrutinio jurisdiccional, que culminaría, en caso de que se identificaran como ilícitos, con la declaración, mediante sentencia definitiva, de la titularidad de los bienes en favor del Estado.

3.1 ¿Qué significa el término “sentencia definitiva” en éste ámbito?

Como hemos dicho, la posibilidad de confiscación o decomiso de los bienes de origen ilícito encuentra su fundamento en lo establecido por el artículo 51.5 de la Constitución Política Dominicana, que exige una “*sentencia definitiva*”, como requisito previo a la confiscación. Pero, ¿qué tipo de sentencia definitiva será la requerida por el texto constitucional?

Para responder la pregunta es necesario que hagamos un análisis de ciertas figuras que se mencionan en el texto constitucional que nos ayudarían a contextualizar la respuesta; en especial resulta útil la distinción entre confiscación y decomiso.

Jurídicamente éstas son dos figuras similares, aunque con características propias. En casi toda la doctrina jurídica universal la confiscación (*en su sentido lato*) consiste en la apropiación (total o parcialmente) por parte del Estado, de los bienes de una persona, sin título legítimo y sin contraprestación. Por otro lado, el decomiso es una sanción que se impone como consecuencia de la violación a la ley penal, por el incumplimiento de obligaciones de hacer a cargo de los ciudadanos o porque dichos bienes se han utilizado como instrumento para la comisión de un delito o infracción o constituyen el fruto de tales actos ilícitos o representan por sí mismos un peligro para la sociedad.

Aun cuando el texto analizado refiere al decomiso, el mismo es prácticamente ajeno a nuestro Derecho Penal tradicional que, siguiendo la legislación francesa, ha distinguido entre confiscación general y confiscación especial. En tal sentido, la confiscación general es aquella que surte los mismos efectos atribuidos por la doctrina universal a la confiscación en sentido lato, mientras que la confiscación especial resultaría equivalente a lo que, universalmente, se entiende como decomiso.

La confiscación general de bienes nunca fue establecida en nuestro Código Penal, toda vez que cuando este fue adoptado, dicha figura había sido abolida del Código Penal Francés que sirvió de modelo a nuestro legislador. Sin embargo, en el año 1962 fueron promulgadas sendas leyes que proclamaron la confiscación de bienes⁶.

Además, los efectos de la confiscación general han sido proscritos desde el primer texto constitucional dominicano⁷ y se ha mantenido de esa manera hasta el día de hoy⁸. En igual sentido, siempre ha existido esta prohibición en el artículo 35 del Código Penal. Ello obedece al repudio de esta figura, que siempre tuvo connotación política y que fue utilizada por los gobernantes, desde el Imperio Romano, como una manera de reprimir a los enemigos del gobierno.

Empero, la confiscación especial de bienes, *equivalente al decomiso*, figura en el artículo 11 del Código Penal. Leoncio Ramos, en su libro *Notas de Derecho Penal Dominicano* la define como aquella que “*va dirigida a ciertos y determinados bienes, pertenecan o no al inculpado; tales como las cosas llamadas el cuerpo del delito, el producto del delito o las que han servido como medios o instrumentos para cometer la infracción*”⁹. Esta confiscación sólo es imponible como pena y en aquellos casos estrictamente señalados por la ley, lo que quiere decir que, en aquellos casos en

6 La ley 5785 y la ley 5924. Estas leyes obedecieron a una situación muy particular: la recuperación de los bienes distraídos al Estado por el dictador Rafael Leonidas Trujillo, sus familiares y adeptos.

7 Artículo 20 de la Constitución del 6 de Noviembre de 1844.

8 Artículo 51.5 de la Constitución del 26 de Enero de 2010.

9. Ramos, Leoncio. *Notas de Derecho Penal Dominicano*. Editora Punto Mágico. Santo Domingo, República Dominicana. 2002, p. 385 y 386.

que la ley no ordene la confiscación, de manera expresa, no es posible pronunciarla ni imponerla¹⁰.

El carácter de pena de la confiscación, atribuido por el artículo 11 del Código Penal, trae como consecuencia que ella depende de un juicio penal con todas sus reglas (*debido proceso, personalidad de las penas, presunción de inocencia, etc.*) y con todas sus consecuencias.

Sin embargo, la confiscación a que se refiere el artículo 51.4 de la Constitución no es únicamente la regulada por el Código Penal, aunque esta última también se encuentra sometida al marco constitucional de dicho texto.

El texto constitucional analizado ha extendido la posibilidad de la confiscación más allá de la simple sanción resultante de la declaración de culpabilidad en un juicio penal y ha autorizado confiscar de aquellos bienes que simplemente guarden relación o se encuentren vinculados a un ilícito por su origen, uso o destino.

Cierto es que esta confiscación debe ser el resultado del escrutinio judicial, ya que se exige como condición, la existencia de una sentencia definitiva que la ordene. No obstante, esta sentencia no es de la misma naturaleza de la exigida por el artículo 69.3 de la propia constitución, como requisito para destruir la presunción de inocencia de los ciudadanos sometidos a juicio penal.

La sentencia a la que se refiere el artículo 51.4 sería aquella rendida en el marco de un juicio al derecho de propiedad, distinto al juicio que por responsabilidad penal podría llevarse en contra del dueño o poseedor del bien, quien siempre deberá ser condenado mediante la sentencia irrevocable exigida por el artículo 69.3.

Es evidente que en un juicio penal también podría tener lugar la confiscación que puede ser pronunciada, concomitantemente, a la sentencia de culpabilidad, todo ello como consecuencia de las disposiciones combinadas de los artículos 51.4 y 69.3 de la Constitución, así como el artículo 11 del Código Penal. Se trataría, en ese caso, de la confiscación tradicional.

El juicio al derecho de propiedad, referido por el artículo 51.4,

10. En este sentido véase lo establecido por jurisprudencia constante y reiterada. Vide SCJ 31 de octubre de 1955 B.J 543. p. 2289, SCJ 7 de septiembre de 1956 B.J 554, p. 1887 y SCJ 2 de marzo de 1959 B.J 584, p. 2017.

es autónomo e independiente de cualquier otro –incluso del juicio penal– por cuanto persigue únicamente extinguir o revocar el derecho de propiedad y, por tanto, recuperar los bienes considerados o reputados como ilícitos.

Lo anterior resulta mejor entendido si examinamos las disposiciones del artículo 51.6, que establece la figura de la extinción de dominio, cuyo carácter distintivo elemental es la celebración de un juicio al derecho de propiedad mediante el cual, establecida la presunción de ilicitud del bien, quien pretenda defenderlo se verá forzado a probar que tal presunción no existe, so pena de que se ordene su confiscación.

Se trata, pues, de una acción jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial más cercano al Derecho Civil que al Derecho Penal.

4. LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y LOS JUICIOS DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

Tomando en cuenta que el proceso de extinción de dominio tiende a limitar un derecho constitucionalmente reconocido, la ley que lo regule, debe someterlo a ciertos principios de carácter superior. En consecuencia, debe ceñirse a los principios y garantías consagradas por la Constitución ya que, de lo contrario, se estaría violentando el principio de superioridad consagrado por el artículo 6 de la propia Carta Sustantiva¹¹.

Tales derechos conforman lo que se denomina como debido proceso de ley que, como ha dicho la jurisprudencia, es de aplicación en todo caso, siempre que las reglas que lo conforman sean compatibles con la materia de que se trata¹².

Los países donde se han puesto en vigor herramientas de este tipo son varios. Entre ellos podemos mencionar a Irlanda, Reino Unido, Canadá, Australia, Filipinas, Fiyi, Sudáfrica, Antigua y

11. El artículo 6 de la Constitución Dominicana dispone: "...Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución".

12. La Resolución 1920 del 13 de noviembre del 2003 dictada por la Suprema Corte de Justicia señaló, entre otras cosas que: ".....estas garantías son reglas mínimas que deben ser observadas no sólo en los procesos penales, sino, además, en los que conciernen a la determinación de los derechos u obligaciones de orden civil, laboral, administrativo, fiscal, disciplinario o de cualquier otro carácter siempre que estas sean compatibles con la materia de que se trata."

Barbuda, Serbia y Bulgaria. En Latinoamérica, existe legislación al respecto en Colombia, Guatemala, Honduras, México y Perú¹³.

En muchos de esos países ha sido amplia la discusión que a nivel doctrinal y jurisprudencial ha tenido lugar en ocasión de la aprobación y aplicación de este tipo de normativa. En todas las discusiones y críticas han girado en torno a la posible afectación a derechos constitucionalmente reconocidos.

De hecho, muchos tribunales y cortes constitucionales, han tenido la oportunidad de examinar varios de estos textos, con miras a determinar su validez constitucional.

Examinaremos cuáles son los principales aspectos que han generado toda clase de discusión en el ámbito de la confiscación civil, exponiendo cuáles son las soluciones que debería tener en cuenta la ley, para cada uno de estos supuestos.

4.1 La exigencia de notificar al propietario o poseedor del bien

Si el Estado pretende confiscar civilmente un bien, aunque este sea ilícito, debe tener en cuenta que el mismo tiene un propietario, un detentador o un poseedor. Con el fin de asegurar el derecho de defensa de todos ellos y con el propósito de evitar que se ejecute una medida injusta, estos tienen derecho a que el decomiso sea el resultado de lo decidido por un juez.

Tomando en cuenta que el derecho de propiedad se encuentra constitucionalmente protegido¹⁴, toda potencial desapropiación debe ser tutelada en los términos establecidos por la Constitución dominicana. En efecto, ningún derecho puede serle arrebatado a un ciudadano sin que éste pueda procurar su tutela efectiva.

Por tal razón, el procedimiento que se organice para regular la confiscación civil debería contemplar la obligación de notificar al propietario, al detentador o poseedor del bien, así como a cualquier

13. En los países del Common Law esta herramienta es conocida como Asset forfeiture, mientras que en los demás países se conoce indistintamente como Extinción del Dominio, Perdida del Dominio, confiscación o Decomiso Civil y Decomiso sin condena penal, entre otros.

14. En el caso de la República Dominicana, el artículo 51 de la Constitución dispone: "El Estado reconoce y garantiza el derecho de propiedad. La propiedad tiene una función social que implica obligaciones. Toda persona tiene derecho al goce, disfrute y disposición de sus bienes."

tercero que pudiera tener interés legítimo, con la finalidad de que aquellos puedan tener la oportunidad de acudir a todos los actos del procedimiento y presentar allí las pruebas y argumentos que interesen a la tutela de su derecho de propiedad.

El juicio puede tener lugar, sin embargo, aún con la ausencia de la persona cuyos derechos estarían sujetos a discusión. No obstante, tal posibilidad se encuentra sometida al requisito de que a esa persona se le ponga en condiciones de optar por acudir o no al juicio, estando debidamente enterada de todo cuanto acontece en el procedimiento dirigido en contra de su derecho.

Así, debe asegurarse que sean notificadas todas las medidas dictadas¹⁵, en razón de un procedimiento de confiscación civil e implementarse un sistema especial de publicidad para hacerla oponible a los terceros como la disponga la ley¹⁶.

4.2 La protección de derecho de los terceros

En el curso de una acción de extinción de dominio pueden verse afectados, no sólo los derechos del propietario o poseedor del bien perseguido, sino que también de otras personas.

Con el fin de asegurar la debida protección de los derechos de estos terceros —que nada han tenido que ver con la actividad ilícita y que pudieran verse perjudicado por el decomiso civil de ciertos bienes— es necesario que se tomen algunas provisiones.

A manera de ejemplo pensemos en el caso del dueño de un yate o de un automóvil que lo alquila a una persona y ésta lo utiliza para consumir o traficar con drogas o el caso de un señor que se dedica, a espaldas de su esposa, a vender drogas utilizando el automóvil o la casa de su mujer. O el padre de familia que se dedica a actividades ilícitas, utilizando la casa familiar y aunque su familia conoce y desapueba estas actividades ilícitas, no se atreve a ponerlo en conocimiento de las autoridades —*aún a sabiendas de*

15. Tanto las medidas que se hayan ordenado provisionalmente como las de carácter definitivo.

16. Así, por ejemplo, el inicio de un procedimiento de confiscación civil sobre inmuebles debería ser publicado en la oficina de Registro de Títulos correspondiente o en la Conservaduría de Hipotecas del lugar, con lo cual se asegura hacerlo oponible a todos los terceros y cuando se trate de un vehículo de motor, la medida debería ser notificada a la Dirección General de Impuestos Internos. Si se trata de fondos depositados en efectivo, debería notificarse a la persona física o jurídica que lo tenga en sus manos para que ésta se abstenga de entregarlos sin previa autorización del tribunal.

que podrían perder la casa de todos— porque se encuentran sometidos a un régimen de opresión y temor por parte del padre.

En fin, que pueden verificarse una serie de situaciones en las que el decomiso civil, aún legalmente justificado, puede traducirse en un verdadero acto de injusticia.

Situaciones como estas generaron acres críticas en muchos países durante los años en que inició la aplicación de este tipo de normativa¹⁷. Estas críticas llevaron, por ejemplo, a que la Suprema Corte de los Estados Unidos en el año 1974, reconociera los derechos de terceros inocentes en los procesos de confiscación civil¹⁸, lo que sirvió de base para que, años después, se incorporara en la legislación norteamericana una disposición que permite la defensa de este tipo de derechos¹⁹.

Por motivos de este tipo, la ley dominicana que se elabore para regular el procedimiento de la acción de extinción de dominio, debería contener expresas disposiciones destinadas a la protección de los derechos de estos terceros.

Tal es el caso del derecho alimentario y de vivienda de aquellos terceros que, por su condición de menores de edad, ancianos o cualquier otra condición análoga, puedan ser consideradas personas especialmente vulnerables, a las que el Estado debe garantizar protección, tomando en cuenta, sobre todo, las normas de protección establecidas por la Constitución, los acuerdos internacionales y leyes especiales que rigen al respecto de éstos.

4.3 La proporcionalidad y razonabilidad de la medida

Otro aspecto que resulta importante es evitar que la medida del decomiso civil se convierta en una medida desproporcionada e irrazonable, de manera que la respuesta que da el Estado resulte

17. Vgr. en Estados Unidos de Norteamérica en los primeros años de la década de los 70.

18. 416 U.S. 663, 689-90 (1974), caso Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co, citada por Shaw, Robert F., Jr. Perdiendo Nuestro Estilo de Vida Como Consecuencia de una Ficción. Las leyes de Confiscación civil en los Estados Unidos. Disponible en <http://www.rflawoffices.com/CivilForfeiture.pdf>. En este texto Shaw explica ampliamente la evolución de la jurisprudencia Norteamericana en materia de defensa de los derechos de terceros, en específico de los llamados propietarios inocentes.

19. Comprehensive Drug Abuse Prevention & Control Act of 1970 § 511(a)(4)(B), 21 U.S.C. § 881(a)(4)(C) (1994).

excesiva y desmesurada, con relación al daño que causó la ilicitud del bien o del hecho que lo hizo ilícito.

En Estados Unidos, por ejemplo, se llegaron a concretar casos en los que una casa resultó confiscada porque en su interior se ocuparon un par de cigarrillos de marihuana, que fueron atribuidos al propietario.

Nuestra Constitución, en su artículo 40 párrafo 15, dispone entre otras cosas que la ley “..sólo puede ordenar lo que es justo y útil para la comunidad y no puede prohibir más que lo que la perjudica”. De ahí que ninguna sanción, incluso de carácter civil, pueda ser desproporcionada en consideración con la lesión o daño que ella causa.

A los fines de evitar situaciones de este tipo, la ley debería contener una disposición que establezca que, en ningún caso, la orden de extinción de dominio pueda resultar desproporcionada e irracional y que, con el fin de evitar que ello ocurra, los jueces deban tomar en cuenta la magnitud del daño provocado con el o los ilícitos que sirvan de base para sustentar, en cada caso, la acción.

4.4 El derecho a un abogado o derecho a la defensa técnica

Una de las más fuertes críticas que se le han hecho en otros países a las leyes que regulan la confiscación civil es la de que las mismas no aseguran el derecho a la defensa técnica o a la obligatoriedad de un abogado defensor, como ocurre con los procesos penales.

Así, por ejemplo, se ha señalado que “...el ciudadano común, sin derecho a pagar un abogado en un procedimiento de confiscación civil, no tiene maneras de averiguar si el informante (*el que dio la información que sirvió de base al proceso*) tiene un historial criminal, una razón para estar parcializado o si se está pagando dinero por la información.....la confiscación civil opera sin dar derecho a un abogado, dejando al ciudadano promedio sin medios para navegar a través de las complejidades del sistema legal²⁰”.

20. Shaw, Robert F., Jr. Perdiendo Nuestro Estilo de Vida Como Consecuencia de una Ficción. Las leyes de Confiscación civil en los Estados Unidos. Disponible en <http://www.rflawoffices.com/CivilForfeiture.pdf>. Lo contenido en el paréntesis es nuestro.

Es evidente que el derecho a la defensa o asistencia técnica se encuentra solamente consagrado a favor de los imputados de delito –*Convención Americana de Derechos Humanos (8.2.d y 8.2.e) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (14.3.d)*– por lo que es propio del ámbito penal. Sin embargo, nada impide que el Estado pueda reconocerlo y extenderlo a otros ámbitos del Derecho.

Y es que no cabe duda, que la confiscación civil tiende a erosionar, por *causas consideradas legítimas*, un derecho constitucionalmente reconocido. Así, muchas personas, sin ninguna clase de recurso económico, se verían enfrentadas con la necesidad de defender el derecho de la única propiedad que tienen.

Por ello, la legislación que regule este procedimiento debe establecer que en los procedimientos de confiscación civil, las personas con prerrogativas sobre la propiedad, tengan el derecho irrenunciable de hacerse asistir por un abogado y que en el caso de que no se tenga recursos para pagar uno, el Estado le provea un abogado de oficio o de la Defensoría Pública que pueda asegurar la defensa de sus derechos.

4.5 Derecho al recurso

Siendo el derecho de propiedad un derecho fundamental²¹ que puede resultar lesionado por una decisión que ordene el decomiso civil, resulta importante que se establezca la posibilidad de recurso en contra de la sentencia que pronuncie o deniegue el decomiso. De esta forma, se pretende asegurar que puedan ser corregidos los eventuales agravios que, de otro modo, no podrían repararse²².

Ahora bien, este derecho no debe constituir un medio que torne imposible la administración de justicia. El mismo debe cumplir con

21 Recordemos que el artículo 51 de la Constitución reconoce el derecho de propiedad como un derecho fundamental de los ciudadanos.

22. El derecho al recurso se encuentra reconocido por la Constitución dominicana en su artículo 69.9, del mismo modo por el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y por 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Una adecuada interpretación de la normativa constitucional, nacional y supranacional, lleva a concluir que el derecho al recurso quedaría satisfecho mediante el establecimiento de un único recurso –y no de una serie sucesiva de ellos– siempre que el recurso disponible sea sustanciado y fallado por un tribunal superior y que permita el examen amplio del fallo impugnado, de manera que, a través del mismo puedan corregirse todos los agravios eventualmente causados por la decisión. Véase, entre otros, el fallo rendido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fecha 2 de julio de 2004 en ocasión del caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica.

los requisitos establecidos por la normativa constitucional nacional y supranacional, sin que su aplicación sea llevada a extremos. Por eso, el recurso que establezca la ley, debería ser estructurado de manera que, por un lado, asegure la tutela efectiva del derecho de propiedad y, por el otro, garantice que el procedimiento de confiscación civil no se torne ineficaz.

En ese orden de ideas, la ley podría establecer el derecho a un *único recurso* a favor de la persona que pretenda defender el derecho real. Este recurso podría ser el de apelación.

Para asegurar la efectiva aplicación del Derecho al recurso, el afectado deberá tener el derecho de recurrir, tanto las decisiones relativas a las medidas cautelares como las que ordenan, por primera vez, el decomiso civil.

4.6 El derecho de no auto incriminación

El derecho a la no auto incriminación es propio de la esfera penal y constituye, esencialmente, una especie de cúpula protectora de otro derecho fundamental: *la presunción de inocencia*²³.

Tomando en cuenta que el decomiso civil de bienes no es de naturaleza penal, la garantía de no auto incriminación le resulta ajena. Sin embargo, puede resultar que la persona que comparezca al juicio de la extinción de dominio, a defender su derecho de propiedad, se vea en la necesidad de declarar cosas que tienden a evitar que su propiedad le sea confiscada y que, no obstante, lo perjudican penalmente, en tanto que con lo declarado se auto incrimina ante una existente o eventual acusación penal.

A los fines de evitar que el procedimiento de decomiso civil entre en contradicción con la normativa constitucional, la ley debería contener una disposición que prohíba el uso, en sede penal, de las declaraciones dadas por una persona, en el curso de un procedimiento por extinción de dominio, si ellas le pueden perjudicar en un proceso penal abierto en su contra²⁴.

23. Este derecho se encuentra consagrado en la Constitución dominicana. Del mismo modo, se encuentra consagrado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (8.2 y 3) y por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (14.3).

24. Esto no es un tema nuevo en la legislación dominicana; de hecho, hay precedentes en este sentido, aún en el caso de que la declaración tuviera lugar dentro del mismo ámbito penal. Tal es el caso de la admisión de responsabilidad hecha por el imputado en el curso de una

En ese sentido, las declaraciones vertidas por el afectado como medio de defensa en el juicio de extinción de dominio no podrían ser utilizadas en su contra en ninguna acusación de carácter penal. Tampoco podrían utilizarse en contra del cónyuge o conviviente del afectado ni contra ninguno de sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

5. LA APLICACIÓN EN EL TIEMPO DE LA NORMA QUE PERMITE LA CONFISCACIÓN CIVIL

La mayoría de las leyes que, en otros países, regulan el procedimiento de decomiso civil contienen una norma que surte efecto retroactivo respecto de los bienes adquiridos ilícitamente con anterioridad a la entrada en vigor de esta herramienta.

Así, por ejemplo, la ley modelo sobre extinción de dominio elaborada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), en su artículo 3, dispone: “ La extinción de dominio se declarará con independencia de que los presupuestos para su procedencia hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia de esta Ley”.

Algunos tribunales ya han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tipo de normas, declarando que las mismas no afectan ningún derecho constitucionalmente protegido. Todas estas decisiones se fundamentan principalmente en que el principio de irretroactividad sólo es un beneficio para los juzgados penalmente y no así para los demás casos²⁵.

En República Dominicana, empero, la disposición contenida en el artículo 110 de la Constitución en el sentido de que “*La ley sólo dispone y se aplica para lo porvenir. No tiene efecto retroactivo sino cuando sea favorable al que esté subjúdice o cumpliendo condena. En ningún caso los poderes públicos o la ley podrán afectar o alterar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme*

conciliación, de la aplicación de un criterio de oportunidad o de la aplicación de la suspensión del proceso a prueba, que no pueden ser utilizadas en el caso de que el proceso, por cualquier razón, siga su curso.

25. En ese tenor véase, por ejemplo, lo decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el asunto *Dassa Foundation v. Liechtenstein*. ECHR, Aplicación No. 696/05 (Julio 10, 2007) y lo decidido por la Corte Constitucional de Colombia mediante Sentencia C-740 de 2003 y mediante Sentencia T-590/09.

a una legislación anterior”, no deja duda alguna de que se trata de una prohibición absoluta que impide el efecto retroactivo de las leyes.

Una mirada más detenida de la cuestión revela que no se trataría de la aplicación retroactiva de una norma que permita incautar bienes adquiridos de modo ilícito, con anterioridad a la promulgación de la ley que regule la extinción de dominio. Más bien, se trataría de la declaratoria de nulidad del acto que materializó la entrada del bien al patrimonio del afectado, ya que, siendo la adquisición o disposición de los bienes de origen ilícito contraria al orden público, los actos y contratos que se realicen con el propósito de adquirir o disponer de tales bienes, no pueden tener efecto jurídico alguno ni en ningún caso constituir justo título. De ahí que dichos actos deberían ser considerados nulos *ab initio o ex tunc*.

Esta nulidad puede ser muy bien comprendida en el ámbito del derecho civil, tomando en cuenta que uno de sus principios principales reconoce que los actos que se fundamenten en una causa u objeto ilícito son nulos. Por ejemplo, el artículo 1131 del Código Civil dispone que la obligación sin causa, o la que se funda sobre causa falsa o ilícita, no puede tener efecto alguno. También, el artículo 1133, que proclama ilícita la causa, cuando ella está prohibida por la ley, y cuando sea contraria al orden público o a las buenas costumbres.

La ley que regule el procedimiento de extinción de dominio deberá, además, precisar bien el concepto de causa, para asumir el deslindado por la jurisprudencia francesa, al disponer que la causa es el fin concreto de interés general o privado que, más allá de un acto jurídico determinado, tratan de alcanzar sus autores; y establecer que se considerará como ilícita la causa, cuando ella esté prohibida por la ley, cuando sea contraria al orden público o cuando no pueda acreditarse su justificación.

6. CONCLUSIÓN

La incorporación de un instrumento que permita hacer más eficiente la recuperación de los bienes ilícitos deberá, necesariamente, generar cambios que constituyen una reorientación de la política tradicional de persecución del crimen.

Estos cambios implican, eventualmente, la ruptura con algunos paradigmas dentro del ámbito del Derecho Público y, en especial del Derecho Penal.

En los últimos años muchos estudiosos del Derecho tales como Luigi Ferrajoli, Nils Christie y Jesús María Silva Sánchez coinciden en afirmar que al Derecho Penal se le ha querido asignar la solución de prácticamente todos los problemas sociales, es decir, aquellos problemas en cuya solución otras disciplinas, incluso la política, han fracasado. De ahí que se pretenda que el Derecho Penal, cual héroe mitológico, remedie los males de toda la sociedad.

Por ello, la corriente de pensamiento penal moderno propugna por un Derecho Penal consciente de su verdadera función reductora, ante un estado de derecho amenazado por la constante tensión existente entre la eficiencia y la garantía a la que Zaffaroni se refiere, de algún modo, en lo que él ha llamado, valiéndose de un símil: "*la lógica del carnicero responsable*"²⁶.

Por todo lo anterior, resulta un imperativo categórico, como diría Emmanuel Kant, propiciar la elaboración de herramientas que, si bien cumplan con la función de eficiencia a la que se aspira en el combate del delito, no se erijan en verdaderos agentes erosionadores de los derechos más fundamentales del individuo.

El diseño de la recuperación de bienes, a través del decomiso civil constituye entonces, un relanzamiento de la persecución efectiva, que dista en mucho de los sistemas de persecución con que cuenta el Derecho Penal tradicional. Implica, en consecuencia, la necesidad de introducir cambios y adaptaciones, no sólo en el ámbito del Derecho, sino incluso dentro de nuestra cultura.

La propuesta no pretende cortar de un tajo el lavado de activos ni los crímenes derivados de la corrupción, ni la corrupción misma, ni pretende destruir de plano las organizaciones criminales, pero sí pretende asestarles un duro golpe. Procura evitar que los delincuentes se lucren del delito y hacerles llegar el claro mensaje de que el viejo adagio de que "*el crimen no paga*" se encuentra de moda hoy más que nunca.

26. "*La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado o la lógica del carnicero responsable*". Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y Iº del Mercosur de Derecho Penal y Criminología. Guarujá, Brasil, 16 de septiembre de 2001. En <http://medidasdeaseguramiento.over-blog.es/pages/funcion-reductora-del-derecho-penal-la-logica-del-carnicero-4099838.html>

El principio de la buena fe en los contratos bancarios (Visión romanística del deber de actuar correctamente y trascendencia en el Derecho contemporáneo)

*Por Natyira Matías Chevalier**

I. INTRODUCCION

La confianza ha desempeñado en todos los tiempos un papel importante. Y en estos tiempos modernos se puede verificar una creciente necesidad de su protección, ya que la rapidez y automatización del intercambio de bienes y servicios en el mercado impide que en el comercio, especialmente el consumidor, pueda cerciorarse a fondo sobre los diversos aspectos de las operaciones que realiza, de manera que lo que no comprueba por sí mismo, debe asumirlo como acto de confianza de frente a su co-contratante.

Hoy en día, cuando un banco o entidad financiera va a conceder un crédito a un particular, tal vez le resulta más importante, para averiguar su solvencia, más que atender a la exhibición de un título de propiedad de un inmueble (que posiblemente podría estar hipotecado, venderse al día siguiente o servir al pago de otros acreedores), observar el histórico comportamiento crediticio del futuro deudor. Este brindará, una buena información sobre cómo el postulante ha honrado la confianza, que es el mejor indicio sobre actitudes futuras. Pero no solamente la entidad bancaria requiere cierto grado de confianza por parte del cliente. También el consumidor, y sobre todo en los tiempos modernos, debe someterse a la confianza que le brinde la entidad financiera en cuanto a la negociación a

* La autora es profesora de la asignatura Derecho Romano en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra.

realizar, más aún, cuando ésta es la que generalmente establece las condiciones generales del contrato, a las que el cliente sólo está, en la mayoría de los casos, en la posibilidad de adherirse o no.

Así, no se trata sólo de proteger al cliente de las posibles amenazas que podría sufrir como consecuencia del manejo de sus datos, sino también de protegerlo frente a las desventajas que al momento de la contratación se presentan, o que en el trayecto de la contratación van surgiendo como consecuencia de la desigualdad existente entre las partes.

