

- **Cinddy Liriano Veloz**
- **Francisco Lapouble Segura**
- **Yorlin Vásquez Castro**
- **Thiaggo Marrero Peralta**
- **Chanel Liranzo Montero**
- **Víctor A. León Morel**
- **Francisco Álvarez Martínez**
- **Gladys Angelina José Aguiar**

**2021**

# COMPILACIÓN DE ESTUDIOS LEGALES

- **Enmanuel Rosario Estévez**
- **Richard Martínez Amparo**
- **Ángel Reynoso**
- **Reynaldo Ramos Morel**
- **Geovanny Nina Cruz**
- **Adonis L. Recio**
- **Beatriz Arias Cambero**
- **Brianda Trujillo Florez-Estrada**
- **Bernardo G. Liz Santana**
- **Rey Fernández Liranzo**
- **Sarah Suzaña**
- **Emely García Aybar**
- **Jennifer M. Sepúlveda Molina**
- **Loraine Maldonado**
- **Anderson Vargas Franco**
- **Jesús Pérez Marmolejos**
- **Carlos González Cuello**
- **Nelson A. Arriaga Checo**
- **Miguel Bautista**
- **Sam Castillo Domínguez**
- **Alexander Ríos Hernández**
- **Luis A. Sousa Duvergé**
- **Roberto Medina Reyes**
- **Stalin Osser**
- **Juan Vizcaíno Canario (Compilador)**



**ABOGADOSDQ**

Santo Domingo, República Dominicana





**ABOGADOSDQ**

# **COMPILACIÓN DE ESTUDIOS LEGALES**

**Santo Domingo, República Dominicana**

**2021**



**ABOGADOSDQ**

**Compilación de Estudios Legales**  
Quinta edición

**Compilador:**

Juan N. E. Vizcaíno Canario

**Año:**

2021

**Los conceptos emitidos en esta compilación son responsabilidad de cada autor**

## Contenido

<b>Presentación</b> .....	9
<b>Estudios legales</b>	
<b>1. ¿Puede la competencia desleal ser un precedente en lavado de activos?</b> <i>Sarah Suzaña</i> .....	11
<b>2. Apuntes sobre el control de convencionalidad y su ejercicio por parte de la Administración Pública en el derecho administrativo de la Republica Dominicana</b> <i>Rey A. Fernández Liranzo</i> .....	17
<b>3. La exposición de identidades en las nóminas públicas: criterios del Tribunal Constitucional</b> <i>Emely García Aybar</i> .....	23
<b>4. Pinceladas sobre las Pruebas electrónicas</b> <i>Sam Castillo Domínguez</i> .....	27
<b>5. Recomendaciones de buenas prácticas en los métodos alternativos de solución de conflictos en materia de telecomunicaciones</b> <i>Cindy Liriano Veloz</i> .....	32
<b>6. Breve teoría sobre las denominaciones de las instituciones del Estado</b> <i>Anderson B. Vargas Franco</i> .....	54
<b>7. Major league baseball entre el arbitraje y la justicia ordinaria en República dominicana</b> <i>Francisco Lapouble Segura</i> .....	57
<b>8. COVID-19 y los abogados</b> <i>Yorlin Vásquez Castro</i> .....	60
<b>9. Presupuestos inconstitucionales e inconvencionales para la determinación del peligro de fuga</b> <i>Thiaggo Marrero Peralta</i> .....	64
<b>10. Control difuso en sede administrativa</b> <i>Víctor A. León Morel y Chanel Liranzo Montero</i> .....	67
<b>11. Reflexiones sobre el desistimiento</b> <i>Francisco Álvarez Martínez</i> .....	77
<b>12. Las Contrataciones Pública Estratégicas</b> <i>Gladys Angelina José Aguiar</i> .....	82

<b>13. Falencias del proyecto de ley de juicios extinción de dominio</b>	
<i>Anderson B. Vargas Franco</i> .....	89
<b>14. Apuntes sobre referimiento inmobiliario</b>	
<i>Enmanuel Rosario Estévez</i> .....	95
<b>15. La reelección y sus límites en el proyecto de ley de deportes</b>	
<i>Richard Martínez Amparo</i> .....	114
<b>16. A propósito del Tesla S...</b>	
<i>Ángel Reynoso</i> .....	117
<b>17. La casación: recurso abierto para las ordenanzas del presidente en materia de ejecución provisional</b>	
<i>Reynaldo Ramos Morel</i> .....	124
<b>18. Constitucionalismo Social en República Dominicana. Visión desde el Derecho del Trabajo</b>	
<i>Geovanny Nina Cruz</i> .....	129
<b>19. Análisis de las sentencias estructurales: caso del Tribunal Constitucional dominicano</b>	
<i>Víctor A. León Morel</i> .....	133
<b>20. Las costas procesales en el contencioso administrativo</b>	
<i>Adonis L. Recio</i> .....	145
<b>21. El Teletrabajo en la República Dominicana. Ventajas, desventajas y regulación</b>	
<i>Beatriz Arias Cambero</i> .....	147
<b>22. Electa una vía respecto del <i>non bis in idem</i> en los procesos penales y administrativos</b>	
<i>Víctor A. León Morel</i> .....	154
<b>23. La Constitución económica de la República Dominicana</b>	
<i>Brianda Trujillo Florez-Estrada</i> .....	166
<b>24. La excepción de conexidad</b>	
<i>Reynaldo Ramos Morel</i> .....	176
<b>25. La declaratoria de lesividad: el límite voluntario de la administración pública</b>	
<i>Bienvenido G. Liz Santana &amp; Adonis L. Recio</i> .....	185

<b>26. Nom reformatio in peius y el principio de oficiosidad: alcances del recurso de revisión en materia de amparo</b>	
<i>Víctor A. León Morel</i> .....	187
<b>27. Las herramientas jurídicas para fomentar la inversión privada en el deporte dominicano</b>	
<i>Francisco Lapouble Segura</i> .....	196
<b>28. ¿Existe la Responsabilidad Patrimonial del Estado “objetiva” en la República Dominicana?</b>	
<i>Bienvenido G. Liz Santana</i> .....	201
<b>29. Análisis de los contratos administrativos: distinción entre contratos privados de la Administración y las cláusulas exorbitantes</b>	
<i>Víctor A. León Morel</i> .....	203
<b>30. La doctrina Murray en los programas de cumplimiento y lavado de activos: inversión de la carga probatoria</b>	
<i>Víctor A. León Morel</i> .....	215
<b>31. La responsabilidad de los administradores societarios frente a la regla del buen juicio de los negocios o <i>business judgement rule</i></b>	
<i>Víctor A. León Morel</i> .....	225
<b>32. La potestad sancionadora del régimen medio ambiental en la República Dominicana</b>	
<i>Jennifer M. Sepúlveda Molina</i> .....	236
<b>33. Las operaciones entre sujetos vinculados como indicio de competencia desleal</b>	
<i>Francisco Álvarez Martínez</i> .....	241
<b>34. Accidentes marítimos: una perspectiva desde la práctica en República Dominicana</b>	
<i>Loraine Maldonado</i> .....	247
<b>35. La sustitución de motivos como remedio procesal en la revocación de sentencias en recursos de revisión de amparo ante el Tribunal Constitucional dominicano</b>	
<i>Víctor A. León Morel</i> .....	251
<b>36. La doctrina de la oportunidad corporativa: el deber de lealtad de los administradores societarios respecto a conflictos de intereses</b>	
<i>Víctor A. León Morel</i> .....	256

<b>37. Comentarios a la Resolución 007-2020 del Consejo del Poder Judicial y el aspecto optativo de la virtualidad</b>	
<i>Francisco Álvarez Martínez</i> .....	267
<b>38. La protección del consumidor con respecto a las plataformas tecnológicas de viaje compartido</b>	
<i>Jesús Pérez Marmolejos</i> .....	272
<b>39. La hipoteca judicial de cara a la Sentencia 2119-2020</b>	
<i>Francisco Álvarez Martínez</i> .....	277
<b>40. Obiter dictum, ratio decidendi y los motivos superabundantes en la casación dominicana</b>	
<i>Víctor A. León Morel</i> .....	288
<b>41. Apuntes sobre la inembargabilidad. Historia, naturaleza y justificación</b>	
<i>Francisco Álvarez Martínez</i> .....	296
<b>42. Inviabilidad de los plazos comunes al ordenar comunicación de documentos en el proceso civil</b>	
<i>Francisco Álvarez Martínez</i> .....	303
<b>43. Apuntes sobre las ejecuciones de sentencias laborales a la luz de la nueva Ley Núm. 369-19 sobre otorgamiento de la fuerza pública</b>	
<i>Carlos González Cuello</i> .....	307
<b>44. Apuntes sobre el Recurso de Apelación en materia de Ley 141-15</b>	
<i>Francisco Álvarez Martínez</i> .....	312
<b>45. La incompatibilidad de funciones y conflicto de intereses en el estatuto del servidor público</b>	
<i>Adonis L. Tineo</i> .....	315
<b>46. Derecho a la libertad de empresa vs derecho a la salud: análisis de la jurisprudencia constitucional dominicana</b>	
<i>Víctor A. León Morel</i> .....	318
<b>47. Ocho cambios paradigmáticos recientes en la jurisprudencia civil</b>	
<i>Juan Vizcaíno Canario</i> .....	329
<b>48. El Auxiliar experto en el marco de la Ley 141-15</b>	
<i>Francisco Álvarez Martínez</i> .....	334
<b>49. Los principios de indivisibilidad del objeto litigioso y solidaridad procesal en el recurso de revisión en materia de amparo</b>	
<i>Víctor A. León Morel</i> .....	339

<b>50. El TC y la adecuación constitucional de la declaratoria de urgencia en los casos de expropiación forzosa</b>	
<i>Nelson A. Arriaga Checo</i> .....	347
<b>51. Algunos aspectos jurídicos en torno a la Superliga</b>	
<i>Francisco Lapouble Segura</i> .....	352
<b>52. Los actos administrativos de efectos particulares tras la sentencia TC/0110/21</b>	
<i>Miguel Bautista</i> .....	354
<b>53. El Defensor del Pueblo ante la Jurisdicción Constitucional</b>	
<i>Geovanny Nina Cruz</i> .....	362
<b>54. Algunas precisiones a la ausencia de plazo para la partición de muebles e inmuebles registrados</b>	
<i>Alexander Ríos Hernández</i> .....	366
<b>55. Control de convencionalidad y Ministerio Público</b>	
<i>Luis Antonio Sousa Duvergé</i> .....	381
<b>56. Hacia una Administración garantista</b>	
<i>Roberto Medina Reyes</i> .....	385
<b>57. La inexistencia como sanción al edicto en materia de embargo</b>	
<i>Francisco Álvarez Martínez</i> .....	388
<b>58. La mora ¿sanción tributaria?</b>	
<i>Adonis L. Recio</i> .....	396
<b>59. Importancia de una teoría adecuada de lo contencioso electoral</b>	
<i>Stalin Osser</i> .....	399

## Presentación

La quinta entrega de la Compilación de Estudios Legales AbogadoSDQ 2021 coincide con el onceavo aniversario de esta marca jurídica y, a la vez, con una etapa muy importante para el derecho dominicano, por la evidente ola de cambios sociales y paradigmáticos que incitan a todo abogado a volverse participe obligatorio de su evolución. Esto implica necesariamente abrir espacios que incluyan acciones destinadas a materializar los verdaderos roles que exige la abogacía, incluyendo el cumplimiento de su función social.

Desde el 6 de agosto de 2010 —día de creación de AbogadoSDQ— muchas personas se han interesado en mis razonamientos para hacer énfasis en el cumplimiento de la función social del abogado. En este sentido, reitero lo que expresé en la primera edición: *“esta función se cumple de varias maneras: colaborando con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del Estado, en la realización de una recta y cumplida administración de justicia, cooperando con una fluida interacción social, en procura del desarrollo económico del país, lo cual es evidente que no se logra con el simple hecho de postular ante tribunales defendiendo intereses de una persona. De ahí que, los propósitos esenciales que motivan mi diario accionar con AbogadoSDQ son: contribuir al desarrollo del Derecho e incentivar el cumplimiento de la función social del abogado, enfocándome en la difusión de la actualidad y del saber jurídico, ya que, para mí, compartir conocimientos evidencia el compromiso social de aquel que por vocación eligió la abogacía como su profesión”*.

En el portal [www.abogadosdq.com](http://www.abogadosdq.com) existe gran cantidad de estudios jurídicos de utilidad para abogadas, abogados y estudiantes de derecho, así como para el público en general; por eso decidí desde 2017 compilar anualmente las publicaciones con mayor incidencia, por tratarse de temas interesantes y que generan discusiones sustanciosas. En esta nueva edición, encontrarán artículos que ya publicados en la página y otros nuevos. Cuenta con la colaboración de 32 profesionales del derecho, distribuidos en 59 publicaciones sobre distintas áreas del saber jurídico.

Para mí es un placer poner la presente compilación a disposición de toda la comunidad, esperando que sea de mucha utilidad.

**Juan Vizcaíno Canario**  
**Fundador de AbogadoSDQ**



ABOGADOSDQ

# **ESTUDIOS LEGALES**

## ¿Puede la competencia desleal ser un precedente en lavado de activos?

Sarah Suzaña

### Sobre la Competencia Desleal

De conformidad al artículo 10 de la Ley General sobre Defensa de la Competencia No. 42-08, se establece como cláusula general de la competencia desleal, lo siguiente: *“se considera desleal, ilícito y prohibido, todo acto o comportamiento realizado en el ámbito comercial o empresarial que resulte contrario a la buena fé y ética comercial que tengan por objeto un desvío ilegítimo de la demanda de los consumidores.”*

Asimismo, la referida Ley establece en el artículo 11 un listado enunciativo de los actos de competencia desleal, que de manera no limitativa abarca:

- a) Actos de engaño
- b) Actos de confusión
- c) Actos de comparación indebida
- d) Actos de imitación
- e) Actos violatorios del secreto empresarial
- f) Incumplimiento a normas
- g) Actos de denigración
- h) Inducción a la infracción contractual

El texto del literal b) es el siguiente: *“b) Actos de Confusión. Todo acto que se preste para crear confusión con la actividad, los productos, los nombres, las prestaciones, el establecimiento y los derechos de propiedad intelectual de terceros; En particular se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero.”*

Si bien la Comisión Nacional en Defensa de la Competencia (en lo adelante, PROCOMPETENCIA, no se ha expresado por vía resolutoria acerca de la confusión per se<sup>1</sup>, en las resoluciones número DE-021-2018 (Pricesmart Dominicana, S.R.L., c. Grupo Ramos, S.A., Bravo, S.A. y Cyngunsville, S.R.L.), número DE-016-2019 (ACOFAVE c. importadores de vehículos usados) y número DE-078-2018 (Productos Oriente, S.R.L. c. Procesadora Vizcaya, S.R.L. y otros) -todas referentes a la competencia desleal por incumplimiento de normas- han sido desestimadas por considerarse que debe verificarse a priori, el incumplimiento de la norma legal o técnica por el regulador de la actividad.

En ese sentido, en la primera de estas resoluciones, PROCOMPETENCIA establece: *“el ejercicio de tipificación de un acto de competencia desleal por incumplimiento a normas exige la verificación de dos elementos esenciales: a) la comprobación del incumplimiento*

---

<sup>1</sup> Se han presentado acusaciones, desestimadas por improcedentes.

*de la norma en cuestión por parte de la autoridad competente y b) la ventaja competitiva resultante del cumplimiento, la cual debe reunir a su vez las siguientes características (i) ser significativa y (ii) generar un perjuicio a los competidores” (DE-021-2018, el subrayado es nuestro).*

A falta de precedente sobre la confusión, utilizamos este enunciado como analogía para presumir que, la tipificación de la confusión exigirá la comprobación del incumplimiento de las leyes sobre propiedad industrial y propiedad intelectual. El Reglamento de aplicación de la Ley 42-08, No. 252-20, nos lo confirma. En el caso de competencia desleal vinculada con derechos de propiedad intelectual y derechos de autor, corresponderá a la Oficina Nacional de Propiedad Industrial (ONAPI) comprobar la existencia de estos derechos.

Es preciso comentar que en estas circunstancias no debería considerarse la actuación de oficio por parte de la autoridad de competencia, pues al tratarse de competencia desleal por violación a los derechos de terceros, son los propietarios de los derechos vulnerados a quienes les correspondería actuar por iniciativa privada.

Opinión compartida por PROCOMPETENCIA cuando cita: *“CONSIDERANDO: Que las normas de competencia desleal no persiguen castigar la actividad competitiva, sino aquellos actos que excedan el marco normativo autorizado por la ley, con la utilización de medios ilegítimos, deshonestos o reñidos con la buena fe o las buenas costumbres mercantiles”* (Citado de Contreras, Oscar, “La competencia desleal y el deber de la corrección en la ley chilena” en Resolución DE-001-2018).

Para este escenario, el reglamento mencionado establece en su artículo 8, párrafo II un plazo de treinta días hábiles para consultar la opinión de la Oficina Nacional de Propiedad Industrial (ONAPI) o la Oficina Nacional de Derecho de Autor (ONDA), según corresponda. Con dicha opinión consultiva emitirá el Consejo Directivo de PROCOMPETENCIA su resolución.

### **Sobre la Confusión**

La Ley 20-00, sobre propiedad industrial habla de la competencia desleal por confusión en su artículo 177, bajo la tipificación de competencia desleal relativa a elementos distintivos de la empresa. *“Constituyen actos de competencia desleal los siguientes, entre otros: a) Los actos susceptibles de causar confusión o un riesgo de asociación con respecto a los productos, los servicios, la empresa o el establecimiento ajenos”* (el subrayado es nuestro).

Esta es una redacción similar a la sugerida por el Convenio de París sobre Propiedad Industrial. En su artículo 10 bis propone que los países contratantes prohíban los actos susceptibles de crear confusión respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor, como parte de la protección contra competencia desleal.

Ahora bien, ninguno de estos textos legales, define qué es la confusión. Para llenar tal vacío, nos servimos de una compilación de doctrina de la autora Karina Espinoza, quien cita, entre otros, a los siguientes: *“La confusión se produce a través de todas aquellas actividades que son aptas o idóneas para provocar en el consumidor un error acerca de la procedencia última de la prestación, del producto o servicio que se ofrece en el mercado”*. Citado de JIMÉNEZ, J. (1999). La protección de la forma de presentación de los productos y de los servicios en el comercio (Trade Dress).

Asimismo, *“Cierta sector de la Doctrina define como acto de confusión a aquel realizado a través de la imitación de la forma de las prestaciones de un tercero. Asimismo, todo acto de imitación constituye un supuesto de aprovechamiento de la reputación ajena, ya que el imitador deriva su oferta de la prestación de otro competidor, utilizando como modelo el resultado del trabajo de un tercero*. Citado de OTERO, J. (1984). “Aproximación a la figura de la imitación servil”, En: Actas de Derecho Industrial. Tomo X, p. 66.

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual -la institución peruana que rige la materia-, estableció en 2001 lineamientos para determinar la existencia de confusión. Resumidamente:

- a) La forma de distribución de los productos o servicios,
- b) El nivel de experiencia que tienen los usuarios con los mismos,
- c) El grado de distintividad del producto o servicio,
- d) El grado de similitud entre ambos elementos.

En 2005, la Comisión de esta institución dividió los actos de confusión respecto al origen empresarial, en tres tipos: Confusión directa, indirecta y de riesgo asociativo. *“En los tres casos bastará que exista un riesgo de confusión para considerar la conducta como un acto de competencia desleal”*<sup>2</sup>.

También la comisión agrega en su informe que los actos de confusión o de riesgo de confusión deben ser sancionados, ya que afectan al orden del mercado, afectando los beneficios tanto de competidores como de consumidores.<sup>3</sup> Este último apartado representa el criterio andino de que la confusión es de interés público porque desvía la demanda de los consumidores. Sin embargo, la posición de la autoridad dominicana lo enfoca como un asunto no solo exclusivo entre competidores, sino que únicamente pudieran tener calidad los afectados de confusión en productos o servicios de su propiedad.

Esto se manifiesta en las instancias habilitadas para actuar. La primera de ellas, de conformidad al art. 12 de la Ley 42-08, es acudir directamente ante el juzgado de primera instancia del domicilio del demandado, en atribuciones civiles y comerciales. De dicha manera, el asunto se resolvería por vía privada sin mediar los intereses de los consumidores.

---

<sup>2</sup> Resolución N° 1091-2005/TDC-INDECOPI, citado de Espinoza, Karina.

<sup>3</sup> Ib.

La segunda opción sería iniciar un procedimiento administrativo, de acuerdo con lo desarrollado en el reglamento de aplicación de la Ley 42-08, en sus artículos 7 y 8. Una vez recibida la denuncia, PROCOMPETENCIA solicitaría la opinión de la institución reguladora previa resolución propia. El reglamento agrega, además, que en cualquier fase de este proceso, PROCOMPETENCIA podrá promover que el asunto se someta a un procedimiento de resolución de controversias, si las partes consienten. Solo tras agotar esta fase administrativa, se podría demandar el resarcimiento de daños y perjuicios.

A nuestro entender este último proceder no sería la mejor opción. Por un lado, los agentes económicos propietarios de los productos y servicios susceptibles de confusión no tienen necesidad de acudir a la instancia administrativa. Puesto que, de todos modos, la sanción administrativa, no podría beneficiarles más que ordenar el cese de las actividades causantes de la confusión. Una sanción que igual podrían obtener por vía judicial. Además, de acuerdo con el art. 56 de la Ley 42-08, las acciones administrativas prescriben al año a partir de la cesación de actividad anticompetitiva. Mientras que el art. 184 de la Ley 20-00 sobre propiedad industrial, fija el plazo de prescripción a los cuatro años, contados desde que se cometió por última vez el acto desleal.

Aun si se tratase de una reclamación por parte de participantes en el mercado, que no fuesen los propietarios de los derechos sobre los productos o servicios objeto de la confusión, la Ley 20-00 habilita en su art. 183 la acción contra un acto de competencia desleal, por parte de cualquier persona directamente perjudicada. Esto incluye: asociaciones, federaciones, sindicatos y entidades representantes de sectores profesionales, empresariales o de consumidores, mientras se trate de los intereses de sus miembros.

### **Sobre los delitos precedentes**

En este escenario, la investigación por lavado de activos a cargo de la Unidad de Análisis Financiero (UAF) o la acusación del Ministerio Público, podrán ser realizadas de oficio, pero solo una vez determinada la culpabilidad en violación por propiedad intelectual en los tribunales ordinarios.

Con relación a los delitos precedentes, nos valemos del artículo 2 sobre las definiciones en la Ley 155-17, contra el lavado de activos y prevención del terrorismo, que en su numeral 11, dicta: *“Infracción Precedente o Determinante: Es la infracción que genera bienes o activos susceptibles de lavado de activos. Se consideran delitos precedentes o determinantes (...) piratería, piratería de productos, delito contra la propiedad intelectual...”*

A su vez, el lavado de activos se define en el numeral 15, de la siguiente manera: *“Lavado de Activos: Es el proceso mediante el cual personas físicas o jurídicas y organizaciones criminales, persiguen dar apariencia legítima a bienes o activos ilícitos provenientes de los delitos precedentes señalados en la presente ley”.*

Así, se interpreta que los delitos contra la propiedad intelectual están incluidos entre las infracciones que, al intentar darles apariencia legítima, constituyen lavado de activos. En ese sentido, nos encontramos con que de por sí, la confusión no tipifica el lavado de activos. Sino que requiere siquiera una tentativa de integrar esas ganancias al mercado, ocultando el origen real de estos ingresos.

Una pregunta que podría surgirle al lector sería que, siendo en su mayoría las reclamaciones por violación a la propiedad intelectual de índole privada, ¿qué interés tiene el derecho público de reclamar un daño? Pues, aun actuando por el artículo 183 de la ley 20-00 que atribuye capacidad a cualquier persona directamente perjudicada, se requiere una sentencia sobre la reclamación del interesado, para tipificar el delito que constituya la infracción precedente.

Lo cierto es que, en la práctica, sí hay casos de condena por lavado de activos de delitos precedentes que, si bien no se refieren a la confusión, sí tratan sobre violación a las leyes de propiedad intelectual en sus países. Uno de éstos, es la sentencia de 2017 contra dos señores en California, quienes obtuvieron \$1.66 millones de dólares simulando ser funcionarios de compañías que mediaban en la registración de marcas comerciales. La tipificación de lavado de activos se generaba al abrir cuentas bancarias con identidades falsas en el banco donde trabajaba uno de ellos, para depositar los cheques de las personas engañadas.<sup>4</sup>

Un caso similar reciente, se vio a principios de 2021 en Pakistán donde una empresa de servicios web, vendió certificados falsificados de registros de marca en el país. El caso, que involucra la habilitación de más de 200 sitios web para la captación de clientes, podría ser uno de los casos más grandes de lavado de activos en Pakistán.<sup>5</sup>

Un tercer caso todavía más reciente, ha sido el encarcelamiento en mayo 2021, de un individuo en Reino Unido que vendía hojas de mantenimiento de vehículos simulando ser emitidas por Land Rover, Ford y BMW. Los compradores de estos certificados vía Ebay, eran conscientes de la falsedad de los artículos. Eran adquiridos con el fin de justificar un precio alto al vender sus vehículos usados; pues simulaba que los vehículos llevaban años de mantenimiento en la casa del fabricante.<sup>6</sup>

Este caso, que inició con una denuncia por las compañías automotrices afectadas, generó una condena de tres años de prisión por comercio fraudulento, uso de marca

---

<sup>4</sup> Departamento de Justicia. *Hombre de California se declara culpable de perpetrar estafa de marca registrada y lavado de dinero* (en inglés). Departamento de Justicia de los Estados Unidos, 12 de diciembre 2016, <https://www.justice.gov/opa/pr/california-man-pleads-guilty-perpetrating-trademark-scam-and-money-laundering> Usuarios de la USPTO apuntados en un caso de fraude masivo y lavado de dinero en Pakistán

<sup>5</sup> Lince, Tim. *Usuarios de la USPTO apuntados en un caso de fraude masivo y lavado de dinero en Pakistán* (en inglés). World Trademark Review, 23 de enero 2021, <https://www.worldtrademarkreview.com/governmentpolicy/uspto-users-targeted-in-massive-fraud-and-money-laundering-case-in-pakistan>

<sup>6</sup> Sirrell, Ollie. *El estafador de Reading que vendió libros de servicio Land Rover falsos es encarcelado* (en inglés). The Reading Chronicle, 20 de mayo 2021, <https://www.readingchronicle.co.uk/news/19317699.reading-fraudster-sold-fake-land-rover-service-books-gets-jail/>

registrada, venta de productos no autorizados con una marca registrada, posesión de productos no autorizados con una marca registrada y blanqueo de capitales. Este último es sin dudas, el ejemplo más preciso de la combinación de delitos de propiedad intelectual y lavado de activos. Es importante destacar que, en los tres casos mencionados, el nexo entre la violación a la ley local de propiedad intelectual y el lavado de activos, es el delito de estafa.

## Conclusiones

Podría pensarse que la confusión como delito precedente de lavado de activos, se trata solo de una rémora del legislador para disuadir del ilícito. No obstante, los casos recientes de derecho comparado nos prueban -considerando las características de la ley de propiedad intelectual en cada país- que tales combinaciones no solo son posibles, sino que hay condenas de las prácticas.

Ahora bien, no se puede dejar de lado que se llega a tal relación mediante la inserción de la figura antijurídica del fraude. En tal caso, se combina la noción de engaño que afecta a los particulares y a la vez, desvía la demanda de los consumidores, en detrimento de los demás participantes del mercado.

Creemos que la posición de Procompetencia con su último reglamento trata de no solapar en atribuciones la ONAPI. Sin embargo, el carácter público del desvío de la demanda, bien puede ser una motivación para una eventual actuación de oficio. Queda estar al pendiente de la emisión de alguna resolución como precedente, de darse la oportunidad.

## Referencias

- Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883.
- Rep. Dom. Ley 20-00, sobre Propiedad Industrial, del 8 de mayo del 2000.
- Rep. Dom. Ley 42-08, General de Defensa de la Competencia, del 16 de enero de 2008.
- Rep. Dom. Ley No. 155-17 contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo del 01 de junio del 2017.
- R.D. Reglamento de aplicación de la ley número 42-08, General de Defensa de la Competencia, número 252-20, del 15 de julio del 2020.
- Perú. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. *Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial*, aprobada por Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI, de fecha 5 de julio de 2001, p. 12.
- RD. PROCOMPETENCIA, Dirección Ejecutiva. Resolución DE-016-2019, del 4 de junio del 2019.
- RD. PROCOMPETENCIA, Dirección Ejecutiva. Resolución DE-021-2018, del 14 de marzo del 2018.
- RD. PROCOMPETENCIA, Dirección Ejecutiva. Resolución DE-078-2018, del 31 de diciembre del 2018.
- Agramonte H., Taniel. *Competencia Desleal por Violación o incumplimiento de normas*. Gaceta Judicial. Año 24, número 395, agosto 2020; pp. 22-29.
- Benzán Arbaje, Pamela. *El vínculo entre el lavado de activos y los delitos de propiedad intelectual: Nuevo marco penal en materia de propiedad intelectual*. Gaceta Judicial, año 21, número 366, agosto 2017, pp. 66-78.
- Espinoza, Karina. *El acto de confusión como acto de competencia desleal y el riesgo de confusión marcaría como infracción a los derechos de la propiedad industrial*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Vol. 3 Núm. 5, 2007.
- Scheker Mendoza, Elka. *La confusa naturaleza de la confusión en el derecho de competencia*. Gaceta Judicial. Año 24, número 395, agosto 2020; pp. 58-63.

## Apuntes sobre el control de convencionalidad y su ejercicio por parte de la Administración Pública en el derecho administrativo de la Republica Dominicana

*Rey A. Fernández Liranzo*

En el plano **internacional** un órgano supranacional analiza si un acto o dispositivo de derecho interno es compatible con normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos), y conforme a ello, dispone la inaplicación, reforma o derogación del dispositivo “anticonvencional”. En este nivel también se encuentra el deber de los Estados de adoptar, en sus medidas de derecho interno, garantías para la vigencia de los derechos humanos.

En el plano **interno**, los magistrados de cada ordenamiento particular evalúan la compatibilidad de los dispositivos de derecho interno (Constitución, ley, reglamento, etc.), con la Convención Americana y otros instrumentos internacionales.

El control de convencionalidad tiene su origen en el voto concurrente emitido por el destacado jurista mexicano Sergio García Ramírez en el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. En el párrafo 27 de su voto, García Ramírez apunta que No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional.

El mismo Sergio García Ramírez vuelve sobre el tema en su voto concurrente razonado, emitido con ocasión de la sentencia del caso Tibi vs. Ecuador, 7 de septiembre de 2004, párrafo tercero. En ese voto García Ramírez sostiene que la tarea de la Corte Interamericana se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Éstos examinan los actos impugnados disposiciones de alcance general a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales.

La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público y, eventualmente, de otros agentes sociales al orden que entraña el Estado de derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la Convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptada por los Estados parte en ejercicio de su soberanía.

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.

Este pronunciamiento es muy interesante, ya que señala el carácter oficioso con el que los jueces deben llevar a cabo el control de convencionalidad. No importa que se trate de un litigio de derecho público o de derecho privado: la eficacia de los tratados internacionales y el pleno cumplimiento de las obligaciones que en ellos se consignan, justifican que los jueces tengan siempre presentes las disposiciones convencionales al resolver los litigios objeto de su conocimiento. Así lo ha entendido también, como lo veremos más adelante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sobre el aspecto que acabamos de comentar, Eduardo Ferrer señala que los jueces (de los Estados parte de la Convención Americana) no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen además una obligación de realizar una “interpretación convencional”, verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular resultan “compatibles” con la CADH; de lo contrario, su proceder sería contrario al artículo 1.1. de dicho tratado, produciendo una violación internacional, ya que la aplicación de una ley inconvencional produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado.

Otro paso interesante en la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el control de convencionalidad se encuentra en la sentencia “Heliodoro Portugal contra Panamá”, emitida el 12 de agosto de 2008, en la cual se precisa lo siguiente: es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos (párrafo 180).

Luego de tales antecedentes, la doctrina del control de convencionalidad fue reiterada en muchos casos resultados por la Corte IDH, entre ellos varios contra México. Así sucedió en el caso Rosendo Radilla Pacheco contra México (2009; párrafo 339 de la sentencia), Fernández Ortega y otros contra México (2010; párrafo 234 de la sentencia), Rosendo Cantú y otra contra México (2010; párrafo 219 de la sentencia) y Cabrera García y Montiel Flores contra México (2010, párrafo 226 de la sentencia).

A lo largo de su desarrollo jurisprudencial, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcances del control de convencionalidad, y ha ido variando de forma progresiva los términos utilizados.

Así ha sucedido respecto de los sujetos que deben llevar a cabo el control de convencionalidad; en el desarrollo jurisprudencial de dicho control, la Corte IDH ha ido ampliando el espacio de los sujetos obligados a examinar la convencionalidad de actos y normas. Las líneas jurisprudenciales respectivas han atravesado al menos cuatro etapas, muy bien sintetizadas por Víctor Bazán. En la primera etapa la Corte refiere que el sujeto que debe llevar a cabo el control de convencionalidad es el “Poder Judicial” (caso Almonacid Arellano); en un segundo momento la Corte señala a “Órganos del Poder Judicial” (caso Trabajadores Cesados del Congreso); en un tercer desarrollo ya se habla de “Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (caso Cabrera García y Montiel Flores); y finalmente se establece que el control de convencionalidad recae en “cualquier autoridad pública y no solamente el Poder Judicial” (caso Gelman contra Uruguay).

Lo que podemos observar a través de estos cambios es una actitud progresista y garantista de la Corte IDH, al ir ampliando el número de sujetos que deben llevar a cabo el control de convencionalidad, lo que en el fondo supone nada más que aplicar de forma congruente y cabal el *principio pro persona*, además de que se reitera el deber de los Estados de cumplir con lo que establecen los tratados internacionales, sin que para ello sea obstáculo lo señalado en el derecho interno.

En la famosa sentencia del Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile 7, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó claro quienes están llamados a ejercer el control difuso de convencionalidad; el rol que la Corte como intérprete máximo de la convención americana, en el sentido siguiente:

“(…) Los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero **cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.** En otras palabras, **el poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.** En esta tarea, *el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*” (Subrayado nuestro).

---

7 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 123.

La facultad de ejercer el control difuso de la convencionalidad supone que este puede realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, es decir que perfectamente puede un tribunal de primer grado en ocasión de un proceso litigioso someter una norma determinada al tamiz de ser conforme con la convención interamericana, ahora bien resaltamos que entendemos que dado el carácter de constitución abierta de nuestra carta magna en lo que se refiere a que todo derecho reconocido en un tratado internacional o convención debidamente ratificada por los poderes públicos dominicanos, se asumirá como parte integral del decálogo de derechos fundamentales, toda norma contraria a la convención interamericana de derechos humanos puede ser atacada por el control difuso – o *abstracto*- de inconstitucionalidad.

Sin embargo, resaltamos que todos los Jueces son Jueces Constitucionales y Convencionales, aunque bien es cierto que de entrada la Corte hacía referencia al Poder Judicial, eso no quita que el Tribunal Constitucional de la República Dominicana asuma una interpretación de un determinado artículo de la Convención por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y sobre esa base expulse del ordenamiento dominicano una ley, decreto, reglamento o resolución.

El problema se encuentra con relación al uso de la Administración Pública de este control de convencionalidad, en virtud en el estado actual de nuestro derecho administrativo, existe un marco sistemático de principios vitales para el desenvolvimiento pleno de la actuación de la Administración Pública<sup>8</sup>, sobre la base de que toda la actuación –u *omisión*- administrativa se somete plenamente al ordenamiento jurídico<sup>9</sup>, al amparo de la Constitución del 2010<sup>10</sup>, así como con la Ley 107-13 de Derechos de las personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, por lo que la Administración en el ejercicio de sus funciones –*aun aquellas que sean discrecionales*- estará obligada a amparar dicha acción –u *omisión*- en la razonabilidad de la medida asumida por la misma, a esto nos atrevemos a denominar como *Principio de Legalidad*.

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado sobre el particular que “(...) el principio de legalidad es uno de los principios pilares del estado constitucional de derecho, de la seguridad jurídica, del cual no están exentos los poderes públicos, y que su finalidad es que las personas tengan, de antemano, conocimiento de cómo deben conducirse, qué pueden o no hacer”<sup>11</sup>.

---

8 Artículo 138 de la Constitución Dominicana del 26 de enero del 2010, que dispone “Principios de la Administración Pública. La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado”.

9 Artículo 3, numeral 1 de la Ley 107-13 de Derechos de las personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo.

11 Ver sentencias TC/0200/13, del siete (7) de noviembre de dos mil trece (2013) y TC/0344/14, del veintitrés (23) de diciembre de dos mil catorce (2014)

La concepción amplia de los órganos llamados a ejercer el control de la convencionalidad, reconociendo la posibilidad de que todo poder público u órgano estatal pueda revisar las normativas internas y las actuaciones mismas y erradicar aquello contrario a la convención, viene de la trascendental sentencia del Caso de los Trabajadores Cesados del Congreso Vs Perú<sup>12</sup>, donde se deja atrás la idea de que solo el Poder Judicial podría hacer uso del control difuso de la convencionalidad, asumir que a continuación se ha de interpretar que todos los de los Estados que han ratificado la Convención Americana, deben velar por el efecto útil del Pacto, no sin además resaltar que *“los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad*”.

El brillante maestro Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, realiza un interesante Voto razonado de cara al reconocimiento y definición del control difuso de la convencionalidad, dejando claro que el control concentrado le corresponderá a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como sabemos. Veamos:

(...) Así, el “control de convencionalidad” debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con mayor razón de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA. Lo cual nos lleva a que este “control de convencionalidad” a nivel internacional, a nivel nacional se configura como un “control difuso de la convencionalidad”. (Subrayado nuestro).

Las sentencias que dicta la Corte poseen un doble efecto: por un lado, funcionan como intérprete último de la Convención y por el otro lado, solucionan los conflictos del caso concreto. Es por esto que *Caso Almonacid Arellano y otros* la misma Corte se denominara intérprete última de la convención al poner como mandato de los órganos jurisdiccionales nacional que *“debe(n) tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana”*.

No obstante, las consideraciones desglosadas sobre estos mandatos justos de cara a una justicia interna apegada interpretaciones de uniformidad por un órgano internacional, como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del instrumento de aceptación de la Corte mediante su famosa Sentencia TC/0256/14. A la luz de esa sentencia surge la pregunta *“¿Cómo queda el control de convencionalidad ejercido por la Administración Pública?”*.

---

12 Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, párr. 128.

Entendemos, respetando la decisión dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, si partimos de la realidad de que cuando una autoridad administrativa va a dictar un acto en ejercicio de su ámbito de competencia, debe ajustarse en primer lugar, a una *base legal* que le precisa o determina su actuación, en razón de que de esta depende su validez en el ordenamiento, en razón de que la Administración solo podrá hacer lo que la ley de forma expresa le autoriza hacer, en ella se expresa la finalidad por la cual se le otorga ese poder al funcionario, así como se especifican los motivos que justifican que la autoridad actúe en una situación determinada. Es decir, la norma legal determinará los supuestos de hecho en los cuales la autoridad debe realizar una acción concreta que se plasmará a través de un acto administrativo.

No obstante, esto, entendemos que la supremacía constitucional, así como la supremacía de los tratados al estar íntimamente vinculada a derechos humanos de orden fundamental, no debe ser reducida por la inexistencia de una norma legal que permita a la Administración Pública, ejercer controles tendentes a la declaratoria de inaplicación de la norma *-como es al efecto el control de constitucionalidad y de convencionalidad-*.

Ahora bien, lo que sí es permitido, y no es tema de discusión, es el ejercicio de la autotutela, la cual es “(...) *la capacidad de la Administración Pública para tutelar, vía declarativa o ejecutiva, sus propios derechos, sin necesidad de acudir ante los jueces o tribunales, por lo menos de manera previa*”<sup>13</sup>, por lo que, perfectamente la Administración Pública, podrá analizar si el acto administrativo dictado resulta ser contrario al ordenamiento jurídico y sobre la base del mismo decidir su propia nulidad o en su defecto dejarlo sin efecto, de conformidad con el mandato dado por el artículo 10 de la Ley 107-13 que indica que “*Todo acto administrativo se considera válido en tanto su invalidez no sea declarada por **autoridad administrativa** o jurisdiccional de conformidad a esta ley*”.

De ahí que, ese cuidado debido de los intereses generales, en el marco del ejercicio de la facultad de autotutela, permite decretar la inaplicación de la norma por ser *inconstitucional* o *inconvenional*, aún a falta de disposición expresa, en razón de que conforme a nuestra propia constitución resultaría ser nulo de pleno derecho - *vicio de nulidad absoluta*- todo acto que afecte derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 107-13, el cual establece que “**Son nulos de pleno derecho los actos administrativos que subviertan el orden constitucional**, vulneren cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución”.

---

<sup>13</sup> POLANCO ORTEGA, Francisco. Evolución y perspectivas del Derecho Administrativo en la República Dominicana. Página 159.

## **La exposición de identidades en las nóminas públicas: criterios del Tribunal Constitucional**

*Emely García Aybar*

La Constitución dominicana contempla en el artículo 49, el derecho de libertad de expresión, pensamientos e ideas; englobando al mismo tiempo, la prerrogativa de requerir y recibir informaciones desde la Administración Pública.

Este derecho de pesquisar informaciones públicas se consagra, igualmente, como un deber en nuestra carta magna, ya que la misma nos indica en el numeral 12 del artículo 75 de esta, que todos debemos de velar por el fortalecimiento y la calidad de la democracia, el respeto del patrimonio público y el ejercicio transparente de la función pública.

Estos instrumentos permiten que día a día muchos ciudadanos accedan, localicen y auditen cantidades de documentos relacionados al uso del presupuesto nacional, las compras públicas que se llevan a cabo, y las contrataciones de la empleomanía estatal.

Con respecto a las nóminas públicas, hoy en día, muchos casos de corrupción han sido expuestos por la publicación de estas, lo que permite sin lugar a duda, confirmar que esta clase de información es imprescindible para mantener una veeduría social sobre el quehacer administrativo.

Sin embargo, la publicidad de la identidad de los asalariados del Estado dominicano en principio genera conflicto con otros derechos tales como la Privacidad, la Intimidad y la Protección de Datos Personales, provocando esto que todos los servidores públicos se encuentren en detrimento de uso de su potestad de decidir sobre las informaciones que sobre estos se refieran.

De acuerdo a lo anterior, entonces, ¿Cuál es el sustento legal que legitima la exposición de identidades en las nóminas institucionales?

En nuestro ordenamiento jurídico existe la Ley No. 200-04 sobre Libre Acceso a la Información, y el Reglamento No. 130-05 de aplicación y desarrollo de la descrita ley. El artículo 2 de la ley en cuestión, establece que el derecho de acceso abarca todos los expedientes de la administración pública, las actividades que desarrollan las entidades, así como, las personas que cumplan funciones públicas, siempre y cuando este acceso no afecte la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o el derecho a la privacidad e intimidad de un tercero o el derecho a la reputación de los demás.

Con relación a la privacidad, específicamente, el artículo 18 nos expone que el acceso a informaciones podrá ser rechazado cuando se creen los siguientes supuestos:1)- Cuando pueda afectar intereses y derechos privados preponderantes, solo pudiendo ser públicos los datos cuando el solicitante demuestre que las informaciones personales es

de interés público, y que coadyuvará a una investigación en curso en manos de algún otro órgano de la administración pública; 2)-Cuando el titular de los datos personales haya dado su consentimiento vía constancia expresa e inequívoca; o 3)-Cuando exista una ley que obligue a la publicación de la misma.

En teoría, la misma ley resguarda la privacidad y los datos personales frente al acceso a las informaciones que rebotan en la Administración Pública, solo y solo si pudiendo ser estos datos públicos cuando se dé el escenario que esta misma ley permita. El dilema entre ambos derechos pertenecientes a todos los ciudadanos, en principio, esta ponderado y equilibrado.

Sin embargo, el inciso d) del artículo 3 de la Ley No. 200-04 obliga a la publicidad los listados de funcionarios, legisladores, magistrados, empleados, categorías, funciones y remuneraciones, y la declaración jurada patrimonial cuando su presentación corresponda por ley.

Ante este panorama, sobre el desconocimiento de si los nombres y apellidos de los funcionarios públicos formaban parte de las nóminas públicas, nuestro Tribunal Constitucional se pronunció en el año 2012 sobre el caso entre el señor XYX y la Cámara de Diputados. Según los hechos en este expediente, el ciudadano había realizado una solicitud de información contentiva del listado de nombres, apellidos, cargos y sueldos de los asesores de esa entidad, a lo que la misma respondió solo con el número total de asesores y el monto general pagado a esos profesionales al alegar que no contaban con el consentimiento de los asesores para publicar sus nombres y apellidos.

Al no estar conforme, el solicitante interpuso un recurso de amparo por ante el Tribunal Superior Administrativo, contra la mencionada Cámara a los fines de obtener los datos requeridos. La Segunda Sala del Tribunal Superior Administrativo, ordenó la entrega de las informaciones solicitadas, al considerar que eran informaciones públicas las nóminas de los empleados y funcionarios públicos, contentiva de nombres, apellidos, cargos y sueldos de estos, al no verse afectada la privacidad de las personas. No conforme con la sentencia, la Cámara de Diputados interpuso un recurso de revisión contra esta por ante el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional, mediante Sentencia TC/0042/12 de fecha 21 de septiembre del 2012, estimó que el derecho al acceso a la información pública tiene una gran relevancia para el fortalecimiento de la democracia, ya que su ejercicio garantiza la transparencia y permite a los ciudadanos, tanto de acceder a las informaciones en poder del Estado, como de controlar y fiscalizar el comportamiento del mismo. Asimismo, explicó que esta prerrogativa no es absoluta, puesto que debe ser ejercido dentro del marco del respeto al derecho a la intimidad y la protección de los datos personales, todo lo anterior conforme establece los artículos 44 y 49 de la Constitución dominicana, sobre el derecho a la intimidad y honor y el derecho a acceder a las informaciones públicas, respectivamente.

Ante el conflicto generado entre el derecho de acceso a la información del ciudadano, y el derecho a la intimidad y privacidad de los servidores o funcionarios públicos, el Tribunal Constitucional estableció que las nóminas de los servidores y funcionarios públicos, a que hace referencia la Ley No. 200-04 sobre Acceso a la Información Pública, no pueden confeccionarse sin consignar sus nombres y apellidos; en particular, porque, de manera expresa, el artículo 2 de la misma ley se refiere a “personas que cumplen funciones públicas”.

El Tribunal Constitucional consideró que, aunque el derecho a la intimidad es un valor fundamental del sistema democrático, al igual que la protección a los datos personales, no pueden, de manera general, aunque sí excepcionalmente, restringir el derecho de libre acceso a la información pública, ya que limitarlo despojaría a la ciudadanía de un mecanismo esencial para el control de la corrupción en la Administración Pública.

Sin embargo, esta interpretación de nuestro Tribunal supremo sobre la exposición de las identidades de los servidores públicos en las nóminas sufre variaciones cuando los mismos supuestos se replican con el Ministerio de las Fuerzas Armadas.

En este escenario el ciudadano XYX requirió al Ministerio de las Fuerzas Armadas una lista completa de todos los empleados, funcionarios, funciones y remuneraciones, con los datos: nombres y apellidos, cargo o función y sueldo bruto mensual. Ante la ausencia de respuesta de ese ministerio, dicho ciudadano sometió una acción de amparo en por ante el Tribunal Superior Administrativo que fue rechazado, contra la cual fue interpuesto un recurso de casación. Apoderada de este último, la Suprema Corte de Justicia confirmó el fallo del tribunal a quo.

En este caso, ante un recurso de revisión por ante el Tribunal Constitucional, este consideró a través de la Sentencia TC/0016/14 de fecha 16 de enero del 2014, que ciertamente la publicación de la nómina del Ministerio de las Fuerzas Armadas, como órgano de la Administración Pública que es, sería un hecho relevante porque se persigue un interés público con la revelación de los datos personales de los funcionarios adscritos a tal ministerio, ya que es una manera de controlar el uso y manejo de los recursos públicos y, en consecuencia, ponerle obstáculos a la corrupción administrativa; como lo fue sostenido en la sentencia TC/0042/12.

No obstante, el Tribunal en este caso estimó que la entrega inmediata de, principalmente, los nombres, apellidos, cargo o función de todos los empleados, funcionarios, funciones y remuneraciones del Ministerio de las Fuerzas Armadas suscitaría una expectativa razonable de afectación permanente de daños a la seguridad pública del Estado dominicano, temor fundado en que con la revelación de esa información se divulgarían datos del personal integrante de organismos de alta sensibilidad del Ministerio de las Fuerzas Armadas (inteligencia, contraterrorismo, protección especial, etc.), que no solo podría mermar la eficacia del cumplimiento de sus funciones, sino también exponerlo a graves peligros potenciales.

El Tribunal entendió que la divulgación de los nombres y apellidos de los miembros del Ministerio de las Fuerzas Armadas permitiría identificar e individualizar a estos funcionarios, pudiendo en consecuencia afectar la seguridad nacional y el interés público.

En este caso, el Tribunal Supremo ordeno al Ministerio de las Fuerzas Armadas la entrega inmediata de la lista de todos los cargos y rangos existentes en el Ministerio, así como las correspondientes remuneraciones asignadas a cada uno de ellos, sin indicar la cantidad de miembros, los nombres o cualquier otra información personal de aquellos que ostenten dichos cargos y rangos, salvo los vinculados con la seguridad nacional y la investigación.

En lo que respecta al cargo o función y sueldo bruto mensual, sin detallar nombre, se consideró que los datos contenidos en la nómina de una institución pública (como el Ministerio de las Fuerzas Armadas) “no constituyen informaciones reservadas ni sensibles y que, en consecuencia, deben ponerse a la disposición de todas las personas que los requieran”, criterio que se viene reiterando en las sentencias TC/0052/13 y TC/0062/13.

Tras la exposición de criterios del Tribunal Constitucional, se puede denotar que la publicidad de identidades de los servidores públicos que ordena la Ley No. 200-04, tendrá sus variantes dependiendo de las entidades y los derechos que concluyan en determinados escenarios.

En ese sentido, se colige que, entre el derecho de acceso a la información pública versus la privacidad ante la publicidad de nóminas de servidores públicos, por precedente constitucional, los datos personales ceden ante el interés público de vigilancia social. Mientras que, entre el derecho de acceso a la información versus la privacidad ante la publicidad de nóminas de servidores públicos de organismos de seguridad nacional, por precedente constitucional, el acceso a la información cede ante el interés de resguardar la seguridad nacional.

## Pinceladas sobre las Pruebas electrónicas

*Sam Castillo Domínguez*

Debido a los avances tecnológicos y a las ventajas que estos traen consigo mismo, tomando como referente que las transacciones que se tenían que hacer de forma presencial, actualmente se pueden realizar a miles de kilómetros mediante el uso de herramientas digitales y el internet. En esta misma tesitura se ha puesto en práctica la educación en línea mediante las plataformas digitales por lo que para adquirir conocimientos no tienes que trasladarse de manera presencial a una institución educativa solo se debe contactar por su plataforma, como también descargar un libro o ver un video instructivo, entre otros.

Cabe resaltar que la modalidad expresada anteriormente ha servido para esparcir los conocimientos de las personas, conectar y compartir con el mundo mediante las redes sociales y otras páginas web dedicada a tales fines. Esta evolución ha servido para mejorar las relaciones personales, comerciales y laborales. Lo que ha creado una revolución, que ha impulsado, transformado y adaptado el sistema laboral donde este ya se puede ejecutar mediante el teletrabajo. Incluso se creó un nuevo medio de prueba el cual es la prueba electrónica la cual se encuentra en un sistema electrónico, en forma de datos digitales y ese sistema donde se encuentran se le llama software.

Esto es así porque a realizar cualquier acción como acceder a una página web, mandar un mensaje, hacer un acuerdo o solicitar cualquier información. Queda un registro o una prueba del hecho o acto digital. Un hecho digital nace de igual forma que un hecho jurídico, mediante la acción u omisión, para probarlo debe quedar constancia en línea o en un dispositivo digital del hecho. Como ejemplos tenemos: acceder a una página web, hacer búsquedas en el navegador de internet, comprar en línea, crear un perfil, crear un correo, mandar un mensaje, ver un video en línea, negarse a responder una solicitud en línea, aceptar las cookies de una página web. Todas estas acciones son datos y al conjunto de estos datos se les llama huella digital.

Esta huella digital es el ADN de una persona en la red, porque contiene la información de esta persona, si esta persona es muy activa en la red tendrá su información general, sus gustos musicales, de comida, videos de interés, hobbies, gustos en compras, lugares que quisiera visitar, sus estudios y aspiraciones educativas.

Por eso pueden ver que las sugerencias que les aparecen en cualquier red social o página de ventas después de usarlas de forma continua no son aleatorias, es rebuscada por un algoritmo para que esta sea afine a sus gustos, un software. Esta prueba se presenta mediante la presentación de un hardware, una unidad de almacenamiento y dentro de este estarían los datos.

En nuestra legislación se encuentra legalizado diferentes elementos electrónicos mediante la ley 126-02 sobre comercio Electrónicos, documentos y firmas digitales:

**Documento digital:** La información codificada en forma digital sobre un soporte lógico o físico, en la cual se usen métodos electrónicos, fotolitográficos, ópticos o similares que se constituyen en representación de actos, hechos o datos jurídicamente relevantes. (artículo 2 acápite b). Esto es en base al principio de equivalencia funcional que no es más que darle un valor probatorio a la prueba electrónica como si fuera una prueba escrita. El documento digital se conserva en su estado original, esto es, un sistema de almacenamiento óptico o digital.<sup>14</sup>

La firma electrónica entonces será fiable si hay acuerdo entre las partes para su uso (intercambio de claves y contraseñas), ahora bien, por disposición de ley y salvo prueba en contrario se considerará fiable a los efectos del cumplimiento del requisito a que se refiere el párrafo anterior“si: a) Los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante; b) Los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante; c) Es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y d) Cuando uno de los objetivos del requisito legal de firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, es posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma.” De esta manera se pretende que la documentación consignada por medios electrónicos otorgue un grado de seguridad equivalente al del papel, junto con su característica principal, mayor confiabilidad y rapidez<sup>15</sup>

Por lo que el precedente artículo establece que cualquier acto o hecho jurídico que se realice vía electrónica se convierte a su vez en un acto o hecho electrónico. Y su validez de los mensajes de datos y los documentos digitales se encuentra en el artículo 4 de la Ley 126-02, que establece como principio fundamental que no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de documento digital o mensaje de datos. La Ley aplica los requisitos jurídicos a los referidos documentos, incluyendo su admisibilidad y fuerza probatoria; así como la formación y validez de los contratos.

También un documento digital puede servir como copia certificada de un documento original, si este se hace mediante firma electrónica; por lo que su valor probatorio tendría el mismo valor que un acto bajo firma privada. Y si participa un notario público servirá como un documento autenticado o autentico. Y este documento deberá regirse por las formalidades de un protocolo notarial y sus requisitos.

Así lo ha establecido la jurisprudencia ... esta sala en ocasión de la interpretación conforme la naturaleza y alcance del artículo 9 de la Ley núm. 126-02 sobre Comercio Electrónico, Documentos y Firmas Digitales, se beneficia de un régimen de equivalencia

---

<sup>14</sup>Nisimblat N. Derecho Probatorio 2013, pág. 225

<sup>15</sup>Reyes Krafft A. A. LA FIRMA ELECTRÓNICA pág. 15

y valor probatorio asimilable a los actos bajo firmas privadas válidamente admisible en justicia<sup>16</sup>.

Esto es porque en documentos digitales siempre se satisface el principio de originalidad, ya que las copias electrónicas son idénticas<sup>17</sup>.

Si se trata de una canción en formato de MP3 o en formato video, se considera que por tratarse de un archivo también está escrito, pero en lenguaje digital. Por ello la prueba se considera escrita, aunque en formato MP3 el cual puede ser convertido por un programa que sea capaz de leer este tipo de archivos.

Un documento electrónico está conformado por dos elementos: Este pensamiento lo hacemos en base al Artículo 5 de la ley 126-02: *Constancia por escrito. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, dicho requisito quedara satisfecho con un documento digital o mensaje de datos, si la información que este contiene es accesible para su posterior consulta y si el documento digital o mensaje de datos cumple con los requisitos de validez establecidos en la presente ley. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.*

**Elemento Subjetivo:** Hace referencia a la persona o personas que intervienen en el acto, hecho, manifestación de voluntad que quieren registrar, con el propósito de dejar una huella o soporte para ellos mismos o para terceros.

**Elemento Objetivo:** Hace referencia al hecho que se quiere plasmar, registrar, documentar, declaración de voluntad, con el propósito de adquirir deberes y obligaciones entre las partes y así mismo exigir su cumplimiento.<sup>18</sup>

En un futuro este podría ser la regla aplicar con la concretización de negocios, declaraciones o acciones mediante un documento legal y que autentifique las firmas. El protocolo del notario se actualizará cada vez que se ingrese y si este se hace con firma biométricas se podrán comprobar inmediatamente por una base de datos si las partes que aparecen en el acto fueron las que los firmaron. Claro aún estamos lejos de ese sistema, pero esta sería la mejor base para demostrar y aplicar los contratos firmados. Claro analizando los diferentes casos de forma particular.

### **Pruebas que nacieron de una prueba digital**

---

16 SCJ, Primera Sala, sentencia 829/2020 del 24 de julio 2020. Boletín Inédito.

17 Nisimblat N. Derecho Probatorio 2013, pág. 225

18 MORALES SÁNCHEZ F. 2016 VALIDEZ DE LA PRUEBA ELECTRONICA, UN ESTUDIO SOBRE LA FIRMA DIGITAL Y ELECTRONICA\* pág. 54 (Artículo de reflexión elaborado como opción de Trabajo de Grado para optar al Título de Abogado, bajo la Dirección de la Doctora Consuelo Giraldo Montoya, Docente Facultad de Derecho. 2016)

Se ha visto en los tribunales de la Republica Dominicana como abogados utilizan diferentes medios de pruebas sobre hechos y actos digitales, una que ha sido común para fundamentar las pretensiones en justicia ha sido la presentación de pantallazos de whatsapp y ha dado beneficio.

Pero el valor que se le debe dar a un pantallazo de whatsapp es de un principio de prueba, algo que se debe relacionar o corroborar mediante otro medio probatorio.

A que esta prueba nacida de una imagen deja muchos elementos fundamentales de la prueba digital, ya que solo es una mera presentación capturada de la acción o del acto. Pero con ese medio de prueba no se pueden verificar el código, algoritmos y demás elementos propios que son los validan el hecho o acto digital. Esto es porque violenta el principio de integridad de la prueba ya que no mantiene la prueba en su misma forma sin que se contamine, que en virtud de que las pruebas digitales son moldeables y de fácil alteración están tienen como base para su validez que se respete y se haga en base al principio de originalidad.

Como se mencionó anteriormente toda prueba digital debe estar protegida por el principio originalidad el cual se basa en que se presenten de forma original o las fuentes de la misma que establezcan los hechos digitales. Pero que las copias se validan porque pueden ser copias digitales, harían la misma función que una copia certificada. Si la parte demandada es la única que tiene en su poder el dispositivo este debe presentar la prueba. Pero para asegurar la no destrucción de la prueba se le debe solicitar a un juez la orden que ordena la presentación del dispositivo advirtiéndolo de que cualquier variación a la prueba este podría afectar el derecho.

Aunque en nuestro ordenamiento jurídico prima la máxima jurídica *actore incumbit probatio*, esta tiene su contra parte en algunas excepciones en base a principios como nadie está obligado a lo imposible y la tutela judicial. Si la única forma de que salga a la luz un hecho como este es que se presente el dispositivo que tiene el demandado o perseguido este debe presentarla.