De frente a lo anterior, se plantea la interrogante de si, en lo que respecta a la contratación bancaria, existe verdaderamente un conjunto de normas que posea en sí misma la fuerza necesaria para cubrir las necesidades que se producen en el sistema monetario y financiero, o, como comúnmente conocemos, el “Derecho Bancario”, para exigir ciertos comportamientos correctos y leales de una parte frente a la otra, aunque no estén expresamente establecidos. Real y efectivamente, existe un principio en materia contractual que permea muchas áreas del Derecho y se aplica a esta problemática, esto es, el principio de la buena fe.

Históricamente, este principio comenzó a decantarse desde el Derecho Romano. Siempre han existido mecanismos para imponer relaciones de lealtad y rectitud entre las partes contratantes, especialmente en las relaciones mercantiles. En Roma, dentro del proceso de expansión y consolidación del imperio, el mercado asumió perfiles de evidente incremento, especialmente en el Mediterráneo, donde se verifica que el centro de toda protección era siempre la persona. A causa del método empleado por los romanos, la persona venía a ser protegida por instrumentos específicos, concebidos en la elaboración casuística en materia contractual, donde la *Bona Fides* jugaba un papel fundamental. Se destacaban mecanismos específicos para la corrección de cualquier situación de inequidad entre los contratantes, sin olvidar también la marcada tendencia que asumiría el Derecho Romano luego del cristianismo, evidenciando una mayor consideración, en la protección de las partes en la relación contractual, que se encontraba desfavorecida, debido a la condición de debilidad respecto de su contraparte.

En el Derecho moderno, la “Buena Fe” adquiere también gran relevancia en el sector bancario, caracterizado por la existencia de

relaciones de confianza que posibilitan la contratación en ese sector. Dada tal situación, precisamente vemos cómo la buena fe contractual, hace surgir un catálogo de deberes de conducta que, de acuerdo con la naturaleza de la respectiva relación, amplía los deberes contractualmente asumidos por cada parte para con ello realizar el interés contractual de la otra parte. Finalmente, la buena fe impulsa a las partes a ser coherentes en su comportamiento, evitando contradecir sus propios actos, entre otras conductas.

Cuando se analiza el principio de la buena fe, resulta relevante conocer su origen y alcance en el Derecho Romano, en el caso específico, en la realización de contratos de tipo bancarios. Lo anterior, por una parte, como instrumento de lectura crítica de la aplicación de este principio en el derecho moderno en los países que siguen la tradición jurídica romana y, por otro lado, en la búsqueda de soluciones que sean compatibles con esa misma tradición.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA BUENA FE

El principio de la buena fe tiene su origen en la *fides* del Derecho Romano, un valor que perfila individualmente a quien dispone de ella como persona “leal a la palabra dada”, “fiel a sus compromisos” de forma estable y duradera. Esa *fides*, que es única, se integra en el Derecho Romano para crear nuevas figuras jurídicas o para transformar aquellas social o económicamente inadecuadas en instrumento para la protección de los individuos en sus relaciones. Por ende, se hace notable el especial protagonismo de la *fides* en múltiples y varios aspectos de la vida del pueblo romano¹.

1. Según los estudios realizados, la buena fe como expresión puede adquirir distintos significados, dependiendo del círculo social o situación en la que sea empleada. La *fides*, como habíamos expresado, era definida por los romanos en la antigüedad como “ser de palabra, tener palabra” y hoy por hoy es un principio que posee en sí mismo una fuerza que obliga a cumplir aquello que se ha pactado y que del cual se infiere lealtad y fidelidad. En éste sentido SCHULZ dice que: «*La fides è definitiva nell' antichità come esser di parola, tener la parola: fit quod dicitur. Benchè sia questa una delle solite definizioni etimologiche a base di giochetti verbali, e benchè il contenuto della parola sia con ciò lontano dall' essere esaurito, tuttavia il significato essenziale è colto. Fides- fedelta e il vincolo alla parola data, il sentirsi legati alla propria dichiarazione*» F. SCHULZ, *I Principii del Diritto Romano*, Firenze, 1946, 193. En ese mismo orden, en *De Officiis*, Cicerón la representa como la Fuente de Vida; La *fides* implica en lo contractual, el respeto de la palabra y de las promesas; la obligatoriedad del contrato. La *fides* tiene un contenido normativo que impone la obligación de cumplir o ejecutar lo prometido. A. CASTRESANA, *Fides, Bona Fides: Un concepto para la creación del derecho*, Madrid, 1991, 9.

Es preciso comentar que, aunque algunos autores sostienen que el principio de la buena fe sólo sienta sus bases a partir de la edad media, con la aportación del Derecho Canónico², otros consideran que el surgimiento de la buena fe tiene sus inicios en el Derecho Romano, donde figuras como el *Ius Gentium* albergaron tal principio³. En efecto, aunque no se habla de buena fe, en sentido gramatical, sí se hace referencia a la denominada *fides* o fe, a secas, como virtud y comportamiento honesto, diligente, leal, a la que luego se le agregó el adjetivo calificativo de buena; y es que la *fides* impregna sectores tan diversos de la realidad romana como las invocaciones a los dioses o las relaciones internacionales, hasta múltiples institutos jurídico-privados, que a veces no resulta fácil llegar a saber si sus aplicaciones a campos tan diferentes responden a significados también distintos o incluso, a tipos de *fides* diferentes o, más bien, que la misma *fides* romana fue siempre en esencia la misma, pero manejada para varios usos⁴.

Un sin número de negocios surgieron bajo el amparo de la *fides*, sustentados en la recíproca confianza, dando lugar en consecuencia, a obligaciones cuyo contenido y extensión debía ser valorado conforme a la *fides*. Sobre todo, en el momento de regular las relaciones entre los ciudadanos y peregrinos, o entre estos últimos, cuando celebraban sus negocios en Roma. Al momento de juzgar las divergencias que se presentaban entre las partes, el pretor

2. Cabe resaltar que los juristas de derecho canónico consideraron la buena fe subjetiva como la ausencia de pecado. En el campo de las obligaciones, actuar de buena fe significaba respetar fielmente lo pactado y cumplir la palabra dada bajo pena de incurrir en pecado. V. KLUGER, *Una Mirada hacia atrás: De Roma a la Codificación, El recorrido histórico de la Buena Fe*, Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Vol. VI, Buenos Aires, 2006, 94.
3. Cabe señalar que, el *Ius Gentium* se extendió desde el final de la segunda guerra púnica (201 a. c. hasta la muerte de Alejandro severo 235) cuando cesa el predominio de Roma y de Italia. De Italia al mundo, oriente y occidente, romanos (donde la comunidad patrio-plebeyo es el centro de un colosal imperio) fue una figura que abrió las puertas a las relaciones comerciales no sólo entre romanos, sino también entre extranjeros (peregrinos) en un momento en que las nuevas necesidades mercantiles y el desarrollo de la vida social y civil necesitaba de algún sistema que regulara las relaciones que se forjaban, además que tal ordenamiento sirvió de sustento para la acogida de principios jurídicos como el caso de la Buena Fe. J. IGLESIAS, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, 1983, 42.
4. Pues las fuentes en análisis en su mayoría tratan la *Bona Fides* referida a los contratos consensuales, especialmente a la compraventa, y a las acciones que protegen jurisdiccionalmente a tales acciones. AMELIA CASTRESANA, *Fides, Bona Fides: Un concepto para la creación del derecho* Cit., 11.

peregrino⁵ tenía que contemplar el acuerdo de las mismas y el objeto del litigio por el que comparecían en su tribunal⁶. Para ello el pretor ordenaba al árbitro intervenir en su *iurisdictio* y comprobar todo aquello que era necesario *dare, facere, praestare*, para luego condenar.

Tal y como indica NEME VILLAREAL, la *fides* poseía más bien un significado ético, pues funcionaba como principio de las obligaciones, en un plano eminentemente substancial, lo que generó la necesidad de trazar una pauta diversa, es decir, que fuera más abarcador, permitiendo, de esta manera, superar las divergencias entre las diferentes interpretaciones de la simple "*fides*"⁷. Dicho criterio era precisamente el de la "*fides bona*" como *fides del vir bonus*⁸, pues a la hora de estudiar el paso de la *fides* a la *bona fides*, cabe resaltar que su aparición se manifiesta, en el ámbito contractual, alrededor del III a. C., dando lugar a *bonae fidei iudicia* y al establecimiento de la conceptualización de la buena fe de manera objetiva, la cual tiene sus raíces en la *fides* del *vir bonus*. Esta última se considera, desde el punto de vista del juez, como comportamiento que generalmente se espera de un hombre normal en un caso específico. El *bona* extiende el horizonte de la valoración, trayendo como consecuencia que las obligaciones del promitente puedan reducirse o ampliarse en atención al tenor literal de lo prometido⁹ y evocando una norma despersonalizada de orden absoluto¹⁰.

5. En el 242 a. C. se dio lugar a la creación de un magistrado ad hoc, es decir el pretor peregrino, a quien se le atribuyó la labor de decidir las controversias entre romanos y peregrinos en el marco de ese complejo mundo jurídico a que daban lugar las relaciones del comercio con los pueblos vecinos. G. GROSSO, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, Torino, 1965, 269.
6. Visto que en Cicerón, *De officiis*, 3, 17,70, donde se refiere como Quinto Mucio, el pontífice, decía que la mayor fuerza vinculante en los juicios arbitrales en los que se aplica la *clausula ex fide bona*.
7. M. NEME VILLAREAL, *La Buena Fe en el Derecho Romano, extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Colombia, 2010, 194.
8. Para mayor profundización sobre el tema consultar: R. CARDILLI, *Bona Fides*, tra *Storia e Sistema*, Torino, 2002, 32ss; L. LOMBARDI, *Dalla "fides" alla "Bona Fides"*, Milano, 1961, 182.
9. Al respecto de esta afirmación Jhering afirma que la función de la buena fe en el derecho romano, era la conservación y la extensión del derecho. R. JHERING, *El Espíritu del Derecho Romano*, Madrid, 1981, 137.
10. GALLO explica el desarrollo de *fides a fides bona*, la cual era valorada según el *strictum ius*, se requiriera el respecto a la palabra dada de parte de una persona de bien, de manera que en cuyo transito se configuró como criterio, asumiendo connotaciones que la distinguían de *fides*, pues se exigió a las partes un comportamiento conmensurado a aquellas personas correctas, honestas etc.....F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, en el *ruolo della buona fede*

De todo lo anterior resulta que la bona *fides* viene a complementar y a enriquecer las diferentes relaciones en las que se encuentra presente, y por ello los vínculos de fidelidad, lejos de tipificar situaciones de dominio o de poder, justificarán relaciones de cooperación, apoyo y protección.

III. LA BANCA Y LOS NEGOCIOS BANCARIOS EN EL MUNDO FINANCIERO ROMANO

La empresa que hoy día, en el lenguaje jurídico y económico moderno, conocemos como *Banca*, tiene orígenes antiguos. Esta afirmación la podemos constatar tanto en las fuentes griegas, como en las fuentes romanas¹¹. En cuanto al término utilizado para designar la banca, según CORIMINAS, es probable que la expresión griega τράπεζα (“*mesa*”, y por analogía, “*mesa de cambio*”)¹² haya influido como modelo al término utilizado en latín, *mensa*, palabra utilizada para designar el instrumento sobre el cual el banquero trabajaba¹³.

Por otro lado, también es bueno señalar que el lugar en el que estaban ubicadas las bancas era llamado *tabernae*. Tal nombre era utilizado para designar cualquier establecimiento donde se desarrollara una actividad (D.50.16.185)¹⁴. En sentido lato, el mismo término aparecía en las fuentes romanas acompañado por el adjetivo *argentariae*, para especificar el tipo de actividad y la profesión

oggettiva nell' esperienza giuridica storica e contemporanea, Actas del Congreso Internacional en Honor de Alberto Burdese, Vol II, Milano, 2003, 137 y ss; 151-152.

11. El nacimiento de los bancos es casi tan antiguo como la aparición de las organizaciones humanas, ya que las personas siempre han necesitado de alguien que financie las ideas y proyectos. Hay registros existentes de préstamos y depósitos en Babilonia desde tres mil años a. C. , realizados por los monarcas y sacerdotes del templo a los comerciantes. CARLOS GILBERTO VILLEGAS, *Régimen Legal de Bancos*, Buenos Aires, 1978, 10. Así como también, a partir del siglo IV a.C. en varias ciudades griegas se constituyen bancos públicos, administrados por funcionarios especialmente destinados a esta labor. Estas instituciones, además de su rol propiamente bancario (ligado a operaciones de cambio y crédito) recaudaban impuestos, proporcionaban seguros marítimos, acuñaban moneda, intervenían en sucesiones y subastas públicas.
12. J. COROMINAS, J. PASCUAL, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Madrid, 1991; sub voce.
13. P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, *Diritto Commerciale Romano, Profilo Storico*, Torino, 2004, 99.
14. [Dig.50.16.185. Ulpianus 28 ad ed. “ instructam” autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat.] [D. 50.16.185, Ulpiano, Comentario al Edicto, Libro XXVIII.- mas entendemos que está provista “instructa” la taberna, que consta de cosas y de hombres para una negociación.].

del titular. En este caso en particular designaba los locales donde se desarrollaban las actividades bancarias, como aparece en el fragmento D.18.1.32 de Ulpiano¹⁵, donde se hace alusión a ese tipo de *tabernae* mencionando y que cuando dichas operaciones surgían sobre suelo público, eran públicas, pero su gestión pertenecía a los banqueros, los cuales podían realizar diversas actuaciones¹⁶.

Específicamente en el Derecho Romano, debemos subrayar que la banca como tal sólo desarrollaba una parte porcentual de las múltiples actividades financieras establecidas por las fuentes romanas, las cuales nos ofrecen un cuadro con una gran variedad de negocios, donde podemos distinguir una gran gama de operaciones que tienen una estrecha relación con el ejercicio de las actividades financieras en Roma, dentro de los cuales podemos destacar:

1. Operadores especializados únicamente en prestar dinero que fueron denominados como *fenetratores*¹⁷ o también llamados *negotiatores*.
2. Miembros de la alta clase social asociados a través de una red de operaciones desarrolladas por esclavos, libertos, clientes y amigos.
3. La sociedad de los publicanos *societates publicanorum*, que manejaban el dinero público por cuenta del erario y gestionaban cuentas fructíferas.
4. Los empresarios agrícolas a través de sus gerentes, *vicili* y esclavos a cargo para el calendario que cubre los vencimientos de préstamos, *servi kalendario praepositi*.
5. Por último, los tutores que dentro de sus obligaciones tenían la de colocar a intereses el dinero de los pupilos.

15. En fin, tal y como establece el fragmento: [Dig.18.1.32. Ulpianus 44 ad sab. *Qui tabernas argentarias vel ceteras quae in solo publico sunt vendit, non solum, sed ius vendit, cum istae tabernae publicae sunt, quarum usus ad privatos pertinet.*] [D. 18.1. 32,Ulpiano, Comentario a Sabino, libro XLIV.-

16. En el siglo I. a. C. Cicerón, utilizó la expresión *argentariam facere* (ejercicio de la banca) como uso corriente y califica como mensa pública (banco público) la que existía en la ciudad de Temnos en Asia Menor. En el siglo II d. C. fuentes jurídicas y literarias atestiguan la existencia de empresas financieras independientemente de la profesión de su dueño. M. GARCIA GARRIDO, *El Comercio, Los Negocios y Las Finanzas en el Mundo Romano*, Madrid, 32.

17. RICCARDO CARDILLI. *Leges Fenebres, Ius Civile ed Indebitamento della Plebe: a Proposito di tac. Ann. 6. 16. 1-2.* Estratto dal volume: Studi in Onore di Antonino Metro Tomo I, 2009, 380.

La difusión de estas actividades y de otras operaciones era realizada por los diferentes agentes financieros de la época (*argentariis, nummulariis, coactores argentarii, mensularii*), los cuales poseían ciertas diferencias según el tipo de actividad que ejercían. Encontramos que, en las negociaciones que se ejecutaban, existía la necesidad de garantizar una actitud correcta de las partes intervinientes, pues tanto el contratante (cliente) como el contratado (banquero), podían ser sujetos de comportamientos deshonestos. El principio de la Buena Fe, además de ser una herramienta utilizada de manera general en la contratación en esa época, lo encontramos como una instrumento clave, para garantizar el buen desenvolvimiento de la relaciones de confianza, en el ámbito bancario en época romana, como veremos a continuación.

IV. EL ROL DE LA BUENA FE EN LAS NEGOCIACIONES BANCARIAS EN ROMA

1. Fuerza integradora del contenido de las obligaciones en el contrato

La buena fe denota un carácter único como figura jurídica que prevalece cada vez más en nuestras actuaciones, y, sobre todo, es parte importante y palpante en el Derecho Romano, pues de ella emana, no sólo la obligación de cumplir con lo prometido de manera expresa, sino también, que se impone, con carácter obligatorio, todo aquello que sea exigible entre personas justas y leales, a través de lo pactado¹⁸. De esta manera, las obligaciones a las que una persona se hubiere comprometido, de manera literal y expresa, le podían ser ampliadas o restringidas, con otras obligaciones complementarias, según los preceptos de la buena fe.

Así las cosas, cabe indagar a qué se debe que la buena fe posea esa fuerza integradora¹⁹ del contenido del contrato. Pues bien, en

18. The composite expression “good faith and fair dealing” refers to standard of conduct characteristic by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*. Volume I. Edited by Christian Von Bar and Eric Clive, Munich, 2009, 676.

19. Según la doctrina, la integración puede ser imperativa o supletiva. La integración es imperativa cuando determina de manera coactiva la relación contractual, no obstante la voluntad

relación a esta interrogante encontramos la respuesta en un pasaje de Cicerón que establece lo siguiente:

[Cicerón. De Off. 3, 17, 70: Conviene obrar bien y sin engaños entre gente de bien. Pero la cuestión es determinar quién es la gente de bien y que es obrar bien. Quinto Escévola, pontífice máximo, decía que **en los juicios en los cuales se agrega la clausula ex fide bona promana un significado profundo y amplio** que se advierte en las tutelas, en las sociedades, en la fiducia, en los mandatos, en las compras, en las ventas, en las conducciones, en las locaciones, cosas sobre las cuales se funda la vida social. En consecuencia, en aquellos juicios es tarea del juez sapiente establecer las verdaderas obligaciones de cada una de las partes, sobre todo porque en la mayor parte de los casos hay acciones directas y contrarias]²⁰.

En este pasaje, en el que Cicerón cita a Quinto Mucio Escévola, recuerda que en los juicios en los cuales se agrega la clausula *ex fide bona*, esta llega a constituir una *summa vis*²¹, es decir una gran fuerza que, como establecen muchos juristas, genera significados profundos, modela conductas, permite concretar la indeterminación del valor insito en los conceptos asumidos en la formula, traduciendo en regla de conducta y en normas preceptivas²².

diferente de las partes. Por el contrario la integración es supletiva cuando determina el contenido de la relación contractual a falta de una previsión diferente de las partes. M. BIANCA, *Diritto Civile, III*, el contrato, traducción a cargo de: F. Hinestrosa y Edgar Cortes, Colombia, 2007, 521.

20. **[Cic. off. 3, 17, 70.** *Ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione! Sed, qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summan vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versa in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret].*
21. Es precisamente por el significado que posee esta figura que CARDILLI señala: «È significativo, a mio avviso, che si qualifichi come somma 'forza' ([summa] vis) insita in questi arbitria, la possibilità di tradurre in regole di condotta e norme precettive questi concetti-valore attraverso il potere del giudice, la cui statuizione sarà, oltre il voluto delle parti, secondo ciò che in buona fede una all' altra si devono». R. CARDILLI, *Bona Fides, tra Storia e Sistema*, cit. 35 y ss.
22. Para mayor profundización ver: M. NEME VILLAREAL, *La Buena Fe en el Derecho Romano, extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, cit. 237;

En consecuencia, la buena fe viene a cumplir con múltiples funciones, ya que ostenta un poderío verdaderamente único en sí misma que hace nacer un sin número de obligaciones, modelando, de esta manera, las posibles situaciones que nazcan, tal y como veremos a continuación, ya sea ampliando o limitando obligaciones.

A. Fuerza ampliativa: Caso de los intereses nacientes de la actividad bancaria D. 16. 3. 24

La buena fe, como acabamos de decir, se destaca por la función que ella desempeña en la integración del contenido contractual, particularmente en cuanto, ante el silencio de las partes, la buena fe incorpora en el programa de derechos y deberes derivados del contrato, todos aquellos que surgen de la naturaleza misma de la relación.

Así pues, notamos que en un pasaje de Papiniano, en el que se trata de regular el cobro de los intereses (*usurae*)²³, en un depósito de dinero, la buena fe juega un papel crucial, al momento de establecer si es factible o no el cobro de los mismos:

[D.16.3.24. Papiniano, Cuestiones, libro IX.- Lucio Ticio saluda a Sempronio. Te hago saber por esta carta escrita de mi mano, para que lo tengas entendido, que están en mi poder las cien monedas que en este día me has encomendado por entrega hecha por el esclavo stico, administrador; las cuales te entregare al momento, cuando quieras, y donde quieras. Preguntase por causa del incremento de los intereses. Respondí, que tiene lugar la acción de depósito; porque

L. LOMBARDI, *Dalla "fides" alla "Bona Fides"*, Cit. 167 ss y 179 ss; A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia. Napoli. Jovene. 1964*, p 18 ss; R. CARDILLI, *Bona Fides, tra Storia e Sistema*, Cit. 35 ss; V. ARANGIO-RUIZ. *La Compravendita in Diritto Romano*, Vol. II, Napoli 1950, 206 y ss.

23. Empleo del término usura en sentido clásico: el que tuvieron, en latín, la voz *usurae*, es decir, como sinónimo de interés debido por razón de préstamo, de todo suplemento que el prestatario se obligue a pagar al prestamista además de la restitución del capital prestado. No en el sentido moderno (anatocismo) de interés abusivo o excesivo, ni con el sentido peyorativo que originariamente no tuvo, pero con qué lo dejó definitivamente teñido la omnimoda proscripción cristiana. Y por lo cual acabaron utilizándose las palabras «interés», para designar ciertos suplementos legítimos, y «usura», para los excesivos, indebidos o ilícitos. M. GOMEZ ROJO. *Historia Jurídica del anatocismo*. Cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones, Universidad de Málaga. 2003, 5 y ss.

¿Qué otra cosa es encomendar, que depositar? Lo que es verdad de este modo, si se hizo esto, para que se olvidasen las mismas monedas; porque si se convino que se diese en pago otra tanta cantidad, el negocio excede de los conocidos términos del depósito. En cuyo caso, si no hubiera la acción de depósito, porque se convino que se devolviera otra tanta cantidad, no las mismas monedas, no se ha de decir fácilmente que se tenga cuenta de los intereses. **Y se halla ciertamente establecido, que en los juicios de buena fe, por lo que atañe a los intereses, pueda tanto el oficio del árbitro, como la estipulación; pero es contra la buena fe y la naturaleza del depósito reclamar intereses, antes de incurrir en mora**, de aquel que hizo beneficio en recibir el dinero; mas si desde un principio se convino sobre la prestación de intereses, se observará la ley del contrato]²⁴.

Es preciso destacar que en el derecho romano, el deudor estaba solo obligado a pagar aquellos intereses que se denominaban '*in obligatione*', cuya prestación había sido expresamente establecida en un negocio formal y que podían ser exigidos francamente, con base en la acción que de dicho negocio emana²⁵. Posteriormente, en virtud de la buena fe, se admitieron igualmente los intereses *officio iudicis*, correspondientes a aquellos que eran acordados con un simple pacto adjunto a un negocio de buena fe y que serían valorados por el juez en los *bona fidei iudicia*.

24. [Dig.16.3.24. Papinianus 9 quaest. Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Stichio actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo. " quaeritur propter usurarum incrementum. respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. In qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur].
25. A. PETRUCCI, *Prime riflessioni su banca ed interessi nell' esperienza romana*, en *L' usura ieri ed oggi*, convegno Foggia 7-8 aprile 1995, Bari, Caccucci, 1997, 63 ss.

En efecto, en el fragmento transcrito, Papiniano dice que el banquero a quien se le ha depositado una suma de dinero (depósito irregular)²⁶, no está obligado a pagar intereses, si no existe una *stipulatio*, o no hay la intervención del *officium arbitr*²⁷, ya que sería en contra de la buena fe pagar intereses, antes de incurrir en mora²⁸ (*sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram*). Pero si hubo pacto entre las partes para el pago de los intereses²⁹, en la edad clásica, el juez de un *iudicium bonae fidei*, en virtud de los poderes discrecionales inherentes a su *officium*³⁰, tenía la potestad de condenar al demandado al pago de dichos intereses, lo que encuentra su justificación en el principio de la buena fe, pues este implica el respeto del *factum*, agregado al depósito. Es decir, el juez quedaba investido de un poder para evaluar todo aquello que tenga que ser realizado en base a la buena fe³¹.

Pero más allá de lo anterior, en el caso de que el dinero depositado haya sido utilizado, aún sin un pacto expreso, el banquero estaría en la obligación de pagar los intereses, conforme a lo que dice el fragmento siguiente:

-
26. G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica de la Giurisprudenza Romana*, Milán, 1967, 157.
 27. Al parecer se reconoce la consolidación de una regla en los juicios de Buena fe, en la cual, respecto a los intereses pecuniarios, *l' officium* del juez tiene la misma fuerza la *stipulatio*. R. CARDILLI, *Bona Fides, tra Storia e Sistema*, Cit. 54 y ss.
 28. [Dig.22.1.32.2. Marcianus 4 reg.-*In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur.*] **[Dig.22.1.32.2. Marciano, Reglas, libro IV.** - En los contratos de buena fe se deben intereses por la mora].
 29. G. GROSSO, *Il sistema Romano dei Contratti*, Torino, 1963, 178 ss.
 30. En los juicios de buena fe el *officium iudicis* posee tanta fuerza para determinar el contenido de las obligaciones complementarias de las partes como la voluntad de las mismas: **[D.3.5.6. Paulus 9 ad ed. Quia tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio.] [D. 3.5.6. Paulo, Comentarios al Edicto, libro IX.** - Por que en los juicios de buena fe vale tanto el oficio del juez, como en la estipulación la interrogación de aquella cosa hecha expresamente]. Esta tarea del juez al parecer se apoya en el consejo de los juristas que fueron creando reglas con la finalidad de orientarlo. Para mayor profundización ver: R. CARDILLI, *Bona Fides, tra Storia e Sistema*, cit., 99.
 31. «*Nei iudicia bonae fidei la condanna del convenuto al pagamento delle c. d. usurae legali si raggiunge grazie alla particolare natura del officium iudicis. In questi iudicia infatti, com' è noto, il giudice stando al tenore stesso della formula, e tenuto a valutare il rapporto e ad emettere la sentenza seguendo i principi della buona fe (il convenuto dev' essere condannato a tutto ciò che "dare facere oportet ex fide bona")*». G. CERVENCA. *Contributo allo Studio delle Usurae C.D. Legali nel Diritto Romano*, Milano. 1969, 222 ss. 295; J.C. REZZONICO, *Principios Fundamentales de los Contratos*, Buenos Aires, 1999, 492. Al respecto, se pronuncia GUZMÁN diciendo que el pretor, por medio de la formula, mandaba al juez que investigara todo lo que el demandado debía dar y hacer a favor del demandante "según la

[**Dig.16.3.29.1.Paulo, Sentencias, libro II.**- si el que lo recibió usó el dinero depositado, no hay duda que debe responder también de los intereses, como en los demás juicios de buena fe]³².

En este caso, el uso constituía la fuente de una *obligatio usurarum*, tutelada por medio de una acción de buena fe³³, donde verdaderamente, la cristalización de aquello que obligaba a las partes, en virtud de la buena fe, más allá de lo expresado en el contrato, quedaba en manos de la apreciación del juez *officium iudicis*.

En efecto, el pasaje de Papiniano nos muestra que la '*fides bona*' no es simplemente un criterio que amplía los poderes del juez³⁴, sino también, un principio, por el cual el *officium iudicis* determina aquello que, según la buena fe, una parte debe a la otra, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del negocio y, también, tomando en cuenta la posición contractual de la igualdad. Una igualdad que encuentra su apoyo no sólo en la buena fe, sino también en la equidad³⁵, considerada como justicia aplicada al caso concreto, después de haber valorado todos los intereses de las partes involucradas.

buena fe", no según los términos del contrato. Y que es a partir de esa estructura formularia y de su funcionalidad que entonces puede decirse que la *bona fides* del derecho clásico vinculaba a las partes de un contrato no sólo a las obligaciones expresadas en él por aquellas, sino a más, precisamente a lo exigido por la buena fe. A. GUZMÁN BRITO, *La Buena fe en el Código Civil de Chile*, en Revista Chilena del Derecho, Vol. 29 N° 1, Universidad Católica Valparaíso, Chile, 2002, 13.

32. [**Dig.16.3.29.1. Paulus 2 sent.**- *Si ex permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur*].
33. Sin embargo, se necesita hacer una distinción entre varias situaciones. En efecto se debe verificar si el uso del dinero para fines propios puede identificarse, como se hace comúnmente con la conversión del dinero ajeno en uso propio, que implica el empleo indebido del dinero de otro por parte de quien tenía el compromiso de custodiarlo o administrarlo, haciendo nacer en contra suya la obligación de pagar intereses legales. Es más, la fuente de los intereses debidos no sería el uso del dinero ajeno, sino más bien su uso ilícito, en tanto que no ha sido autorizado por el propietario.
34. R. CARDILLI. *Bona Fides, tra Storia e Sistema*, cit., 54 y ss.
35. Tal y como estipula Trifonino en [**Dig.16.3.31pr. Tryphonus 9 disp. Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praecipis civilibus et praetoriis? veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritis publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet.**] [**D.16.3.31. Trifonino; Disputas, Libro IX.- La buena fe que se exige en los contratos requiere, suma equidad.** ¿Pero acaso la estimamos según el mero derecho de gentes, o con arreglo a los preceptos civiles y pretorios? Por ejemplo un reo de pena capital depositó ciento en tu poder; fue deportado, y sus bienes fueron confiscados; ¿acaso

B. Fuerza limitativa en el caso de los intereses en la actividad bancaria

Como señalamos anteriormente, en materia de intereses, en los juicios de buena fe, el *officium* del juez tiene tanto valor como la *stipulatio*. Hemos visto que ese poder de integración que emana de la buena fe se encuentra sujeto a los propios fundamentos del principio, en cuanto no debe perderse de vista que la buena fe no es solamente un criterio que amplía los poderes del juez, sino un principio al cual el mismo juez se encuentra sujeto, ya que él mismo deberá corregir las desviaciones verificadas, restableciendo equilibrio y la integridad del acuerdo, de manera que la totalidad de sus actuaciones deberán estar en armonía con el principio mismo, por lo que, no obstante sus amplias facultades, estas sólo podrían ser ejercitadas en el pleno respeto de las exigencias de equilibrio, reciprocidad, preservación de los intereses de las partes, atendiendo a las circunstancias y la naturaleza del negocio.

La existencia de tales límites al *officium iudicis* es verificable en el citado pasaje de Papiniano, contenido en D.16.3.24, en el que se evidencia que la determinación acerca de si se adeudan o no intereses se encuentra sujeta, por un lado, a la naturaleza del negocio *depositi naturan* y, de otro lado, a aquello que las partes hayan convenido expresamente sobre el particular, aspectos estos a los

se le han de devolver a él aquellos, ó se han de aplicar al fisco? Si solamente atendemos al derecho natural y al de gentes, se le han de restituir al que los dió, y si al derecho civil y al orden legal, han de aplicarse preferentemente al fisco, porque el que públicamente obró mal, también debe padecer necesidad, para que sirva de ejemplo á los demás para que les amedrenten los crímenes]. De esta manera, vemos que se pretende es una valoración de las relaciones entre las partes de la manera más "justa" posible. Por lo tanto, las partes están objetivamente obligadas a más de lo que posiblemente pensaron, ya que su pasada y presente conducta será juzgada según las exigencias de la buena fe. Al mismo tiempo, vemos que se envuelven aspectos tan importantes como son la justicia y la equidad, los cuales servían a la regularización de las situaciones que se presentaban para la época. Donde La equidad sirve de guía a la justicia en las diferentes situaciones que se presentan. Aunque, para muchos los conceptos de justicia y equidad son idénticos y no exista razón para diferenciales, otros piensan lo contrario. Pero a mi parecer la justicia y la equidad como plantea REZZONICO no son, pues valores sustancial e irreconciliablemente distintos, sino mas caminos diversos que alcanzan una valoración jurídica unitaria. Así la justicia mira el caso particular bajo el punto de vista de la norma general; la equidad busca en el caso específico su propia ley, que debe elevarse a una ley general, pues en última instancia la equidad es, al igual que la justicia, de naturaleza generalizable, es decir que, mínimamente, señala una tendencia en el camino legislativo. J.C. REZZONICO, *Principios Fundamentales de los Contratos*, cit., 358; P. SILLI, *Equità (Storia del Diritto)*, in *Digesto IV Edizione*, Vol. VII, Torino, 1991, 6 y ss.

que ha de sujetarse el *officium iudicis*. Como consecuencia, en el referido pasaje, se estipula que no puede el juez decir fácilmente que se deben los intereses sin antes establecer si de la naturaleza del negocio así se deriva, y si así no fuera, pero las partes los hubieren pactado, debe el juez establecer si quien los debería pagar se encuentra en mora o cumple con el pacto, pues actuar de manera diferente, haciendo exigibles los intereses antes de la mora o bien sin el pacto, sería actuar contra la buena fe³⁶.

Siguiendo con el discurso de la buena fe como principio integrador de obligaciones en el contenido del contrato, notamos que esa función integradora, además de determinar aquello que una parte le debe a la otra, integra al mismo tiempo, obligaciones adicionales. Dentro de este contexto, se manifiesta el carácter orgánico de la relación; también se revela en que al lado de las relaciones obligacionales, en sentido estricto, existen otros deberes jurídicos, que hoy en día se denominan “deberes secundarios de conducta”, “deberes colaterales”, “deberes complementarios” o “deberes contiguos”, tales como los de información, protección, consejo, fidelidad o secreto, entre los más relevantes, que aunque no se pacten expresamente por las partes, se incorporan a los contratos, en virtud del principio de buena fe. Como veremos a continuación, dichas obligaciones eran palpables en la banca romana, procurando tutelar el cliente bancario.

C. Fuerza creadora de obligaciones adicionales: Especialmente en la tutela del cliente bancario

La fuerza integradora de la buena fe da lugar a obligaciones adicionales de las partes, pero se trata, de todas maneras, de obligaciones que son inherentes a la relación contractual, de tal forma que su violación constituirá incumplimiento de una parte y daría lugar a la aplicación de remedios que tutelan el contrato.

La buena fe, como bien establece gran parte de la doctrina, es principio de carácter ético-social. Como hemos visto actúa, en respuesta a aspectos de lealtad, honradez, fidelidad y rectitud. Adquiere, en materia contractual, una gran importancia, ya que se

36. G. CERVENCA. *Contributo allo Studio delle Usurae C.D. Legali nel Diritto Romano*, cit., 112 ss.

presenta como un modelo de conducta que las partes deben seguir durante la negociación³⁷, expandiendo su aplicación incluso a etapas preparatorias o preliminares del contrato, y, de la misma manera, a la hora de concluir el mismo, influirá en su posterior interpretación³⁸.

Dentro de las tratativas precontractuales, entendidas desde la formulación de acuerdos en la fase precontractual, hasta el cierre de las negociaciones, se manejan una cantidad de formulaciones expuestas por las partes, en forma de interrogantes, sondeos, enunciación de necesidades, donde la información juega un papel significativo. Precisamente por lo que acabamos de señalar y de conformidad con la opinión de varios juristas, advertimos cómo la regulación bancaria de la época romana encuentra su razón de ser en la tutela de la confianza que los clientes tienen en los banqueros:

-
37. Como hemos podido observar, la buena fe pasa a integrar el contrato, creando ciertos deberes de conducta que son plenamente exigibles por ambas partes en la negociación. Los deberes que nacen de la buena fe tienen una existencia propia y accesoria, y su contenido generalmente va a tener relación con valores de lealtad y rectitud que impone la buena fe. En este sentido, NEME señala que “*la ética romana reconoce deberes generales de fidelidad, confianza y armonía entre los ciudadanos y entre estos y los no ciudadanos, que luego se traducirán en ideas específicas de cómo deben comportarse las partes contratantes. Dentro de estos deberes resalta la exigencia de la solidaridad con los intereses de la contraparte, connatural a la buena fe, la cual se manifiesta bien sea bajo un aspecto negativo de respeto y conservación de la esfera de intereses ajenos, que podría sintetizarse en la máxima romana **alterum non laedere**, bien sea positivamente en la medida en que se impone una activa colaboración con la contraparte dirigida a promover la satisfacción de los intereses de esta. Esta actitud positiva de cooperación, de empeño en la realización del interés negocial que anima a la otra parte, se engloba dentro del genérico deber de lealtad que emerge de la buena fe y que nos obliga al cumplimiento en términos formales de la prestación debida. Así como conceder al otro todo aquello que sin hacernos daño esté en nuestras posibilidades*”. M. NEME VILLAREAL, *La Buena Fe en el Derecho Romano*, cit., 258; Sin embargo, no se trata solamente de deberes negativos en la idea de no dañar, sino también de cargas positivas de lealtad, claridad e información, es decir dar a conocer la realidad de las cosas tal y como se las conoce según ciencia y conciencia. Aunque también, explica BREBBIA que los módulos de la lealtad y probidad, que constituyen esencia de la buena fe, se traducen en una serie de deberes y obligaciones que los pre-contratantes deben observar en el *iter contractus*, tales como la colaboración recíproca, la reserva o secreto, la conservación o custodia y el abstenerse de realizar actos antifuncionales (aspectos que en la banca romana se podían verificar).
38. El contenido de la conducta de quienes entran en tratativas está referido a reglas de convivencia o deberes accesorios o instrumentales. Así, en el tramo anterior al perfeccionamiento del contrato, las partes recíprocamente se deben consideración y lealtad, en punto a sus mutuas esferas de interés, evitándose errores, y siendo la regla sustancial en dicha etapa, la de hablar claro y no incurrir en reticencias, sobre cuestiones que de haber sido manifestadas, habrían obstaculizado la conclusión del contrato o también hubiera dado lugar al perfeccionamiento del mismo bajo otras condiciones. R. STIGLITZ, *Responsabilidad Precontractual. Incumplimiento del Deber de Información*, Buenos Aires, 1992, 63.

*fides*³⁹ y *fides publica*⁴⁰, y en la necesidad del servicio prestado por ellos.

A continuación, veremos una muestra de las más destacadas manifestaciones de los que se han denominado como “deberes secundarios de conducta”, con una marcada atención a los deberes de información y de secreto, verificables en la contratación bancaria en época romana, los cuales constituyen una de las más importantes y cotidianas expresiones del efecto integrador que tiene la buena fe, respecto del contenido contractual.

2. Deber de Información

Si de las dos partes involucradas en un determinado contrato, una es concedora de una ciencia u oficio, o de los pormenores de un mercado, y la otra carece de conocimientos en los campos citados, surgirá por virtud de la buena fe un deber, a cargo del sujeto informado, de suministrar a su contraparte información objetiva, clara, oportuna y veraz, con el fin de que ésta disponga de elementos de juicio suficientes para poder adoptar decisiones.

Este deber de información tiene, por regla general, una manifestación positiva, entendida como ha quedado enunciada, pero también presenta una expresión negativa, consistente en el deber jurídico de abstenerse de engañar o de inducir en error al otro contratante. Se considera que quien tiene la información debe tomar la iniciativa, para efectos de suministrarla a la otra parte de la relación e incluso, debe indagar sus necesidades y su estado de conocimiento sobre el tema materia del respectivo contrato⁴¹.

-
39. **[Dig.2.13.9.2 Paulus 3 ad ed. Nummularios quoque non esse iniquum cogi rationes edere Pomponius scribit: quia et hi nummularii sicut argentarii rationes conficiunt, quia et accipiunt pecuniam et erogant per partes, quarum probatio scriptura codicibusque eorum maxime continetur: et frequentissime ad fidem eorum decurritur.] [D.2.13.9.2 Paulo, Comentarios al Edicto, libro III.-** Escribe Pomponio, que no es injusto que los cambistas de monedas sean obligados a exhibir las cuentas, porque también puesto que reciben dinero, y lo distribuyen por partes, cuya prueba se contiene principalmente en las escritura y en los libros de ellos.
40. **[Dig.42.5.24.2. Ulpianus 63 ad ed. In bonis mensularii vendundis post privilegia potioem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt.....] [D.42.5.24.2. Ulpiano, Comentarios al Edicto, Libro LXIII.-** se determinó, que al venderse los bienes de un banquero, después de los privilegios, sea mejor la condición de los que **atendiéndose a la fe pública depositaron dinero en el banco.....]**
41. Señala STIGLITZ que, el deber de informar constituye una obligación legal, fundada en una regla accesoria de conducta cuyo contenido consiste en cooperar, desde la etapa de las

Las fuentes nos ilustran con casos muy variados la obligación de los contratantes en Derecho Romano, de suministrarse recíprocamente las informaciones pertinentes en la negociación a realizar, con la finalidad de que resulten de clara comprensión todos los elementos necesarios para la contratación⁴². Desde ese punto de vista, el Derecho Romano llega a la conclusión de que el cliente debía ser informado sobre las condiciones generales de la contratación, y sobre las operaciones registradas en la cuenta⁴³.

En cuanto a las condiciones generales que debían ser informadas a la clientela, en los textos objetos de estudio, encontramos el siguiente pasaje de Ulpiano:

[D.14.3.11.5 Ulpiano, Comentarios al Edicto, Libro XXVIII.- Se han de observar las condiciones del encargo. ¿Qué ocurre si <el principal> quiso que se contratara con el < el factor> con la inclusión de una cláusula determinada, o con intervención de alguna persona, o mediante prenda, o sobre determinada cosa? Será muy justo que se observen los términos del nombramiento. Asimismo, si alguno tenía muchos factores y quiso que se contratara con todos a las vez o con uno solo; pero si avisó a uno para que no se contratara con él, no debe quedar obligado por la acción institoria, porque también podemos prohibir que se contrate con una determinada persona, o con una determinada clase de hombres o de negociantes, o permitirlo solo con ciertas personas. Pero si ha prohibido que se contrate a veces con uno, a veces con otro, variando continuamente, se ha de dar la acción a todos contra < el principal >, porque no deben ser engañados los contratantes]⁴⁴.

tratativas, con quien se haya disminuido con relación a la persona que dispone de la información. R. STIGLITZ, *Contratos civiles y comerciales*. Parte general, tomo I, Buenos Aires, 1998, 165.

42. **Ciceron. De off. 3, 17, 72:** la naturaleza misma ordena que ninguno actué en modo de obtener provecho de la ignorancia de los otros.
43. P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, *Diritto Commerciale Romano, Profilo Storico*, cit., 190.
44. **[Dig.14.3.11.5 Ulpianus 28 ad ed.** *Conditio autem praepositionis servanda est: quid enim si certa lege vel interventu cuiusdam personae vel sub pignore voluit cum eo contrahi vel ad certam rem? aequissimum erit id servari, in quo praepositus est. item si plures habuit institores, vel cum omnibus simul contrahi voluit vel cum uno solo. sed et si denuntiavit cui, ne cum eo contraheret, non debet institoria teneri: nam et certam personam possumus*

En este fragmento, Ulpiano hace referencia a la posibilidad que tiene el banquero (o cualquier empresario) de proponer un institor (gerente) a la banca, estableciendo libremente las eventuales condiciones generales de contratación de este con el cliente, pero, al mismo tiempo da cuenta de la exigencia de informar dichas condiciones previamente a la clientela. Entre estas, a modo de ejemplo, se encuentran las cláusulas contractuales, la intervención de garantes personales o garantías reales, la prohibición o el permiso de contratar con determinadas personas. Igualmente dichas condiciones podían ser modificadas por el banquero, a menos que su continua variación no resultara en engaño a los clientes, caso en el cual se podría ejercer la acción institoria, que implicaba entonces una responsabilidad ilimitada del banquero o empresario⁴⁵.

Al mismo tiempo, es prudente resaltar que la obligación de informar al cliente también surge de la necesidad de suministrar al contratante el estado en que se encuentran las cuentas bancarias, específicamente a partir del examen de tres textos, correspondientes a Ulpiano en D.2.13.6.2, Paulo D.2.13.7 y Gayo D.2.13.10.3. Estos pasos tratan sobre los documentos contables llevados por el banquero y cuya exhibición en juicio constituye el objeto de una importante regulación pretoriana⁴⁶.

3. Secreto

El deber de reserva o secreto tiene su fundamento en la necesaria discreción que se deriva del objeto particular de

prohibere contrahere vel certum genus hominum vel negotiatorum, vel certis hominibus permittere. sed si alias cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio: neque enim decipi debent contrahentes.]

45. De esta manera resulta claro entender que de acuerdo con este modelo de organización, la acción correspondiente fuera la institoria, por lo que se podía exigir responsabilidad solidaria al principal, no sólo cuando si hubieren respetado las condiciones de contratación por él publicadas, sino incluso si habían sido modificadas continuamente en perjuicio de los terceros contratantes. Si el banco estuviera organizado de acuerdo con otro esquema, siendo factible la gestión directa por parte del empresario, también tendrían vigencia las prevenciones pretorias. Como señala PETRUCCI, es precisamente por la importancia que embarga el deber de información sobre todo en el caso de las condiciones generales de la contratación basado en principios del que se derivan la confianza, tomando en cuenta la parte final de dicho fragmento que establece que los contratantes no deben ser engañados (*neque decipi debent contrahentes*). P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, *Diritto Commerciale Romano, Profilo Storico*, cit., 191.
46. Evidentemente, el primero de los pasajes implica que el cliente ya tenía en su poder la documentación exigida judicialmente al banquero, con propósitos exclusivamente vejatorios, ósea, “que se le exhiban cuentas.... Que ya tiene el, con objeto de vejar al banquero”:

determinados contratos, lo cual hace que este deber se encuentre presente, aunque las partes no lo establezcan expresamente. En este sentido, en determinados negocios jurídicos la información que se intercambia o que obtiene una de las partes no puede divulgarse, publicarse o utilizarse por la persona que la ha recibido.

En el Derecho Romano, bajo la perspectiva de la tutela de las actividades bancarias se muestra un pasaje en el que se verifica la preservación del secreto de las operaciones, al punto de disponerse que en la exhibición de cuentas sólo podrían copiarse las partes que estuvieran relacionadas con la solicitud y no la integridad del *codex*, es decir del libro contable. Así se muestra en el siguiente pasaje:

[D.2.13.10.2. Gayo, Comentarios al Edicto Provincial, Libro I.- Pero se entiende que se exhibe una cuenta, si se exhibe desde su principio, porque una cuenta si no se inspeccionara desde el principio, no puede entenderse, pero, por supuesto, sin que se dé a cada cual facultad para inspeccionar y copiar todo el libro de cuentas y todas las hojas, sino para que se examine y se copie aquella sola parte de las cuentas, que corresponda para que alguien se instruya]⁴⁷.

Nótese como la regulación pretoriana, magistralmente completada por la jurisprudencia, logró equilibrar la exigencia de la afirmación y consolidación de la banca con la tutela de los intereses de los clientes que acudían a ella, lo que resulta patente al examinar la obligación normativa ahora comentada, en tanto, que por una parte,

rationes.... Quas habet edi sibi postulet vexandi argentarii causa; en el segundo caso, se considera que es justa la petición del cliente de que se le entreguen nuevamente las cuentas cuando las haya perdido por un evento imprevisible: "aquellas cuentas que había perdido por fuerza mayor y no por negligencia..." eas rationes, quas casu maiore, non vero negligentia perdidit; y finalmente, en el tercero, se expresa que el cliente podría ofrecer, en un segundo momento, los estados de cuenta con los que ya contaba (es decir no porque los hubiera obtenido del banquero), y que, sin embargo, no había exhibido: "puede suceder que ahora, habiendo conseguido las cuentas, o exhibiéndolas él mismo, o de otro modo, pueda probar", fieri enim potest, ut nunc, rationes vel ipso edente vela lio modo nactus..... possit probare.

47. **[Dig.2.13.10.2. Gaius 1 ad ed. provinc. Edi autem ratio ita intellegitur, si a capite edatur, nam ratio nisi a capite inspiciatur, intellegi non potest: scilicet ut non totum cuique codicem rationum totasque membranas inspiciendi describendique potestas fiat, sed ut ea sola pars rationum, quae ad instruendum aliquem pertineat, inspiciatur et describatur].**

se impone a cargo de los banqueros el exhibir la contabilidad, pero, al mismo tiempo, se introducen determinados límites, a fin de garantizar que la solicitud no ocasione violaciones al secreto bancario.

En fin, la solución propuesta en Derecho Romano, con respecto a las situaciones que podían surgir en este tipo de actividades, quedaba condicionada a la aplicación de los principios generales del derecho, sobre todo en el caso de la fides, entendida como buena fe en las relaciones entre el banquero y el cliente, como consecuencia de las relaciones de confianza que se creaban.

V. REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN CODIFICACIONES MODERNAS

En el Código Civil francés de 1804, la buena fe viene a establecerse de manera aislada⁴⁸, a la luz del artículo 1,134 del code civil, el cual establece que los contratos deben ser ejecutados de buena fe, como una norma imperativa, «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de **bonne foi***»⁴⁹. De su lado, el artículo 1,135 dispone «*Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore, à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*»⁵⁰.

El Código francés, de acuerdo con GUZMÁN⁵¹, separa la ejecución de buena fe de las convenciones, por un lado (art. 1,134 inciso 3°) y el círculo de las obligaciones que ellos imponen, mas allá de los expresado por las partes, por otro (artículo 1,135). En

48. «Ad una lettura 'esegetica del testo 1134, quindi, corrisponde una delimitazione del ruolo della buona fede a canone di valutazione del comportamento dei contraenti nella esecuzione delle obbligazioni sorte dall' accordo». R. CARDILLI, *Bona Fides, tra Storia e Sistema*, cit., 72.

49. Art. 1134.- Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho. No pueden ser revocadas, sino por su mutuo consentimiento, o por las causas que estén autorizadas por la ley. Deben llevarse a ejecución de buena fe.

50. Art. 1135.- Las convenciones obligan, no solo a lo que se expresa en ellas, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley dan a la obligación según su naturaleza.

51. A. GUZMÁN BRITO, *La Buena fe en el Código Civil de Chile*, en Revista Chilena del Derecho, Vol. 29 N° 1, Universidad Católica Valparaíso, Chile, 2002, 11-12.

este último no aparece como una consecuencia de la buena fe, haciendo de esta manera obligatorias *“les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature”*. Por lo visto, este cuerpo normativo supone que la equidad, el uso o la ley atribuyen a cada obligación, según su naturaleza, ciertas 'suites', que el referido artículo 1,135 hace también obligatorias para las partes de una convención, por lo que, la naturaleza de la obligación cumple un papel de referencia y medida para las 'suites' que la equidad, el uso o la ley dan a cada obligación.

En cuanto al Código Civil italiano, se declara que los negocios deben ser concluidos, interpretados y ejecutados de 'buena fe'. Esto se consolida en la expresión normativa del código de 1942.

En efecto, dicho código sigue el modelo napoleónico de la regla de ejecución del contrato⁵². Según el artículo 1375, *«il contratto deve essere eseguito secondo buona fede»*; contempla además en el artículo 1366 que *«il contratto deve essere interpretato secondo buona fede»*; pero además establece la buena fe como regla de conducta, manifestando, de esta manera, el deber de corrección que le es exigible, no sólo al deudor, sino también, al acreedor, como dice en el artículo 1,175 *«il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza»*; de igual manera, establece la buena fe en las tratativas y en la formación del contrato en el artículo 1337 *«le parti, nello svolgimento delle trattative nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede»*⁵³; además de verificarse en diversas disposiciones en áreas específicas.

52. Señala GUZMÁN, que en el caso de la codificación italiana es curioso lo sucedido, ya que en el código civil italiano de 1865, en su artículo 1,124 unificaba en una sola disposición los artículos 1,134 y 1,135 C.C. Fr., en los que se baso muy literalmente y si bien no decía de modo expreso que la obligación a más de lo manifestado en el contrato es consecuencia de dicho principio, la unificación permitía llegar a esa conclusión. A. GUZMÁN BRITO, *La Buena fe en el Código Civil de Chile, cit.*, 12.

53. Con respecto a este artículo del código civil italiano FIORI aclara que, la formulación literal de dicha norma induce a pensar que el rol de la buena fe sea esencialmente procedimental. *«in questo senso si era senz'altro diretta la giurisprudenza allorché aveva limitato la portata dell' articolo alle ipotesi di comportamenti scorretti posti in essere in sede di trattative o durante la formazione del contratto allorché quest' ultimo non venga concluso: doveri di informazione, di segretezza, di collaborazione, di custodia, e il dovere di non recedere ingiustificatamente dalle trattative»*. R. FIORI, *Bona Fides: Formazione, Esecuzione e Interpretazione del Contratto nella Tradizione Civilistica, en Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Italia, 2006, 138.

Sin embargo, en el código de 1942, se omite la fuerza integradora que se deriva de la buena fe, estableciendo de esta manera en el artículo 1,374 que: «*Il contratto obliga le parti non solo a quanto en el medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo legge, in mancanza, secondo gli usi e la equita*».

En el Código Civil alemán (BGB), se consagran dos disposiciones sobre la buena fe: el parágrafo 157, que dispone que «los contratos han de interpretarse como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico» y el parágrafo 242, conforme el cual «el deudor está obligado a efectuar la prestación como exige la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico».

WIEACKER señala, que el principio de buena fe (parágrafo 242 del BGB), cumple con las siguientes funciones que el autor identifica en el ordenamiento alemán: es el camino para introducir en el mismo un derecho de tipo judicial, pues el principio sirve para concretar el plan legal de ordenación establecido por el legislador y además, representa una máxima de conducta ético-jurídica⁵⁴.

Ahora bien, en cuanto a las codificaciones latinoamericanas⁵⁵, la manifestación del principio sigue en su mayoría las corrientes desarrolladas por los codificadores europeos. En el caso de Chile, el Código Civil de 1855 dispone, en el artículo 1546, que «*los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente, obligan no sólo a lo que ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella*».

Sobre el origen de esta norma se ha indicado que ANDRÉS BELLO se fundamentó en el contenido de los artículos 1134 y 1135 del Código Civil francés. Se ha precisado al respecto que BELLO, con acierto, plasmó en el artículo 1545 del CC chileno, lo relacionado con el principio de normatividad, es decir, los dos primeros incisos del artículo 1134 del Código de Napoleón. Y reunió en un solo

54. F. WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, traducción de JOSÉ LUIS CARRO, Editorial Civitas S.A., 1977, 49.

55. La notable influencia de los diferentes ordenamientos jurídicos Europeos sobre las codificaciones Latinoamericanas, no sólo en cuanto a buena fe, sino también en otras áreas. Tanto el derecho francés, italiano, español y alemán, entre otros han colaborado al desarrollo que tienen las codificaciones latinoamericanas, aunque aplicadas de acuerdo a la realidad que existe en cada país de América Latina. Por lo que puede observarse directa o indirectamente en los artículos de las codificaciones señalados.

texto (art. 1546 del código chileno), lo relacionado con el postulado de buena fe⁵⁶.

Los comentaristas franceses sostienen que el art. 1135 del código francés no es sino una consecuencia del último inciso del art. 1134, sobre la ejecución de buena fe⁵⁷. Más técnica y precisa fue la estructura normativa dada por BELLO. Dicho autor fue explícito en sostener que, por el hecho de tenerse que ejecutar los contratos de buena fe, obligan a todo lo que emane de la naturaleza de la obligación, o que por *ley o la costumbre* le pertenecen. Además, es bueno resaltar que el código chileno no hace ninguna referencia a la equidad⁵⁸.

El Código Civil argentino de 1869, en su artículo 1198, se limita a establecer que «*los contratos obligan no solo a lo que este formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos*». Tal artículo fue modificado en 1968, buscando darle una fuerza expansiva al principio de la buena fe, en el que se establecía: «*los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y prevención*».

De acuerdo con CAMPAGNUCCI, de lo anteriormente expresado en esta última modificación se pueden apreciar 3 momentos o tiempos diferentes para juzgar la buena fe: el de la celebración, el de la interpretación, y el de la ejecución, para lo cual se adiciona la circunstancia en que se negocia, es decir el medio ambiente donde se produce la virtualidad contractual⁵⁹, por lo que, según el autor la regla debe ser llevada al periodo contractual, es decir al respeto de la palabra empeñada y el no defraudar la confianza suscitada en una manifestación de voluntad o conducta durante las tratativas del contrato. Además, que la conducta de ejecución y cumplimiento del contrato debe ajustarse a las circunstancias que lo rodean.

Respecto al caso de la República Dominicana, es bueno aclarar que nuestro Código Civil es prácticamente una traducción al español

56. A. GUZMÁN BRITO, *La Buena fe en el Código Civil de Chile*, cit., 11y ss.

57. R. CARDILLI, *Bona Fides, tra Storia e Sistema*, cit., 72.

58. A. GUZMÁN BRITO, *La Buena fe en el Código Civil de Chile*, cit., 16.

59. RUBEN H. CAMPAGNUCCI DE CASSO, cit., p. 173.

del Código francés napoleónico de 1804⁶⁰. El principio de la buena fe, al igual que el código civil napoleónico, se encuentra establecido dentro de la sección que tiene que ver con el efecto de las obligaciones, en las disposiciones generales.

En dicha codificación se encuentra estipulado de la siguiente manera: artículo 1134.- «*Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquéllos que las han hecho. Sólo pueden ser revocadas por su mutuo consentimiento o por las causas que autorice la ley. Deben ser ejecutadas de buena fe*»; luego encontramos el artículo 1135.- «*Las convenciones obligan, no sólo a lo que se expresa en ellas, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley dan a la obligación según su naturaleza*». También dicho principio se encuentra establecido en cuanto pago en general art. 1240 y siguientes, cuasicontratos art. 1380 entre otros.