Si fuera en materia penal solo necesitaría una orden del Juez de la Instrucción para acceder a la ubicación donde creen que esta el dispositivo. Estas ubicaciones pueden ser realizadas mediante diferentes instrumentos como GPS, triangulación de la señal, la dirección ip, entre otros. Pero las imágenes enviadas y recibidas en whatsapp tienen otro factor en detrimento de la fuerza probatoria y que la aplicación de whatsapp modifica la imagen se pueden dar cuenta cuando reciben una imagen por la aplicación que dice whatsapp image en su nomenclatura. Ósea que es un archivo que ha sido modificado y por ende contaminado; anulando su fuerza probatoria.

Por ende, esta prueba carece de veracidad probatoria y no se basta por sí misma para fundamentar hechos o actos digitales. Como tampoco constancia de actos o hechos jurídicos. Y los pantallazos de whatsapp solo servirían para establecer que pudo haber un hecho, pero esta prueba nunca deberá poner la balanza para a favor del ofertante

por sí misma, sino con otros medios probatorios que acrediten las fundamentaciones y las pretensiones.

También hay que tocar el aspecto de que la prueba no debe ser modificada, pero cuando se abre un archivo como ejemplo de Word se modifican sus propiedades las cuales se dividen en forma básica como descripción, origen, contenido y archivo.

En la descripción podemos observar datos sencillos como el título, asunto y categorías, entre otros. En el origen es que se detallan más datos de modificación para los actores judiciales que no son peritos en estos plantean el autor o el nombre del usuario que creo el archivo, su modificación y acceso. El autor Nissimblat, N., en su obra derecho probatorio establece sobre la cadena de custodia de la prueba digital que ``Es necesario tener en cuenta que cada vez que se abre un archivo se modifican sus propiedades, debido a la posible reescrituración que realizan los sistemas operativos instalados en el equipo. Por ello al abrir un archivo se viola la cadena de custodia''<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Nissimblat N. Derecho Probatorio 2013, pág. 235

## **Recomendaciones de buenas prácticas en los métodos alternativos de solución de conflictos en materia de telecomunicaciones**

*Cindy Liriano Veloz*

### **I. Introducción**

El presente ensayo tiene como objetivo realizar un análisis crítico de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos o Controversias (MASC)[1] que lleva a cabo el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (en lo adelante “INDOTEL”) establecidos por la Resolución No. 013-17 de esta institución, que aprueba el “Reglamento para la Solución de Controversias entre los Usuarios y las Prestadoras de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones”.

Lo anterior, con el fin de proponer algunas ideas sobre buenas prácticas que se recomiendan en el arbitraje comercial, que pudieran servir en la labor de los miembros de los Cuerpos Colegiados del INDOTEL, así como consideraciones sobre la conciliación previa practicada en la Unidad de Conciliación de la Gerencia de Protección al Usuario (GPU), que entendemos eficientizarían, el rol de dicha unidad dentro del Sistema de MASC del INDOTEL.[2]

### **II. Contexto: La importancia de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos o Controversias para el sector de las Telecomunicaciones.**

Los conflictos entre usuarios finales de productos y servicios y los profesionales que los proporcionan es una situación frecuente no sólo en el ámbito de las telecomunicaciones sino en todos los sectores de la economía nacional.

La influencia del fenómeno de la constitucionalización del proceso y específicamente de la normativa de la protección de los derechos del consumidor son cada vez más latentes en la República Dominicana, al punto que relaciones jurídicas, en donde antes no se pensaba posible dicho influjo, están siendo alcanzadas por esta caracterización, como son por ejemplo la relación médico -paciente e incluso la de cliente y abogado.

En consecuencia, existe una propensión clara hacia una objetivación de la responsabilidad de aquel que se considera el profesional o proveedor frente a la parte catalogada como la más débil, el cliente o el usuario. Cada vez más, notamos como la jurisprudencia dominicana se ha concentrado en crear en las más diversas áreas, obligaciones objetivas a cargo del profesional en beneficio de la protección del usuario, en base incluso a simple presunciones.

Sobre esta tendencia a la objetivación, el profesor Jorge Subero Isa, establece:

*“Llamamos la atención, por si acaso existe alguna duda sobre esa tendencia hacia la objetivación, que la Constitución de la República, en sus artículos 53,5 relativo a los derechos al consumidor, y 67, numeral 5,6 relativo a los daños al medio ambiente y a los recursos naturales, consagra una responsabilidad objetiva, es decir, no hay que probar la falta de quien la comete, bastaría con probar el daño. La Constitución unas veces consagra expresamente la reparación del daño y otras veces contiene una remisión en forma de reserva legal, a la cual debemos recurrir para su aplicación.”[3]*

Esto es preocupante en la medida en que, si bien esta protección es necesaria y muchas veces las decisiones de los tribunales son correctas debido a abusos y arbitrariedades cometidas por los profesionales, otras veces se pierde el grado de objetividad en la decisión, y el juzgador inclina la balanza a favor del usuario, en una práctica que obedece más a la equidad y menos a la aplicación objetiva del derecho.

Consideramos que, a los fines de este tema, esta situación es relevante debido a que el aumento sin control y sin un balance adecuado en esta tendencia, puede tener un impacto negativo importante respecto a la inversión nacional y extranjera en los distintos sectores productivos nacionales.

En el caso particular del sector de las Telecomunicaciones, el legislador se ha preocupado por proteger y mantener un delicado equilibrio entre las obligaciones y los derechos constitucionales de los proveedores u operadores y de los usuarios. Para esto, se ha creado un andamiaje legal que en nuestra opinión trata de individualizar y particularizar los conflictos entre prestadores y usuarios del sector de las telecomunicaciones separándolos del marco común del derecho de protección al consumidor.

La razón de este ámbito de protección – que busca un trato igualitario entre desiguales –, es clara: las telecomunicaciones en la República Dominicana representan uno de los focos de mayor inversión extranjera y empleos, por lo tanto, un pilar de la economía nacional. De acuerdo con la Asociación Interamericana de Empresas de Telecomunicaciones (ASIET) este sector de la economía es el segundo más gravado en América Latina[4].

Contrario a lo que sucede en la República Dominicana, en otros países, a pesar de que se reconoce que las telecomunicaciones es un sector regulado y especializado, la protección del derecho de este usuario pertenece al ámbito del derecho de consumo.

El objetivo del legislador dominicano de particularizar la relación prestadora-usuario en el ámbito de las telecomunicaciones ha creado una línea muy fina pero incuestionable. Esta línea que es imperceptible para aquel que no conoce sobre el sector de las telecomunicaciones, la cual tiene como propósito separar e individualizar la relación prestadora-usuario del derecho de consumo común, busca a la vez, -a manera de contrapeso- crear mecanismos fuera del ámbito de los tribunales ordinarios,

que garanticen en condición de igualdad, una solución efectiva y satisfactoria para ambas partes de esta relación.

Precisamente, el Reglamento que establece el Sistema de Conciliación y Arbitraje de Consumo aprobado por el Consejo Directivo del Instituto Nacional de Protección de los Derechos del Consumidor (Pro Consumidor) mediante la Resolución No. 11, del 3 de junio del año 2008 establece en el literal d) de su artículo 8) que: *“d) Las controversias entre usuarios o consumidores de servicios públicos con las entidades o empresas prestadoras, para los cuales ya han sido creadas con arreglo a la ley, otros mecanismos administrativos especializados para la solución de tales conflictos. En caso de que estos mecanismos no existan, las partes podrán someterse por ante la jurisdicción arbitral de consumo”.*<sup>[5]</sup>

En cuanto a la protección efectiva de los derechos de los usuarios del sector, la normativa ha tratado de poner a disposición de estos últimos, la posibilidad de acceder a vías de reclamación simples, rápidas, de fácil acceso y poco costosas. Este hecho no es un fenómeno único de la República Dominicana, sino que se ha vuelto una tendencia común a todas las legislaciones y una necesidad identificada y defendida por la mayoría de la doctrina acreditada.

Respecto a las prestadoras, somos de la opinión que la conservación de esta línea imperceptible mediante la particularización de la relación prestadora-usuario en el ámbito de las Telecomunicaciones, es un gran logro para éstas.

Las justificaciones de esta última afirmación son más que conocidas para cualquier abogado que haya litigado en los tribunales de nuestro país:

- a) La mora judicial y la falta de especialización suficiente de los jueces del Poder Judicial en los sectores regulados.
- b) Los altos costos asociados con los litigios.
- c) La práctica de muchos abogados, cuyo ejercicio consiste es hacer eternas y engorrosas las instancias judiciales, para obtener el mayor beneficio económico, por el agotamiento de la contraparte y que han afectado a muchos sectores regulados nacionales, piénsese por ejemplo, en los retos afrontados por el sector de seguros<sup>[6]</sup>o el sector de la construcción<sup>[7]</sup>.
- d) A nivel mundial, la innegable influencia del derecho del consumidor en muchas materias. La cual obedece a una realidad innegable: la diferencia natural entre un usuario persona física o moral frente a una sociedad proveedora de grandes capitales. Sin embargo, la presencia constante de esta desigualdad, en la percepción del juez ordinario, muchas veces nos hace testigos, de una inclinación natural del juzgador a favorecer del que considera más débil desde un punto socio económico, en detrimento de los derechos de su contra parte.

Ya sea desde el punto de vista del usuario o de la prestadora, en el tema de la solución de los conflictos, la respuesta en derecho comparado es invariable, esta es, la

preferencia de los Métodos de Solución Alternativa de Conflictos para la protección de los usuarios frente al productor o proveedor profesional de productos o servicios.

En definitiva, la relevancia del sector de las telecomunicaciones es indiscutible. Y no menos importante aún es su marco jurídico y las vías de solucionar sus conflictos de manera eficiente, eficaz y satisfactoria en este sector de nuestra economía.[8] Del fortalecimiento y la especialización continua de estas vías, depende que la relación prestadora -usuario no sea arrastrada hacia el ámbito del derecho común del consumo, el cual siempre se entenderá como más garantista.

La existencia de un sistema de resolución de controversias que sea percibido por ambas partes de la relación, como transparente y protector de sus intereses, siempre será una opción preferible para las partes frente a la justicia ordinaria.

El regulador es el garante del cumplimiento de esta misión, a través de los responsables últimos, que son indiscutiblemente, los conciliadores de la Unidad de Conciliación de la GPU y los miembros de los Cuerpos Colegiados del INDOTEL.

De ahí el papel trascendental que realizan los profesionales escogidos para resolver conflictos en el área especializada de las telecomunicaciones.

### **III. Breve introducción a los conceptos básicos de los principales métodos alternativos de resolución de controversias.**

Establecida la importancia del sistema de MASC en materia de las telecomunicaciones en la República Dominicana, podríamos abordar lo relativo a las buenas prácticas. Sin embargo, consideramos que para sugerir propuestas del “deber ser” de un procedimiento cualquiera, que es de lo que se trata las buenas prácticas, es necesario conocer el mismo.

La conceptualización y distinción de las características más relevantes de los distintos MASC no es nada nuevo para los abogados, pero pensamos que es un tema conveniente para aquellos interesados no abogados, que están interesados en el tema de las telecomunicaciones, como es el caso de muchos miembros de los Cuerpos Colegiados y los conciliadores que son parte de la Unidad de Conciliación.

#### **3.1 ¿Cuál es la razón de ser los Métodos de Resolución Alternativa de Conflictos?**

Para nadie es un secreto que hemos venido arrastrando una crisis del sistema tradicional de justicia, el cual actualmente está siendo enfrentado por los nuevos miembros del Poder Judicial mediante el Plan Estratégico Institucional Visión Justicia 20/24. Esta crisis no es propia de nuestro país, sino que afecta incluso a los sistemas de justicia más avanzados.

A mediados del siglo pasado en los Estados Unidos surge la iniciativa de la implementación de sistemas alternativos de conflictos fuera del ámbito de los

tribunales de justicia ordinarios, con el fin de contrarrestar esta problemática. Esta iniciativa se difundió rápidamente en el resto de los ordenamientos comparados. Estos mecanismos fueron denominados “*Alternative Dispute Resolution*” (ADR) o Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.

Estos surgen como una respuesta a la crisis del modelo de heterocomposición jurisdiccional, el cual está abrumado por las deficiencias, que son comunes a los diferentes modelos comparados: lentitud, rigidez y costo económico, aumento progresivo de la cantidad y la complejidad de los casos que ingresan al sistema, lo que ha derivado en una crisis de funcionalidad y eficiencia del sistema tradicional de justicia.[9]

Los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias comprenden aquellos procedimientos extrajudiciales de solución de controversias aplicados por un tercero de forma imparcial y han sido identificados como una serie de cauces privados o cuasiprivados que tienen su razón en aspectos económicos y de pragmatismo y tradicionalmente están fundamentados en el principio de la autonomía de la voluntad. No existe una clasificación única de estos métodos y dependiendo del sistema legal de que se trate existen variadas fórmulas que se utilizan para alcanzar soluciones negociadas o vinculantes en distintas materias. Pero existe una clasificación general, que los divide en:

**Sistemas Autocompositivos**, como son la mediación y la conciliación, en donde el conflicto se resuelve por las propias partes con intereses o pretensiones distintas con la asistencia de un tercero, cuya decisión tradicionalmente es no vinculante[10].

**Sistemas Heterocompositivos**, que son tipos adversariales, de carácter obligatorio, en donde el tercero si emite una solución vinculante, como es el caso del arbitraje[11].

De manera puntual, las ventajas y los inconvenientes asociados con los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias son los siguientes:

### **Ventajas**

1. La autonomía de la voluntad cobra mayor relevancia en la solución del conflicto, lo que provoca o induce al cumplimiento voluntario de las decisiones adoptadas como consecuencia del uso de estos métodos extrajudiciales.
2. Menor costo.
3. Mayor prontitud en resolver el conflicto, por la ausencia de una gran cantidad de elementos formales que caracterizan el procedimiento jurisdiccional del juez ordinario.
4. Mayor garantía de idoneidad en las soluciones debido a que generalmente los terceros en estos métodos son personas con conocimientos profundos y especializados de la materia de que se trate.
5. Disminución de la mora judicial estatal.

De todos estos métodos, los más conocidos y utilizados en diversos ámbitos en la República Dominicana son los siguientes[12]:

a) La **Mediación**, que es el procedimiento dirigido por un tercero independiente (el mediador) que interviene cuando las partes no han podido resolver por ellas mismas su conflicto.

El papel del mediador es en un primer momento escuchar un relato breve de la disputa y posteriormente se reúne con cada una de las partes para escucharlas por separado, a menudo “yendo y viniendo” e intenta convencerlas de moderar sus posturas, a estas reuniones se les conoce como “caucus” o reuniones privadas. La tarea del mediador es tratar de convencer a cada parte en concentrarse en lo que verdaderamente es esencial, en los verdaderos intereses de éstas, en lugar de concentrarse en lo que cada parte entiende que son sus intereses convencionales o legales, para que ellas mismas lleguen a un acuerdo.[13]

b) La **Conciliación**, puede ser definida como *“el procedimiento a través del cual las partes, por su libre voluntad, y siempre que la materia sea disponible, pueden evitar el inicio de un pleito o poner fin al juicio ya comenzado, por consenso en la solución de su conflicto, alcanzado ante un tercero (...). El tercero no decide nunca, resuelven las partes (...) El conciliador es un facilitador de la comunicación, no ejerce la función de juez, ni de árbitro.”* [14], pero si sugiere una solución.

Si la conciliación es previa al proceso heterocompositivo y con el fin de evitarlo es **preprocesal**, y tiene naturaleza de acto de jurisdicción voluntaria. En ese caso, si la conciliación no termina en arreglo, las partes pueden acudir posteriormente a otros mecanismos de resolución de controversias heterocompositivos, como el arbitraje o la demanda ante el juez ordinario.[15]

Cuando un proceso judicial por ejemplo ya ha iniciado, lo que se pretende es finalizarlo, entonces la conciliación es **procesal**. [16]

Muchos autores consideran que hoy en día la línea entre el mediador y el conciliador se ha borrado y que en la práctica ambas figuras parecen haberse combinado. Los abogados de tradición anglosajona, del *common law* suelen hablar de “mediación” y los abogados en donde la tradición es de derecho romano-germánico, o *civil law*, suelen referirse a la conciliación[17].

Lo cierto es que ambas figuras son distintas y que el papel del conciliador y del mediador, aunque es muy parecido es distinto, porque mientras el primero puede sugerir soluciones concretas, el segundo sólo está a facilitar la comunicación entre las partes.

En nuestro país ambos instrumentos están regulados. Algunas disposiciones son muy recientes y sistematizan ambos métodos y distinguen las figuras del mediador y el conciliador, en distintas materias. Por ejemplo, tenemos:

§ La Resolución núm. 2142-2018, del 19 de julio del año 2018, que establece el Reglamento General sobre los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en la República Dominicana dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia. La cual regula la conciliación y la mediación en materias civil, comercial, de familia, contencioso y administrativo, penal, laboral e inmobiliaria.

El Reglamento de Mediación y Conciliación del Centro de Resolución de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo, la cual regula ambas figuras en el ámbito comercial.

A partir de la definición del concepto de conciliación y del papel específico del conciliador, podemos derivar las buenas prácticas en el caso específico de este método extrajudicial, las que veremos más adelante.

c) El **Arbitraje**, es el tercer tipo tradicional de MASC -aunque algunos autores consideran que como se trata de un método heterocompositivo (adversarial) y no autocompositivo no debería ser enumerado como un Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias-. Este es un método de heterocomposición del conflicto en el que uno o tres terceros, llamados árbitros, dictan una decisión con carácter vinculante para las partes envueltas y ejecutoria, tras un procedimiento contradictorio. En consideración a lo anterior, puede afirmarse que la razón de ser del arbitraje, como institución procesal consiste en la solución de la disputa, la cual estará contenida en una decisión que usualmente se conoce como el *laudo arbitral*, el cual proveerá un desenlace o conclusión definitivos, al conflicto que enfrentaba a las partes.

El laudo arbitral es emitido con el objetivo fundamental de que las partes lo respeten y permitan su ejecución. Este último punto, el de la ejecución no debería traer mayores inconvenientes, pues es de principio que en el arbitraje son las partes que deciden de manera voluntaria someter el arreglo de su conflicto a la decisión de un tercero imparcial o árbitro y precisamente a partir de esa manifestación de voluntad de las partes es que el o los árbitros derivan su autoridad.

En otras palabras, en materia de arbitraje, por el hecho de que corresponde a las partes otorgar poder al tercero o árbitro para dirimir y tomar una decisión sobre el conflicto que las enfrenta<sup>[18]</sup>, en principio (en el mejor de los escenarios), la parte que no es favorecida por el laudo arbitral debe respetar la decisión del árbitro o tercero imparcial y obedecer de manera voluntaria los mandatos derivados de la decisión de éste.

El arbitraje como procedimiento tiene muchas características propias que lo individualizan respecto a otros métodos de resolución de conflictos; sin embargo, a los fines de este ensayo mencionaremos sólo algunos rasgos característicos del arbitraje comercial:

§ El Principio de la Autonomía de la Voluntad, como base fundamental del proceso, a partir del cual las partes eligen aspectos como: El tipo de procedimiento aplicable

(institucional o ad-hoc; en derecho o en equidad); la regla de procedimiento aplicable; la cantidad de árbitros; la sede del arbitraje;

§ La igualdad de condiciones de las partes que de manera voluntaria han decidido someter al arbitraje

§ La intervención de un tercero, el árbitro, el cual tiene las funciones de un verdadero juez privado.

§ La confidencialidad y flexibilidad del proceso

§ Un proceso contradictorio en donde las partes están representadas por sus abogados, y donde las mismas tienen la oportunidad de presentar ante el o los árbitros designados por ellas mismas, los argumentos escritos y las pruebas que entiendan necesarias para probar sus pretensiones.

§ La independencia e imparcialidad de los árbitros

§ Los costos del proceso (que es uno de los temas que constituyen críticas del arbitraje)

§ Decisión vinculante, definitiva y susceptible de ejecución.

La figura del arbitraje ha sido reconocida y regulada en nuestro país, algunos instrumentos jurídicos que la contemplan son los siguientes:

§ La Constitución de la República Dominicana (artículo 220).

§ Ley No. 489-08 sobre “Arbitraje Comercial” del 19 de diciembre de 2008 de la República Dominicana (Gaceta Oficial 10502 30 de diciembre del 2008).

§ Ley No. 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo. G. O. No. 10722 del 8 de agosto de 2013., que establece las normas Comunes del Procedimiento Administrativo Arbitral.

§ Reglamento que establece el Sistema de Conciliación y Arbitraje de Consumo” aprobado por el Consejo Directivo Instituto Nacional de Protección de los Derechos del Consumidor (Pro Consumidor) Resolución No. 11, de fecha 03 de junio del año 2008.

§ La 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 Dominicana.

§ Reglamento de Arbitraje del Centro de Resolución Alternativa de Controversias (CRC) de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo. 3ra ed. Santo Domingo, 2011

A modo de cierre sobre este aspecto, y para puntualizar, conviene indicar la explicación que da Francisco González de Cossio, -apreciado por todos los que practicamos arbitraje comercial en la República Dominicana-, el cual establece en palabras llanas, que la diferencia esencial entre conciliación, mediación y arbitraje está en el papel del tercero (conciliador, mediador y árbitro) en cada uno de estos métodos extrajudiciales, veamos: *“Hay quien confunde al árbitro con el mediador o conciliador. Mientras que el mediador interviene para ayudar a las partes a que ellas mismas resuelvan su controversia y el conciliador sugiere una solución; el árbitro realiza un acto jurisdiccional: emite un fallo (el laudo) que tiene fuerza de cosa juzgada y que vincula (obliga) a las partes.”*<sup>[19]</sup>

#### **IV. Propuestas de mejora y buenas prácticas respecto al Sistema de Solución de Controversias en materia de telecomunicaciones por ante el INDOTEL.**

De acuerdo con la normativa vigente, los métodos de solución alternativa de conflictos establecidos en la República Dominicana en materia de Telecomunicaciones son:

- a) La Conciliación realizada por la Unidad de Conciliación como parte de la Gerencia de Protección al Usuario, la cual termina con un Acta de Conciliación.[20]
- b) El procedimiento heterocompositivo de arbitraje realizado por los Cuerpos Colegiados cuyo objetivo es emitir una decisión vinculante que ponga fin al Recurso de Queja.[21]

Como indicamos anteriormente, para poder establecer las buenas prácticas relativas a cualquier procedimiento, es necesario conocer las particularidades de éste.

En este sentido conviene notar en primer lugar, que las reglas y recomendaciones que aplican a la conciliación y al arbitraje comercial, no aplican de manera automática a los procesos de conciliación y arbitraje administrados por el INDOTEL. Esto se debe a la naturaleza administrativa que caracteriza a ambos procedimientos de conciliación y de arbitraje administrados por el regulador y que los distingue de sus homólogos comerciales, sobre todo en el caso del arbitraje.

Esta diferencia es tal, que muchas personas entienden que el procedimiento que llevan a cabo los Cuerpos Colegiados no es un arbitraje, sino una forma especial de método alternativo de solución de controversias. Sin embargo, es la propia Ley de Telecomunicaciones que establece en su artículo 79 sobre la “Solución de controversias y protección del usuario”, que: *“La reglamentación establecerá los mecanismos de solución de controversias y protección al usuario por ante cuerpos colegiados a los cuales deberán acudir las partes. **Las decisiones arbitrales homologadas por el órgano regulador** no estarán sujetas, para ser ejecutorias, a los requisitos establecidos en los Artículos 1020 y 1021 del Código de Procedimiento Civil, y sólo podrán ser apeladas ante la Suprema Corte de Justicia.*

Independientemente de este punto, en materia de telecomunicaciones, existe todo un sistema alternativo de solución de controversias que inicia con el reclamo ante la prestadora. Este sistema también se caracteriza porque existe un sistema de control de legalidad de la decisión dictada por el Cuerpo Colegiado, mediante la posibilidad de un recurso contencioso administrativo por ante el Tribunal Superior Administrativo.

Para poder entender **(i)** las funciones y obligaciones del regulador respecto a la defensa de los derechos de prestadoras y usuarios, **(ii)** los métodos alternativos de resolución de conflictos entre prestadoras y usuarios; y **(iii)** los derechos de cada parte en la controversia se deben tener a la mano cuatro instrumentos:

- a) La Ley General de Telecomunicaciones No. 153-98.

b) La Resolución No. 013-17 que aprueba el “Reglamento para la Solución de Controversias entre los Usuarios y las Prestadoras de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones”.

c) La Resolución No. 046-03 que aprueba el “Reglamento Orgánico Funcional de los Cuerpos Colegiados del INDOTEL.”

d) La Resolución No. 110- 12 que crea el “Reglamento General del Servicio Telefónico” dictado mediante y modificado mediante las resoluciones No. 003-13 y 062-17

e) Resolución 062-17 que crea el Reglamento sobre los Derechos y Obligaciones De los Usuarios y Prestadoras de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

**4.1 En cuanto a la norma:** Un primer aspecto que se debe señalar es lo densa y compleja que resulta esta normativa. Esto constituye una gran diferencia con el arbitraje comercial, en donde los reglamentos institucionales y los modelos de reglamentos internacionales son sumamente claros, sencillos y cortos, lo cual ha sido el motivo del éxito del uso del arbitraje comercial frente a la jurisdicción estatal.

La complejidad de la normativa en materia de telecomunicaciones, relacionada con la aplicación de métodos de solución de controversias no se justifica, independientemente de la especialización de la materia, sobre todo si se piensa en que en la relación prestadora- usuario hay diferencias, no sólo de poder económico para costear cualquier proceso, sino incluso en cuanto a la representación en los procedimientos de conciliación y arbitraje, en donde el usuario en la mayoría de los casos, no se presenta acompañado de un abogado.

Se observa, además, que para tener un panorama completo respecto a los objetivos, funciones y prerrogativas del INDOTEL en procura de la defensa de los derechos de las partes, así como la identificación misma de estos derechos, obligatoriamente hay que tener a mano todas estas normas, lo cual resulta poco práctico y hasta contraproducente de cara al usuario.

Por lo que sugerimos, simplificar la redacción o términos de la normativa actual, así como reducir y unificar la cantidad de instrumentos legales, sobre todo respecto a dos temas: (i) “derechos y obligaciones de los usuarios y prestadoras”; y (ii) procedimientos de resolución alternativas de controversias, lo que pudiera contribuir a una buena y mejor práctica en el futuro.

Por ejemplo, entendemos que convendría la unificación de las resoluciones No. 013-17 que aprueba el “Reglamento para la Solución de Controversias entre los Usuarios y las Prestadoras de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones” y No. 046-03 que aprueba el “Reglamento Orgánico Funcional de los Cuerpos Colegiados del INDOTEL.”

Contra nuestra primera propuesta de buena práctica podría indicarse que a pesar de lo complicado y de la cantidad de normas, esto no tiene relevancia en la defensa de los derechos del usuario de las telecomunicaciones, pues los procedimientos de conciliación y arbitraje no son directamente adversariales -en principio, no hay

audiencias, con excepción de la comparecencia de partes celebrada de oficio por los Cuerpos Colegiados-, y que incluso el usuario no tiene la necesidad de un abogado.

Sin embargo, en nuestra opinión, con el fin de que la participación de los usuarios en el Sistema de Solución de Conflictos en materia de telecomunicaciones sea cónsona con los principios constitucionales de igualdad de armas y de tutela judicial efectiva[22], es necesario la simplificación de la norma de cara al usuario.

#### **4.2 En cuanto a los múltiples términos para referirse a la reclamación del usuario:**

Entendemos que no es necesario establecer distintos términos o denominaciones para referirse a una misma reclamación. En el Reglamento para la Solución de Controversias entre los Usuarios y las Prestadoras de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones tenemos diferentes denominaciones como: “reclamación”, “caso de denuncia”, “caso de preformalización”, “caso referido a la prestadora”, “recurso de queja”, las cuales entendemos tienen como propósito distinguir distintas etapas del recorrido de una misma reclamación del usuario.

No obstante, opinamos que lejos de ayudar a simplificar la lectura de la norma al usuario, dificulta y entorpece la comprensión del proceso.

#### **4.3 En cuanto a la competencia y la prescripción:**

Para tratar estos dos aspectos, debemos previamente considerar los siguientes puntos:

a) La Suprema Corte de Justicia ha establecido que: “Las gestiones o reclamaciones ante el INDOTEL no interrumpen por sí mismas la prescripción, pues las gestiones administrativas ante un organismo del Estado no surten este efecto, a menos que la ley lo disponga expresamente. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, Feb. 2011, B. J. 1203.”[23]

b) El numeral 4.1 del Artículo 4 del Reglamento para la Solución de Controversias entre los Usuarios y las Prestadoras de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones establece:

***“4.1 Sin que la siguiente lista tenga carácter limitativo, constituyen asuntos susceptibles de reclamación y en consecuencia, materia del presente Reglamento, aquellos relativos al cumplimiento efectivo respecto a la provisión del servicio, a una facturación acorde a lo consumido y en ocasión al contrato de servicio, instalación, activación o cancelación, traslado, suspensión o corte, retiro, averías, problemas de calidad en los servicios, falta de entrega o entrega tardía de la factura, si aplica, en el domicilio del usuario o en su dirección electrónica si el usuario así lo autorizare y en general, cualquier reclamo o queja basado en el servicio brindado, excepto reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios.”[24]***

Tomando en cuenta lo anterior y por el hecho de que el usuario accede al sistema de solución de controversias ante el regulador, generalmente sin un abogado, creo que es importante llevar a cabo varias acciones:

4.3.1.- Con relación a la competencia: Modificar el numeral 4.1 a los fines de que resulte más claro para el usuario cuáles son los límites del accionar de la Unidad de Conciliación y de los Cuerpos Colegiados. El hecho de que el numeral 4.1 establezca que la lista no tiene carácter limitativo y posteriormente haga una enumeración, puede prestarse en contradicción.

En adición a lo anterior, el referido Reglamento para la Solución de Controversias entre los Usuarios y las Prestadoras de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones define en su artículo 1, RDQ como: “24) *Recurso de Queja (RDQ): Son las reclamaciones interpuestas por los usuarios ante el INDOTEL, a través del Centro de Asistencia a los Usuarios de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (CAU), en torno al servicio que mantiene contratado con una determinada prestadora.*” Podemos ver que esta definición no establece una excepción o limitación.

Si se quiera seguir limitando la competencia, una forma de aclarar el impase puede ser establecer cuáles asuntos no son de la competencia de la norma, que es lo que hizo el reglamento que establece el Sistema de Conciliación y Arbitraje de Consumo” aprobado por el Consejo Directivo de Pro Consumidor.

Una situación que no está contemplada dentro de la enumeración del numeral 4.1 del artículo 4 del Reglamento para la Solución de Controversias entre los Usuarios y las Prestadoras de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones es la condenación de daños y perjuicios.

Sobre el aspecto específico de los daños y perjuicios, consideramos que los miembros de los Cuerpos Colegiados, que son abogados (algunos inclusive con experiencia como árbitros del Centro de Resolución Alternativa de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo), contables, ingenieros, técnicos tienen la capacidad de determinar la existencia o no de posibles faltas imputables generadoras de condenaciones de daños y perjuicios.

Entendemos que profesionales con conocimientos técnicos específicos, siempre tendrán mayor capacidad que los jueces ordinarios, de determinar faltas en materias especializadas como las telecomunicaciones.

4.3.2.- Con relación a la Prescripción:

El Reglamento para la Solución de Controversias entre los Usuarios y las Prestadoras de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones no prevé la interrupción o la suspensión del cómputo de los plazos de prescripción para que el usuario o la prestadora pueda solicitar daños y perjuicios posteriores[25]o para iniciar cualquier

reclamación derivada de la determinación de la falta del prestador, por ante los tribunales ordinarios.

Con el fin de proteger el usuario y de hacer más atractivo para este escoger el sistema de solución alternativa de conflictos administrado por el INDOTEL, antes de apoderar un abogado y las vías ordinarias, se podría establecer que el inicio de un procedimiento de conciliación ante la Unidad de Conciliación o de arbitraje ante los Cuerpos Colegiados, interrumpe o suspende el cómputo del plazo de prescripción, así como interrumpe o suspende el cómputo del plazo de cualquier reclamación de la cual estos resulten incompetentes.

En este mismo sentido, la Ley Modelo de la CNUDMI[26] sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, de 2018 (por la que se modifica la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, de 2002) sugiere a los Estados establecer en sus reglamentos la siguiente disposición:

*“Artículo X. Suspensión del plazo de prescripción 1. Cuando se inicie el procedimiento de mediación dejará de correr el plazo de prescripción de la pretensión que es objeto de la mediación. 2. Cuando el procedimiento de mediación concluya sin haberse llegado a un acuerdo de transacción, el transcurso del plazo de prescripción se reanuda a partir del momento en que finalice el procedimiento de mediación sin que se haya celebrado un acuerdo de transacción”.*

Bajo esta misma tendencia, la Resolución núm. 2142-2018, del 19 de julio del año 2018, que establece el Reglamento General sobre los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en la República Dominicana dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, establece que, desde el momento de la remisión del conflicto a conciliación o mediación, el cómputo del plazo de prescripción y de extinción del proceso quedará suspendido [27].

#### **4.4 En cuanto a la conciliación por ante la Unidad de Conciliación:**

Tomando en cuenta que los MASC en materia de telecomunicaciones, procuran una solución en el corto plazo y con la menor inversión de recursos, para el beneficio tanto de proveedores y usuarios, nos llama la atención el interés limitado que muestra la norma respecto a la conciliación en comparación con el arbitraje de los Cuerpos Colegiados.

Entendemos que no debería ser así, porque, aunque quizás en todos los casos no sea posible debido a la clase de intereses opuestos entre proveedor y usuario, el objetivo de la Gerencia de Protección al Usuario debería ser que la mayoría de Recursos de Quejas se resuelvan mediante la conciliación realizada por los conciliadores de la Unidad de Conciliación. Entre los aspectos que conviene ser establecidos en la norma son los siguientes:

4.4.1 *La definición de los términos conciliación y conciliador:* creemos conveniente, más aún cuando de la lectura de los Antecedentes del Reglamento se observa que hubo una indecisión en la propuesta inicial del reglamento entre si el procedimiento de autocomposición que iba a ser llevado a cabo por la Gerencia de Protección al Usuario era la mediación o la conciliación[28].

4.4.2 *Requisitos personales y profesionales para ser conciliador:* Resalta que el reglamento no establece los requisitos que debe tener una persona para ser conciliador de la Unidad de Conciliación, contrario a lo que sucede con los requisitos para ser miembro del cuerpo colegiado.

Creemos que esto es fundamental, sobre todo porque el conciliador no sólo debe tener las destrezas, técnicas y habilidades necesarias para lograr acercar posiciones encontradas, sino que además es una persona que presenta posibles soluciones.

Por esto algunos requisitos que consideramos fundamentales establecer respecto a la persona del conciliador son:

- (i) la imparcialidad e independencia, lo cual asegura un proceso transparente y justo para las partes, por lo tanto, una opción fiable y garantista para el usuario;
- (ii) la preparación técnica en la materia de telecomunicaciones y conocimiento práctico en las relaciones proveedor usuario, lo cual asegura una conducción eficiente y eficaz del proceso de cara a la búsqueda de una solución práctica al conflicto de que se trata.
- (iii) De igual manera entendemos que debe existir un programa permanente de formación continua donde el conciliador no sólo se prepare asiduamente en técnicas de solución de conflictos, sino que reciba constante formación en cuanto al sector de telecomunicaciones, en todas sus áreas normativa y de la industria, de manera que el papel de la Unidad de Conciliación sea fortalecido y dicha unidad cuente con conciliadores con capacidad para resolver la mayor cantidad de reclamaciones, sin necesidad de llegar a los Cuerpos Colegiados, lo que representa un ahorro de recursos y tiempo para el regulador, la prestadora y el usuario. Esto también permitiría que la competencia de los miembros de los Cuerpos Colegiados pueda ser ampliada, pues si la mayoría de las reclamaciones de los usuarios puede ser resuelta por los conciliadores, quiere decir que los miembros del cuerpo colegiado tendrán tiempo y capacidad para conocer reclamaciones más complejas.

4.4.3 *Papel del conciliador:* Indicar que el conciliador puede, como parte de su papel, hacer propuestas de posibles soluciones de la controversia, y el que pueda o no parecer más conveniente a una de las partes no debe entenderse como una falta de imparcialidad.

#### **4.5 En cuanto al Arbitraje por ante los Cuerpos Colegiados:**

#### 4.5.1 *Diferencias interesantes entre el arbitraje comercial y el arbitraje administrativo.*

Un primer aspecto interesante que debemos abordar brevemente es el carácter administrativo del arbitraje seguido por el usuario y la prestadora por ante los Cuerpos Colegiados del INDOTEL. Esto explica las razones por las cuales existe una diferencia que podemos calificar de “abismal” entre el procedimiento de arbitraje comercial y el procedimiento que nos ocupa.

Cuatro de las diferencias más importantes que cabe resaltar entre ambos tipos de arbitraje son las concernientes al papel de la voluntad de las partes, la confidencialidad del proceso, la valoración de la utilidad del voto disidente o del voto salvado y la desigualdad de las partes.

(i) El papel de la voluntad de las partes. Como habíamos mencionado anteriormente, en arbitraje comercial, el sometimiento voluntario al arbitraje es esencial, porque precisamente de la manifestación libre y voluntaria de ambas partes es que se deriva el poder de los árbitros para decidir todos los aspectos controversiales de la relación entre ellas -incluso la propia competencia de los árbitros-.

Sobre este punto la doctrina internacional y nacional indica que, en el caso del arbitraje administrativo, es perfectamente constitucional el hecho de que la voluntad de las partes sea sustituida por la del legislador que al final es la representación de la voluntad popular[29].

(ii) La confidencialidad del proceso. Las decisiones de los Cuerpos Colegiados son públicas, las mismas están disponibles en el portal web del INDOTEL. Esto es una gran diferencia con el arbitraje comercial, en donde uno de los presupuestos básicos es la confidencialidad[30] por parte del Tribunal Arbitral no solamente del procedimiento sino también de la decisión.

En nuestra opinión esta diferencia está más que justificada pues el arbitraje ante los Cuerpos Colegiados tiene como fin proteger los derechos de prestadores y usuarios en el marco de la prestación privada del servicio público de las telecomunicaciones.

Esto puede justificarse también en las disposiciones de la Ley No. 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo del 8 de agosto de 2013, la cual prevé:

*Párrafo II, artículo 23: “Para el ejercicio de la función arbitral, la Administración se someterá a los principios del procedimiento administrativo previstos en la presente ley. La legislación sectorial podrá establecer las peculiaridades de índole procedimental que sean necesarias, sin vulnerar los contenidos de esta ley.”*

*Numeral 7, artículo 3: “Principio de publicidad de las normas, de los procedimientos y del entero quehacer administrativo: En el marco del respeto del derecho a la intimidad y de las reservas que por razones acreditadas de confidencialidad o interés general sea pertinente en cada caso.”*

La ventaja que vemos en esta diferencia es que en el arbitraje administrativo es posible la creación de fondos o repertorios formales de jurisprudencia que sirvan a los miembros del cuerpo colegiado para la creación de precedentes.

(iii) La valoración del voto disidente o del voto salvado:

Cuando se toma una decisión en un órgano colegiado como un tribunal arbitral existen tres tipos de votos posibles:

El voto disidente, el voto salvado y el voto concurrente. Para diferenciar los tres es necesario saber que un voto se compone por el fundamento (argumentación o razonamiento jurídico) y el dispositivo.

Wendy Martínez Mejía señala que: *“Ortega Polanco establece que la diferencia entre el voto disidente y el voto salvado se encuentra en la parte de disensión: para el voto disidente el dispositivo y para el voto salvado la fundamentación. En ambos casos la doctrina y la legislación internacional establecen como diferencia que el voto salvado constituye un disentimiento parcial con la decisión, mientras que el voto disidente constituye un desacuerdo total con la decisión adoptada por mayoría (...) A estas dos categorías de voto de minoría se une el voto concurrente mediante el cual la decisión se toma de forma unánime por lo que resulta innecesaria la fundamentación separada de cada uno de los votos de los magistrados.”***[31]**

En arbitraje comercial la posibilidad de que un árbitro emita un voto disidente o un voto salvado lejos de ser bienvenido es rechazado. Hay dos razones para esto: Como el arbitraje comercial es confidencial y no existe la teoría del precedente, no hay utilidad de este para la creación de un fondo jurisprudencial; por esta razón, más que útil, el voto disidente en materia de arbitraje comercial se entiende como un pie de amigo para que las partes decidan accionar en nulidad contra el laudo arbitral, en vez de ejecutar lo decidido por la mayoría de los árbitros voluntariamente**[32]**.

Por el contrario, en materia del arbitraje administrativo, la posibilidad del voto disidente si está contemplada y resulta de una disposición legal. El Título Séptimo sobre el Régimen de Órganos Colegiados de la Ley No. 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo indica en el Párrafo IV del Artículo 55 que:

*“Párrafo IV. Los miembros de los órganos colegiados tienen derecho a recibir con 48 horas de antelación la información relativa a los asuntos a debatir, a participar en las deliberaciones dejando constancia de su opinión **y expresar su voto disidente de forma motivada para no incurrir en las responsabilidades derivadas de los acuerdos ilegales**”.*

Definitivamente, la especialidad de la materia de las telecomunicaciones que obliga a una composición heterogénea de los Cuerpos Colegiados hace valioso el voto disidente

o salvado. Piénsese, por ejemplo, en la diferencia de voto que puede haber entre un abogado y un ingeniero o un contable, sobre un mismo aspecto de la controversia y como las distintas opiniones sobre un punto pueden enriquecer el arbitraje administrativo en materia de telecomunicaciones.

(iv) La desigualdad de las partes: En el arbitraje comercial, las partes se encuentran en igualdad de condiciones. En el marco de la relación prestadora y usuario existe una clara desigualdad, la cual consideramos es uno de los mayores retos en el manejo imparcial con que deben de conducirse conciliadores y árbitros a la hora de juzgar este tipo de controversias.

Al respecto, la Ley No. 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo instaura el Principio de igualdad de trato, el cual indica que: *“las personas que se encuentren en la misma situación serán tratados de manera igual, garantizándose, con expresa motivación en los casos concretos, las razones que puedan aconsejar la diferencia de trato.”*

#### **4.6 Un caso interesante para análisis: La posición de los Cuerpos Colegiados ante la reclamación de la inexistencia del vínculo contractual entre prestadora y usuario.**

##### *A) Posiciones opuestas de los Cuerpos Colegiados*

Uno de los casos que se presentan y conocen los Cuerpos Colegiados, cuyo análisis permite identificar oportunidades de mejora y eficientización del papel de sus miembros, son las reclamaciones relacionadas con la existencia o no de una relación contractual con la prestadora.

En nuestra investigación, pudimos identificar dos posiciones opuestas adoptadas por Cuerpos Colegiados cuando juzgan un recurso de queja (RDQ) cuyo objeto es este tema: Primera Posición: El Cuerpo Colegiado acoge el Recurso de Queja que alega la inexistencia de la relación contractual. En este caso, el Cuerpo Colegiado falló de la siguiente manera[33]:

*“CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que el Cuerpo Colegiado no tiene la facultad “per se” para determinar la legalidad de una firma estampada en un documento fotocopiado, y visto que la Usuaria niega la existencia de tal autorización, sin embargo ante la duda y basado en un principio de aplicación universal en materia de derechos fundamentales, contenido en la Ley No.358-05 General de los Derechos de los Consumidores o Usuarios, básicamente el artículo 1, “En caso de duda, las disposiciones de la presente ley serán siempre interpretadas de la forma más favorable al consumidor,” entiende que debe apreciar la solicitud de la Usuaria, y en tal sentido acoge como bueno y válido los argumentos presentados por ella con relación al RDQ del cual ha sido apoderado;”*

*“CONSIDERANDO: Que, dentro de los derechos del usuario, está consagrado en el artículo 11, acápite C, del Reglamento sobre los Derechos y Obligaciones de Los Usuarios y las*

*Prestadoras de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, el derecho a “Obtener de la Prestadora protección contra intentos de fraude por parte de terceros. En caso de que sea activado un servicio de telecomunicaciones a nombre del usuario sin contar previamente con su debido consentimiento, el usuario podrá reclamar ante la prestadora, quedando exento del pago de los cargos generados fruto de la activación fraudulenta”;*

*“CONSIDERANDO: Que de acuerdo a las disposiciones de la Ley 358-05, de Protección de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, básicamente el artículo 1, “en caso de duda, las disposiciones de la presente ley serán siempre interpretadas de la forma más favorable al consumidor”;*”

Segunda Posición: El Cuerpo Colegiado se declara incompetente para conocer del Recurso de Queja que alega la inexistencia de la relación contractual. En este caso, el cuerpo colegiado falló de la siguiente manera[34]:

*“CONSIDERANDO: Que en el caso que nos ocupa, el objeto del recurso presentado (...)se limita a la eliminación de una alegada deuda a su nombre, alegando no haber suscrito ningún contrato de servicio;”*

*“CONSIDERANDO: Que ante la inexistencia o duda de la existencia de un contrato de servicio de telecomunicaciones los cuerpos colegiados resultan incompetentes de conocer o dirimir cualquier recurso de queja, máxime cuando a) Es en el marco contractual de un servicio que nace su competencia, y b) determinar la existencia o no de un contrato de servicio escapa a la competencia puntual que la ley y el reglamento le otorgan;”*

*“CONSIDERANDO: En ese sentido, el objeto del recurso presentado (...) no figura entre los asuntos de competencia de los Cuerpos Colegiados que contempla el art. 4.1 del Reglamento para la solución de Controversias entre Usuarios y Prestadoras de Servicios Públicos de Telecomunicaciones como casos susceptibles de reclamación ante esta instancia, ya que dicho artículo de forma expresa determina que son susceptibles de solución por parte de los Cuerpos Colegiados”*

*“CONSIDERANDO: Que, en adición a las disposiciones anteriores, el artículo 1324 del Código Civil dominicano establece que: “En el caso en que la parte niegue su letra o firma, y también cuando sus herederos o causahabientes declarasen no conocerlas, se ordenará en justicia la verificación”.*

*“CONSIDERANDO: Que los Cuerpos Colegiados no están facultados para ordenar una verificación de firmas, sino solamente para solicitar opiniones, inspecciones y/o experticias técnicas relacionadas con la prestación del servicio, según se establece en el artículo 35.2 del Reglamento para la Solución de Controversias entre los Usuarios y las Prestadoras de Servicios Públicos de Telecomunicaciones;”*

B) *Ni una ni la otra sino todo lo contrario.*

Entendemos que ninguna de las dos posiciones son las adecuadas.

En cuanto a la primera posición:

- Estamos de acuerdo en cuanto al alegato relativo al derecho del usuario de ser protegido por parte de la prestadora respecto al fraude que puede llevar a una falsa contratación de servicios de parte del reclamante.

- No estamos de acuerdo con el alegato respecto a que el Cuerpo Colegiado no tiene la facultad *per se* de determinar la legalidad de una firma. Pues la norma le da mecanismos para solicitar la verificación de firma, a los organismos facultados para esto, de conformidad con el artículo 35.2 del Reglamento , i.e.: INACIF. En adición, es relevante señalar que la Ley No. 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, consagra la función administrativa arbitral , estableciendo en su Artículo 33 relativo al procedimiento administrativo arbitral, que: *“Para la adopción de la resolución que proceda en cada caso, deberán llevarse a cabo todas las actuaciones de instrucción o investigación que resulten necesarias y, en general, aquellas actuaciones de obtención y tratamiento de información que sean adecuadas.....”*. Asimismo, en el numeral 2.1 se establece que los actos de instrucción o investigación podrán consistir en *“informes, análisis, evaluaciones y, en general, estudios que resulten pertinentes u obligatorios, sean o no vinculantes”*

- No estamos de acuerdo en la utilización de la Ley de Protección al Consumidor como argumentación base para justificar un fallo a favor del usuario en materia telecomunicaciones. Pues a pesar de que es el derecho común en materia de protección al usuario, no menos cierto es que en la normativa de telecomunicaciones se enumeran de manera específica, derechos tanto del usuario y de la prestadora, que sirven para justificar cualquier decisión a favor o en contra de cualquiera de ellos sin necesidad de alegar la Ley de Protección al Consumidor. En este sentido, el Párrafo I del artículo 6 y el literal c) del artículo 11 del Reglamento sobre los Derechos y Obligaciones de los Usuarios y Prestadoras de Servicios Públicos de Telecomunicaciones establecen respectivamente:

*“Párrafo I: Los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones tienen derecho a no pagar facturas por servicios no solicitados de manera expresa, verbal, escrita, o mediante la ejecución de medios electrónicos de aceptación que validen el consentimiento del usuario titular para tales fines.”*

*“Artículo 11. Derecho a la Privacidad y a la Protección de los Datos Personales c) Obtener de la prestadora protección contra intentos de fraudes por parte de terceros. En caso de que sea activado un servicio de telecomunicaciones a nombre del usuario sin contar previamente con su debido consentimiento, el usuario podrá reclamar ante la prestadora, quedando exento del pago de los cargos generados fruto de la activación fraudulenta.*

En cuanto a la segunda posición:

- No estamos de acuerdo con el alegato del supuesto límite de competencia atribuido al numeral 4.1 de la Resolución del Reglamento para la Solución de Controversias entre Usuarios y Prestadoras de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.
- No estamos de acuerdo con que los Cuerpos Colegiados son únicamente competentes si existe una relación contractual incontestada entre prestadora y usuario: Por el contrario, entendemos que los Cuerpos Colegiados pueden conocer sobre un alegato de inexistencia de una relación contractual entre prestadora y usuario, ya que en nuestra opinión la enumeración del 4.1 no es ni debería ser limitativa. Adicionalmente, entendemos que un árbitro especializado en telecomunicaciones, esto es, un miembro del cuerpo colegiado- siempre estará mayor capacitado por su especialización y tendrá menos cúmulo de casos para fallar, que un juez común.
- No estamos de acuerdo con el alegato de que los Cuerpos Colegiados no tienen la facultad de solicitar la verificación de firmas, pues los miembros de los Cuerpos Colegiados son los árbitros cuya competencia ha sido determinada por ley para dirimir los conflictos entre usuarios y prestadoras, para asegurar la defensa de los derechos de ambas partes.
- No estamos de acuerdo con la interpretación del artículo 35.2 del Reglamento para la Solución de Controversias entre los Usuarios y las Prestadoras de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, pues precisamente creemos que una de las justificaciones legales en que podría basarse el cuerpo colegiado para solicitar mediante el INDOTEL la verificación de firma al INACIF es ese artículo.
- Una opción adicional que el INDOTEL podría considerar es que lo casos de desconocimiento contractual, la Institución decida tener dentro de su personal técnico capacitado algún técnico especializado en firmas y detección de fraudes. Esto permitiría al INDOTEL, imponer multas y penalidades, amparándose en el Reglamento de Derechos y Obligaciones que obliga a las prestadoras a proteger a los usuarios contra los fraudes de terceros.
- En todo caso, conviene reflexionar si para este tipo de caso, los Cuerpos Colegiados debe contar con un plazo más amplio que los veinte (20) días calendarios establecidos en el numeral 35.1 del Reglamento para la Solución de Controversias entre los Usuarios y las Prestadoras de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.
- No estamos de acuerdo en general, porque encontramos violatorio al derecho constitucional de tutela judicial efectiva y acceso a la justicia de las partes, que un miembro del cuerpo colegiado, -esto es un árbitro preparado, especializado y capaz-, cuya competencia es indiscutible por voluntad legislativa, se declare incompetente para conocer de uno de los aspectos de una relación jurídica sometida a su escrutinio (como es la existencia o no de la misma) por un simple tecnicismo, como es una simple solicitud pericial de verificación de firmas.

- Adicionalmente, este tipo de decisión constituye un despropósito, en el sentido de que, si se piensa todas las etapas que han tenido que recorrer las partes, sobre todo el usuario, para que al final le presenten una incompetencia, esta práctica se constituye en una pérdida de recursos públicos y tiempo de las partes involucradas, lo que hace del proceso especial en materia de telecomunicaciones ineficiente para la protección del usuario, respecto a este tema. Además, esta práctica es una forma indirecta de quitar funciones a la misma institución del INDOTEL, que es el órgano regulador y fiscalizador del sector de las telecomunicaciones.

---

[1] El término MASC es utilizado por el autor Francisco González de Cossio, en su disertación *"Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. Nota sobre el Creciente Desarrollo del Área"*

[2] Este ensayo, es la base de la ponencia que llevamos a cabo en el Segundo Foro de los Cuerpos Colegiados del INDOTEL, celebrado el día 25 de junio de 2020, denominada *"Buenas Prácticas en Métodos Alternativos de Solución de Conflictos"*.

[3] Subero Isa, Jorge. "En búsqueda de una presunción de responsabilidad civil objetiva en el derecho de autor. Las presunciones como referentes y el principio iura novit curia como complemento". Anu. dominic. prop. intelect., n.o 4, 2017, pp. 15-39. ISSN 2410-3640

[4] Listín Diario. "El 25.18% de dominicanos no usa Internet". Sección Economía & Negocios. 29 de agosto de 2019: "(...) el experto Fernando López Gutiérrez, director regional para México y Centroamérica de la Asociación Interamericana de Empresas de Telecomunicaciones (ASIT) (...) Planteó el hecho de que la República Dominicana sea uno de los países con mayores gravámenes, el segundo más gravado en toda América Latina, y a pesar de que existe la voluntad de un cambio por parte de las autoridades del sector, no hay un interlocutor por parte de otras instancias." <https://listindiario.com/economia/2019/08/29/580338/el-25-18-de-dominicanos-no-usa-internet>

[5] Es importante saber, que la Ley No. 358-05 de Protección al Consumidor promulgada el 9 de septiembre de 2005, constituye el derecho supletorio o común para la relación proveedor-usuario en todos los sectores incluso aquellos que tienen regulación especial, como el de las Telecomunicaciones. Al respecto, ver artículos 1 y 135 de la Ley de Protección al Consumidor.

[6] Maireni Rivas Polanco. Congestión de los tribunales por demandas en accidentes de tránsito. *Gaceta Judicial*. 18 de mayo de 2000.

[7] Periódico Hoy. "Denuncian "mafia" abogados contra constructores." Sección El País. 27 de julio de 2017: "La presidenta de la Asociación de Constructores de Proyectos de Viviendas (Acoprovi), Susy Gatón, denunció ayer la existencia de "una mafia" de abogados que se dedica a hacer demandas "en el aire" a favor de trabajadores haitianos. Informó que ya pusieron al tanto de la situación al presidente de la Suprema Corte de Justicia (SCJ), Mariano Germán, y el próximo lunes harán la denuncia formal ante el procurador general de la República (...)". <https://hoy.com.do/1622911-2/>

[8] "Siendo incuestionable la relevancia de las telecomunicaciones en la civilización contemporánea, será una conclusión de puño advertir que el marco jurídico que delimita tal sector entraña un factor imprescindible para su desarrollo. Lo propio tiene lugar tratándose de sus sistemas de resolución de controversias, ya bien sean estos esquemas, los tradicionales o judiciales, o los denominados «alternativos»". Herrera Mercado Hernando, "El Arbitraje en Materia de Telecomunicaciones" en *El Contrato de Arbitraje*. 1era Reimpresión. Colombia: Legis Editores, S.A. y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario-Facultad de Jurisprudencia, 2008, 671.

[9] Sospedra Navas, Francisco José. "Mediación y Arbitraje". Los sistemas alternativos de conflictos. Aranzadi-Civitas-LexNova. Thomson Reuters, 2004, p. 38.

[10] También se consideran como autocompositivos en donde no interviene un tercero, la negociación y la transacción.

[11] Se entiende que los juicios ante el juez ordinario también son una forma de solución de conflictos heterocompositiva.

[12] Idem, Sospedra Navas, Francisco José, p. 4

[13] Redfern, Alan et al. "Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional". 4ta. ed. España: Editorial Aranzadi, S.A., 2006, p. 103.

[14] San Cristóbal Reales, Susana. "Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil". Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XLVI (2013) 39-62 / ISSN: 1133-3677. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4182033>

[15] Idem.

[16] Bisidem.

[17] Redfern, Alan et al. "Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional". p. 103.

[18] Motulsky, el padre espiritual del nuevo Código de Procedimiento Civil francés define el arbitraje como: "*una justicia privada de origen normalmente convencional*". Henry Motulsky, *Trabajos Escritos: Estudios y notas sobre el arbitraje*, II [Écrits, T. II. Études et notes sur l'arbitrage] (Paris: Dalloz, 1974).

[19] González De Cossío, Francisco. La Naturaleza Jurídica del Arbitraje. Un Ejercicio de Balance Químico. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen VIII.

[20] Numeral 31) del Capítulo I y Artículo 28 del Reglamento para la Solución de Controversias entre los Usuarios y las Prestadoras de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

[21] Numeral 24) del Capítulo I y Artículos 29-42 del Reglamento para la Solución de Controversias entre los Usuarios y las Prestadoras de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

[22] El Tribunal Constitucional en su Sentencia TC/0071/15 Expediente núm. TC-05-2014-0064 ha establecido lo siguiente:

a) "PRINCIPIO DE IGUALDAD – Deber de observación en todo proceso contencioso En todo proceso contencioso debe ser observado el principio de igualdad entre las partes intervinientes, según el cual los interesados principales deben ser tratados de forma igualitaria, o sea que los litigantes deben tener las mismas oportunidades de actuación dentro del proceso, sin que ninguno se encuentre en situación de inferioridad."

b) "*PRINCIPIO DE IGUALDAD – Su vulneración afecta el derecho a la tutela judicial efectiva El principio de igualdad en el ámbito de un proceso es la manifestación del principio general de "igualdad de armas" que garantiza que las partes dentro del proceso van a contar con idénticas oportunidades y potestades al momento de exponer y defender sus pretensiones, con inmediación de la pruebas y con el derecho de contradicción plenamente garantizado; Por ello, cuando se vulnera este principio también se afecta el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 69 de la Constitución (...)*"

Páginas 25 y 26 de la obra "Cinco años de Labor Jurisprudencial Tribunal Constitucional de la República Dominicana" [23] Headrick, William C. II Compendio Jurídico Dominicano / Headrick, William C; Piña, Cruz Antonio; Piña Fernández, Sandra S.; Roa Gerónimo, Carmen Rafaelina. — 1ra. Edición— Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura ISBN 978-9945-425-29-1, página 550.

[24] Las negritas son nuestras.

[25] Recordemos que actualmente la condenación en daños y perjuicios está excluida de la competencia de los Cuerpos Colegiados.

[26] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

[27] Artículo 41, Resolución núm. 2142-2018, del 19 de julio del año 2018, que establece el Reglamento General sobre los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en la República Dominicana: Desde el momento de la remisión del conflicto a conciliación o mediación, el cómputo del plazo de prescripción y de extinción del proceso quedará suspendido.

[28] Aunque ya dijimos que existe una tendencia a tratar ambos términos indistintamente, también hemos indicado que en realidad son dos procedimientos diferentes, sobre todo de cara al papel del tercero que interviene.

[29] Al respecto ver "El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en derecho administrativo" de Víctor Escartín Escudé y el "Arbitraje administrativo: la cláusula obligatoria y la excepción de confidencialidad" del Magistrado Argenis García del Rosario.

[30] Numeral 2 artículo 22 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial. Publicada en G. O. No. 10502, del 30 de diciembre de 2008: "*Los árbitros, las partes y los centros de arbitraje, en su caso, están obligados a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.*"

Numeral 1.10 del artículo 1) y numeral 15.3 del artículo 15) del Reglamento de Arbitraje del Centro de Resolución Alternativa de Controversias (CRC) de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo

1.10.- *Los procedimientos de arbitraje, que se desarrollan en virtud del presente Reglamento son de carácter privado y confidencial.*

15.3.- *Al momento de su aceptación el árbitro deberá firmar una declaración de independencia, imparcialidad y confidencialidad (...)*"

[31] Martínez Mejía, Wendy S. "Del voto disidente, la independencia de los jueces en los tribunales colegiados, el acoso laboral". Gaceta Judicial, 0291, 1 de febrero de 2011.