VI. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DE LOS DEBERES SECUNDARIOS DE CONDUCTA EN EL SISTEMA MONETARIO Y FINANCIERO CONTEMPORÁNEO

La confianza es la base fundamental del sistema financiero. Es por ello que la relación entre una entidad bancaria y su cliente da lugar al surgimiento de lazos de confianza de la que emergen deberes a cargo de la entidad, dentro de los cuales podemos mencionar: el deber de informar, asesorar lealmente al cliente, guardar secreto, proteger los datos a ella suministrados, entre otros. Esa confianza a la que nos referimos tiene su base en el principio de la buena fe y acarrea para el cliente también obligaciones⁶¹.

60. La ley en sentido formal, constituye la fuente del Derecho dominicano sobre la que el Derecho francés ejerció mayor influencia hasta el 1884. Pero que desde entonces, salvo el código de procedimiento criminal, derogado a su vez por el código de procedimiento penal, se encuentran vigentes las traducciones y adaptaciones al español de los demás cuerpos legales napoleónicos; ósea del código civil, el código penal, el código de comercio y del código de procedimiento civil, aunque ya sean presentado proyectos de modificaciones de los códigos anteriormente mencionados, los cuales aun se encuentran en discusión para su promulgación. V. CASTELLANOS, La Influencia del Derecho Frances sobre el Derecho Dominicano, en Roma e America, Diritto Romano Comune, Rivista di Diritto dell' Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina, 25/2008, 19.

61. En este sentido, PRATS dice que la legislación dominicana en su Ley Monetaria y financiera acoge dicho precepto, aún no siendo de manera expresa, estableciendo así el secreto bancario y los deberes de las entidades de intermediación financiera con relación a la protección de los derechos de los usuarios financieros. Dicha ley establece todo un sistema de protección al usuario que, como parte del sentido general del régimen de gobierno corporativo,

El derecho bancario o de los mercados financieros es una rama del Derecho en constante formación, en la que, los principios generales del Derecho ocupan un lugar central en su sistema de fuentes, en el que se destaca el principio de la buena fe. En el mercado financiero esta cumple las tres funciones que la doctrina destaca de los principios generales del Derecho: fundamenta la ordenación financiera, orienta la labor de interpretación de la ley y suple las lagunas de la misma.

En este sentido, si bien ciertas normas imponen diferentes tipos de obligaciones o deberes en las relaciones jurídico-privadas, principalmente cuando el ordenamiento estima que el cliente está necesitado de un nivel de protección más elevado, entendemos que esos deberes, a falta de norma expresa, podrán derivarse de las normas generales contenidas en los códigos civil y de comercio, que consagran el principio de la buena fe como norma objetiva que debe presidir la ejecución de los contratos⁶².

En fin, las buenas prácticas bancarias a las que en muchos instrumentos de regulación bancaria hacen referencia, en muchas ocasiones, no son más que manifestaciones del principio de la buena fe, en el cumplimiento de los contratos bancarios⁶³.

En este sentido, el principio de la buena fe encuentra una de sus principales manifestaciones en el reconocimiento, en determinados casos, de un deber de información, a cargo de ambas partes. En efecto, si bien es cierto que en la mayoría de las investigaciones se habla sobre las informaciones prestadas por las entidades bancarias, los clientes están igualmente sujetos a importantes obligaciones de información⁶⁴.

asegura que las entidades en sus relaciones con el cliente se atengan a mejores prácticas y a los códigos de conducta aprobados por sus órganos internos. E. J. PRATS y O. VICTORIA CONTRERAS, *Derecho de la Regulación Monetaria y Financiera*, Santo Domingo, 2008, 28.

62. Como es el caso de la consagración de dicho principio en las diferentes codificaciones, tanto Europeas como Latinoamericanas.
63. Es que de acuerdo con FERRANDO, la buena fe en el ámbito de la contratación, como elemento clave en el control de las condiciones generales de la contratación, además de servir para determinar el cumplimiento de las exigencias formales de inclusión de las mismas, se muestra como uno de los requisitos –junto con el justo equilibrio de las contraprestaciones– que deben reunir dichas condiciones para no ser calificadas como abusivas. M. FERRANDO VILLALBA, *La Información de las Entidades de Crédito*, Valencia, 2000, 128.
64. Por lo que, la información prestada por el cliente sirve para que la entidad pueda apreciar su nivel de conocimientos sobre el funcionamiento del sector, y de esta manera, delimitar la extensión de sus obligaciones de asesoramiento e información.

Ahora bien, el deber de informar no se aplica de manera absoluta. Puede verse limitado por un sinnúmero de aspectos, ya que la información que se maneja en las entidades bancarias, en su mayoría, son informaciones de carácter personal, que deben ser protegidas para que exista un buen funcionamiento y manejo de los datos de los individuos⁶⁵.

Estas limitaciones que se plantean al deber de información, por parte de las entidades bancarias se encuentran complementadas con otros deberes que tienen que ser cumplidos por estas, los cuales la doctrina ha llamado deberes secundarios de finalidad negativa⁶⁶, ante el derecho que tiene el usuario a que se respete su intimidad⁶⁷, implicando la seguridad de los datos como el resultado de un deber del banco, dada la naturaleza de la información con que trabaja, lo cual viene relacionado con la confidencialidad de la información y su protección.

65. Cabe señalar, que en la mayoría de legislaciones que regulan las actividades financieras, la transparencia constituye uno de los ejes fundamentales para el buen desenvolvimiento de las mismas. Si bien es cierto que el objetivo de la transparencia, en sentido general, es asegurar las condiciones para que en el mercado financiero exista un adecuado sistema de información, que compense las asimetrías y permita determinar los precios de un modo más eficiente. Para el profesor INZITARI existen otros aspectos que al igual que la información son necesarios para asegurar la tutela real de los consumidores de productos financieros. Y dicha posición al parecer también es acogida por la doctrina alemana. Según INZITARI «*parte della dottrina ha correttamente osservato che tale significato non risulta pienamente soddisfacente, soprattutto in considerazione dell'esperienza tedesca, di livello più avanzato della nostra, dalla quale "emerge, infatti, che non è sufficiente fornire al cliente un'informazione veridica e completa sulle condizioni del rapporto, ma è altresì necessario che il contratto nel suo complesso sia formulato in modo chiaro, tale che il suo significato e gli effetti che possono derivare dalle singole clausole, siano comprensibili per il cliente medio"*». In altri termini non pare sufficiente garantire l'informazione della clientela attraverso la pubblicità delle condizioni di credito, bensì, per assicurare una reale tutela dei consumatori, è necessario preoccuparsi anche della "comprensibilità" per l'uomo medio del messaggio contenuto negli avvisi esposti al pubblico». BRUNO INZITARI, *La Forma e le Patologie dei Contratti Bancari*, disponible en: www.csm.it/quaderni/quad_94/qua_94_21.pdf. Consultado el 22 de octubre del 2010. Para ver ampliamente remitimos al estudio de R. LENER, *La Tutela del Consumatore di Servizi Bancari*, en Roma e America, Diritto Romano Comune, Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina, 11/2001, 19.
66. Señala la doctrina, que los deberes secundarios de conducta se pueden clasificar en atención a su finalidad en dos grandes categorías: deberes secundarios de finalidad negativa, como los deberes de protección, cuyo objetivo es impedir que se produzcan lesiones o menoscabos en los intereses personales o patrimoniales de los contratantes; y deberes secundarios de finalidad positiva, que están destinados a complementar a los deberes de prestación con el fin de que su cumplimiento se realice adecuadamente, ejemplo de los cuales serían los deberes de información, colaboración, consejo o fidelidad, entre los más relevantes. El planteamiento señalado por el profesor LORENZETTI tiene su fundamento en la clasificación, que ya es clásica, de EMILIO BETTI. R. LORENZETTI, *Esquema de una Teoría Sistemática del contrato. En contratación contemporánea*, tomo I, 2002, 22.
67. Con las limitaciones que se plantean al ejercicio del derecho a la información bancaria lo que se busca es proteger la intimidad de la persona y la protección de sus datos, ya que según

Como consecuencia de la protección de los datos de las personas y la confidencialidad (Deber de secreto), es que el derecho a la información bancaria se encuentra limitado. Esta limitación a la vez está vinculada con la obligación que deben observar las entidades de intermediación financiera con respecto a sus clientes y cuando estas no cumplen con su deber pueden comprometer su responsabilidad y ser objeto de sanciones.

En el caso República Dominicana, las obligaciones que tienen las entidades de intermediación financiera de proteger los datos que reposan en sus archivos, tiene su base en lo que establece la Ley Monetaria y Financiera, la cual estipula: «*El personal de la administración monetaria y financiera, que en virtud de sus funciones tenga acceso a información de carácter confidencial y privilegiada, tendrá la obligación de observar total discreción*»⁶⁸.

Es por ello que los miembros de la administración monetaria, al igual que las personas que trabajan en las entidades bancarias, deben proteger los datos que de manera lícita se encuentran en ellas, ya que, es un deber de ellos mantener el buen desenvolvimiento y funcionamiento de los servicios que ofrecen⁶⁹.

VII. CONCLUSION

Como hemos señalado en el transcurso de este escrito, el principio general de la buena fe se ha convertido en la piedra angular del Derecho Privado Moderno, desde su aparición en el Derecho Romano, con cimientos en la *fides*, donde era utilizado en múltiples

lo que establece SEPULVEDA «*el derecho a la intimidad es consubstancial del individuo en cuanto le pertenece por el simple hecho de estar provisto de personalidad*». Es decir, que la protección a la intimidad del usuario, que debe brindar la entidad le viene dada por el hecho de tener personalidad. J. GONZÁLEZ SEPULVEDA, *El Derecho a la Intimidad Privada*, Chile, 1972, 79.

68. Ley No. 183-02, MONETARIA Y FINANCIERA, Santo Domingo, República Dominicana, 2002, art. 8.
69. En República Dominicana, además de la ley monetaria y financiera, la ley que regula las sociedades de información crediticia y de protección al titular de la información establece que, dichas entidades además del deber de secreto o reserva, deberán adoptar las medidas necesarias para la protección de sus datos. Por lo tanto, es una obligación que dicha ley le impone a las entidades bancarias o crediticias para que estas asuman la actividad que realizan con responsabilidad, ya que estas forman parte importante de la actividad económica de una nación, por estas y otras razones es que deben mantener un equilibrio en sus actividades y dependiendo de cómo sean sus actuaciones se ganan la admiración del público que depositan en ellos su confianza.

variantes de la vida social, económica, política y religiosa de la sociedad de esa época, hasta llegar a nuestros días, convirtiéndose especialmente en todo un principio rector del derecho contractual.

Es así, como vemos en el caso del ejercicio de la banca romana y de las operaciones que se desenvuelven en esa área, que la buena fe desempeña un importante papel en la formación, ejecución y posterior interpretación de las obligaciones asumidas por las partes en el contrato.

La solución propuesta en el Derecho Romano, respecto a las situaciones que podían surgir en este tipo de actividades, quedaba condicional a la aplicación del principio de la buena fe, sobre todo en el caso de la *fides*, entendida como buena fe en las relaciones entre el banquero y el cliente, como consecuencia de los vínculos de confianza que se creaban.

Por un lado, notamos cómo esa buena fe ejerce un rol verdaderamente importante en operaciones de tipo bancario, tal es el caso del depósito, en el que en fragmentos como *D.16.3.24.*, resaltan una de las funciones que ejerce dicho principio, que es integrar obligaciones al contenido del contrato, situación evidenciada por Quinto Mucio Escévola y resaltada por el jurista Cicerone en *Cic. off. 3. 17. 70.*

Pero esta fuerza integradora también se manifiesta en obligaciones adicionales, o, como la doctrina moderna las ha llamado, deberes secundarios que, más allá de ser obligaciones o deberes secundarios, constituyen aspectos inherentes al contrato, ya que estos se podrán verificar desde la formación del contrato y durante toda la negociación, por lo que es un factor importante para definir la contratación y la protección de las partes en su formación y ejecución, tal y como fue palpable en los pasajes analizados en este estudio (*D.14.3.11.5* y *D.2.13.10.2.*).

Por otra parte, en el derecho moderno, las obligaciones de información tienen su reflejo en aspectos como el control de las condiciones generales de la contratación, donde se plasman en la obligación de entregar la documentación contractual, que debe redactarse de forma clara, sencilla y ser susceptible de comprensión directa. La ausencia de información configuraría un abuso de la entidad con respecto al contratante, cuando, siendo necesaria, conforme a la naturaleza del contrato y las circunstancias que concurren

en el consumidor, no sea proporcionada por el profesional, en contravención del principio general de la buena fe.

Ahora bien, los deberes secundarios de conducta desempeñan una trascendental labor en la contratación moderna. Con ellos se asegura el cabal cumplimiento de la finalidad común perseguida por las partes y se contribuye a hacer más efectivo el anhelado equilibrio que debería procurarse que existiera entre los contratantes. Estos deberes se refieren, no solamente en cuanto transmitir información, sino también al secreto y protección de los datos, con los que se busca proteger dicha información, la cual podría ser objeto de mal uso.

Ya que hoy en día debido al incremento de las tecnologías y de personas que desean acceder a la información y al tratamiento electrónico de los datos, las entidades bancarias, aunque cuentan con los mecanismos establecidos por la ley para asegurar los antecedentes que allí se encuentren, deben afianzar los derechos y garantías de los consumidores, para que no se lleguen a manipular de manera perjudicial en contra de sus clientes, que confían en la buena administración y manejo de estas instituciones. Estos, a su vez, amparados desde mi punto de vista en el principio general de la buena fe.

Finalmente, resulta oportuno observar que en el caso de la República Dominicana, notamos que en su código civil, si bien establece el principio de la buena fe, la misma sigue la corriente del código civil francés, instituyendo dicho principio en que los contratos deben ser ejecutados de buena fe como una norma imperativa. Esto, de acuerdo al análisis histórico dogmático que hemos realizado, dejaría fuera del alcance, a la hora de su posterior interpretación, aquellas posibles obligaciones a la que las partes estarían sujetas a cumplir, puesto que, dicho código sólo indica el principio de la buena fe a la hora de la ejecución del mismo.

Por supuesto, este planteamiento puede ser objeto de interpretaciones jurídicas subjetivas y generar diferentes opiniones. Desde una óptica crítica, sería bueno destacar que para una relectura de la modificación aprobada por la Cámara de Diputados sobre el proyecto de ley con las innovaciones a dicho código, se pudieran introducir otras variaciones al establecimiento del principio tratado, tal y como se ha hecho en países de tradición Romano-germánica:

Chile, Colombia, Argentina, Italia, Alemania, entre otros, no sólo en su ejecución, sino también desde la formación e interpretación del contrato. De esta manera, se pudiera ampliar el ámbito de aplicación del mismo, y, por consiguiente, estaríamos a la vanguardia en cuanto al tema de las obligaciones y/o contratos con muchos de los países de América latina y Europa. Así, en caso de carencia de disposiciones que reglamenten una situación en específico, la misma vendría a suplir las lagunas del sistema. Esto por igual sería necesario tomarlo en cuenta en la regulación bancaria, ya que, si bien es cierto que se encuentran establecidos los deberes y/o obligaciones impuestos a las entidades bancarias, los mismos derivan del principio de la buena fe.

La validez constitucional de la confesión como medio de prueba

*Por Domingo Rafael Vásquez**

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La Constitución de la República (art. 69.6) establece que nadie está obligado a declarar contra sí mismo; en términos análogos, se expresan el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 14.g) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.g).

En el Derecho común, el Código Civil (art. 1356) y en materia penal, el Código Procesal Penal (arts. 102 y siguientes) expresan las condiciones en las cuales es válida, como medio de prueba, la confesión del sujeto pasivo del proceso. Esas leyes adjetivas, al regular la validez del medio en cuestión, no hacen más que explicitar y concretizar las disposiciones constitucionales indicadas, además del principio de la legalidad de las mismas, establecido en el párrafo 8 del citado artículo 69 de nuestra Ley Fundamental.

El motivo esencial que nos mueve a escribir estas líneas, son las opiniones casi generalizadas que hemos escuchado –en particular en el área penal– de que el juez no puede condenar al imputado, reteniendo como prueba su sola declaración o su confesión, sobre todo cuando ella no es formulada ante el juez o el representante del Ministerio Público.

2. SUPUESTOS NECESARIOS PARA ANALIZAR LA CUESTIÓN

La admisión de la confesión como medio de prueba (y en particular si es el único medio del que dispone el juez) debe ser

* Juez de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de Santiago.

interpretada y aplicada a la luz de una serie de principios, entre los que citamos los siguientes, sobre los que versará nuestro análisis:

- a) Que el juez es el depositario de la función jurisdiccional y al ejercerla, lo hace como representante y en ejercicio de la función esencial del Poder Judicial, como poder del Estado, tal como se lo atribuye la Constitución (art. 4), entendida esta dentro del concepto del Estado social, democrático y de Derecho;
- b) Que el juez, al retener la confesión, debe siempre guiarse del principio de la razonabilidad, como se lo ordena la Constitución (art. 40.15);
- c) Que dicha confesión debe ser retenida y ponderada, tomando en cuenta su rol determinante, en tanto que garantiza otro principio consagrado en la Constitución (art. 69.3), que es el de la presunción de inocencia, que favorece al sujeto pasivo del proceso;
- d) Que debe contribuir a la administración de una justicia oportuna, en tiempo y en modo razonable, como garantías procesales fundamentales, establecidas por la Constitución (art. 69.1.2).

2.1 El Juez, como depositario de la función jurisdiccional

El Poder Judicial es uno de los poderes fundamentales del Estado, a través del cual, el Estado ejerce una de las funciones esenciales del poder político. Es por ello que la función jurisdiccional que le es atribuida es indelegable e irrenunciable y deberá ejercerla de manera obligatoria, garantizando los derechos fundamentales de la persona individualmente considerada.

Esto así, hasta tanto ese interés individual sea compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas, en armonía y en íntima relación, con otra disposición de la Carta Magna (art. 40.15), que ordena que en el ejercicio de la función jurisdiccional, el juez, como depositario de ésta, debe interpretar y aplicar la norma jurídica a los casos particulares, ejerciendo la facultad de decir el Derecho.

En consecuencia, deberá ejercer esa facultad observando el principio de la razonabilidad, puesto que, si bien garantiza y protege el interés individual, en especial los derechos fundamentales de

los sujetos privados, siempre lo habrá de hacer, en orden al interés general, colectivo y de los derechos de todos. De modo que, en caso de contradicción o colisión entre ese interés general y el interés particular, prevalecerá y le dará preferencia, a este último.

2.2 El Principio de la Razonabilidad

Todo juez, en ejercicio de la función jurisdiccional, interpreta y aplica la norma jurídica, resolviendo los procesos sometidos a su juicio y al hacerlo, debe observar, el principio de la razonabilidad, definido por la Constitución (art. 40.15), como lo justo y útil por la comunidad.

En tal sentido, debe procurar que la ley sea justa, no arbitraria y por tanto, establecida, interpretada y aplicada, en función de la utilidad que representa, para el interés común.

De nuevo, este principio ordena al juez que ejerza su protección y garantía en cada caso específico, estando en juego el interés particular en armonía con el interés general o colectivo, imponiendo que en caso de colisión entre ambos intereses, debe prevalecer el interés común o colectivo.

El juez, al ejercer la función jurisdiccional, no es solamente el juez de la causa, él es también el juez de las pruebas y, en cada proceso, aplica el Derecho subsumiendo en la norma los hechos de dicha causa, de suerte que debe guiarse por las reglas que le impone la axiología de las pruebas, en especial aquella que le aconseja que al hacerlo sea razonable, o sea, que juzgando y resolviendo los procesos entre los particulares, legitime ante el cuerpo social y ante la colectividad, la función de juzgar y de decir el Derecho a él atribuida por el artículo 4 y en la forma indicada por el artículo 8, ambos de la Constitución de la República.

3. LA CONFESIÓN COMO MEDIO DE PRUEBA

En el Derecho común, la confesión es considerada como la reina de las pruebas, como la prueba de las pruebas (*probatio probatissima*). De modo que, emitida por aquel a quien se le opone, constituye a favor del adversario una dispensa de aportar la prueba; pero esa concepción no puede ser admitida de modo puro, simple y absoluto,

sino que debe estar sujeta a reglas y principios constitucionales y legales, que tanto el juez como las partes deben observar, tales como los siguientes.

3.1 La Presunción de Inocencia

Entre las garantías o derechos fundamentales derivados del debido proceso como derecho fundamental primario y supuesto real de aquellos, está aquel de la presunción de inocencia de todo sujeto pasivo de un proceso, de acuerdo a la Constitución (art. 69.3).

Por lo antes indicado, el artículo 1315 del Código Civil dispone que el sujeto activo del mismo, es el que debe tomar la iniciativa de aportar la prueba y en ese sentido, dispone que quien reclama la ejecución de una obligación, debe probarla (*actori incumbit probatio*).

En efecto, quien tiene la iniciativa del proceso está obligado a destruir esa presunción que favorece al sujeto pasivo, ya que por esa razón, los textos fundamentales citados en la primera parte de este trabajo establecen, que la confesión del demandado, imputado o sujeto pasivo del proceso, no es obligatoria y por tanto, le otorgan el derecho de no auto- inculparse, incluso hasta de guardar silencio. Sin embargo, el ejercicio de esos derechos no implica necesariamente de su parte, la inercia procesal que se traduzca a la vez, en una actitud abstencionista.

3.2 Contribución a la Administración de Justicia

Toda actividad procesal, tanto de las partes, como del tribunal, tiene por finalidad esencial la administración de justicia.

Por eso, las pruebas –como parte integral de esa actividad– así como los medios establecidos a tales fines, juegan un papel de primer orden, pues son las vías principales a través las cuales, se llega a la verdad de los hechos, para aplicar el Derecho y juzgar la causa o proceso.

En consecuencia, la confesión como medio probatorio, debe ordenarse y admitirse en orden a esa finalidad, para contribuir a la realización del derecho a la justicia y a la jurisdicción, garantías procesales fundamentales, de acuerdo a la Constitución (art. 69.1, 2 y 7).

La administración de justicia así entendida, a cargo de los órganos jurisdiccionales, es una garantía o medio fundamental de orden procesal que implica la implementación de otras garantías de igual orden, como derechos también fundamentales. Por esa razón, el acceso a la justicia, siendo un derecho fundamental para los particulares, es a la vez, una función esencial del Estado, como Estado de Derecho, lo que exige, que debe ser administrada de manera oportuna y en tiempo razonable, como lo dispone también a la Constitución (art. 69.1 y 2).

Lo antes expuesto tiene como consecuencia que toda actividad o acto procesal, como la actividad probatoria y sus procedimientos, emanados tanto del juez, como de las partes –incluyendo la confesión y todos los medios y los procedimientos relativos a la misma– deben de modo imperativo justificarse en orden a la consecución de esos fines legítima y constitucionalmente establecidos, a los cuales no pueden contradecir, ni desnaturalizar y mucho menos, ser revertidos en su contra.

3.3 Formalidades a ser Observadas

Los anteriores principios de orden constitucional exigen que la confesión, como todo medio de prueba, debe ser administrada y juzgada, mediante los procedimientos legalmente establecidos. Esto es, observando el principio de la legalidad de las pruebas, sometida al principio de la contradicción procesal y salvaguarda del derecho de defensa, de acuerdo a la Constitución (art. 69.4.8).

De ahí resulta que la confesión debe ser, en principio, judicial, tal como lo dispone la ley (art. 1356, Cod. Civ. y 102 y 103 Cod. Proc. Pen.). Como consecuencia de lo anterior, para la validez de la misma, debe ser realizada ante el juez o ante la autoridad designada por la ley como competente (como el Ministerio Público en materia penal).

De los textos constitucionales y legales citados resulta entonces, que para que la confesión sea retenida y admitida con toda su fuerza probatoria, además de observarse en su administración y examen el debido proceso, debe emanar de la persona que tenga suficiente capacidad, calidad y poder para hacerla y ser también el resultado de un acto, fruto de la emisión de una voluntad libremente expresada y exenta de toda coacción o constreñimiento.

Por consiguiente, salvo lo que se dirá más adelante, la confesión extrajudicial no constituye sino de modo muy excepcional, un medio de prueba, diferente a la confesión judicial.

3.4 El Quid de los Artículos 103 del Código Procesal Penal y 72 de la Ley 834 de 1978

El primero de los textos legales (art. 103 Cód. Proc. Pen.) dispone que cuando ante los funcionarios o agentes policiales el imputado manifiesta su deseo de declarar, se le debe hacer saber de inmediato al Ministerio Público correspondiente; en tanto que el segundo (art. 72, Ley 834 de 1978) establece que de la ausencia o la negativa de respuestas de una de las partes, el juez puede considerar esta situación, como un principio de prueba, asimilable al principio de prueba por escrito, de donde resulta entonces una situación, inducida a partir de su silencio.

En la primera hipótesis de la materia penal, vamos a situarnos en el caso más extremo, aquel en el cual el único medio de prueba es la declaración del imputado o prevenido, que por las circunstancias que fuese, sólo consta en el acta levantada por la autoridad policial u otro funcionario, que no es ni el juez, ni el Ministerio Público. En este caso surge la interrogante de si el juez debe descartarla y por ausencia de pruebas, descargar al imputado de modo puro y simple.

En esa situación, nos inclinamos por la negativa. La confesión así realizada es una confesión extrajudicial y el juez penal no puede justificar de ese modo y por esa sola circunstancia, fundado únicamente en el interés individual y exclusivo del sujeto pasivo del proceso penal, el ejercicio de manera no oportuna ni útil (o de modo irrazonable) de la función jurisdiccional, la cual, en ese sentido, no puede ser instrumento para dejar a la sociedad, como agraviada por la infracción y en perjuicio del interés común o colectivo y del orden público y de los sujetos privados, víctimas directas de esa infracción, en total estado de indefensión y de desamparo, en contradicción con la Constitución (arts. 4, 6, 8, 40.15, 68 y 69. 1 y 4).

En esa circunstancia, el juez penal debe someter esa declaración o confesión al debate procesal, garantizando al efecto, la observancia del debido proceso y sobre todo, el derecho de defensa. Así

actuaría como garante del derecho del imputado a ser presumido de inocente, pero sin abdicar a su papel de garante también del interés social, común o colectivo, de aplicar e interpretar la ley y observar el principio de la razonabilidad.

En todo caso, de esa confesión extrajudicial, el prevenido puede retractarse, total o parcialmente, la que además es admisible solamente hasta prueba en contrario, procurando el juez apoderado que ese tipo de confesión, sea la expresión de una voluntad libremente emitida, sin coacción o constreñimiento alguno, emanada de la persona con la capacidad, calidad y poder suficientes para hacerla.

En la segunda hipótesis de la materia civil (art. 72, Ley 834 de 1978), la cuestión es diferente. La confesión es la prueba por excelencia, pero el principio sigue siendo que nadie está obligado a autoinculparse e incluso, que tiene el derecho de abstenerse a declarar, conforme a los textos fundamentales, en especial, la Constitución (art. 69.6).

En consecuencia, el juez no puede, de la ausencia o de la negativa de declarar de una parte, considerar de modo puro y simple que su silencio constituya, por sí solo, un principio de prueba, para deducir las consecuencias necesarias para la solución del proceso.

No obstante, el juez, en materia civil y en todas las materias, aún en la penal, está obligado a ejercer la función jurisdiccional de la forma establecida en la Constitución (arts. 4, 6, 8 y 40.15), por lo que él puede, entonces, partiendo de ese principio de prueba, ordenar (aún de oficio) las medidas necesarias para recabar la prueba completa o complementaria y así, ejercer la función jurisdiccional a su cargo, garantizando con la aplicación del debido proceso, en la forma ya indicada, la administración de justicia, salvaguardando el interés individual, pero en armonía con el interés común o colectivo y el orden público.

Por lo antes expresado, terminamos observando que en todo Estado social, democrático y de Derecho, el juez, no importa cuál, debe ser un juez garantista, pero a la vez prudente, ajustando siempre sus actuaciones, en orden a que prevalezca la razonabilidad de la función jurisdiccional del Estado, tal como resulta de los textos de la Constitución y demás normas fundamentales.

4. REFLEXIONES PRÁCTICAS

El análisis de la confesión como medio de prueba, nos lleva a las reflexiones que siguen, cuando se trata de la confesión judicial, la cual sigue siendo la reina de las pruebas en cualquier materia.

Lo antes señalado no implica que el juez deba adoptar la confesión judicial de modo necesario e imperativo, pues ese principio no es absoluto. En cambio, debe aplicar la axiología de las pruebas y frente a medios concurrentes (entre ellos la confesión) puede descartarla, optando por aquel de esos medios, que mejor configure los hechos, los defina y tenga por consecuencia la mayor fiabilidad y fuerza probatoria.

Cuando se trata de la confesión extrajudicial, el Juez la debe considerar como un principio de prueba, que para ser admitida exige de otros medios probatorios porque debe ser completada, considerando también que siempre es retractable, válida hasta prueba en contrario y con igual grado de definición, fiabilidad y fuerza probatoria, que cualquier otro medio de prueba aportado al proceso.

La confesión, aún judicial y sobre todo cuando es extrajudicial, debe ser, en todo caso, el resultado de la aplicación y observación del debido proceso; en especial, de los principios de la razonabilidad y legalidad de las pruebas. Debe ser un acto espontáneo, resultado de una voluntad libremente emitida, sin coacción o constreñimiento y por quien tiene la calidad, la capacidad y el poder necesario para hacerla.

Por lo antes afirmado, la confesión, si es admitida, sigue siendo la reina de las pruebas, pero sólo y en el único sentido de constituir una dispensa de probar, a favor de la parte que en el proceso es el adversario de aquella de quien procede y a la que es oponible, sin que por esto pueda prevalecer e imponerse, sólo en razón de su naturaleza, sobre otros medios de prueba que concurren en el proceso.

5. CONCLUSIÓN

De manera general, como medio probatorio, la confesión, sobre todo la judicial, tiene la mayor idoneidad e importancia, como tal y frente a otros medios de prueba, por ser su contenido, el

reconocimiento del hecho alegado, de parte de aquel a quien es imputable y oponible.

Sin embargo, su indiscutible valor será reconocido, siempre y cuando cumpla con los requisitos constitucionales y legales señalados, para erigirse entonces, como la reina de las pruebas. Como esta regla no es absoluta, el principio según el cual “*a confesión de parte relevo de prueba*” no implica necesariamente que ante ella, el juez esté obligado a retenerla y descartar, de modo puro y simple y por la sola confesión, otros medios de prueba concurrentes.

Recordemos que el magistrado actuante, además de juez de la causa, es el juez de la prueba, por lo que, aplicando la axiología de ésta, debe observar el principio de la razonabilidad y optar por la prueba que mejor defina los hechos, los configure y los dote, de la mayor fiabilidad y fuerza probatoria.

En consecuencia, al Juez apoderado se le impone observar los siguientes aspectos particulares:

- a) Los procedimientos de administración de las pruebas, entre ellas, la confesión judicial y la extrajudicial, forman parte de la actividad procesal, a través de la cual se concretiza el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, como función esencial del mismo atribuida al Poder Judicial, la cual es indelegable e irrenunciable.
- b) La función jurisdiccional, como función del Poder Judicial, es fundamental del Estado, como Estado social y democrático de Derecho, la cual impone que deba ser ejercida garantizando el interés y los derechos fundamentales de los particulares, pero en armonía con el interés social, colectivo y común, el orden público y los derechos de los demás, debiendo siempre prevalecer, los últimos sobre los primeros.
- c) En razón del ejercicio de la función jurisdiccional (irrenunciable e indelegable), a cargo del juez como función del Estado social y democrático de derecho, la Constitución (arts. 47 y 69.2), le impone que en todo proceso, sea objetivo e imparcial. Además y sobre todo, le impone que debe actuar de modo independiente frente a las partes, en razón de que representa el interés colectivo, social o común y los derechos de la colectividad.

d) La confesión no es obligatoria, hasta implicar el derecho de guardar silencio, de parte del sujeto pasivo, lo que es consecuencia directa de que el justiciable está protegido por la presunción de inocencia que le favorece; pero, no obstante tratarse de derechos fundamentales a su favor, el ejercicio de éstos de su parte, no es absoluto e ilimitable. Los derechos fundamentales son absolutos, en cuanto a su oponibilidad referida a la capacidad de goce o titularidad, pero también son relativos y limitables, en relación a la capacidad de ejercicio, esto último a condición de que se respete el principio de razonabilidad y su contenido esencial.

e) La relatividad y, por ende, la limitación de los derechos fundamentales, encuentra su base principal en el interés social, común o colectivo, en el orden público y los derechos de igual naturaleza de los demás.

Por lo tanto, el prevenido, imputado o demandado, no puede, fundado en la presunción de inocencia y en el derecho a guardar silencio sobre los hechos que se le imputan, abusar del ejercicio de esos derechos, hasta hacer de ellos un medio del que la administración de justicia y por ende, el ejercicio de la función jurisdiccional dependa a su sola voluntad, como condición puramente potestativa del sujeto procesal pasivo, de tal suerte que dicho comportamiento se traduzca para la sociedad como agraviada, en el caso de la infracción penal, y la víctima directa de la misma y en general (como sujeto activo), en un estado total de indefensión y desamparo.

f) Por las razones anteriores, al juez, en ninguna materia o proceso, se le impone, de manera necesaria e imperativa, la confesión judicial como medio de prueba, de modo que él esté obligado a ignorar y descartar, otros medios concurrentes. Pero, tampoco está obligado a descartar necesariamente, la confesión extrajudicial, incluso en lo penal, por el solo hecho de ser extrajudicial, sino que, sin desprestigiar la importancia e idoneidad de la confesión como medio de prueba, puede admitirla, a condición de observar el debido proceso y respetar los requisitos exigidos para su validez, como medio de buscar y establecer la verdad, a la hora de decir el Derecho.

- g) La administración de las pruebas, dentro de ellas, la confesión judicial o extrajudicial, así como los procedimientos establecidos a esos fines, aunque en principio son de naturaleza lógica y axiomática, de ningún modo implican que sean de carácter totalmente rígido e inflexible, porque siendo una actividad racional y razonable, su aplicación impone a los operadores del sistema, la obligación, cuando sea necesario, de trascender lo puramente lógico y axiomático, para darle preferencia a lo axiológico. Sobre todo al juez, quien al proteger el interés particular en cada proceso, debe, al mismo tiempo, legitimar socialmente el ejercicio de la función jurisdiccional que se le atribuye.

BIBLIOGRAFÍA

1. Constitución de la República Dominicana, Gaceta Oficial No. 1056, Sto. Dgo., 2010.
2. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Resolución No. 693-77, Gaceta Oficial No. 9454, Sto. Dgo., 1977.
3. Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, Resolución No. 739-77, Gaceta Oficial No. 9460, Sto. Dgo., 1977.
4. Código Civil de la República Dominicana, 7ma ed., Ed. Dalis, Moca, 1988.
5. Nuevo Código Procesal Penal, 1ra ed., Ed. Dalis, Moca, 2002.-

Medidas cautelares en la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial

Por Ramón Ismael Comprés Hernández*

INTRODUCCIÓN

Durante el desarrollo de un arbitraje es muy frecuente observar cómo resulta necesaria la adopción de medidas de carácter puramente provisional en pos de garantizar, tanto el buen desenvolvimiento del proceso, como la eficacia en la eventual ejecución del laudo que resuelva la controversia. Son estas las llamadas medidas cautelares¹.

Las disposiciones contempladas en nuestra Ley No. 489-08 Sobre Arbitraje Comercial dejan atrás el viejo debate relativo a si el ordenamiento de tales medidas es atribución exclusiva de los jueces del sistema judicial, ya que, conforme su articulado, hoy, es una facultad expresamente reconocida, por igual, a los árbitros.

Parecería que la extensión de este poder en manos de los árbitros fuera un asunto sencillo de manejar; sin embargo, la realidad es que no deja de ser un supuesto bastante complejo en lo teórico y lo práctico, lo que se deriva, no sólo de la dualidad de competencia creada –sede judicial y arbitral– sino, frente a la efectividad de las órdenes de carácter obligatorio que emanan de un ente carente de poder de coacción, como lo es el tribunal arbitral.

Como veremos más adelante, la facultad para dictar medidas de corte cautelar a cargo de los árbitros no se limita a las llamadas nominadas o previstas expresamente por la ley, toda vez que

* El autor es profesor de la asignatura Resolución Alternativa de Conflictos en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la PUCMM.

1. Las que igualmente se conocen como medidas provisionales o preventivas y designadas como *interim measures of protection*, en inglés, y *mesures provisoires ou conservatoires*, en francés.

éstos gozan de amplios poderes para dictar cualquier otra medida provisional entendida como pertinente a los fines de salvaguardar los derechos de las partes.

Valga la aclaración de que con el presente artículo tengo la intención de comentar, más que la justificación teórica de las medidas cautelares o provisionales como instituto jurídico, su aplicabilidad conforme las previsiones de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial.

I) MARCO TEÓRICO

Las medidas cautelares encuentran justificación y razón de ser, principalmente, en dos elementos que se complementan mutuamente, el *fumus boni iuris*² y el *periculum in mora*³, cuya prueba de su existencia se encuentran a cargo del persiguierte.

El fumus boni iuris supone la aparente verosimilitud de buen derecho que, en principio, hace procedente la medida solicitada, sin que ello signifique decidir sobre el fondo. De modo pues, que su aplicación no exige proveer al juzgador de pruebas irrefutables que sustenten el interés que persigue proteger la parte que se siente afectada⁴. Esta concepción de la figura queda claramente recogida en decisiones como las del Tribunal Supremo de Justicia de la República de Venezuela, el cual es del criterio siguiente:

“Con referencia al primero de los requisitos (fumus boni iuris), su confirmación consiste en la existencia de apariencia de buen derecho, pues cuando se acuerda la tutela cautelar no puede prejuzgarse sobre el fondo del asunto planteado. Puede comprenderse entonces como un preventivo cálculo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del demandante; correspondiéndole al juez analizar los recaudos o elementos presentados junto con el

2. Su traducción literal sería la de *humo de buen derecho*.

3. Su traducción literal sería la de *peligro en el retraso*.

4. Aunque las pruebas aportadas deben ser –en naturaleza y esencia– lo suficientemente convincentes, como para que el juzgador entienda, sin necesidad de llegar a una conclusión final y definitiva, que está en presencia de un derecho aparentemente legítimo. Llamémosle, realidad aparente del derecho argüido.

*libelo de la demanda, a los fines de indagar sobre la existencia del derecho que se reclama*⁵.”

De su parte, el *periculum in mora* lo conforma el riesgo inherente a toda resolución tardía de un proceso o a los derivados de las actuaciones de la contraparte que más tarde pudieren tornar en inútil, desde el punto de vista práctico, la decisión que eventualmente resuelva la controversia, sea porque la torne de imposible ejecución, sea porque el daño haya sido causado o no pueda ser reparado. Es pertinente resaltar el hecho de que, tal y como lo expresa Seguel–Villalobos citando a Rolando Aranzi, “*no basta el simple temor o aprehensión del solicitante, sino que debe tratarse de hechos apreciables objetivamente*”⁶.

En la misma decisión previamente citada, el criterio jurisprudencial así lo acoge, veamos:

“En cuanto al segundo de los requisitos mencionados (periculum in mora), ha sido reiterado pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia, que su verificación no se limita a la mera hipótesis o suposición, sino a la presunción grave del temor al daño por violación o desconocimiento del derecho si éste existiese, bien por la tardanza de la tramitación del juicio, bien por los hechos del demandado durante ese tiempo tendentes a burlar o desmejorar la efectividad de la sentencia esperada”⁷.

La procedencia de la orden de las medidas cautelares desaparece *ipso facto*, si uno de estos dos elementos no se encuentra presentes o si el persigiente no ha podido aportar elementos de prueba, sino concluyente, al menos suficientes, que permitan al juzgador apreciar el peso o seriedad de lo alegado y decidir en consecuencia, la pertinencia del pedimento cursado.

5. Sentencia dictada por el Tribunal Suprema de la República Bolivariana de Venezuela. JUZGADO TERCERO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, MERCANTIL Y DEL TRÁNSITO DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO ZULIA. Maracaibo, treinta (30) de mayo de 2011. Exp. No.47.874/sc2. <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/mayo/514-30-47874-3387.html> **19.10.2013 a las 7:16 p.m.**
6. Alejandro Romero Seguel y José Ignacio Díaz Villalobos. El Arbitraje Interno y Comercial Internacional. Pág.211. Legal Publishing.
7. Ob. Cit.

1) Requisitos

Al analizar los elementos que deben reunirse para justificar que un árbitro esté en condiciones de emitir una orden cautelar, inmediatamente me viene a la mente el símil existente con la figura del Juez de los Referimientos, al que, dentro del orden judicial se le reconocen facultades semejantes, aunque no del todo coincidentes, en lo relativo procedimiento seguido y sus propósitos⁸.

Para establecer los requisitos exigidos para la emisión de medidas cautelares, tomaré como referencia el criterio del autor Francisco González de Cossío, aunque con algunas diferencias. En tal sentido, este autor es de la opinión de que deben ser los siguientes: “a) derecho; b) necesidad; c) urgencia; y d) que busquen evitar un daño irreparable⁹.”

De mi parte, me permito modificar este último requisito al eliminar “*irreparable*” para agregarle “*o se persiga hacer cesar una perturbación manifiestamente ilícita*”, los cuales paso a comentar a seguidas, en el mismo orden en que han sido presentados.

a) Derecho

Todo árbitro debe constatar, como cuestión de primer orden, que tiene frente a sí suficientes elementos como para poder presumir que se encuentra ante una situación en la que el derecho –al menos en apariencia– asista al persiguiendo de la medida, sin prejuzgar el fondo de la controversia y sin que su decisión tenga en forma alguna autoridad de cosa juzgada respecto del mismo.

Este aspecto genera una diversidad de criterios y discusiones, en razón de lo delgada que resulta ser la línea divisoria, entre verificar la sola apariencia de un derecho y la determinación de la

8. Los artículos 109 y 110 de la Ley 834 del 15 de julio de 1978 contemplan: “**Art.109.- En todos los casos de urgencia, el presidente del tribunal de primera instancia puede ordenar en referimiento todas las medidas que no colidan con ninguna contestación seria o que justifique la existencia de un diferendo.**” “**Art. 110.- El presidente puede siempre prescribir en referimiento las medidas conservatorias que se impongan, sea para prevenir un daño inminente, sea para hacer cesar una turbación manifiestamente ilícita. En los casos en que la existencia de la obligación no es seriamente discutible, puede acordar una garantía al acreedor.**”

9. Francisco González de Cossio. Arbitraje. Págs.371 y 372. Segunda Edición- Editorial Porrúa. México, 2008.

existencia misma del derecho, aspecto éste de extrema importancia, pues es precisamente lo que distingue y define lo provisional de lo definitivo.

Siempre surge la pregunta: ¿Cómo fallar lo aparente –provisional– sin considerar lo realmente existente –lo definitivo–? Tarea difícil, sino, casi imposible, que en sede judicial queda más o menos resuelto, en razón de que el juez estatal que decide sobre las medidas cautelares, en principio, no es el mismo apoderado de lo principal, lo que no ocurre en sede arbitral, porque el juzgador –en ambos casos– será por lo general el mismo¹⁰.

En definitiva, la determinación a *prima facie* de un buen derecho se traduce en la verificación de posibilidades de que el persigiente obtenga ganancia de causa, lo que necesariamente se traduce en un escrutinio –al menos superficial– de la seriedad en la obligación a cargo de la otra parte.

b) Necesidad

La necesidad debe ser entendida como la pertinencia de la medida, respecto de sus motivaciones y propósito. Existiendo motivaciones válidas para ser ordenada una medida cautelar, su arte consistirá en lograr el balance perfecto, entre lo ordenado y sus efectos, a fin de no quedarse corto en éstos, pero tampoco, excederse.

c) Urgencia

Creo que si hay un elemento que realmente justifica las medidas cautelares, lo es la urgencia. No contamos con texto alguno que la defina de forma puntual, aunque existen en nuestras leyes

10. Ley 834 del 15 de julio de 1978. “**Art. 101.- La ordenanza de referimiento es una decisión provisional rendida a solicitud de una parte, la otra presente o citada, en los casos en que la ley confiere a un juez que no esté apoderado de lo principal el poder de ordenar inmediatamente las medidas necesarias.**” Cabe destacar, que en nuestro país esta disposición solo encuentra aplicación en aquellas jurisdicciones donde los tribunales están divididos en Salas y en los que normalmente la Presidencia asume su conocimiento y no en aquellos donde aún se conserva plenitud de atribuciones. En adición, hago la salvedad de que existen arbitrajes donde el reglamento interno de la institución sí prevé la posibilidad de que un árbitro no apoderado del fondo pueda ordenar medidas precautorias, como es el caso específico de la Cámara de Comercio Internacional conocida por sus siglas como CCI.

numerosas referencias a ella¹¹. Por ello me contentaré con acoger el criterio jurisprudencial seguido por nuestro más alto tribunal, el cual, de forma reiterativa, ha sostenido:

*“Considerando, que son principios esenciales del referimiento su sumaridad, rapidez y provisionalidad, sobre cuestiones litigiosas, que sin perjuicio de lo principal, deben ser resueltos con urgencia; que es de doctrina y jurisprudencia que **hay urgencia, todas las veces que un retardo en la decisión que debe ser tomada pueda comprometer los intereses del demandante, dicho en otros términos, hay urgencia todas las veces que el retardo con que se adopta una solución provisional y no prejuzgue en nada el fondo, conlleve un peligro a los intereses de una de las partes, lo cual significa que el poder del juez de los referimientos de ordenar las medidas que se impongan está subordinado a la condición de que dichas medidas revistan un carácter de urgencia y provisionalidad**”¹²;*

La cuestión de saber cuándo nos encontramos ante una situación urgente es de puro hecho, razón por la cual quedará abonada al criterio del juzgador. Esta ha sido la posición invariable de nuestros tribunales del orden judicial¹³, aplicables *mutatis mutandis* a los procesos arbitrales.

d) Evitar un daño o hacer cesar una turbación ilícita

A mi juicio, más que un daño irreparable, se trata de evitar

11. Como lo es el artículo 109 de la Ley 834 del 15 de julio de 1978.
12. Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana. Sentencia del 09 de febrero del 2011. Centro Comercial Santo Domingo, C. por A. Vs Victor Manuel Peña Valentín. http://www.suprema.gov.do/PDF_2/fallos/Fallo_Centro_Comercial_Sto_Dgo_CporA_Vs_VM_Pena_Valentin.pdf 20 de octubre del 2013, 4:59 p.m. (El subrayado es nuestro).
13. Así nuestra Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado innumerables veces diciendo: **“Considerando**, que esta Suprema Corte de Casación ha sido del criterio reiterado, que la urgencia es una cuestión de hecho que queda abandonada a la apreciación del juez de los referimientos, salvo desnaturalización (. . .).” Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana. Sentencia No.1 del 03 de junio del 2009. <http://www.suprema.gov.do/sentscj/sentencia.asp?B1=VR&llave=118320001> 20 de octubre del 2013 5:04 p.m.

cualquier daño¹⁴. Sea este actual o inminente¹⁵, y con independencia de la licitud o ilicitud del hecho que lo origina. De su parte, la turbación ilícita se tipifica por vías de hecho en curso que sean manifiestamente contrarias al derecho.

La suma de ambos elementos –daño y turbación ilícita– hacen presuponer la existencia de la urgencia; pues, de una parte, si ocurre el daño, es irrefutable que una de sus consecuencias naturales lo sería comprometer los intereses de quien resulte agraviado con el mismo y por la otra, toda turbación ilícita constituye un atentado contra el estado de derecho, que por lo general tiene entre sus efectos, agravar el daño, generarlo de inmediato o crear un estado de inminencia de su ocurrencia.

2) Tipos de Medidas Cautelares

No tenemos texto de ley que nos ofrezca una clasificación de los tipos de medidas cautelares que podrían adoptarse, en ocasión de un procedimiento de arbitraje. De hecho, existen medidas que simplemente no se encuentran previstas ni reguladas por la ley, pero que nadie discute su existencia, utilidad y eficacia.

Es común observar cómo cada autor ofrece su propia clasificación, atendiendo a diversos factores. Siendo mi pretensión la de comentar los aspectos prácticos de las medidas cautelares de cara al avance de nuestra legislación y no el estudiar las medidas cautelares como instituto jurídico, me circunscribiré a tan solo dos clasificaciones sumamente básicas, como veremos a continuación.

-
14. A contrario, el autor citado para los *Requisitos*, Francisco González de Cossio, es del criterio de que el daño debe ser irreparable, porque: **"De estar en presencia de un daño o un perjuicio que puede resarcirse mediante daños y perjuicios, podría negarse en la medida en que, de tener razón el solicitante, los mismos serán abordados por el tribunal arbitral en el laudo final."** Ob. Cit., Pág.372. Soy del criterio de que lo reparable o no del daño no es determinante para activar el mecanismo de las medidas cautelares. Su ocurrencia, en combinación con lo substancial que pueda ser en sus efectos, independientemente de que más tarde pueda ser reparado, sí constituyen los elementos que, juntos, determinarán el grado de urgencia de la situación de hecho que se plantee.
 15. Para aquellos casos en que de mantenerse el estado de cosas la ocurrencia del daño sería un hecho.

a) Nominadas e innominadas

Esta primera clasificación considera la existencia o no de textos legales que de alguna manera contemplen y/o regulen las medidas de forma expresa. Así tenemos que podríamos considerar como nominadas, aquellas contempladas en algún texto de ley y que por lo general, las encontraremos de forma dispersa en la legislación¹⁶, e innominadas, las que no han sido previstas de forma expresa en nuestro Derecho positivo, pero cuya existencia nadie cuestiona¹⁷.

b) Conservativas e innovativas

Tomando prestada la clasificación propuesta por Seguel Villalobos, citando a Carnelutti¹⁸, la segunda clasificación atiende al objetivo perseguido con la medida, sea manteniendo el status quo, en cuyo caso serán *conservativas* (o *conservatorias*), sea alterando el estado de derecho, hipótesis en la cual serían *innovativas* (o *innovadoras*).

En uno y otro caso, nos atrevemos a declarar que las medidas cautelares, en su papel auxiliar como instrumento para garantía del derecho de las partes, van dirigidas a: 1° Asegurar bienes, 2° Preservar elementos de prueba y asegurar un proceso sano, 3° Prevenir daños, 4° Hacer cesar turbaciones manifiestamente ilícitas, y 5° Mantener un estado de cosas.

II) EMISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

El desplazamiento de la competencia natural para la resolución de conflictos de los tribunales del Estado a los árbitros no se limita a reconocerles la facultad de conocer y decidir sobre el fondo de la controversia, alcanzando –por igual– aquellos asuntos que pudieren serle considerados accesorios, como son las medidas cautelares.

A partir de esta premisa, es inevitable tener que distinguir el rol que juega una y otra jurisdicción, porque, en principio, lo natural

16. A título meramente enunciativo: embargos conservatorios, prestación de fianzas, etc.

17. Como lo serían aquellas que por lo general ordenan hacer o no hacer.

18. Alejandro Romero Seguel y José Ignacio Díaz Villalobos. Ob. Cit. Pág.212.

sería que el tribunal facultado para conocer y decidir de forma exclusiva el fondo del diferendo, fuera el único competente para dictar medidas cautelares; sin embargo, esto no aplica en nuestro Derecho, en razón de que existe una doble competencia.

1) Órganos competentes para dictarlas

Presentada la necesidad de solicitar una medida cautelar, de inmediato surge la interrogante de a quién dirigimos para que la ordene, seguida de cómo proceder para obtener su emisión.

La situación planteada puede presentarse, tanto antes de que el tribunal arbitral exista (luego de haberse conformado el mismo), como luego de haber cesado en sus funciones, lo cual, para un mejor entendimiento obliga a analizar la problemática en tres tiempos, que llamaremos fases pre arbitral, post arbitral y arbitral.

a) Fase pre y post arbitral

No habiéndose conformado aún el tribunal arbitral, las partes cuentan con el auxilio de los tribunales estatales para asistirles en todo cuanto necesiten. En esa virtud, el ordinal 3º del artículo 9 de la Ley 489-08 Sobre Arbitraje Comercial contempla lo siguiente:

“3º Para la adopción judicial de medidas cautelares es competente el tribunal del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, o donde se encontrasen los bienes sobre los que se tomarán las medidas, de conformidad con lo previsto en el Artículo 48 del Código de Procedimiento Civil.”

Esta disposición legal, a la vez que atribuye competencia a los tribunales del orden judicial para dictar medidas cautelares en ocasión de un arbitraje¹⁹, —específicamente al juez de primera

19. El art.48 del Código de Procedimiento Civil Dominicano indica: "**Art. 48.- (Mod. Por la Ley No.845 del 15 de julio de 1978). En caso de urgencia, y si el cobro del crédito parece estar en peligro, el juez de primera instancia del domicilio del deudor o del lugar donde estén situados los bienes a embargar podrá autorizar a cualquier acreedor**

instancia²⁰— establece una jerarquía territorial excluyente en cuanto a aquellos que pudieren intervenir.

En primer término, será competente el tribunal donde el laudo será ejecutado y en segundo término, el del lugar donde las medidas surtirán efecto o donde se encontraren los bienes a ser afectados, conforme fuere el caso²¹.

Por otra parte, la antigua discusión que versaba sobre la renuncia tácita del persiguiendo al foro arbitral, cuando previo a la conformación del tribunal arbitral acudía por ante el foro judicial para asistencia en asuntos provisionales²², ha quedado zanjada por completo por nuestra legislación, en tanto que el artículo 13 de la citada ley dispone:

“Art. 13.- Acuerdo de Arbitraje y adopción de Medidas Provisionales por un Tribunal Judicial. No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal del orden judicial, la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas, sin perjuicio de la facultad reconocida al tribunal arbitral de ordenar tales medidas de conformidad con las reglas establecidas en el Artículo 21 (. . .)”²³”

que tenga un crédito que parezca justificado en principio, a embargar conservatoriamente los bienes muebles pertenecientes a su deudor (. . .).” Dirijo la atención sobre dos aspectos. El primero es que mientras el art. 48 (antes transcrito) hace mención de la competencia del juez del domicilio del demandado, esta es, en principio, una situación no contemplada en la Ley 489-08 Sobre Arbitraje Comercial. El segundo, nuestro Código de Procedimiento Civil ofrece una solución facultativa al crear la posibilidad al persiguiendo de acudir —indistintamente— al juez de primera instancia, bien al del domicilio del deudor o al del lugar donde se encuentren los bienes a ser embargados; mientras que la ley de arbitraje establece una jerarquía de competencia territorial —a mi juicio excluyente la una de la otra— estableciendo primacía a la del lugar donde el laudo será ejecutado, y de no aplicar, entonces indistintamente, entre el lugar donde las medidas surtan efectos o donde se encuentren los bienes a ser afectados.

20. Jurisdicción que se deduce al remitir al art. 48 del Código de Procedimiento Civil.
21. Recordemos que el objetivo perseguido con la medida conservatoria puede ser de naturaleza tal, que no necesariamente envuelva una ejecución propiamente hablando, como lo sería una orden preventiva de no hacer.
22. Posición que planteaba que *“La Jurisdicción arbitral no es de orden público y puede renunciarse en forma expresa o tácita a la cláusula legal o contractual correspondiente. (SC Bs. As., 27/2/45). JA. 1945-II-303; LL. 38-79. (Cto Civ. Y Com. Córdoba. 30/10/67). LL. 129-112 (C2o Civ. y Com. Y Minería San Juan. 15/4/84.”* Marco A. Rufino. Proceso Arbitral, Pág.38.
23. Artículo 13 de la Ley 479-08 Sobre Arbitraje Comercial. El subrayado es nuestro.

Queda claro, entonces, que en la fase pre arbitral son los tribunales del orden judicial los únicos que conservan la facultad para dictar medidas cautelares, sin que las gestiones de las partes por ante éstos, genere consecuencia alguna respecto de la jurisdicción competente para conocer del fondo del diferendo (la arbitral).

Una vez ordenada la medida, y sin perjuicio de requerir prestación de fianza para garantía de cualquier daño que con ella se pudiese causar, se otorgará a la parte solicitante un plazo de hasta sesenta (60) días para la interposición de la demanda por ante la sede arbitral²⁴.

Esta facultad a cargo de los tribunales del orden judicial comprende, igualmente, la fase post arbitraje, o sea, la que transcurre durante el procedimiento de reconocimiento del laudo²⁵ o aquella que se encuentre en curso un proceso de nulidad contra un laudo dictado; puesto que, aún cuando sea ordenada la suspensión de la ejecución del laudo por parte del Presidente de la Corte de Apelación actuando como Juez de los Referimientos, el beneficiario de la medida estará obligado a prestar fianza en efectivo, a través de una compañía de seguros de la República Dominicana²⁶.

Lo antes expresado no ocurre con los tribunales arbitrales, pues una vez emitido el laudo, los árbitros quedan automáticamente despojados de su función de administradores de justicia —aún cuando se les reconozcan ciertos poderes residuales—²⁷ por no constituir tribunales permanentes. En su caso, la potestad de emisión de medidas provisionales queda confinada a la vida de éstos.

24. Así lo dispone el artículo 13 de la Ley 489-08, parcialmente transcrito, el cual expresa: "(...) En caso de que el tribunal del orden judicial las acuerde, debe requerir al solicitante la presentación de la demanda por ante la jurisdicción arbitral, en un plazo no mayor de sesenta (60) días de la fecha en que emita la autorización correspondiente⁴. El tribunal del orden judicial podrá requerir la prestación de fianza."

25. Ley 479-08 Sobre Arbitraje Comercial. "Artículo 41.- Reconocimiento y Ejecución del Laudo Arbitral.- (...) 2° Si apoderado del reconocimiento o la ejecución de cualquier medida adoptada en base a un laudo, el tribunal correspondiente determina que se encuentra presente uno de los casos indicados en el Párrafo 2 del artículo 38 de la presente ley, deberá remitir dicho laudo a la Corte competente para su ponderación, debiendo suspender el proceso de ejecución hasta tanto intervenga fallo definitivo. **En caso de que fuere necesario, podrá ordenar medidas conservatorias para la preservación de los bienes o derechos objeto de la ejecución, mientras dure el proceso de examen de la Corte.**" El subrayado es nuestro.