[32] "(...) en la mayoría de los casos, el laudo de un tribunal arbitral no puede apelarse y, además, no existe la teoría de *stare decisis* en el arbitraje internacional. Una opinión disidente no puede por lo tanto ilustrar a una instancia arbitral de apelación ni servirá a futuros tribunales arbitrales (...) lejos de colaborar con el proceso arbitral, las opiniones disidentes pueden llegar a comprometer la eficacia del proceso al atentar contra la validez y la posibilidad de ejecutar el laudo." Redfern, Alan et al. "Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional". 4ta. ed. España: Editorial Aranzadi, S.A., 2006, p. 543.

[33] Decisión No. SCC-D-000006-19 del 6 de febrero del 2019 dictada en ocasión del Recurso de Queja (RDQ) 29694.

[34] Decisión No. SCC-D-000064-19 del 9 de julio de 2019 dictada en ocasión al Recurso de Queja (RDQ) No. 30289

## Breve teoría sobre las denominaciones de las instituciones del Estado

*Anderson B. Vargas Franco*

### Exordio

A partir del principio de legalidad, las leyes confieren atribuciones, competencias y funciones. El referido principio da origen a instituciones y figuras jurídicas, ficciones creadas por las normas jurídicas que repercuten en la realidad de las personas físicas y jurídicas, sean de derecho público o privado, y nadie se escapa de esta situación.

Con la proclamación de la Constitución del 26 de enero de 2010, el Estado dominicano se acorazó en la protección del espectro de lo jurídico con el fin de dar legitimidad a sus actos y actuaciones, siempre y cuando los mismos estén sedimentados en el respeto de la dignidad humana, incluso, lo que deriven de estas.

Existe una ley, la 247-12, Orgánica de la Administración Pública. Esta innovó la forma en cómo el Estado y sus componentes se veían a sí mismos, y de cómo los demás lo veían a ellos, si como entes u organismos públicos. El fin de este estudio consiste en descifrar cuáles otras instituciones son entes y organismos de la Administración pública, partiendo del postulado de la mencionada ley.

### ¿Qué dicen las normas jurídicas?

Haciendo honor al título, no resulta práctico realizar un enjundioso pronunciamiento sobre este asunto, es algo que bien se podría exponer en un hilo de Twitter, sin embargo, la discusión presenta relevancia para la dogmática y el acervo de la literatura jurídica que puede sentar las bases para una posterior discusión más profunda.

La Ley núm. 247-12 en su artículo 6 establece que:

La Administración Pública está conformada por entes y órganos administrativos. Constituyen entes públicos, el Estado, el Distrito Nacional, los municipios, los distritos municipales y los organismos autónomos y descentralizados provistos de personalidad jurídica de derecho público, titulares de competencias y prerrogativas públicas. Los órganos son las unidades administrativas habilitadas a ejercer en nombre de los entes públicos las competencias que se les atribuyen.

Como señala el mencionado fragmento de ley, el Estado constituye un ente; siendo así, esta persona jurídica está separada<sup>20</sup> en tres poderes que son el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Pues aquí surge la interrogante, de que si el Estado es entonces un cuerpo jurídico, lo lógico es pensar que el mismo posea órganos.

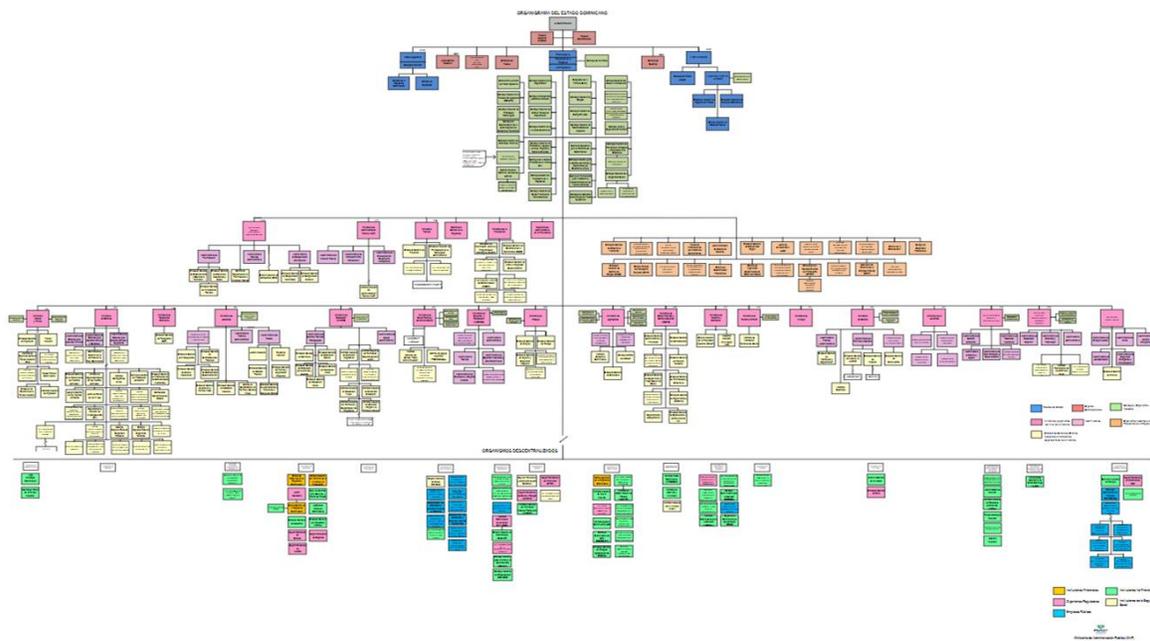
Aunque la ley no lo refiera así, se entiende que el Ejecutivo es un ente, pero órgano a la vez respecto al Estado, además cuando se observa la misma en su artículo 3, se refiere que las “disposiciones presente ley serán aplicables a todos los entes y órganos que

---

<sup>20</sup>Sobre la tradicional denominación de división o separación de poderes del Estado, desde este escrito se cree conveniente utilizar “distribución de poderes” en función de que resulta más apropiado desde su función gramatical, no desde el punto de vista del verbo en infinitivo, “distribuir”, sino la sustantivación del mismo ya conjugado.

conforman la Administración Pública bajo dependencia del Poder Ejecutivo”. Además, el artículo 16 establece que “la Presidencia de la República constituye un órgano”.

Esto indica, que existen perspectivas en cuanto a qué instituciones constituyen entes y órganos, y que la diferenciación se debe realizar al desde el punto de vista funcional, es decir, desde un organigrama que señale con precisión su lugar en la Administración. Como muestra de ejemplo, se presenta la siguiente ilustración:<sup>21</sup>



Otro refuerzo normativo de importancia lo ofrece la Constitución en su artículo 141 al disponer que:

La ley creará organismos autónomos y descentralizados en el Estado, provistos de personalidad jurídica, con autonomía administrativa, financiera y técnica. Estos organismos estarán adscritos al sector de la administración compatible con su actividad, bajo la vigilancia de la ministra o ministro titular del sector. La ley y el Poder Ejecutivo regularán las políticas de desconcentración de los servicios de la Administración Pública.

Se evidencia que a pesar de que tanto la Carta Magna como la Ley Orgánica de Administración Pública contienen algunas imprecisiones, las mismas pueden ser deducidas doctrinalmente que permiten aclarar y dar la denominación correcta a las instituciones públicas como una especie de calificación extralegal.

Es bien sabido que la doctrina es una de las fuentes tradicionales del derecho, y que

<sup>21</sup>Fuente: Ministerio de Administración Pública (MAP) Consultar vista completa en el siguiente enlace: <https://studylib.es/doc/4879072/organigrama-estado-dominicano---ministerio-de-administracion>  
Consultar también el portal del Sistema de Monitoreo de la Administración Pública que señala los organismos del Estado Dominicano: <https://www.sismap.gob.do/Central/Home/About>.

haciendo uso del mandato del artículo 74.1 de la Ley Sustantiva sobre los derechos fundamentales, esta reza que “[n]o tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza”.

Visto así, es factible atribuir este mandato de optimización a las denominaciones de las instituciones públicas, que las mismas pueden ser al mismo tiempo entes y organismos en el Estado, y el Estado podría ser un órgano del pueblo dominicano del que “emanan todos los poderes, los cuales ejerce por medio de sus representantes o en forma directa, en los términos que establecen [la] Constitución y las leyes.”<sup>22</sup>

En fin, se puede producir una analogía perfecta desde la dimensión legal que de asidero a esta proposición, y más tomando en cuenta que derechos como el de libertad de expresión y difusión del pensamiento configuran esta posibilidad, que si bien cabe la total posibilidad de encontrar resistencia o negación, bien podría en el mismo sentido encontrar respaldo o validación.

---

<sup>22</sup> Artículo 2 de la Constitución dominicana.

## **Major league baseball entre el arbitraje y la justicia ordinaria en República dominicana**

*Francisco Lapouble Segura*

El conflicto entre los equipos de Major League Baseball (MLB) con los jugadores que contratan en la República Dominicana, a través del acuerdo uniforme de jugadores de ligas menores, ha vuelto a despertar un debate que hasta hace poco parecía zanjado, sin embargo luego de una decisión de las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia, del 15 de julio de 2020<sup>[1]</sup>, todo parece indicar que será necesario retomar el análisis sobre cuestiones fundamentales del derecho del trabajo, arbitraje y derecho del deporte.

Todo surge a raíz del reclamo de un jugador al ser dejado libre por el equipo al que pertenecía. El pelotero, desconociendo la cláusula arbitral que contiene el acuerdo uniforme, e interpretando el convenio como un contrato de trabajo entre las partes, procedió al apoderamiento de los tribunales ordinarios de una demanda laboral en nulidad de desahucio e indemnización por daños y perjuicios.

En el deporte, la naturaleza del contrato que vincula a los deportistas con sus equipos es un tema que siempre ha sido interesante de abordar, pues sobre este no existe un criterio unánime<sup>[2]</sup>. Para los tradicionalistas estudiosos del derecho del trabajo, no hay duda de que el acuerdo es, por sus características de ejecución, un contrato de trabajo. Sin embargo, hay quienes dentro del Derecho del Deporte – tesis que sostiene MLB en su recurso – plantean que el estatus jurídico del atleta se asimila a un contrato civil, con características especiales en cuya prestación de servicios no se reflejan las condiciones esenciales del contrato de trabajo, específicamente el caso de la subordinación.

En esta ocasión, la decisión de las Salas Reunidas reafirma el criterio de la jurisprudencia dominicana que considera a estos acuerdos, contratos de trabajo. Y aunque no sea el criterio que se aplique en la totalidad de las ligas profesionales que se desarrollan a nivel internacional, así debe ser admitido hasta que no intervenga un precedente que lo revoque o nos avoquemos a una modificación legal, pues uno de los principios en los que se basa la Lex Sportiva, es respetar la legislación del país donde se ubique la federación a la que afecte la controversia.

Como consecuencia de estos conflictos y su alto grado de judicialización, uno de los avances más importantes que se ha conseguido en nuestro país en materia de resolución alternativa de controversias, fue el acuerdo alcanzado entre Major League Baseball (MLB) y el Centro de Resolución Alternativa de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo, para que los diferendos surgidos por el contrato uniforme se resolvieran en esta sede, por la vía del arbitraje.

Hay que reconocer que la herramienta funcionó. Hoy, a pesar de que existen casos donde se apoderan los tribunales ordinarios, la realidad es que la mayoría de las disputas entre equipos y jugadores se conocen por ante el CRC, en un proceso cuyas

características les garantiza a las partes: especialización, celeridad, rapidez, confidencialidad y gratuidad para los jugadores reclamantes.

Sin embargo, en las Salas Reunidas en esta ocasión, se impuso el criterio de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia ratificado de manera reciente en sentencia del 20 de diciembre de 2019, donde se establece que las cláusulas contractuales que se dispongan de la aplicación del arbitraje al momento de la suscripción del contrato de trabajo, resultan ser nulas de pleno derecho al suponer la renuncia de la competencia de los Tribunales de Trabajo, la cual resulta ser de orden público y no puede ser derogada por convenciones particulares, ni mucho menos hacer sufrir una limitación, de conformidad con lo señalado por el artículo 6 del Código Civil y al Principio V del Código de Trabajo. Decisión que atenta no solamente contra el proceso de arbitraje en controversias deportivas, atenta contra el proceso de arbitraje en sentido general. El voto salvado de los magistrados Read Ortiz y Arias Arzeno expone con precisión los porqués de esta afirmación.

Y es que, la decisión refleja a todas luces un atentado a la autonomía de los árbitros en el marco del proceso arbitral, llevándose de encuentro el principio del Kompetenz Kompetenz, que establece que la justicia arbitral tiene prioridad temporal sobre la justicia ordinaria para solventar las controversias que surjan sobre las condiciones, validez y efectos del contrato de arbitraje. Más cuando, tal como expresan los magistrados en su voto, es el árbitro el que decide si es competente o no, en cuyo caso remite a las partes por ante el juez ordinario, sin que esto refleje un tema de monopolio de los árbitros, sino de prioridad en el que debe de ser conocido el aspecto de competencia.

Antagonizar y atrincherar ambos foros entorpece la administración de justicia en el marco de cualquier sociedad, porque no se trata de una contraposición de justicia ordinaria versus el arbitraje y las demás alternativas de resolución de conflictos. De manera acertada Read Ortiz y Arias Arzeno resaltan que es preferible enfocar ambos foros como un todo dentro un sistema complementario de justicia. Sistema además exitoso, porque son muchos los casos entre equipos de MLB y jugadores que bajo esta modalidad encuentran solución con estándares de imparcialidad y eficacia sobradamente garantizados.

Desde la perspectiva específica del Derecho Deportivo, que se desarrolla sobre una serie de principios que le permiten a sus instituciones funcionar con cierto carácter de autonomía, regular para autorregularse, desarrollar mecanismos de gobernanza y buenas prácticas, incluso con un alcance que llega hasta la creación de su propia justicia deportiva a través de la conformación de tribunales arbitrales, decisiones como la de las Salas Reunidas suponen un freno a su evolución y desarrollo en el país, donde ya existe mediante ley, funciona y opera un Tribunal de Arbitraje Deportivo, que ha sido una verdadera conquista y que cumple su rol.

La trascendencia del deporte, como fenómeno cultural y económico, necesita para su funcionamiento la debida autorización de los Estados para que pueda funcionar a su

ritmo, dentro y fuera del aspecto netamente competitivo. Tal es el caso de las controversias que surgen en el deporte, y más aún en la industria del deporte, que necesitan un tratamiento especial, sin que especial signifique desconocer el sentido de justicia, más bien un conocimiento con las características que el arbitraje otorga como proceso para la solución de conflictos.

Situaciones como estas, es decir, el caso particular la definición del estatus jurídico del deportista, amateur y profesional, ponen de manifiesto la necesidad de una nueva ley deportes en nuestro país. Una asignatura pendiente que, a pesar de este precedente jurisprudencial, hay que reconocer que Major League Baseball ha tratado de organizar en su caso particular, de manera exitosa.

[1] Salas Reunidas, 15 de julio de 2020, Sentencia No. 22/2020, B.J. inédito.

[2] F. Buy, JM. Marmayou, D. Poracchia, F. Rizzo, Droit du Sport, "Spécificité du sport professionnel salarié", LGD), 2da. edición, p. 324.

## COVID-19 y los abogados

*Yorlin Vásquez Castro*

Hace unos días observé un video que circulaba en las redes sociales donde un abogado ilustraba con mangos en las manos su nuevo oficio, explicaba con mucho pesar que se había dedicado a vender el fruto para darle de comer a su familia. Ante tan penosa situación me cuestioné respecto a que si los efectos de la pandemia COVID-19, podían llegar a ser tan desgarradores al punto de llevar a un profesional a cambiar de labor.

La respuesta a lo anterior podrá ser quimera para algunos, pero para mí tiene toda la posibilidad de que así sea, y es eso un asunto de preocupación para todos los actores del Sistema Judicial, pues la justicia se administra esféricamente, por lo que, en sentido figurado: la afectación de un punto de trazo influye directa o indirectamente en la posibilidad de llegar a una circunferencia integral.

No caben dudas de que una de las ventajas que tuvo la República Dominicana ante la pandemia del COVID-19, fue recibir sus impactos a partir del mes de marzo 2020. Eso nos permitió (en ciertos puntos) vencer su sorpresa e impredecibilidad observando el comportamiento desplegado y aprendiendo de los planes de mitigación implementados por otros países que ya desde octubre de 2019 venían en la lucha. Sin embargo, la misma situación de no poder precisar el tiempo de duración de dicha pandemia nos llena de incertidumbre no solo en aspectos macroeconómicos y de política fiscal, sino también, y muy consecuentemente, en asuntos básicos y esenciales como la estabilidad económica de los hogares, en especial cuando estamos ante profesionales liberales.

Se destaca que ni aún para los organismos internacionales predecir el comportamiento de la pandemia a fines de mitigar sus efectos económicos ha sido tarea fácil. Por ejemplo, a finales del mes de marzo el Banco Mundial avalado por la CEPAL, vía su jefe de economía, Martin Rama, esgrimió un informe de comportamientos económicos para los países de América Latina y el Caribe, donde estimaban el crecimiento económico de República Dominicana en un 0% al finalizar 2020, lo que implicaba que el impacto de la pandemia no nos permitiría un progreso pero que tampoco nos dejaría en un retroceso. Posterior a ello, examinada la caída en la recaudación y el endeudamiento extraordinario por el virus, más los efectos paralizadores del estado de emergencia, se esgrime un segundo informe para el 16/07/2010, apenas 3 meses después, publicado por CEPAL, donde se sitúa en un -5.3% el retroceso económico de nuestra nación, de cara al PIB. Una variación fatal, pero una realidad para la mayoría de los países de la región.

Otros datos importantes son: 1) La previsión de la OMC apunta a que el comercio mundial caerá entre un 13% y un 32% en 2020 debido a la pandemia del COVID-19[1]; 2) la CEPAL pronostica que dicha pandemia puede dejar entre 14 y 22 Millones de personas en extrema pobreza en América Latina.

Es lógico que ante la declaración de un estado de excepción de modalidad estado de emergencia,[2] se incurran en el cese de las operaciones económicas y de los oficios, pues la vida se antepone a estos. Sin embargo, una paralización indefinida –o de poco control- puede arrojar un sentido inverso y de colapso, ya que el desarrollo de las actividades y los oficios son sustanciales para lograr la subsistencia humana. Como coloquialmente se dice “sin trabajo no hay comida”. Esto último es la regla general, salvo que estuviésemos ante la capacidad de brindar planes de subsidios generalizados a largo plazo o ante la posibilidad de cobrar un seguro de paralizaciones y desempleos; que no es el caso de los dominicanos.

Nuestros programas públicos de mitigación ( tarjeta solidaridad, programa FASE, programa Pa’Ti), no están destinados a la generalidad y sus montos de auxilios son ínfimos de cara al mínimo consumible de canasta básica que según datos publicados por el Banco Central dominicano, en el mes de marzo 2020 ascendió a RD\$ 38,525.02[3], para el Distrito Nacional y la Provincia Santo Domingo. Aunque no ignora esta humilde escritora el sacrificio presupuestario que implica para el gobierno erogar tales ínfimas sumas a sus beneficiarios.

Formalmente 19/03/2020, en nuestro país se declaró el primer decreto de estado de excepción, modalidad emergencia,[4] cuya justificación fue la presencia en nuestro territorio del virus COVID-19, disponiéndose inmediatamente un toque de queda y la suspensión de las actividades económicas no básicas, dentro de lo que se incluyeron los oficios personales como el ejercicio de la abogacía. Consecuentemente, el Consejo del Poder judicial dispuso mediante acta No. 002-2020 de fecha 19/03/2020, la suspensión de las labores administrativas y jurisdiccionales a excepción de las Oficinas Judiciales de Atención Permanente de la jurisdicción penal, manteniéndose esto así hasta el 01/07/2020, que es cuando se implementa la fase intermedia del plan de continuidad de labores del Poder Judicial a la luz de la resolución 004-2020, emitida por el Consejo del Poder Judicial, y se autoriza al conocimiento de procesos más allá de los urgentes.

Siendo así, pasaron unos tres (03) meses y doce (12) días en los cuales los abogados del país, en su mayoría, no devengaron ingresos por el ejercicio de su oficio si la inclinación era de litigios. ¿Es este tiempo suficiente para llevar a un abogado al ejercicio de otro oficio? No hay otra respuesta que decir: Sí, lo es. Y esto es así no solo para el que ejerce de forma independiente sino también para las firmas. Ese tiempo de cese transcurrido muy seguramente obligó a las firmas a buscar una salida extraordinaria de mitigación, a saber: inyección de capital, suspensión de empleados, disminución de gastos administrativos, postergación de liquidación de pasivos, etc. Cuestiones todas que repercutirán en los flujos y capacidad de generar ingresos para los meses y ejercicios venideros.

En un cálculo simple y mínimo, que no necesariamente responde a la realidad de todos los abogados, toda familia tiene gastos que honrar, a saber:

<b>Denominación</b>	<b>Valor en RD\$</b>	<b>Observaciones</b>
Manutención familiar	38,525.02	Precio canasta básica, BC.
Alquiler casa	35,000.00	Promedio de alquiler vivienda sencilla en el D.N.
Combustible	8,000.00	Se considera la baja de uso por toque de queda.
Colegio de niños	12,000.00	Precio promedio por cada niño.
Medicina básica	10,000.00	Se consideran medicamentos de botiquín, analgésicos, antiinflamatorios básicos.
Agua, electricidad, basura	9,000.00	Consumo moderado
Teléfono e Internet	5,000.00	Planes moderados
Mantenimiento casa o vehículo	5,000.00	Mantenimiento mensual básico.
Otros	30,000.00	

Total mensual: **RD\$ 152,525.02**

*\*El cálculo queda por debajo de realidad para familias con gastos adicionales de préstamos y trabajadores domésticos.*

Basados en el cálculo anterior, para subsistir por los tres (03) meses de paralización del país por el estado de emergencia, el abogado necesitaba unos ahorros mínimos de RD\$ 457,575.06. En consecuencia, el abogado que carecía de tal ahorro muy probablemente se vio obligado a incurrir en otros oficios, o en el peor de los casos a tomar préstamos, cuyos intereses a pagar de igual manera repercutirán en su capacidad económica para los próximos meses, o tal vez años.

Todo el que conoce del ejercicio de la abogacía sabe que tal ahorro es posible pero no de manera inmediata. Los flujos grandes de clientes con procesos extrajudiciales, las igualas y los anticipos de honorarios por casos en procesos, pueden llevar muy fácilmente a la cantidad referida o al menos a la generación de un activo circulante de “cuenta por cobrar clientes”, empero, el abogado del “día a día” cuyos honorarios devienen del conocimiento de audiencias o horas procesales, se vio fuertemente abatido por los efectos de la pandemia COVID-19.

En las siguientes líneas presento algunas de las políticas que otras naciones han implementado para mitigar los efectos de la pandemia cuando estamos antes profesionales independientes, algunas de estas ya han sido implementadas de manera parcial por el gobierno dominicano:

- Desgravación fiscal de base amplia (suspensiones impositivas, prórrogas, reducciones y exoneraciones).
- Creación y erogación de seguros o subsidios por paralización de oficios, con reserva pública.
- Reembolsos rápidos saldos fiscales a favor.
- Congelación de pagos de alquiler y servicios básicos.

- Liberalización de fondos de emergencias y siniestros para préstamos expeditos, personas físicas.
- Subsidio salarial porcentuado para casos de suspensiones, si aplica.
- Reducción de tasas de interés para préstamos de consumo.
- Suspensión de pago de seguridad social, si aplica.
- Seguro de salud gratuito por familia para aumentar la resiliencia del sistema de salud.
- Planes generales de alimentación, gratuitos.

Todo oficio sea profesional o empírico no debe avergonzar a nadie diría mi padre. La búsqueda honrada del pan no conoce de afrentas. Eso es así, empero, aún en medio de un estado de excepción se debe cuidar de no forzar a nuestros ciudadanos a llegar al punto de la degradación forzada. La búsqueda del equilibrio social implica la creación de políticas públicas que aún en tiempo de crisis eleven la dignidad humana y el trabajo, permitiéndonos la perfección vía el desarrollo progresivo y el tan venerado marco de justicia social.

El Estado dominicano debe continuar apoyando a los hogares y empresas a través de la contención, al tiempo de cambiar e ir impulsando la recuperación. Para el caso de los abogados, se augura una mejoría a partir del 29 del presente mes, donde se habilitarán juntamente con la modalidad virtual la modalidad presencial en todas las jurisdicciones, incluyendo los Juzgados de Paz, a los fines del conocimiento de todos los asuntos apoderados. Que así sea.

[1] Para más información consulte el informe: <http://bit.ly/2UVWpH7>

[2] Ver este tipo de modalidad en los artículos 6 y 10 de la Ley No. 21-18, Sobre Regulación de Estados de Excepción.

[3] Ver costo de canasta de consumo por regiones geográficas, Informe 2011-2020: <https://www.bancentral.gov.do/a/d/2534-precios>

[4] Ver Decreto No. 134-20, emitido por presidente Danilo Medina.

## Presupuestos inconstitucionales e inconventionales para la determinación del peligro de fuga

*Thiaggio Marrero Peralta*

Tras varios años de intensa discusión, con la aprobación del Código Procesal Penal en el 2002 el país se abocó a la instauración de un nuevo proceso penal, el cual que rompía definitivamente con el sistema inquisitivo y arbitrario que establecía el Código de Procedimiento Criminal. La idea de la reforma procesal penal era adecuar el proceso a las garantías constitucionalmente establecidas y a las disposiciones convencionalmente asumidas por el Estado, de cara a hacer un proceso penal que tuviera como centro la dignidad de las personas, sean estas víctimas o imputadas, en estricto apego y observancia al debido proceso de ley.

En ese sentido, la reforma procesal, además de ser modernizadora y permitir al país cumplir con compromisos internacionales, trajo consigo una regulación clara y precisa de las medidas de coerción, pues antes con el Código de Procedimiento Criminal solo existían la libertad bajo fianza y la prisión preventiva, cuya imposición dependía básicamente de la voluntad del juez de instrucción y el Ministerio Público, lo que en parte explicaba la crisis penitenciaria que había en el país a raíz de la enorme cantidad de “presos sin condena” dado que para octubre de 1999 eran el 70% de la población carcelaria<sup>[1]</sup>.

Esos datos revelan como un proceso penal sin garantías efectivas sirve de pivote a una política de seguridad estatal arbitraria, que termina transformando la prisión preventiva, medida eminentemente cautelar, en una medida de castigo y terror. Pero, además, que la mayoría de los presos sean preventivos también habla de la calidad de la democracia constitucional. No por menos, señalaba Manuel Miranda Estrampes que *“un inadecuado y sistemático recurso a la prisión preventiva pone en evidencia la negación democrática y constitucional de una sociedad*<sup>[2]</sup>.”

De ahí que con la reforma procesal penal, para romper con la arbitrariedad y el amplio poder discrecional del juez de instrucción del Código de Procedimiento Criminal, se dotó al proceso de un marco claro y objetivo respecto de las medidas de coerción, disponiéndose la libertad como regla en el proceso penal y consecuentemente el carácter excepcional de todas las medidas de coerción establecidas, cuyo catálogo fue ampliado por el Código Procesal Penal para dar las más diversas alternativas a los operadores jurídicos para garantizar la finalidad del proceso sin que necesariamente se tenga que privarse de libertad a quien esté sometido a las instancias represivas.

Con el Código Procesal Penal quedó claramente establecido que para imponer cualquier medida de coerción personal deben concurrir tres condiciones objetivamente identificadas conforme al artículo 227: 1.-Suficiencia probatoria para vincular a la persona imputada con los hechos punibles en calidad de autor o de cómplice; 2.-Existencia razonable de un peligro de fuga; y 3.-que los hechos punibles tengan por sanción una pena privativa de libertad.

El peligro de fuga es básicamente el *periculum in mora* del proceso penal, elemento común para la disposición de medidas cautelares, teniendo en cuenta la naturaleza cautelar de las medidas de coerción. Y esto es muy importante retener pues este elemento debe evaluarse desde la óptica del proceso y su finalidad, dejando fuera cualquier aspecto relativo al fondo del proceso.

En efecto, si el Código Procesal Penal concibe las medidas de coerción como instrumentos para garantizar la presencia del imputado en todos los actos del procedimiento y evitar que haya obstrucción a la investigación e intimidación a testigos, es decir, que se tratan de herramientas procesales que para asegurar los fines del proceso en sí mismo; las condiciones objetivamente indicadas en la norma para su imposición deben estar vinculadas al peligro que se desea evitar y no así, con aspectos propios de la política criminal del Estado.

En ese sentido, uno de los mayores logros de la reforma procesal penal de 2002 fue la eliminación de la gravedad de los hechos como presupuesto para evaluar el peligro de fuga y el establecimiento de circunstancias vinculadas al aseguramiento del proceso, tales como el arraigo del imputado y su historial en ocasión de otros procesos.

Sin embargo, a partir de la ley núm. 10-15, se modificaron los artículos 229 y 234 del Código Procesal Penal para reintroducir elementos impropios en la verificación del peligro de fuga, tales como la gravedad de los hechos, las características personales del imputado y la alarma social del hecho punible.

La ley núm. 10-15 trajo elementos propios de la función de prevención del delito al procedimiento de medidas de coerción en el marco de la determinación del peligro de fuga, con la agravante de permitir una amplia discrecionalidad a los jueces para justificar la prisión preventiva bajo el presupuesto de la alarma social, es decir, atendiendo a los gritos de la sociedad frente a los hechos imputados como consecuencia del “daño social ocasionado a la sociedad” por alguien a quien se le presume inocente.

De ahí que la fundamentación del peligro de fuga sobre la base de la gravedad de los hechos o la alarma social implica, necesariamente, un adelanto en el juicio de culpabilidad, por ser estos elementos ajenos al propósito del procedimiento de medidas de coerción donde solamente se debe verificar la necesidad o no de restringir la libertad del imputado para garantizar los fines del proceso como anteriormente he señalado.

Estos presupuestos son indudablemente incompatibles con el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 69.3 de la Constitución y ni con el derecho a la libertad personal dispuesto en el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la cual, conforme al artículo 74.3 de la Constitución no debe ser vista solo como una simple norma internacional a la cual se comprometió el Estado dominicano a cumplir y que su contenido se limita a su texto, es decir, a la prohibición de detenciones o encarcelamientos arbitrarios; sino que este texto entra en el ordenamiento interno ya enriquecido por las interpretaciones y sentidos dados por la

Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), pudiendo ser aplicada directamente por los jueces en tanto que forma parte del bloque de constitucionalidad[3], como parte del control convencional de las normas.

En ese sentido, para la Corte IDH el artículo 7.3 de la CADH “*prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables, o carentes de proporcionalidad*[4].” Por ello, “*la legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales*[5]”.

A lo anterior se suma importancia el criterio del Tribunal Constitucional en su sentencia TC/0380/15, con la que también deja claro que no basta con que el legislador disponga de criterios para la imposición de la prisión preventiva y cumplir con el principio de legalidad, sino que ésta necesariamente tiene que resultar razonable, proporcional y motivada sobre una base cautelar, es decir, que no tenga fines de prevención general como sucede en con la pena.

Destaco el hecho de la imposición de la prisión preventiva en tanto a que, si la determinación del peligro de fuga se sustenta en elementos propios de la pena, evidentemente que esta medida de coerción se convierte en una pena anticipada y, por tanto, contraria a la presunción de inocencia.

Pero aún si no se tratara de la prisión preventiva, toda restricción a la libertad personal del imputado sobre la base de un peligro de fuga fundamentado en la gravedad de los hechos o en la consternación social, también vulnera el estado de inocencia que le asiste a la persona imputada, pues le otorga a esa medida de coerción menos gravosa que la prisión preventiva un carácter sancionatorio y no propiamente cautelar.

Y dado que estas circunstancias para evaluar el peligro de fuga, introducidas en el artículo 229 del Código Procesal Penal por la ley núm. 10-15[6], son de naturaleza punitiva, adelantan el juicio de culpabilidad y antijuridicidad, vulneran el derecho, principio y regla de presunción de inocencia dispuesto en el artículo 69.3 de la Constitución, así como la prohibición de detención o encarcelamiento arbitrario previsto en la CADH, de acuerdo con el alcance otorgado por la Corte IDH.

---

[1] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIHD), *Informes sobre la situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana del 7 de octubre de 1999*, párrafo 449. Disponible en línea: <http://www.cidh.org/countryrep/Rep.Dominicana99sp/Cap.12.htm>

[2] Manuel Miranda Estrampes et al, “Medidas de Coerción” en *Derecho Procesal Penal*, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, 2006, p. 183

[3] Art. 3 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales. Cfr. Resolución 1920-2003 del 13 de noviembre de 2003 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia y la sentencia TC/0150/13

[4] Corte IDH, caso López Álvarez v. Honduras, 1 febrero de 2006, párr. 66

[5] Ibid. párr. 67. En esa línea: Corte IDH, Palamara Iribarne v. Chile, 22 de noviembre de 2005, párr. 198

[6] El Tribunal Constitucional en su sentencia TC/0402/17 declaró las modificaciones conforme a la Constitución, lo cual es un desacierto del tribunal que en otro momento abordaré.

## Control difuso en sede administrativa

Víctor A. León Morel[1] y Chanel Liranzo Montero[2]

### Introducción

El control de constitucionalidad y más específicamente el control difuso en República Dominicana es insertado en nuestra primera Constitución del 6 de noviembre de 1844, en sus artículos 35 y 125 respectivamente, que establecen lo siguiente:

*Art. 35. No podrá hacerse ninguna ley contraria ni a la letra ni al espíritu de la Constitución: en caso de duda, el texto de la Constitución debe siempre prevalecer.*

*Art. 125. Ningún Tribunal podrá aplicar una ley inconstitucional, ni los decretos y reglamentos de administración general, sino en tanto que sean conformes a las leyes.*

Como bien afirma el magistrado Hermógenes Acosta en su obra “*El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución*” la trayectoria histórica del control de la constitucionalidad puede dividirse en cuatro períodos: el primero comprende desde 1844 hasta 1924, el segundo de 1924 a 1927, el tercero desde 1927 hasta 1994 y el cuarto del 1994 al 2010. En el primer período estuvo vigente el control difuso, en el segundo el control concentrado, en el tercero el control difuso de nuevo y en el cuarto el modelo mixto o iberoamericano”. [3]

El artículo 69.10 de la Constitución dominicana de 2010 consagró un principio fundamental entre las relaciones de las personas y el Estado. Dicho artículo estableció la obligación de respetar el debido proceso y la tutela judicial efectiva de las personas a toda clase de actuaciones judiciales y **administrativas**. Quiere decir que aún no estemos frente a una actuación en la cual este apoderado un tribunal de la República, los entes administrativos[4] están obligados a asegurar estas garantías constitucionales.

Este artículo no es más que una consecuencia del neoconstitucionalismo, y la constitucionalización del derecho, pues como afirma el profesor Luis Joseph Favoreau, *bajo el efecto del fenómeno de la constitucionalización, el centro de gravedad del orden jurídico se ha desplazado. Desde el siglo XIX, ese orden tuvo a la ley como eje esencial. A partir de fines del siglo XX, el eje es la Carta Fundamental. Hoy debe, en consecuencia, hablarse de principio de constitucionalidad, porque la Constitución no es ya más un Derecho de preámbulo ni otro de índole política, sino que verdadero Derecho.*[5] La transversalidad del derecho constitucional entonces, obliga a que veamos todas las otras ramas del derecho desde la óptica del derecho constitucional, convirtiéndose en el nuevo derecho común.

El objetivo del presente artículo no es analizar cuestiones del control difuso aplicado por los tribunales de la República, ya que se trata de una prerrogativa sin mayores inconvenientes. Lo que procuramos analizar en los siguientes párrafos es que si frente a recursos en sede administrativa, es decir, recursos interpuestos ante la

Administración Pública y sus entes, como lo son el recurso de reconsideración, y el recurso jerárquico, puede ser aplicado un control difuso respecto a una disposición normativa. [6]

### **Control de constitucionalidad, seguridad jurídica, principio de legalidad y principio de presunción de normas constitucionales.**

Desde la famosa sentencia de 1803 dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, *Marbury vs Madison*, se ha ido reconociendo el poder que tienen los tribunales de controlar la constitucionalidad de las normas[7]. Y así lo afirmaba Alexander Hamilton en *El Federalista*, expresando lo siguiente:

*La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia debe preferirse como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superior, en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.*

Sin un control de constitucionalidad efectivo, no podemos garantizar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y se materializaría la célebre frase de Ferdinand Lasalle respecto a que la Constitución es un pedazo de papel y que lo importante no es tanto su contenido sino la suma de factores reales de poder que rigen en ese país. La Constitución Dominicana en su artículo 188 establece lo siguiente: *Control difuso. Los tribunales de la República conocerán la excepción de constitucionalidad en los asuntos sometidos a su conocimiento.*

Esta atribución de ejercer el control difuso conforme al previamente citado artículo es, en principio, exclusiva de los tribunales de la República, no pudiendo en ese sentido, la Administración Pública aplicar dicho control.

Este tipo de control de constitucionalidad fue sistematizado y desarrollado en los Estados Unidos de Norteamérica. Este modelo debe su nombre al hecho de que el control de constitucionalidad lo puede ejercer cualquier juez del sistema de justicia, contrario a lo que ocurre en el sistema concentrado, en el cual se reserva dicha facultad a un único órgano.[8]

Lo procurado en el artículo 188 tiene sentido, si tomamos en cuenta que ese control difuso podrá ser aplicado posteriormente, en caso de que la decisión de la administración pública sea recurrida ante los tribunales. Así mismo, permitir que la administración aplique dicho control pudiera perjudicar la seguridad jurídica y el principio de presunción de constitucionalidad de las normas, principio conocido como *in dubio pro legislatore*.

En efecto, el Tribunal Constitucional se ha referido a dicho principio, estableciendo en su sentencia TC/0199/13 que en nuestro sistema prevalece el criterio de que una ley es constitucional hasta tanto el órgano encargado del control de la constitucionalidad se pronuncie en sentido contrario, en virtud de la máxima *in dubio prolegislatore*.

En tal sentido, si la administración pública decide aplicar un control difuso e inaplicar una norma por entender que es contraria a la Constitución, estaría actuando al margen del artículo 188 y contrariando el precedente contenido en la sentencia TC/0199/13.

Respecto a la seguridad jurídica, el Magistrado presidente del Tribunal Constitucional ha expresado que esta figura significa pues, *“garantías de estabilidad en el tráfico jurídico, respeto a las normas establecidas por parte de la autoridad, certeza de derecho y consecuente previsibilidad, confianza y predeterminación en la conducta exigible a los poderes públicos que conforman el Estado”*.<sup>[9]</sup>

Así mismo, el Tribunal Constitucional dominicano ha establecido lo siguiente sobre el principio de seguridad jurídica:

*...un principio jurídico general consustancial a todo Estado de Derecho, que se erige en garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que asegura la previsibilidad respecto de los actos de los poderes públicos, delimitando sus facultades y deberes. Es la certeza que tienen los individuos que integran una sociedad acerca de cuáles son sus derechos y obligaciones, sin que el capricho, torpeza o la arbitrariedad de sus autoridades puedan causarles perjuicios (...) [(Sentencia TC/0100/13 del veinte (20) de junio de dos mil trece (2013)].*

El principio de legalidad administrativa ha sido abordado por el Tribunal Constitucional en su sentencia TC/0619/16 realizando las siguientes consideraciones:

*“...el fundamento de la legalidad de las actuaciones de la Administración está contenida en nuestra Carta Magna en su artículo 138, el cual propugna por el sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico del Estado.*

*De esa disposición constitucional se desprende el hecho de que la sumisión de las actuaciones administrativas a la ley y al derecho debe ser plena, es decir, cabal, completa y sin excepciones. Con ello, la Constitución ha querido excluir la legitimidad de cualquier actuación administrativa contra legem y contra ius, puesto que el Estado de derecho conlleva el sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento, norma que obviamente incluye a la Administración. En este sentido, conviene tener presente que el principio de legalidad de la Administración resulta consustancial al Estado de derecho.*

*El principio de legalidad de la Administración constituye una de las principales conquistas del Estado social y democrático de derecho, ya que este constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, en razón de que a través del mismo se le garantiza que los ciudadanos sepan, anticipadamente, cuáles actuaciones les*

*están permitidas a la Administración. Por eso es natural que nuestra Constitución lo incorpore de manera expresa.*

En el presente supuesto, la aplicación del control difuso por parte de la Administración Pública vulnera los principios de legalidad y seguridad jurídica de los administrados en razón a que estaría actuando sin una habilitación expresa de la ley y porque estaría alterando una situación jurídica basada en una interpretación contraria al artículo 188, y en cierto sentido, ejerciendo facultades no atribuidas al desconocer una disposición que se presume constitucional hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su constitucionalidad, conforme al precedente TC/0199/13.

### **Control difuso y supremacía constitucional**

En contraposición con lo anterior, los principios de interpretación constitucional prohíben el análisis aislado de las disposiciones constitucionales. Lo recomendado es que el análisis de normas constitucionales se haga de forma sistemática, tomando en cuenta la norma en conjunto.

En ese sentido, si bien es cierto que el artículo 188 de la Constitución delega exclusivamente la facultad de ejercer el control difuso a los tribunales de la República, no menos cierto es que el artículo 6 ordena imperativamente a inaplicar de pleno derecho toda norma inconstitucional. Y si como bien establece el artículo, todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, también están sujetos a aplicarla, inaplicando una norma contraria a sus disposiciones.

Sobre la interpretación sistemática, el Tribunal Constitucional Dominicano ha precisado lo siguiente:

*“...Cabe recordar que el Código Procesal Penal es sistémico y sus disposiciones no deben ser analizadas aisladamente, sino armónicamente. Tal es el caso del artículo 56 de la Ley núm. 10-15, el cual introdujo modificaciones al artículo 228 de la Ley núm. 76-02, del diecinueve (19) de julio de dos mil dos (2002), que establece el Código Procesal Penal, disponiendo que las medias de coerción en las acciones públicas solo pueden ser solicitadas por el Ministerio Público.” [10]*

*“12.1.18. Una interpretación armónica que trascienda la redacción literal y en concordancia con los principios de interpretación y armonización que procuran optimizar los niveles de protección constitucional, nos permite advertir que en la conformación de los entes locales, la Constitución reconoce una distinción jerárquica entre los municipios y los distritos municipales, de donde se infiere que, si estos últimos son el producto del proceso de desconcentración sin dejar de pertenecer al municipio, resulta lógico admitir que se produzca una mayor atribución de competencia al órgano superior que al receptor de la transferencia de funciones, pues de lo contrario el constituyente habría creado entes locales de la misma categoría, y en consecuencia, con las mismas facultades y competencias.”[11]*

El Tribunal Constitucional de Perú sostuvo la postura de que la facultad de aplicar el control difuso no era exclusiva de los tribunales del orden judicial, y que también era obligación de la administración pública, caso Salazar Yarlenque (STC N° 3741-2004-AA/TC), realizando las siguientes consideraciones:

*De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución -dada su fuerza normativa-, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138.º, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial.*

*Una interpretación positivista y formal en ese sentido no solo supone el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, que ha establecido el Tribunal Constitucional en tanto que supremo intérprete de la Constitución; sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución. Así, por ejemplo, una interpretación en ese sentido del artículo 138.º de la Constitución supondría que el cumplimiento de la supremacía jurídica de la Constitución solo tiene eficacia en los procesos judiciales y no en aquellos otros procesos o procedimientos de naturaleza distinta 10 cual significaría convertir a la Constitución en una norma legal. Evidentemente, esta forma de interpretar la disposición aludida contradice abiertamente el artículo 51.º, el cual señala que «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las demás normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)».*

*Por tanto, el artículo 138.0 no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal; por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51.º antes señalado, más aún si ella misma (artículo 38.º) impone a todos -y no solo al Poder Judicial- el deber de respetarla, cumplirla y defenderla. Es coherente con ello el artículo 102º del Código Tributario, cuando precisa que «[a]l resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía (...)»>>; es decir, aquellas disposiciones de la Constitución que, en este caso, se manifiestan a través de los principios constitucionales tributarios y de los derechos fundamentales que están relacionados con dichos principios.*

*...la aplicación de una ley inconstitucional por parte de la administración pública implica vaciar de contenido el principio de supremacía de la Constitución, así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38.º, 51.º y 201.º de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático.*

Sobre la referida decisión y la posibilidad de que la Administración Pública aplique el control difuso, el licenciado Juan Antonio Tirado Barrera en su obra “El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la Administración Pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” ha expresado lo siguiente:

*Como hemos tenido oportunidad de reseñar, al mismo tiempo por que el Tribunal Constitucional, en la etapa anterior al caso Salazar Yarlenque, sostenía que la Administración Pública no podía inaplicar una ley por inconstitucional, por otro lado afirmaba el deber de la Administración de contrastar directamente la legalidad de un reglamento o la conformidad de una ordenanza municipal con la ley tributaria municipal, sin que haya efectuado un desarrollo significativo de los fundamentos de dicha postura. ¿Acaso no constituía esto una contradicción en el razonamiento que, hasta ese momento, seguía el Tribunal Constitucional? Si seguimos la lógica del principio de supremacía normativa no habría impedimento para permitir que la Administración Pública ejerza el control de legalidad y extenderlo posteriormente al control de constitucionalidad.*

Esta postura del Tribunal Constitucional de Perú se mantuvo alrededor de ocho años, hasta que en el caso Consorcio Requena (STC N° 04293-2012-PA/TC), decidió revocar este criterio, por las siguientes razones:

- Que la decisión dictada en el caso Salazar Yarlenque no contaba con las reglas para fijar un precedente vinculante en materia de control difuso;<sup>[12]</sup>
- Que la Constitución faculta el uso del control difuso a los magistrados y aquellos en los que recaiga la función jurisdiccional;
- Que el control difuso es un mecanismo de control constitucional al ser la sentencia elevada en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, lo que no procede en el caso de los tribunales administrativos;
- Porque afecta el sistema de control dual de la Constitución y el principio de división de poderes.

Sobre estas razones volveremos más adelante, a los fines de contrastarlas con el ordenamiento jurídico dominicano.

En el caso de Colombia, la Corte Constitucional en su sentencia No. C-037/96 de fecha 5 de febrero de 1996 también ha reconocido la facultad de la administración pública de ejercer el control difuso, expresando lo siguiente:

*Para la Corte, los términos “jurisdicción constitucional” y “control de constitucionalidad” a que hace alusión el precepto que se estudia, deben interpretarse, para efectos de su ubicación dentro de la estructura de la rama judicial, de conformidad con las previsiones, principios y postulados contenidos en la Constitución. Así, únicamente para estos propósitos, puede señalarse que el control de constitucionalidad es el que se ejerce por un órgano competente, a través de un pronunciamiento definitivo respecto de la concordancia de ciertas normas jurídicas con la integridad y la primacía de la Carta Política. En ese orden de ideas, debe señalarse que dentro del esquema de la rama judicial*

sólo dos órganos ejercen el control de constitucionalidad de manera concluyente: la Corte Constitucional, en forma directa y principal (Art. 241), y el Consejo de Estado, el cual goza de una competencia residual, según lo prevé el numeral 2o del artículo 237 superior. **No quiere lo anterior significar que en Colombia no se ejerza control de constitucionalidad por parte de otras entidades judiciales o, inclusive de funcionarios administrativos, pues es sabido que, por ejemplo, la denominada “excepción de inconstitucionalidad”, derivada del artículo 40 fundamental, es una forma de control que puede ser ejercida por cualquier juez o autoridad administrativa; sin embargo el primero de ellos no hace parte por ese sólo hecho la jurisdicción constitucional, y la segunda, como es sabido, no hace parte ni siquiera de la rama judicial.**[13](Subrayado y negrito es nuestro)

Otros ordenamientos, como Venezuela, han abordado la disyuntiva desde un punto de vista semántico, pues se rechaza la posibilidad de que la Administración aplique el control difuso pues este es exclusivo del ámbito jurisdiccional y permitirlo significaría usurpar las funciones del Poder Judicial, sin embargo, si se permite inaplicar una norma preconstitucional que se considere contraria a la Constitución, invocando la cláusula derogatoria de la Constitución, o inaplicar normas postconstitucionales, interpretándolas en sentido progresivo y conforme a la Constitución, siempre que sea posible.[14]En ambos casos, se estaría inaplicando una disposición normativa, en principio vigente, otorgando la preeminencia que requiere la norma fundamental.

El Tribunal Constitucional dominicano ha abordado en varias sentencias el control difuso de constitucionalidad y en la Sentencia TC/0430/15, de treinta (30) de octubre de dos mil quince (2015), estableció lo siguiente:

*[...] f) De conformidad con los artículos 188 de la Constitución y 51 de la Ley núm. 137-11, se trata de una excepción en el marco de una contestación judicial principal. Es decir, de un juicio de constitucionalidad a la luz del caso concreto, a diferencia del control concentrado en el cual, este tribunal, de manera exclusiva y excluyente, lleva a cabo un juicio abstracto de contrastación de normas generales. g) Así las cosas, el control de constitucionalidad difuso tiene efectos inter partes, por cuanto se trata de la interpretación que hacen los jueces respecto de una disposición normativa al juzgarla en un determinado caso, razón por la cual no surte efectos generales, contrario a lo que ocurre con el control concentrado de constitucionalidad, cuyos efectos son erga omnes. [15]*

Al analizar la sentencia antes citada, el Tribunal Constitucional precisa que el control difuso solo puede ser aplicado en el marco de una contestación judicial, lo que implica que como bien afirma el 188 de la Constitución solo los jueces tienen la facultad de aplicar este control de constitucionalidad.

Ahora bien, para analizar la posibilidad de ejercer el control difuso ante recursos en sede administrativa en República Dominicana, recuperaremos los criterios del Tribunal Constitucional de Perú en el caso Consorcio Requena, antes citado. No requiere de un

análisis la primera de las razones dadas ya que, como adelantamos, las decisiones del Tribunal Constitucional dominicano no requieren de unas reglas específicas para fijar un precedente, conforme el artículo 184 de la Constitución.

Respecto a que la Constitución faculta a los tribunales de la República, ciertamente ese es el resultado de una lectura unitaria del artículo 188 de la Constitución y resultante del principio de legalidad, pero como advertimos estos preceptos no deben verse de forma divorciada del resto de la Constitución, que dispone la aplicación preferente de la Constitución y la inaplicación de las disposiciones contrarias a esta, mandato para el cual no hace distinción respecto del orden jurisdiccional. De igual manera, el procedimiento administrativo se ve impactado por los principios de razonabilidad, proporcionalidad, debido proceso, entre otros y la Administración debe de observarlos a la hora de ejecutar y cumplir con lo establecido en las normas.

Por otro lado, respecto a la afectación del sistema de control dual de la Constitución y el principio de división de poderes, podríamos oponer el mismo argumento que usamos previamente para justificar la imposibilidad de aplicar el control difuso en sede administrativa, pues las decisiones allí tomadas pueden ser impugnadas ante los tribunales del orden jurisdiccional, con la agravante de que, manteniendo vedada la posibilidad de aplicar el control difuso por la Administración, entonces se estaría permitiendo que se aplique un norma manifiestamente contraria a la Constitución y, por vía de consecuencia, permitiendo que se vulneren los derechos fundamentales del administrado.

## **Conclusiones**

Garantizar la supremacía de la Constitución a través de un control de constitucionalidad efectivo es fundamental en todo Estado Social y Democrático de Derecho. La facultad de aplicar este control difuso bajo la lectura en conjunto del artículo 6 y 188 no recae únicamente en los Tribunales de la República, pues desde la Administración Pública es posible también garantizar los derechos fundamentales y evitar arbitrariedades posteriores.

Esta afirmación también encuentra fundamento en el principio de juridicidad contemplado en la Ley 107-13 que establece que toda la actuación administrativa se somete plenamente al ordenamiento jurídico del Estado, y evidentemente esto incluye el artículo 6 de la Constitución Dominicana, aunque esta aplicación es producto de una interpretación abierta y no de una habilitación expresa conforme el principio de legalidad administrativa.

Otro aspecto a considerar en reconocer la facultad de la Administración Pública de aplicar el control difuso es que sería conforme al principio de eficacia y celeridad en el sentido de que el administrado no tiene que esperar que el proceso se judicialice para que sus derechos fundamentales sean garantizados de forma efectiva.

No pretendemos que esta solución sea perfecta pues otorgarle demasiado poder al Leviatán que comprende el Estado pudiera tener efectos contraproducentes, pero entendemos que en caso de que este control difuso sea inaplicado de forma inadecuada, los tribunales del orden judicial y el Tribunal Constitucional tendrán la última palabra respecto de sus decisiones.

En ese sentido, la opción se presenta como una oportunidad para que la Administración proteja de primera mano las normas constitucionales sobre cualquier otra disposición normativa. Aplicando un análisis práctico esto se podría traducir en respuestas constitucionalmente adecuadas y anticipadas para los administrados, que en vez de esperar que sus procesos se judicialicen para hacer valer la Constitución por encima de otra norma, ven en los procedimientos administrativos sus necesidades y derechos fundamentales correctamente tutelados. En definitiva, se ampliaría la cobertura de protección de los derechos fundamentales de los administrados que, dada la asimetría de posición respecto a posibles prácticas arbitrarias e ilegales de la propia Administración.<sup>[16]</sup>

Al final, la aplicación del control difuso por la Administración y sus órganos sería una aplicación del principio de autotutela mediante el cual *“la Administración no sólo puede producir declaraciones jurídicamente vinculantes para los particulares sin el auxilio de los Tribunales, sino que también tiene la facultad o potestad de pronunciarse previamente sobre las pretensiones que contra ella se dirigen.”*<sup>[17]</sup>

Teniendo presente que, en todo caso, existiría la posibilidad de que en sede judicial se puedan corregir las distorsiones en el ejercicio del control difuso por parte de la Administración.

En la actualidad, y conforme los precedentes antes citados, se precisa que el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución reconozca mediante una sentencia esta facultad de aplicar el control difuso a la Administración Pública.

[1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Cursante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Pantheon Sorbonne y el IGLOBAL, y profesor de Derecho Constitucional.

[2] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Derecho Penal Económico de la Universidad Rey Juan Carlos (URJC), Madrid, España. Cursante del Máster en Derecho Constitucional y Procedimiento Constitucional de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM).

[3] ACOSTA DE LOS SANTOS, Hermógenes, *“El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución”*, Universidad APEC, Primera Edición, 2010, P. 19.

[4] La Ley Orgánica de la Administración Pública 247-12, en su artículo 6 puntualiza la diferencia entre ente y órgano administrativo al decir que: *La Administración Pública está conformada por entes y órganos administrativos. Constituyen entes públicos, el Estado, el Distrito Nacional, los municipios, los distritos municipales y los organismos autónomos y descentralizados provistos de personalidad jurídica de derecho público, titulares de competencias y prerrogativas públicas. Los órganos son las unidades administrativas habilitadas a ejercer en nombre de los entes públicos las competencias que se les atribuyen.*

[5] FAVOREAU, Luis Joseph, *La Constitucionalización del Derecho*, Revistas Las Misceláneas en homenaje a Roland Drago, “La unidad del derecho”, París, Económica, 1996, pp. 25

[6] El artículo 4.1 y 4.16 de la Ley 107-13, reconoce como derechos esenciales para una buena administración, el derecho a la tutela administrativa efectiva y la posibilidad de recurrir ante el mismo órgano administrativo las decisiones adversas.

[7] Aunque se reconoce este caso como el primero en verdaderamente aplicar el control difuso, el caso Bonham, resuelto por el juez inglés SIR EDWARD COKE del tribunal "Common Pleas," en 1610 sentó el criterio de que una ley del Parlamento que fuera contraria al *common law*, era nula, porque el *common law* era la "ley superior, por lo que sus aportes fueron fundamentales en la garantía de la supremacía constitucional.

[8] ACOSTA DE LOS SANTOS, Hermógenes, "El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución", Universidad APEC, Primera Edición, 2010, P. 187.

[9] Discurso presentado en la conferencia "Justicia Constitucional y Seguridad Jurídica" en el marco de las XXII Jornadas de Derecho Constitucional: "La Legitimación de los Órganos de la Justicia Constitucional en el Siglo XXI", en fecha 12 de noviembre de 2015, disponible en la Web: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/sala-de-prensa/noticias/magistrado-ray-guevara-asegura-seguridad-jur%C3%ADdica-es-una-vacuna-contra-la-arbitrariedad/>

[10] Sentencia TC/0362/19.

[11] Sentencia TC/0152/13

[12] Esto responde al hecho de que en Perú, contrario al sistema dominicano, no todas las decisiones dictadas por el Tribunal Constitucional constituyen precedentes vinculantes, sino exclusivamente aquellas que se enmarquen en alguno de los supuestos fijados en la STC N°0024-2003-AI/TC (Cuando existan fallos contradictorios; cuando se está aplicando indebidamente una norma del bloque de constitucionalidad; cuando hay un vacío normativo; cuando caben varias posibilidades interpretativas; y cuando es necesario cambiar de precedente.

[13] Reiterado por la sentencia C-102/18. Disponible en la Web: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

[14] HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor, citado por BLANCO GUZMÁN, Armando, "El control Constitucional y la Administración Pública", en *La Justicia Constitucional y La Justicia Administrativa como garante de los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2013, P. 64.

[15] Reiterado por la sentencia TC/0435/18.

[16] LAY LOZANO, Jorge Antonio & MUÑOZ CCURO, Felipa Elvira, "Control difuso administrativo y las dificultades interpretativas del Tribunal Constitucional", Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas, 2019, P. 158.

[17] Segunda Sala del Tribunal Constitucional Español, SENTENCIA 294/1994, disponible en la Web: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1994/294>

## Reflexiones sobre el desistimiento

*Francisco Álvarez Martínez*

Cuando se estudia la figura del desistimiento tenemos el deber de entender, antes de sus efectos, sus orígenes. Solo así podremos pensar la envergadura práctica de tan importante figura.

Juan Manuel Pellerano[1] define el desistimiento como “**una renuncia o abandono** por parte del demandante a uno o varios actos de procedimiento a, una instancia iniciada o, al derecho a la acción de un proceso ya comprometido”, y Froilán[2] le agrega que “En términos generales, el desistimiento es la renunciación por el demandante a los efectos del proceso, o por una cualquiera de las partes a los efectos de uno de los actos del proceso”.

Entonces, es sano resumir que el desistimiento es el abandono de una prerrogativa que, aunque ha sido interpuesta, el titular desea retractar.

**Hay tres tipos de desistimiento**, y adelantamos que no representan directamente una misma figura, sino una acción en sentido amplio, aplicada a diferentes tipos de actos. Así, tenemos que existe el desistimiento de **instancia**, de **actos** de procedimientos y de **acción**.

Sobre el **desistimiento de actos de procedimiento**, Artagnan Pérez Méndez considera que esta variante de la figura contiene la **renuncia a los efectos de un acto cualquiera del procedimiento**. Este desistimiento puede provenir tanto del demandante como del demandado, pues uno y el otro realizan los llamados actos del procedimiento, no está sometido a forma especial de procedimiento. Se puede hacer y aceptar por acto bajo firma privada y obliga a la parte que lo hace al pago de las costas y no se presume, esto es, no puede desprenderse sino de derechos y circunstancias precisas y concluyentes.[3]

Al hablar del **desistimiento de la acción**, el mismo jurista identifica que existe cuando se **abandona el derecho que permite actuar en justicia**. Se traduce por una inactividad procesal, que puede extinguir el proceso en el pasado y en el futuro. El desistimiento de acción tiene por efecto **aniquilar el derecho que se reclama**, permite a quien lo otorga renunciar a un proceso ya iniciado.[4]

Y, el más complicado e importante (a nivel dogmático) de las tres variantes mencionadas, el **desistimiento de instancia**.