26. Por aplicación del ordinal 3° del artículo 40 de la ley 479-08 Sobre Arbitraje Comercial.

27. Como serían los de poder corregir e interpretar, aclarar y complementar el laudo, contemplados en el ordinal 1° del artículo 38 de la ley 479-08 Sobre Arbitraje Comercial.

b) Fase arbitral

La combinación del contenido de los artículos 13, 21 y 41, ordinal 2º de la Ley No. 489-08 Sobre Arbitraje Comercial no deja lugar a dudas, los tribunales arbitrales, una vez constituidos –y al igual que los tribunales de la sede judicial– son competentes para tomar medidas cautelares, salvo que de manera excepcional, inter venga pacto a contrario entre las partes²⁸.

Nótese, cómo en la parte inicial del artículo 13 arriba transcrito, al reconocerse la competencia de los tribunales de la sede judicial, igual lo hace para el tribunal arbitral; pero, supeditada la validez de las medidas dictadas por éstos últimos, al cumplimiento de las reglas establecidas en el Artículo 21 de la misma ley 489-08, en clara referencia al procedimiento de reconocimiento judicial de todo laudo dictado por un tribunal arbitral *ad hoc*.

Cabe destacar dos aspectos, a saber: a) Al igual que el tribunal judicial, el arbitral puede exigir al solicitante de toda medida cautelar la prestación de una fianza²⁹, y b) El Juez de los Referimientos no tiene facultad para suspender decisiones de tipo cautelar emitidas por un tribunal arbitral³⁰.

Partiendo de la premisa de que nos encontramos ante una doble competencia a cargo, tanto de los tribunales judiciales, como arbitrales, se genera la posibilidad de emisión de decisiones que puedan ser contradictorias entre sí. En ese caso, por disposición expresa de la ley, prevalecerá lo decidido por el tribunal arbitral,

28. "Artículo 21.- *Facultad del Tribunal Arbitral de Ordenar Medidas Provisionales Cautelares.* 1) *Salvo acuerdo contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias, con respecto al objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir al solicitante una garantía apropiada, en conexión con esas medidas.* 2) *A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les son aplicables las normas sobre anulación y ejecución forzosa de los laudos. Sin embargo, el Juez de los Referimientos no tendrá competencia para suspender decisiones arbitrales de este tipo.* 3) *El tribunal arbitral, si lo estima conveniente, puede hacer que la parte contra quien se solicita la medida comparezca por ante él. En ese caso, podrá ordenar a éste que se abstenga de realizar cualquier acción que pueda afectar su patrimonio o el asunto objeto de arbitraje. La violación a esta orden podrá resultar en daños y perjuicios.* 4) *Los oficiales públicos encargados de ejecutar o registrar una medida cautelar ordenada con arreglo a lo establecido por la presente ley, deberán hacerlo contra la presentación de un laudo dictado y reconocido en la forma establecida en la misma."*

29. Ordinal 1º del artículo 21 la Ley 489-08 Sobre Arbitraje Comercial.

30. Ordinal 2º del artículo 21 de la Ley 489-08 Sobre Arbitraje Comercial.

conforme se deriva de la aplicación del artículo 13 de la Ley No. 479-08 Sobre Arbitraje Comercial.

“Art. 13.- (. . .) En caso de que una decisión del tribunal arbitral ya constituido ordene la suspensión o levantamiento de las medidas ordenadas por el tribunal del orden judicial, la decisión del tribunal arbitral deberá ser reconocida e imponerse.”

Esta disposición legal crea, sin dudas, una situación un tanto engorrosa, pues coloca abiertamente al foro arbitral en posición dominante, respecto del judicial; cuando lo deseable es que en todo momento interactúen en modo complementario y no competitivo o de dominio.

2) Procedimientos

Las reflexiones que he hecho no estarían completas, si no me refiero a dos aspectos fundamentales: El procedimiento a ser seguido para obtener la emisión de una medida cautelar y las acciones contra éstas, una vez ordenadas.

a) Para la obtención de las medidas cautelares

Toda parte que persiga la imposición de medidas cautelares las solicitará mediante instancia elevada al efecto, al foro que considere más conveniente, el judicial o el arbitral.

Junto a su petición, incluirá todo medio de prueba –concluyente o indiciario– que ayude al juzgador a formarse el criterio de verosimilitud del derecho alegado y de la existencia de peligrosidad sobre éste, en caso de no actuar de inmediato, tomando provisionalmente dichas medidas.

Surge la interrogante de si las medidas cautelares pueden o no ser dictadas *ex-parte*³¹. Hay quienes de inmediato refieren que ser dictadas *ex parte* resulta violatorio de los principios de Igualdad y de Contradicción³², que rigen todo arbitraje, contenidos en el artículo

31. En ausencia de aquella parte contra quien se intenta la medida.

32. Entendidos -en esencia- como un trato igualitario, ofreciéndose siempre a cada una de las partes la posibilidad de alegar a su beneficio.

22 de la Ley 479-08 Sobre Arbitraje Comercial, por cuanto una de las partes no ha tenido la oportunidad de ser escuchada.

No obstante, si bien es cierto que todo árbitro debe manejarse con cautela, observando en cada momento el debido proceso y tratando de que todo asunto que le sea sometido toma lugar de manera controvertida, no menos cierto es que existen medidas conservatorias que, en ausencia del elemento sorpresa, se tornan totalmente inútiles, en especial, las relacionadas a la conservación del patrimonio.

Nuestra ley de arbitraje ha reconocido esta situación y ha optado por permitir la posibilidad de que las medidas cautelares sean dictadas *ex parte*.

De la letra del ordinal 3º del artículo 21 de la Ley 489-08, se infiere, que la regla en la toma de decisiones de carácter provisional es que tales peticiones sean conocidas *ex parte*, y excepcionalmente, de forma controvertida, veamos:

*“3º El tribunal arbitral, si lo estima conveniente, puede hacer que la parte contra quien se solicita la medida comparezca por ante él (. . .)”*³³

Dictado el laudo, y debido a la falta de poder de coacción de los árbitros por carecer de *imperium*³⁴, es necesario someterlo al proceso de reconocimiento por ante la sede judicial³⁵, mediante procedimiento gracioso creado al efecto, consistente en el depósito

33. El subrayado es nuestro.

34. Con excepción de aquellos dictados por los Centros de Resolución Alternativos de Controversias que sea administrado por las Cámaras de Comercio y Producción, por aplicación del párrafo II del artículo 17 de la Ley 181-09 que introduce modificaciones a la Ley No. 50-87, de fecha 4 de junio de 1987, sobre Cámaras Oficiales de Comercio y Producción de la República, que contempla: “Artículo 17.- Ejecutoriedad. (. . .) “Párrafo II.- Los laudos de los Centros de Resolución Alternativa de Controversias de las Cámaras de Comercio no están sujetos, para su ejecutoriedad, al proceso de reconocimiento previsto en los Artículos 41 y siguientes de la Ley sobre Arbitraje Comercial, No.489-08, de fecha 19 de diciembre del año 2008 y tendrán la misma fuerza ejecutoria que las sentencias dictadas en segundo grado de jurisdicción.” Como se concluye de la mera lectura del texto transcrito, y quizás en una provisión legal sin precedentes, el Estado Dominicano ha cedido no solo la *jurisdicción* en este caso, sino, que además, el *imperium*.

35. Ley 479-08 Sobre Arbitraje Comercial. “Artículo 41.- Reconocimiento y Ejecución del Laudo Arbitral.- 1º Del reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales, conocen los tribunales indicados en el Artículo 9 de la presente ley, según fuere el caso. También deben ser sometidos a este proceso, aquellos laudos que acuerden medidas cautelares.”

de una instancia acompañada de un original del laudo y del convenio arbitral o el contrato que lo contenga³⁶, el cual culminará con la emisión de un auto de parte del tribunal estatal³⁷.

b) Para impugnar las medidas cautelares

Conforme el contenido de nuestra ley interna, los tribunales arbitrales están llamados a pronunciarse mediante la emisión de laudos³⁸. Estos laudos, como ya hemos visto, a su vez necesitan ser reconocidos por los tribunales del orden judicial, los cuales, al evaluar la procedencia o no de su reconocimiento, evacuarán a su vez un auto contentivo de su decisión, conforme lo prevé el artículo 44, previamente transcrito.

La propia Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial, en el ordinal 3º de su artículo 9 indica que cuando se trate de medidas conservatorias dictadas por los tribunales del orden judicial, lo harán conforme lo previsto por el artículo 48 del Código de Procedimiento Civil, o sea, mediante Auto dictado al efecto³⁹.

Tratándose de autos y ambos dictados por la sede judicial, podríamos sentirnos tentados a pensar que el recurso de apelación se encuentra abierto como vía de impugnación a los mismos —al igual que las demandas en revisión y levantamiento de lo ordenado— por ante el mismo Juez que dictó la medida, actuando como Juez de los Referimientos⁴⁰.

36. Ley 479-08 Sobre Arbitraje Comercial. "Artículo 43.- Forma de la Solicitud de Ejecución. La parte que solicite la obtención de un exequátur para la ejecución de un laudo, debe depositar mediante instancia, por ante el tribunal correspondiente, un original del laudo y del convenio arbitral o el contrato que lo contenga."

37. Ley 479-08 Sobre Arbitraje Comercial. "Artículo 9.- Tribunal para el Cumplimiento de Determinadas Funciones de Asistencia y Supervisión durante el Arbitraje. (. . .) 7º Las decisiones para el nombramiento de árbitros y el exequátur serán otorgadas en jurisdicción graciosa, mediante auto del tribunal."

38. Aunque no existe contestación al reconocimiento de la facultad de dictar órdenes procesales que en sí mismas no resuelven contestación alguna entre las partes y que más bien se relacionan con cuestiones de orden, tramitación e impulso del expediente y el proceso.

39. "Art. 48.- El crédito se considerará en peligro y por tanto habrá urgencia cuando se aporten elementos de prueba de naturaleza tal que permitan suponer o temer la insolvencia inminente del deudor, lo cual se hará constar en el auto que dicte el juez (. . .)."

40. Nuestra Suprema Corte de Justicia es del criterio de que los autos dictados en ocasión de medidas conservatorias son recurribles en apelación e igualmente atacables por ante el Juez de los Referimientos, como se concluye de la siguiente decisión: "Considerando, que esta Suprema Corte de Justicia, como Corte de Casación, entiende que la Corte a-qua ha hecho una correcta aplicación de la ley al rechazar el medio de inadmisión que le fuera

Antes que nada, debemos distinguir entre una acción en impugnación contra el laudo cuya homologación se persigue, de aquella que ataca el auto que lo homologa.

En el primer caso, sólo se tendría como opción una demanda principal en nulidad del laudo por ante la Corte de Apelación correspondiente a la jurisdicción por ante la cual fue dictado el laudo, decisión ésta que a su vez podrá ser recurrida en casación⁴¹.

En la segunda situación planteada, y es la que verdaderamente nos ocupa, aunque distinta, se seguirá el mismo procedimiento de demanda principal en nulidad, *mutatis mutandis*, por disposición expresa de la parte *in fine* del artículo 44 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial⁴².

Nada dice la ley respecto de la situación existente cuando la medida cautelar es solicitada y el auto dictado por ante la sede judicial. Surge la duda, de si en contra de quien ha sido dictada la medida puede recurrirla en apelación, como lo reconoce nuestro más alto tribunal⁴³ para los autos dictados por los tribunales estatales al conocer asuntos ordinarios y en aplicación del artículo 48 del Código de Procedimiento Civil; o si, por el contrario, al dictarse en ocasión de un procedimiento arbitral, deberán hacerse los ajustes procedimentales necesarios para adaptarse a esta materia dada su

planteado y admitir como bueno y válido el recurso de apelación del auto dado por el juez presidente del tribunal a-quo, por ante dicha alzada, ya que aunque el artículo 48 del Código de Procedimiento Civil expresa que "la parte interesada podrá recurrir en referimiento ante el mismo juez que dictó el auto", ésta, ni ninguna otra disposición legal prohíbe que ese auto sea recurrido en apelación, y como está consagrado constitucionalmente que lo que no está prohibido está permitido, es procedente que este medio sea desestimado por no padecer el fallo atacado del vicio planteado por la recurrente;" Sentencia del 17 de diciembre del 2008, No.39. Goldentail Limited, Inc. Vs. Hotelera Rancho Romana, C. por A.

41. Ley No. 479-08 Sobre Arbitraje Comercial. "Artículo 39.- Acción en Nulidad contra Laudo Arbitral. 1° Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad, conforme los párrafo 2) y 3) del presente artículo." "Artículo 40.- Procedimiento.- 1° Si las partes no han renunciado previamente a ejercer todo recurso contra los laudos, el tribunal competente para conocer de la nulidad de un laudo arbitral dictado en la República Dominicana es la Corte de Apelación del Departamento correspondiente al lugar donde se dictó el mismo. (. . .) 4° Las sentencias sobre la nulidad del laudo pueden ser recurridas en casación, sin embargo, aquellas ordenanzas dictadas por el Presidente de la Corte sobre la suspensión no pueden ser objeto de dicho recurso."
42. " Ley No. 479-08 Sobre Arbitraje Comercial. "Artículo 44.- Examen del Laudo.- (. . .) Si hubiere contestación sobre el auto que se dictare, la misma será conocida y fallada conforme establece la presente ley para el caso de anulación, por la Corte de Apelación competente, en única y última instancia y según establezca la convención internacional correspondiente."
43. Ver jurisprudencia citada en la nota al pie No.35. Eventualmente podría por igual recurrirse en casación.

especialidad y consecuentemente, por analogía, seguirse el procedimiento previsto en el artículo 44 de la Ley No. 489-08 Sobre Arbitraje Comercial.

Asumo la posición de que, siendo esta una materia especializada y tratándose las medidas cautelares de un accesorio de lo principal constituido por el proceso arbitral, este último será quien determine el camino a seguirse, y en consecuencia, el procedimiento aplicable lo será aquel establecido para el caso de la anulación del laudo.

Bajo esa premisa, el auto dictado por un tribunal estatal —en ocasión de la solicitud de una medida cautelar— solo podrá atacarse mediante la interposición de una acción principal incoada por ante la Corte de Apelación del Departamento Judicial al que pertenezca el tribunal que lo dictó, la que conocerá del asunto en única y última instancia.

CONCLUSIÓN

La justificación para el reconocimiento de la facultad de dictar medidas cautelares a los árbitros, no difiere de aquella reconocida y aceptada para los jueces de los tribunales del Estado. Nuestra legislación distingue —con meridiana claridad— las atribuciones de una y otra jurisdicción, conforme el estado de desarrollo del proceso.

La imposibilidad de coacción directa de los árbitros por falta de *imperium*, no resta en forma alguna eficacia a esta facultad legal, pues sus decisiones se tornan ejecutorias, una vez seguido el procedimiento establecido para la homologación.

Invito a recordar la ventaja que supone para el árbitro, no sólo conocer cada etapa del procedimiento, sino, entrar en contacto con todas las pruebas suplidas, sin importar roles —demandante o demandado—, a la hora de tomar una sana decisión.

Hay que presumir que el tribunal arbitral se encontrará en una situación de ventaja sobre el tribunal estatal por precisamente tener un conocimiento más acabado de los hechos, amén de la primacía de su decisión sobre la que pudiese ser tomada por la sede judicial.

Obviamente, a estas ventajas se contraponen las de que goza la sede judicial al poder dictar medidas y hacerlas cumplir forzosamente, sin trámite adicional.

En definitiva, el valor de las medidas cautelares –como instrumento jurídico accesorio para garantía de una efectiva protección de los derechos del peticionario– no acepta discusión. No obstante lo expresado, acudir a una u otra jurisdicción en búsqueda de esta salvaguardia, no es un asunto automático por las implicaciones de orden práctico que pueden generarse.

Reconozco es necesario, entonces, ponderar detenidamente la conveniencia de acudir a uno u otro foro, a partir de la medida a ser solicitada y las situaciones de hecho que rodeen cada caso en particular.

BIBLIOGRAFÍA

- Alejandro Romero Seguel y José Ignacio Díaz Villalobos. El Arbitraje Interno y Comercial Internacional. Legal Publishing.
- Héctor Arquímedes Cordero Frías. Competencia del Juez en Atribuciones de Referimiento. Santo Domingo, República Dominicana. 1991.
- Francisco González de Cossio. Arbitraje. Segunda Edición- Editorial Porrúa. México, 2008.
- Froilán Tavares (hijo). Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano. 8va edición, revisada y puesta al día por Froilán J. R. Tavares y Margarita A. Tavares. Santo Domingo. 1995.
- Ley No. 181-09 que introduce modificaciones a la Ley No. 50-87, de fecha 4 de junio de 1987, sobre Cámaras Oficiales de Comercio y Producción de la República.
- Ley 834 del 15 de julio de 1978 que modifica y abroga ciertas disposiciones en materia de procedimiento civil.
- Ley 489-08 Sobre Arbitraje Comercial.
- Marco A. Rufino. El Proceso Arbitral. 1º edición. Buenos Aires. 1992. Talleres Gráficos Alfa Beta, S. A.
- Redfern-Hunter-Blackaby-Partaside. Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional. 4º Edición. 2006. Edición en español revisada y adaptada por Noina Marigo y Felipe Ossa. Thomson – Aranzadi.
- Roque J. Caivano. Arbitraje. 2º edición actualizada y ampliada. Villela Editor. Buenos Aires. 2000.
- <http://www.suprema.gov.do/sentscj/sentencia.asp?B1=VR&llave=118320001> 20 de octubre del 2013 5:04 p.m.
- <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/mayo/514-30-47874-3387.html> 19 de octubre del 2013, 7:16 p.m.
- http://www.suprema.gov.do/PDF_2/fallos/Fallo_Centro_Comercial_Sto_Dgo_CporA_Vs_VM_Pena_Valentin.pdf 20 de octubre del 2013, 4:44 p.m.

La motivación de las sentencias como garantía fundamental del justiciable

Por Ylona De La Rocha*

Sentencia de fecha 10 de octubre de 2012 dictada por la Cámara Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia.

Referencia: Expediente No. 2007-2274

Partes: Rafael Beato Martínez Vs. Amelia Paiewonsky.

1. ANTECEDENTES DEL PROCESO

En el caso de especie, el proceso tiene su origen en una demanda en daños noxales y perjuicios intentada por el señor Rafael Beato Martínez, contra la señora Amelia Paiewonsky, de la que fue apoderado el Juzgado de Paz del Municipio de Las Terrenas, con motivo de la cual emitió su Sentencia civil No. 00069/293/2006 de fecha 25 de abril de 2006, con el siguiente dispositivo:

“PRIMERO: Se acoge como buena y válida la demanda de daños noxales y perjuicios causado, incoada por el SR. RAFAEL BEATO MARTÍNEZ en contra de la señora AMELIA PAIEWONSKY; SEGUNDO: En cuanto al fondo se condena a la señora AMELIA PAIEWONSKY a la reparación de los daños causados ascendentes a la suma de TREINTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS PESOS, a favor del señor RAFAEL BEATO MARTÍNEZ; TERCERO: Se condena a la señora AMELIA PAIEWONSKY al pago de las costas del procedimiento ordenando su distracción en provecho del LIC. JOSÉ JOAQUÍN RAMÍREZ, quien afirma que le ha avanzado en su totalidad”.

(*) La autora es profesora y directora del Departamento de Ciencias Jurídicas PUCMM (CSTI).

No conforme con la sentencia, la parte perdidosa procede a interponer un recurso de apelación por ante la Cámara Civil, Comercial y de Trabajo del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Samaná, dando como resultado la Sentencia civil No. 00061/2007 de fecha 6 de marzo de 2007, cuyo dispositivo fue el siguiente:

“PRIMERO: Declara regular y válido en la forma el Recurso de Apelación interpuesto por la señora AMELIA PAIEWONSKY, en contra de la sentencia No. 069-293-006, de fecha 15 del mes de Noviembre del año 2006, del Juzgado de Paz del Municipio de Las Terrenas, por haber sido hecha en tiempo hábil y de acuerdo a la Ley; **SEGUNDO:** En cuanto al fondo, esta Cámara Civil, Comercial y de Trabajo del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Samaná, actuando por su propia autoridad y en contrario imperio, revoca en todas sus partes la sentencia apelada y en consecuencia libera a la señora AMELIA PAIEWONSKY de la obligación de pagar la suma de Treinta y Nueve Mil Doscientos pesos (RD\$39,200.00); **TERCERO:** Condena a la parte apelada RAFAEL BEATO MARTÍNEZ, al pago de las costas del procedimiento, ordenando su distracción en provecho de los LICDOS. RUBÉN GARCÍA B. FABIO GUZMÁN A., RHADAISIS ESPINAL C. y GUSTAVO BIAGGI PUMAROL, quienes afirman haberlas avanzado en su mayor parte”

La decisión judicial anterior es la que da lugar al recurso de casación, el cual se fundamentó en los siguientes medios:

“Primer Medio: Falta de motivos. Desnaturalización de los hechos. Violación de los artículos 141 y 142 del Código de Procedimiento Civil; **Segundo Medio:** Falta de base legal, violación del derecho de defensa, violación de la letra j) del inciso 5 del art. 8 de la Constitución de la República; **Tercer Medio:** Mala aplicación del derecho. Errada interpretación del artículo 50 del Código de Procedimiento Civil, en cual no es aplicable en el caso que se trata”.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DECISIÓN

Previo a la ponderación del fondo, la Corte de Casación rechazó los siguientes incidentes: **a)** El medio de nulidad invocado por la parte recurrida, relativo a la falta de indicación de elección de domicilio

en el recurso de casación, por entender que esto no fue impedimento para que constituyera abogado y formulara sus medios de defensa en tiempo oportuno y **b)** El medio de inadmisión sustentado en la falta de enunciación de los medios de casación (art. 5 de la Ley No. 3726), considerando que, a pesar de escuetos, se pudo extraer de ellos los vicios que se le imputan a la sentencia impugnada (salvo en el tercer medio, respecto del cual acogió la inadmisibilidad presentada por la recurrida).

La reflexión jurídica de la Corte de Casación giró en torno al primer medio citado, ante el agravio invocado por el recurrente de que el Tribunal de Primera Instancia de Samaná se limitó en su sentencia a declarar bueno y válido el recurso de apelación interpuesto y a revocar la sentencia de primer grado *“sin que para ello hubiera apoyado su fallo en motivos de hecho ni derecho, pues en la sentencia de la corte a qua se observa que la misma ha fundado sus decisión haciendo abstracción de la sentencia recurrida del tribunal de origen y acogiendo totalmente vagas conclusiones depositadas por la parte demandante...”*.

En respuesta al medio invocado, la Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia advirtió que, efectivamente, el Juzgado a-quo se limitó en su sentencia a realizar una relación de los elementos fácticos de la causa y a transcribir algunos textos legales (entre ellos el artículo 8, numeral 2 literal j, y 8 numeral 5 de la Constitución Dominicana vigente en aquella época), sin ofrecer motivos que sirvieran de sustento a su decisión que revocó la sentencia de primer grado y rechazó la demanda en reparación de daños y perjuicios y sin tampoco indicar la incidencia de tales disposiciones legales en el caso.

A continuación, nuestro más alto tribunal sienta jurisprudencia al realizar un examen minucioso de la relevancia de la motivación de las sentencias, como garantía fundamental del justiciable.

A los aspectos de carácter jurídico analizados por la Corte Civil de Casación, nos vamos a referir a segundas.

3. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA DECISIÓN

La Sala Civil de nuestra Corte de Casación, para acoger el recurso de casación sometido a su consideración, no se limitó a

ponderar la violación del artículo 141 del Código de Procedimiento Civil que exige que las sentencias estén debidamente fundamentadas¹, sino que, más allá de la obligación del juez², resalta que esa motivación constituye “*una garantía fundamental del justiciable de inexcusable cumplimiento*”³.

En ese sentido, afirma que un Estado Constitucional de Derecho se justifica y justifica sus actos, entendiendo que a **los principios fundamentales de legalidad y de no arbitrariedad** deben ser sometidos todos los poderes públicos y dentro de los mismos –con mayor razón, agregamos nosotros– los órganos jurisdiccionales, como encargados de aplicar justicia.

En una clara señal de las directrices que debe seguir todo tribunal como ente representativo de uno de los poderes del Estado (el judicial), nuestra Corte Civil de Casación resalta la obligación de los jueces de explicar en sus sentencias a todo usuario del sistema, las causas y razones que sirvieron de soporte jurídico a un acto tan trascendental como lo es la sentencia, porque, a su entender: “*el más eficaz antidoto procesal en contra de la arbitrariedad es el de la motivación*”.

No conformes con el postulado anterior y para que no quede el menor resquicio de duda, la Sala Civil se dedica a definir la motivación como “*aquella que el tribunal expresa de manera clara y ordenada, las cuestiones de hecho y de derecho que sirvieron de soporte a su sentencia, o en otros términos, en la que el juez o los jueces explican las razones jurídicamente válidas o idóneas para justificar una decisión*”.

Sin perder la perspectiva del plano constitucional, expone en sus considerandos que el incumplimiento de una motivación clara y precisa entraña “*la violación al derecho de defensa, del debido*

- 1.- “Art. 141.- La redacción de las sentencias contendrá los nombres de los jueces, del fiscal y de los abogados; los nombres, profesiones y domicilios de las partes; sus conclusiones, la exposición sumaria de los puntos de hecho y de derecho, los **fundamentos** y el dispositivo”.
- 2.- El art. 41 de la Ley de Carrera Judicial No. 327-98 del 11 de agosto de 1998 contempla los deberes de los jueces, el cual se complementa con el art. 147 de su Reglamento de fecha 1º de noviembre de 2000 que expresa: “Además de los deberes puestos a cargo de los jueces por el artículo 41 de la ley, y por cualquier otro texto legal, éstos deberán observar los siguientes: 1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución de la República, las leyes, los reglamentos, instructivos, manuales, disposiciones y órdenes emanadas de las autoridades judiciales competentes”.
- 3.- Ver pág. 11 de sentencia examinada.

proceso y de la tutela judicial efectiva, lo cual conlleva inexorablemente la nulidad de la sentencia⁴, llegando a decretar contundentemente que el déficit motivacional convierte al acto –en este caso la sentencia– en inexistente, considerándolo como un “acto jurisdiccional inmotivado y desnudamente argumentado”⁵.

No conforme con los criterios enunciados, la Sala Civil ejerce su labor reglamentaria al establecer, cual si se tratase de una cátedra magistral hacia los jueces a quienes va dirigida, el contenido mínimo y esencial que toda motivación que se precie de tal, debe comprender⁶; llegando a la premonición de que, si faltase uno cualquiera de los aspectos descritos, fuere imposible para los destinatarios de la motivación⁷ poder ejercer el control externo para determinar el fundamento racional de la decisión.

Los Magistrados Jueces Supremos incursionan en principios filosóficos y de lógica jurídica cuando puntualizan que la falta de enunciados provoca que la decisión carezca de plenitud de esquema lógico y de justificación, aspectos sin los cuales no sería legítima.

En esa dirección, los Magistrados aluden a la “función nomofiláctica de control de legalidad”, entendida la misma como aquella en la cual “la Corte de Casación interpretando la norma legal, asegura la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia”⁸.

Más allá de la evidente violación de los derechos fundamentales para el justiciable, habida cuenta de que no identificará en la decisión los motivos que sirvieron de base al tribunal para rechazar o acoger su reclamación, la Sala Civil advierte que la carencia de

4.- Ver pág. 12 de sentencia examinada.

5.- Idem.

6.- “1) la enunciación de las decisiones realizadas por el juez en función de identificación de las normas aplicables, verificación de los hechos, calificación jurídica del supuesto, consecuencias jurídicas que se desprenden de la misma; 2) el contexto de vínculos de implicación y de coherencia entre estos enunciados; 3) la calificación de los enunciados particulares sobre la base de criterios de juicio que sirven para valorar si las decisiones del juez son racionalmente correctas”.

7.- Interpretamos que se refiere a las partes a las cuales se le aplicaría o ejecutaría la decisión judicial.

8.- Calamandrei, cit. por Luis Loreto, www.abogado.com.ve, Abogados de Venezuela, Portal de Derecho.

fundamentación en las decisiones también se erige como un obstáculo para el control de legalidad, porque, precisamente, es esa motivación la que otorga el dato objetivo sobre el cual se ejerce dicho control, a fin de poder determinar, si el derecho fue o no bien aplicado.

En ese sentido, la Primera Cámara resalta que esa obligación de motivar las sentencias y el control de legalidad que se ejerce sobre las mismas, tiene su origen en el artículo 1 de la Ley No. 3726 sobre recurso de casación⁹, el cual atribuye a la Suprema Corte de Justicia, como encargada de juzgar dicho recurso, de mantener la unidad de la jurisprudencia nacional, lo que sería imposible de ejercer, sino es a partir de *“un juicio sobre la legitimidad de las premisas normativas (interpretativas, aplicativas) de las que el juez ha desprendido su conclusión”*¹⁰.

A manera de conclusión y resumiendo sus consideraciones jurídicas, nuestra Corte de Casación Civil termina expresando *“que la ausencia de motivación cierta y valedera convierte la sentencia en un acto infundado e inexistente, que produce en los justiciables un estado de indefensión, por efecto de la ausencia de razones y criterios que puedan ser discutidos de contrario”*¹¹.