Este, como podremos ver a continuación, contiene las reglamentaciones más incisivas, todo por el nivel de involucramiento que se presume han tenido las partes involucradas, lo que hace que ya la instancia no pueda verse solamente desde el punto de vista de quien la ha creado, sino también de quien ha tenido que defenderse de la ofensiva que la originó.

Juan Manuel Pellerano introduce una definición bien sencilla, que contiene una de las causas más comunes en que es implementada esta figura, al indicar que “facilita la rectificación, mediante la introducción de otra demanda, de un proceso iniciado ante un juez incompetente o introducido irregularmente por omisión de algunas formalidades exigidas por la ley”, y Artagnan complementa expresando que **extingue el proceso actual, pero no la acción**, y es esta la razón por la cual se puede re introducir la misma pretensión judicial.

El desistimiento voluntario de la instancia es un contrato. Este es el criterio de la jurisprudencia, según la cual “para que haya desistimiento, legalmente hablando, es preciso la declaración de una parte de su propósito de no continuar la demanda o el procedimiento comenzado y la aceptación de la otra parte de tal propósito”.

**“El desistimiento puede ser dado en forma expresa o tácita, sin embargo, este no se presume (...) Para su validez, debe ser aceptado** por la parte a quien se le ofrece, pudiendo esta rehusar su consentimiento. En este caso, el desistimiento puede serle impuesto bajo ciertas condiciones mediante una decisión judicial. En este caso se dice que hay desistimiento judicial de instancia.

**El desistimiento expreso es la forma más corriente en que acostumbra a otorgarlo.** Ha sido juzgado que “el desistimiento no está sometido a forma especial de procedimiento, y que, aunque ordinariamente se hace por acto de abogado a abogado, esta forma es puramente facultativa, pues la ley no establece y puede realizarse por acto de alguacil o por simples actos bajo firma privada.

**El desistimiento notificado por acto de abogado a abogado es nulo si no está firmado por la parte,** o por el abogado o por su mandatario autorizado especialmente. El desistimiento de una demanda puede ser válidamente formado por acto de alguacil sin que sea necesario que la copia de este acto lleve la firma de la parte en nombre de la cual se ha notificado y en tanto no interviniere contrato judicial entre las partes.

El desistimiento puede tener lugar en forma tácita cuando un hecho evidencia la intención de abandonar la instancia. Ha sido juzgado que “si es cierto que el desistimiento puede ser tácito y resultar de un hecho personal que implique el abandono que se pretende, no puede, sin embargo, desprenderse sino de hechos y circunstancias concluyentes y precisos, netamente incompatibles con la intención de continuar en la actuación o en la situación anterior al cambio que se invoque”.<sup>[5]</sup>

Pero, ahora que ha quedado claro la generalidad que constituye la figura del desistimiento de instancia, así como las formalidades de primer orden, **¿Quiénes pueden desistir?** Esta es una pregunta muy importante, ya que normalmente los letrados tienden a suponer que puede hacerlo cualquier persona, y cualquier apoderado, y no es así. Por lo menos no en el caso de esta variante específica de la figura. Veamos.

En la mayoría de los casos es el demandante quien lo hace, pero, es posible que el desistimiento pueda emanar del demandado cuanto éste a su vez ha sido demandado reconvenicional[6]. Tienen el mismo derecho a desistir las personas que han intervenido voluntariamente en el proceso. Ha sido juzgado que, en caso de pluralidad de demandantes, aun cuando se trate de asunto sobre materia indivisible algunos pueden hacerlo y demás continuar el procedimiento.

Basta tener la capacidad para actuar en justicia para que se pueda desistir de una instancia, es lo mismo cuando se trata de su aceptación.

**¿Cómo se formaliza?** El desistimiento es un contrato, y como tal, presupone para su validez el intercambio de consentimientos. Para determinar como se formaliza, se examinan a) la **oferta** de quien lo otorga, b) la **aceptación**[7] de su contraparte en el proceso.[8]

No vamos a desbordarnos sobre la oferta de desistimiento en sí, y cruzaremos directamente a discutir la parte de la aceptación del adversario, que es, quizás, la más particular de las exigencias de este tipo de situaciones.

Juan Manuel Pellerano nos dice que es la **condición especial** para la validez del desistimiento **que este sea aceptado** por la parte a quien es ofrecido. La aceptación es necesaria para que “haya desistimiento, propiamente hablando”. Se afirma que lo expresado es consecuencia de las relaciones jurídicas que crea el proceso entre las partes, lo cual impide que puedan terminar por la voluntad unilateral de una de ellas. Se tiene interés en no aceptar el desistimiento que le ha sido ofrecido, cuando este lo deja “bajo la amenaza del mismo proceso”.

Solo es necesaria la aceptación de la parte contra quien se inicia la instancia cuando esta ha quedado ligada entre las partes. El lazo de la instancia presupone un derecho en litigio[9]: solo puede existir cuando las partes en causa han expresado su deseo común de someter su diferendo jurídico al juez. Por lo cual se ha precisado que “esta resulta ligada entre las partes cuando el demandado acepta el debate mediante la presentación de conclusiones al fondo o la introducción de una demanda reconvenicional. Se afirma que la parte que “ha aceptado así el debate, tiene un derecho adquirido a que ella (la instancia) se prosiga”.

Consecuencia de los efectos que tiene el desistimiento de instancia, esto es, que deja todo en el estado previo a la interposición de la Demanda, aniquilando todos los actos provenientes del demandante y del demandado, el proponente no debe ser el dueño absoluto de esta prerrogativa basado en una previsión de que serán desestimadas sus prerrogativas, el demandado, que ha concurrido al desarrollo de la situación procesal, y que aspira a obtener una sentencia absolutoria, tiene un interés legítimo en la prosecución de la instancia; el demandante, en efecto, después de haber desistido, puede reiniciar el proceso. Sería injusto que el demandante mantuviera al demandado bajo la amenaza de un nuevo proceso, listo para incoarlo en el momento que juzgara más oportuno para obtener el triunfo de sus pretensiones.[10]

De ahí que la ley requiera, en principio, que el desistimiento de la instancia, para que produzca efectos, debe ser aceptado por la parte demandada, por lo menos a partir del momento en que la situación procesal ha alcanzado cierta etapa.

La aceptación, dice Pellerano, no requiere un formalismo estricto, debe ser aceptada bajo los mismos términos que fue ofrecida, bien sea por acto de abogado, alguacil o acto bajo firma privada. En todo caso “es necesaria la firma de la parte que lo acepta. Se admite que la aceptación puede ser tacita, sin embargo, ella no se presume y consecuentemente no puede ser deducida del silencio de la parte a quien se le ofrece”.

**¿Quién puede firmar un desistimiento?** Solamente la parte, o un representante dotado de un poder especial para exactamente esa diligencia.

Artagnan, en la obra ya citada, nos dice que “El desistimiento debe **ser firmado por el desistente, en original y copia, por quien lo represente previsto de poder especial**. Como la ley no regula un procedimiento especial para desistir y aceptar el desistimiento, se acude al derecho común, observándose las previsiones de los artículos 402 y 403 del Código de Procedimiento Civil.”

Pero, aparte de esto, el desistimiento obliga a la parte que lo otorga a pagar las costas. Es de principio general que el litigante que desiste queda sometido a la obligación de las costas; que, por tanto, cuando un tribunal da acta de una parte de su desistimiento, no puede disponer la compensación de las costas, sin incurrir en la violación del artículo 403 del Código de Procedimiento Civil que consagra el principio.<sup>[11]</sup>

Artagnan nos reitera esto mismo, “Una vez aceptado el desistimiento, implica la sumisión al pago de las costas, a cargo del desistente en virtud de simple auto del presidente, extendido al pie de la tasación, presente las partes o llamadas por acto de abogado a abogado. Dicho auto tendrá cumplida ejecución si emanase de un tribunal de primera instancia, no obstante, la apelación y se ejecutará igualmente, no obstante oposición, si emanare de la Suprema Corte de Justicia.”

La figura del desistimiento es, en sí, un mundo aparte. Conjuga voluntades y procedimiento, derechos y deberes, poderes y compromisos asumidos. Es por esto por lo que vale la pena, siempre que sea útil, refrescarla y discutirla, ya que su uso tiende a ser más leve de lo pertinente, y pudiese permear de vicios una sentencia que, en otros casos, sería casi graciosa.

---

[1] Guía del Abogado, Tomo I, Volumen I,- Juan Ml. Pellerano Gómez, Santo Dgo, R.D.

[2] Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano, Volumen II – F. Tavares Hijo, Froilán J.R. Tavares y Margarita A. Tavares, Santo Dgo, R.D

[3] Procedimiento Civil, Tomo II, Volumen I- Los Incidentes del Proceso, Artagnan Pérez Méndez, 7ma Edición, Santo Domingo, R.D

[4] Guía del Abogado, Tomo I, Volumen I,- Juan Ml. Pellerano Gómez, Santo Dgo, R.D.

[5] Guía del Abogado, Tomo I, Volumen I, – Juan Ml. Pellerano Gómez, Santo Dgo, R.D

[6] De manera general podríamos indicar que solo puede desistir, como es obvio, quien ha lanzado alguna demanda (sin importar su naturaleza, incidental o principal).

[7] “La parte desistente no dispone, a su antojo, del desistimiento. Se debe tener en cuenta el interés de la contraparte, la cual tratará de buscar la absolución y que también incurre en gastos al tener que responder la demanda inicial. Es por eso, que para la validez del desistimiento es necesario que la otra parte lo acepte.” (Procedimiento Civil, Tomo II, Volumen I- Los Incidentes del Proceso, Artagnan Pérez Méndez, 7ma Edición, Santo Domingo, R.D)

[8] Guía del Abogado, Tomo I, Volumen I, – Juan Ml. Pellerano Gómez, Santo Dgo, R.D

[9] Se admite que la simple constitución de abogado no es suficiente para ligar la instancia y que el desistimiento es posible, sin necesidad de que sea aceptado, cuando es notificado antes de que la parte demandada haya constituido abogado.

[10] Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano, Volumen II – F. Tavares Hijo, Froilán J.R. Tavares y Margarita A. Tavares, Santo Dgo, R.D

[11] Guía del Abogado, Tomo I, Volumen I,- Juan Ml. Pellerano Gómez, Santo Dgo, R.D

## Las Contrataciones Pública Estratégicas

*Gladys Angelina José Aguiar*

En la actualidad, uno de los ejes de desarrollo de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES) es la facilidad en el acceso que se les da a las personas, tanto físicas como jurídicas, que estén debidamente organizadas bajo este régimen económico, a realizar contrataciones con el Estado Dominicano. Toda vez que se considera como una política de gobierno el fomento a las actividades comerciales formales.

De acuerdo con la Organización Mundial de Comercio (OMC) la contratación pública representa en promedio el 10-15% del PIB de una economía; por consiguiente, constituye un mercado significativo y un aspecto importante del comercio tanto nacional como internacional. [1]

A raíz de lo anteriormente expuesto se hace pertinente destacar cómo la legislación nacional contempla este negocio jurídico, la cual establece en el artículo 4 de la ley de 340-06 la contratación pública como: “la obtención, mediante contrato, por cualquier método de obras, bienes, servicios u otorgamiento de concesiones, por parte de las entidades del sector público dominicano”. [2]

Es menester mencionar que en los últimos años existe una fuerte propensión a un nuevo modelo dentro de las contrataciones públicas, la llamada “contratación estratégica”, objeto del presente escrito.

“La Contratación Pública Estratégica tiene como objetivo principal utilizar la contratación pública como un instrumento o medio a través del cual lograr la consecución de objetivos que van más allá del fin inmediato de satisfacer la necesidad que precisa ser cubierta. Enfocando las mismas como un medio para alcanzar objetivos de carácter social, ambiental o innovador en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos”. [3]

Y en este mismo espíritu es en el que se encuentra la denominada compra pública sostenible, que alude a “la integración de aspectos sociales, éticos y ambientales en los procesos y fases de la contratación pública. Sus contenidos aúnan diferentes concepciones de la contratación pública responsable como son la compra ética, la compra verde o la compra social, puesto que recoge sus características, fundamentos y objetivos”. [4]

De este modo, se puede visualizar una triple conceptualización de este término, ya que la contratación pública estratégica se despliega en un plano social (lo que conduce a la introducción de las llamadas cláusulas sociales), ambiental (que se corresponde con la denominada contratación pública verde) e innovador.

En primer lugar, en lo referente a los aspectos sociales resulta evidente que cada vez es mayor el número de pliegos que incluyen en sus cláusulas aspectos de política social como criterio de valoración de las ofertas, elemento de desempate o condición especial de ejecución.

Esto se produce porque el compromiso social debe estar presente en el desempeño de todo tipo de actividades. Cada vez que una autoridad pública efectúa la adjudicación de un contrato ejerce una repercusión en la realidad social que es imposible eludir. Por ello, se debe aunar lo concerniente a los principios básicos de la contratación con objetivos sociales desde el prisma de la igualdad material.[5]

Esto se evidencia en la legislación comparada, en este caso España, cuando este Estado consagra en el artículo 9.2 de su Constitución que “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. [6]

Asimismo, estos criterios se encuentran recogidos en la Carta Magna de la República Dominicana en sus artículos 7, 8 y 39 numerales 3 y 4, los cuales rezan de la siguiente manera:

*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.*

*Artículo 39.- Derecho a la igualdad. **Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal.** En consecuencia:*

*3) El Estado debe promover las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas para prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión;*

*4) La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Se prohíbe cualquier acto que tenga como objetivo o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio en*

*condiciones de igualdad de los derechos fundamentales de mujeres y hombres. Se promoverán las medidas necesarias para garantizar la erradicación de las desigualdades y la discriminación de género;*

De igual forma, se ha señalado que “un aspecto más interesante e innovador de las estrategias para la contratación pública “orientada socialmente” es la posibilidad de perseguir objetivos de políticas sociales, inclusión social, sostenibilidad medioambiental, salud, reducción de desigualdades y finalmente, justicia social mediante la reorientación y la creación de sinergias positivas con otras áreas políticas como las políticas sanitarias y las de sostenibilidad medioambiental. En otras palabras, los objetivos de las “políticas sociales” también se persiguen a través de la diseminación de una contratación pública que apoye un abanico de efectos directos e indirectos”. [7]

En este mismo orden, en lo que respecta a la vertiente ambiental de la contratación pública estratégica se ha remarcado que “la contratación pública verde ha pasado de ser una mera posibilidad, vista con notable recelo por la Comisión Europea, a un instrumento de mercado cuyo uso está siendo fomentado, e incluso exigido, desde las instituciones comunitarias, como un elemento relevante en la ejecución de las estrategias de desarrollo socioeconómico y sectoriales de la UE (medio ambiente, eficiencia energética)”. [8]

La doctrina ha destacado que entre los principios generales de la contratación pública sobresale el de igualdad y la prohibición de toda discriminación. MORENO MOLINA añade que, junto al principio de igualdad y en íntima conexión con él se aplican en este ámbito los de publicidad, transparencia y concurrencia, notablemente reforzados con la reciente introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación. [9] Cabe destacar que los principios rectores las compras y contrataciones públicas en el ordenamiento dominicano se encuentran contemplado en el artículo 3 de la ley marco. [10]

Por su parte, GIMENO FELIÚ, insiste en que “si bien es cierto que la política de contratación pública está orientada a la consecución de objetivos de eficiencia económica, también lo está, y esto conviene resaltarlo especialmente, a **la consecución de objetivos sociales y medioambientales (...).** [11]

Con respecto al tema abordado, las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, no sólo refunden y actualizan las normas de las Directivas anteriores, sino que, como señala SÁNCHEZ MORÓN, “incluyen nuevas formas de adjudicación de los contratos y modalidades de comercio electrónico y permiten incorporar a la contratación administrativa objetivos adicionales de carácter ambiental y social, que pueden traducirse en la exigencia a los contratistas de condiciones para contratar o de criterios de adjudicación de los contratos que respondan a esos objetivos.” [12]

Según sus palabras “estamos atendiendo a una relectura o modulación del principio de libre competencia en el mercado público por las exigencias del principio de integración

ambiental, que exige que todas las políticas (en este caso la de mercado interior) y acciones de la Unión Europea tomen en consideración el medio ambiente en su diseño y aplicación, con la finalidad de contribuir a la consecución del desarrollo sostenible (art.11, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)".[13]

Como vimos anteriormente, el punto central de esta regulación es la inclusión de parámetros ambientales, culturales, sociales, políticos y éticos. En cuanto al medio ambiente se trata de la incorporación de requerimientos medioambientales en los contratos de suministro, obras y servicios como la eficiencia energética, el uso de productos reutilizables, el empleo de energías renovables, la minimización de emisiones, la adecuada gestión de residuos, etcétera.[14]

Debemos señalar en cuanto a este aspecto que recientemente fue suscrito un acuerdo entre la Dirección General de Compras y Contrataciones Públicas (DGCP) y el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, partiendo de que mediante la inclusión de criterios de sostenibilidad ambiental en los procesos de contratación pública, se contribuirá a generar un cambio gradual en los sectores productivos.[15]

De cara a lo social, esta teoría considera aspectos como la calidad en el empleo, la perspectiva de género, la contratación de personas con discapacidad o la contratación de empresas de inserción y centros especiales de empleo, el apoyo a la economía social y pequeñas y medianas empresas, la promoción de la igualdad de oportunidades y el diseño y accesibilidad para todos.[16]

De conformidad con el aspecto ético, comprende la exigencia a las empresas y productores, especialmente si operan en países extracomunitarios, de ofrecer garantías de que los productos a suministrar o a utilizar en el desempeño del servicio, se han elaborado en condiciones laborales dignas de acuerdo a los postulados del trabajo decente. Estos criterios tratan de garantizar como mínimo los Convenios Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración Universal de Derechos Humanos así como optar por las alternativas de Comercio Justo para aquellos productos y servicios en los que exista esta opción.[17]

En otra vertiente, debemos tener en cuenta que para una contratación pública estratégica o una compra pública sostenible se evalúan diversos aspectos, como son: la determinación del objeto del contrato, las especificaciones técnicas, los contratos reservados, exigencias de capacidad técnica, criterios de preferencia, condiciones de ejecución y criterios de adjudicación; pero en lo adelante daremos pinceladas de aquellos que consideramos primordiales para la adecuación de la legislación de dominicana a esta vertiente social.

### **Como Criterio de Preferencia o Desempate[18]**

Este es un mecanismo que se utiliza como una fórmula de desempate, para aquellos casos en que dos o más ofertas obtengan idéntica puntuación en la fase de valoración de las propuestas técnicas, donde se toman en cuenta aspectos sociales sensibles tales

como la contratación por parte de una empresa de personas especiales o discapacitadas, la utilización de la materia prima reciclada, etc.

Un ejemplo de esto es lo recogido en la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, norma heredera de la Disposición Adicional Octava del derogado Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la cual prevé la posibilidad de otorgar preferencia en la adjudicación a las empresas que acrediten tener un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por ciento.

### **Como Contratos Reservado[19]**

El Contrato Reservado permite a cualquier administración pública “reservar” un contrato, señalando así que sólo podrán participar en la licitación determinadas entidades de carácter social, lo que en la práctica aparta el contrato de la concurrencia pública, pero sin vulnerar los principios de libre competencia y no discriminación.

La Disposición Adicional Séptima reconoce el valor añadido de las entidades sociales y establece al efecto una acción positiva, estipulando que una parte -pequeña- del total de contratos públicos podrán adjudicarse exclusivamente a determinadas entidades: principalmente Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción, aunque sin descartar otras tipologías, como se analiza a continuación:

El Contrato Reservado no es propiamente un procedimiento de adjudicación diferenciado, sino que a cualquier contrato y sistema de adjudicación se le puede aplicar la categoría de Contrato Reservado. Y la única exigencia establecida en la ley es que debe advertirse su especificidad en el anuncio de licitación, nominando al contrato en cuestión como “Contrato Reservado”. Por ejemplo, vemos este anuncio de contrato reservado de la Universidad de La Rioja.

En definitiva, desde el punto de vista de esta doctrina, la contratación pública desempeña un papel primordial en la Estrategia de desarrollo de cualquier Nación, “como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos”.[\[20\]](#)

Por lo cual, el potencial de los fondos públicos invertidos en contratos para la consecución de objetivos socioeconómicos relevantes no puede desgajarse de la Estrategia Europa 2020. Sin ánimo de hacer un recorrido exhaustivo por la misma, hemos de recordar que se articula en torno a tres ejes que constituyen sus prioridades esenciales: [\[21\]](#)

1. un crecimiento inteligente, a través de inversiones más eficaces en educación, investigación e innovación;

2. sostenible, impulsando una economía baja en carbono y luchando contra el cambio climático; y
3. integrador, subyugando la creación de empleo y la reducción de la pobreza.

En consecuencia, el desarrollo de una nación se deriva en gran manera del destino que tienen los fondos públicos, por consiguiente, utilizar las contrataciones públicas no solo como fuente de inyección de capital a los nuevos empresarios (MYPIMES) o para fomentar el empoderamiento de la mujer dominicana marca un parámetro de crecimiento exponencial a largo plazo, pero más aún, el poder adecuar nuestra legislación a una política incluyente y que por sobre todos los medios busquen desarrollar las políticas públicas crea un mecanismo infalible de crecimiento social, económico y cultural que repercutiría de manera notoria en nuestra sociedad.

[1] Portar de la Organización Mundial de Comercio. Disponible en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/gproc\\_s/gproc\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm)

[2] República Dominicana. Ley No. 340-06 sobre Compras y Contrataciones con Modificaciones de la Ley No. 449-06 y su Reglamento de Aplicación No. 543-12.

[3] GIMENO FELIÚ, J.M., "Compra pública estratégica", en AA.VV. (Dir. J. José Pernas García), Contratación Pública Estratégica, Editorial Aranzadi, Navarra, 2013, p.45. En: RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen. "La Contratación Pública Estratégica en el Marco de la Nueva Directiva de Contratación Pública". Disponible en: <https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2014/03/marticc81n-retortillo.pdf>

[4] MORENO MOLINA, J.M., DOMÍNGUEZ ALONSO, A.P., "Contratos públicos y políticas de apoyo a las personas con discapacidad", en AA.VV. (Dir. J. José Pernas García), Contratación Pública Estratégica, Editorial Aranzadi, Navarra, 2013, p.188-189, citando la "Guía de Contratación Pública Sostenible. Incorporación de criterios sociales", Fundación Centro de Recursos Ambientales de Navarra, Pamplona, 2008, p.8.

[5] RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen. "La Contratación Pública Estratégica en el Marco de la Nueva Directiva de Contratación Pública". Pág.2. Disponible en: <https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2014/03/marticc81n-retortillo.pdf>.

[6] Ídem.

[7] Coordinada por Mauro Terzoni, Marco Canonico, Raffaella Triponi y Daniela Migliari, Región Marche, P.F. Politiche Comunitarie e Autorità di Gestione FESR y FSE (P.F. Community Policies, Managing Authority ERDF, ESF) Director Mauro Terzoni. Guía de criterios de evaluación de temas sociales en prácticas de contratación de servicios. Proyecto editorial y textos escritos por Liliana Leone y Graziano di Paola, Fondazione Giacomo Brodolini, www.fondazionebrodolini.it. Junio 2011. Pag. 29. En: RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen. "La Contratación Pública Estratégica en el Marco de la Nueva Directiva de Contratación Pública". Disponible en: <https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2014/03/marticc81n-retortillo.pdf>

[8] PERNAS GARCÍA, J.J., "Contratación pública y eficiencia energética", en AA.VV. (Dir. J. José Pernas García), Contratación pública estratégica, Editorial Aranzadi, Navarra, 2013, p.326. En: RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen. "La Contratación Pública Estratégica en el Marco de la Nueva Directiva de Contratación Pública". Disponible en: <https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2014/03/marticc81n-retortillo.pdf>

[9] MORENO MOLINA, J.A., "Disposiciones generales de la Ley de Contratos. Ámbito subjetivo y objetivo", en MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático. 1º Edición, Editorial La Ley, Madrid, 2012, p.145. En: RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen. "La Contratación Pública Estratégica en el Marco de la Nueva Directiva de Contratación Pública". Disponible en: <https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2014/03/marticc81n-retortillo.pdf>

[10] República Dominicana. Ley 340-06. Ob. Cit.

[11] GIMENO FELIÚ, J.M., La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española, Civitas, Madrid, 2006, p.47. En: RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen. "La Contratación Pública Estratégica en el Marco de la Nueva Directiva de Contratación Pública". Disponible en: <https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2014/03/marticc81n-retortillo.pdf>

[12] SÁNCHEZ MORÓN, M., Derecho Administrativo. Parte General. 9ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, p. 585. En: RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen. "La Contratación Pública Estratégica en el Marco de la Nueva Directiva de Contratación Pública". Disponible en: <https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2014/03/marticc81n-retortillo.pdf>

[13] PERNAS GARCÍA, J.J., "Posibilidades y límites para el uso de las etiquetas ambientales en los procedimientos de contratación pública", en SANZ LARRUGA, J., GARCÍA PÉREZ, M., PERNAS GARCÍA, J.J., Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas. Instituto Nacional de Administración

Pública, Madrid, 2013, p. 359-36. En: RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen. "La Contratación Pública Estratégica en el Marco de la Nueva Directiva de Contratación Pública". Disponible en: <https://idaiberoamericanas.files.wordpress.com/2014/03/marticc81n-retortillo.pdf>

[14] Guía de Contratación Pública Sostenible. Incorporación de criterios sociales. Fundación Centro de Recursos Ambientales de Navarra, Pamplona, 2008. Pág. 11. Disponible en: <https://ideas.coop/wp-content/uploads/2016/05/Guia-sobre-Contratación-Pública-Sostenible.pdf>

[15] <https://www.dgcp.gob.do/index.php/2017/05/16/medio-ambiente-y-contrataciones-publicas-impulsan-compras-sostenibles/>

[16] Guía de Contratación Pública Sostenible. Incorporación de criterios sociales. Ob. Cit. Pág. 11.

[17] Ídem.

[18] Guía de Contratación Pública Sostenible. Incorporación de criterios sociales. Ob. Cit. Pág. 18.

[19] Ibídem. Pág. 19.

[20] Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Considerado 2.

[21] BURZACO SAMPER, María. "Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales". CIRIEC – España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa. 2016, Issue 86. Págs. 281-310.

## Falencias del proyecto de ley de juicios extinción de dominio

*Anderson B. Vargas Franco*

### **Exordio**

En un escrito de fecha 2 de julio de 2017, el autor del presente texto publicó un estudio titulado “Hacia una ley de extinción de dominio: expectativas y desafíos de su implementación”, en el que abordó la conveniencia de ingresar al amplio ordenamiento jurídico de República Dominicana un instrumento legal capaz de desarticular las poderosas redes criminales que engrosan sus activos mediante la comisión de forma continua de concursos de delitos económicos.

Explicó también los desafíos pre y posaprobación de una norma de extinción de dominio, en función de que encontraría bloqueos de parte de quienes intentan evadir un escrutinio de legitimidad de la adquisición de los bienes que poseen ya que este instituto jurídico pasa sobre un juicio penal, el cual si la persona es condenada por lavado de activos  $\frac{3}{4}$ por ejemplo $\frac{3}{4}$ , los haberes en su dominio transitarán por la vía del decomiso por correr estos la suerte de la persona imputada.

Asimismo, es preciso resaltar que en este escrito, se enunciarán algunas discordancias encontradas por el autor entre el modelo y el proyecto de ley de extinción de dominio, con el fin de hacer un llamado a las autoridades (poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial), de que introducir al ordenamiento jurídico el actual proyecto, generará serios problemas de persecución y una mala implementación de la política criminal del Estado.

### **La extinción de dominio en República Dominicana**

La Ley núm. 5785 que confisca los bienes de la familia Trujillo del 4 de enero de 1962, es un antecedente de la denominada acción e instituto jurídico extinción de dominio, el decomiso sin condena sobre la persona; en ella no se da constancia de que haya un proceso judicial abierto para declarar los bienes a favor del Estado, pero, el mismo se hace sin condenar a las personas mencionadas en la norma debido a que el objetivo era deslegitimar el patrimonio de aquellos quienes se enriquecieron mediante abuso o usurpación del poder en la función pública en ese entonces.

Posteriormente, con la Ley núm. 5924, sobre Confiscación General de Bienes del 26 de mayo de 1962, se instituyó el Tribunal de Confiscaciones, la cual se aplicó también aquellos bienes producto de los crímenes mencionados en la Ley núm. 5785, es decir, usar al Estado para enriquecerse al margen de la ley y las buenas costumbres. Este tribunal de confiscaciones tiene una función mixta, es decir, atribuciones penales y civiles.

De lo enunciado, se observa cómo el Estado dominicano fue pionero en esta materia extinguitiva, generándose así, un antecedente especial pero similar al instituto jurídico

objeto de este estudio, incluso, 26 años antes de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas <sup>3</sup>/<sub>4</sub>Convención de Viena<sup>3</sup>/<sub>4</sub> del 20 de diciembre de 1988, lo cual también representa un hito en materia legislativa en contra de la macrocriminalidad.

**z|Dato relevante|z** La Ley núm. 5924 se encuentra aún vigente. El último conflicto que se suscitó con esta norma está contenido en la sentencia del Tribunal Constitucional TC/0570/19[i]**z|Lectura recomendada|z**

En la segunda década del siglo XXI, el 26 de enero de 2010, se proclamó la Constitución Política dominicana, que estableció la institución jurídica de la extinción de dominio, disponiendo en su artículo 51.6 que la “ley establecerá 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”.

Sin duda alguna, esto significó un avance legal en materia de persecución de la criminalidad organizada y puso al Estado dominicano a la vanguardia con otros países de Latinoamérica que poseen normas en materia de extinción de dominio. Sin embargo, la Constitución no se basta a sí misma, sino que como expresa, ordena a legislar en esta materia especializada. El primer proyecto de extinción de dominio fue introducido en el Senado de la República en fecha 20 de enero de 2015, es decir, a casi un lustro de la Constitución de 2010.

### **Falencias del proyecto de 2020**

Como parte de un proyecto de homogenización de normas para Latinoamérica, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) a través del Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe (LAPLAC), <sup>3</sup>/<sub>4</sub>ambas por sus siglas en inglés<sup>3</sup>/<sub>4</sub> junto a la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la Organización de los Estados Americanos (Cicad-OEA), elaboró un modelo de ley para los países de la región con el fin de que estos incorporen a su cuerpo normativo, una herramienta que les permita combatir el crimen organizado, sea nacional o internacional.

Sin embargo, resulta que el proyecto que se encuentra actualmente en la Cámara de Diputados de la República Dominicana (CD-RD), contiene serias falencias que distan abismalmente en lo contenido del marco propuesto por la UNODC, lo cual desvirtúa el fin de este proyecto transnacional, que es no permitir que los infractores se enriquezcan ilícita y desproporcionalmente ni que sus actos queden impunes, lo cual es una laceración mortal a las sociedades que padecen sus iniquidades.

Casi de inmediato este proyecto dicta en el párrafo I del artículo 4 que la “acción de extinción de dominio aplicará sobre los hechos ilícitos cometidos a partir de la promulgación” de la misma; esto es inverso e incompatible con el modelo de ley, el cual dispone que la “extinción de dominio se declarará con independencia de que los

presupuestos para su procedencia hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia” de esta.

Pero esta cuestión no solo se queda en texto, sino que generaría una impunidad absoluta en lo que se refiere a las operaciones delincuenciales, siendo esto un permiso, legalizando que lo que ya se adquirió de forma ilícita, mancille la economía que opera de forma legítima, causando que esos activos circulen en el mercado financiero afectando directamente la libre competencia entre las personas y las empresas.

Este afán también está proscrito por el Código Civil dominicano, que en su artículo 1133, y es taxativo al establecer que es “ilícita la causa, cuando está prohibida por la ley, y cuando es contraria al orden público o a las buenas costumbres”. Este principio se basa en que no puede el Estado validar aquellos actos de origen ilícito en función de que hay una carga de injusticia que no debe ser refrendada por la legislación para beneficiar actos ilegítimos; nunca la Constitución y las leyes han amparado un derecho cuando se fundamenta sobre causa ilegal, sin embargo, este proyecto luce perseguir tal fin.

Asimismo, la propuesta legislativa presenta otro defecto de persecución; aunque existe el principio de ley posterior deroga a la anterior, este criterio no prima cuando la norma que pretender ingresar al ordenamiento, afecta y deteriora gravemente lo que explicita o tácitamente se busca sustituir. Dispone esta pieza en el párrafo II del artículo 4 que “la extinción de dominio tendrá una prescripción de 30 años, que es a la vez incompatible con el modelo enunciado, que dispone la imprescriptibilidad de la acción de extinción.

A tales efectos, el Código Procesal Penal (CPP), instituido mediante la Ley núm. 76-02, modificada por la Ley núm. 10-15, en su artículo 49 es inexorable cuando establece que son “imprescriptibles los delitos que impliquen el atentado o pérdida de la vida humana, los casos de criminalidad organizada y cualquier otra infracción que los acuerdos internacionales suscritos por el país hayan establecido la obligación de perseguir”. Se optimiza el mandato de la Constitución del artículo 146.5 sobre proscripción de la corrupción de plazos amplios para la persecución de este problema social.

La referencia es inmediata a dos instrumentos inflexibles contra el crimen organizado: la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), ratificada por el Congreso Nacional mediante la Resolución núm. 355-06 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida), ratificada por el Congreso Nacional mediante la Resolución núm. 333-06.

Tanto Palermo como Mérida, disponen que los Estados parte deberán aplicar plazos amplios de prescripción para luchar contra estos flagelos, sin embargo, el proyecto pretende derogar lo que dispone el referido artículo 49 del CPP, disminuyendo el espectro de persecución en el tiempo de múltiples delitos económicos que podrían generar daños irreparables, ocasionando un perjuicio a la sociedad, ya que deja sin efecto una posible sanción por un tecnicismo regresivo.

Vulnera también al Estado en la misma medida en los casos de corrupción cuando es afectado el erario, privándolo de recursos que pueden ser invertidos en bienes y servicios, mejorando los existentes, y creando nuevos espacios para brindarlos a nivel nacional, aumentando de esta manera la eficiencia del aparato estatal en favor de mejorar las condiciones de vida de cada persona, y sí, incluso a quienes hayan cometido infracciones, pero con más restricciones de uso.

¿Qué refleja esto?, que existen ánimos espurios y ocultos, evidenciados en un proyecto, de impedir que se castiguen situaciones consumadas u otras en un posible estado de gestación para generar ulteriores beneficios de gran masa económica y financiera partenogenéticamente ilícita e incompatible con la justicia social de un Estado que busca punir, de establecer la pena como la natural consecuencia jurídica de los crímenes y delitos.

Disto, asimismo, y soslaya el principio de progresividad de las normas, ya que de aprobarse este postulado, constituye una regresión total, la cual está totalmente descartada y prohibida en las leyes. La regresión es una desviación absoluta de los efectos positivos que buscan proteger los bienes jurídicos no solo de los seres humanos, sino del Estado mismo como la principal persona de derecho público.

Además, el proyecto en su artículo 17 ordena que la persecución y la titularidad de la extinción de dominio corresponde exclusivamente al Ministerio Público (MP), pero con la inoportuna condición de la aprobación de un mandato especial expedido por la o el procurador general de la República para poder iniciar el proceso de extinción. Sin duda alguna, la no emisión del mandato por la persona del principal titular del MP es otro desquiciado óbice en procura de entorpecer y desalentar la punición de la lacra social generada por los criminales organizados. Rompe con el principio de autonomía de investigación de los hechos punibles.

Otra anomalía que enciende una alarma de la revisión de estos desatinos es que se permite que la persona afectada por el proceso de extinción pueda llegar a un acuerdo con el órgano de persecución en donde se beneficia del 5 % de los bienes a ser extinguidos; otro 5 % es transable cuando coopere en la delación de identificación de otras estructuras criminales es decir, un 10 % de activos adquiridos de forma injusta, esto lo dispone irracionalmente el artículo 68 del proyecto. Lo que se necesita es una norma que arranque las fuentes dinerarias de operación de las redes delincuenciales de cuello blanco, no que otorgue una autorización pública para el enriquecimiento ilícito.

Se genera la interrogante de cómo se procederá con estos acuerdos, pues esto consiste evidentemente que quienes se hayan lucrado de ilicitudes, serán beneficiados de todas formas por sus infracciones, contribuyendo así que se abra un foco de atracción a que personas se dediquen a cometer actos ilícitos, y a sabiendas de que, en caso de ser sometidos a la justicia, si trabaja con esta, serán injusta e ilegítimamente premiados por el hecho de colaborar en el desmonte de su causa ilícita.

Como expresa el maestro Silié Gatón (1999) <sup>3</sup>/<sub>4</sub>fuente de la ética y la moral<sup>3</sup>/<sub>4</sub>, “el Estado, como estructura de convivencia social, requiere de políticas bien pensadas, para fortalecer las estructuras jurídicas, económicas, sociales y morales, en un proceso formalizador, representado por las tareas altruistas de enaltecer la nación”. Lo planteado en el proyecto, en ningún sentido, enaltece al pueblo dominicano, sino todo lo contrario, lo lleva a un declive de una condena indefectiblemente moral, no prueba y falta de toda ética ciudadana.

Y no es de menos, ya que las normas también tienen una función orientadora de cómo debe ser el accionar de las autoridades que administran la cosa pública, razón por la cual, la sociedad tiene de ellos expectativas de que no se le defraude, ya que fueron investidas con un poder de mandato para que actúen en su nombre y representación, con apego estricto a la ética que debe regir el comportamiento de todo profesional, y acerca del cumplimiento de este deber, John Rawls (2006) dice que:

Las leyes y las órdenes se aceptan como leyes y como órdenes sólo si existe la creencia general de que pueden ser obedecidas y ejecutadas. Si esto se pone en duda, las acciones de las autoridades presumiblemente tendrán un propósito diferente del de organizar la conducta. (p. 224).

En atención a esto, se impregnará en la sociedad de que el crimen sí paga, y paga suficientemente bien, de tal forma que habría una mayor incursión tanto de quienes actualmente continúan engrosando su patrimonio cometiendo infracciones, así como quienes busquen enriquecerse realizando análisis de costo-beneficio cometiendo delitos económicos de magnitudes exorbitantes, es decir, que la norma no tendrá el efecto que busca, que es disuadir la comisión violaciones a las leyes que protegen el aparato social y económico dominicano.

### **Conclusión crítica**

En el ordenamiento jurídico de República Dominicana es cierto que hay normas que permiten combatir el crimen organizado por lo poderoso que este sea, sin embargo, deja frente a la comunidad internacional, un Estado que no está del todo comprometido en combatir el flagelo causado por las organizaciones criminales, así como quienes intentan incurrir en hechos dolosos con el fin de agenciarse beneficios no sanos, fundamentados en negocios apartados de lo dictado por las leyes.

En fin, se hace un llamado a las autoridades de corregir estos inapropiados intentos de permisos de ley al crimen, de ser contundentes en la lucha de este problema social que afecta no solo al país, sino al mundo, de lo contrario, se estaría generando un nefasto precedente que hablaría negativamente del país, ya que crearía un ambiente de que se protege y se premia la criminalidad, además de que las autoridades estarían siendo cómplices de las vilezas expuestas.

### **Referencias bibliográficas**

Rawls, J. (2006). Teoría de la justicia (6ta ed.). (M. D. González, Trad.) Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos: The Belknap Press of Harvard University Press.

Silié Gatón, J. (1999). En F. d. Políticas, Derecho y política. Santo Domingo: Universidad Autónoma de Santo Domingo.

---

[i] Consultar también las sentencias TC/0025/14 y TC/0244/17 que se refieren también al Tribunal de Confiscaciones.

## Apuntes sobre referimiento inmobiliario

*Enmanuel Rosario Estévez*

### Un breve repaso histórico

El referimiento es una figura dinámica que se ha colocado como la vía idónea para resolver conflictos de forma provisional en el ordenamiento dominicano. Su estudio es una de las tareas más retadoras para todo jurista, debido a que se nutre esencialmente de la praxis.

El referimiento es esencialmente una obra de la jurisprudencia, su surgimiento y evolución ha estado marcado por la subsunción de sus principios en las casuísticas cotidianas. Es por esto, que la jurisprudencia resulta indispensable para lograr una correcta comprensión de esta impresionante figura procesal.

A pesar de su origen francés, el referimiento ha sido un hijo adoptivo de la legislación dominicana, y ha logrado permear en prácticamente todas las materias, incluso en aquellas que no derivan del derecho francés y que nacen del ingenio legislativo dominicano. Hoy en día, el referimiento es una realidad en materias como la laboral, electoral e inmobiliaria, cuyas raíces no son francesas.

Un punto interesante y común del referimiento en las materias señaladas, es que el legislador ha intentado otorgarle una redacción propia, parafraseando en ocasiones lo concebido en el texto francés. Esta técnica legislativa dominicana ha provocado en ocasiones la desnaturalización del referimiento en estas materias especiales. Un ejemplo de esto lo apreciamos en el referimiento inmobiliario.

En el referimiento inmobiliario se reflejan serias imprecisiones conceptuales y la ausencia de una estructura normativa sólida y uniforme, que provoca graves confusiones que se manifiestan en la aplicación de la norma por los tribunales, y también en la doctrina.

Para comprender el referimiento inmobiliario a plenitud, es necesario remontarnos a sus orígenes, pues desde ese momento se perfilaban como una figura nebulosa. El referimiento inmobiliario aparece por primera vez con la ley 1542 del 11 de octubre de 1947. Esta normativa, que sustituyó la vieja Orden Ejecutiva No. 511 del 1 de julio de 1920, introdujo el referimiento en un formato particular, pues sin mencionar su nombre, adoptó de forma estratégica los viejos principios del referimiento civil de 1806, aunque limitado al proceso de saneamiento.

En ese orden, el artículo 9 de la indicada norma le otorgaba la facultad al tribunal de tierras de jurisdicción original de ordenar “medidas provisionales que no causen

perjuicio al fondo, en los casos de urgencia, o cuando se trate de fallar provisionalmente sobre las dificultades relativas a la ejecución de un título ejecutivo o de una sentencia”.

No fue casualidad que el legislador de aquella época utilizara los dos conceptos básicos del referimiento civil que estaban consagrados en los artículos 806 y 809 del Código de Procedimiento Civil Dominicano, hoy derogados por la ley 834 de 1978. Nos referimos a: la posibilidad de estatuir en los casos de urgencia y provisionalmente sobre las dificultades de ejecución, limitándolo por el principio básico que imperaba en ese entonces: la imposibilidad de perjudicar lo principal.

Algunos podrían pensar que esto no es un indicador de que se trata de un referimiento, porque ni el texto refiere al uso del término ni tampoco se crea un procedimiento especial. Sin embargo, esto no permite disociar al referimiento de los postulados del artículo 9 de la ley 1542. Al contrario, tan solo basta con comparar la redacción de los artículos 806 y 809 del Código de Procedimiento Civil con el indicado artículo 9, para para constatar que se trata de un auténtico referimiento.

Incluso, en el artículo 9 de la Ley 1542 se repite el mismo error conceptual del referimiento de aquella época, y que solo utilizaba del término “provisionalmente” para los casos de dificultad de ejecución de un título o sentencia, y no así con la urgencia, lo que hizo pensar por mucho tiempo que en este último caso era inaplicable<sup>[1]</sup>. De hecho, también llama la atención que se haya concebido esta modalidad de referimiento (dificultad de ejecución) para la etapa de saneamiento.

Como último elemento de soporte, está la inclusión de la prohibición de “perjudicar el fondo”, que era propia del referimiento civil de aquella época, y que se reflejaba en el antiguo artículo 809 del código de procedimiento civil. Lo que nos permite concluir que la primera manifestación del referimiento en materia inmobiliaria estaba contenida de forma difusa en el artículo 9 de la ley 1542, y estaba limitada a los eventos que surgieran durante el saneamiento y que ameritaban la intervención del juez para ordenar ciertas medidas.

Con la promulgación de la Ley 108-05, sobre Registro Inmobiliario, el referimiento inmobiliario adquiere un carácter universal en esta materia, y se permite su aplicación en todos los procesos que pudieran surgir y que involucren inmuebles registrados.

En esta nueva norma, el referimiento aparece como una auténtica obra del legislador dominicano, pues su redacción no obedece completamente a los lineamientos legislativos del referimiento francés, y en ciertos casos se aprecia cierta contradicción que expondremos en esta breve reflexión.

### **La naturaleza del referimiento inmobiliario**

El referimiento inmobiliario se encuentra regulado en los artículos 50 al 53 de la ley 108-05 sobre Registro Inmobiliario. En estos tres artículos, y sus párrafos, se describe esta interesante e incomprensible figura para el ámbito inmobiliario, y se condensan los puntos más relevantes del referimiento civil previsto en la ley 834.

Sin embargo, en este proceso de incorporación y adaptación del referimiento al ámbito inmobiliario, el legislador desnaturaliza en algunos puntos la esencia de esta figura, y en otros, creó una especie de desequilibrio normativo que ha traído como consecuencia una inestabilidad jurisprudencial preocupante.

Así las cosas, la primera pregunta que debemos formularnos en esta parte del análisis, es si el referimiento inmobiliario tiene autonomía, o pueden aplicarse de forma paralela, e indistinta, las reglas del referimiento civil (derecho común.) Asimismo, si las normas de derecho común aplican de forma supletoria.

La respuesta a este dilema es compleja, porque en este caso el texto adolece de una estructura jurídica incongruente. Lo primero que debemos de señalar es que la ley 108-05 consagra el principio de supletoriedad en el principio VIII de la norma, permitiendo al legislador aplicar el derecho común para “suplir duda, oscuridad, ambigüedad o carencia”. Solo en estos casos se puede aplicar el derecho común de forma supletoria.

El carácter supletorio del derecho común sobre el ámbito inmobiliario opera de forma elegante y sigilosa, pues permite la aplicación del derecho común a aquellas situaciones no reguladas por la norma especial, en este caso, la ley 108-05 y sus reglamentos, pero nunca sustituyendo o sobreponiéndose a la norma especial.

Para comprender la operatividad del principio de supletoriedad del derecho común, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), ha establecido que:

“la aplicación supletoria de una ley respecto de otra procede para integrar una omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones y que se integren con otras normas o principios generales contenidos en otras leyes. Así, para que opere la supletoriedad es necesario que: a) El ordenamiento legal a suplir establezca expresamente esa posibilidad, indicando la ley o normas que pueden aplicarse supletoriamente, o que un ordenamiento establezca que aplica, total o parcialmente, de manera supletoria a otros ordenamientos; b) La ley a suplir no contemple la institución o las cuestiones jurídicas que pretenden aplicarse supletoriamente o, aun estableciéndolas, no las desarrolle o las regule deficientemente; c) Esa omisión o vacío legislativo haga necesaria la aplicación supletoria de normas para solucionar la controversia o el problema jurídico planteado, sin que sea válido atender a cuestiones jurídicas que el legislador no tuvo intención de establecer en la ley a suplir; y, d) Las normas aplicables supletoriamente no contraríen el ordenamiento legal a suplir, sino que sean congruentes con sus principios y con las bases que rigen específicamente la institución de que se trate[2].

Es importante aclarar que esta jurisprudencia menciona una frase que puede causar confusión, al referir la posibilidad de acudir a la supletoriedad cuando la norma especial: “regule deficientemente”. Esto no quiere decir, que desde que exista un error conceptual en el referimiento inmobiliario se deba acudir al derecho común, sino que su solución debe partir de la misma norma.

La jurisprudencia dominicana ha reconocido el carácter autónomo del referimiento inmobiliario, al establecer que en esta legislación especial no existen “dudas, oscuridad o ambigüedad sobre el procedimiento de referimiento”, lo que hace innecesario “aplicar otras normas para conocer la figura del referimiento en esta materia”[3].

Sobre esto podemos poner un ejemplo. La ley 108-05 sobre Registro Inmobiliario, establece la imposibilidad de “prejuiciar el fondo” como límites del juez de los referimientos en materia inmobiliaria. Este concepto difiere significativamente del concepto de contestación seria que se aplica en el referimiento de derecho común.

Esto, en sentido concreto, no debe ser apreciado como una regulación deficiente que permita aplicar la contestación seria como una limitante del juez de los referimientos en esta materia. En este caso, debemos observar que el legislador dominicano ha establecido un límite diferente, por lo que no podría superponerse el de derecho común. Más adelante ampliaremos sobre esta limitación.

En aquellos casos en los que realmente existe un vacío en la norma inmobiliaria se permite que el juez de los referimientos aplique de forma supletoria las disposiciones de derecho común. La jurisprudencia ha aplicado la supletoriedad cuando la norma a suplir “no establece ningún mecanismo” para solucionar un tema[4]. Es decir, que “solo se aplicarán cuando no existan disposiciones expresas ... para la solución de un caso determinado y siempre que estas normas supletorias se avengan a la naturaleza y fines del derecho...” a suplir[5].

Para aplicar la supletoriedad del derecho común sobre el derecho inmobiliario es necesario verificar que no existan disposiciones contrarias a la misma, o que se guarde silencio sobre un tema, o también cuando se requiera complementar la norma[6]. Esto es precisamente lo que sucede con el referimiento inmobiliario, que se puede auxiliar el derecho común solo en los casos en que la propia norma lo requiera.

Un ejemplo de lo anterior, lo encontramos en la posibilidad que tiene el juez de los referimientos inmobiliario de modificar su decisión, incluso hasta de dejarla sin efecto. En este caso, la Ley de Registro Inmobiliario se limita a señalar que la ordenanza del juez de los referimientos “no adquiere en cuanto a lo principal la autoridad de la cosa juzgada”[7], obviando mencionar lo establecido en el párrafo del artículo 104 de la ley 834, de que solo “puede ser modificada” o “renovada en referimiento más que en caso de nuevas circunstancias”[8].

En este caso se permite aplicar la supletoriedad del derecho común en el referimiento inmobiliario, pero se debe ser cauteloso, pues una aplicación apresurada ante lo que supongamos como una “duda, oscuridad, ambigüedad o carencia” nos puede conducir a una auténtica vulneración de la norma.

Sobre esto existen múltiples ejemplos que resaltaremos durante este trayecto, en los cuales la jurisprudencia dominicana aplica las normas del referimiento de derecho común, previsto en la ley 834, en casos regulados de forma especial y distinta por la ley 108-05.

Un caso muy particular de la supletoriedad del referimiento de derecho común sobre el referimiento inmobiliario se encuentra previsto en la parte in fine del artículo 53 de la ley 108-05. Este texto establece de forma expresa que en el caso del referimiento ante el presidente del Tribunal Superior de Tierras se aplicarán “las reglas de los artículos 140 y 141 de la Ley 834, del 15 de julio de 1978, que abroga y modifica ciertas disposiciones en materia de Procedimiento Civil y hace suyas las más recientes y avanzadas reformas del Código de Procedimiento Civil Francés”. Esta última referencia hecha por el legislador dominicano era innecesaria, y de hecho fue poco elegante.

El propio texto se refiere de forma expresa a la aplicación de las reglas de derecho común del referimiento ante el presidente de la Corte. Sin embargo, este movimiento legislativo ha ocasionado una grave colisión normativa, debido a que las reglas del artículo 140 de la ley 834 regula el referimiento clásico para los casos de urgencia ante el presidente de la Corte, y le permite tomar “todas las medidas que no colidan con ninguna contestación sería o que justifique la existencia de un diferendo”.

El problema normativo es que el referimiento inmobiliario de primer grado no se encuentra limitado por la contestación seria o la existencia de un diferendo, sino por la prohibición de perjudicar el fondo. Por lo que tenemos dos limitaciones diferentes confluyendo en un mismo tipo de referimiento (urgencia), pero aplicables ante jurisdicciones distintas.

Por un lado, en el referimiento inmobiliario ante los tribunales de la jurisdicción inmobiliaria el juez se encuentra limitado por la imposibilidad de perjudicar el fondo, en los casos de urgencia, y por el otro, la limitación ante el presidente del Tribunal Superior de Tierras es la contestación seria o la existencia del diferendo.

Por todo esto es que resulta importante que nuestros legisladores comprendan la dinámica del referimiento y eviten redacciones incongruentes que puedan generar un ambiente normativo nebuloso, más aún cuando pretenden hacer “suyas las más recientes y avanzadas reformas del Código de Procedimiento Civil Francés”, desconociendo la propia hermenéutica de estas novedades.

En este caso tan solo bastaba con referir a las reglas de derecho común para el referimiento inmobiliario y nos hubiésemos ahorrado toda discusión y debate conceptual en esta materia.

### **La naturaleza procesal del referimiento inmobiliario**

El segundo gran dilema del referimiento inmobiliario consiste en determinar si se trata de una vía procesal autónoma que no requiere de la existencia de un proceso principal, o si tiene un carácter accesorio a un proceso principal.

Lo primero que debemos señalar es que sobre este tema existen dos grandes corrientes de pensamiento que pretenden arrojar una definición más clara que la expuesta por el legislador. La primera de estas sostiene que el referimiento inmobiliario solo puede ser introducido en el curso de una instancia.

Para los defensores de esta corriente, el referimiento inmobiliario tiene un carácter accesorio[9], debido a que la función del juez es “organizar provisionalmente una situación conflictual surgida entre las partes que se encuentran ligadas a una instancia principal inmobiliaria[10]”. Incluso, se ha llegado a afirmar que el legislador ha sido enfático en este aspecto y se ha referido en varias ocasiones al carácter accesorio del referimiento inmobiliario.

De hecho, cuando observamos no sólo la redacción del texto sino también la estructura jurídica del referimiento inmobiliario nos percatamos, en seguida, que se trata de un procedimiento creado para resolver situaciones de forma provisional dentro de un proceso judicial principal.

Así, por ejemplo, el artículo 50 de la ley 108-05 permite al juez que está “apoderado del caso” estatuir en materia de referimiento. De igual forma, el párrafo I de este artículo refiere a que “en el curso de la litis sobre derechos registrados” el juez de los referimientos debe actuar a pedimento de parte. También, el artículo 51 hace la misma mención, lo que nos indica una clara intención del legislador de concebir el referimiento inmobiliario como accesorio de los procesos principales.

Incluso, la limitación principal de los poderes del juez de los referimientos en esta materia nos permite pensar que existe una clara intención del legislador de establecer el carácter accesorio del procedimiento de referimiento. Nos referimos a la prohibición de prejuzgar el fondo, pues de por sí, este principio presupone el apoderamiento del juez de jurisdicción original del fondo del asunto.

La segunda corriente doctrinal es más abierta, y establece que el juez de los referimientos puede ser apoderado sin que exista una demanda principal, tal y como sucede en el referimiento ordinario. Los partidarios de esta corriente fundamentan su

posición en la aplicación del principio de supletoriedad contemplado en el principio VIII[11].

Desde nuestra óptica, existe un interés marcado por parte del legislador de reconocer el referimiento en el curso de la instancia, pues la propia redacción de los textos que regulan este procedimiento especial permite presuponer la existencia de un proceso principal. Sin embargo, el referimiento es una figura no solo dinámica, sino también una garantía de “los derechos fundamentales y de la tutela judicial efectiva” [12] y la tutela judicial provisional, por lo que este tipo de límites representa una mutilación excesiva y carente de todo sentido.

En ese orden, si bien la redacción del texto nos empuja a pensar que en esta materia se requiere del apoderamiento del juez de fondo, es su propia esencia la que nos afirma que es posible concebir el referimiento inmobiliario fuera de instancia. El referimiento es una figura emanada de la jurisprudencia, cuya evolución y metamorfosis no ha sido definida por la ley, sino precisamente por la jurisprudencia, la cual suele construir las más importantes transformaciones sin necesidad de esperar por el legislador[13].

De hecho, cuando analizamos el referimiento de derecho común, observamos el mismo inconveniente, pero con un rasgo menos marcado. Por ejemplo, el artículo 101 de la ley 834 establece que el juez de los referimientos es aquel no está apoderado de lo principal, o por ejemplo, el artículo 104 de la ley 834, hace mención a que la ordenanza del juez de los referimientos no tiene efecto de cosa juzgada respecto de lo principal. Ambos textos hacen alusión a un proceso principal para el derecho común, sin que esto implique una obligación de que exista dicho apoderamiento.

Esta misma solución podríamos aplicar en el referimiento inmobiliario, para solucionar esta ambigüedad del legislador, y de cuya solución interpretativa dependería su eficacia. Esto permitirá acudir al juez de los referimientos para solucionar situaciones inmobiliarias y registrales simples, de forma expedita y sin necesidad de agotar un largo, tedioso y costoso proceso ordinario ante los tribunales de tierras.

A pesar de lo anterior es innegable que la redacción del texto es deficiente y provoca todo tipo de interpretación y especulación, en un punto que es trascendental, por lo que sería pertinente modificar el texto en este aspecto para exponer mayor claridad al respecto.

### **Características**

La primera característica del referimiento inmobiliario, y que es común a todos los tipos de referimiento, es la provisionalidad. En ese tenor, el artículo 50 de la ley 108-05 establece que las medidas tomadas por el juez de los referimientos respecto del inmueble tienen un carácter provisional.

Este carácter provisional se desprende de dos puntos elementales, el primero es que el juez de los referimientos es un “juez de los hechos” y su deber es tomar medidas para salvaguardar situaciones procesales[14]. Esto significa que no corresponde al juez de los referimientos delimitar y establecer los derechos subjetivos de las partes, ni tampoco constituir derechos subjetivos.

El segundo punto que justifica el carácter provisional de la ordenanza de referimiento es la ausencia de cosa juzgada respecto de lo principal. El párrafo II del artículo 50 de la ley 108-05 sobre registro inmobiliario dispone que la ordenanza del juez de los referimientos “no adquiere en cuanto a lo principal la autoridad de la cosa juzgada”.

En esta parte, el legislador dominicano incorporó el concepto de ausencia de cosa juzgada sobre lo principal que aparece en el artículo 104 de la ley 834, pero obvió incluir el párrafo aclaratorio de dicho artículo, que permite modificar, renovar o dejar sin efecto la medida si surgen circunstancias nuevas que así lo justifican.

Como hemos señalado anteriormente, para suplir esta carencia legislativa, se debe acudir de forma supletoria a las disposiciones de derecho común, lo que nos permite concluir que en el referimiento inmobiliario es posible que el mismo juez que dictó la medida pueda modificarla, retractarla, renovarla o hasta complementarla. Este es un ejemplo de la operatividad del principio de supletoriedad del derecho común en el referimiento inmobiliario, el cual entra en función cuando existe un vacío normativo que debe ser suplido, o para complementar una norma, pero nunca para sustituirla.

Uno de los temas que mayor confusión produce en el referimiento inmobiliario es el alcance de la provisionalidad en el tiempo. Para muchos, la provisionalidad se justifica porque la ordenanza del juez de los referimientos no puede permanecer en el tiempo, es decir, que debe tener una especie de término.

Sobre este tema, la jurisprudencia dominicana ha sostenido que la ordenanza de referimiento en materia inmobiliaria “reviste un carácter eminentemente provisional y que produce efectos únicamente en el curso de la instancia”, lo que significa que la decisión queda sin objeto desde el mismo momento en que se emite la decisión[15].

Desde nuestra óptica, esta decisión no se ajusta a la esencia del referimiento, pues la provisionalidad no significa necesariamente que su efecto en el tiempo estaría limitado, sino más bien aduce a la posibilidad de modificación y a la ausencia de cosa juzgada respecto de lo principal. Incluso, en el caso en que el juez de los referimientos adopte una medida provisional durante el curso de la instancia, y luego emita su decisión sobre el fondo, esto no significa que la medida adoptada quede sin efecto, porque si la decisión sobre el fondo es recurrida y se suspenden sus efectos, las medidas adoptadas por el juez de los referimientos se mantienen.