4. COMENTARIO FINAL

Como comentario final, es preciso destacar que no es de manera fortuita que la sentencia de marras se ampara en la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los cuales la República Dominicana es signataria¹², las decisiones dictadas en materia constitucional y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

9.- **Art. 1.-** *La Suprema Corte de Justicia decide como Corte de Casación si la Ley ha sido bien o mal aplicada en los fallos en última o única instancia pronunciados por los tribunales del orden judicial. Admite o desestima los medios en que se basa el recurso, pero sin conocer en ningún caso del fondo del asunto.”*

10.- Ver pág. 15 de sentencia examinada.

11.- Idem.

12.- Ver artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que expresa: *“permite que la decisión pueda ser objetivamente valorada y criticada, garantiza contra el perjuicio y la arbitrariedad, muestra los fundamentos de la decisión judicial, facilita el control jurisdiccional en ocasión de los recursos; en vista de que la conclusión de una controversia judicial se logra mediante la sentencia justa, para lo cual se impone a cada juez, incluso con opinión disidente, la obligación de justificar los medios de convicción en que la sustenta, constituyendo uno de los postulados del debido proceso”*.

En efecto, nuestra carta magna contempla su supremacía sobre todos los órganos¹³ y el Estado social y democrático de Derecho¹⁴, principios estos que la Suprema hace suyos y pone en práctica, al exigir la motivación como garantía de protección de derechos tan fundamentales e irrenunciables como el de la igualdad, la defensa, la legalidad y la no arbitrariedad.

En esa tesitura, según lo establecido por nuestro más alto tribunal civil –cuyos postulados se hacen extensivos hacia todas las materias– es un deber ineludible del magistrado actuante justificar en sus fallos cuáles fueron las circunstancias –de hecho y de Derecho– que lo llevaron a tomar una u otra decisión, bien de rechazo, bien de acogida de las pretensiones de uno cualquiera de los litigantes.

Si bien es cierto que no es la primera vez que nuestra Corte de Casación se detiene a realizar esta exigencia de que las sentencias deben estar debidamente sustentadas como para las partes conozcan las razones de una u otra decisión¹⁵, en esta ocasión se detiene a realizar un contraste con las prerrogativas constitucionales que tiene todo ciudadano y de los que la justicia, en modo alguno, puede sustraerse.

En igual dirección lo hizo posteriormente nuestro Tribunal Constitucional, cuando acogió un recurso de revisión, precisamente contra una resolución dictada por las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia en materia penal¹⁶.

13.- **“Artículo 6.- Supremacía de la Constitución.** Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución.”

14.- **“Artículo 7.- Estado Social y Democrático de Derecho.** La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos.

Artículo 8.- Función esencial del Estado. Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas.”

15.- Ver siguientes jurisprudencias: Cas. Civ., 21 de noviembre 2001, B. J. No. 1092, págs. 95-101; Cas. Civ. 30 de junio de 1999, B. J. No. 1063, págs. 319-324; Cas. Civ. 19 de noviembre de 1997, B. J. No. 1044, págs. 59-63; Cas. Civ. 22 de septiembre de 1999, B. J. No. 1066, págs. 182-189.

16.- Sentencia TC/009/13 dictada el 11 de febrero de 2013 por el Tribunal Constitucional.

En relación a esta última decisión, el jurista Eduardo Jorge Prats, emitió la siguiente opinión que aplicaremos también para el caso de especie: *“Este precedente constitucional vinculante para todos los jueces deberá contribuir a erradicar una de las prácticas más perniciosas de la judicatura y que atenta groseramente contra el derecho a un debido proceso de los justiciables: el fallo sin razones, lo que no es más que corrupción de un poder que, como el Judicial, solo se legitima dando razones. Aparece así la motivación en sus dos dimensiones como lo que es: obligación fundamental a cargo del órgano jurisdiccional y derecho fundamental de los individuos a la tutela judicial efectiva; todo a los fines de garantizar otros derechos, y de controlar que la actividad jurisdiccional no sea arbitraria, abusiva, ni caprichosa”*¹⁷.

El reconocimiento de la necesidad de motivación de las sentencias viene dada desde mucho antes, con la aprobación de la Resolución No. 1920-2003 del 13 de noviembre de 2003, emitida por la misma Suprema Corte de Justicia donde enuncia los principios que deben regir el debido proceso, dedicando a la motivación de las decisiones su numeral décimo noveno¹⁸.

Por consiguiente, el aporte de la sentencia que comentamos resulta significativo al trascender, de la mera aplicación del artículo 141 del Código de Procedimiento Civil, al reconocimiento del carácter constitucional de esta obligación puesta a cargo de los jueces, como garantía de los derechos fundamentales del justiciable.

17.- Jorge Prats, Eduardo. “El Tribunal Constitucional y la Motivación de las Sentencias”. Artículo publicado en el periódico “Hoy”, 28 de febrero de 2013.

18.- **“19. MOTIVACIÓN DE DECISIONES.** *La obligación de motivar las decisiones está contenida, en la normativa supranacional, en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.*

Igualmente, en nuestra normativa interna, en el artículo 15 de la Ley 1014, de 1935, en el artículo 141 del Código de Procedimiento Civil, y en el artículo 24 de la Ley No. 3726 del 1953.

La motivación de la sentencia es la fuente de legitimación del juez y de su decisión. Permite que la decisión pueda ser objetivamente valorada y criticada, garantiza contra el prejuicio y la arbitrariedad, muestra los fundamentos de la decisión judicial, facilita el control jurisdiccional en ocasión de los recursos; en vista de que la conclusión de una controversia judicial se logra mediante la sentencia justa, para lo cual se impone a cada juez, incluso con opinión disidente, la obligación de justificar los medios de convicción en que la sustenta, constituyendo uno de los postulados del debido proceso, la que sólo puede ser lograda cuando se incluya una valoración adecuada de las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, lo que fortalece la seguridad jurídica a que aspiran disfrutar los ciudadanos de manera objetiva. Criterio que ha sido ampliamente tratado en múltiples decisiones de esta Suprema Corte de Justicia. (Entre otras, Sentencia No. 18 del 20 de octubre de 1998).

A modo de colofón, huelga señalar que tal decisión no podía ser más oportuna, puesto que, de la combinación del criterio exhibido por el Tribunal Constitucional con posterioridad, con la correcta categorización del derecho del justiciable a la motivación de las sentencias efectuada por la Suprema Corte de Justicia, queda claro que toda sentencia de esta última, en que se vulnere tan fundamental derecho, será susceptible del recurso de revisión constitucional.

Con esta sentencia, el mandato dirigido a los jueces de motivar sus sentencias está dado con gran elocuencia, sólo nos resta a los justiciables –como usuarios del sistema– convertirnos en verdaderos guardianes de que esto se cumpla.

AVISO

Por este medio se hace de público conocimiento que la Junta Monetaria ha dictado su Primera Resolución de fecha 7 de febrero del 2013, cuyo texto se transcribe a continuación:

“**VISTA** la comunicación No.001308 de fecha 23 de enero del 2013, dirigida al Gobernador del Banco Central y Presidente de la Junta Monetaria por el Gerente de dicha Institución, mediante la cual somete a la consideración y aprobación definitiva de dicho Organismo, el Proyecto de Reglamento de Tarjetas de Crédito;

VISTA la comunicación No.0026 de fecha 23 de enero del 2013, dirigida al Gobernador del Banco Central y Presidente de la Junta Monetaria por el Superintendente de Bancos, relativa a la remisión de las observaciones al Proyecto de Reglamento de Tarjetas de Crédito;

VISTA la Constitución de la República Dominicana, aprobada por el Congreso Nacional en fecha 26 de enero del 2010;

VISTA la Ley No.183-02 Monetaria y Financiera, de fecha 21 de noviembre del 2002;

VISTA Ley No.72-02 sobre Lavado de Activos Provenientes del Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Controladas y Otras Infracciones Graves, de fecha 7 de junio del 2002;

VISTA la Ley No.6-04 que crea el Banco Nacional de Fomento de la Vivienda y la Producción (BNV) de fecha 11 de enero del 2004;

VISTO el Reglamento de Evaluación de Activos, aprobado mediante la Primera Resolución dictada por la Junta Monetaria en fecha 29 de diciembre del 2004 y sus modificaciones;

VISTO el Reglamento de Protección al Usuario de los Servicios Financieros, aprobado mediante la Décima Resolución dictada por la Junta Monetaria en fecha 19 de enero del 2006;

VISTO el Reglamento de Sistemas de Pago, aprobado mediante la Sexta Resolución dictada por la Junta Monetaria en fecha 19 de abril del 2007 y sus modificaciones;

VISTA la Decimosegunda Resolución dictada por la Junta Monetaria en fecha 4 de septiembre del 2012, que autorizó la publicación para fines de consulta de los sectores interesados, del Proyecto de Reglamento de Tarjetas de Crédito;

VISTO el Proyecto de Reglamento de Tarjeta de Crédito, consensuado entre la Superintendencia de Bancos y el Banco Central;

VISTA la matriz comparativa del citado Proyecto de Reglamento contentiva de las observaciones remitidas por los sectores interesados;

VISTOS los demás documentos que integran este expediente;

CONSIDERANDO que el Artículo 223 de la Constitución de la República Dominicana, antes citada, establece que *“la regulación del sistema monetario y financiero de la Nación corresponde a la Junta Monetaria como órgano superior del Banco Central”*;

CONSIDERANDO que el Artículo 227 de la Constitución de la República Dominicana establece que *“la Junta Monetaria, representada por el Gobernador del Banco Central, tendrá a su cargo la dirección y adecuada aplicación de las políticas monetarias, cambiarias y financieras de la Nación y la coordinación de los entes reguladores del sistema y del mercado financiero”*;

CONSIDERANDO que la parte in fine del Artículo 24 de la Ley Monetaria y Financiera, antes citada, establece que *“las operaciones monetarias y financieras se realizarán en condiciones de libre mercado. Las tasas de interés para transacciones denominadas en moneda nacional y extranjera serán determinadas libremente entre los agentes del mercado”*;

CONSIDERANDO que el literal h) del Artículo 40, el literal g) del Artículo 42, y el literal g) del Artículo 75, de la Ley Monetaria y Financiera así como el Artículo 6, Ordinal 14 de la Ley No.6-04 antes citadas, establecen que los Bancos Múltiples, los Bancos de Ahorro y Crédito, las Asociaciones de Ahorros y Préstamos y el Banco Nacional de Fomento de la Vivienda y la Producción (BNV), pueden ofrecer el servicio de tarjetas de crédito a sus clientes;

CONSIDERANDO que el literal b) del Artículo 52 de la Ley Monetaria y Financiera, antes citada, establece en lo referente a la información al público, que las entidades de intermediación financiera *‘deberán publicar en forma visible en las oficinas abiertas al público las tasas de interés, gastos y comisiones que aplican a las diferentes operaciones activas y pasivas, calculados en términos anuales, así como las tasas de cambio. También deberán tener disponible al público el precio de los diferentes servicios que presten a sus clientes. Queda prohibido el cobro de conceptos no expresamente pactados entre las partes y la realización de contratos verbales’*;

CONSIDERANDO que los literales a), b) y c) del Artículo 53 de la Ley Monetaria y Financiera, antes citada, establecen, en cuanto a la protección al usuario, que *‘los contratos financieros deberán reflejar de forma clara los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas’*, *‘...las diferentes partidas que integran el costo efectivo de la operación, expresado en términos anuales’*, y *“normas especiales sobre publicidad de las diferentes operaciones activas y pasivas, al objeto de que se reflejen las auténticas condiciones financieras de las mismas y se eviten situaciones engañosas”*;

CONSIDERANDO que el referido Proyecto de Reglamento tiene por objeto establecer los criterios y normas bajo los cuales las entidades de intermediación financiera podrán operar y administrar las tarjetas de crédito. Dichas normas comprenden los requerimientos mínimos que deberán cumplir las citadas entidades, las políticas, procedimientos y operaciones, cobros de intereses, comisiones y cargos en su uso y expedición, obligaciones contractuales entre las partes, seguridad del instrumento, así como las informaciones que deberán proporcionar a los usuarios de las mismas, a la Superintendencia de Bancos y al Banco Central;

CONSIDERANDO que en abril del año 2009, dada la necesidad de actualizar la regulación existente sobre tarjetas de crédito, se designó una Comisión Interinstitucional integrada por funcionarios de la Superintendencia de Bancos y del Banco Central, a los fines de analizar la problemática que se planteaba con el referido instrumento o medio de pago y posteriormente presentar a la consideración de la Junta Monetaria, una propuesta de Reglamento que contemplara las recomendaciones pertinentes en relación con los aspectos más controversiales, entre los que se destacan los niveles de tasas de interés prevalentes, las limitaciones en los mecanismos de información y la falta de transparencia de la base de cálculo de los intereses, comisiones y cargos imputables al uso de la tarjeta de crédito, con el propósito de introducir mejoras en los contratos, los estados de cuenta y los programas de educación financiera;

CONSIDERANDO que la Junta Monetaria, mediante la Decimosegunda Resolución de fecha 4 de septiembre del 2012, autorizó la publicación para fines de consulta de los sectores interesados, del Proyecto de Reglamento de Tarjetas de Crédito;

CONSIDERANDO que como resultado de la citada publicación, tanto la Superintendencia de Bancos como el Banco Central recibieron las observaciones realizadas al Proyecto de Reglamento de Tarjetas de Crédito, por la Asociación de Bancos Comerciales de la República Dominicana (ABA); la Liga Dominicana de

Asociaciones de Ahorros y Préstamos (LIDAAPI); la Asociación de Bancos de Ahorro y Crédito y Corporaciones de Crédito, Inc. (ABANCORD); VISANET DOMINICANA; VISA; y, la Organización Nacional de Empresas Comerciales (ONEC), las cuales fueron debidamente ponderadas y analizadas por la referida Comisión Interinstitucional;

CONSIDERANDO que la estructura de este Proyecto de Reglamento, revisado y consensuado, con las observaciones pertinentes integradas, se ha concebido en 7 Títulos, los cuales comprenden los Capítulos que exponen en detalle los requerimientos y condiciones necesarios para el manejo y administración de la tarjeta de crédito;

CONSIDERANDO que el Título I del referido Proyecto de Reglamento, recoge las Disposiciones Generales del mismo, quedando dividido en 4 Capítulos:

- a) El Capítulo I contiene los objetivos, alcance y ámbito de aplicación del Reglamento, indicando en este último que las disposiciones del mismo aplican para las entidades de intermediación financiera autorizadas y reguladas por la Ley No.183-02 Monetaria y Financiera;
- b) El Capítulo II incorpora las definiciones que conforman el marco que ha de servir de referencia conceptual, el cual amplía y precisa determinados aspectos que son abordados dentro del Reglamento para fines de mejor comprensión;
- c) El Capítulo III trata sobre las informaciones mínimas que debe contener el plástico de la Tarjeta de Crédito; y,
- d) El Capítulo IV referente a los manuales de políticas y procedimientos, fue incorporado luego de las discusiones de la Comisión Interinstitucional antes mencionada;

CONSIDERANDO que el Título II hace referencia a los contratos, destacándose en el Capítulo I los aspectos generales de

los mismos, tales como idioma y tamaño de letra del contrato, validez del mismo, obligaciones de las partes, publicación de las tasas de interés y entrega de la tarjeta de crédito al tarjetahabiente titular de la misma, mientras el Capítulo II conoce sobre los contratos suscritos entre la entidad emisora de tarjetas de crédito y el tarjetahabiente titular y, el Capítulo III describe los contratos de las operadoras con los establecimientos;

CONSIDERANDO que el Título III trata sobre los intereses, comisiones, cargos y tasas aplicables a los tarjetahabientes titulares y a los establecimientos, destacándose:

- a) En el Capítulo I lo pertinente al cobro de los intereses, saldo insoluto, tasa de referencia;
- b) Capítulo II de las comisiones, su cálculo y gastos de emisor; y,
- c) Capítulo III sobre los cargos a los tarjetahabientes y tasas a los establecimientos afiliados.

CONSIDERANDO que el Título IV se refiere a las obligaciones y deberes de la entidad emisora de tarjetas de crédito, destacándose las informaciones que debe brindar sobre la tasa de interés, de los reclamos, sustracción y pérdida de la tarjeta de crédito, así como las políticas de seguridad, lavado de activos y protección;

CONSIDERANDO que el Título V abarca lo concerniente al estado de cuenta y su contenido mínimo, mientras que el Título VI está relacionado con el envío de información por parte de la entidad emisora de tarjetas de crédito al Banco Central y la Superintendencia de Bancos;

CONSIDERANDO que el Título VII está compuesto por 3 Capítulos que tratan lo relativo a las obligaciones de transparencia en el Capítulo I; mientras que el Capítulo II trata sobre las pruebas de las operaciones con Tarjeta de Crédito; y, el Capítulo III sobre las disposiciones finales;

CONSIDERANDO que el Proyecto de Reglamento de Tarjetas de Crédito, ha sido elaborado por la Superintendencia de Bancos y el Banco Central, ponderando las opiniones de los sectores interesados y, bajo las mejores prácticas y estándares internacionales sobre la materia;

CONSIDERANDO que en vista de lo anterior, la Gerencia del Banco Central somete a la consideración de la Junta Monetaria para fines de aprobación definitiva el Reglamento de Tarjetas de Crédito;

Por tanto, la Junta Monetaria

R E S U E L V E:

1. Aprobar el Proyecto de Reglamento de Tarjetas de Crédito, el cual copiado a la letra dice así:

TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO I OBJETO, ALCANCE Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1. Objeto. El presente Reglamento tiene por objeto establecer los criterios, normas y derechos que aplicarán a las entidades de intermediación financiera que ofrecen el producto de Tarjetas de Crédito y los operadores de las mismas, preservando un tratamiento equitativo y de protección a los usuarios de dicho instrumento de pago, conforme establecen los literales h) del Artículo 40; el literal g) del Artículo 42; y, el literal g) del Artículo 75, de la Ley No.183-02 Monetaria y Financiera del 21 de noviembre del 2002 y el Ordinal 14 del Artículo 6, de la Ley No.6-04 que crea el Banco Nacional de Fomento de la Vivienda y la Producción (BNV) del 11 de enero del 2004.

Artículo 2. Alcance. El alcance de este Reglamento comprende los lineamientos mínimos que deberán seguir las entidades

de intermediación financiera que emitan o representen tarjetas de crédito, y los demás entes que intervienen en el procesamiento y uso de este instrumento, en lo que respecta a políticas, procedimientos y operaciones; cálculo de intereses, comisiones, seguros y otros cargos. Asimismo, abarca las obligaciones entre las partes, seguridad del instrumento y las informaciones que deberán proporcionar dichas entidades a los órganos de la Administración Monetaria y Financiera.

Artículo 3. Ambito de Aplicación. Las disposiciones contenidas en el presente Reglamento son de aplicación para las personas físicas y jurídicas que se indican a continuación:

- a) Bancos Múltiples;
- b) Bancos de Ahorro y Crédito;
- c) Asociaciones de Ahorros y Préstamos;
- d) Banco Nacional de Fomento de la Vivienda y la Producción (BNV);
- e) Operadores;
- f) Establecimientos afiliados; y,
- g) Tarjetahabientes, sean titulares o adicionales.

CAPÍTULO II DEFINICIONES

Artículo 4. Definiciones. Para fines de aplicación de este Reglamento, los términos y conceptos que se detallan a continuación, tendrán el significado siguiente:

- a) **Administrador de un Sistema de Pagos o de Liquidación de Valores:** Es el Banco Central de la República Dominicana u otra entidad debidamente autorizada por éste, que opere

un sistema de pagos, o una entidad autorizada a ofrecer servicios de custodia, transferencia, compensación y liquidación de valores, refiriéndose esto último solamente al traspaso de los títulos-valores negociados.

- b) **Cargo:** Es el monto en moneda nacional o extranjera aplicado por la entidad emisora de tarjetas de crédito al tarjetahabiente titular por gastos incurridos en la prestación del servicio y que corresponde exclusivamente a los conceptos especificados en el contrato suscrito entre las partes.
- c) **Cargo por Emisión:** Es el cargo que aplica la entidad emisora de tarjetas de crédito al tarjetahabiente titular, para cubrir el costo inicial de emisión del plástico de la tarjeta de crédito, y que podría ser exonerado en el marco de las políticas de competitividad de la entidad. Este cargo puede ser aplicado al balance del tarjetahabiente previa autorización del mismo, conforme a los términos contractuales.
- d) **Cargo por Renovación:** Es el cargo que aplica opcionalmente la entidad emisora de tarjetas de crédito al tarjetahabiente titular por la renovación del plástico de la tarjeta de crédito al vencimiento del período de vigencia otorgado en el contrato suscrito entre las partes, y es igual o similar al Cargo por Emisión.
- e) **Cargo por Reemplazo:** Es el cargo que aplica la entidad emisora de tarjetas de crédito al tarjetahabiente titular cuando el plástico de la tarjeta de crédito necesite ser reemplazado por deterioro y opcionalmente en caso de pérdida, robo o falsificación cuando no se haya acordado la contratación de un seguro por parte de dicho tarjeta-habiente titular.
- f) **Cargo por Cobertura de Seguro:** Es el cargo que aplica la entidad emisora de tarjetas de crédito al tarjetahabiente titular que haya optado por la contratación de un seguro que le proteja en caso de pérdida, robo o falsificación del plástico de la tarjeta de crédito.
- g) **Comisión:** Es el porcentaje o monto fijo en moneda nacional o extranjera que la entidad emisora de tarjetas de crédito

cobra al tarjeta-habiente titular por la prestación de determinados servicios, los cuales son previamente acordados en el contrato de emisión de tarjeta de crédito suscrito entre las partes, el cual podrá ser modificado conforme los parámetros establecidos en este Reglamento.

- h) **Comisión por Mora:** Es la penalidad aplicada al tarjeta-habiente titular cuando éste no realiza el pago mínimo de los consumos efectuados antes de la fecha límite de pago. Este se genera desde la fecha límite de pago, hasta la fecha del próximo corte o hasta que se efectúe el pago.
- i) **Comisión por Sobregiro:** Es el porcentaje o monto fijo en moneda nacional y/o extranjera aplicable al tarjeta-habiente titular cuando los consumos realizados por éste exceden el límite de crédito autorizado.
- j) **Comisión por Avance de Efectivo:** Es el porcentaje o monto fijo aplicado sobre los retiros de efectivo realizados por el tarjeta-habiente titular en cajeros automáticos, crédito a cuentas o en ventanilla de las oficinas bancarias.
- k) **Contrato de Emisión de Tarjeta de Crédito:** Es el acuerdo en el que se establecen los términos y condiciones generales bajo los cuales la entidad emisora de tarjetas de crédito otorga una línea de crédito al tarjeta-habiente titular en moneda nacional, extranjera o ambas monedas, conforme a las disposiciones contenidas en la Ley Monetaria y Financiera, el Reglamento de Protección al Usuario de los Servicios Financieros y este Reglamento.
- l) **Contrato de Afiliación:** Es el contrato suscrito por la operadora o la entidad emisora de tarjetas de crédito, con el establecimiento afiliado, mediante el cual se disponen los términos y condiciones generales que regirán el uso de las tarjetas de crédito para la adquisición de bienes y servicios.
- m) **Consumo:** Es la adquisición de bienes, pago de servicios o avance de efectivo, mediante el uso de una tarjeta de crédito.

- n) **Crédito Diferido:** Corresponde a una línea de crédito revolvente adicional que otorga el emisor de tarjetas de crédito al tarjeta-habiente titular como un crédito diferente al aprobado para el uso de la tarjeta de crédito.
- o) **Empresa de Adquirencia o Adquiriente:** Entidad que a través de dispositivos electrónicos sirve de enlace entre una entidad emisora de tarjetas de crédito y el establecimiento donde se realiza una operación de pago a través de tarjetas de crédito, débito o pre-pagada.
- p) **Entidad Emisora de Tarjetas de Crédito:** Es la entidad de intermediación financiera autorizada por la Ley Monetaria y Financiera y, la Ley que crea el Banco Nacional de Fomento de la Vivienda y la Producción (BNV) a emitir, representar y administrar tarjetas de crédito en moneda nacional o extranjera, o en ambas modalidades.
- q) **Establecimiento Afiliado:** Es la persona física o jurídica que, en virtud del contrato suscrito con el operador, se afilia a ésta para vender bienes y/o servicios al tarjeta-habiente, sea este titular o afiliado y, recibir el pago mediante el uso de una tarjeta de crédito.
- r) **Estado de Cuenta:** Es el documento elaborado por la entidad emisora de tarjetas de crédito, que debe contener como mínimo el detalle de las transacciones efectuadas por los tarjeta-habientes en un período de un mes.
- s) **Fecha de Corte:** Es la fecha límite programada para realizar la facturación o cierre de los consumos, cargos y pagos del mes, presentados en el estado de cuenta.
- t) **Fecha Límite de Pago:** Es el último día que tiene el tarjeta-habiente titular para realizar el pago mínimo, parcial o total de las sumas adeudadas, reflejadas en el estado de cuenta.
- u) **Interés por Financiamiento:** Ese linterés que se genera cuando no se realiza el pago total del balance que refleja el estado de cuenta antes o en la fecha límite de pago.

- v) **Límite de Crédito:** Es el monto máximo de crédito en moneda nacional y/o extranjera, que la entidad emisora de tarjetas de crédito otorga al tarjetahabiente titular, del cual éste puede disponer para consumir o efectuar avance de efectivo, bajo las condiciones preestablecidas en el Contrato de Emisión de Tarjeta de Crédito suscrito con el emisor de tarjetas de crédito.
- w) **Operador:** Administrador de sistema de pagos o empresa de adquirencia.
- x) **Pago Mínimo:** Es el abono mínimo, expresado en moneda nacional y/o extranjera, que debe realizar el tarjetahabiente titular a la entidad emisora de tarjetas de crédito para mantener su tarjeta de crédito al día y no generar cargos por atraso.
- y) **Sobregiro:** Es el monto utilizado en exceso al límite de crédito que le fuera autorizado por la entidad emisora de tarjetas de crédito al tarjetahabiente titular, que podrá estar estipulado en el contrato de emisión de tarjeta de crédito, que pudiera implicar el pago de una comisión y/o informada al tarjetahabiente titular después de la firma de dicho contrato.
- z) **Tarjetahabiente Titular:** Es la persona física o jurídica que, previo contrato suscrito con la entidad emisora de tarjeta de crédito, es autorizada a girar en su favor sobre una línea de crédito, a través del uso de una tarjeta de crédito, haciéndose responsable de pagar o saldar todos los consumos, cargos, intereses y comisiones, realizados por sí mismo y por los tarjetahabientes adicionales autorizados por él.
- aa) **Tarjeta de Crédito:** Es el instrumento electrónico que representa una relación contractual entre la entidad emisora de tarjetas de crédito y el tarjetahabiente titular, en virtud del otorgamiento, por parte del primero, de un crédito revolvente a corto plazo a favor del segundo, pagadero mensualmente, el cual puede ser utilizado para la compra de bienes, servicios u obtención de avance de efectivo.
- bb) **Tarjetahabiente Adicional:** Persona física o jurídica que está autorizada por el tarjetahabiente titular para realizar operaciones

con una tarjeta de crédito adicional a la emitida a su favor y a quien la entidad emisora de tarjetas de crédito le emite y entrega una tarjeta de crédito, por instrucciones del tarjetahabiente titular.

- cc) **Tasa de Interés:** Es el porcentaje anualizado establecido por la entidad emisora de tarjetas de crédito en el contrato por el uso del crédito, el cual podría ser modificado conforme se haya estipulado en el mismo.
- dd) **Tasa por Afiliación.** Es el porcentaje aplicado a los establecimientos afiliados por parte de las operadoras, sobre los consumos efectuados por los tarjetahabientes, sean éstos titulares o adicionales.

CAPÍTULO III INFORMACIÓN MÍNIMA A INCORPORARSE EN LA TARJETA DE CRÉDITO

Artículo 5. Información Mínima de la Tarjeta de Crédito. La tarjeta de crédito expedida por la entidad emisora de tarjetas de crédito deberá contener, como mínimo, las informaciones siguientes:

- a) Identificación del emisor, del producto y nombre comercial asignado al producto, en los casos que aplique esto último;
- b) Nombre del tarjetahabiente. Cuando se trate de una persona jurídica, la tarjeta deberá llevar la razón social de ésta e identificar el nombre de la persona física autorizada para su uso;
- c) Fecha de vencimiento;
- d) Código de seguridad;
- e) Codificación de la tarjeta de crédito;
- f) La leyenda de que es intransferible; y,
- g) Cualquier otro elemento adicional que la Superintendencia de Bancos incorpore mediante Circular, conforme a las mejores prácticas internacionales en la materia.

CAPÍTULO IV MANUALES DE POLÍTICAS Y PROCEDIMIENTOS

Artículo 6. Manuales. Las entidades emisoras de tarjetas de crédito deberán contar con Manuales de Políticas y Procedimientos para el manejo de las operaciones de tarjetas de crédito, conforme al contenido mínimo dispuesto mediante Instructivo emitido por la Superintendencia de Bancos.

Párrafo: Los Manuales, así como los cambios que se incorporen a los mismos, deberán contar con la aprobación del consejo de directores de la entidad emisora de tarjetas de crédito, antes de ser sometidos a la consideración de la Superintendencia de Bancos.