La provisionalidad y el tiempo en el referimiento inmobiliario deberán ser evaluadas de forma subjetiva. En algunos casos, la decisión del juez de fondo que adquiere la autoridad de cosa irrevocablemente juzgada podría dejar sin efecto las medidas adoptadas por el juez de los referimientos. Por ejemplo, esto ocurre cuando se interpone una litis sobre derechos registrados, y en referimiento se designa un secuestro judicial de los bienes objeto de la contestación.

En este escenario, una decisión definitiva sobre el fondo dejaría sin objeto las medidas adoptadas, pues el derecho de propiedad quedaría definido, pero esto solo ocurriría cuando la decisión del juez de fondo adquiriera la autoridad de cosa irrevocablemente juzgada[16]. Pues, mientras se conoce de la litis en las diferentes instancias, las medidas adoptadas por el juez de los referimientos se mantienen.

La provisionalidad en materia de referimiento no debe ser evaluada en cuanto a los efectos en el tiempo de la ordenanza, sino sobre la posibilidad de modificar la medida adoptada siempre que surjan circunstancias nuevas, por lo existir cosa irrevocablemente juzgada en esta materia.

La segunda característica del referimiento inmobiliario es el carácter ejecutorio de la ordenanza. En ese orden, el artículo 50, párrafo II, reconoce el carácter ejecutorio de la decisión del juez de los referimientos, no obstante, cualquier recurso. Esto último quiere decir, que la sola interposición de un recurso suspensivo no detiene la ejecución de la ordenanza. Sobre este tema, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia estableció en una decisión reciente, que la interposición de un recurso de casación no tiene efecto suspensivo en materia de referimiento inmobiliario[17].

### **Los límites del juez de los referimientos en materia inmobiliaria**

Uno de los puntos de mayor controversia en esta materia es precisamente la fijación de los límites de los poderes del juez. El referimiento inmobiliario fue concebido en base a parámetros diferentes al de derecho común, provocado por el intento del legislador dominicano de establecer una redacción propia y diferente a la del país origen de nuestra legislación.

En este caso, el juez de los referimientos no se encuentra limitado por la existencia de una contestación seria entre las partes, sino más bien por la imposibilidad de “prejuiciar el fondo”. De entrada, este concepto desnaturaliza la esencia de los principios del referimiento creados por la ley 834 de 1978.

La primera concepción del referimiento ordinario en nuestra legislación nació bajo una limitante, la obligación impuesta al juez de los referimientos de no perjudicar lo principal con su decisión. Sobre esto hemos manifestado en otros escenarios, que:

“Esta prohibición constituyó la principal limitación en esta materia, por lo que el juez de los referimientos debía rechazar la demanda de forma automática desde que se percatara de que con su decisión podía perjudicar lo principal. Esta vieja fórmula del “perjuicio a lo principal” era ambigua e imprecisa[18], y su uso indiscriminado conllevó a que en ocasiones se evadiera la responsabilidad de tomar una decisión bajo el argumento de que se estaría afectando lo principal”[19].

Esta vieja regla procesal fue derogada por la ley 834 de 1978, y que, a su vez, fue la traducción de la reforma procesal que se introdujo en Francia en materia de referimiento, en 1972. De ahí es que surge la aparición de un nuevo y acertado concepto: la contestación seria.

Esta es la limitación moderna del referimiento, porque a pesar de ser una noción negativa[20] y abstracta, difícil de definir en términos teóricos, permite que el juez de los referimientos tenga un mayor campo de acción. La contestación seria, en esencia, se refiere a la imposibilidad del juez de reconocer y constituir derechos subjetivos a favor de las partes que no existían al inicio del litigio.

En cambio, en el referimiento inmobiliario se ha optado por una fórmula diferente, y más inclinada al rescate de la vieja y derogada fórmula. En este caso nos referimos a la prohibición de “prejuiciar el fondo”. En ese tenor, el legislador consagró este impreciso e inoportuno mecanismo de limitación de poderes en el párrafo I del artículo 50 de la ley 108-05, al disponer que “su ordenanza como juez de los referimientos no puede perjudicar el fondo del asunto”.

Este nuevo principio que se inaugura de forma desafortunada en el referimiento inmobiliario, no se asimila completamente con la prohibición de perjudicar lo principal que existía en el viejo régimen, sino que parece una aproximación al viejo teorema que se utiliza para distinguir la obsoleta clasificación de sentencias preparatorias e interlocutorias previstas en los artículos 452 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

En ese sentido, la imposibilidad de perjudicar el fondo debe comprenderse como la prohibición que tiene el juez de los referimientos de dejar entrever con su ordenanza cuál sería su posición respecto al fondo del asunto. Esta posición ha sido reafirmada por la jurisprudencia dominicana en materia de tierras, cuando sostiene que el referimiento inmobiliario es “una institución jurídica que tiene como fundamento y esencia la toma de decisiones provisionales que no tocan el fondo del asunto”[21].

Incluso, la jurisprudencia ha señalado que el juez de los referimientos en materia de tierras no puede hacer consideraciones que le correspondan al juez de fondo, como por ejemplo, referirse a la vocación sucesoral del demandante en referimiento[22], ni tampoco referirse a medios de inadmisión que toquen el fondo[23]. Aunque, irónicamente le ha permitido “evaluar de manera, si se quiere decir superficial, los

elementos característicos o de sustentación de las pretensiones del accionante en su instancia principal”[24].

En una ocasión, la jurisprudencia intentó ampliar el campo del referimiento inmobiliario al establecer que “esta limitación en modo implica, que el Juez de los Referimientos se abstenga de dar decisiones u ordenanzas con un contenido de objetividad, como lo exige la función de todo juez en el estado constitucional; en ese orden, existen determinados casos o solicitudes provisionales que atendiendo a su naturaleza, proveer o rechazar la misma, implica un examen de los aspectos o contenidos de la acción o litis principal, es lo que otros denominan seriedad o sostenibilidad de la litis, pues aún en el ámbito del referimiento el juez debe, sobre todo, evaluar la utilidad o pertinencia de lo solicitado, lo que se logra sin prescindir en ocasiones de un examen de los elementos de la acción principal; en otras palabras, la limitación es que el juez no decida aspectos de la acción principal”[25].

El problema que representa la prohibición de perjudicar el fondo se agrava cuando lo que se persigue con el referimiento es evitar un daño inminente o hacer cesar una turbación manifiestamente ilícita o excesiva. Porque en este caso el juez de los referimientos está íntimamente vinculado al fondo del asunto, especialmente para evaluar el daño inminente o para analizar la ilicitud en el conflicto que enfrentan las partes.

El establecimiento de la imposibilidad de perjudicar el fondo para el ámbito inmobiliario ha creado una enorme confusión en la práctica, y es común que se confunda con la contestación seria, como si se tratara de lo mismo. En algunos casos, se ha llegado a aplicar simplemente el artículo 109 de la ley 834, obviando que la ley de registro inmobiliario tiene un concepto propio que impide superponer la norma de derecho común en este aspecto específico.

El tema se complica cuando se comparan las imprecisiones jurisprudenciales y el referimiento ante el presidente del Tribunal Superior de Tierras, el cual tiene una dimensión distinta al de primer grado. Respecto de este último punto debemos precisar que la parte *in fine* del artículo 53 de la ley de Registro Inmobiliario dispone que: “el presidente del Tribunal Superior de Tierras tiene las mismas facultades previstas en los artículos 140 y 141 de la ley 834, del 15 de julio de 1978, que abroga y modifica ciertas disposiciones en materia de Procedimiento Civil y hace suyas las más recientes y avanzadas reformas del Código de Procedimiento Civil Francés”.

Este texto nos demuestra la enorme incongruencia normativa del referimiento en materia inmobiliaria, porque por un lado, intenta hacer suyas las reformas procesales francesas en materia de referimiento, a pesar de establecer la anacrónica prohibición de “prejudicar el fondo”, lo que implica un retroceso descomunal para esta figura; y por otro lado, se refiere a la aplicación del artículo 140 de la ley 834, de forma supletoria, obviando que este texto contiene una limitación diferente: la contestación seria y la existencia del diferendo.

Esto último quiere decir, que, para los casos de referimiento conocidos ante el tribunal de jurisdicción original, como tribunal de primer grado, se aplicaría la prohibición de prejuzgar el fondo, aunque esta decisión sea apelada y posteriormente conocida por el pleno del Tribunal Superior de Tierras. Pero, cuando el asunto sea conocido por el presidente del Tribunal Superior de Tierras estatuyendo como juez de los referimientos, entonces se aplicaría la contestación seria y la existencia del diferendo como límites del juez.

El tema se agrava cuando se analiza las distintas decisiones emanadas de los tribunales, que producto de esta confusión legislativa, emiten decisiones que no se corresponden con el mandato de la ley.

En varias decisiones, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha aplicado el concepto de contestación seria de forma indiscriminada, incluso, invocando como fundamento los principios establecidos en el artículo 109 de la ley 834, y apoyándose en el principio de supletoriedad. Esto, en esencia, constituye un abuso de este principio, el cual solo debe regir para complementar una norma, no así para superponerse a ella y sustituirla de forma antojadiza[26].

El nivel de confusión ha sido tal, que la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha llegado incluso a confundir de forma absoluta los conceptos. En una decisión, estableció que la “llamada contestación seria o como dice el párrafo II del artículo 50 de la Ley 108-05 de Registro Inmobiliario, es todo aquello que solo el juzgador de fondo puede decidir”[27]. Bajo este criterio, aparentaría que se trata de términos sinónimos, cuando en realidad es todo lo contrario.

La contestación seria es un concepto más abstracto, que permite cierta interacción del juez de los referimientos con aspectos de fondo, sin que esto implique decidirlo. A pesar de que se trata de una noción difícil de definir[28], pero que demuestra que el juez de los referimientos solo decide lo evidente, o “cuando este derecho o esta situación no pueda ser seriamente contestada”[29]. Existe una contestación seria desde el mismo momento en que el juez tenga que reconocer un derecho subjetivo a una persona que no tenía previo al litigio, porque esto implicaría que ante esta jurisdicción se estarían constituyendo derechos.

Desde nuestra óptica, la solución razonable es modificar la norma inmobiliaria en este aspecto, para poder adaptarla a “las más recientes y avanzadas reformas del Código de Procedimiento Civil Francés”, como irónicamente establece la propia normativa inmobiliaria.

### **Los diferentes tipos de referimientos en materia inmobiliaria**

El referimiento inmobiliario se encuentra configurado bajo dos formatos: para casos urgentes (referimiento clásico) y para prevenir un daño inminente o para hacer cesar

una turbación manifiestamente ilícita o excesiva. Vale aclarar que la Ley de Registro Inmobiliario solo concibe estos dos tipos de referimientos, lo que evidentemente excluye los otros, que han sido reconocidos para el derecho común.

Sobre este punto, debemos destacar como primer elemento que el referimiento inmobiliario se encuentra regido por sus propias reglas para el establecimiento de los diferentes tipos de referimientos, por lo que no es necesario acudir al derecho común.

En segundo orden, los diferentes tipos de referimiento en materia inmobiliaria tienen una concepción difusa en la norma. Por un lado, el artículo 50 de la ley de registro inmobiliario le otorga facultad al juez de tomar cualquier “medida urgente”, lo que debe asimilarse al referimiento para casos de urgencia.

Pero por el otro lado, el artículo 51 de la indicada norma, establece que: “el juez de Jurisdicción Inmobiliaria apoderado del caso puede también ordenar en referimiento, todas las medidas conservatorias que se impongan para prevenir un daño inminente o para hacer cesar una turbación manifiestamente ilícita o excesiva”, lo cual es invocado como una competencia del juez, y no como una atribución o poder, contraviniendo la semántica de esta figura.

En cuanto al referimiento inmobiliario para casos de urgencia, es necesario indicar que sigue las mismas reglas del derecho común, por lo que no existe un cambio significativo que se deba resaltar. En estos casos, el juez interviene cada momento en que se requiera tomar alguna medida conservatoria de carácter urgente.

Sobre este tema, la jurisprudencia ha señalado que los elementos que constituyen la urgencia son aspectos de hecho que deben ser apreciados de forma soberana por el juez de los referimientos[30], a pesar de que la urgencia sí es una cuestión de derecho”[31]. Básicamente en materia inmobiliaria, nuestra corte de casación mantiene su poder de censura casacional respecto de la urgencia, al igual que sucede en el derecho común. Esto obliga a los jueces a indicar en su decisión los elementos y circunstancias que le llevaron a apreciar la urgencia en cada caso.

El segundo tipo de referimiento es el previsto para “para prevenir un daño inminente o para hacer cesar una turbación manifiestamente ilícita o excesiva”. En otra ocasión hemos tenido la oportunidad de señalar que se trata de dos referimientos distintos, ya que uno previene un daño que puede producirse y que es inminente, pero el otro consiste en remediar de forma provisional lo causado por una turbación manifiestamente ilícita o excesiva[32].

De entrada, debemos resaltar que el legislador dominicano añadió un término que no existe en este tipo de referimiento en el derecho común: turbación excesiva. Este es un concepto propio de la legislación de tierras, y ajeno incluso, al referimiento en Francia. Por lo que resulta difícil comprender el sentido de la turbación excesiva, especialmente

si se le separa de la turbación ilícita, que es el concepto unitario más apropiado para definir esa circunstancia, resultando excesiva y confusa la utilización de este término en esta materia.

Un segundo elemento que debemos resaltar es el tratamiento otorgado por la jurisprudencia en estos casos, pues a pesar de estar definido por la ley de registro inmobiliario, existe una aplicación indiscriminada del artículo 110 de la ley 834[33] que prevé este tipo de referimiento, pero para el derecho común. En esta materia se suele aplicar el indicado texto, bajo el argumento de que “es supletorio en materia de tierras, acorde con a lo establecido en el principio VIII, de la Ley núm. 108-05, sobre Registro Inmobiliario”[34].

Lo anterior simplemente carece de sentido, pues el referimiento inmobiliario tiene fisonomía propia. No requiere suplirse del derecho común cuando la propia norma se encuentra claramente delimitada, y de hecho, difiere en algunos aspectos del derecho común, lo que a nuestro juicio constituye una aplicación “excesiva” y desbordada del principio de supletoriedad, más aún, cuando es la propia Suprema Corte de Justicia la que ha establecido que no existe duda, oscuridad o ambigüedad en esta materia.

Como resaltamos anteriormente, el referimiento para prevenir un daño inminente o hacer cesar una turbación manifiestamente ilícita o excesiva tiene un gran obstáculo en materia inmobiliaria: la prohibición de prejudicar el fondo. Este límite plasmado por el legislador, y refrendado por la jurisprudencia, provoca que la mayoría de los casos que se ventilan ante esta jurisdicción deban de ser rechazado.

Otro tipo de referimiento que existe en materia inmobiliaria y que no suele ser categorizado por la doctrina como un referimiento especial, es el que se conoce ante el presidente del Tribunal Superior de Tierras. En este caso, la Ley de Registro Inmobiliario limita el accionar del juez a solo dos escenarios, previstos en los artículos 140 y 141 de la ley 834, del 15 de julio de 1978.

Estos dos textos legales regulan el referimiento para casos de urgencia ante el presidente de la Corte de Apelación, que en este caso sería el presidente del Tribunal Superior de Tierras, y el referimiento para “suspender la ejecución de las sentencias impropriadamente calificadas en última instancia o ejercer los poderes que les son conferidos en materia de ejecución provisional”.

Esto último parecería excluir las atribuciones conferidas por los artículos 137 al 139 de la ley 834, y que en definitiva permiten al Presidente de la Corte de Apelación: a) ordenar la suspensión de la ejecución de la sentencia en los demás escenarios, y no solo en los casos de sentencias impropriadamente calificadas en última instancia; b) ordenar la ejecución provisional de la sentencia de primer grado cuando haya sido rehusada; c) ordenar la ejecución provisional de la sentencia de primer grado cuando no haya sido solicitada, o se haya omitido estatuir sobre esto.

Sin embargo, el legislador ha creado una pequeña brecha que permite al presidente del Tribunal Superior de Tierras ejercer estas atribuciones, ya que el artículo 141 de la ley 834 permite en su parte *in fine*, ejercer los poderes que les son conferidos en materia de ejecución provisional, lo que evidentemente incluye lo antes expresado.

En ese sentido, las partes pueden acudir ante el presidente del Tribunal Superior de Tierras no solo para procurar la suspensión de la ejecución de la sentencia, sino también para dotarla de la ejecución provisional. Aunque en todos los escenarios, debe estar apoderado el Tribunal Superior de Tierras del recurso de apelación de que se trate.

Un punto relevante es que las atribuciones conferidas por la ley al presidente del Tribunal Superior de Tierras difieren entre sí. Por ejemplo, cuando una parte apodera al tribunal para que ordene o suspenda la ejecución provisional de una sentencia de primer grado, las reglas del artículo 140 de la ley 834, sobre aspectos de urgencia, resultan inaplicables[35]. Lo que quiere decir, que existe una línea divisoria entre ambos tipos de referimiento.

En el caso del referimiento ante dificultad de ejecución de sentencia o título, es menester destacar que es una figura ajena al ámbito inmobiliario. Esto así porque el artículo 106 del Reglamento de los Tribunales Superiores de Tierras y de Jurisdicción Original, le otorga facultad al juez o tribunal que dictó la decisión, para decidir sobre toda “inejecución o incumplimiento de la misma”.

En este escenario, el juez no actúa en atribuciones de referimiento, ya que su decisión no es provisional ni tampoco está limitado por las prohibiciones del referimiento inmobiliario, sino que actúa como un auténtico juez de la ejecución inmobiliaria.

Esto quiere decir, que, si existe algún obstáculo en la ejecución de una decisión, bien sea por parte de registro de títulos, de la Dirección General de Mensuras, o de cualquier otra institución, e incluso hasta de un particular, las partes pueden acudir ante el Juez que dictó la decisión para que decida sobre esto.

De hecho, la idea del referimiento ante dificultad de ejecución se descarta en materia inmobiliaria, por la propia aplicación del referido artículo 106 del Reglamento, que permite no solo la imposición de astreinte para asegurar la ejecución de su mandato, sino también condenar al pago de indemnizaciones por los daños ocasionados, lo que evidentemente escapa de las atribuciones del juez de los referimientos.

La otra duda que surge, y sin que desborde los límites del tema que estamos abordando, es la competencia jurisdiccional para conocer de este caso. En principio la solución parece simple: el mismo juez que dictó la decisión. Pero se complica cuando la decisión es emitida en primer grado, pero el Tribunal Superior de Tierras la ratifica en apelación, o incluso, la modifica parcialmente.

En estos casos debemos precisar, que el tribunal de primer grado mantiene su competencia para conocer de las dificultades de ejecución de la decisión, y el Tribunal Superior de Tierras solo podrá actuar como tribunal de ejecución si la decisión sea de este tribunal a cabalidad, es decir, que hayan revocado una sentencia de primer grado y ordenado lo que ha sido difícil de ejecutar.

### **Las medidas más comunes**

En este aspecto, analizaremos el referimiento inmobiliario desde el punto de vista práctico. Las medidas que puede adoptar el juez de los referimientos en esta materia son esencialmente conservatorias.

En ese orden, las partes pueden acudir ante el juez de los referimientos para que designe un administrador judicial del inmueble objeto de la contestación entre las partes. De igual forma, es común que sea apoderado para conocer del levantamiento de anotaciones preventivas, sobre lo cual la jurisprudencia ha adoptado diferentes posiciones respecto de su procedencia o no por esta vía.

De igual forma, se puede acudir ante el juez de los referimientos para que imponga un bloque registral sobre el inmueble objeto de la litis, cuando exista el peligro de que una de las partes disponga del mismo y una simple anotación preventiva resulte insuficiente para evitar daños a terceros. En fin, las causas para acudir ante esta jurisdicción son múltiples.

### **Procedimiento**

El procedimiento en esta materia es definido por el artículo 52 de la Ley de Registro Inmobiliario, que se limita a señalar que “el demandante en referimiento debe citar por acto de alguacil de la Jurisdicción Inmobiliaria a la parte demandada para que en el plazo de un (1) día franco comparezca por ante el juez apoderado”.

Esto implica que se trata de un procedimiento contradictorio, en el que deben cumplirse todas las normas del debido proceso. Es importante destacar que en esta materia no existen días habituales de referimiento, sino que se requiere depositar una instancia solicitando fijación de audiencia para conocer de la demanda en referimiento.

De igual forma, en esta materia no se dispone de la posibilidad de celebrar audiencias en días de descanso (domingo y feriados), ni tampoco se prevé la posibilidad expresa de celebrarlas en un lugar distinto al salón de audiencias del tribunal, como podría ser la casa del juez. Sin embargo, en esta parte se aplica de forma supletoria el derecho común, lo que hace posible que esto pueda suceder.

Otro punto resaltable es que el reglamento prevé la celebración de dos audiencias, una de pruebas y otra de conclusiones, lo que a nuestro juicio constituye una auténtica desnaturalización del referimiento. La celebración de dos audiencias en una materia que exige celeridad es impertinente e innecesaria, más aún cuando la propia ley dispone de un plazo razonable para emitir la ordenanza, lo que no ocurre en el derecho común.

### **Los recursos en materia de referimiento inmobiliario**

La ordenanza de referimiento puede ser recurrida en apelación si ha emanado del tribunal de jurisdicción original actuando como juez de los referimientos. Para ello, la parte afectada dispone de un plazo de quince días francos contados a partir de su notificación para interponer el recurso de apelación correspondiente.

Dos elementos debemos destacar en este caso, el primero es que la ordenanza de referimiento es ejecutoria de pleno derecho, por lo que la sola interposición del recurso de apelación no suspende su ejecución. En este caso, el presidente del Tribunal Superior de Tierras podrá suspender la ordenanza de referimiento, en virtud de las atribuciones conferidas por el artículo 141 de la ley 834.

El segundo elemento que debemos destacar es que el recurso de apelación se interpone mediante depósito de una instancia en la secretaría del Tribunal Superior de Tierras, la cual deberá ser notificada a la parte recurrida

El recurso de apelación de la ordenanza de referimiento lo conoce el pleno del Tribunal Superior de Tierras, y esta decisión será susceptible de casación. De igual forma, si la ordenanza proviene del presidente del Tribunal Superior de Tierras en atribuciones de referimiento, puede ser recurrida en casación.

En ambos casos, el recurso de casación no produce efectos suspensivos por su sola interposición<sup>[36]</sup>, y solo podrá suspenderse siguiendo el procedimiento establecido mediante resolución por la Suprema Corte de Justicia. El plazo para la interposición del recurso es el mismo que para el derecho común, lo cual lacera contra la esencia del referimiento.

### **Conclusión**

El referimiento en materia inmobiliaria es el resultado de un trabajo legislativo poco ajustado a su dimensión. Básicamente es el intento de definir el referimiento en sus propias palabras, olvidando que esta figura tiene varios siglos de vigencia y una historia que no puede desconocerse, si realmente queremos comprenderla.

Este es el principal error que afecta al referimiento inmobiliario: su disociación con la historia y la evolución del referimiento de derecho común. De igual forma, las

contradicciones en la propia norma le alejan de su interés real, que es la de adoptar la forma más novedosa introducida por las modificaciones francesas de 1972.

En ese escenario, parecía más sensato declarar la aplicación supletoria de todas las disposiciones del referimiento de derecho común contenidas en la ley 834 de 1978, o mantener la redacción íntegra de dichos textos, los cuales contienen una historia que va más allá de las simples palabras semánticas. De todas formas, se requiere de una reforma que permita dotar de efectividad al referimiento inmobiliario.

---

[1] El calificativo de provisional en el referimiento civil existió en la ley únicamente para la dificultad de ejecución o título, lo cual se mantuvo hasta la promulgación de la ley 834 de 1978. Esta misma reflexión la hicimos con motivo de un análisis al referimiento civil sobre dificultad de ejecución. Ver Rosario Estévez, Enmanuel, El referimiento: una herramienta efectiva para las dificultades de ejecución. Consulta en línea (6/7/2020) <https://www.abogadosdq.com/2020/05/el-referimiento-una-herramienta.html>

[2] SCJN, Jurisprudencia 34/2013 (10 a.) Segunda Sala, 13 de febrero 2013, consulta en línea (2/08/2020) <https://sif.scjn.gob.mx/SIFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?id=2003161&Clase=DetalleTesisBL>

[3] SCJ, Tercera Sala, Sentencia Núm. 802, 1 de noviembre de 2017, B.J. Núm. 1284. Sobre este tema la jurisprudencia dominicana ha sido inconsistente. En otras ocasiones ha reconocido, de forma errada, la supletoriedad del derecho común en esta materia. Ver SCJ, Tercera Sala, Sentencia 139, 13 de marzo 2019 B.J. Inédito.

[4] SCJ, Segunda Sala, Sentencia Núm. 27, del 24 de marzo del 2010, B.J. 1192. Ver también SCJ, Primera Sala, Sentencia núm. 25, del 23 de febrero del 2011, B.J. Núm. 1203.

[5] SCJ, Tercera Sala, Sentencia Núm. 14 del 18 de enero del 2012, B.J. Núm. 1214

[6] SCJ, Tercera Sala, Sentencia Núm. 8, del 18 de enero del 2012; SCJ, Tercera Sala, Sentencia Núm. 11, del 4 de junio del 2014, B.J. Núm. 1243.

[7] Art. 50, párrafo II de la ley 108-05.

[8] La jurisprudencia dominicana en materia inmobiliaria ha permitido la aplicación del artículo 104 de la ley 834 de forma supletoria, para cubrir el vacío dejado por el legislador y poder darle el alcance correcto al principio de ausencia de cosa juzgada respecto de lo principal plasmado en la ley de registro inmobiliario. Ver SCJ, Tercera Sala, Sent. 238, 5 de abril de 2017;

[9] Ciprian, Rafael, Tratado de Derecho Inmobiliario, T. 2, Pág. 465, citado por Eladio Miguel Pérez, El referimiento Inmobiliario, 1era edición, Pág. 58.

[10] Ibidem

[11] Reid, Alexis, Del referimiento y otros temas, Editorial Librería Jurídica Internacional, Pág. 122

[12] SCJ, Tercera Sala, Sentencia núm. 57, de 29 de mayo 2013, B. J. 1230, Págs 2903-2904; SCJ, Tercera Sala, Sentencia 033-2020-SSEN-00285, de fecha 8 de julio de 2020, B.J. Inédito.

[13] Sobre este tema, ver Rosario, Enmanuel, El referimiento: una obra magnífica de la jurisprudencia consulta en línea (20/08/2020) <https://abogadosdq.com/2019/11/el-referimiento-una-obra-magnifica-de.html>

[14] SCJ, Tercera Sala, Sentencia Núm. 871-2018, 5 de diciembre de 2018, B.J. Inédito.

[15] SCJ, Tercera Sala, Sent. 033-2020-SSEN-00066, de fecha 31 de enero 2020, B.J. Inédita.

[16] En este apartado debemos aclarar que un eventual recurso de revisión constitucional en contra de la sentencia que emita la Suprema Corte de Casación no tendría efecto suspensivo, lo que pudiese provocar en principio, que las medidas ordenadas en referimiento quedaran sin objeto o caducaran. Sin embargo, nada impide acudir ante el mismo juez de los referimientos para que renovara la medida conforme los parámetros del artículo 104 de la ley 834. Esto no significa de modo alguno una suspensión de los efectos de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia ni tampoco una injerencia a las atribuciones cautelares del Tribunal Constitucional, pues su papel se limitaría a determinar si se mantienen o no las medidas adoptadas en referimiento y en base a las nuevas circunstancias.

[17] SCJ, Tercera Sala, Sent. 033-2020-SSEN-00407, de fecha 08 de julio de 2020, B.J. inédito.

[18] Solus, Henry et Perrot, Roger, Droit Judiciaire Privé, T. 3, Editorial Sirey, Paris, Francia, Pág. 1075.

[19] Rosario Estévez, Enmanuel. La interacción del juez de los referimientos y el fondo. Consulta en línea (19-08-2020) <https://www.abogadosdq.com/2020/05/la-interaccion-de-lo-juez-de-los.html>

[20] Héron, Jacques et Le Bars, Thierry, Droit Judiciaire Privé, 4 edición, Pág. 328.

[21] SCJ, Tercera Sala, Sent. 033-2020-SSEN-00316, de fecha 8 de julio de 2020, B.J. Inédito.

[22] SCJ, Tercera Sala, Sent. 90, 20 de febrero 2019, B.J. Inédito.

[23] SCJ, Tercera Sala, Sent. 249, 26 de abril 2017, B.J. 1277.

[24] SCJ, Tercera Sala, Sent. 538, 15 de agosto 2018, B.J. Inédito.

[25] SCJ, Tercera Sala, Sent. 582 Bis, 12 septiembre 2018 B.J. Inédito;

- [26] Lo extraño es que esto ha sido reconocido por la propia jurisprudencia al señalar que “el derecho procesal común debe imperar ante el silencio de la norma procesal ... siempre y cuando ésta última no sea contraria a la esencia y principios ...” de la norma especial. SCJ Tercera Sala, Sent. 033-2020-SSEN-00310, 8 de julio 2020;
- [27] SCJ, Tercera Sala, Sent. 0743-2019, de fecha 20 de diciembre de 2019, BJ Inédito.
- [28] Rosario Estévez, Enmanuel. La contestación seria en referimiento: hacia una aproximación conceptual. Consulta en línea (19-08-2020), <https://issuu.com/abogadosdq/docs/celabogadosdq2019>
- [29] Civ. 10 noviembre 1974, Cezar-Bru et all, La jurisdiction du president du tribunal, T.I Des Référés, Pág. 94
- [30] SCJ, Tercera Sala, Sent. 033-2020-SSEN-00407, de fecha 8 de julio 2020, BJ Inédito.
- [31] SCJ, Primera Sala, sentencia núm. 1, 3 de junio 2009, B. J. 1183
- [32] Rosario Estévez, Enmanuel. El referimiento para prevenir un daño inminente o para hacer cesar una turbación manifiestamente ilícita. Consulta en línea (21-08-2020) <https://www.abogadosdq.com/2019/10/el-referimiento-para-prevenir-un-dano.html>
- [33] SCJ, Tercera Sala, Sent. 871-2018, 5 de diciembre 2018, BJ Inédito.
- [34] SCJ, Tercera Sala, Sent. 139, 13 de marzo 2019, BJ Inédito.
- [35] Sobre este tema, la Suprema Corte de Justicia se ha expresado en sentido contrario. Ver SCJ, Tercera Sala, Sent. 933, 20 de diciembre 2017, B.J. 1285.
- [36] SCJ, Tercera Sala, Sent. 033-2020-SSEN-00407, 8 de julio 2020, BJ Inédito

## La reelección y sus límites en el proyecto de ley de deportes

*Richard Martínez Amparo*

La Ley General de Deportes No. 356-05 establece que el sistema deportivo nacional está formado por entidades del sector público y del sector privado. De ahí que, en su artículo 39 dicha Ley enumera cuales son las entidades de sector privado que forman parte del sistema deportivo nacional, entre las cuales podemos citar las siguientes: las federaciones nacionales, las asociaciones provinciales, el Comité Olímpico Dominicano (“COD”), las uniones deportivas provinciales, clubes, ligas y organizaciones que desarrollen el deporte profesional, etc.

En cuanto a la duración de los órganos de dirección de las organizaciones deportivas privadas, el art. 52, literal k), establece que los estatutos de dichas organizaciones deben contener una disposición sobre: *“k) Periodicidad con la que deben elegir sus dirigentes, los que desempeñarán el cargo por un máximo de cuatro años, pudiendo ser reelectos en el mismo cargo”*, disposición que evidentemente es vinculante a los presidentes de dichas entidades.

Actualmente reposa en la Cámara de Diputados un Proyecto de Ley que busca modificar la Ley General de Deportes No. 356-05 de fecha 30 de agosto del año 2005. Dentro de las disposiciones de la referida propuesta se encuentra una que busca modificar el artículo 51 de dicha legislación, que ha generado un amplio debate en el sector deportivo.

El art. 51 de la Ley 356-05 versa sobre los requisitos que deben cumplir las organizaciones deportivas privadas para tener personería jurídica. En el Proyecto de Ley se persigue agregar un literal a dicho artículo para que establezca lo siguiente: *“i) Por excepción, el presidente de las asociaciones deportivas municipales y provinciales y de las federaciones solo podrán optar por un periodo consecutivo y cesar para el periodo siguiente, pudiendo repostularse nuevamente por otro período”*.

Es decir, a través de dicho Proyecto de Ley se busca modificar la periodicidad de elección del presidente de ciertas organizaciones deportivas privadas, toda vez que la referida modificación excluye dentro su ámbito de aplicación al COD, uniones deportivas provinciales, clubes y ligas.

De manera que, la pretendida modificación a optar por la presidencia de manera indefinida solo sería vinculante a las asociaciones provinciales y federaciones nacionales. Sin embargo, el Proyecto de Ley de manera sorprendente no modifica el art. 52, literal k), el cual como señalamos anteriormente regula el contenido de las disposiciones estatutarias sobre la periodicidad de elección de los órganos de dirección de todas las organizaciones deportivas privadas, incluyendo al presidente de las mismas.

En caso de que el Proyecto de Ley sea aprobado conforme fue introducido a la cámara baja, habría una contradicción evidente en la Ley General de Deportes, en lo relativo a la reelección presidencial en las federaciones nacionales y asociaciones provinciales, pues por una parte el art. 51 literal i), establecería un formato particular para que la máxima autoridad de ciertas organizaciones puedan optar por la reelección; y, por otra parte, el art. 52, literal k), permitiría a los dirigentes de cualquier organización deportiva privada (incluyendo al presidente) optar por una reelección indefinida.

Así las cosas, es bueno destacar que las organizaciones deportivas privadas conforme al marco legal actual de nuestro país, son incorporadas como asociaciones sin fines de lucro (“ASFL”), según la Ley 122-05 que regula dichas entidades y esto viene dado por la propia Ley General de Deportes que consagra que las organizaciones deportivas privadas deben establecer en sus estatutos que no tienen fines de lucro, excluyendo de esta manera cualquier otro vehículo societario.

Sin embargo, la Ley 122-05 que regula las ASFL no establece ningún límite de tiempo para el ejercicio de las funciones del órgano de dirección, solamente se limita a señalar que deben ser elegidos respetando la democracia interna y con mecanismos de autorregulación.

En caso de que el legislador pretenda imponer a través de la Ley General de Deportes, límites al tiempo de duración del mandato del órgano de dirección de las organizaciones deportivas privadas, específicamente en la figura del presidente de las mismas, primero debería propiciar por una cuestión de seguridad jurídica, una modificación a la Ley 122-05 de ASFL, pues es a través de dicha legislación que actualmente las organizaciones deportivas privadas adquieren su personería jurídica.

Sin embargo, más que una modificación a la Ley 122-05 de ASFL, lo que realmente se necesita es una Ley General de Deportes que establezca un marco regulatorio para la incorporación de las organizaciones deportivas privadas y su correspondiente inscripción en el desactualizado Registro de Entidades Deportivas (RED).

Por otra parte, aunque a criterio del suscrito los dirigentes deportivos no deben permanecer prácticamente de manera eterna en los órganos de dirección de las organizaciones deportivas privadas, esto no es óbice para señalar que es improcedente pretender imponer por ley limitaciones a la duración de los órganos de dirección de manera aislada y excluyente, como se pretende en el referido Proyecto de Ley. Además, en las organizaciones deportivas privadas lo más natural es que cualquier límite venga dado a través de sus estatutos sociales (autorregulación) y a través de las directrices que imponga la federación internacional a la cual se encuentren vinculada, como recientemente ocurrió en la Federación Dominicana de Fútbol, que por disposición de la FIFA en sus estatutos limitó a ocho años y nunca jamás ser miembro del comité ejecutivo, es decir solo se puede aspirar a reelección en una única ocasión.

En todo caso, el sector deportivo puede debatir sobre la conveniencia de la adopción del modelo implementado en legislaciones de otros países, que, entre otras cosas, les exige a las organizaciones deportivas privadas un modelo estatutario con periodicidad en los órganos de dirección para poder recibir ayuda económica estatal.

Finalmente, reiteramos la necesidad de contar un marco regulatorio deportivo moderno a través de una nueva Ley General de Deportes y olvidarnos de regular el sector deportivo con disposiciones normativas aisladas conforme a lo establecido más arriba, como la analizada en el presente artículo, y que inclusive permita la incorporación de organizaciones deportivas privadas, sujeto a un control por parte de las autoridades deportivas bajo un esquema previsto por Ley, que pueda tener en cuenta no solamente las ASFL (modelo actual) sino otros vehículos legales, como las sociedades comerciales, para que formen parte del sistema deportivo nacional.

## A propósito del Tesla S...

*Ángel Reynoso*

El pasado 16 de agosto del 2020 vimos con asombro como nuestro nuevo presidente llegaba a la toma de posesión en un vehículo eléctrico, específicamente uno marca Tesla modelo S, rompiendo un paradigma arraigado muy profundo en nuestra cultura respecto al estatus e imagen de poder que refleja un vehículo de gasoil o gasolina, 4x4, 8 cilindros, o mejor dicho “el jeepeton”, siendo este el medio de transporte de predilección por los funcionarios públicos, empresarios, deportistas, artistas... en fin, todo aquel que se ve con los medios necesarios para adquirirlo. Sin lugar a duda ser propietario de un vehículo de alto octanaje por lo general simboliza cierta estabilidad económica dentro de nuestra sociedad, hasta el punto de poder ser la diferencia que incline la balanza al momento de competir por la captación de un cliente o conseguir un empleo, sobre todo en áreas de negocios donde la buena imagen garantiza un alto porcentaje del éxito. Por esta razón, a muchos espectadores les resultó impactante ver al primer mandatario arribar al Congreso Nacional a bordo de un carro que, aunque no deja de ser lujoso, no es un vehículo convencional al que estemos acostumbrados ver, sobre todo por tener un motor eléctrico en vez de combustión interna.

Muchas fueron las críticas plasmadas en los medios de comunicación y redes sociales, principalmente por el sector más conservador y tradicionalista de nuestro país, quienes tildaron de actuación populista el hecho del presidente elegir un vehículo eléctrico como el oficial. Algunos piensan que por estar en boga la protección al medio ambiente, al recién electo presidente le resulta particularmente conveniente presentarse a la población como garante y protector de las conquistas logradas sobre este particular. Otros, con mentalidad un poco más vanguardistas, vieron como esperanzador este hecho, significando para ellos la posibilidad de un real apoyo gubernamental a la movilidad eléctrica, sobre todo cuando una buena parte de nuestra sociedad tiene reales intenciones de adquirir vehículos eléctricos. Sin embargo, su alto costo impide dar ese paso. Precisamente en esa parte queremos enfocar este breve ensayo: las medidas a implementar para que el ciudadano común pueda vencer los obstáculos actuales que se presentan al momento de dar el paso a la movilidad eléctrica.

Cada quien en particular tiene sus razones para querer pasarse a la movilidad eléctrica, siendo las dos principales: i) el ahorro económico que implica un vehículo que no necesita de combustible fósil ni mantenimiento para su utilización; y ii) la reducción de emisiones de CO2 que afectan la salud y el medio ambiente, principalmente el impacto al efecto invernadero. Al margen de los motivos sensatos y legítimos que pudieran resultar de nuestro análisis personal en cuanto a la conveniencia de adquirir un vehículo eléctrico, nos vemos limitados seriamente por varios factores externos que, en comparación a otros países del primer mundo y algunos en vía de desarrollo, nos coloca en franca desventaja para avanzar a un crecimiento sistemático de este sector automotriz. A continuación, esbozamos de manera sucinta los principales factores que

a nuestro parecer deben ser tomados en cuenta para el desarrollo de la movilidad eléctrica en nuestro país:

### **Impulso a los incentivos fiscales**

En el año 2013 fue promulgada la Ley 103-13 de incentivo a la importación de vehículos de energía no convencional, cuyo objeto principal es promover el uso de vehículos que no contaminen el medio ambiente, y reducir los niveles de contaminación ambiental ocasionada por las emisiones de los vehículos de motor que funcionan con combustibles fósiles. En ese sentido, el legislador consideró que el estado dominicano tiene la obligación de cumplir con los compromisos adquiridos en los convenios internacionales relativos a la protección y preservación del ambiente a través de la defensa de su biodiversidad y la disminución de la contaminación ambiental.

Dicha Ley 103-03 establece en su Considerando Cuarto que *“los vehículos que producen el menor impacto negativo sobre el ambiente son los **eléctricos**, los de hidrógeno y otros relacionados, pero son comúnmente inasequibles al público en general por el alto costo inicial que representa su uso. En tal sentido, resulta propicia la creación de este tipo de incentivo para su importación y posterior comercialización.”* Sin embargo, las disposiciones normativas contenidas en esta ley contradicen rotundamente el espíritu del legislador, ya que los incentivos aduanales y tributarios instaurados se limitan a una reducción en los derechos e impuestos de importación, del cincuenta por ciento (50%), incluidos los de la primera registración (primera placa).<sup>[1]</sup> Es decir, en nada benefician directamente al comprador de un vehículo eléctrico, sino que quienes disfrutan de las disminuciones fiscales resultan ser solo los importadores de estos vehículos, siendo la gran mayoría dealers que se dedican a la importación y comercialización, y en su defecto, una que otra persona o empresa que tenga la audacia de importar un vehículo eléctrico para fines no comerciales.

Si en algo ha contribuido esta ley, es ciertamente para impulsar la creciente importación de vehículos eléctricos al país, así como también el aumento de la inversión del sector privado en la movilidad sostenible, sin embargo, es evidente que no ha logrado dar con el propósito esencial para lo cual se requiere una ley de esta naturaleza: ayudar económicamente al comprador local disminuyendo las tasas impositivas propias de esta transacción, las cuales se calculan en base al valor del vehículo, principalmente el ITBIS (18%) y el impuesto de transferencia (2%). Con el simple hecho de modificar esta ley para agregar al menos la reducción del 50% de estos valores, significaría un avance sin precedentes en materia de protección al medio ambiente, tomando en consideración que el precio final del vehículo eléctrico podrá ser real y efectivamente mucho más asequible al ciudadano común.

Una de las razones principales por las cuales se necesita este cambio legislativo, es porque por lo general el precio de un vehículo eléctrico se incrementa un promedio de USD\$12,000.00 frente al mismo modelo de combustible fósil. Esta diferencia radica en

el alto costo de fabricación de las baterías de litio, que son las utilizadas para dar energía a los vehículos eléctricos. A medida que la tecnología vaya avanzando veremos como los precios de estos carros irán disminuyendo, pero hoy en día en nuestro país resulta difícil competir precio a precio con un vehículo de gasolina o gasoil, al margen del ahorro en mantenimiento y combustible propio del vehículo eléctrico.

A modo de ejemplo, vemos como en Estados Unidos los compradores de vehículos eléctricos pueden beneficiarse de un crédito fiscal dirigido al impuesto de matriculación, que dependiendo del Estado pudiera llegar a USD\$5,000.00. En Alemania, España y Francia, el incentivo puede llegar a EUR\$4,000.00. En el caso de México, la Ley de Ingresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2015, en su artículo 16 establece *“Se exime del pago del impuesto sobre automóviles nuevos que se cause a cargo de las personas físicas o morales que enajenen al público en general o que importen definitivamente en los términos de la Ley Aduanera, automóviles cuya propulsión sea a través de baterías eléctricas recargables, así como de aquéllos eléctricos que además cuenten con motor de combustión interna o con motor accionado por hidrógeno.”*. Aparte de esta ley, en la mayoría de los estados de México se tiene tasa 0% para el impuesto de tenencia de vehículo. Incluso, la Comisión Federal de Electricidad (CFE) apoya para que al cargar el vehículo no se afecte la factura de la energía eléctrica. Para ello, la CFE facilita la instalación de un medidor independiente en la casa. Con esta política, se evita que el gasto en electricidad aumente significativamente.

Por esta razón, vemos como los precios de los vehículos eléctricos que se venden en la República Dominicana superan en creces a los de otros países, independientemente al costo que implica importarlos, ya que basamos este planteamiento desde la óptica de incentivos fiscales. Por ejemplo, el precio de un Tesla modelo 3 año 2021 en Estados Unidos inicia a partir de USD\$38,000.00, y con los incentivos fiscales este precio puede llegar tan bajo como a USD\$33,000.00, dependiendo el Estado, mientras que en República Dominicana su precio se fija en USD\$63,000.00 sin algún incentivo que permita abaratar su valor de adquisición. El precio del Chevrolet Bolt EV LT usado, año 2017, ronda los USD\$16,000.00 en Estados Unidos, si agregamos los incentivos fiscales puede llegar a costar USD\$11,000.00, mientras que en nuestro país el precio inicia a partir de los USD\$30,500.00 sin incentivos.

Si bien actualmente nos encontramos en una condición legislativa precaria que impide el tan añorado despegue de la movilidad eléctrica en nuestro país, es preciso destacar el esfuerzo titánico que han venido realizando los miembros de la Asociación de Movilidad Eléctrica Dominicana (ASOMOEDO), compuesto por varias empresas dedicadas a la importación y comercialización de estos tipos de vehículos. Recientemente vimos como los representantes de ASOMOEDO sostuvieron una reunión por separado con los entonces candidatos a la senaduría del Distrito Nacional. El propósito de dicha reunión fue lograr un compromiso de los candidatos a impulsar una legislación favorable para el desarrollo de la movilidad eléctrica en nuestro país. De igual forma, ASOMOEDO fue recibido por el recién electo diputado Orlando Salvador

Jorge, donde se avanzó en varios puntos para pronto presentar la tan esperada modificación a la Ley 103-13.

### **Apoyar a los concesionarios o representantes de marcas en el país para la importación de vehículos eléctricos**

Debido a la falta de incentivos para fomentar la adquisición de vehículos eléctricos, en nuestro país son muy pocos los concesionarios o representantes de marcas que importan estos tipos de vehículos. Para citar algunos de los pocos que sí importan y comercializan, podemos mencionar a Peravia Motors, S. A. con la marca BYD; Tropicars RD con la marca Changan; y British Motors con la marca MG. Sin embargo, actualmente los concesionarios de los vehículos eléctricos más vendidos a nivel mundial no han dado ese paso, a saber: Santo Domingo Motors con la marca Nissan y el modelo Leaf, marca Chevrolet y el modelo Chevy Bolt EV; Magna Motors con la marca Hyundai y los modelos Kona e Ionic; Grupo Martí con la marca Fiat y el modelo 500e; Euromotors con la marca Renault y su modelo Zoe; y Técnica con la marca Peugeot y su modelo e-208.

En consecuencia, en República Dominicana aún no existe realmente un mercado competitivo de vehículos eléctricos nuevos que cuenten con la garantía y piezas de la casa concesionaria, sino que por el contrario, las personas interesadas en dar ese paso a la movilidad eléctrica deben de recurrir a los dealers que, aunque no son representantes autorizados de las marcas, han participado de manera sustantiva en el desarrollo de la movilidad sostenible importando vehículos eléctricos, en su mayoría usados, pero en las mejores condiciones, y a nuestro entender los venden a un precio coherente, pero con la limitante de la ausencia de un incentivo gubernamental y legislativo que sea efectivo para sus clientes.

Nuestras autoridades están conscientes de que, sin una participación activa de los concesionarios de marcas, resultaría muy difícil lograr un verdadero aumento en la cantidad de vehículos eléctricos circulando en nuestras calles. Por esta razón el Plan Estratégico Nacional de Movilidad Eléctrica de la República Dominicana, elaborado por el Banco Interamericano de Desarrollo para el Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre en junio del 2020, incluyó en sus consultas y opiniones a la Asociación de Concesionarios de Fabricantes de Vehículos (ACOFAVE), ya que su objetivo es aumentar de forma gradual el número de vehículos eléctricos registrados a un 15% al 2025 y a un 30% al año 2030.

Esta iniciativa del sector público en acudir a ACOFAVE parte de la premisa de que esta asociación puede contribuir con la discusión de modificaciones necesarias en la Ley 103-13, sobre la base de las lecciones aprendidas, el estudio de propuestas para superar barreras normativas para la importación y ensamblaje de vehículos eléctricos en República Dominicana, la difusión de información y asesoramiento sobre los beneficios de la electromovilidad; y, el logro de acuerdos con el sector público y privado enmarcados en el actuar de sus agremiados.[2]

Otra de las preocupaciones externadas por los concesionarios para la importación de vehículos eléctricos radica en que, a su parecer, actualmente existe una brecha del precio de adquisición y aún no se cuenta con una infraestructura suficiente para asegurar el acceso oportuno a la carga, y a precios competitivos, pero la realidad es que hemos tenido un avance importante en la instalación de puntos de cargas, por lo que siendo realistas no debería de existir una excusa válida para una persona decir que se quedó en la vía por falta de acceso a energía eléctrica, por lo menos en el Distrito Nacional.

Es en ese sentido que el gobierno debe enfatizar a los miembros de ACOFAVE que tendrán todo el apoyo necesario para cambiar su perspectiva en torno a las complicaciones que podría traer una inversión de esa categoría, ya que, sin la importación masiva de estos vehículos, los planes a futuro del desarrollo sostenible en el parque vehicular de nuestro país no surtirán el efecto deseado.

### **Continuar apoyando la instalación de cargadores eléctricos en todo el territorio nacional**

Tal como lo mencionábamos anteriormente, en el Distrito Nacional hemos visto como se ha masificado la instalación de cargadores eléctricos, principalmente a través de coaliciones entre empresas privadas y el sector bancario con ideales afines. Así las cosas, podemos mencionar a la empresa Evergo, quienes se autodenominan la red más grande y sofisticada de estaciones de carga en el país, contando con más de 150 estaciones en los puntos cardinales, ubicados en supermercados, plazas comerciales, empresas, entre otros. Evergo y el Banco Popular se aliaron para desplegar cargadores eléctricos en diversas sucursales de este banco, ofreciendo además incentivos para la recarga y financiamiento de estaciones de carga para hogares y empresas.

De igual forma, en el año 2019, la empresa de distribución EDESUR preparó una licitación para ampliar la infraestructura de carga a nivel nacional. La empresa hizo un llamado público para la adquisición de 10 estaciones de carga, que resultó en la adjudicación de tres de 120 kW (súper rápido) y siete de 60 kW (rápido). Esta iniciativa se materializó con la instalación del primer cargador para vehículos eléctricos puesto a disposición por Edesur el pasado 13 de agosto del 2020.

No obstante lo anterior, es imperativo que el gobierno siga apoyando la instalación y distribución de cargadores eléctricos. Según el informe del Plan Estratégico Nacional de Movilidad Eléctrica de la República Dominicana, la infraestructura instalada es insuficiente para el creciente parque vehicular eléctrico de República Dominicana. La escasa cantidad de estaciones de carga a nivel nacional condiciona la decisión de compra de los vehículos eléctricos, por el riesgo de carecer de acceso oportuno a la carga. Por esta razón, se tienen que emprender acciones para acelerar un despliegue de estaciones de carga en todo el territorio nacional.

Asimismo, a medida en que vaya incrementado la disponibilidad de cargadores eléctricos, es importante que los usuarios entiendan las condiciones de prestación del servicio de carga, tiempo de uso del estacionamiento y situaciones en las que se podría desconectar el vehículo de otro usuario.[3] Para esto será necesario la capacitación del ciudadano común en la utilización responsable de estos tipos de cargadores, ya que serán utilizados directamente por los usuarios, contrario a lo que sucede en las estaciones de combustibles donde ya se tiene a un personal contratado que se encarga de suministrar la gasolina o el gasoil.

### **Desarrollar la educación sobre los beneficios de la movilidad eléctrica y la protección al medio ambiente**

Más que el factor económico, el primer impasse que debe sobrepasar una persona para decidir cambiar a movilidad eléctrica es el desconocimiento generalizado que se tiene sobre los aspectos tecnológicos, económicos y ambientales que conlleva el desplazamiento en un vehículo eléctrico. Por ejemplo, una persona común por lo general no está familiarizada con el concepto de la autonomía de un vehículo en consideración a la capacidad de almacenamiento de energía eléctrica que tiene la batería, así como tampoco la real diferencia en dinero respecto a los kilómetros recorridos de un vehículo eléctrico en comparación con uno de combustible fósil.

Conforme a lo expone el referido Plan Estratégico Nacional de Movilidad Eléctrica de la República Dominicana, el concepto de movilidad eléctrica tiene que difundirse entre los usuarios e instituciones potenciales a las que va dirigida la oferta tecnológica. Para ello, es necesario implementar campañas informativas y organizar eventos que permitan mostrar las características y experiencia de adoptar la movilidad eléctrica en el transporte público, flotas vehiculares públicas, privadas y para uso individual. [4]

En lo concerniente a la importancia de la concientización sobre la protección del medio ambiente, mediante el Decreto No. 122-17 del 28 de abril del 2017 fue aprobado el Acuerdo de París suscrito por la República Dominicana el 22 de abril de 2016, adoptado en París el 12 de diciembre de 2015, en la Vigésima primera Reunión de la Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, aprobada en Nueva York el 9 de mayo de 1992, que busca principalmente reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza.

Nuestro país ha realizado labores importantes para hacer llegar el mensaje de la imperiosidad en proteger al medio ambiente. Un trabajo importante en ese sentido lo tiene el Consejo Nacional para el Cambio Climático y Mecanismo de Desarrollo Limpio, que entre sus responsabilidades se encuentran formular las políticas públicas y las estrategias para la prevención y mitigación de los gases de efecto invernadero (GEI). En el logro de sus objetivos, el Consejo procura que las entidades públicas, privadas y actores claves de la sociedad civil alcancen un alto grado de información, sensibilización, educación y compromiso sobre el cambio climático, sus causas y

consecuencias; de manera que se promueva la implementación de acciones en favor de la protección del medio ambiente. En el marco de las responsabilidades del Consejo, se encuentran: implementar la estructura interinstitucional para la elaboración de los inventarios de gases de efectos invernaderos que formarán parte del Sistema Nacional de Medición, Reporte y Verificación (MRV), y que serán establecidos por medio de decreto presidencial. Por ende, estamos seguros que parte de la población tendrá la necesidad de pasar a la movilidad eléctrica principalmente por un sentido de urgencia por las afectaciones que está causando el cambio climático a nivel global.

Al margen de los aprestos realizados por el gobierno anterior y actual con respecto a la protección del medio ambiente, entendemos que corresponde a cada uno de nosotros tomar la iniciativa de educarnos para fomentar el desarrollo sostenible de nuestra economía en materia medioambiental, no solo en relación a la disminución de emisión de CO<sub>2</sub>, sino también extrapolarlo todas nuestras actividades del día a día. Son innumerables las cosas que podemos cambiar en nuestros hábitos cotidianos, y quizás por desconocimiento o pereza preferimos continuar haciéndolo sin pensar en las consecuencias que irán en detrimento de nuestra descendencia. Pero para ser sincero, personalmente me siento bastante optimista en que nuestro país será un ejemplo en materia de desarrollo sostenible con relación al parque vehicular, sobre todo con el mensaje dado por nuestro nuevo presidente en su Tesla S.

[1] Ley 103-13 de incentivo a la importación de vehículos de energía no convencional. Art. 3.

[2] Plan Estratégico Nacional de Movilidad Eléctrica de la República Dominicana. Pág. 66.

[3] Plan Estratégico Nacional de Movilidad Eléctrica de la República Dominicana. Pág. 41.

[4] Plan Estratégico Nacional de Movilidad Eléctrica de la República Dominicana. Pág. 44.

## La casación: recurso abierto para las ordenanzas del presidente en materia de ejecución provisional

*Reynaldo Ramos Morel*

Bajo el título de “LOS PODERES DEL PRESIDENTE DE LA CORTE DE APELACIÓN”, en la Ley 834 de 1978 aparece el artículo 141, cuyo texto dispone lo siguiente: “El presidente podrá igualmente, en el curso de la instancia de apelación, suspender la ejecución de las sentencias impropiamente calificadas en última instancia, o ejercer los poderes que les son conferidos en materia de ejecución provisional”.

Entre los poderes a que se refiere el artículo anterior, tomado del artículo 957 del Código de Procedimiento Civil francés, figuran los que le confiere el artículo 137 de la misma Ley 834-78, tomado a su vez del artículo 524, de poder detener la ejecución provisional de sentencias, en caso de apelación y estatuyendo en referimiento, en estos dos casos: **1-** Si está prohibida por la ley; y, **2-** Si hay riesgo de que entrañe consecuencias manifiestamente excesivas.

Pero, para que el presidente de la corte de apelación pueda ejercer esos poderes, es necesario que se haya interpuesto previamente un recurso de apelación contra la sentencia de primer grado que haya ordenado la ejecución provisional. En caso contrario, la demanda en referimiento para obtener la suspensión de la ejecución provisional por el presidente resultaría inadmisibile.

Se trata de la llamada “Jurisdicción del presidente de la Corte de Apelación”, distinta a la jurisdicción de su tribunal o corte. Para algunos autores, la posibilidad de acudir en el curso de una apelación sobre el fondo por ante el presidente, en atribuciones de referimiento, con el propósito de que se ordene la suspensión de una sentencia ejecutoria provisionalmente, constituye un recurso particular en materia de ejecución provisional. Jaques Héron sostiene que los recursos en materia de ejecución provisional están regidos por los artículos 523 al 526 del Código de Procedimiento Civil francés<sup>[1]</sup>, es decir, por los artículos 136 al 139 de la Ley 834-78.

De manera que es el presidente de la corte de apelación, estatuyendo en referimiento y en el curso de una apelación, la única jurisdicción competente para suspender la ejecución de una sentencia ejecutoria provisionalmente no obstante cualquier recurso. Ha sido juzgado por la Suprema Corte de Justicia que *el juez presidente de la corte de apelación, no la corte en pleno, es el competente para conocer de una demanda en suspensión de ejecución de sentencia, conforme al artículo 137 de la Ley 834-78* <sup>[2]</sup>.

El artículo 106 de la Ley 834-78, tomado del artículo 490 del Código de Procedimiento Civil francés, establece:

“La ordenanza de referimiento no es susceptible de oposición. Puede ser atacada en apelación a menos que emane del primer presidente de la corte de apelación. El plazo de la apelación es de quince días”.

Ya sabemos que el recurso de apelación contra una ordenanza de referimiento rendida por el juez de primera instancia será conocido por la corte de apelación en pleno, en atribuciones civiles y, si está dividida en cámaras, por la cámara civil en pleno; nunca por presidente de la corte.

En cambio, las decisiones que emanan del presidente de la corte de apelación, como son las ordenanzas relativas a las demandas en suspensión de ejecución provisional, no son susceptibles de ser recurridas en apelación. El indicado texto tampoco señala cuál es el recurso abierto.

Cabe aclarar que en nuestra organización judicial no existe un primer presidente de la corte de apelación como lo hay en Francia[3], por lo que debemos entender que el texto se refiere al presidente de la corte de apelación en atribuciones civiles, y si la corte está dividida en cámaras, al presidente de la cámara civil. Este es, sin dudas, un fallo en la adecuación.

La ley no ha creado para este caso una jurisdicción de apelación. Por lo tanto, el presidente de la corte de apelación, estatuyendo en referimiento, en virtud de los poderes que le confieren los artículos 137 y 141 de la Ley 834-78, decide en única instancia.

En ese orden de cosas, el artículo I de la Ley de Procedimiento de Casación núm. 3726, del 29 de diciembre de 1953, establece: “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 en única instancia, pronunciados por los tribunales del orden judicial”.

De manera que, siendo la decisión del presidente de la corte de apelación, estatuyendo en referimiento, en virtud de los poderes que le confieren los artículos señalados, dictada en única instancia, la única vía de recurso abierta es la casación.

La situación que comentamos fue resuelta por nuestra Corte de Casación, juzgando que:

“Considerando, que resulta de la combinación de los artículos 137, 140 y 141 de la Ley 834 de 1978, que cuando el Juzgado de Primera Instancia ordena la ejecución provisional de sus sentencias como ocurrió en la especie, aquella sólo podrá ser detenida, en caso de apelación, por el Presidente de la Corte de Apelación estatuyendo en referimiento y en los casos expresamente previstos por el artículo 137; que aparte del funcionario indicado, ningún otro órgano o funcionario judicial tiene capacidad legal para ordenar la suspensión de una sentencia en la hipótesis señalada, que de ahí resulta que la decisión adoptada al respecto por el citado magistrado, no es susceptible de ser impugnada por el recurso ordinario de la apelación, sino exclusivamente por el recurso extraordinario de la Casación[4]”.

Sin embargo, cuando la sentencia ejecutoria provisionalmente emana de un juzgado de paz, la demanda en suspensión se realiza por ante el presidente del juzgado de primera

instancia, en atribuciones de referimiento, luego de haberse recurrido en apelación el fondo del asunto. A nuestro entender, ese juez será el mismo que previamente fue apoderado para conocer del recurso de apelación, dado el carácter unipersonal de nuestros juzgados de primera instancia, en los que, el presidente no es una entidad distinta del tribunal o juzgado[5]; a menos que, dicho juzgado haya sido dividido en salas y se haya previsto la figura del presidente del tribunal, ya que es de principio *que el juez de los referimientos es el presidente del tribunal civil* [6].

*“En su sentencia No.13, de fecha 16 del mes de marzo de 1928, la Corte de Apelación del Departamento de Santo Domingo, página 152, del B.J. No.5 de dicha Corte, dejó establecido que: “ (...) Hay marcada diferencia de jurisdicción, entre el Juzgado de Primera y el Juez de los referimientos del mismo Distrito Judicial, aunque las respectivas atribuciones de Juez, las llene o desempeñe la misma persona, no obstante eso, las dos jurisdicciones serán siempre diferentes”[7].*

En cuanto a la vía de recurso abierta para la ordenanza rendida por el presidente del juzgado de primera instancia en atribuciones de referimiento, en materia de suspensión de la ejecución provisional de sentencias del juzgado de paz, la jurisprudencia de nuestra Corte de Casación no ha sido uniforme, como veremos más adelante. En una ocasión reconoció que solo es recurrible en casación, pero en otra, que era susceptible de apelación.

En nuestro país, la apelación de las sentencias del juzgado de paz, tiene lugar por ante el juzgado de primera instancia, en razón de que ese es el tribunal de apelación competente respecto de los juzgados de paz, de conformidad con los artículos 43, párrafo IV, agregado por la Ley 334 del 23 de julio de 1968, y 45-2 de la Ley 821, del 21 de noviembre de 1927, sobre Organización Judicial.

Por ello, las disposiciones de los artículos 137, 140 y 141 de la Ley 834-78, se aplican también al presidente del juzgado de primera instancia, en la hipótesis excepcional de que ese juzgado actúa como corte de apelación para las sentencias de los juzgados de paz.

Siempre se ha reconocido que el juez de primera instancia es quien conoce sobre la demanda en suspensión de ejecución provisional de una sentencia rendida por un juzgado de paz, estatuyendo en referimiento, siempre que haya sido previamente apoderado del fondo del asunto por un recurso de apelación. Esto es tal como ocurría antes de la reforma de 1978, en virtud del derogado artículo 459 del Cód. Proc. Civil, solo que en vez de referimiento, antes era mediante una demanda a breve término.

Para este caso, la ley no ha creado un órgano u jurisdicción de alzada por ante el que se pueda recurrir en apelación la decisión que rinde el presidente del juzgado de primera instancia, en el curso de un recurso de apelación.

Y es que, mal podría una corte de apelación ser tribunal de apelación de otra corte de apelación, como es el juzgado de primera instancia en este caso excepcional, frente a los juzgados de paz.

No podría alegarse que la decisión que ordena o rechaza el pedimento en suspensión de ejecución de una sentencia ejecutoria provisionalmente rendida por el juzgado de paz, es dada en primera instancia, pues ella surge necesariamente en el curso de un recurso de apelación, y emana del presidente de ese tribunal de alzada.

Entonces, no puede haber dos situaciones distintas para la aplicación del artículo 141 de la Ley 834-78, una para las decisiones del presidente de la corte de apelación y otra para las del presidente del juzgado de primera instancia, cuando este tribunal funge como corte de apelación.

Lo que ocurre es que la Ley 834-78, cuando se refiere a “los Poderes del Presidente de la Corte de Apelación”, no hace alusión a esta situación excepcional del juzgado de primera instancia, pues al seguir el modelo francés, no tomó en consideración que en Francia, la Corte de Apelación es la única jurisdicción de apelación, que conoce tanto de las apelaciones de las sentencias de los juzgados de paz (Tribunal D'Instance) como de los de primera instancia (Tribunal De Grande Instance) [8]. Este es otro fallo de adecuación.

Por lo tanto, en el caso que tratamos, el presidente del juzgado de primera instancia estatuye también en única instancia, por lo que el único recurso abierto es el de casación.

Admitir para esta especie el recurso de apelación, como de hecho se ha visto en la práctica, implicaría que el asunto recorrería un tercer grado de jurisdicción.

Así, fue admitido por nuestra Corte de Casación, cuando de manera precisa estableció lo siguiente:

“Considerando, que la Cámara Civil y Comercial de la Segunda Circunscripción del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, al dictar su sentencia de fecha 10 de febrero de 1976, ahora impugnada en casación, actuó como tribunal de apelación, conociendo de un recurso intentado por ....., contra la sentencia dictada en fecha 19 de diciembre de 1975, por el Juzgado de Paz de la Quinta Circunscripción del Distrito Nacional; que las sentencias que ordenan la suspensión de la ejecución provisional, son siempre dictadas por un tribunal de segundo grado, actuando como tribunal de apelación; que por consiguiente, esas sentencias sólo pueden ser objeto del recurso de casación; que, la Suprema Corte de Justicia, mantiene el criterio de que, en aquellos casos que los Juzgados de Primera Instancia estatuyen en vista de recursos contra las sentencias de los Juzgados de Paz, la constitución ha creado el recurso de casación, regulado por la ley” [9].

No obstante, la contundencia de la anterior jurisprudencia de principio, la Suprema Corte Justicia, de manera poco feliz, sin argumentaciones de peso jurídico, rindió posteriormente otra sentencia, cuyo único considerando establece:

“Que en la especie, la sentencia impugnada decidió sobre la demanda civil a breve término, incoada por el recurrente contra la recurrida, en solicitud de suspensión de ejecución de la sentencia dictada por el Juzgado de Paz de la Quinta Circunscripción del Distrito Nacional, en fecha 24 de mayo de 1983; que se trata pues de un fallo dictado en primera instancia susceptible del recurso de apelación; que los fallos en primera instancia no pueden ser impugnados por el recurso extraordinario de casación, que por lo tanto el presente recurso de casación resulta inadmisibles por haber sido interpuesto en violación del artículo 1ro. de la Ley sobre Procedimiento de Casación”<sup>[10]</sup>.

Es difícil asimilar que la Corte de Casación haya emitido tan criticable fallo. Pero resulta que el error siempre está latente en las decisiones de justicia. Por ello, la jurisprudencia, como casi todas las cuestiones humanas, es falible y, por lo tanto, las cosas deben ser puestas en su justa dimensión. Es cuestión de coger y también de dejar. Me preocupa que hoy día se le quiera dar a todo fallo de la Suprema Corte de Justicia un alcance y un significado mucho mayor que su verdadera transcendencia.

Sobre este asunto, era previsible que en algún momento la Suprema Corte de Justicia emendara su error y retomara la ruta de su propia sentencia del 17 de noviembre de 1978.

En efecto, ya no es objeto de discusión *que la sentencia dictada por el juez presidente del juzgado de primera instancia con ocasión de una demanda en suspensión de ejecución de una sentencia del juzgado de paz solo puede ser recurrida en casación*<sup>[11]</sup>.

[1] Héron, Jacques. Droit Judiciaire privé. Montchrestien, 2da. edición, 2002, París, No. 513, pág. 384.

[2] SCJ. 1era. Cám., 9 de octubre de 2002, núm. 22, B.J. 1103, pp. 189-195. (Guzmán Ariza, Fabio J. Repertorio de la jurisprudencia civil, comercial e inmobiliaria de la República Dominicana, 2001-2014. Gaceta Judicial, 2015, pág. 893).

[3] Art. L.212-1, del Código de Organización Judicial Francés. Nouveau Code de Procédure Civile. Dalloz, 1991, pág. 668.

[4] S.C.J. 18 de diciembre de 1985, B.J. 901, pág. 3155.

[5] S.C.J. 18 de julio de 1979, B.J. 824, pág. 1318. Ver, Luciano Pichardo, Rafael. El juez competente en referimiento. Confusión creada por el artículo 101 de la Ley 834 de 1978. Listín Diario, 27 de enero de 1988, pág. 7, reproducido en De las Astreintes y otros escritos, CAPELDOM, 1996, págs. 201-210; Ver también, Valenzuela, Emigdio, El mismo juez que conoce del referimiento es el que va a decidir el fondo del litigio. Listín Diario, 20 de mayo de 1992.

[6] Ch. Cezar-Bru, J. Seignolle et P. Hebraud. La Jurisdiction du President du Tribunal. Tome I. Des Référéés. Cinquieme edition. Libraires Techniques. No.116 pág. 217.

[7] Arias, Samuel; Read, Alexis. La jurisdicción de los referimientos: Fondo jurisprudencial de la Cámara Civil de la Corte de Apelación de Santo Domingo (1956-1998). ENJ, 2004, No. 116.0, pág. 320.

[8] R.Art. 211-1, Code de L'Organizacion Judiciaire Francés, Op. Cit.

[9] S.C.J. 17 de noviembre de 1978, B.J. 816, pág. 2248.

[10] S.C.J. 13 de agosto de 1984, B.J. 885, pág. 2013.

[11] Guzmán Ariza, Fabio J. Ob. Cit., pág.896

## **Constitucionalismo Social en República Dominicana. Visión desde el Derecho del Trabajo**

*Geovanny Nina Cruz*

Desde la primera Constitución proclamada el 6 de noviembre de 1844, República Dominicana ha plasmado en el texto fundamental normas y principios para organizar y regular nuestra nación. Dentro de los derechos reconocidos a las personas en la primera Carta Magna se encontraban el derecho a la libertad, derecho a la propiedad y ciertas libertades que no podían ser coartadas por el Estado salvo regulación legal.

En cuanto a los derechos sociales, denominados derechos de segunda generación, dentro de los cuales se encuentra el derecho del trabajo, fueron gestándose en nuestro país a raíz de las necesarias reivindicaciones exigidas por diversos sectores y la necesidad de que el Estado intervenga la relación entre obreros y patronos que hasta 1930 estaba siendo regulado por el derecho civil y ciertos aspectos en el derecho comercial y derecho penal. Desde ese entonces han sido considerables los avances y conquistas alcanzadas en materia legislativa que van desde la Ley núm. 352 sobre Accidentes de Trabajo en 1932, pasando por la primera codificación laboral realizada en 1951 con el Código Trujillo de Trabajo y llegando hasta el Código de Trabajo de 1992 vigente actualmente.

La idea central de este artículo no es plasmar la historia y evolución del derecho del trabajo en República Dominicana que de manera detallada nos han mostrado los *iustlaboralistas* dominicanos Rafael Alburquerque y Lupo Hernández Rueda a través de sus textos, sino más bien exponer los avances en materia constitucional que ha tenido el derecho del trabajo en República Dominicana y cómo se ha insertado en el constitucionalismo social en las etapas que el jurista Rolando Murgas Torrazza ha denominado como: 1) Primera etapa del constitucionalismo social; 2) Renovación del constitucionalismo social; y 3) El nuevo constitucionalismo social.

Lo primero que habría que destacar es que en América ocurrieron dos acontecimientos que impactaron directamente en la inserción de derechos sociales en las constituciones de nuestros países: La Constitución de Querétaro, México de 1917 y la creación en Europa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919, la cual se considera como el acta de nacimiento del Derecho del Trabajo.

República Dominicana se inserta en el constitucionalismo social a partir de la primera irrupción en una Constitución dominicana de derechos fundamentales laborales en el año 1942, por lo cual entramos finalizando la primera etapa del referido fenómeno que culminaría con la Segunda Guerra Mundial que se extendió desde 1939 hasta 1945.

Hacemos la afirmación anterior sin dejar de reconocer que ya República Dominicana había entrado a formar parte de los miembros que componen la Organización

Internacional del Trabajo (OIT) en el año 1924 y había incluso ratificado convenios en 1933 sobre horas de trabajo en la industria y edad mínima de trabajo para algunos sectores. Sin embargo, hasta ese momento no se había contemplado la inclusión en el bloque de constitucionalidad de los tratados internacionales, por ende estos convenios no tenían carácter constitucional ni formaban parte del fenómeno de constitucionalismo social.

En el artículo 6 de dicho texto constitucional de 1942 se incluyó, por un lado la ***prohibición del establecimiento de monopolios en beneficio de particulares*** que constituye una norma de mandato directo al legislador y por otro lado un catálogo de derechos de carácter programáticos para ser desarrollados por ley, tales como: ***jornada máxima de trabajo, los días de descanso y vacaciones, los sueldos y salarios mínimos y sus formas de pago, los seguros sociales, la participación preponderante de los nacionales en todo trabajo, y en general, todas las medidas de protección y asistencia del Estado que se consideren necesarias en favor de los trabajadores.***

Pasando a la segunda etapa denominada renovación del constitucionalismo social y dentro de ésta, “los 30 años gloriosos del derecho del trabajo”, República Dominicana aprueba en 1963 la Constitución con más trascendencia social hasta ese momento, estableciendo en su artículo 2 como principio fundamental que “*la existencia de la nación dominicana se fundamenta principalmente en el trabajo*”.

En esa Constitución se visualiza claramente la transición de normas que habían sido conferidas para su desarrollo al legislador, pasando a dictar normas y preceptos directamente aplicables, a saber: ***Libertad sindical, libertad de trabajo, percibir igual salario cuando se realice igual trabajo, participación en los beneficios de la empresa, derecho a la huelga por los trabajadores y al paro por los patronos*** (único derecho fundamental laboral reconocido al empleador) ***y el principio de irrenunciabilidad de derechos.***

Es oportuno resaltar dos aspectos importantes de ese contexto social que vivía nuestro país: 1) la existencia de un Código de Trabajo que ya contenía esos derechos y que su aprobación fue fruto tanto de la presión social vivida en la dictadura de Trujillo y el seguimiento cercano de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) y 2) que ya la propia Constitución del 1963 daba la entrada al bloque de constitucionalidad de los convenios en materia de trabajo aunque de forma declarativa cuando en su artículo 13 indica como finalidad del estado *promover y favorecer los acuerdos de las organizaciones internacionales dirigidos a afirmar y regular los derechos del trabajo.*

El avance de los derechos fundamentales laborales reconocidos por la citada Constitución de 1963 fue inmediatamente interrumpido por la Constitución de 1966 (con un golpe de estado de por medio), la cual volvió en cierta forma a dejar en manos del legislador el ejercicio de los derechos que habían sido dotados de aplicación directa, constituyendo esto un retroceso en el reconocimiento social logrado anteriormente.

Esta situación se mantuvo por más de 40 años, hasta que en el año 2010 entramos en la ola del nuevo constitucionalismo social con la aprobación de la Constitución del 26 de enero de ese año. Aquí se visualizan claramente las características de este fenómeno explicado por el jurista y profesor Rolando Murgas, de las cuales se resaltan las siguientes: 1) Establecimiento del Estado social y democrático de derecho; 2) ampliación del llamado fenómeno de laboralización de la constitución, ampliándose el catálogo de derechos fundamentales referentes a la materia laboral; y 3) la creación del Tribunal Constitucional y la incorporación de mecanismos de protección de los derechos fundamentales, dando pie al efecto normativo de la constitución y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales para poder ser exigidos no solo en la relación con el Estado sino también entre los particulares.

Para dejar constancia de la ampliación del catálogo de derechos laborales consagrados en nuestra Constitución, enumeraremos los mismos resaltando los derechos constitucionales laborales que son novedosos en América latina:

1. *Igualdad entre el hombre y la mujer para ejercer el derecho al trabajo (art.62.1).*
2. *Prohibición del trabajo forzoso (Derecho de libertad para entrar o salir de una relación laboral. (62.2).*
3. *Seguridad social (art. 62.3).*
4. *Negociación colectiva (art. 62.3).*
5. *Capacitación profesional (art. 62.3).*
6. *Respeto a su capacidad física e intelectual, a su intimidad y a su dignidad personal (art. 62.3).*
7. *Prohibición de discriminación para acceder al empleo o durante la prestación del servicio, salvo las excepciones previstas por la ley con fines de proteger al trabajador o trabajadora. (art. 62.5).*
8. *La ley dispondrá, según lo requiera el interés general todas las medidas mínimas que se consideren necesarias a favor de los trabajadores, incluyendo regulaciones especiales para el trabajo informal, a domicilio y cualquier otra modalidad del trabajo humano. (art. 62.7).*
9. *Obligación de todo empleador garantizar a sus trabajadores condiciones de seguridad, salubridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados. El Estado adoptará medidas para promover la creación de instancias integradas por empleadores y trabajadores para la consecución de estos fines (art. 62.8).*
10. *Derecho a un salario justo y suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantiza el pago de igual salario por trabajo de igual valor, sin discriminación de género o de otra índole y en idénticas condiciones de capacidad, eficiencia y antigüedad (art. 62.9).*
11. *Se declara del más alto interés nacional la erradicación del trabajo infantil y todo tipo de maltrato o violencia contra las personas menores de edad. (art. 56.1)*
12. *Dialogo social a través de un Consejo Económico y Social. La concertación social es un instrumento esencial para asegurar la participación organizada de*

*empleadores, trabajadores y otras organizaciones de la sociedad en la construcción y fortalecimiento permanente de la paz social. (art. 251).*

Al listado anterior habría que agregarle todos los tratados y convenios internacionales firmado por República Dominicana principalmente ante la OIT. Del mismo modo, no debemos dejar de señalar que tanto el empleador como el trabajador son titulares de todo el bloque de derechos fundamentales previstos en nuestra ley fundamental, puesto que al entrar a una relación laboral no pierden su condición de persona y por tanto pueden invocar la aplicación de estos derechos denominados inespecíficos.

Como se ha podido observar, la Constitución dominicana a través de su historia ha sido impregnada de derechos exclusivamente aplicables a las relaciones de trabajo, dotando a esta rama del derecho de garantías fundamentales para poder ser ejercido con la dignidad que debe primar en un Estado Social y Democrático de Derecho.

## Análisis de las sentencias estructurales: caso del Tribunal Constitucional dominicano

Víctor A. León Morel<sup>[1]</sup>

### I. Introducción

Los órganos que ejercen el control concentrado de constitucionalidad tienen una labor compleja al momento de analizar los efectos e incidencias futuras de sus decisiones. Luego de la Segunda Guerra Mundial y de la etapa kelseniana del constitucionalismo, pocos tienen dudas sobre las facultades que tienen estos órganos, que no se limitan a controlar el poder de forma negativa, sino que también trazan pautas a los demás poderes del Estado para que lleven a cabo una determinada función.

En nuestro caso, el Tribunal Constitucional tiene amplias atribuciones y facultades al momento de ejercer el control concentrado de constitucionalidad conforme lo establece el artículo 47 de la Ley 137-11, el cual abre la posibilidad en su párrafo III de que el Tribunal adopte cualquier otro tipo de sentencias admitidas en la práctica constitucional comparada.

Desde sus inicios en el año 2012, el Tribunal Constitucional ha hecho un correcto uso en su mayoría de varias tipologías de sentencias que procuran resolver problemas o deficiencias legislativas<sup>[2]</sup>, exhortar a determinado órgano del Estado que tome ciertas medidas<sup>[3]</sup>, o confirmar la interpretación adecuada como máximo intérprete constitucional cual es la interpretación<sup>[4]</sup> conforme a la Constitución que debe realizarse de determinada norma. Existen otros tipos de sentencias que fueron analizadas y descritas por el Magistrado Rafael Díaz Filpo<sup>[5]</sup>, sobre las cuales no entraremos en debate en el presente escrito.

Nuestro análisis en el presente artículo se circunscribe a una tipología de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional que, aunque no ha sido nombrada como tal en los precedentes, existe y tiene una gran incidencia en la programación y ejecución de políticas públicas de nuestro país. Se trata de las sentencias estructurales, las cuales, también son llamadas macrosentencias, y según el profesor Néstor Osuna en este tipo de sentencias *los jueces hacen un importante esfuerzo para darles efectividad a los enunciados constitucionales, cuando constatan la existencia de desconocimientos generalizados, recurrentes y graves de los derechos humanos. Frente a estos, esos propios jueces han comprobado, por su experiencia, que hay unas causas estructurales (de ahí el nombre de las sentencias) que de modo sistemático producen ese déficit de derechos humanos, y que los casos que llegan a sus despachos, si se resuelven apenas como remedios individuales, no logran subsanar la problemática que se advierte en cada uno de los expedientes.*

Procederemos a analizar sus orígenes, características, ejemplos concretos y luego determinar si son adecuadas a nuestro ordenamiento jurídico en razón de la legitimidad del órgano que las dicta.

## II. Sobre el diseño de las políticas públicas y las sentencias estructurales

La división de poderes ideada tradicionalmente por Montesquieu en su obra “El espíritu de las leyes” no presentaba mayores inconvenientes respecto de las funciones que delimitaba cada poder del Estado, y en efecto, corresponde al Poder Ejecutivo trazar las políticas económicas a ejecutar. En nuestro país, corresponde a este poder del Estado preparar el proyecto de ley de presupuesto[6], el cual según el artículo 233 de nuestra Constitución contendrá *ingresos probables, los gastos propuestos y el financiamiento requerido, realizado en un marco de sostenibilidad fiscal, asegurando que el endeudamiento público sea compatible con la capacidad de pago del Estado, así como consignar de manera individualizada las asignaciones que correspondan a las diferentes instituciones del Estado.*

Así mismo, el Presupuesto Nacional *consiste en la estimación legal de los ingresos y gastos del Estado en un periodo determinado, que para nosotros es de un (1) año (AMIAMA, 1982: p. 271). Sin embargo, el concepto de “Presupuesto”, llamado en el texto actual “Presupuesto General del Estado”, ha evolucionado para incluir aspectos políticos, financieros y jurídicos, convirtiéndose más que en una herramienta del sistema de planificación del Estado para constituir un mecanismo de incidencia del Estado en la economía y un eje central en el control de la contabilidad central, sirviendo de guía ejecutoria para un plan de Estado ejecutable en el tiempo (anual o plurianual) y en el espacio (reflejando toda la actividad económica del Estado en su conjunto) (GUILIANI FONROUGE, 2003: 157-163).* [7]

A partir de esta ley, se definen de forma clara y precisa los gastos y prioridades del Estado, partiendo de las prioridades en políticas públicas que el Poder Ejecutivo decida invertir en impulsar los derechos correspondientes. Por esto, los autores Cass Sunstein y Stephen Holmes explican en su obra “*El costo de los derechos*”, que los derechos no se desarrollan por si solos, sino que lo hacen en la medida en que los Estados invierten en los mismos, en el sentido de que en teoría si el Estado invierte más en educación que en otro sector, estaría priorizando e impulsando su desarrollo. [8]

En Portugal, entre los años 2011 y 2014, en razón de la crisis financieras, el gobierno aplicó una política de austeridad, mediante el Programa de Asistencia Económica y Financiera (PAEF), el cual se estructuró en tres grandes bloques: (i) reducción de los salarios de los empleados del sector público, incluyendo a quienes reciben salarios abonados por entidades públicas, desde los titulares de los órganos que representan la soberanía popular a trabajadores de las empresas públicas, e incluyendo recortes similares en las pensiones, (ii) medidas de austeridad sobre beneficiarios de los diferentes regímenes de seguridad social, (iii) flexibilización del despido de trabajadores en las funciones públicas.[9]

Estas medidas de austeridad, especialmente las relativas a la reducción salarial del sector público, fueron conocidas por el Tribunal Constitucional Portugués, el cual declaró su inconstitucionalidad mediante las sentencias 396/2011, 353/2012 y

187/2013, lo que generó una ola de críticas respecto a las competencias y facultades del órgano constitucional para inmiscuirse y controlar aspectos presupuestarios que normalmente competen al Poder Ejecutivo.

### **III. Orígenes de las sentencias estructurales y ejemplos de la jurisprudencia comparada**

Pasando ahora al tema central, según varios autores, las sentencias estructurales tienen su origen en el derecho anglosajón. *En el caso de Estados Unidos, la fuente del litigio complejo inició con casos de discriminación sistémica (racial) y se ha extendido a otros ámbitos como la salud o el sistema carcelario. A través de las **structural injunctions** las Cortes de EE.UU. persiguen concretar la reorganización de una institución social y reparar a través de dicha reforma organizacional el daño que las propias agencias públicas pueden producir al violar ciertos derechos constitucionales.*[10]

Esta tipología de sentencias, como bien lo indica su nombre busca resolver problemas estructurales del sistema. Uno de los primeros casos en aplicarla es el famoso Brown v. Board of Education del año 1954, donde la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró de forma unánime que las leyes estatales que establecían escuelas separadas para estudiantes afroamericanos y blancos negaban la igualdad de oportunidades educativas. Nadie niega que esta importante decisión que revocó un precedente del año 1896, sea justa, razonable y necesaria, sin embargo es evidente que la misma implicó un costo considerable en el rediseño de las políticas públicas.[11]

En la sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional de Colombia acumuló 109 acciones promovidas por 1,150 núcleos familiares de desplazados a causa del conflicto armado interno. Luego de recoger la jurisprudencia anterior, de evaluar e identificar los graves problemas de la política estatal para la atención de la población desplazada y de aplicar los principios rectores del desplazamiento forzado, esa corte concedió a los peticionarios la protección constitucional mínima de los derechos a la vida digna, integridad, igualdad, petición, salud, seguridad social, educación, mínimo vital, ayuda humanitaria de emergencia, acceso a proyectos de estabilización económica, protección de tierras y, finalmente, la protección especial de las personas de la tercera edad, la mujer cabeza de familia, los niños y algunos indígenas.

Así mismo, esta importante decisión precisó, lo siguiente respecto a las políticas públicas y el uso de los recursos, lo siguiente:

*La escasez de recursos ha sido señalada consistentemente por los documentos aportados al proceso, publicados en distintos momentos y elaborados por entidades tanto de carácter público como particular, como la causa central de las fallas en la implementación de las políticas de atención a la población desplazada. El gobierno central ha destinado recursos financieros inferiores a las necesidades de la política y muchas de las entidades territoriales no han destinado recursos propios para atender los distintos programas. La*

*insuficiencia de recursos ha afectado la mayoría de los componentes de la política y ha llevado a que las entidades que integran el SNAIPD no puedan adelantar acciones concretas adecuadas para cumplir los objetivos trazados en la política. Es por ello que el nivel de ejecución de las políticas es insuficiente frente a las necesidades de la población desplazada y que los índices de cobertura de sus distintos componentes son tan bajos.*<sup>[12]</sup> Los elementos comunes al litigio de derecho público referido y que culmina con sentencias estructurales son: **a) afectar a un número amplio de personas que alegan violación de sus derechos; b) involucrar varias entidades estatales como responsables y; c) dictar órdenes de ejecución compleja.** <sup>[13]</sup>

#### **IV. Algunos ejemplos de sentencias estructurales del Tribunal Constitucional Dominicano.**

Las sentencias estructurales juegan un papel importante en los denominados derechos económicos, sociales y culturales (DESC). El Tribunal Constitucional como órgano extra poder en nuestro ordenamiento jurídico tiene una labor compleja respecto a la tutela de derechos reconocidos en sentencias estructurales, ya que sus decisiones constituyen precedentes vinculantes que tienen incidencia en aspectos políticos, sociales, económicos y culturales

Nuestro Tribunal Constitucional ha dictado en ciertos casos, sentencias que técnicamente pueden enmarcarse dentro de la categoría de estructurales. Nuestro análisis se va a circunscribir a la sentencia TC/0111/19 de fecha 27 de mayo de 2019, en la cual el accionante en amparo procuraba que la Administradora de Riesgos de Salud ofreciera cobertura a un procedimiento médico que no se encontraba incluido dentro del Plan Básico de Salud. La sentencia acoge la acción de amparo, a pesar de que el proceso no estaba dentro del catálogo de cobertura, en razón de los siguientes motivos:

*“La autorización del procedimiento quirúrgico vía endonasal no coloca en riesgo la sostenibilidad del Sistema dominicano de Seguridad Social, en razón de que la reclamación de los fondos realizada por el accionante no supera el límite establecido para la extracción del tumor por la vía convencional, la cual se encuentra dentro de la categoría de las atenciones de alto costo y máximo nivel de complejidad. Además, el hecho de que el Consejo Nacional de Seguridad Social haya incrementado el tope de cobertura para cada uno de los eventos de alto costo y máximo nivel de complejidad, como lo es el tumor craneal, da cuenta de que el sistema es estable y sostenible.*

*Si bien esa disposición establece que el Consejo Nacional de Seguridad Social podrá modificar el catálogo de servicios tomando como base “las tecnologías más apropiadas y adecuadas a nuestro medio”; es preciso señalar que la incorporación de una tecnología en el referido catálogo también debe obedecer a los beneficios que en términos de salud pudiera propiciar a las personas. En el caso concreto, la tecnología para la realización de la cirugía endonasal para la resección de un tumor craneal constituye el elemento diferenciador entre la vida y la muerte del accionante, sobrevivencia que no debe ser*

*afectada por la falta de inclusión de la tecnología correspondiente en el Catálogo de Prestaciones de servicios del Plan Básico de Salud.*

*Dada la importancia de proteger los derechos fundamentales a la vida y a la salud, este Tribunal estima que en los casos similares al que nos ocupa, las administradoras de riesgos de salud deberán conceder la cobertura solicitada dentro de los límites financieros que la regulación establece cuando las técnicas ,tecnologías o procedimientos no se encuentren incluidos en el Catálogo de Prestaciones de Servicios del Plan Básico de Salud y sean más beneficiosos para el paciente que los establecidos de modo convencional, cuyo cumplimiento deberá ser supervisado por la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales (SISALRIL).*

*En consonancia con lo anterior, este Tribunal considera oportuno incluir en el Catálogo de Prestaciones de Servicios del Plan Básico de Salud el procedimiento de extracción de tumor cerebral vía endonosal así como cualquier técnica, tecnología o procedimiento más avanzado y beneficioso para el tratamiento de cualquier evento particular siempre que los mismos se encuentren comprendidos en el referido catálogo, debiendo tomarse en consideración la estabilidad financiera del sistema y los límites que para esos fines han sido establecidos; esto, sin perjuicio de cualquier otra técnica, tecnología o procedimiento que el Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS) estime conveniente introducir.”*

La referida decisión, dispuso lo siguiente en su parte dispositiva:

**CUARTO:** *ACOGER la acción de amparo y, en consecuencia, ORDENAR a la administradora de riesgos de salud ARS Palic, S.A. cubrir el costo de la operación de acuerdo con la cotización correspondiente, con la salvedad de que si a la fecha de la notificación de esta sentencia el procedimiento ha sufrido alguna variación en cuanto a los costes debido al tiempo transcurrido entre la fecha en que fue realizada la cotización y la notificación de esta sentencia, la Administradora de Riesgos de Salud deberá dar la cobertura conforme a la cotización que le presente el accionante y al límite establecido en la Resolución núm. 375-02.*

**QUINTO:** *ORDENAR a la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales (SISARIL) velar por el fiel cumplimiento de la ejecución de esta sentencia por parte de la Administradora de Riesgos de Salud ARS Palic, S.A.*

**SEXTO:** *ORDENAR al Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS) que incluya el procedimiento de extracción de tumor cerebral vía endonasal en el Catálogo de Prestaciones de Servicios del Plan Básico de Salud, así como cualquier técnica, tecnología o procedimiento más avanzado y beneficioso para el tratamiento de un evento particular que los comprendidos de manera convencional en el referido catálogo, tomando en consideración los límites financieros que resulten adecuados para la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social.*

En ese sentido, la referida decisión cumple con los requisitos para considerarse una sentencia estructural por las siguientes razones:

**a) afecta a un número amplio de personas que alegan violación de sus derechos:** Al ser vinculantes los precedentes del Tribunal Constitucional, sus decisiones tienen un alcance general y obligatorio conforme lo establece el artículo 184 de la Constitución; en este caso específico, aunque se trata de un solo accionante, la decisión afecta a todos los pacientes con una condición de salud similar, implicando la cobertura por la Administradora de Riesgos de Salud correspondiente;

**b) involucra varias entidades estatales como responsables:** En el presente caso, al tratarse de un proceso que tiene que ver con el derecho a la salud y la seguridad social, la sentencia no solo obliga a la Administradora de Riesgos de Salud correspondiente, sino también a la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales (SISARIL) y al Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS);

**c) dictar órdenes de ejecución compleja:** La sentencia no se limita a ordenar que se cubra el procedimiento requerido por el accionante en razón de su condición de salud, sino que también como lo expresa su ordinal sexto del dispositivo ordena modificar el Catálogo de Prestaciones de Servicios del Plan Básico de Salud para incluir el referido procedimiento médico;

Esta decisión puede verse como un intento del Tribunal Constitucional de solucionar un problema estructural en las relaciones entre los pacientes y las entidades administradoras de riesgos de salud, el cual desde hace un tiempo parece verse cada vez más deteriorada<sup>[14]</sup>, por reclamos relativos al servicio prestado y la deficiente cobertura para productos farmacéuticos y atenciones médicas.

Otras decisiones exhortativas, como la sentencia TC/0610/15 exhortan a los poderes públicos tomar medidas sobre aspectos que pueden atentar contra el derecho a la vivienda<sup>[15]</sup> consagrado en el artículo 59 de la Constitución, estableciendo lo siguiente: *El Estado a través de leyes, normas y políticas, diseñe, defina, establezca mecanismos y/o medios para que estas situaciones –que, al margen de su génesis nacional o internacional, impactan negativamente en la realidad nacional– afecten lo menor posible a la generalidad de la población dominicana, o bien que, frente a la inevitabilidad de tales perjuicios, el Estado dominicano disponga de mecanismos que puedan auxiliar a los ciudadanos que, cumpliendo con lo acordado en legítimas convenciones particulares, se ven, sin embargo, afectados por imponderables como la crisis económica acaecida en el país a partir del año dos mil tres (2003).*

*hhh. En la especie, se ha visto como estos cambios bruscos dentro de la economía de la República Dominicana han afectado la ejecución de un contrato que se refería a la compra de un bien inmueble que ya había estado sirviendo como una vivienda familiar, lo que, además de afectar el derecho a la vivienda, consagrado en el artículo 59 de la Constitución, lesiona el derecho a la familia. iii. Estas políticas a diseñar por el Estado dominicano, a los fines mencionados de solventar situaciones excepcionales como la señalada, se basarían, precisamente, en la función esencial del Estado, consagrada en el artículo 8 de la Constitución, la cual contribuye directamente a la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho.*

Ciertamente, debido a la naturaleza de un órgano extra poder como el Tribunal Constitucional, que según el profesor Flavio Darío Espinal citando la sentencia TC/0001/15, estos órganos implican una nueva ingeniería institucional que conlleva un replanteamiento del significado tradicional de la noción de separación de poderes[16]. Este replanteamiento según la sentencia TC/0305/14 implica que estos *órganos constitucionales están dotados de una autonomía reforzada, es decir, de un grado tal de autonomía muy superior al de los entes administrativos y municipales, que les garantiza una esfera libre de controles e injerencias del Poder Ejecutivo.*

Esta autonomía reforzada permite que el Tribunal Constitucional decida e incida de forma directa sobre aspectos que corresponden en principio a otro de los poderes tradicionales del Estado.

Ahora bien, los costos que estos derechos implican no deben ser ignorados por el órgano constitucional pues una sentencia dictada con total inobservancia de las posibilidades reales que tiene cierto Estado para cumplirla podría desatar una situación caótica que pondría en peligro el desenvolvimiento del Estado en perjuicio de la sociedad en general.

## **V. Legitimidad del Tribunal Constitucional para el rediseño de las políticas públicas**

La legitimidad de los órganos que no han sido elegidos de forma democrática es un debate infinito en el constitucionalismo moderno. Para el profesor Jeremy Waldron no es posible que un órgano como el Tribunal Constitucional sea quien decida sobre ciertas controversias políticas, ya que no fue elegido por el pueblo de forma directa, y que solo se deberían aceptar las decisiones tomadas por los parlamentos que, entendidos como un cuerpo colegiado elegido mediante la participación directa del constituyente primario, son la representación de las mayorías en el plano político.[17] Autores como Carl Schmitt también han expresado que los Tribunales Constitucionales no tienen ninguna clase de legitimación para hacer un control de las leyes, ya que esto corresponde exclusivamente al soberano.

La exmagistrada presidente del Tribunal Constitucional de Chile, Marisol Peña Torres citando al magistrado Pedro González Trevijano respecto a la legitimidad del Tribunal Constitucional y su papel frente a la formulación de políticas públicas, ha expresado lo siguiente:

*Es indiscutible que la Constitución ya no es sólo una “carta de navegación” (en el sentido más político de la expresión), sino que es una norma jurídica directamente vinculante, de modo que, en la Constitución, no pueden existir ya disposiciones programáticas. Ello nos obliga a dar plena vida a todas las normas constitucionales –pienso especialmente en los derechos sociales-, pero no podemos, a partir de allí, formular directamente las políticas*

*públicas reemplazando a quienes están obligados directamente a hacerlo. Ciertamente, podemos orientar a esos responsables, a través de nuestras sentencias interpretativas y exhortativas, pero no sustituir la voluntad de los poderes elegidos directamente por el pueblo, pues, probablemente, ello sólo haría fortalecer la crítica democrática hacia nuestra actuación.***[18]**

Por el contrario, para la licenciada Jimena Conde Jiminián, el juez constitucional se convierte en además en coautor y coadministrador de las políticas públicas que debe desarrollar el Estado, impulsando su creación o su cumplimiento a través de dictámenes.**[19]** Lo cierto es que a pesar de que nadie discute que los tribunales constitucionales en su rol de protección de los derechos fundamentales interfiere en aspectos que competen a otros poderes del Estado, esto crea cierta tensión y fricción entre los mismos.

Así, al dictar sentencias estructurales, *el juez constitucional logra enfrentar patrones de injusticia y problemas sociales estructurales, así como impulsar las diferentes necesidades de grupos sociales por el respeto y la consagración de la igualdad, la dignidad humana, la cultura y el libre desarrollo de la personalidad.***[20]**

El magistrado emérito del Tribunal Constitucional Español, Manuel Aragón Reyes ha expresado que *las normas constitucionales deben interpretarse mediante argumentaciones jurídicas y no mediante argumentaciones políticas o morales, y que en el correcto razonamiento jurídico de sus decisiones descansa la única legitimidad que el juez constitucional tiene para controlar los actos de poder***[21]**.

Para el magistrado presidente del Tribunal Constitucional Dominicano, la legitimidad de dicho órgano se logra con la calidad, contenido, ejecución y respeto de las decisiones de tribunales, expresando que *hay un criterio de revolución cultural, por lo que, en consecuencia, más allá de la legitimidad formal que da a los tribunales su creación por la vía constitucional o legal, la legitimidad de funcionamiento se logra por la calidad, el contenido, la ejecución y respeto de sus decisiones.***[22]**

## **VI. Conclusiones**

Resolver los problemas estructurales de una sociedad es una labor complicada que en muchos casos involucra distintos órganos del Estado. El neoconstitucionalismo ha permitido que órganos como el Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus funciones, decidan sobre aspectos que en algunos casos corresponde al Poder Legislativo y Ejecutivo. La realidad dominicana es que, como hemos afirmado, la misma Ley 137-11 en su artículo 47 permite que adopte cualquier otro tipo de sentencias en derecho comparado, razón por la cual el profesor Eduardo Jorge Prats calificó al Tribunal Constitucional de la República Dominicana como un *organismo de última generación, porque no responde a la perspectiva tradicional de un modelo kelseniano, de un legislador negativo***[23]**.

Esto puede darse en el caso de inconstitucionalidades por omisión, donde el Poder Legislativo incumple en su deber principal de legislar sobre algún determinado aspecto y obliga a que sea el Tribunal Constitucional quien en su labor de tutelar los derechos fundamentales adopte decisiones respecto a las políticas públicas a ejecutar por el gobierno. Al respecto, la sentencia TC/0079/12 estableció que *“la inconstitucionalidad por omisión como la falta de desarrollo de los poderes públicos con potestad normativa, durante un tiempo exorbitantemente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio desarrollo, de forma tal que se imposibilita su eficaz aplicación. La inconstitucionalidad por omisión puede ser vista como un remedio eficaz frente a la inactividad del legislador que también viola frontalmente la enérgica pretensión de validez de las normas constitucionales, quedando los textos constitucionales, a la postre, sin posibilidad de ser vivida en su plenitud, precisamente, por el ocio del legislador que no observa el mandato que el Poder Constituyente delega al Poder Constituido, postergando así, diversas normas programáticas”*.

Otro aspecto a tomar en cuenta, respecto a la potestad de dictar las denominadas sentencias estructurales, es que en nuestro ordenamiento jurídico no existen las denominadas “political questions” en la cual la labor jurisdiccional se abstiene de conocer y decidir ciertos actos cuando esa decisión presuponga un juicio eminentemente político exclusivamente reservado a un poder del Estado, sea el ejecutivo o el legislativo. Aunque constituya un reto importante en terminos economicos, los Tribunales Constitucionales están obligados a garantizar los derechos economicos, sociales y culturales consagrados en la Constitución.

En ese sentido, los aspectos “no justiciables” comunes en el derecho anglosajón no tienen incidencia en las competencias del Tribunal Constitucional, más aún cuando esto implique que dicho órgano cumpla con una de las funciones enumeradas en el citado artículo 184 de la Constitución: **a) garantizar la supremacía de la Constitución; b) defender el orden constitucional; y c) proteger los derechos fundamentales.**

Lo cierto es que el litigio estratégico, estructural o “litigio de derechos sociales” ha permitido que países como Argentina tengan avances significativos en diversas materias a partir de la Reforma de 1994, y de una serie de procesos como: el **caso Benghalensis**, de la década de los 90, en la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) argentina ordenó al sistema de salud del Estado nacional que suministre medicamentos en forma regular, oportuna y continua, a todos los portadores de VIH/SIDA registrados en los hospitales públicos y efectores sanitarios; el **caso Monserrat**, también de los años 90, en el que la misma Corte validó la reforma de la política de ingreso de un colegio secundario, juzgando de discriminatoria la política anterior a la reforma, que restringía el ingreso en base al género; el **caso Verbitsky**, en el que la Corte censuró las condiciones infrahumanas en las que se hallaban cientos de miles de personas, privadas de su libertad, en la provincia de Buenos Aires, y prescribió que se tomen medidas para reformar el sistema carcelario de toda la provincia; y el **caso Mendoza**, en el que la Corte ordenó, a tres jurisdicciones de distinto nivel del

gobierno federal, que sanearan la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo, cuyos altos niveles de contaminación afectan aproximadamente a tres millones de personas.[24]

En fin, somos de opinión que las sentencias estructurales son necesarias siempre que se pueda demostrar una violación sistemática grave frente a los derechos fundamentales pero siempre tomando en cuenta el factor económico de modo que su cumplimiento pueda hacerse efectivo y que el órgano constitucional no pierda legitimidad al emitir decisiones inejecutables, como lo es la justiciabilidad de los derechos sociales.

#### Bibliografía

- ARAGÓN REYES, Manuel, "Dos problemas falsos y uno verdadero: "Neoconstitucionalismo", "Garantismo" y Aplicación Judicial de la Constitución, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2015, 103, disponible en la Web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3825/7.pdf>;
- CONDE JIMINIÁN, Jimena, "El Activismo Judicial de los Tribunales Constitucionales y el Principio de Separación de Poderes", La Organización del Poder para la Libertad, Santo Domingo, Enero 2020, Librería Jurídica Internacional, P. 584;
- DARIO ESPINAL, Flavio, "Los órganos extra poder en el sistema constitucional dominicano", La Organización del Poder para la Libertad, Santo Domingo, Enero 2020, Librería Jurídica Internacional, P. 406;
- DÍAZ FILPO, Rafael, "El Tribunal Constitucional: tipología de sentencias, la Doctrina Constitucional y Administrativa del Estado Social y Democrático de Derecho" Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, Mayo 2016, P. 347-371;
- JORGE PRATS, Eduardo, "Sentencias interpretativas y concepción Kelseniana", III Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional, 14 de octubre 2016, Santo Domingo, Disponible en la Web: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/sala-de-prensa/noticias/eduardo-jorge-prats-profesor-universitario-expone-la-sentencia-interpretativas-y-concepción-kelseniana/>
- LUZ, Mallory, "The Hidden Cost of Brown v. Board: African American Educators' Resistance to Desegregating Schools", Volume 12, Issue 4 Education, Integration, and Re- Article 2 Education in Kansas, 2017, disponible en la Web: <https://newprairiepress.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1085&context=ojrrp>
- NASH, Claudio, NÚÑEZ, Constanza, "Sentencias estructurales, momentos de evaluación", Revista de Ciencias Sociales, Valparaíso Chile, 2015, P. 270.
- NOGUEIRA BRITO, Miguel, "La Jurisprudencia de la crisis del Tribunal Constitucional Portugués", Teoría y Realidad Constitucional, núm. 38, 2016, pp. 575-602;
- PEÑA Torres, Marisol, "La legitimidad de la justicia constitucional en un sistema democrático", Ponencia presentada en la X Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, realizada en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana, el 14 de marzo de 2014;
- PUGA, Mariela, "El litigio estructural", Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo | ISSN 2362-3667 | pp. 41-82 Año I, N.o 2 | Noviembre de 2014, disponible en la Web: [https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho\\_Ano1\\_N2\\_03.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf) [Fecha de consulta: 24 de septiembre de 2020]
- RAY GUEVARA, Milton, Ponencia: "La Legitimación de los Órganos de la Justicia Constitucional en el Siglo XXI" 11 de noviembre 2015, disponible en la Web: <https://tribunalconstitucional.gob.do/sala-de-prensa/noticias/magistrado-ray-guevara-legitimidad-se-logra-con-la-calidad-contenido-ejecución-y-respeto-de-las-decisiones-de-tribunales/>;
- RODRÍGUEZ, César: "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America". En: Texas Law Review.Vol. 89, 2011. Págs. 1669-1698
- SUNSTEIN, Cass, HOLMES, Stephen, "El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos", 1era edición, Buenos Aires, 2011, Siglo Veintiuno Editores, S. A.;
- VALERA MONTERO, Miguel, "La Constitución Comentada" FINJUS, Santo Domingo, 2011, P. 440;
- Jeremy. Law and Disgreement, Oxford University. Press. En Victor Ferreres Comella. Introducción Lawrence Sager. Juez y Democracia. Pág. 43- 45;
- EL NUEVO DIARIO, "Justicia y Transparencia asegura ARS constituyen una retransa para el derecho a la salud", en fecha 12 de agosto de 2018, disponible en la Web: <https://elnuevodiario.com.do/justicia-y-transparencia-asegura-ars-constituyen-una-retransa-para-el-derecho-a-la-salud/>, fecha de consulta, 20 de septiembre 2020;

- REPÚBLICA DOMINICANA, *Constitución Política de la República Dominicana, proclamada el 26 de enero. Publicada en la Gaceta Oficial No. 10561, del 26 de enero de 2010* [en línea]. Disponible en ciberpágina: <http://observatorioserviciospublicos.gob.do/baselegal/constitucion2010.pdf> [Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2020]
- REPÚBLICA DOMINICANA, *Ley No. 137 11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales. G. O. No. 10622 del 15 de junio de 2011* [en línea]. Disponible en ciberpágina: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/transparencia/base-legal-de-la-instituci%C3%B3n/ley-no-137-11/> [Fecha de consulta: 20 de septiembre 2020]
- Tribunal Constitucional de la República Dominicana, del 12 de septiembre de 2013, TC/0161/13. [en línea]. Disponible en ciberpágina: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc016113/> [Fecha de consulta: 19 de septiembre]
- Tribunal Constitucional de la República Dominicana, del 25 de septiembre de 2014, TC/0234/14. [en línea]. Disponible en ciberpágina: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc023414/> [Fecha de consulta: 19 de septiembre]
- Tribunal Constitucional de la República Dominicana, del 18 de diciembre de 2015, TC/0610/15. [en línea]. Disponible en ciberpágina: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/8711/sentencia-tc-0610-15.pdf/> [Fecha de consulta: 19 de septiembre]
- Tribunal Constitucional de la República Dominicana, del 27 de mayo de 2019, TC/0111/19. [en línea]. Disponible en ciberpágina: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/20663/tc-0441-19.pdf/> [Fecha de consulta: 19 de septiembre]
- Tribunal Constitucional de la República Dominicana, del 10 de octubre de 2019, TC/0441/19. [en línea]. Disponible en ciberpágina: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/20663/tc-0441-19.pdf/> [Fecha de consulta: 19 de septiembre]
- COLOMBIA, Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de fecha 03 de marzo 2004, C-025/04 [en línea]. Disponible en ciberpágina: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm> [Fecha de consulta: 18 de junio de 2019]

[1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Cursante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Pantheón Sorbonne y el IGLOBAL, y profesor de Derecho Constitucional.

[2] Ejemplo de sentencia aditiva: TC/0161/13.

[3] Ejemplo de sentencia exhortativa: TC/0234/14

[4] Ejemplo de sentencia interpretativa: TC/0441/19.

[5] DÍAZ FILPO, Rafael, *“El Tribunal Constitucional: tipología de sentencias, la Doctrina Constitucional y Administrativa del Estado Social y Democrático de Derecho”* Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, Mayo 2016, P. 347-371.

[6] El artículo 128.2 literal g establece lo siguiente: 2) *En su condición de Jefe de Gobierno tiene la facultad de: g) Someter al Congreso Nacional, a más tardar el primero de octubre de cada año, el Proyecto de Ley de Presupuesto General del Estado para el año siguiente.*

[7] VALERA MONTERO, Miguel, *“La Constitución Comentada”* FINJUS, 2011, P. 440.

[8] SUNSTEIN, Cass, HOLMES, Stephen, *“El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*, 1era edición, Buenos Aires, 2011, Siglo Veintiuno Editores, S. A.

[9] NOGUEIRA BRITO, Miguel, *“La Jurisprudencia de la crisis del Tribunal Constitucional Portugués”*, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 38, 2016, pp. 575-602

[10] NASH, Claudio, NÚÑEZ, Constanza, *“Sentencias estructurales, momentos de evaluación”*, Revista de Ciencias Sociales, Valparaíso Chile, 2015, P. 270.

[11] Conforme a un artículo denominado *“The Hidden Cost of Brown v. Board: African American Educators’ Resistance to Desegregating Schools”*, escrito por el profesor Mallory Lutz de la Universidad de Washburn, más de 38 mil profesores afroamericanos perdieron sus empleos como consecuencia de la referida sentencia, lo que ha implicado que al año 2000 solo 14 por ciento de los profesores son afroamericanos.

[12] Sentencia T-025/04, Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, 3 de marzo 2004, disponible en la Web: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>

[13] RODRÍGUEZ, César: *“Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”*. En: *Texas Law Review*. Vol. 89, 2011. Págs. 1669-1698

[14] El presidente de Justicia y Transparencia, Trajano Potentini, calificó la intermediación de las ARS como el negocio del siglo, de ahí que no es casual que la República Dominicana sea uno de los países que en términos relativos tiene mayor cantidad de esta modalidad de empresa, sumando hoy día decenas de ARS, artículo publicado en El

Nuevo Diario en fecha 12 de agosto de 2018, disponible en la Web: <https://elnuevodiario.com.do/justicia-y-transparencia-asegura-ars-constituyen-una-retranca-para-el-derecho-a-la-salud/>

[15] En la sentencia TC/0100/14 el Tribunal había definido el derecho a la vivienda afirmando que el mismo es *considerado como un derecho social, el cual le impone al Estado la responsabilidad de llevar a cabo las acciones necesarias para propiciar las condiciones que hagan posible el acceso a este derecho para que cada ciudadano pueda lograr tener una vivienda apta para la vida humana y en condiciones de dignidad*

[16] DARIO ESPINAL, Flavio, “Los órganos extra poder en el sistema constitucional dominicano”, La Organización del Poder para la Libertad, Santo Domingo, Enero 2020, Librería Jurídica Internacional, P. 406.

[17] WALDRON, Jeremy. Law and Disgreement, Oxford University. Press. En Victor Ferreres Comella. Introducción Lawrence Sager. Juez y Democracia. Pág. 43 - 45

[18] PEÑA Torres, Marisol, “La legitimidad de la justicia constitucional en un sistema democrático”, Ponencia presentada en la X Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, realizada en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana, el 14 de marzo de 2014.

[19] CONDE JIMINIÁN, Jimena, “El Activismo Judicial de los Tribunales Constitucionales y el Principio de Separación de Poderes”, La Organización del Poder para la Libertad, Santo Domingo, Enero 2020, Librería Jurídica Internacional, P. 584.

[20] Op. Cit. P. 587.

[21] ARAGÓN REYES, Manuel, “Dos problemas falsos y uno verdadero: “Neoconstitucionalismo”, “Garantismo” y Aplicación Judicial de la Constitución, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2015, P. 103, disponible en la Web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3825/7.pdf>

[22] RAY GUEVARA, Milton, Ponencia: “La Legitimación de los Órganos de la Justicia Constitucional en el Siglo XXI” 11 de noviembre 2015, disponible en la Web: <https://tribunalconstitucional.gob.do/sala-de-prensa/noticias/magistrado-ray-guevara-legitimidad-se-logra-con-la-calidad-contenido-ejecución-y-respeto-de-las-decisiones-de-tribunales/>

[23] JORGE PRATS, Eduardo, “Sentencias interpretativas y concepción Kelseniana”, III Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional, 14 de octubre 2016, Santo Domingo, Disponible en la Web: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/sala-de-prensa/noticias/eduardo-jorge-prats-profesor-universitario-expone-la-sentencia-interpretativas-y-concepción-kelseniana/>

[24] PUGA, Mariela, “El litigio estructural”, Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo | ISSN 2362-3667 | pp. 41-82 Año I, N.o 2 | Noviembre de 2014, disponible en la Web: [https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho\\_Ano1\\_N2\\_03.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf)

## Las costas procesales en el contencioso administrativo

Adonis L. Recio

La condenación en pago de costas contra la parte que “sucumbe” en justicia, respondería a la supletoriedad del derecho civil sobre las disposiciones del Derecho Contencioso Administrativo[1]; no obstante, el contexto actual es la compensación entre las partes del litigio a raíz de la interpretación extensiva que se le ha otorgado al párrafo V del art. 60 de la Ley núm. 1494, G.O. 6673, que establece:

*“Las sentencias de la Cámara de Cuentas en funciones de Tribunal Superior Administrativo, serán susceptibles del recurso de casación conforme a las disposiciones establecidas para la materia civil y comercial por la Ley No. 3726, del 29 de diciembre de 1953, o por la que sustituya. (...) PARRAFO V.- En este recurso no habrá condenación en costas”* (agregado por la Ley No. 3835, del 20 de mayo de 1954, G.O. No. 7698, del 26 de mayo de 1954).

Como hemos indicado es una interpretación extensiva al recurso contencioso (Administrativo, Tributario y de revisión de sentencia), que en principio se podría considerar favorable al reclamante en justicia, pues a sabiendas de que el administrado común y corriente no está el igualdad de condiciones que una administración pública que habitualmente cuenta con un departamento jurídico destinado a llevar a cabo estos procesos en el día a día, podría desestimar sus intenciones incluso previo a dar inicio al caso. Esta aplicación extensiva se ratifica en la jurisprudencia de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia (SCJ), que en la actualidad sostiene este parecer, ver Sentencia núm. 033-2020-SSEN-00350 de fecha 8/7/2020[2].

Legalmente sólo se reconoce la posibilidad de que las medidas cautelares anticipadas puedan dar lugar al pago de costas, a ver, *“En caso de que la medida cautelar sea concedida, el recurso contencioso administrativo o contencioso tributario deberá presentarse en el plazo previsto en esta ley; de lo contrario, se ordenará su levantamiento y se condenará a la parte solicitante al pago de las costas”*, p. IV art. 7 de la Ley 13-07, en virtud de lo anterior, ¿se podría inferir que dicha Ley Procesal trató de incorporar esta figura? El principio de legalidad cercena este razonamiento, ya que su campo está delimitado no sólo a la cautelar anticipada sino a la circunstancia explicitada en su disposición.

Esto se ve contrarrestado por una tendencia que el Tribunal Superior Administrativo, de manera específica su Tercera Sala, que asentó mediante Sentencia núm. 0030-04-2020-SSEN-00193 de fecha 3/7/2020, según la cual sí es posible la condenación en costas. Para ello, realizó ciertas consideraciones sostenidas principalmente en el principio y derecho de carácter fundamental[3] a la buena administración. Consistentes en, *“Luego de una minuciosa observación del ordenamiento jurídico vigente, esta Tercera Sala del Tribunal entiende necesario variar dicha posición asumida de igual forma por la Suprema Corte de Justicia (SCJ), debido, principalmente, a la evolución de los principios que rigen el procedimiento administrativo, especialmente el derecho a la buena*

*administración, de donde se desprende el justo funcionamiento de la gestión administrativa de turno, lo que incluye el trámite de toda pretensión que se considere fundada en razonamientos lógicos (...)*”, esta situación realza un nuevo ingrediente que hace unos años no era tema de debate -aunque los litigantes continuaban solicitando la condenación en costas- ya que esta condenación implica, en sentido pragmático, una nueva consideración para la Administración Pública.

Concluir sin indicar que tal aceptación de la condenación en costas es una tarea que esperamos la Suprema Corte de Justicia (SCJ) se avoque a detallar sería irresponsable, pues el pasado reciente, la práctica e interpretación jurisdiccional suman factores que obran en contra del “nuevo” criterio de condenación; en nuestra opinión estas situaciones favorecen a un punto que siempre será la pretensión añorada de todo *ius administrativista* o vinculado al área, la Ley de Control Jurisdiccional, que eventualmente deberá tocar estos aspectos desestimando las ambigüedades que nos ha impregnado la disgregación del ordenamiento jurídico actual en el Derecho Contencioso Administrativo.

### **Bibliografía:**

Ley núm. 1494 que instituye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de fecha 9/8/1947 G.O. 6673.

Ley núm. 13-07 sobre Traspaso de Competencias del Tribunal Superior Administrativo y del Tribunal Contencioso Administrativo de lo Monetario y Financiero al Tribunal Contencioso Tributario, de fecha 5/2/2007.

Sentencia núm. 033-2020-SSEN-00350 de fecha 8/7/2020; expediente núm. 001-011-2018-RECA-00512.

Sentencia núm. 0030-04-2020-SSEN-00193 de fecha 3/7/2020, dictada por la Tercera Sala del Tribunal Superior Administrativo.

[1] Artículo 29 de la Ley núm. 1494 *“Todas las sentencias del Tribunal Superior Administrativo se fundamentarán en los preceptos de carácter administrativo que rijan el caso controvertido y en los principios que de ellos se deriven y en caso de falta o insuficiencia de aquellos, los preceptos adecuados de la legislación civil. Se redactarán en la misma forma de las sentencias de los Tribunales del orden Judicial”*.

[2] Pág. 22; expediente núm. 001-011-2018-RECA-00512.

[3] De acuerdo con el precedente TC/322/14 del TCRD, que destacó tal derecho subjetivo en el caso de los bloqueos de comprobantes fiscales por parte de la Administración Tributaria.

## **El Teletrabajo en la República Dominicana. Ventajas, desventajas y regulación**

*Beatriz Arias Cambero*

La República Dominicana, al igual que otros países del mundo, adoptó en sus estrategias de trabajo lo que hoy en día conocemos como el Teletrabajo, un término muy acuñado en estos tiempos, y que a raíz de la pandemia del Covid-19 (Coronavirus), las empresas y la Administración Pública implementaron en sus formas operativas de trabajar.