TÍTULO II DE LOS CONTRATOS

CAPÍTULO I ASPECTOS GENERALES

Artículo 7. Sobre el idioma y tamaño de las letras de los contratos. La información contenida en el contrato para el uso de una tarjeta de crédito y en el contrato de afiliación, deberá expresarse en idioma español, en letras uniformes, tamaño mínimo 10, con caracteres legibles, en términos claros y entendibles para los usuarios.

Artículo 8. Obligaciones. El contrato pactado, una vez suscrito, solo generará obligaciones, a la entidad emisora de tarjetas de crédito, al tarjetahabiente titular y a los establecimientos afiliados, con la entrega y activación de la tarjeta de crédito.

Artículo 9. Publicación de Tasas. Las entidades emisoras de tarjetas de crédito deberán publicar las tasas de interés de cada tipo, plazo y producto de tarjeta, en los tarifarios de dichas entidades, en pizarras, en los estados de cuenta y cualquier otro medio, en términos anuales.

Párrafo I: En el caso que la entidad emisora de tarjetas de crédito decida realizar promociones del producto tarjeta de crédito por

cualquier medio publicitario y haga referencia a la tasa de interés, la tasa ofertada deberá figurar en términos anuales.

Párrafo II: La entidad emisora de tarjetas de crédito deberá mantener en su página Web la información actualizada sobre el tarifario de tasa de interés, comisiones y cargos, así como los modelos de contratos de tarjetas de crédito vigentes.

Artículo 10. Entrega de la Tarjeta de Crédito. Las entidades emisoras de tarjetas de crédito son responsables de entregar la tarjeta de crédito, única y exclusivamente al tarjetahabiente titular, salvo que éste haya autorizado por escrito a la entidad emisora, la entrega a un tercero determinado.

Párrafo: La entidad emisora de tarjetas de crédito deberá informar al tarjetahabiente titular, en la carta que contiene el plástico de la tarjeta de crédito que le será entregada o por cualquier medio por escrito, el monto de la línea de crédito otorgada en moneda nacional, extranjera o en ambas monedas.

Artículo 11. Tarjeta Adicional. La entidad emisora de tarjetas de crédito podrá emitir una o más tarjetas de crédito adicionales por cuenta y riesgo del tarjetahabiente titular, previa solicitud de éste. La emisión de una tarjeta adicional no implicará un aumento al límite de crédito otorgado al tarjetahabiente titular.

Artículo 12. Fallecimiento del Titular. En caso de fallecimiento del tarjetahabiente titular, la entidad emisora de tarjetas crédito suspenderá inmediatamente el uso de la tarjeta de crédito, así como las tarjetas adicionales que se hubiesen emitido, tan pronto le haya sido notificado por escrito o tome conocimiento de dicho fallecimiento, por cualquier vía.

Artículo 13. Créditos Diferidos. La entidad emisora de tarjetas de crédito deberá considerar los créditos diferidos que otorgan a los titulares como un crédito diferente al financiamiento aprobado para el uso de la tarjeta de crédito, el cual debe ser amortizado en cuotas iguales, fijas y consecutivas, contentivas de capital e intereses, calculado sobre el saldo insoluto de los montos desembolsados bajo la línea aprobada.

Párrafo: La entidad emisora de tarjetas de crédito no podrá incluir como consumo, las cuotas de pago correspondientes al crédito diferido y deberán presentar dicha cuota en un espacio separado de los balances que se originan por el uso de la tarjeta de crédito.

CAPÍTULO II DE LOS CONTRATOS ENTRE LA ENTIDAD EMISORA DE TARJETAS DE CRÉDITO Y EL TARJETAHABIENTE TITULAR

Artículo 14. Contrato de la Entidad Emisora de Tarjetas de Crédito con el Tarjetahabiente Titular. La entidad emisora de tarjetas de crédito deberá suscribir con el tarjetahabiente titular un contrato de emisión y uso de la tarjeta de crédito.

Artículo 15. Contenido Mínimo del Contrato. El contrato de tarjeta de crédito deberá contener, como mínimo, las informaciones siguientes:

- a) Identificación de la entidad emisora de la tarjeta de crédito;
- b) Identificación del tarjetahabiente titular de la tarjeta de crédito, mediante nombres, apellidos, nacionalidad, domicilio y la cédula de identidad o pasaporte. Cuando el tarjetahabiente titular sea una persona jurídica, deberá figurar la denominación social, número del Registro Nacional de Contribuyente e identificación de la persona autorizada para su uso;
- c) Fecha de suscripción del contrato;
- d) Tarjetas adicionales, en los casos que proceda;
- e) Descripción detallada de los servicios que dan origen al contrato, sin perjuicio de otros servicios que pudieran ser adicionales, previa autorización del tarjetahabiente titular;
- f) Obligaciones de las partes contratantes;
- g) Cláusula que establezca que las modificaciones al límite de crédito deberán ser informadas al tarjetahabiente titular por cualquier vía fehaciente, carta, correo electrónico y estado de cuenta;

- h) El plazo o condiciones de vigencia;
- i) La tasa de interés anualizada a cobrar con la indicación del método de cálculo;
- j) Comisión a cobrar por retiro de efectivo;
- k) Comisión por mora;
- l) Las modificaciones a las tarifas de intereses, comisiones y cargos, deberán ser previamente notificadas al tarjetahabiente titular, por cualquier vía fehaciente, carta, correo electrónico y estado de cuenta;
- m) Detalle de los conceptos por los cuales se aplicarán los cargos;
- n) Orden de aplicación de los pagos realizados;
- o) Obligaciones y responsabilidades de las partes actuantes en caso de pérdida, robo, adulteración o falsificación de la tarjeta de crédito;
- p) Indicar los servicios opcionales que podrán ser aceptados por el tarjetahabiente titular;
- q) Metodología de cálculo para determinar el porcentaje del monto mínimo de pago conforme a las operaciones efectuadas;
- r) Medidas de seguridad para el uso de la tarjeta de crédito;
- s) Procedimiento de solución de controversias entre el tarjetahabiente titular y la entidad emisora de la tarjeta de crédito;
- t) Causales de la terminación del contrato de la tarjeta de crédito.

Párrafo I: En cualquier caso se deberá notificar a la contraparte, indicando los motivos que le dieron origen a la terminación, aún cuando se estipule en el contrato que su terminación es automática e inmediata.

Párrafo II: El tarjetahabiente titular podrá renunciar al uso de la tarjeta de crédito emitida a su favor, comunicando tal decisión por escrito a la entidad emisora de tarjetas de crédito. Una vez recibida dicha comunicación, la entidad emisora deberá cancelar la tarjeta

correspondiente, previo el saldo de los créditos existentes o pendientes de liquidar por los establecimientos, si los hubiere.

Párrafo III: La entidad emisora de tarjetas de crédito deberá tomar en consideración las disposiciones relativas a los Contratos Bancarios y de Adhesión establecidas en el Reglamento de Protección al Usuario de los Servicios Financieros.

Artículo 16. Notificación de Modificación al Contrato. La entidad emisora de tarjetas de crédito está obligada a notificar al tarjetahabiente titular, por escrito, la modificación de cualquier cláusula del contrato de la tarjeta de crédito. El tarjetahabiente titular puede rechazar la modificación si lo comunica por escrito a la entidad emisora de la tarjeta en el plazo de treinta (30) días calendario, contado a partir de la fecha de notificación de dicha modificación.

Párrafo: En caso de no ser aceptada la modificación por el tarjetahabiente titular, éste podrá solicitar la cancelación de la tarjeta de crédito conservando su obligación de pagar todos los consumos, intereses, comisiones y cargos, derivados del uso de la tarjeta de crédito, pendientes al momento de su cancelación.

Artículo 17. Mención en el Contrato a otras disposiciones. Cuando en el contrato se haga referencia a otras disposiciones adicionales que afecten directa o indirectamente al tarjetahabiente titular, dicha información debe ser comunicada a éste por cualquier medio.

CAPÍTULO III DE LOS CONTRATOS DE LAS OPERADORAS CON LOS ESTABLECIMIENTOS AFILIADOS

Artículo 18. Requerimientos mínimos en los contratos entre las operadoras y los establecimientos afiliados. Las operadoras suscribirán contratos con los establecimientos afiliados que se comprometen a vender bienes o prestar servicios a los tarjetahabientes, sean estos titulares o adicionales, los cuales deberán estipular como mínimo lo siguiente:

- a) Las normas que las partes determinen, tendentes a evitar el uso indebido de la tarjeta, tales como:

- i. Verificar la vigencia de la tarjeta de crédito; y,
 - ii. Verificar la identidad del tarjeta habiente, sean titulares o adicionales, mediante la presentación del documento correspondiente.
- b) Especificar que los establecimientos afiliados deben cumplir con lo siguiente:
- i. No efectuar cargos adicionales al precio de los bienes y los servicios suministrados a los tarjeta habientes, sean titulares o adicionales y aprobados por éstos, con excepción de los legalmente establecidos, los cuales deberán incluirse en el monto de la transacción y no facturarse en forma separada;
 - ii. Exhibir en un lugar visible las marcas de la tarjeta que acepta;
 - iii. No podrá establecer mínimos de compra, ni eliminar descuentos o cualquier beneficio por el uso de la tarjeta, salvo que sean previamente advertidos al consumidor y estén así anunciados públicamente y de manera visible en el establecimiento afiliado;
 - iv. Generar comprobante de compra, en los casos en que aplique;
 - v. Indicar el plazo límite y forma de pago al establecimiento afiliado, del monto que le corresponde por el consumo; y,
 - vi. Detalle de las tarifas de comisiones y cargos a cobrar, debiendo la operadora notificar al establecimiento afiliado cualquier modificación a dichas tarifas;
- c) Las Operadoras deben garantizar que el establecimiento acepte todas las tarjetas de crédito para el pago de bienes y servicios, cuyos emisores formen parte de la red con la cual se haya suscrito el contrato de afiliación y con los cuales haya acordado previamente por escrito el monto o porcentaje del cargo interbancario;

Párrafo I: Las operadoras están obligadas a notificar al establecimiento afiliado, por escrito, la modificación de cualquier cláusula del contrato. El establecimiento afiliado puede rechazar la modificación, si lo comunica al operador por escrito en el plazo de treinta (30)

días calendario contado a partir de la fecha de notificación de dicha modificación.

Párrafo II: Las operadoras deberán someter los modelos de contratos de afiliación a ser suscritos con los establecimientos afiliados a la consideración del Banco Central y luego de la no objeción del ente regulador, depositarlo en la Superintendencia de Bancos.

- d) Establecer la responsabilidad de la entidad emisora de tarjetas de crédito y del operador en el proceso de compensación y liquidación de los pagos correspondientes a las operaciones cursadas en el sistema.

TÍTULO III DE LOS INTERESES, COMISIONES, CARGOS Y TASAS

CAPÍTULO I DE LOS INTERESES

Artículo 19. Cobro de Interés. Las entidades emisoras de tarjetas de crédito solo podrán cobrar intereses, sobre los servicios acordados y efectivamente prestados. Se calcula sobre saldo insoluto promedio diario del capital, excluyendo para dicho cálculo los intereses, comisiones y otros cargos. Se prohíbe el cobro de interés sobre los intereses generados por financiamiento.

Artículo 20. Saldo Insoluto. Las entidades emisoras de tarjetas de crédito deberán realizar el cálculo y cobro de los intereses, por concepto de sus operaciones de tarjeta de crédito, sobre el saldo insoluto, conforme al Instructivo de aplicación de este Reglamento, que para tales fines dicte la Superintendencia de Bancos.

Artículo 21. Tasa de referencia. Los intereses aplicables a las operaciones de tarjetas de crédito tomarán como referencia, la tasa promedio ponderada de los préstamos de consumo del mismo subsector, excluyendo las correspondientes a tarjetas de crédito.

CAPÍTULO II DE LAS COMISIONES

Artículo 22. Las Comisiones. Las comisiones aplicables a las operaciones de tarjetas de crédito serán pactadas libremente por la entidad emisora de tarjeta de crédito y el tarjetahabiente titular, sin más limitaciones que las derivadas de las normas generales de contratación y de las reglas de transparencia y protección al usuario, conforme lo establece la Ley Monetaria y Financiera.

Párrafo: Se consideran comisiones los conceptos siguientes: cargo por sobregiro, por mora y por avance de efectivo.

Artículo 23. Cálculo de las Comisiones. Las comisiones aplicadas al tarjetahabiente titular y los establecimientos afiliados serán cobradas en base a porcentajes o montos fijos en moneda nacional o extranjera, determinadas en función del servicio recibido.

Artículo 24. Gastos de la Entidad Emisora. Las entidades emisoras de tarjetas de crédito en ningún caso podrán cobrar comisiones adicionales a los tarjetahabientes titulares, por concepto de gastos incurridos por dichas entidades para proveer estos servicios, como son, los gastos por procesamiento de datos, administración de cuentas, envío de estados de cuentas, entre otros.

CAPÍTULO III DE LOS CARGOS A LOS TARJETAHABIENTES Y TASAS A LOS ESTABLECIMIENTOS AFILIADOS

Artículo 25. Cargos. La entidad emisora de tarjetas de créditos sólo podrá realizar cargos por sus operaciones que estén previamente notificados al tarjetahabiente titular y aceptados por éste, de acuerdo a lo establecido en este Reglamento.

Artículo 26. Cargos a Cobrar al Tarjetahabiente Titular de la Tarjeta de Crédito. Los diferentes cargos que podrán ser cobrados al tarjetahabiente titular por la entidad emisora de tarjetas de créditos son los siguientes: cargo por emisión, renovación, reemplazo por

deterioro de plástico y cargo por cobertura de seguro por pérdida, robo o falsificación. Se expresa en monto fijo, en moneda nacional o extranjera.

Párrafo: Cuando la entidad emisora de tarjetas de crédito promueva servicios adicionales, deberá consultar al tarjetahabiente titular de la tarjeta de crédito si acepta dichos servicios, y una vez obtenga su consentimiento podrá hacer el cargo a la tarjeta de crédito por dicho concepto. El silencio del titular no podrá tomarse como aceptación tácita.

Artículo 27. Tasa por Afiliación a los Establecimientos. Las operadoras podrán cobrar a los establecimientos afiliados un porcentaje sobre los consumos efectuados por los tarjetahabientes, sean éstos titulares o adicionales. Dicho porcentaje estará conformado por el margen de operación y la comisión por intercambio de las entidades emisoras de tarjetas de crédito.

TÍTULO IV DE LAS OBLIGACIONES Y DEBERES DE LA ENTIDAD EMISORA DE TARJETAS DE CRÉDITO

CAPÍTULO I DE LAS OBLIGACIONES Y DEBERES DE LA ENTIDAD EMISORA DE TARJETAS DE CRÉDITO

Artículo 28. Obligaciones de la Entidad Emisora de Tarjetas de Crédito. Las obligaciones que la entidad emisora de tarjetas de crédito tendrá frente a los tarjetahabientes titulares, son las siguientes:

- a) Suministrar al tarjetahabiente titular copia del contrato al momento de firmar el mismo y mantener en su expediente la constancia de entrega;
- b) Pagar por cuenta del tarjetahabiente titular, los consumos efectuados por éste a los establecimientos afiliados hasta el límite de crédito aprobado al tarjetahabiente titular, incluyendo

los servicios que el tarjetahabiente sea titular o adicional solicite telefónicamente o por cualquier vía electrónica;

- c) Facilitar al tarjetahabiente, sea titular o adicional, los retiros o avances de efectivo por ventanilla o a través de cajeros automáticos, sobre la base de los límites establecidos para los mismos y la disponibilidad y políticas existentes para este tipo de transacciones;
- d) Facilitar los medios por los cuales el tarjetahabiente, sea titular o adicional pueda notificar, a cualquier hora del día o de la noche, la pérdida, robo o falsificación de sus tarjetas y establecer las debidas restricciones en sus sistemas de autorizaciones, para evitar que se realicen transacciones con cargo a la misma; y,
- e) Responder frente al tarjetahabiente titular por la no ejecución o ejecución incorrecta de las operaciones del tarjetahabiente, sea titular o adicional, con la referida tarjeta, incluyendo las operaciones realizadas a través de medios electrónicos que no estén bajo el control directo o exclusivo del emisor de tarjetas de crédito. La responsabilidad de la entidad emisora de tarjetas de crédito en estos casos se limitará al importe de la operación no ejecutada o incorrectamente ejecutada.

Artículo 29. Informaciones sobre Tasas de Interés, Comisiones y Cargos. Las entidades emisoras de tarjetas de crédito deberán mantener en un sitio visible al público, en los estados de cuenta y en su página Web, en términos anuales, las informaciones sobre las tasas de interés, comisiones y cargos aplicables a las operaciones realizadas vía tarjetas de crédito.

Artículo 30. De los reclamos. Las entidades emisoras de tarjetas de crédito deberán dar seguimiento y respuesta a todos los reclamos realizados por el tarjetahabiente titular dentro de un plazo de treinta (30) días calendario posterior a su recepción. Cuando en el reclamo tengan que intervenir las marcas internacionales, se dispondrá de hasta ciento ochenta (180) días calendario posteriores a la recepción del mismo. El tarjetahabiente titular dispondrá de un

plazo de ciento veinte (120) días, contado a partir de la fecha de corte del estado de cuenta, para objetar un consumo o cargo desconocido por ante la entidad emisora de tarjeta de crédito.

Párrafo I: Las entidades emisoras de tarjetas de crédito estarán obligadas a solicitar a los establecimientos afiliados u operadores, los comprobantes en papel o en formato electrónico, sin perjuicio de cualquier otro medio electrónico que determine la Junta Monetaria. A partir de la obtención de la documentación, la entidad deberá establecer la responsabilidad del cargo. Corresponderá a los establecimientos afiliados demostrar por cualquier medio fehaciente la legitimidad del cargo y, en caso de que dicho soporte no sea suministrado por el afiliado, la entidad emisora de tarjetas de crédito estará en la obligación de reversar el cargo, pudiendo reservarse por la vía contractual, el derecho de descuento de dicho monto al afiliado.

Párrafo II: El ejercicio del derecho de reclamación por parte del tarjetahabiente titular sobre algún cargo no será objeto de cobro, sin perjuicio de la obligación por la deuda del consumo realizado objeto del reclamo, conforme a lo establecido en el Reglamento de Protección al Usuario de los Servicios Financieros.

Párrafo III: En caso de que el reclamo realizado por el tarjetahabiente titular no le resulte favorable, éste deberá asumir el costo de la comisión que por la gestión realice la entidad emisora de la tarjeta de crédito.

Artículo 31. Sustracción y pérdida de la tarjeta de crédito. Es responsabilidad de la entidad emisora de tarjetas de crédito el funcionamiento de los sistemas de información y posibilidad de bloquear la tarjeta de crédito para evitar que se produzcan eventuales transacciones no autorizadas por el tarjetahabiente, sea titular o adicional, como consecuencia de sustracción, robo, pérdida, o eventual falsificación de su tarjeta.

Párrafo: El tarjetahabiente titular no asumirá el pago de las transacciones no autorizadas que se hayan realizado con posterioridad a la denuncia de robo, pérdida y/o reclamo por fraude, con excepción

de aquellas que se encuentren en proceso de liquidación realizadas con anterioridad al reporte.

Artículo 32. Políticas de Seguridad. La entidad emisora de tarjetas de crédito será responsable de establecer políticas y medidas relativas a la seguridad contra fraudes internos y externos, así como para consumos no autorizados en territorio nacional y en el exterior, que provean la confianza necesaria a los tarjetahabientes, quienes se comprometerán a su vez a dar cumplimiento a las condiciones de protección acordadas entre las partes.

Artículo 33. Procesamiento de Datos. Las entidades emisoras de tarjetas de crédito dispondrán de sistemas informáticos, de monitoreo de transacciones y procedimientos complementarios que le permitan hacer sus mejores esfuerzos para detectar a tiempo aquellas transacciones que puedan corresponder a patrones de fraude o someterlas a mayor escrutinio y verificaciones adicionales, con el objetivo de evitar actividades fraudulentas y disminuir la posibilidad de ocurrencia de cargos indebidos, incluyendo los que se deriven de la sustracción o robo de la información contenida en la tarjeta de crédito.

Artículo 34. Mecanismos de Protección. Las entidades emisoras de tarjetas de crédito deberán establecer mecanismos de protección o contingencia que les permitan cubrir las transacciones no autorizadas que se realicen después de la denuncia del tarjetahabiente, sea titular o adicional sobre la sustracción o pérdida, fraude y otros, mediante la contratación de pólizas de seguro.

Párrafo I: Los costos y el monto de cobertura de los mecanismos antes indicados podrán ser asumidos por la entidad emisora de tarjetas de crédito o por el tarjetahabiente titular, según se establezca entre las partes. Cuando sea asumido por el tarjetahabiente titular, la entidad emisora deberá informárselo previamente y establecer dentro del contrato de afiliación todos los detalles concernientes al seguro, así como todas las condiciones de los mecanismos de cobertura.

Párrafo II: El costo de la póliza de cobertura de riesgos inherente a las entidades emisoras de tarjetas de crédito, no podrá ser transferido al tarjetahabiente titular, excepto en aquellos casos donde el seguro, consentido de manera opcional por éste, cubra los riesgos de pérdida o robo del plástico, cuyo costo podrá ser asumido por el tarjetahabiente titular.

Artículo 35. Prevención Lavado de Dinero. Las entidades emisoras de tarjetas de crédito deberán dar cumplimiento en todo momento a las disposiciones establecidas en este Reglamento y en cualquier otra norma legal vigente, específicamente la política sobre “conozca su cliente”, procedimientos de debida diligencia, a fin de prevenir delitos relacionados con blanqueo de capitales.

TÍTULO V DEL ESTADO DE CUENTA

CAPÍTULO I

Artículo 36. Estado de Cuenta. Las entidades emisoras de tarjetas de crédito deberán, mensualmente, poner a disposición del tarjetahabiente titular, por cualquier medio, el estado de cuenta con el detalle de los consumos realizados durante dicho período.

Artículo 37. Instructivo. La Superintendencia de Bancos establecerá, por vía de Instructivo, las informaciones mínimas que debe contener el estado de cuenta de la tarjeta de crédito.

Artículo 38. Información. El estado de cuenta deberá contar con un espacio dispuesto para informar al tarjetahabiente titular sobre todos los aspectos relacionados con variaciones al contrato original de la tarjeta de crédito.

Artículo 39. Duplicado Estado de Cuenta. Cuando el tarjetahabiente titular no reciba los Estados de Cuenta oportunamente, tendrá derecho de solicitarlo a la entidad emisora de tarjetas de crédito, la cual estará en la obligación de proporcionarle copia de los mismos en las condiciones establecidas en los contratos. La primera copia del Estado de Cuenta se expedirá sin costo alguno para el tarjetahabiente titular.

TÍTULO VI DE LA REMISIÓN DE INFORMACIÓN AL BANCO CENTRAL Y A LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS

CAPÍTULO I REMISIÓN DE INFORMACIONES

Artículo 40. Reportes de Información. Las entidades emisoras de tarjetas de crédito deberán remitir mensualmente al Banco Central y a la Superintendencia de Bancos, la información que mediante Instructivo sea requerida por dichos Organismos, vía electrónica, a más tardar dentro de los primeros cinco (5) días del mes siguiente al que corresponda.

Artículo 41. Reportes de Tasas de Interés. Las entidades emisoras de tarjetas de crédito deberán remitir al Banco Central y a la Superintendencia de Bancos, las informaciones relativas a las tasas de interés anualizadas, cobradas por las operaciones de tarjetas de crédito, en las fechas, periodicidad y medios que se establezca mediante Instructivo.

Artículo 42. Publicación de Información. El Banco Central y la Superintendencia de Bancos publicarán, en sus respectivas páginas Web, las tasas de interés cobradas por las entidades emisoras de tarjetas de crédito y la tasa de interés promedio ponderada de los préstamos de consumo, excluidos los correspondientes a tarjetas de crédito, por tipo de entidad, las cuales servirán de referencia para el cobro de intereses por parte de las entidades de intermediación financiera al tarjetahabiente titular.

TÍTULO VII OTRAS DISPOSICIONES

CAPÍTULO I OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA

Artículo 43. Suministro de Información al usuario de Tarjetas de Crédito. Las entidades emisoras de tarjetas de crédito, previo

a la suscripción del contrato con el tarjetahabiente titular, deberán proporcionar al mismo, por escrito, todas las informaciones y las explicaciones pertinentes sobre la expedición y el uso de la tarjeta de crédito, específicamente:

- a) Tasa de interés anualizada aplicable;
- b) Diferentes conceptos por los cuales se cobra;
- c) Modalidad y periodicidad de los cobros;
- d) Metodología para determinar el monto de los intereses;
- e) Los saldos sujetos a pago de interés;
- f) La fórmula para calcularlos;
- g) Los supuestos en que no aplica dicho interés;
- h) Determinación del pago mínimo;
- i) Indicar las comisiones y otros cargos;
- j) El seguro o las coberturas;
- k) Responsabilidades en caso de pérdida, falsificación o robo;
- l) Condiciones y requisitos para solicitar la anulación de la tarjeta de crédito; y,
- m) Otros aspectos de tal forma que el solicitante pueda tener total conocimiento de las condiciones del contrato y las responsabilidades que en el uso de la tarjeta le corresponden.

Párrafo: La entidad emisora de tarjetas de crédito deberá informar al tarjetahabiente titular sobre la forma como se debe usar la tarjeta de crédito en cajeros automáticos, puntos de ventas, internet y otros medios, así como los riesgos asociados al uso de la tarjeta de crédito en dichos medios y las medidas de seguridad que deben tomarse para reducirlo.

Artículo 44. Suministro de Información al Establecimiento. La operadora, previo a la suscripción del contrato de afiliación con el establecimiento, deberá proporcionar al mismo, por escrito, todas las informaciones y las explicaciones pertinentes sobre el cálculo y cobro del cargo por afiliación, específicamente:

- a) El mecanismo para determinar el monto del cargo;
- b) Los saldos sujetos a pago del cargo;
- c) Los supuestos en que no aplica dicho cargo, si hubiere; y,
- d) Condiciones y requisitos para solicitar la anulación de una transacción.

Artículo 45. Educación Financiera. La Superintendencia de Bancos deberá realizar una campaña de educación financiera orientada a que los tarjetahabientes, sean titulares o adicionales conozcan sus deberes y obligaciones en el marco de este Reglamento.

CAPÍTULO II MEDIOS DE PRUEBA

Artículo 46. Medios de Prueba. El régimen de prueba admitido en esta materia, quedará sujeto a las disposiciones reconocidas en la legislación nacional tanto por el derecho común, el derecho comercial y cualquier otra normativa especial.

CAPÍTULO III DISPOSICIONES FINALES

Artículo 47. Entrada en Vigencia. El presente Reglamento entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación.

Artículo 48. Período de Adecuación. Las entidades emisoras de tarjetas de crédito deberán efectuar las adecuaciones correspondientes a sus sistemas tecnológicos y formatos de los estados de cuenta, dentro del plazo de noventa (90) días calendario, contado a partir de la fecha de publicación de este Reglamento.

Artículo 49. Sanciones. Las entidades emisoras de tarjetas de crédito que infrinjan las disposiciones contenidas en este Reglamento, serán pasibles de las sanciones establecidas en la Ley Monetaria y Financiera y sus Reglamentos de aplicación.

Artículo 50. Elaboración de Instructivo. El Banco Central y la Superintendencia de Bancos deberán elaborar los instructivos puestos a sus cargos en el presente Reglamento, en un plazo de sesenta (60) días, contado a partir de la fecha de publicación del mismo.

Artículo 51. Adecuaciones al Manual de Cuentas. La Superintendencia de Bancos deberá efectuar las adecuaciones pertinentes al Manual de Contabilidad para Instituciones Financieras, con base en las disposiciones del presente Reglamento y de los Instructivos que se elaborarán para la aplicación del mismo, de manera particular deberá crear las subcuentas correspondientes para cada tipo de comisión y cargo establecidos en este Reglamento.”

2. Esta Resolución deberá ser publicada en cumplimiento a lo establecido en el literal g) del Artículo 4 de la Ley No.183-02, Monetaria y Financiera de fecha 21 de noviembre del 2002.”

4 abril 2013

Esta edición de 500 ejemplares de la
Revista de Ciencias Jurídicas, Volumen II No. 1
de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra,
se terminó de imprimir en Amigo del Hogar,
Santo Domingo, República Dominicana, 2014.

**Colección Revistas Ciencias Jurídicas
PUCMM**

Obra donada a la biblioteca virtual de la Escuela Nacional de la Judicatura por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM).

Esta colección contiene doctrina, legislación y jurisprudencia de los volúmenes históricos de la revista desde el año 1977 a 2015, constituyendo un aporte a la cultura jurídica y el estudio del Derecho.



PUCMM
Pontificia Universidad Católica
Madre y Maestra

Campus de Santiago

Autopista Duarte, Km 1 1/2
Santiago de los Caballeros
Teléfono: 809 580 1962
Fax: 809 582 4549

Campus Santo Tomás de Aquino

Abraham Lincoln esquina Rómulo Betancourt
Santo Domingo, D. N.
Teléfono: 809 535 0111
Fax: 809 534 7060

Extensión de Puerto Plata

Calle Separación No. 2
Teléfono: 809 586 2060
Fax: 809 586 8246

República Dominicana

<http://www.pucmm.edu.do>