El Teletrabajo sirvió de herramienta necesaria para aquellas empresas e incluso para que algunas Administraciones Públicas pudieran llevar a cabo sus actividades laborales sin grandes complicaciones, salvo las limitaciones conocidas, como la falta de internet, energía eléctrica, computadoras, tablets o teléfono, que de manera presencial se les imposibilitaba realizar a raíz de la pandemia.

No obstante, a esta importante herramienta, las empresas y la Administración Pública debieron enfrentar la imposición de esta, dando pasos agigantados para sobrevivir, en especial la Administración Pública cuya función primordial es brindar servicios a los ciudadanos, lo cual es de vital importancia.

La implementación del Teletrabajo en la República Dominicana bajo un escaso esquema jurídico laboral regulatorio, por no decir ninguno, desencadenó un análisis comparativo de ventajas y desventajas no solo para el trabajador, sino también para el empleador, contribuyendo a un cambio de paradigma laboral.

En el presente estudio vamos a presentar las definiciones del Teletrabajo, sus principales características, así como las diferentes modalidades. Posteriormente, pretendemos recopilar las ventajas, desventajas y un breve análisis sobre la regulación del teletrabajo en la República Dominicana.

### **¿Qué es el teletrabajo?**

En América Latina encontramos que hay diferentes países que además de haber incluido en sus regulaciones y normativas del trabajo, el término teletrabajo, lo han definido como detallamos a continuación:

En Argentina, mediante la Ley de Contrato de Trabajo No. 20.744, se incluyó un régimen jurídico del teletrabajo, el cual en su Art. 1 lo define de la manera siguiente:

*“Artículo 1°.- Se entiende por teletrabajo a los efectos de esta ley, a la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios en los términos de los artículos 21 y 22 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, en las que el objeto del contrato o relación de trabajo es realizado total o parcialmente en el domicilio del trabajador o en lugares distintos del establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de todo tipo de tecnología de la información y de las comunicaciones (TIC). Se entiende*

*por teletrabajador en relación de dependencia a toda persona que efectúa teletrabajo según la definición anterior (Boiarov, 2008)”.*

En Chile, la reforma al Código de Trabajo en el año 2001, trajo consigo la Ley 19.579, la cual introdujo el Teletrabajo y lo define de la manera siguiente: *“trabajo a distancia a través del uso de la tecnología de información y comunicación” (Boiarov, 2008)*. También se reguló todo lo relativo al contrato de trabajo y las horas de la jornada laboral.

Por otro lado en Colombia existe la Ley 1221 del año 2008, la cual establece normas para promover y regular el teletrabajo, en ese sentido, lo define de la manera siguiente: *“Forma de organización laboral que se desarrolla en el marco de un contrato de trabajo o de una relación laboral dependiente, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), para el contacto entre el trabajador y empleador sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo (Artículo 2, Decreto 884 de 2012)”.*

En el caso de la República Dominicana, el Código de Trabajo (Ley 16-92) define el Trabajo a Domicilio, de la manera siguiente:

*“Art. 266.- Trabajo a domicilio es el que ejecutan los trabajadores en el local donde viven, por cuenta de una o más personas físicas o morales, las cuales son consideradas como empleadores. También es trabajo a domicilio el que es ejecutado por los trabajadores en un local o taller distinto al de las personas por cuya cuenta trabajan”.*

Es evidente que en cada una de las definiciones hay un factor común, y es el hecho de que el trabajador desempeña sus actividades laborales en su domicilio, a distancia de la sede donde habitualmente debe presentarse físicamente para realizar su labor. También podemos observar que se incluye el uso de tecnología de la información, así como herramientas tecnológicas para poder realizar las actividades laborales.

En el caso de la República Dominicana vemos que en el Código de Trabajo no se incluyen las herramientas tecnológicas, el Código data del año 1992, y no solo por eso, sino porque hasta el momento nunca había sido tan necesario trabajar desde casa para preservar la vida.

### **Principales características del Teletrabajo**

El teletrabajo posee las características siguientes:

- Actividad laboral que se lleva a cabo fuera de la organización.
- Utilización de tecnologías de la información
- Replanteo de mecanismos de control y seguimiento

En la primera característica nos encontramos con una actividad llevada a cabo fuera de la organización, o más bien, en el ambiente del hogar, principalmente.

El Covid-19 además de traer consigo un proceso de pérdidas humanas a raíz de los altos niveles de contagio lesivos para los más vulnerables, y su rápida propagación, también provocó un cambio en el hogar, y este fue la integración del trabajo en las actividades cotidianas del hogar, teniendo el teletrabajador que acondicionar un espacio dentro de sus posibilidades para realizar sus actividades laborales en las mejores condiciones posibles.

En la segunda característica, y para el caso de la República Dominicana, la utilización de tecnologías de la información provocó un alza en otros aspectos implicados al Teletrabajo, tales como, el aumento del uso de internet en los hogares, el aumento de la energía eléctrica por el uso de varios instrumentos de trabajo, computadoras, tablets, celulares, entre otros., y el aumento de la canasta alimenticia, producto de las largas jornadas de trabajo y consumo de energía física, lo cual provoca en el ser humano un consumo orgánico o no de alimentos, es decir, las personas a mayor consumo de energía física mayor consumo de alimentos.

En la tercera característica, los mecanismos de control y seguimiento se realizaban de la forma tradicional, pero al momento de que el Mundo tuvo que enfrentar la pandemia del Covid-19, debió rápidamente apoyarse en software de alta tecnología para controlar y dar seguimiento a las actividades laborales que debían continuar realizándose, por ejemplo, tenemos el caso del Poder Judicial Dominicano, que a raíz de la llegada del Coronavirus se encontraba inmersa en la primera fase de su Plan Estratégico Visión 20/24, el cual incluía los servicios ofrecidos de forma virtual, solo que la situación provocó que se agilizará en la implementación del plan para eficientizar los servicios que se ofrecían de forma habitual. Para controlar a su personal y dar seguimiento a las labores, el Poder Judicial Dominicano adquirió las licencias del Microsoft Office 365 para empresas, mediante las cuales tiene como herramientas principales, Teams para realizar videoconferencias, llamadas, archivos compartidos entre otras facilidades, con todos los miembros del Poder Judicial, incluyendo su Presidente, lo que junto a todas las demás herramientas que posee este interesante programa, a lo interno de la institución se mantienen conectados todos los servidores judiciales ofreciendo las informaciones requeridas según lo que se solicite.

### **Modalidades del Teletrabajo**

El Libro Blanco, ABC del teletrabajo en Colombia, establece tres modalidades del teletrabajo y los define de la manera siguiente:

- Teletrabajo autónomo: Trabajadores independientes o empleados que se valen de las TIC para el desarrollo de sus tareas, ejecutándolas desde cualquier lugar elegido por ellos. (de Trabajo)
- Teletrabajo Suplementario: Trabajadores con contrato laboral que alternan sus tareas en distintos días de la semana entre la empresa y un lugar fuera de ella usando las TIC para dar cumplimiento. Se entiende que teletrabajan al menos dos días a la semana. (de Trabajo)

- Teletrabajo móvil: Trabajadores que utilizan dispositivos móviles para ejecutar sus tareas. Su actividad laboral les permite ausentarse con frecuencia de la oficina. No tienen un lugar definido para ejecutar sus tareas. (de Trabajo)

### **El teletrabajo en la República Dominicana post pandemia del Covid-19**

A pesar de que, al momento de la realización de este estudio, la República Dominicana aun se encuentra siendo afectada por la pandemia del Covid-19, hemos querido establecer el término post pandemia en el sentido de que, no obstante, a que vamos a reducir la curva de contagios del Coronavirus, el teletrabajo es una de las modalidades del trabajo que vino para quedarse, y es un efecto de la post pandemia.

Como habíamos manifestado en otro apartado de este estudio, el Teletrabajo implica otros factores que deben ser tomados en cuenta para su establecimiento, no basta con que el trabajador tenga a disposición un espacio adecuado para teletrabajar, y tenga una computadora en óptimas condiciones y energía eléctrica 24 horas, sino que además necesita una regulación establecida y clara de los límites, beneficios y remuneraciones por ejercer su trabajo bajo cualquiera de sus modalidades.

El Teletrabajador de la República Dominicana está trabajando bajo los mismos esquemas normativos, excepto porque en esta ocasión ha tenido que ejercer un trabajo sin ningún parámetro, con excepción de escasas organizaciones que ya se encontraban en la fase de implementación, pero en sentido general, pocas empresas y organizaciones estaban preparadas para teletrabajar.

Los gobiernos centrales de la República Dominicana, como forma de adaptación a los tiempos tecnológicos que envuelve el mundo, fomentando la conectividad y la eficientización de los procesos a través de plataformas digitales, ha ido promoviendo no solo oficinas virtuales, sino que también ha creado las diferentes páginas web de los diferentes Ministerios donde los ciudadanos pueden acceder a algunos servicios o avanzarlos por esta vía.

Esta iniciativa ha sido un gran avance para un país de la región, luchando con sus problemas ancestrales como es la energía eléctrica y las telecomunicaciones focalizadas, es decir, una metrópolis muy bien comunicada, con buenas bandas anchas de internet, pero una periferia con escasas conexiones a través de internet.

A esta situación se le suma la educación, pues manejar un celular no necesariamente lo hace capaz de teletrabajar, es un gran avance, pero no el primordial, se requiere tener habilidades técnicas básicas de informática, en el mejor de los casos para teletrabajar, por tanto, la educación es otro factor que implica el teletrabajo.

Sin quitarle la importancia que tienen cada uno de los factores que implican el teletrabajo en la República Dominicana, tales como la educación, la inflación, la canasta alimenticia familiar, y el estado de emergencia como tal, hay tres factores primordiales que se deben tomar en cuenta para la implementación del teletrabajo, estos son:

1. La Gestión del Cambio
2. Plataforma tecnológica
3. Legislación

En el primer punto podemos decir que al implementarse el Teletrabajo necesariamente las organizaciones deben tener un enfoque práctico de la gestión del cambio, en el sentido de que deben sensibilizar a su personal principalmente al entendimiento y adaptación del cambio que se producirá, sin imposición, más bien en un ambiente armónico, de facilitaciones y apoyo.

En el segundo punto las organizaciones deben comprometerse a adquirir plataformas tecnológicas que ayuden al trabajador a seguir desempeñándose de manera óptima, y facilitarlas.

Por último, y en tercer punto, se encuentra la legislación del Teletrabajo, especialmente en la República Dominicana, debido a que, hasta el momento de este estudio, no existe ninguna regulación normativa al respecto, sobre todo que en uno de los ejes de la Ley de Estrategia Nacional de Desarrollo 2030, en el Segundo informe de avance en la implementación de la referida ley del año 2014, el proyecto de ley de promoción y difusión del teletrabajo perimió.

### **Ventajas y Desventajas del Teletrabajo en la República Dominicana.**

En vista de todo lo que hemos expresado, podemos establecer las ventajas y desventajas siguientes:

<b>Ventajas</b>	<b>Desventajas</b>
Racionalización de horarios	Largas jornadas de trabajo por estar en el hogar
Disminución de contaminación ambiental	Depresión de los trabajadores por el no contacto físico y social
Flexibilidad laboral	Multitareas por la digitalización del trabajo
Reducción de gastos y tiempo por desplazamiento	Aumento de presupuesto a la canasta alimenticia familiar y a la energía eléctrica
Reducción del estrés laboral	Aumento del estrés familiar por la incorporación de actividades laborales

Ahorro de espacio en la oficina

Creación de espacio en el hogar para teletrabajar

Inclusión social

Afectación por contagio del Covid-19 o cualquier otra enfermedad

No obstante, a las limitaciones jurídicas respecto al Teletrabajo que tiene la República Dominicana, para agosto del año 2020, la Presidencia de la República a través de la Oficina Presidencial de Tecnologías de la Información y Comunicación (OPTIC), elaboró la Guía sobre el Teletrabajo para los Organismos del Estado Dominicano, mediante la cual establece los objetivos siguientes:

1. Brindar un marco conceptual sobre aspectos relevantes del teletrabajo.
2. Motivar a los organismos a desarrollar puestos de teletrabajo.
3. Presentar las ventajas del teletrabajo, tanto para el organismo como para el colaborador.
4. Describir los diferentes roles y responsabilidades de las áreas involucradas en la implementación de un proyecto de teletrabajo.
5. Recomendar herramientas que faciliten la ejecución del teletrabajo.
6. Poner a disposición de los organismos un documento ayuda que sirva de referencia en la creación y coordinación de un proyecto de teletrabajo.

Si bien esta guía es un referente muy importante para la implementación del teletrabajo, no es una norma, por lo que pudiera interpretarse como una opción por parte de las autoridades que requieran trabajar bajo cualquiera de las modalidades del teletrabajo, y esto a nuestra consideración, no debe ser una opción, sino que más bien debe ser integrado en las leyes laborales de la República Dominicana con todo un esquema regulatorio en el cual se establezcan claramente las reglas del juego.

A modo de conclusión podemos decir que el Teletrabajo sirve de apoyo a las organizaciones que requieran dirigir sus trabajadores bajo cualquiera de sus modalidades, en el sentido de que implementarlo reduce, por un lado, como ya establecimos, espacios, horarios, estrés laboral y por el otro lado, fomenta la inclusión social y la disminución de la contaminación ambiental. Ahora bien, es necesario que se reglamente el Teletrabajo para seguir promoviéndolo en las diferentes ofertas laborales y de esta forma también establecer los límites y beneficios de este.

#### Bibliografía

- Boiarov, S. (2008). *Informe sobre Legislación y Normativa vinculada al Teletrabajo en América Latina y el Caribe*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Naciones Unidas (CEPAL).
- Código de Trabajo de la República Dominicana*. (1992). Santo Domingo, Rep. Dom.
- de Economía, Planificación y Desarrollo, M. (2014). *Segundo Informe Anual del Avance de la Implementación de la END 2030 y Cumplimiento de Objetivos del POA del Sector Público*. Santo Domingo, Rep. Dom.: Unidad Asesora de Análisis Económico y Social (UAAES).
- de Tecnología de la Información y Comunicación, O. P. (Agosto de 2020). *Guía del Teletrabajo para los Organismos del Estado Dominicano. Guía del Teletrabajo para los Organismos del Estado Dominicano*. Santo Domingo, Distrito

Nacional, República Dominicana: Oficina Presidencial de Tecnologías de la Información y Comunicación  
Departamento de Estandarización, Normativas y Auditoría Técnica.  
de Trabajo, M. (s.f.). *Libro Blanco. El ABC del Teletrabajo en Colombia*. Colombia: Colombia Digital.

## **Electa una vía respecto del *non bis in idem* en los procesos penales y administrativos**

*Víctor A. León Morel*[1]

### **Introducción**

“Electa una vía, non datur recursus ad alteram”, el aforismo latino que establece que elegida una vía, no se puede recurrir a otra, comunmente conocido y aplicado en materia procesal penal, conforme establece el párrafo del artículo 50 del Código Procesal Penal, expresando que *“La acción civil puede ejercerse conjuntamente con la acción penal conforme a las reglas establecidas por este código, o intentarse separadamente ante los tribunales civiles, en cuyo caso se suspende su ejercicio hasta la conclusión del proceso penal. Cuando ya se ha iniciado ante los tribunales civiles, no se puede intentar la acción civil de manera accesoria por ante la jurisdicción penal.”*

La figura del non bis in idem se encuentra consagrado en nuestra Constitución dominicana, artículo 69.5[2], y en varios instrumentos internacionales adoptados por nuestro país como el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966[3]; el artículo 8.4 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos[4].

Esta garantía constitucional procura proteger a una persona del Leviatán de Hobbes que constituye el Estado de someterlo de forma recurrente con la triple identidad de partes, objeto y causa.

En el desarrollo del presente artículo, pretendemos circunscribirnos a la concurrencia de sanciones penales y administrativas a partir de la prohibición del bis in idem.[5] Nuestro objetivo es desarrollar lo que ha expuesto la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional respecto de esta garantía, así como las excepciones que ha admitido y posteriormente presentar nuestras conclusiones respecto de la importancia de la misma y algunas recomendaciones para su aplicación ideal.

### **Análisis de la prohibición del bis in ídem: doctrina y jurisprudencia comparada**

Aunque originalmente es común hablar de concurrencia de sanciones penales y civiles a causa del mismo hecho, y de la disposición legal ya citada de *electa una vía*, también es posible hablar de concurrencia de otro tipo de sanciones[6], como las que pretendemos desarrollar en materia penal y administrativa.

Lo anterior sucede en muchos casos debido a que el origen del derecho administrativo sancionador viene del derecho penal y de las conductas ílicitas. Por esto se ha dicho que el derecho penal y el derecho administrativo sancionador son indudablemente dos manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, entendida como la facultad que tiene éste de imponer penas y medidas de seguridad ante la comisión de ilícitos.

La prohibición del bis in idem procura evitar que se realice una persecución abusiva por parte del Estado en contra de los sujetos que hubiesen cometido delito, sea que por un mismo delito se pretendan imponer dos penas, que una misma agravante sea apreciada en más de una ocasión o que un mismo hecho se pueda sancionar a la vez con una pena criminal y con una sanción administrativa. Si en la práctica dos o más preceptos configuran una posible infracción al principio, la autoridad deberá aplicar uno de ellos, pero no todos[7].

En Estados Unidos, esta figura se encuentra en la Quinta Enmienda, comunmente conocida como *double jeopardy*[8] o doble peligro, la cual establece lo siguiente:

*Ninguna persona estará obligada a responder de un delito castigado con la pena capital, o con cualquier otra pena, salvo en la presencia o acusación de un Gran Jurado, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia, cuando se encuentre en servicio activo en tiempo de guerra o peligro público; **ni ninguna persona estará sujeta, por la misma ofensa, a ser puesta dos veces en peligro de perder la vida o la integridad física; ni se le forzará a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal**; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará su propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.* (Subrayado y negrito es nuestro)

El caso paradigmático que aplicó por primera vez[9] el principio del non bis in idem respecto a dos sanciones de distinto tipo fue *United States v. Halper* (1989). En dicho caso, Irwin Halper, gerente de una compañía que brindaba servicios médicos a pacientes elegibles para los beneficios de Medicare, fue acusado y condenado en un tribunal penal por presentar 65 reclamos de Medicare falsos por separado, recibiendo una sentencia de dos años de prisión y multado con \$5,000 dólares. Posteriormente, Estados Unidos presentó cargos adicionales bajo la Ley de Reclamaciones Falsas, que lo autorizó a cobrar \$2000 dólares por cada delito, además de los honorarios de abogados y el doble de los daños sufridos.

La SCOTUS[10] en una decisión unánime redactada por el juez ponente, Harry Blackum estableció que la sanción perseguida por el mismo hecho constituiría una violación al bis in idem o *double jeopardy* consagrado en la Quinta Enmienda de la Constitución norteamericana.[11]

En definitiva, la SCOTUS ha establecido que el principio de non bis in idem protege a las personas contra tres abusos distintos:

1. Un segundo enjuiciamiento por el mismo delito después de la absolución;
2. Un segundo procesamiento por el mismo delito después de la condena; y
3. Múltiples castigos por el mismo delito.[12]

La Jurisprudencia española, por su parte, ha recogido y formulado la regla general de que *“la Administración no puede actuar mientras no lo hayan hecho los Tribunales*

*penales” o más precisamente todavía: “la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos”[13].*

Otra decisión más reciente como la STC 142/2009 de fecha 15 de junio establece que *se impone la prudencia frente a intentos apresurados de trasladar mecánicamente garantías y conceptos propios del orden penal a actuaciones y procedimientos administrativos distintos y alejados del mismo.[14]* La STC/236/2017 reconoció las especialidades que presentan las sanciones disciplinarias, por dirigirse a la protección de un bien jurídico distinto del que salvaguardan los delitos tipificados en materia penal. En dicha sentencia se expresó *que cabe, por tanto, imponer por duplicado sanciones penales o administrativas comunes y, además sanciones disciplinarias, a quienes incumplan los deberes específicos que corresponden a los funcionarios públicos o a otros sujetos que están incurso en relaciones especiales de sujeción[15].* El catedrático Santiago Muñoz Machado entiende que debe ser de esta forma, porque en estos supuestos, entre la pena y la sanción no hay identidad de fundamento, y que son cualitativamente distintas[16].

Para el profesor Alejandro Nieto el orden de prioridad es sencillo en relación a la duplicidad de sanciones de distintas ramas en ocasión de un ilícito: si durante la tramitación de un expediente sancionador se inician actuaciones penales, la Administración debe abstenerse de continuar para evitar cabalmente esa duplicidad represiva inútil.[17] Esto se justifica en razón de que en casos penales, el bien jurídico protegido representa una mayor importancia para la sociedad, pero adicionalmente procura que el Estado no dicte sentencias contradictorias respecto a la culpabilidad del procesado. Una sentencia que pronuncie el descargo del imputado en materia penal y otra sentencia en el ámbito administrativo que condene a esa misma persona a sanciones administrativas, por los mismos hechos y bajo la misma causa, pudiera generar un clima de inseguridad jurídica y de incertidumbre.

El profesor de derecho administrativo sancionador Manuel Gómez Tomillo, en un magnífico trabajo[18] reseña una de las sentencias más importantes en materia del principio non bis in idem: el caso A y B contra Noruega del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).[19]

En A and B v. Norway, TEDH de 15 de noviembre de 2016, se sostiene que el artículo 4 del Protocolo número 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no excluye la posibilidad de que alguno de los sistemas reprima ilícitos en diversos niveles, por diversas autoridades y con diversas finalidades, siempre que los diversos procedimientos, realmente no supongan duplicidad, sino que se encuentren combinados de forma integrada, formando un todo coherente, de modo que sea artificial afirmar la existencia una duplicidad procedimental.

El referido artículo 4 del Protocolo número 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1984, dispone lo siguiente:

#### **Artículo 4**

1. *Nadie podrá ser **inculpado o sancionado penalmente** por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.*
2. *Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada.*
3. *No se autorizará derogación alguna del presente artículo invocando el artículo 15 del Convenio[20]. (Subrayado y negrito es nuestro)*

Al leer dicho artículo, se verifica que expresamente refiere a la prohibición de sanciones penales concurrentes, por lo que permite otras sanciones como civiles o administrativas.

Para Gómez Tomillo, la sentencia A y B establece que en cuanto a las condiciones para entender que los procedimientos administrativo y penal presenten suficiente conexión sustancial para estimarlos compatibles, el TEDH sostiene que hay que considerar cuatro factores materiales. En síntesis:

1. Si los procedimientos persiguen fines complementarios (lo que interpretamos como una referencia al fundamento o bien jurídico protegido por la norma material aplicable);
2. Si los dos procedimientos son una consecuencia previsible considerando la ley y la práctica;
3. Si los procedimientos se desarrollan evitando duplicación de la práctica de pruebas, de forma que lo afirmado en uno se use en el otro; y, por último y especialmente,
4. Si existen mecanismos para que la sanción finalmente impuesta en el segundo procedimiento tenga en cuenta la primera evitando sobrerreacciones punitivas.

Otro caso en el que el TEDH entendió que no se vulneró el principio de non bis in idem fue R.T. contra Suiza en 1993[21]. En dicho caso, a una persona le fue revocada por 4 meses su licencia de conducir por la Oficina de Tráfico Suiza por manejar en estado de embriaguez. Esta medida fue eventualmente confirmada por los Tribunales Administrativos en 1995. De forma paralela, en junio 1993, el Tribunal Penal correspondiente impuso una pena de prisión suspendida y una multa de 1,100 francos, sanción que no fue apelada. El TEDH entendió que las tres sanciones impuestas a la

persona (revocación de licencia, prisión y multa) fueron impuestas al mismo tiempo de forma paralela por dos autoridades diferentes, siendo una penal y otra administrativa, por lo tanto, no podía haber una violación al artículo 4 del Protocolo número 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en razón de que no se trataba de un nuevo enjuiciamiento de un proceso penal.

Esta sentencia es un precedente importante en un caso donde se verifica una duplicidad de sanciones por un mismo hecho, que debido a la configuración normativa del principio de non bis in idem que regula el TEDH, no puede considerarse como una violación a dicho principio.

Para finalizar este análisis comparado volvemos a la SCOTUS que en el año 2019 reafirmó el criterio de la doble soberanía para permitir duplicidad de sanciones penales por un mismo hecho y a un mismo sujeto en *Gamble v. United States* (587 U. S. 2019)[22]. Esta sentencia es de suma importancia, pues si bien es cierto que nuestro trabajo no se circunscribe al non bis in idem respecto de sanciones penales, es evidente que por analogía la Corte Suprema afirmarí el mismo criterio respecto de sanciones penales y administrativas.

En el referido caso, Terance Martez Gamble fue condenado penalmente por posesión de arma violando su libertad condicional. Posteriormente, el gobierno inició una persecución federal en su contra por los mismos hechos por violación a la ley federal, lo que eventualmente condujo al apoderamiento de la Corte Suprema para decidir si en estos casos existe una prohibición al bis in idem.

La SCOTUS en una decisión 7-2 reafirmó que la *dual-sovereignty doctrine* o doctrina de la doble soberanía no es una excepción al principio de non bis in idem, y que, en virtud del federalismo de dicho país, se permite una persecución estatal y federal contra el mismo sujeto por el mismo hecho y la misma causa. El Juez Samuel Alito redactó la decisión de la mayoría explicando que no existen razones para el *overruling* o revocamiento de un precedente que tiene 170 años vigente, ya que la Quinta Enmienda protege la duplicidad de persecuciones contra el mismo delito, que los delitos son determinados por la ley y que las leyes son determinadas por la soberanía que puede ser como en el caso estatal o federal.

De esta importante decisión, los votos disidentes de los magistrados Neil Gorsuch y la recién fenecida Ruth Bader Ginsburg argumentan de forma excepcional las razones por las cuales la Corte Suprema debió revocar dicho precedente nefasto. En su opinión por separado, Bader Ginsburg expuso que, a pesar de la división federal de los Estados Unidos, se trata de una sola nación y no pueden existir dos persecuciones por el mismo hecho. El juez Gorsuch expresó su disidencia, de la cual nos permitimos citar una parte por la importancia de sus expresiones:

*“[Una] sociedad libre no permite que su gobierno juzgue al mismo individuo por el mismo crimen hasta que esté satisfecho con el resultado”, sin embargo, “la Corte respalda hoy una excepción colosal a esta antigua regla contra la doble incriminación. La doctrina de la doble soberanía no aparece en ninguna parte del texto de la Quinta Enmienda y viola la esencia misma del derecho contra la doble incriminación.”*

Habiendo revisado algunas de las posiciones de los doctrinarios y de las sentencias que en nuestra opinión son relevantes a nivel comparado, pasamos a analizar este principio en nuestro país.

### **Análisis de la prohibición del bis in ídem: doctrina y jurisprudencia nacional.**

La prohibición del bis in ídem respecto de sanciones penales y administrativas ha sido tímidamente abordada en nuestra legislación[23], doctrina y jurisprudencia. Nuestro Tribunal Constitucional ha contribuido significativamente en desarrollar esta garantía consitutcional. Puntualmente vamos a analizar tres sentencias en orden cronológico del año 2014 que han sentado precedentes importantes en la materia.

La primera sentencia es la TC/0133/14, en la cual el Tribunal estableció lo siguiente respecto a la duplicidad de sanciones en el ámbito administrativo y penal:

*Una cancelación se puede producir por la comisión de una falta disciplinaria grave que haya sido comprobada por un determinado órgano estatal, y, aunque, como resulta en el presente caso, el recurrente en revisión fue sometido a la justicia penal y el juez le impuso a este una medida de coerción, no por ello la acción disciplinaria podía quedar supeditada al resultado final del proceso penal que se abrió en el caso. Como se advierte, la desvinculación que afectó a Genetti Francisco Moronta Rondón del organismo militar se produjo el cuatro (4) de mayo de dos mil once (2011), en tanto que la medida de coerción le había sido impuesta a este el dieciocho (18) de marzo de dos mil once (2011), cuestión que aunque revela que el proceso penal se encontraba en fase de investigación judicial, no comprometía la aplicación de sanciones disciplinarias que incluyen la separación del cargo militar. En todo caso era necesario cumplir estrictamente con el derecho a obtener una tutela judicial efectiva con respeto al debido proceso.[24]*

En la misma sentencia, la Alta Corte cita una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, la C-427-94 de fecha 29 de septiembre de 1994, que expresa lo siguiente:

*Es cierto que existen elementos comunes entre el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario en lo que tiene que ver con la definición y determinación de una conducta prohibida por la ley (tipicidad), en cuanto a la responsabilidad imputable al sindicado, y a la existencia de un procedimiento que asegure el debido proceso en la investigación y juzgamiento de las conductas ilícitas y la medición de las sanciones; no es menos cierto que de lo anterior no puede concluirse que se trata de unos mismos procedimientos, pues*

*los fines perseguidos, la naturaleza de las faltas en general, y las sanciones por sus particulares contenidos, difieren unos de otros.*

*Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron.*

El fundamento de esta decisión es que no existe una violación al bis in idem cuando la causa no es la misma como bien establece el artículo 69.5, sin embargo, la causa no necesariamente implica que la sanción procure proteger otro bien jurídico, pues como correctamente precisa el magistrado Domingo Antonio Gil, *el derecho a no ser juzgado dos veces por una misma causa (llamada regla del non bis in idem), el cual, a pesar de lo expresamente indicado por el texto, **debe ser concebido como el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho**, mucho más garantista que el anterior (CIDH, caso María Elena Loaysa Tamayo, 17 de septiembre de 1997, párrafo 66)[25].*

La segunda sentencia es la TC/0183/14, en la cual el Tribunal estableció lo siguiente respecto al principio non bis in idem y su relación con el principio de cosa juzgada:

*10.5. El principio non bis in ídem, tanto en su vertiente penal como administrativa, veda la imposición de doble sanción en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hechos y fundamentos jurídicos. Con respecto al tercer elemento constitutivo de este principio (fundamentos jurídicos) es necesario precisar que el mismo no suele reconducirse a la naturaleza de la sanción sino a la semejanza entre los bienes jurídicos protegidos por las distintas normas sancionadoras o entre los intereses tutelados por ellas, de manera que no procederá la doble punición cuando los bienes protegidos o intereses tutelados por ellas sean los mismos aunque las normas jurídicas vulneradas sean distintas.*

*10.6. Por su parte, el principio de cosa juzgada es consecuencia procesal del principio non bis in ídem en la medida en que, una vez dictada una sentencia la misma adquiere la autoridad de la cosa juzgada, garantía que solo podrá verse afectada en los casos en que dicha sentencia pueda ser objeto de recurso. De manera que se trata de dos principios complementarios que pretenden salvaguardar a los particulares del exceso del ius puniendi del Estado.[26]*

Posteriormente, en la sentencia TC/0375/14, el Tribunal Constitucional comprueba una violación al bis in idem y desarrolla sus fundamentos, acogiendo la interpretación de que la causa es equivalente al hecho, la cual citamos:

*69. j) El hecho de que el señor Ramón Antonio Rodríguez fuera cancelado luego de habersele aplicado una sanción consistente en la privación de libertad durante treinta (30) días de prisión, constituye una violación al principio constitucional*

*non bis in idem, principio según el cual una persona no puede ser juzgada ni condenada dos veces por un mismo hecho. Dicho principio constituye una de las garantías del debido proceso y está previsto en el artículo 69.5 de la Constitución, texto según el cual ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa.*

1. *k) En la especie, la violación al principio del non bis in ídem es evidente, en razón de que se verifica en la especie la triple identidad: la misma persona (la garantía personal juega a favor de una persona en concreto y nunca en abstracto), el mismo objeto (o mismo hecho), es decir, la imputación debe ser idéntica, y la imputación es idéntica cuando tiene por objeto el mismo comportamiento atribuido a la misma persona; y la misma causa, identidad que hace referencia a la similitud del motivo de persecución, entendiéndose por ello la misma razón jurídica de persecución penal o el mismo objetivo final del proceso.[27]*

Esta última sentencia identifica los supuestos básicos del bis in idem, y reafirma su importancia como una garantía fundamental a favor de las personas de no ser perseguidas de forma indefinida y recurrente por el Estado. Este último criterio ha sido reiterado por otras sentencias, la TC/0098/19[28] es la más reciente, en la cual un oficial de la Policía Nacional fue desvinculado después de haberle impuesto una sanción disciplinaria de 30 días de prisión, lo que evidentemente constituye una duplicidad de sanciones “disciplinarias” vulnerando el artículo 69.5 de la Constitución.

Decimos “disciplinarias” porque ya el mismo Tribunal Constitucional ha establecido la prohibición de que órganos castrenses impongan sanciones penales[29]. Un ejemplo de este tipo de prohibición también puede verse en el artículo 185 de la Ley núm. 139-13, Orgánica de las Fuerzas Armadas de la República Dominicana, al momento de prescribir la competencia de la jurisdicción administrativa disciplinaria militar de las Fuerzas Armadas, dispone que la misma solo conocerá de aquellas faltas que no constituyan una infracción al régimen penal militar, tal y como lo establece el artículo 254 de la Constitución.

Bajo esa tesitura, no se trata de dos sanciones disciplinarias, sino más bien de una sanción penal (30 días de prisión) y otra administrativa (desvinculación de sus labores) al mismo sujeto bajo la misma causa.

Hay otra sentencia que vale la pena resaltar, aunque no se encuentre concretamente vinculada a las sanciones penales y administrativas. En la sentencia TC/0381/14 el Tribunal decidió que el artículo 211 del Código de Trabajo respecto al trabajo realizado y no pagado y las consecuencias penales-laborales que se deducen de dicha normativa, expresando lo siguiente:

*cuando el hecho de naturaleza laboral decidido definitivamente en esa jurisdicción, sea a favor del trabajador o del empleador y guarda relación de conexidad con el juzgamiento de infracciones penales, **no podría ser juzgado nueva vez por la jurisdicción penal**, puesto que esa es la razón fundamental por la que la acción pública en los casos de*

*infracciones conexas a litigios en curso ante los tribunales de trabajo queda sobreseída hasta que dichos tribunales [los de trabajo] decidan definitivamente, evitando con ello el desarrollo de dos procesos con el mismo origen ante tribunales distintos. (Subrayado y negrito es nuestro)*

Esta sentencia es importante pues a nuestro entender deja a entrever que en caso de duplicidad de sanciones penales y administrativas por el mismo hecho pudiera aplicar este precedente por analogía[30].

Al concluir este trabajo, resaltamos que, aunque el principio de non bis in ídem es prácticamente universal en todos los ordenamientos jurídicos considerados como Estados de Derecho, tiene algunas variaciones dependiendo de lo que establezca la legislación nacional y los tratados internacionales ratificados por el Estado correspondiente. Por esto vemos como a pesar de encontrar similitudes en las sentencias comparadas, sus argumentos no son totalmente aplicables por la variación en la configuración de la figura.

Ahora bien, muchos de los argumentos sí pueden ser usados para que la doctrina, ley y jurisprudencia unifique criterios respecto a la aplicación de esta garantía fundamental. Uno de ellos se refiere a la severidad de las sanciones en los casos penales y administrativos, que pudieran desnaturalizar el bien jurídico protegido por ser desproporcional e irrazonable, vulnerando otros derechos fundamentales. Otro, es que en casos de que se interprete que dos persecuciones por causas distintas no constituyen una violación al bis in ídem por considerar que protegen bienes jurídicos distintos, los procesos sean llevados de forma paralela[31], sin que exista duplicidad de la prueba entre los mismos ni cooperación entre los órganos persecutores. Esto permitiría entender que el Estado no está persiguiendo injustificadamente a una persona y que procura la restitución del orden social.

Respecto a la tipicidad, los legisladores también deben realizar una labor importante para unificar y evitar la duplicidad de sanciones en la actualización y en la creación de las legislaciones correspondientes. En muchos casos la sobrerregulación introduce más caos al ordenamiento jurídico y crea conflictos de competencia entre los órganos que ejercen la potestad sancionadora[32].

Otro aspecto para tomar en cuenta es la seguridad jurídica, contenida en el artículo 110 de nuestra Constitución, que procura que el Estado no persiga de forma indefinida y absoluta a las personas. Para el Magistrado Ray Guevara la seguridad jurídica significa pues, garantías de estabilidad en el tráfico jurídico, respeto a las normas establecidas por parte de la autoridad, certeza de derecho y consecuente previsibilidad, confianza y predeterminación en la conducta exigible a los poderes públicos que conforman el Estado[33]. Si no tenemos parámetros claros para aplicar la prohibición del bis in ídem, la discrecionalidad permitirá inseguridad jurídica y arbitrariedad.

El Tribunal Constitucional en su debido momento debe dictar una sentencia unificadora que permita establecer de forma clara y precisa cuando y como se configura la violación al principio de bis in ídem en los supuestos correspondientes a dos materias distintas, que, aunque lo ha dejado a entrever, no existe una posición definitiva al respecto.

En definitiva, queremos culminar con una cita de la sentencia citada TC/0375/14 por compartir en su totalidad sus palabras:

*Someter a una persona a dos procesos penales o disciplinarios y, peor aún, condenarlo dos veces por un mismo hecho constituye un acto de arbitrariedad y de injusticia intolerable en un estado social y democrático de derecho.*

Al final de cuentas, estos parámetros claros y unificados permitirán previsibilidad y certeza respecto de las consecuencias de las actuaciones de las personas conforme al principio de seguridad jurídica, y esto solo es posible definiendo parámetros claros para configurar la duplicidad de sanciones por el mismo hecho, la inseguridad jurídica e incongruencia que transmitiría un ordenamiento capaz de reaccionar ante unos mismos hechos con resoluciones contradictorias.

[1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Cursante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Pantheón Sorbonne y el IGLOBAL, y profesor de Derecho Constitucional.

[2] 69.4 de la CRD: ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa.

[3] 14.7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

[4] 8.4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

[5] Para abundar sobre la posibilidad de perseguir penalmente a una misma persona por un mismo hecho, el licenciado Francisco Álvarez Martínez introduce una teoría interesante en su artículo denominado “EXCEPCIONES AL NON BIS IN IDEM EN MATERIA DE CORRUPCIÓN, APLICABLES AL MINISTERIO PÚBLICO”, publicado en fecha 21 de septiembre de 2020, disponible en línea: <https://iurisrd.blogspot.com/2020/09/excepciones-al-non-bis-in-idem-en.html>

[6] Se han desarrollado teorías respecto a la prohibición de aplicar sanciones penales y laborales a causa del mismo hecho en razón del principio non bis in idem. Para abundar sobre este tema ver: Raúl Fernández Toledo, “Límites del poder disciplinario del empleador, Principios Non bis in idem y de proporcionalidad en la imposición de sanciones laborales”, Revista Chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social, vol. 4, No. 8, 2013, pp. 167-175.

[7] GÓMEZ GONZALEZ, Rosa, 104, Revista de derecho XIIX (Segundo semestre de 2017 Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de ValparaísoXLIX (Valparaíso, Chile, 2 semestre de 2017)(pp. 101 - 138).

[8] Double jeopardy is the “common-law and constitutional (Fifth Amendment) prohibition against a second prosecution after a first trial for the same offense. The evil sought to be avoided is double trial and double conviction, not necessarily double punishment”. Black’s Law Dictionary 440 (5th ed. 1979).

[9] NEAFSEY Ed, Bonann Edward, “Parallel proceedings and the fifth amendment’s double jeopardy clause”, Fordham Environmental Law Review, Volumen 7, número 3, 2011, disponible en la Web: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1425&context=elr>

[10] Siglas que representan la Corte Suprema de los Estados Unidos: Supreme Court of the United States.

[11] UNITED STATES v. HALPER, APPEAL FROM THE UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK, No. 87-1383. Argued January 17, 1989-Decided May 15, 1989, disponible en la Web: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep490/usrep490435/usrep490435.pdf>

[12] *North Carolina v. Pearce*, 395 U. S. 711, 717 (1969)

[13] Sentencia Constitucional No. 77/1983, Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Amparo, 368/1982 de fecha 03 de octubre de 1983, disponible en la Web: <http://hj.tribunalconstitucional.es/en-US/Resolucion/Show/205>.

- [14] Primera Sala del Tribunal Constitucional Español, SENTENCIA 142/2009, de 15 de junio (BOE núm. 172, de 17 de julio de 2009), disponible en la Web: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6561>
- [15] Pleno del Tribunal Constitucional Español, SENTENCIA 236/2007, de 7 de noviembre (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007), disponible en la Web: <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca-ES/Resolucion/Show/6203>
- [16] MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado de Derecho Administrativo y Público General, Tomo IV", Editora Iustel, Madrid, primera edición 2011, P. 946.
- [17] NIETO GARCÍA, Alejandro, "El principio non bis in idem", *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardulararitza* Euskal Aldizkaria, ISSN 0211-9560, N<sup>o</sup> 28, 1990, págs. 157-172 disponible en la Web: <https://www.euskadi.eus/r61s20001x/es/t59aWar/t59aMostrarFicheroServlet?t59aldRevista=2&R01HNoPorta=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aSeccion=38&t59aContenido=7&t59aCorrelativo=1&t59aVersion=1&t59aNumEjemplar=28>
- [18] GÓMEZ TOMILLO, Manuel, "Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH", Revista para el análisis del derecho INDRET, número 2, 2020, disponible en la Web: <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/04/Publico-1.pdf>
- [19] Caso A y B contra Noruega, TEDH, Strasburgo 2016, disponible en la Web: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-168972"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- [20] **Art. 15. Derogación en caso de estado de excepción.** En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional.
- [21] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) 30 de mayo de 2000- Aplicación no. 31982/96- R. T. v. Switzerland, disponible en la Web: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"%22itemid%22:\[%22001-5334%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- [22] Gamble v. United States (587 U. S. 2019), disponible en la Web: [https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-646\\_d18e.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-646_d18e.pdf)
- [23] Hay que reconocer que la Ley 155-17 sobre Lavado de Activos en su artículo 81 establece las reglas sobre concurrencia de infracciones penales y administrativas, expresando que *antes del inicio de un procedimiento administrativo sancionador la autoridad competente deberá constatar si los hechos o infracciones administrativas constituyen a la vez infracciones penales de las contenidas en esta u otras leyes penales. De comprobarse la existencia de alguna infracción penal, la autoridad competente tiene la obligación de denunciarlo al Ministerio Público, para que este último inicie las investigaciones, absteniéndose de iniciar el procedimiento administrativo sancionador. En estos casos, el procedimiento administrativo únicamente podrá iniciarse si se comprueba la no existencia de una infracción penal mediante sentencia definitiva.*
- [24] Sentencia TC/0133/14, de fecha 8 de julio de 2014, disponible en la Web: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/7846/sentencia-tc-0133-14-c.pdf>
- [25] GIL, Domingo, "La Constitución Comentada", Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS), noviembre 2011, P. 163.
- [26] Sentencia TC/0183/14 de fecha 14 de agosto de 2014, disponible en la Web: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/7879/sentencia-tc-0183-14-c.pdf>
- [27] Sentencia TC/0375/14 de fecha 26 de diciembre de 2014, disponible en la Web: [https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/8068/tc-0375\\_14.pdf](https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/8068/tc-0375_14.pdf). Igualmente, este criterio ha sido reiterado por la sentencia TC/0368/19.
- [28] TC/0098/19 de fecha 24 de mayo de 2019: *El Tribunal Constitucional puede deducir que al señor Juan Carlos Reyes Arias fue cancelado de las filas de la Policía Nacional después de haberle impuesto una sanción disciplinaria, consistente en treinta (30) días de suspensión sin disfrute de salario, por lo que constituye una violación al principio constitucional non bis ídem, previsto en el artículo 69.5 de la Carta Magna, el cual reza así: "ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa".* Disponible en la Web: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/19278/tc-0098-19.pdf>
- [29] Sentencia TC/ 0350/19: *En relación con los alegatos presentados por el accionante, es necesario señalar que la jurisdicción militar es un ente administrativo de carácter disciplinario, que tiene competencia exclusiva para conocer de las infracciones y faltas disciplinarias contenidas en las leyes y reglamentos castrenses, quedando fuera de sus competencia el procesamiento y juzgamiento de aquellas faltas penales que constituyan una infracción a su régimen penal militar, las cuales deben ser instruidas y conocidas por los tribunales penales ordinarios del Poder Judicial.*
- [30] Sentencia del Tribunal Constitucional TC/0381/14 de fecha 30 de diciembre de 2014, disponible en la Web: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/8074/tc-0381-14-c.pdf>
- [31] Esto también es importante por la cosa juzgada.
- [32] Sobre este tema, ver CUBERO MARCOS, José Ignacio, en su escrito "Las aporías del principio non bis in idem...", *Revista de Administración Pública*, 207, septiembre-diciembre (2018), pp. 253-288, en la cual establece que *la hipertrofia reguladora ha conducido en los últimos tiempos a duplicar o triplicar las conductas que pueden ser sancionadas por fundamentos, si no equivalentes, muy afines, lo que arroja un resultado desolador para evitar el doble castigo o enjuiciamiento.*

[33] RAY GUEVARA, Milton, "Justicia Constitucional y Seguridad Jurídica" en el marco de las XXII Jornadas de Derecho Constitucional: "La Legitimación de los Órganos de la Justicia Constitucional en el Siglo XXI", 12 de noviembre 2015, disponible en la Web: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/sala-de-prensa/noticias/magistrado-ray-guevara-asegura-seguridad-jur%C3%ADdica-es-una-vacuna-contra-la-arbitrariedad/>

## La Constitución económica de la República Dominicana

*Brianda Trujillo Florez-Estrada*

Desde hace muchos años, en la República Dominicana se ha desarrollado un régimen constitucional y político democrático con la configuración en la Constitución de 1955 (formalmente) y la Carta Fundamental de 1963 (materialmente) del Estado Social de Derecho y la formulación en esos textos de un modelo constitucional económico que abraza un sistema económico liberal opuesto al modelo rígido que predominaba en los países de la región en esa época. A partir de muchos problemas económicos-sociales que continúan existiendo en la actualidad, el modelo constitucional económico basado en la libertad de mercado y la iniciativa privada, pero con una intervención directa del Estado será el que irá conquistando el régimen jurídico-político de los distintos países a nivel global.

Mediante este trabajo, desarrollaremos el concepto de constitución económica al margen de lo establecido por algunos autores constitucionalistas. Posteriormente, analizaremos los modelos de constitución económica preexistentes y, finalmente, ponderaremos el contenido de las distintas constituciones dominicanas desde el año 1844. Según Jorge Prats, el término Constitución económica nace como consecuencia de una «[...] *reacción frente a la Revolución Rusa de 1917 y surge dentro el proceso de gestación, debate y aplicación de la Constitución de Weimar. Conviene resaltar que la citada revolución introdujo cambios sustanciales en la sociedad rusa, al sustituir la propiedad privada por la propiedad colectiva y reemplazar la economía de libre mercado con la economía dirigida por un aparato de planificación. La intención era definir un núcleo económico indisponible dentro de la Constitución Política, de forma tal que dicho núcleo que no pudiera ser afectado en caso de que los comunistas obtuvieran un triunfo electoral*[1]».

Es decir, en aquella época la referida Constitución alemana pretendía la transformación del régimen social y económico por medio del establecimiento en la Carta Fundamental de disposiciones rígidas y exhaustivas de instituciones socioeconómicas en el ámbito público y privado con el fin de satisfacer el interés general. Según Fernández-Espinar y López «[...] *la experiencia de la República de Weimar y su Constitución de 1919 constituyó el primer intento moderno de renovación del constitucionalismo económico. La cultura jurídica de la época desarrolló una importante reflexión teórica sobre aquel material constitucional al propio tiempo que sistematizó y desarrolló nuevas ramas del Derecho: el Derecho Económico, el Derecho del Trabajo, y el Derecho Social. En el orden estrictamente económico emergió la idea de la planificación como simple sustitución de la racionalidad económica, basada en la libre competencia empresarial, por la racionalidad social, que elimina el beneficio*»[2]. Es decir, en la Constitución alemana se trataron de incluir nuevas disposiciones con el fin de transformar el régimen económico de la época lo que, a su vez, dio al traste con el surgimiento de un Estado Social y Democrático de Derecho en ese país.

En la doctrina, el concepto de Constitución económica ha sido desarrollado, de manera amplia, especificándose que se trata de un conjunto de principios de orden constitucional que dirigen la actividad económica del Estado y sus relaciones con los particulares quienes participan en el mercado nacional. En este contexto, podemos citar al reconocido constitucionalista García Pelayo, quien han definido la Constitución económica como «[...] *aquellas normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico. Tales normas sirven de parámetros jurídicos básicos y privados*[3]». De otro lado, Viciano la define como «[...] *aquellos preceptos –o principios inmanentes– fundamentales de los que derivan la estructura y el funcionamiento de la actividad económica*[4]». En ambas definiciones se incluyen los preceptos económicos reguladores de la actividad económica del Estado en el ámbito público, así como en el privado.

Una de las definiciones más reveladoras que podemos citar en este sentido es la establecida por Herrero De Miñón. Dicho autor reconoció que existe una dimensión formal y material de constitución económica; la primera, como bien habíamos expuesto anteriormente, es entendida como «[...] *el conjunto de normas constitucionales que consagran los principios y reglas por las que han de regirse la actividad económica desarrollada por el Estado y los ciudadanos*[...]»[5], la segunda alude «[...] *al conjunto de todas las reglas por las que se rige la economía nacional y los procesos económicos, así como la totalidad de las instituciones competentes para la administración, dirección y estructuración de la economía*[6]», concluyendo que la constitución material constituye el fundamento del derecho a la economía en sentido amplio.

Desde nuestra perspectiva, el concepto no puede limitarse a una concepción formal de las normas insertas en la Constitución. En efecto, estimamos que el mismo irá evolucionando a lo largo de los años, pues no se trata de una premisa estática sino dinámica que recogerá los distintos cambios sociales y estatales que la sociedad promueve. En otro orden, constitucionalistas dominicanos como Jorge Prats consideran que «[...] *la economía de mercado es el primer principio estructural de la Constitución económica y que, pese a que la Carta Magna no lo adopta expresamente, sí contiene artículos que delimitan el marco jurídico para la ordenación de la economía*[7]». En este contexto, expresa que de dicho principio «[...] *se colige claramente desde el reconocimiento del derecho a la propiedad y al trabajo como derecho de libertad y como deber, hasta la declaración de la iniciativa privada como libre y el establecimiento de la libre competencia como derecho y principio rector del sistema económico*».

En suma, podemos afirmar que el modelo constitucional económico que impera en la actualidad, o sea «el Estado Social y democrático de Derecho» implica la aplicación del régimen democrático con el fin de tutelar los derechos económicos. Sin embargo, en palabras de Campos Bidart, «[...] *éste es un rubro donde, a nuestro juicio, toda la red garantista y tuitiva también acusa varios vacíos, deficiencias y bloqueos. En suma, la alusión reciente a una supuesta “democracia económica” encapsula a ésta en el marco omnicompreensivo de la democracia social. De nuevo, el Estado social y democrático de derecho*[8]».

El concepto de Constitución económica surge después de la Primera Guerra Mundial y se asienta después de la Segunda, se concibe como el conjunto de principios rectores y mecanismos de funcionamiento de la economía. En su contenido, se establece un modelo específico de Estado. En relación con este tema, la doctrina ha prescrito distintas clasificaciones de modelos políticos y económicos que, en su mayoría, se distinguen por elementos esenciales que pueden destacarse respecto a su regulación y funcionamiento. Según el profesor García Guerrero, existen distintos tipos de constituciones económicas: constitución económica liberal, constitución económica marxista, constitución económica intervencionista, constitución económica ordoliberal y, el embrión de la Constitución económica de Silicon Valley[9]. Otros autores como Cántaro establecen que podemos distinguirlas de la siguiente manera «[...] *constitución económica del Estado Liberal, Constitución Económica del Estado Social y la actualmente existente*[10]».

En tal virtud, desarrollaremos la clasificación adoptada por el profesor García Guerrero, toda vez que la misma incluye la clasificación efectuada por Cántaro. En primer orden, el referido autor establece que «[...] *la constitución económica originaria responde a un modelo liberal que mantiene una rígida separación entre el Estado y la Sociedad. En ese contexto, la intervención estatal debe ser tan reducida como sea posible. En orden a su aseguramiento se establece la garantía institucional del mercado*[11]». Es decir, en ese tipo de constituciones, los poderes públicos deben de asegurar la igualdad de condiciones y la libre competencia entre los distintos actores económicos del mercado nacional. Por tanto, el poder público no debe intervenir mínimamente en las decisiones de los actores económicos. Además, dichas decisiones deben ir encaminadas a satisfacer el interés general.

Según García Guerrero, en la República impera el modelo constitucional-económico liberal. Al efecto, establece que «[...] *la Constitución Dominicana, como en la mayor parte de los países, ha reconocido independientemente la propiedad privada de los medios de producción, esto es, la libertad de empresa, que conlleva la libre iniciativa privada. Al igual que en el caso del mercado, se está en presencia de ámbitos de libertad privados, inmunes, en cuanto sea posible, a la acción de los poderes públicos; éstos deben respetar el contenido esencial de tales derechos*[12]». Es decir, al estar catalogada la libertad de empresa como un derecho fundamental, los poderes públicos están obligados a respetar y garantizar el contenido esencial del mismo.

Sobre el respeto a la libertad de empresa y las condiciones de igualdad en las que deben de competir los distintos agentes que conforman la economía nacional, conviene destacar un caso resuelto por el Tribunal Constitucional dominicano, mediante la Sentencia TC/0411/18. Dicho fallo conoció la acción directa de inconstitucionalidad promovida por la Cámara Dominicana de Aseguradoras y Reaseguradoras, Inc. (CADOAR) contra el numeral 4, del art. 6, de la Ley núm. 340-06, de Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones, de dieciocho (18) de agosto de dos mil seis (2006). La disposición legal impugnada se encuentra concebida en los términos siguientes: «*Artículo 6. Se excluyen de la aplicación de la presente ley los procesos de compras y contrataciones relacionados con: [...] 4. La actividad que se*

*contrate entre entidades del sector público».* Del contenido de dicha disposición legal, se infiere que la actividad contratada entre entidades del sector público quedaría excluida de la aplicación de los procesos de compras y contrataciones exigidos por la referida ley núm. 340-06. Por este motivo, el TC dominicano tuvo que desarrollar el concepto de «entidad del sector público» establecido en la ley impugnada.

En tal virtud, recurrió, de manera supletoria, a la legislación administrativa; o sea, al contenido del art. 6 de la Ley núm. 247-12, Orgánica de la Administración Pública. El referido artículo establece que los entes públicos son «[...] *el Estado, el Distrito Nacional, los municipios, los distritos municipales y los organismos autónomos y descentralizados provistos de personalidad jurídica de derecho público, titulares de competencias y prerrogativas públicas* [...]». O sea, que, las empresas públicas no son reconocidas por el legislador dominicano como *entidades del sector público* o *entes públicos*. Por medio de su acción directa de inconstitucionalidad, la accionante alegaba vulneración al derecho a la igualdad, a la libertad y seguridad personal, libertad de empresa, a los principios de la Administración Pública y al Régimen Económico dominicano. Para sustentar sus pretensiones, apuntaba al «[...] *no sometimiento de las empresas públicas –que compiten con las empresas privadas en la producción de bienes y ofrecimiento de servicios– a los procesos de selección y demás normas y principios que establece la Ley No. 340-06 constituye una violación a los principios constitucionales de igualdad y libre competencia; pues, mientras una empresa privada para poder realizar negocios con el Estado tiene que someterse a dichos procesos de selección, la empresa pública puede ser beneficiada de un contrato directo con un organismo determinado del Estado sin necesidad de cumplir con los mecanismos legales correspondientes*».

Mediante la indicada sentencia TC/0411/18, el TC dominicano estableció que «[...] *el Tribunal Constitucional estima que, contrario a lo alegado por la accionante CADOAR, las empresas públicas y las actividades desplegadas por estas quedan excluidas del ámbito de la excepción prescrito por el aludido art. 6.4 de la Ley núm. 340-06. En efecto, la empresa pública se concibe, en general, como una entidad unitaria, organizada como una persona jurídica de derecho privado, con patrimonio propio –mixto o estatal-, legalmente creada para efectuar actividades comerciales, industriales o financieras, la cual se encuentra sometida a las mismas regulaciones que las empresas privadas. Cabe destacar, sin embargo, la posibilidad de creación de empresas públicas para la prestación de servicios públicos, la explotación de sectores estratégicos y el aprovechamiento de recursos naturales o bienes públicos*[13]». En cuanto a la vulneración al principio de igualdad, la Alta Corte estableció que «[...] *las empresas públicas constituyen una especie de incursión del capital estatal en un rubro determinado de la economía de libre mercado, deben recibir el mismo tratamiento que sus competidoras naturales, o sea, las empresas de capital exclusivamente privado; principio incluso que figura previsto como mandato constitucional en el art. 221 de nuestra Texto Fundamental* [...]»[14].

La sentencia anterior constituye una decisión trascendental para la economía de libre mercado en la República Dominicana. En palabras de Jorge Prats, dicha decisión «*establece un precedente importantísimo para el encuadramiento constitucional de la empresa pública y, en sentido general, para el mejor entendimiento de la Constitución*

*económica, tal como fue reformada en 2010[15]*». Esto así, porque a la luz del referido precedente la empresa pública y la privada reciben el mismo trato legal, pues las mismas deben de competir bajo idénticas condiciones en el mercado tanto en el ámbito público como en el privado a nivel nacional. Dicha decisión es una muestra de la efectividad de las garantías constitucionales para asegurar el respeto a la Constitución económica dominicana.

Si realizamos un breve recuento histórico de los aspectos económicos más importantes de las constituciones dominicanas desde 1844 al 2010, podemos afirmar que, desde la primera Carta Fundamental de 1844 se garantizaban mínimamente algunos derechos sociales, entre los cuales podemos mencionar: la libertad de asociación, libertad de reunión, la propiedad privada y el derecho de expropiación del Estado. Entre las disposiciones económicas que podríamos destacar en ese texto fundamental son: la consagración del principio de legalidad y transparencia de la Administración Pública, el derecho a la igualdad impositiva, seguridad social (aunque limitado a los empleados públicos), el sometimiento de la Administración a la voluntad del pueblo (por medio del Congreso Nacional), así como la conformación del Consejo Administrativo, el cual fungiría como órgano auditor del tesoro público.

Con la reforma constitucional de 1854 el Estado dominicano empieza su transformación hacia un Estado social que promueve la protección de ciertos derechos sociales y fundamentales. En efecto, por medio del art. 8 de la Constitución de 1854, se establece que «[...] *la Constitución garantiza y asegura los derechos naturales y civiles de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad de todos los dominicanos*». Las pensiones o gratificaciones del erario sólo podrían ser concedidas por ley. Fuera de los fondos decretados por la ley de presupuestos, no podía sustraerse suma alguna salvo consentimiento del Senador Consultor (órgano que ejercía el poder legislativo de esa época). Otro aspecto importante que conviene destacar es la creación de la Cámara de Cuentas (art. 57) como órgano permanente y fiscalizador del Estado. Esta Cámara de Cuentas, a diferencia del Consejo Administrativo creado en la Constitución de 1844, estaría compuesta por individuos nombrados por el Senado Consultor para controlar, examinar, aprobar o reprobar anualmente las cuentas generales y particulares de la República. Posteriormente, se debía hacer una relación al Poder Legislativo presentando el examen efectuado acompañado de todas las observaciones oportunas y fundadas[16].

Con la Constitución de 1858 denominada «Constitución de Moca», se eliminaron privilegios que disfrutaban los llamados mayorazgos a quienes se les otorgaban los tributos de la nación. De aquí, la insistencia del presidente de la Asamblea para que se establecieran los principios de libertad y seguridad, respeto a la propiedad, pues ya Moca, junto a Santiago eran comunidades prósperas; ricas en tierras en donde fomentaban el bienestar del país[17]. En lo que respecta al régimen económico previsto en esa Constitución, podemos mencionar disposiciones comunes con la Constitución de 1854. En este sentido, observamos que quedó establecida la prohibición de extracción del tesoro público de cantidad alguna para otros usos que no fueran los previstos en la ley y conforme a los presupuestos aprobados por el Congreso. Otra disposición común

que verificamos es la relativa a la división en capítulos del presupuesto de cada Secretaría de Estado. Asimismo, se estableció la prohibición de traslación de suma de un ramo a otro, de distracción de fondos, de su objeto especial, sino en virtud de una ley.

La reforma constitucional de 1865 consagró por primera vez la libertad de industria en el art. 21.1. dentro del catálogo de libertades fundamentales. Por tanto, se prohibió el monopolio o privilegio exclusivo en cosa alguna. Las demás disposiciones concernientes al régimen económico de la nación no sufrieron ningún tipo de variación[18]. En la Constitución de 1872, se vuelve a excluir la libertad de industria, como libertad fundamental. De manera que, en términos de economía de mercado, este texto constitucional presenta un retroceso importante. Las demás disposiciones referentes al régimen económico se mantuvieron intactas.

Por medio de la Carta Fundamental de 1874, se establece como deber de los dominicanos la contribución al gasto público. Las demás disposiciones concerniente a los derechos de los ciudadanos son iguales a las establecidas en las constituciones anteriores.

En el Pacto Fundamental de 1875 fueron establecidos los derechos sociales de la Carta Fundamental de 1874. Sin embargo, en esta ocasión se incluyó la libertad de industria dentro del catálogo de estos derechos. Dicho derecho quedó establecido en el art. 20.1. El régimen económico quedó prescrito en los arts. 91 al 104. Estas disposiciones se quedaron intactas; o sea, no hubo variación en cuanto a su contenido, por lo que el Estado dominicano adoptó el mismo modelo constitucional-económico de 1874.

En la Constitución de 1877 se reconocieron los mismos derechos sociales que en la Constitución de 1875. En lo concerniente al régimen económico se incluyeron nuevas prohibiciones, tales como: la interdicción relativa al desempeño de dos empleos públicos concomitantemente. Asimismo, en el art. 76 se dispuso que la aceptación de un nuevo cargo equivale a la renuncia del anterior.

En la Constitución de 1878 se reconoció la propiedad como una garantía de todos los dominicanos (art. 11.3), se establece expresamente que la misma estaría sujeta a las contribuciones decretadas por la autoridad legislativa, a la decisión judicial y para ser tomadas en consideración por causa de utilidad pública, previa indemnización y juicio contradictorio. Las disposiciones relativas al régimen económico de la nación se establecieron en los arts. 98 y siguientes de la mencionada Carta Fundamental. La única novedad en este aspecto fue la reserva de ley en lo que respecta a las funciones de la Cámara de Cuentas. Es decir, por medio del párrafo único del art. 102, se dispuso que «[l]a ley determinará las atribuciones de la Cámara de Cuentas». Desde el año 1878 al 1907 la Constitución dominicana permaneció intacta en lo referente a los derechos sociales y el régimen económico de la Nación.

En el año 1908, establece como derechos individuales, la libertad de trabajo, libertad de industria y libertad de comercio (Ver art. 6). Otro avance importante en términos

económicos que conviene destacar es el establecido en el art. 105, referente a un mandato expreso al legislador para la elaboración y promulgación de una ley de Gasto Público que estaría dividida en capítulos que corresponderían a diferentes servicios de la Administración.

En la Constitución de 1924 no se modificó la parte referente a los derechos sociales. Es decir, en dicho texto, al igual que en la constitución anterior, se reconoció la libertad de trabajo, de industria y de comercio. Sin embargo, en lo que respecta a las disposiciones relativas al régimen económico del Estado, esta Constitución incluyó algunas novedades. Uno de los cambios relevantes que podemos mencionar es la enumeración expresa de las funciones correspondientes a la Cámara de Cuentas, las cuales quedaron consignadas en el art. 71 de la Constitución. En dicho artículo se estableció que las mismas no tendrían un carácter limitativo. Por medio de dicha disposición constitucional, se reconoció el carácter permanente de la Cámara de Cuentas, la cual estaría compuesta por 5 miembros nombrados por el Senado y escogidos por ternas presentadas ante la Cámara de Diputados. Y, se establecieron las funciones de dicho órgano auditor.

Con la reforma constitucional de 1934 Esta reforma constitucional se efectuó durante la dictadura militar del gobierno de Trujillo. Según algunos doctrinarios del país, esta constitución es una de las más relevantes desde el punto de vista económico. Uno de los cambios más importantes a los que apunta la doctrina constitucional es el concerniente a la eliminación de la cláusula constitucional que prohibía el monopolio. En efecto, fue modificado el art. 6, párrafo 2 de la Constitución anterior estableciéndose en su lugar la prohibición de monopolios «*en beneficio de particulares*». De esta manera, se dejó abierta la posibilidad de que el Estado monopolizara los negocios de su interés[19]. Los aspectos relativos al régimen económico del Estado no fueron variados en esta Constitución.

La Constitución de 1942, en términos económicos, amplió el catálogo referente a los derechos sociales y económicos de los ciudadanos. Esto, se llevó a cabo por medio de la modificación del art. 6.2 de la Constitución anterior, relativo a los derechos individuales. De manera que, en el referido texto constitucional se impone un mandato al legislador para que defina la jornada máxima de trabajo, el salario mínimo, el sueldo, así como los seguros sociales; aspectos sumamente importantes para el desarrollo de una economía de mercado. Otra cuestión que conviene tomar en cuenta y que marca el carácter dictatorial del gobierno establecido en el país en ese momento es el relativo a la limitación del derecho de propiedad. Es decir, si bien el Estado reconocía el derecho de propiedad, como un derecho individual, el mismo podría verse afectado en casos de «calamidad pública».

La reforma constitucional del año 1947 trajo consigo modificaciones importantes en lo concerniente al régimen económico del Estado. Por medio del art. 94, se estableció como unidad monetaria nacional el peso de oro dominicano. Es decir, el país pasó a tener por primera vez su moneda nacional distinto a lo establecido en las constituciones previas, donde se prohibía la emisión de papel moneda. El antecedente histórico directo

de esa disposición constitucional es el tratado internacional suscrito por el Estado dominicano y Estados Unidos denominado «Trujillo Hull», de 24 de septiembre de 1940. Este acuerdo consistía en pactar una serie de cláusulas que permitirían al Estado dominicano cumplir con la exigencia de pago de la deuda contraída con empresas estadounidenses a cambio de que dicho país nos devolviera el control sobre las Aduanas dominicanas.[20]

En la Constitución de 1960, de 2 de diciembre no fueron variadas ninguna de las cláusulas constitucionales de la Constitución de 1955. De otro lado, el texto constitucional de 1961 creó el Consejo de Estado –gobierno de transición democrática–, lo facultó para que después de que se realizasen las reformas electorales correspondientes, se convocara una Asamblea Revisora con el objeto de ejecutar una reforma constitucional. Es decir, en la Constitución de 1961 no hubo variaciones en lo relativo al régimen económico del Estado y los derechos sociales económicos[21]. En efecto, las modificaciones se inclinaron por el ámbito político, electoral e internacional, debido a la crisis en que se encontraba sumergido el país en ese momento.

La Constitución de 1962 fue la continuación de la Constitución de 1961. De manera que, en la misma no se produjo ningún cambio. En el año 1962 el profesor Juan Bosch fue elegido libremente por el pueblo. La reforma constitucional llevada a cabo en este año trajo una serie de modificaciones en términos económicos. Y, a juicio de muchos constituyentes dominicanos, fue una de las constituciones más importantes de la historia dominicana por su contenido liberal, social y humano. Uno de los aspectos más relevantes que podemos destacar de esta Carta Fundamental es la consagración de varios principios constitucionales importantes, entre estos, podemos mencionar: la protección a la dignidad humana, la eliminación de obstáculos de orden económico y social que limitaran la igualdad y la libertad de todos los dominicanos. Otra de las medidas que marcaron el régimen económico del país fue la eliminación del latifundio, la consagración del derecho de los trabajadores a participar en el beneficio de las empresas, la libertad sindical, el derecho a la vivienda y la declaración de la vigencia plena de los derechos humanos.

El 28 de noviembre del aludido año 1966, entró en vigencia la reforma constitucional aprobada por la Asamblea Revisora del mismo año aludido. Esta Carta Fundamental sustituyó la Constitución del gobierno de Bosch de 1963. Una de las modificaciones relevantes de la Carta Fundamental de 1966, se verifica en el art. 7, en el cual se declaró de interés nacional el Régimen Económico y Social Fronterizo. Esta disposición se inspiró en la Constitución de 1955, texto fundamental en el que se declaró de interés general, por primera vez, la producción y estimulación del trabajo en la zona fronteriza del país.

En el año 1994 se aprobó una nueva reforma constitucional. Se mantuvieron los principios, los derechos económicos y sociales, así como el reconocimiento de la Cámara de Cuentas, como órganos fiscalizados del Estado. En términos económicos, la Constitución de 2002 no presentó grandes cambios. De hecho, el art. 7 fue una copia fiel de las constituciones de 1966 y 1994. Se declaró de interés nacional supremo y

permanente el desarrollo económico y social en la línea fronteriza del territorio nacional. Entre los derechos económicos más relevantes podemos mencionar: la libertad de asociación, de trabajo, organización sindical, libertad de empresa, comercio e industria. La disposición relativa a la prohibición de los monopolios, el reconocimiento del derecho de propiedad privada y el derecho de expropiación del Estado, previo pago del justo precio.

La Constitución dominicana de 2010, a nuestro juicio, consagra una serie de cláusulas que facilitan el desarrollo de la economía social de mercado. A pesar de que este texto fundamental ha recibido distintas críticas en lo que respecta al modelo económico adoptado, conviene indicar que los preceptos constitucionales solo sirven como puntos de referencia para el desarrollo efectivo del sistema económico actual. De manera que, cualquier dificultad en la elaboración y ejecución de políticas tendentes a garantizar los derechos sociales y económicos de los ciudadanos son de la responsabilidad exclusiva del Estado.

Una de las críticas más fuertes al Texto Fundamental de 2010 fue planteada por el secretario general del Partido Comunista de Trabajo (PCT), Manuel Salazar, quien establecía que el actual modelo económico dominicano no es de desarrollo sino de crecimiento y que el mismo es un modelo de «dumping» social y ecológico, toda vez que el mismo se funda en la devaluación de la moneda, el capital humano y la capacidad de consumo de las personas, así como en la continua destrucción de nuestros recursos naturales[22]. En este sentido, el referido autor alega que dicho modelo económico se encuentra protegido por los preceptos constitucionales que rigen el Estado dominicano en la actualidad.

En respuesta a esta crítica, Jorge Prats establece que Salazar confunde el modelo económico vigente con el sistema económico constitucionalizado. A su juicio, la tutela a los derechos económicos de libertad de empresas y propiedad propician la economía de mercado, sistema que se complementa con las cláusulas de Estado Social y el reconocimiento de los derechos sociales configurando un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado y la economía interventora. Es decir, a su juicio, el actual sistema se orienta a la búsqueda del desarrollo humano y se funda en el crecimiento económico, la redistribución de la riqueza, la justicia social, la equidad, la cohesión social y territorial y la sostenibilidad ambiental en el marco de la libre competencia, igualdad de oportunidades, responsabilidad social, participación y solidaridad[23].

De manera que, según afirma el referido constitucionalista dominicano el hecho de que, la Constitución actual promueva un sistema de economía social de mercado, el mismo no es rígido y podría variarse. Es decir, se trata de una Constitución Económica que podría dar apertura a otros modelos económicos no solo el que ella misma promueve en su contenido. Por tanto, la referida Carta Fundamental solo se cierra a aquellos modelos económicos que atenten contra el principio democrático, los derechos sociales y los principios de economía de mercado.

- [1] Jorge Prats, Eduardo. Derecho Constitucional. Volumen II. Santo Domingo: Gaceta Judicial, p.660.
- [2] Fernández-Espinar Y Lope, Luis Carlos. Constitución y Sistema Económica, p. 234, *ab initio*.
- [3] García-Pelayo, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo, Editorial Alianza, Madrid, 1991, p.31.
- [4] Viciano, Pastor, Javier. Libre competencia e Intervención Pública en la Economía, Tirant Lo Blanch, 1995, p.106
- [5] Herrero, De Miñón, Miguel. La Constitución Económica: desde la ambigüedad a la integración. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 19. Núm. 57. Spetiembre-diciembre 1999.
- [6] *Ibidem*.
- [7] Jorge, Prats, Eduardo. IV Congreso Internacional Sobre Derecho y Justicia Constitucional. La Constitución económica dominicana. Publicación de 19 de septiembre de 2018. Disponible en la web: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/sala-de-prensa/noticias/jorge-prats-dice-que-la-ventaja-del-constitucionalismo-econ%C3%B3mico-dominicano-es-su-flexibilidad/>.
- [8] Campos Bidart, Germán J. «La Constitución Económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino), p. 16. Disponible en la web: <https://www.redalyc.org/pdf/885/88500601.pdf>. Consultado por última vez el 28 de agosto de 2019, a las 5:40 PM.
- [9] Apuntes de la Maestría en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales.UCLM- UNAPEC, Santo Domingo, R.D.
- [10] Pedrol, Xavier, Pisarello Gerardo y Cantaro, Antonio. La ilusión constitucional: una crítica del proyecto de la convención y razones para una Europa alternativa, pp.47-48.
- [11] García Guerrero, José Luis y Martínez, Alarcán. Constitución y mercado en la crisis de la integración europea. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2019, p. 20, *ab initio*.
- [12] *Ibidem*.
- [13] Sentencia TC/0411/18 dictada por el Tribunal Constitucional dominicano el nueve (9) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), p. 26.
- [14] *Ibidem*, p. 27.
- [15] Jorge Prats, Eduardo. «La empresa pública ante el Tribunal Constitucional». Periódico Hoy digital. Disponible en la web: <https://hoy.com.do/la-empresa-publica-ante-el-tribunal-constitucional/>. Consultado por última vez el 28 de agosto de 2019, a las 6:14 PM.
- [16] Constitución dominicana de 1854. Disponible en la web: <http://www.consultoria.gov.do/Documents/GetDocument?reference=ab14fcd2-917c-4237-800f-b1a7c9214815>.
- [17] *Ibidem*.
- [18] Constitución dominicana de 1866. Disponible en la web: <http://www.consultoria.gov.do/Documents/GetDocument?reference=28e73432-a505-477a-ba08-02e56adf1a01>.
- [19] Pagán Noboa, Angélio. EL provecho de los monopolios estatales en la Constitución Dominicana, 17 de mayo de 2017. Disponible en la web: <https://acento.com.do/2017/opinion/8457810-provecho-los-monopolios-estatales-la-constitucion-dominicana-1/>. Consultado por última vez el 27 de agosto de 2019, a las 9:00AM
- [20] Grullón Núñez, José. Evolución Constitucional dominicana (1844-2015), pp.82 y 83.
- [21] *Ibidem*, p. 100.
- [22] Jorge Prats, Eduardo. Constitución y modelo económico. Periódico Acento. Disponible en la web: <https://acento.com.do/2014/opinion/8155182-constitucion-y-modelo-economico/>. Consultado por última vez el 29 de agosto de 2019, a las 12:40 PM.
- [23] *Ibidem*.

## La excepción de conexidad

*Reynaldo Ramos Morel*

La conexidad puede ser definida como *el lazo entre dos demandas no idénticas, pero tales que sea de buena justicia instruir las y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar soluciones que podrían ser inconciliables. Ejemplo: Hay conexidad entre la demanda que tiende a la ejecución de un contrato y la demanda en resciliación de ese contrato*[1].

En cambio, la excepción de conexidad o declinatoria de conexidad es *el medio de defensa por el cual una parte solicita a una de las dos jurisdicciones apoderadas de dos asuntos conexos desapoderarse y reenviar el conocimiento del asunto a la otra*[2].

En el derecho francés, esta figura tiene una prima hermana llamada litispendencia, que es *la situación que nace cuando un litigio pendiente ante una jurisdicción es llevado ante otra jurisdicción igualmente competente para conocerlo lo que trae el desapoderamiento de esta última, si una de las partes lo solicita*[3]. Pero igualmente, si las partes no lo solicitan, el juez puede hacerlo de oficio, según resulta del artículo 28 de la Ley 834-78. La litispendencia, en su concepción más estricta es rara en la práctica, pues únicamente se verifica cuando un mismo asunto es presentado ante dos tribunales igualmente competentes, lo que significa que se requiere prácticamente de una identidad completa de la materia litigiosa, o dicho de otra manera, de la triple identidad de partes, objeto y causa. Esa es la postura ha mantenido la Corte de Casación francesa: *para que haya litispendencia, es necesario que las pretensiones sean exactamente las mismas* (Civ., 2<sup>e</sup>, 5 juill. 1978, Bull. Civ, No. 174).

Ha sido juzgado tanto en Francia como en nuestro país, *que no puede haber litispendencia entre una demanda presentada al juez de los referimientos a fin de obtener una medida provisional y otra llevada ante el juez de lo principal para obtener una decisión sobre el fondo*[4]. Esto es completamente correcto puesto que, en ese caso, podrá haber identidad de partes, pero no de objeto ni de causa.

En cambio, para reunir dos procesos por conexidad, un simple lazo entre los mismos es suficiente para justificarlo.

Los hermanos Tavares, a cargo de la sexta edición de la clásica obra de su padre, *Elementos de derecho procesal civil dominicano*, sobre la conexidad, nos dicen:

“Hay conexidad cuando dos procesos entre los cuales existen **ciertas relaciones** han sido llevados ante dos tribunales igualmente competentes, aunque no estén pendientes entre las mismas partes. Con ese motivo podrían ser pronunciadas sentencias en sentido contrario; no habría en la especie oposición de cosa juzgada, puesto que se trata de dos litigios distintos, sino solamente la imposibilidad de ejecutar ambas sentencias. El caso más frecuente de conexidad se presenta a propósito del principio según el cual cada una de las partes de un contrato sinalagmático puede pedir su ejecución o su nulidad, revocación o resolución; existe conexidad si uno de los contratantes forma la

primera y el otro una de esas demandas. Esto ocurre por ej. cuando el vendedor y el comprador están domiciliados en lugares diferentes, y el vendedor demanda al comprador en cobro del precio, en tanto que el comprador demanda al vendedor en nulidad, resolución o revocación de la venta. Si las dos demandas son acogidas sería imposible ejecutar ambas sentencias.

Contrariamente a lo que ocurre con la litispendencia, que supone forzosamente dos procesos ligados entre las mismas partes, la conexidad puede existir cuando hay dos litigios pendientes cada uno entre dos partes distintas, siempre que exista una **relación íntima** entre ambos procesos. Esto ocurriría por ej. si A demanda a B en cobro de un crédito y luego B es demandado ante otro tribunal por C, que se pretende titular del mismo crédito; aquí existe conexidad, puesto que hay un demandado y dos demandantes distintos relativamente al mismo crédito”[5].

Como excepciones de procedimiento, la litispendencia y la conexidad están previstas en los artículos 100 al 107 del Código de Procedimiento Civil francés. En la reforma introducida por nuestra Ley 834-78, fueron tomados los artículos 100 al 106 del mencionado Código de Procedimiento Civil francés, y pasaron a ser los artículos 28 al 34 de dicha ley, los cuales están vigentes a la fecha.

La conexidad, como excepción de procedimiento, no figura entre las excepciones procedimentales en la mayoría de los códigos procesales civiles iberoamericanos[6], puesto que se trata de sistemas jurídicos distintos, en los que los medios de inadmisión no están contemplados como medios de defensa intermedios entre las excepciones y las defensas al fondo. Sin embargo, la conexidad como tal sí está contemplada, pero procedimentalmente se manifiesta mediante el incidente de “acumulación de autos”[7], “acumulación de procesos”[8] o “acumulación de procesos y demandas”[9].

En el mundo del arbitraje, este asunto se conoce como “consolidación”, que es el *mecanismo procesal que permite que dos o más procedimientos sobre temas relacionados sean tratados en forma conjunta. En materia procesal se le conoce como “acumulación”*[10]. Pero, obviamente, en arbitraje, dada su naturaleza propia, la conexidad deviene altamente compleja[11].

De otro lado, cuando la conexidad se verifica en dos o más procesos de los cuales el mismo juez está apoderado, da lugar a lo que se conoce entre nosotros como “fusión de expedientes”, una medida de administración judicial que se toma en pro de *una buena administración de justicia*.

La figura de la conexidad suele propiciar el erotismo procesal. Y es que conexidad precisa, como hemos visto, de “ciertas relaciones” o de una “relación íntima” entre dos procesos. Recuerdo haber leído alguna vez a un autor, que explicaba que la conexidad versaba sobre la atracción entre dos procesos: se trata de “dos procesos que mutuamente se atraen”, decía. De manera que, siendo así las cosas, no hay mejor remedio que juntarlos.

El régimen de las excepciones de procedimiento está previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley 834-78. De manera particular, la excepción de conexidad es tratada por los artículos 29, 30, 31, 32, 33 y 34 de la Ley 834-78, que establecen, respectivamente:

Artículo 29. “Si existe entre los asuntos llevados ante dos jurisdicciones distintas **un lazo tal que sea de interés de una buena justicia hacerlos instruir y juzgar conjuntamente**, puede ser solicitado a una cualquiera de estas jurisdicciones desapoderarse y reenviar el conocimiento del asunto a la otra jurisdicción”.

Artículo 30. “Cuando las jurisdicciones apoderadas no son del mismo grado, la excepción de litispendencia o de conexidad no puede ser promovida más que ante la jurisdicción de grado inferior”.

Artículo 31. “La excepción de conexidad puede ser propuesta en todo estado de causa, salvo a ser descartada si ella ha sido promovida tardíamente con una intención dilatoria”.

Artículo 32. “Los recursos contra las decisiones rendidas sobre la litispendencia o la conexidad por las jurisdicciones de primer grado son hechos y juzgados como en materia de excepción de incompetencia<sup>[12]</sup>.”

En caso de recursos múltiples la decisión pertenece a la corte de apelación que haya sido primeramente apoderada, la cual si hace derecho a la excepción, atribuye el asunto aquella de las jurisdicciones que, según las circunstancias, parece mejor colocada para conocerlo.”

Artículo 33. “La decisión rendida sobre la excepción sea por la jurisdicción que está apoderada, sea a consecuencia de un recurso, se impone tanto a la jurisdicción de reenvío como a aquella cuyo desapoderamiento fue ordenado”.

Artículo 34. “En caso de que las dos jurisdicciones se hayan desapoderado, la última decisión intervenida será considerada como no pronunciada”.

Estos artículos son fácilmente comprensibles, y su redacción evidencia su gran precisión técnica, tratando de evitar conflictos de competencia, aunque el concepto creado en sí para las condiciones de aplicación de la excepción de conexidad haya sido considerado vago por la doctrina. Sin embargo, pienso que en la amplitud de esa noción pudiera radicar su indudable eficacia, con también ocurre con otras. El concepto de buena justicia es coherente en el Código de Procedimiento Civil francés, y se usa también, por ejemplo, en el artículo 17 de la Ley 834-78, para la avocación en el *contredit*. Sabiamente, la excepción de conexidad puede ser planteada en todo estado de causa.

Pasemos a analizar las dos condiciones que a la letra del artículo 29 se requieren para que pueda ser acogida la declinatoria por causa de conexidad. Este artículo 29, tomado del artículo 101 francés, no es sino una reproducción del artículo 40 del decreto del 20

de julio de 1972, que trajo una definición nueva y original de la conexidad: *que exista un lazo entre dos asuntos, tal que sea de interés de una buena de justicia hacerlos instruir y juzgar conjuntamente*[13].

“1- **UN LAZO ENTRE DOS ASUNTOS**: El lazo entre los asuntos puede ser muy diverso. Puede ser la identidad de partes, y parcialmente (no totalmente, porque si no habría litispendencia), la identidad de causa u objeto. La identidad de partes puede ser parcial o incluso no existir del todo. Frecuentemente el lazo entre los asuntos se encuentra en los hechos de la especie que son el **origen del litigio**. Por ejemplo si los litigios se refieren a un mismo contrato, a un mismo hecho dañoso, un mismo bien.

2- **INTERÉS DE UNA BUENA JUSTICIA DE INSTRUIRLOS Y JUZGARLOS CONJUNTAMENTE**. El lazo entre los asuntos no es suficiente para justificar el reenvío por conexidad. A los términos de este artículo es necesario que de él resulte, sino una necesidad absoluta que es rara en la práctica, al menos un interés racional de juzgarlos en conjunto **porque la decisión sobre uno de los asuntos puede influir sobre la solución del otro o a fortiori, porque las decisiones rendidas separadamente pueden ser irreconciliables**”[14].

Amrani Mekki y Strickler comentan que el reenvío por conexidad será acordado, si además del lazo de conexidad se justifica por el interés de una buena administración de justicia. Señalan que este término es vago y deja en principio un amplio poder de apreciación al juez. La noción de buena administración de justicia, citando a C. Vayrou, *“podría servir a la tesis de un autor y la antítesis de su contradictor en la medida en que su contenido y su consistencia sean lo suficientemente laxos como para abarcar los significados que cada quien le atribuyen*”[15].

Los profesores Jean Vincent y Serge Guinchard expresan sobre el particular:

“Se habla de conexidad cuando varias demandas están unidas por **un lazo estrecho** y hay interés en examinarlas conjuntamente; ella permite ganar tiempo y sobretodo evitar decisiones irreconciliables o contradictorias.

Cuando la conexidad se manifiesta de forma tal que no es posible de juzgar una de las demandas sin la otra, cuando ello no es solamente útil, sino necesario juzgarlas en conjunto, se habla de indivisibilidad. Como ha dicho un autor, la indivisibilidad, en procedimiento, no es sino *una conexidad reforzada*.

La conexidad es en fin, la condición de un reenvío judicial a otra jurisdicción; supone dos demandas conexas, es decir principales y autónomas desde el punto de vista procedimental pero llevadas ante dos jurisdicciones diferentes, distintas en cuanto al fondo, pero concernientes al mismo asunto; y es de interés de una buena justicia que las demandas conexas sean juzgadas por la misma jurisdicción; es el objeto de la excepción de conexidad presentada por una declinatoria del mismo nombre”[16].

En esa misma línea de pensamiento, Jacques Héron ha dividido a la conexidad pura y simple de la que se produce por razones de indivisibilidad, para deducir que la simple deviene en una cuestión de oportunidad, mientras que la de indivisibilidad, en un asunto de necesidad[17].

Para el profesor Loïc Cadet:

“Se trata de una cuestión de hecho que queda al soberano poder de apreciación de los jueces del fondo. Una directiva, frecuentemente utilizada, es que hay lugar a investigar **“si las instancias presentan entre ellas una correlación tal que la solución de una debe necesariamente influir sobre la solución de la otra, de tal suerte que si ellas son juzgadas separadamente, haya riesgos de que resulten decisiones contradictorias”**. Para este caso, puede solicitarse a una de estas jurisdicciones desapoderarse y enviar el conocimiento del asunto a la otra jurisdicción”[18].

Sostiene Gérard Couchez, *que es necesario, en efecto, evitar que las diferentes jurisdicciones rindan decisiones inconciliables entre ellas, agregando que su interés sobrepasa el cuadro de la competencia y aun el del procedimiento civil* [19]. Obviamente que el autor se refiere al interés de una buena administración de justicia.

Los profesores Yves Strickler, Christophe Lefort, Natalie Fricero y Melina Douchy-Oudot, en sus respectivos cursos, se limitan a repetir la letra de los artículos que hablan sobre la excepción de conexidad.

Corresponde pues a la jurisprudencia, aplicar correctamente estos conceptos en las distintas situaciones que se van presentando en la práctica.

Cabe señalar que ha sido establecido en doctrina y en jurisprudencia, que la conexidad es una cuestión de hecho, dejada a la soberana apreciación de los jueces del fondo, por lo que escapa al control de la casación[20]; o como dice Vincent, dejada “a su prudencia”[21].

“La ley deja a los jueces del fondo la apreciación de las circunstancias que establecen la conexidad, es en el ejercicio de su poder soberano que una corte de apelación ordena la unión de dos instancias (Civ. 1era., 9 oct. 1974, Bull. Civ. I, p.223)”[22].

Poco importa que los abogados no sean los mismos en las dos instancias (París, 1re. D., 28 juin 2000: JurisData No.2000-118555)[23].

### **Situación particular de un juzgado de primera instancia dividido en salas**

Habíamos dicho antes que el artículo 107 del Código de Procedimiento Civil francés no fue adoptado por la Ley 834-78. Dicho artículo establece lo siguiente.

“Si sobre la conexidad, se presentan dificultades entre diversas formaciones de una misma jurisdicción, ellas son resueltas sin formalidad por el presidente. Su decisión es una medida de administración judicial”.

Dicho texto no fue incorporado en la legislación de 1978 porque tal supuesto no existía en nuestra organización judicial.

Sabemos que del artículo 29 de la Ley 834-78 resulta que *el reenvío por conexidad supone que dos jurisdicciones distintas y competentes han sido apoderadas. Pero, si una conexidad surge entre dos cámaras o secciones de una misma jurisdicción, la cuestión es resuelta, sin formalidad, por el presidente de la jurisdicción. Su decisión es una medida de administración judicial*[24].

Sin embargo, ocurrió que, con posterioridad, el texto omitido cobró importancia, a raíz de la aparición de la Ley 50-00, que modificó los literales a) y b) del párrafo I del artículo 1 de la Ley 248 del 1981, que modificó la Ley 821 de Organización Judicial, del año 1927, que en su artículo 2 dispuso lo siguiente, para el Distrito Nacional y Santiago:

Artículo 2.- La Suprema Corte de Justicia designará, de entre los jueces de cada una de las cámaras civiles y comerciales supraindicadas, un juez presidente, un primer sustituto, y un segundo sustituto de presidente para cada una de ellas, teniendo el juez presidente, entre otras funciones, la de encargarse de la distribución y asignación, entre dichos jueces, mediante un sistema aleatorio computarizado, de los casos que deban conocer las mencionadas cámaras de lo civil y comercial, y del manejo administrativo de las mismas.

PÁRRAFO I.- Una vez que uno de los jueces sea apoderado de un expediente, salvo caso de incompetencia, se considerará como el único con aptitud legal para conocer el expediente y los incidentes del mismo. Sin embargo, fundamentado en causas atendibles el juez presidente podrá desapoderarlo mediante auto dictado al efecto.

PÁRRAFO II.- En caso de que por inhibición, recusación, enfermedad, ausencia, imposibilidad definitiva o por cualquier otra causa el juez apoderado no pueda continuar el conocimiento del expediente, la parte más diligente solicitará al juez presidente el apoderamiento de otro juez para la continuación y fallo del asunto. Esta solicitud será notificada inmediatamente a la contraparte y la decisión que se adopte se impondrá a las partes.

PÁRRAFO III.- Las actuales cámaras de lo civil y comercial de los distritos judiciales del Distrito Nacional y de Santiago quedan refundidas y sus jueces y los secretarios de las mismas continuarán en sus funciones, estos últimos como secretarios de jueces, salvo que la Suprema Corte de Justicia disponga otra cosa.

PARRAFO VII.- En caso de conflictos internos entre los jueces, en cuanto a su apoderamiento, el juez presidente lo decidirá soberanamente, debiendo continuarse el conocimiento del asunto por el juez designado por el juez presidente

PARRAFO XV.- Corresponde al juez presidente de cada cámara estatuir en reherimiento, pudiendo delegar sus poderes, a este efecto, en el primer o segundo sustituto, o en favor de otro juez de la misma cámara que no haya sido apoderado de lo principal[25].

Esta Ley 50-00 introdujo cambios en la organización de esos dos juzgados de primera instancia. Con ella desapareció la división territorial por circunscripciones, creándose dos cámaras, una penal y otra civil, y siendo dotada cada una de estas cámaras de un presidente, a los que se les asigna funciones propias. Así nacen las actuales “salas” de cada cámara. Se estableció también, que en materia civil, el presidente del tribunal será el juez de los *référés*.

En este último aspecto, con la creación de una jurisdicción presidencial, esos juzgados de primera instancia se asemejaron a los franceses[26], poniéndole término de paso, a años de discusiones bizantinas.

Como era de esperarse, nuestra Suprema Corte de Justicia ha seguido para las declinatorias de competencia la misma pauta trazada por la legislación francesa, dándole “vigencia” al citado artículo 107 del Código de Procedimiento Civil francés:

“Considerando, que si bien los razonamientos transcritos precedentemente resultan en principio correctos, en este caso específico el juez a-quo incurrió en la omisión de ponderar la circunstancia especial de que el tribunal apoderado de las demandas declaradas conexas era en realidad el mismo al momento de incoarse dichas acciones, o sea, la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, como alegan los recurrentes, y como es de principio, y ha sido juzgado principalmente en el país de origen de nuestra legislación, la conexidad supone que los asuntos sean llevados ante dos jurisdicciones diferentes, aunque igualmente competentes, que no era el caso, porque aquí las instancias declaradas conexas están pendientes ante dos salas del mismo tribunal, como se desprende de los documentos que forman el presente expediente; situación esta que se corresponde con las disposiciones del artículo 2 -párrafo VIII- de la Ley núm. 50/00, de fecha 26 de julio del 2000, cuyo texto dispone que las decisiones emanadas de cada juez que integra la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional o de Santiago, serán consideradas como dictadas por el tribunal propiamente dicho, “con todos sus efectos y consecuencias”, no por el juez apoderado individualmente del caso; que, por consiguiente, **resulta forzoso reconocer que las excepciones de conexidad o litispendencia no pueden ser propuestas con éxito por ante dichos tribunales, porque, como se ha visto, las salas o jueces integrantes de los mismos pertenecen a la misma jurisdicción, no a jurisdicciones distintas, condición “sine qua non” ésta última para que dichas declinatorias puedan operar útilmente**”[27].

También ha sido juzgado por la Suprema Corte de Justicia, que la situación anterior se verifica igualmente cuando los asuntos se están conociendo ante un juzgado de primera instancia con plenitud de jurisdicción, uno conforme al procedimiento civil y el otro según el procedimiento comercial. No hay conexidad en ese caso, porque esta supone

que los asuntos son llevados ante dos jurisdicciones distintas[28], cosa que lógicamente no ocurre en tal hipótesis.

Visto lo anterior, si bien es verdad que en puridad, la manera técnicamente correcta de plantear la excepción de conexidad en caso de que esta se presente ante dos salas del mismo tribunal, es mediante instancia motivada dirigida al presidente, también ocurre en la práctica que la excepción de conexidad suele ser pedida, incluso *in voce*, a los jueces de salas y estos en ocasiones la acogen *sur le champ*, ordenando la inmediata remisión del expediente a la presidencia del tribunal, para su posterior asignación a la sala de envío, o incluso directamente a otra de las salas del mismo tribunal, sin pasar por la presidencia.

No sé si es porque prefiero la oralidad y la inmediación, pero me parece que pedir la declinatoria directamente a una de las salas, si bien es contrario a la norma, es mucho más práctico y eficaz que presentar una extensa instancia motivada al juez presidente para que este decida luego, en solitario, sobre la solicitud de conexidad.

Acontece muchas veces, que las cosas se vislumbran sencillas cuando se diseñan los procedimientos, pero en la práctica, por distintas variables, terminan siendo de otra manera.

[1] Cornu, Gérard. *Vocabulaire juridique*, PUF, 10ma. Edición, 2013, p. 238.

[2] Cornu, Gérard. *Op. Cit.*, p. 238.

[3] Cornu, Gérard. *Op. Cit.*, p. 618.

[4] SCJ. 1era. Cámara, sentencia núm.17, del 21 de diciembre de 2005, B.J.1141, Vol.1, p.252.

[5] Tavares, Froilan. *Elementos de derecho procesal civil dominicano*, sexta edición, Vol. II, EISA, 1989, pp.184-185.

[6] Ver, excepciones previas, artículo 123 del *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica* de 1988 (CPCMI); art. 133 del *Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay* de 1988 (CGPU); arts. 346 al 354-bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Argentina, 1997 (CPCN) y 100 del *Código General del Proceso de Colombia*, de 2012 (CGPC), entre otros.

[7] Ver arts. 287 y 288 del CPCMI; arts.323 al 324.8 CGPU.

[8] Ver arts. 188 CPCN.

[9] Ver. arts.148 al 150 CGPC.

[10] González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Editorial Porrúa, 4ta. edición, México, p. 689.

[11] Suárez Anzorena, Ignacio. "La acumulación de arbitrajes: ¿acumulación de problemas?", en *Arbitraje Internacional, tensiones actuales*. Mantilla-Serrano (Cordinador), Legis, 2007, pp. 327-360.

[12] Recurso de *contredit* de litispendencia o de conexidad.

[13] Blanc, Emmanuel. *Nouveau Code de Procedure Civile Commenté dans l'ordre des articles.*, Tome 1, art.101, p. 114.

[14] Dalloz Action, *Droit et Pratique de la Procedure Civile*. París, 1988, Nos. 926, 927, pp. 207 y 208.

[15] Amrani Mekki, Soraya; Strickler, Yves. *Procédure civile*, PUF. 1era. edición, 2014, No. 117, p. 213.

[16] Vincent, Jean; Guinchard, Serge, *Procédure Civile*, Précis Dalloz, 22 édition, 1991, No. 341, pp. 266 y 267.

[17] Héron, Jacques; Le Bars, Thierry. *Droit judiciaire privé*. Montchrestien, París, 2012, No. 1053, p. 865.

[18] Cadiet, Loic. *Droit Judiciaire Privé*, Litec, deuxième édition, París, 1988, No. 721, p. 317.

[19] Couchez, Gérard. *Procédure civile*. Dalloz, París, 1998, No. 226, p. 82.

[20] Dalloz Action, *Op.Cit.* No. 928, p. 208.

[21] Vincent, Jean; Guinchard, Serge, *Op. et Loc. Cit.*

[22] Dalloz, *Code de procedure civile*, 1991, art. 101, p. 37.

[23] LexisNexis. *Code de procedure civile*, 2016, art. 101, p.128.

[24] Dalloz Action, *Op. Cit.* París, 1988, No. 931, p. 209.

[25] Esto se ha extendido luego a otras demarcaciones.

[26] Sin embargo, la organización del juzgado de primera instancia no es igual que en Francia. Conforme el artículo 43 de la Ley de Organización Judicial núm.821-27 y sus modificaciones, "en cada Distrito Judicial habrá un juzgado de primera instancia con **plenitud de jurisdicción**, el cual podrá estar dividido en cámaras según lo exija el mejor desenvolvimiento de las labores judiciales a su cargo". Pero, quizás por la división física y mental entre "Ciudad Nueva"

y “La Feria”, entre otras consideraciones entendibles y atendibles, la Ley 50-00 no designó para este juzgado un presidente, sino dos presidentes. En Francia, el art. L.211-1 del Código de Organización Judicial establece que “el tribunal de gran instancia estatuye en primera instancia en materia civil y penal”, y el art. L.213-1 crea la figura del presidente de ese tribunal.

[27] S.C.J. Civ. Sentencia No. 41 del 31 de octubre de 2005, B.J. 1137, pp. 372-379.

[28] Guzmán Ariza, Fabio J. *Repertorio de la jurisprudencia civil, comercial e inmobiliaria de la República Dominicana, 2001-2014*. Gaceta Judicial, 2015, p. 475.

## **La declaratoria de lesividad: el límite voluntario de la administración pública**

*Bienvenido G. Liz Santana & Adonis L. Recio*

Tradicionalmente se ha considerado que el Estado -aunque posea doble personalidad jurídica- no se equivoca; lo que en el marco internacional se reconoce con la expresión *The King Can Do No Wrong*. Sin embargo, con el paso del tiempo y el desarrollo de las ciencias jurídicas esto ha quedado obsoleto, al punto de que hoy se reconoce la posibilidad de que la propia administración revise sus actos, en aplicación de la denominada autotutela de los actos administrativos; ejecutiva y ejecutoria, en donde (al menos en el deber ser) se sacrifica el interés particular por el general o colectivo.

El reciente panorama social y político de la República Dominicana tiene una incidencia inmediata en el ordenamiento jurídico; la población, optó por una nueva corriente político partidista para manejar las riendas de un país inmerso en una crisis sanitaria originada por la pandemia del Covid-19. Evidentemente, la toma de decisiones “relevantes” eran de esperarse, y con esto no sólo señalamos puntos neurálgicos como la transparencia – como punto de quiebre- sino de actuaciones que se vinculan al servicio público de la administración.

A propósito, en fecha 2 de septiembre del año 2020, el periódico *Listín Diario* anuncia una medida adoptada por el Ministerio de Administración Pública (MAP) mediante resolución núm. 142-2020, bajo el título: “El MAP declara lesiva resolución de agosto que incorpora 57 servidores la carrera diplomática<sup>[1]</sup>”. Esto en una clara intención de retrotraer el estatus de dichos servidores por medio de la impugnación de la Resolución núm. 136-2020 de fecha 13/8/2020 que dispuso la incorporación a la carrera diplomática establecida en Ley núm. 630-16 (ver. p. único del art. 39).

Siendo el motivo esencial de dicha declaratoria: “Que los servidores presentados en la Resolución No. 136-2020 no habían adquirido la condición de servidores de carrera diplomática previamente a la caducidad del plazo de los ocho (8) años habilitados en la Ley de Función Pública No. 41-08”, y, la violación a principios básicos de la Función Pública, como son la igualdad y el mérito. En ese sentido, el mismo MAP auxiliado en el art. 45 de la Ley núm. 107-13, procedía a impugnar su otrora voluntad. A todo esto, nos surgiría la incertidumbre de: ¿En qué consiste la declaratoria de lesividad de un acto administrativo favorable?

De la simple lectura del artículo 45 de la Ley núm. 107-13, se logra inferir que la declaratoria de lesividad es un ejercicio potestativo que hace la administración pública, a través de la cual suspende un acto dictado de manera previa con efectos favorables al particular, únicamente sustentable en pro del interés general. Reposo únicamente en la administración emisora del acto, sin embargo, este procedimiento puede también iniciarse a partir de una solicitud fundada en derecho, dígase a solicitud de parte, siempre que se cumpla con el lapso correspondiente de acción, 1 año “desde el dictado del acto”.

La posterior declaración de lesividad de la Resolución núm. 136-2020 de fecha 13/8/2020, no fue fortuita, sino que es la única vía que tiene el Estado para desconocer de manera legítima los efectos de una declaración unilateral de voluntad, expresada en los términos del artículo 8 de la Ley núm. 107-13, en virtud de que los actos favorables dictados por la administración pública la atan, lo que le impide que por su propia voluntad pueda disponer contrario al acto que haya alcanzado efectos favorables. Así lo ha reconocido de forma expresa el Tribunal Constitucional (TCRD) mediante Sentencia TC/0094/14, del 10/6/2014, reiterada en precedente TC/226/14, del 23/9/2014.

Ahora bien, la declaratoria de lesividad y con ello la posibilidad de que el Estado de la espalda al acto administrativo favorable no opera de manera sencilla o medalaganaria, sino que por el contrario tiene requisitos particulares que si no se configuran actuaría la administración, en el uso de esta potestad, de manera arbitraria. Ahí radica la imperiosa necesidad de que sea un juez imparcial, constituido en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa quien decida la suerte del diferendo; constituyendo esto una doble garantía para el administrado, ya que aparte de que la obligación que tiene la administración de respetar el procedimiento para declarar lesivo el acto, también en el análisis de la pertinencia de la solicitud, el tribunal queda sujeto por los criterios internos que haya asumido con anterioridad, a los fines de respetar el principio de seguridad jurídica.

En suma, la declaratoria de lesividad es una de las mayores conquistas legislativas alcanzadas en el marco de la regulación estatal, ya que impide el desconocimiento arbitrario por parte de la Administración Pública de un acto dictado por ella con efectos favorables. Consecuentemente, evitando que el Estado sea juez y parte en la evaluación final de la pertinencia de sus actos.

<sup>[1]</sup> Ver enlace, <https://listindiario.com/la-republica/2020/09/02/633524/el-map-declara-lesiva-resolucion-de-agosto-que-incorpora-57-servidores-la-carrera-diplomatica> (Consultado el 14/9/2020)

## Nom reformatio in peius y el principio de oficiosidad: alcances del recurso de revisión en materia de amparo

Víctor A. León Morel[1]

### Introducción

La figura de *non reformatio in peius* o prohibición de reforma peyorativa es un principio de rango constitucional plasmado en el artículo 69.9 de la Constitución dominicana estableciendo que “*toda sentencia puede ser recurrida de conformidad con la ley*” y que “*el tribunal superior no podrá agravar la sanción impuesta cuando sólo la persona condenada recurra la sentencia*”. Este principio, comúnmente aplicado y conocido en la materia procesal penal[2], se ha expandido a otras materias, aunque con otros nombres e implicaciones, como por ejemplo en materia civil respecto al alcance limitado del efecto devolutivo sobre un recurso de apelación parcial en base al principio *quantum appellatum tantum devolutum*, y ciertamente la misma Constitución en el artículo 69.10 establece que *las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*, lo que implica su aplicación en todas las otras materias. A pesar de ser un principio de importancia cardinal en cualquier Estado de Derecho, no hay muchos escritos que versen sobre el tema.

En el presente artículo pretendemos desarrollar que ha expresado la doctrina y la jurisprudencia de esta importante garantía, pasar luego analizar una situación particular que pudiera considerarse como una violación a esta prohibición de rango constitucional, respecto a los recursos de revisión constitucional en materia de amparo conocidos ante el Tribunal Constitucional, así como sus implicaciones frente al principio de oficiosidad.

### Análisis doctrinal y jurisprudencial de la prohibición reformatio in peius

El principio *non reformatio in peius* tiene una doble dimensión, por un lado puede verse como un límite jurisdiccional al poder punitivo del Estado, principalmente a los órganos encargados de juzgar como el Poder Judicial, y por otro lado se entiende como una garantía procesal que constituye un elemento esencial del derecho a un acceso efectivo a los recursos procesales.

Para el magistrado Domingo Gil, el artículo 69 comprende dos derechos fundamentales relativos a la sentencia: (1) el derecho al recurso, tan ampliamente discutido por la doctrina en cuanto al alcance, a pesar de que la redacción del texto (“Toda sentencia puede ser recurrida de conformidad con la ley”), complementado por el artículo 159.1, permite concebirlo como un derecho de configuración legal, significando ello que la ley regula su ejercicio, incluyendo el alcance del derecho mismo; y (2) el derecho al no agravamiento de la sanción por un tribunal superior cuando el único apelante es la persona condenada, con lo cual se consagra constitucionalmente en materia penal el principio procesal general (**válido, pues, en toda materia**[3]) denominado reformatio in peius, que prohíbe agravar la situación del apelante único[4]. (Subrayado y negrito es nuestro)

Así lo ha confirmado la Corte Constitucional de Colombia cuando expresa que este principio supone *la realización del principio tantum devolutum quantum appellatum, como que la competencia del superior frente a una apelación solitaria se halla limitada para revisar lo desfavorable. Pues bien, la prohibición de la reformatio in pejus se torna en un principio constitucional con carácter de derecho fundamental para el apelante único, por haberlo incansablemente profesado esta Corporación. En sana lógica, es evidente que quien recurre una decisión, solo lo hace en los aspectos que le resultan perjudiciales. **La situación del apelante puede mejorarse pero nunca hacerse más gravosa.** Por lo demás, este principio, se encuentra íntimamente ligado con las reglas generales del recurso, pues aquel supone que se recurra únicamente lo perjudicial, y es precisamente, ese agravio, el que determina el interés para recurrir.[5]*

En materia civil, aplicable en ciertos casos a la materia constitucional conforme el principio rector de la justicia constitucional de supletoriedad[6], este principio está directamente relacionado al recurso de apelación, el principio dispositivo y al alcance del efecto devolutivo, ya que limita la decisión del operador jurídico cuando quien recurra la decisión sea únicamente el perjudicado por la sentencia impugnada, y cuando el recurso sea parcial. Si en primer grado mi pretensión era obtener una determinada suma de dinero, el tribunal de primer grado obliga a la otra parte a pagar solo la mitad de esa suma, y posteriormente solo yo recurro ante la Corte, no puede este órgano jurisdiccional colegiado agravar mi sanción admitiendo el recurso y, consecuentemente, rebajar el monto reconocido en la sentencia recurrida, pues estaría vulnerando de forma evidente los límites del efecto devolutivo y del principio dispositivo, agravando la sanción dispuesta por el tribunal de primer grado.

Sobre lo anterior, el magistrado Alarcón, en un artículo sobre la apelación civil y sus efectos, expresa de forma clara y precisa la aplicabilidad de este principio de prohibición de reforma peyorativa en materia civil, citamos:

*“El efecto devolutivo, a su vez, significa que el asunto es transportado en toda su extensión al inmediato superior, recuérdese que básicamente la apelación es un recurso “vertical”, con la finalidad de que la revisión del caso se haga transversalmente y que en la alzada puedan ser corregidos cualesquiera errores o anomalías de las que adoleciera el fallo atacado. La remisión del proceso a la alzada es, por tanto, integral, a menos que el apelante cuide parcelar el apoderamiento y delimitar su recurso a un determinado aspecto, lo que seguramente propiciará que el tribunal de segundo examen cuente con todos los supuestos de hecho y de prueba suministrados al juez anterior.”*

*En resumen, la sola disponibilidad del derecho a apelar para el sucumbiente en primer grado es indicativa de que todavía la sentencia no es firme y que están dadas las condiciones que facilitarán el traslado del pleito a un escenario jurisdiccional diferente, de segundo grado, con la consecuente posibilidad de que lo resuelto por el a quo sea dejado sin efecto, aunque ello, de llegar a producirse, tendría que ocurrir estrictamente en ámbito de lo recurrido, principio dispositivo, y sin agravar, en lo atinente al fondo, la situación de la parte apelante. Esto último es lo que se conoce como la prohibición o interdicción de*

*reforma “en peor”, jurisprudencialmente admitida en el ámbito del derecho judicial privado de nuestro país desde antes de la reforma constitucional de 2010 y en la actualidad elevada a rango constitucional, según resulta del artículo 69.9 de la Carta Magna.*<sup>[7]</sup>

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia también ha admitido la figura de non reformatio in peius. Veamos esta sentencia reciente del 27 de noviembre de 2019 dictada por la Primera Sala:

8. *Considerando, que es preciso aclarar, que cuando la parte apelante cuida de limitar su recurso a ciertos puntos del acto jurisdiccional apelado, la alzada está en el deber de juzgar el procedimiento, dentro de los límites impuestos por la regla “tamtum devolutum quantum appellatum”, que implica que los jueces de la corte solo deben conocer de aquello de lo cual se ha apelado, toda vez que estatuir sobre más de lo impugnado, es inobservancia de la citada regla, y además constituiría un exceso de poder del tribunal de apelación, el cual podría incurrir como en la especie en el vicio de fallo extra petita y en violación al principio de “reformatio in peius”.*
9. *Considerando, que en atención a los motivos indicados, esta Corte de Casación es de criterio que al haber la jurisdicción a quo conocido de manera íntegra todo lo que fue juzgado en primera instancia, estando apoderada únicamente de una apelación parcial agravó con su decisión la situación de la apelante, actual recurrente, por lo tanto incurrió en los vicios invocados por ella en su recurso, motivo por el cual procede casar el acto jurisdiccional atacado, sin necesidad de hacer mérito con relación a los demás medios contenidos en el memorial de casación que se examina.*<sup>[8]</sup>

Asimismo, esa Corte de Casación, en sentencia de fecha 18 de marzo de 2020, realizó las siguientes consideraciones respecto al tema:

11. *La jurisdicción de envío, en adición a las limitantes que resultan de la sentencia que casa y le envía el asunto, se encuentra coartada por el principio constitucional de la reforma en peor o nonreformatio in peius, el cual implica la imposibilidad, para el órgano de apelación, de agravar la suerte del apelante con su propio recurso.*
12. *La aplicación de la reforma en peor o peyorativa, como también se le conoce, formula una regla negativa para el tribunal para el momento en que resuelva el recurso, toda vez que no puede agravar la situación del recurrente en relación a la sentencia recurrida, a consecuencia –exclusivamente– del ejercicio de su propio recurso; pudiendo, por el contrario, modificarla en un sentido más favorable para este o cuando menos conservando la inicialmente impuesta.*
14. *A partir de lo anterior resulta entonces, que aun cuando la mecánica de la reforma en peor fue consagrada por el constituyente como una garantía constitucional, lo que implica que su aplicación se extiende manera general a todas las materias, lo cierto es que el hecho de que una sentencia se case en ocasión a un recurso*

*interpuesto por un solo recurrente no conduce, indefectiblemente, a que las ventajas adquiridas en la decisión casada no puedan ser variadas, precisamente, porque esa última decisión se reputa como nunca sobrevenida o inexistente; de ahí que las partes ante la jurisdicción de envío se colocan en el estado en que se encontraban previo a esta, volviendo dicho tribunal a examinar el asunto dentro de las limitaciones establecidas por la sentencia que casa, con la cual, de hecho, el órgano apoderado por competencia prorrogada hecha por la Suprema Corte de Justicia, no se encuentra vinculada más que para determinar el alcance de su apoderamiento y en caso de que se sienta institucionalmente llamado a cuidar la coherencia con la jurisprudencia constante, puesto que cosa diferente sería un reenvío a cargo de las Salas Reunidas, caso en el cual deberá conformarse – estrictamente- con la decisión así enviada.[9]*

Estas dos importantes y recientes decisiones de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia reafirman la importancia de la prohibición de agravar la sanción del único recurrente, preservando el debido proceso y la tutela judicial efectiva. Es importante resaltar que debido a que el recurso de casación no tiene efecto devolutivo, la Corte de Casación debe, una vez admita el recurso, acoger el recurso y remitirlo nuevamente a la corte de apelación correspondiente para que vuelva a conocer el caso conforme los lineamientos de la Suprema Corte de Justicia, casar por vía de supresión y sin envío -si no hay nada que juzgar-, o rechazar el referido recurso de casación[10].

Otras importantes sentencias de la Suprema Corte de Justicia han reconocido la importancia del non reformatio in peius, estableciendo que se trata de un *principio jurídico que nadie puede ser perjudicado por el ejercicio de su propio recurso*[11]; *que es una regla sustantiva del debido proceso contenida en el numeral 9 del artículo 69 de la Constitución, que prohíbe al tribunal de alzada agravar la sanción impuesta cuando solo la persona condenada ha recurrido la sentencia*[12]; *que se trata de un principio de orden público*[13]; *y que la indemnización otorgada en primera instancia contra el demandado no puede ser aumentada en apelación si solo el demandado ha apelado la sentencia de primer grado*[14];

Esta garantía constitucional de non reformatio in peius se encuentra íntimamente relacionada al principio dispositivo o de impulsión procesal que proviene del aforismo latino “nemo iudex sine actore” que se traduce como “no hay juicio sin actor”, predominante en el derecho procesal civil, en el cual las partes son los dueños de su proceso judicial. Para Couture, este principio se apoya sobre la suposición, absolutamente natural, de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida un interés privado, los órganos del poder público no deben ir más allá de lo que desean los propios particulares[15].

Habiendo estudiado la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, pasamos a analizar el punto medular de este escrito respecto al tratamiento de esta garantía constitucional frente a los recursos de revisión constitucional de amparo y el principio de oficiosidad.

## **Análisis de la prohibición reformatio in peius ante los recursos de revisión de sentencias de amparo y el principio de oficiosidad**

La acción de amparo es normalmente[16] interpuesta ante el tribunal de primera instancia correspondiente a la demarcación territorial de los hechos en la materia más afín a la vulneración de los derechos fundamentales. Este proceso se encuentra regulado en los artículos 65 y siguientes de la Ley 137-11. Respecto a los recursos, el artículo 94 solo admite dos ante la sentencia de amparo en primer grado: el recurso de tercería, que en puridad no es un verdadero recurso[17] ya que es conocido ante el mismo tribunal que dictó la sentencia, enmarcándose en los recursos de retractación, y el que será objeto de nuestro análisis principal, el recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo conocido en su mayoría ante el Tribunal Constitucional[18].

Respecto a la admisibilidad de este recurso, se verifican tres filtros para que el Tribunal conozca el fondo de los recursos conforme la Ley 137-11 y a la jurisprudencia del Tribunal:

- 1) Sobre el plazo de su interposición que, conforme el artículo 95 de la referida ley 137-11, es de cinco días francos y hábiles[19] a partir de su notificación;
- 2) Sobre la forma de la interposición, la cual conforme el artículo 96 de la misma ley 137-11, debe contener de forma clara y precisa los agravios causados por la decisión impugnada[20]; y,
- 3) La especial trascendencia o relevancia constitucional, que se evaluará conforme el artículo 100 de la antes citada ley 137-11, *atendiendo a su importancia para la interpretación, aplicación y general eficacia de la Constitución, o para la determinación del contenido, alcance y la concreta protección de los derechos fundamentales.*[21]

El recurso de revisión de amparo que supere estos requisitos mínimos de admisibilidad pasa a ser conocido respecto al fondo. Se trata de un efecto devolutivo limitado, en razón de que en muy pocos casos se celebra una audiencia[22], el tribunal valora nuevamente los hechos y el derecho aplicable, aunque con las limitantes del derecho supletorio y las garantías constitucionales correspondientes. La limitante para analizar en el presente caso sería el alcance del efecto devolutivo en virtud de un recurso de revisión de una sola parte que procure la modificación parcial de la sentencia recurrida, que impide que su situación sea agravada conforme al artículo 69.9 previamente citado. Un ejemplo de este tipo de casos es la sentencia TC/0161/16, en la que, con ocasión de una acción de amparo por una desvinculación de un oficial de la Policía Nacional, en supuesta violación al debido proceso, el tribunal de primer grado acogió la misma, comprobando dicha violación a sus derechos fundamentales y ordenando la celebración de un juicio disciplinario en un plazo determinado bajo pena de una astreinte diaria. Esta sentencia fue consecuentemente recurrida por el oficial ante el Tribunal Constitucional a fines de que se anulará el ordinal cuarto respecto al juicio disciplinario y el tribunal procedió a admitir el recurso en cuanto a la forma y en cuanto al fondo, declarando inadmisibles la acción de amparo por extemporánea, conforme al 70.2 de la Ley 137-11.

Para analizar el plazo de la acción de amparo, esta sentencia toma como punto de partida un argumento de la parte recurrida, lo cual a nuestro parecer es incorrecto pues dicha parte no formalizó un recurso de apelación principal o incidental, por lo que los incidentes que podía proponer solo podían alcanzar al recurso y no sobre el fondo de la pretensión inicial. Veamos el razonamiento del Tribunal:

1. *b) La accionada alegó ante el juez de amparo que la acción era inadmisibile, de conformidad con el artículo 70, numeral 2, de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, en razón de que, al momento de realizarse la referida acción de amparo, ya había vencido el plazo de sesenta (60) días que establece el referido artículo.*
1. *d) Contrario a lo expuesto por el juez de amparo, la continuidad o no del plazo para accionar en amparo no se debe a la vulneración de un tipo específico de derecho o a que la alegada violación se refiera o no a la administración, sino a la reiteración que pueda haber en la violación, es decir, que la misma no sea concretizada en un solo acto, sino en actos sucesivos.[23]*

La referida sentencia cuenta con el voto salvado del magistrado Lino Vásquez, el cual al analizar sus motivaciones y solución final entendemos que se trata de un verdadero voto disidente, pues la solución adoptada por el Tribunal no es conforme a las razones que expone. El magistrado entiende que dicha sentencia vulnera el principio de non reformatio in peius, expresando las siguientes consideraciones:

9. *Al interponer el recurso de revisión, el recurrente limitó el ámbito de actuación de esta sede constitucional a las pretensiones vertidas en su escrito, de manera que este Colegiado debió circunscribirse a determinar si el juez de amparo **había vulnerado el principio tantum devolutum quantum appellatum** al decidir sobre aspectos no formulados por alguna de las partes, tal como adujo Yeudy Severino Martínez respecto de la decisión que ordenó la celebración de un juicio disciplinario a los fines de determinar si el accionante tenía responsabilidad en los hechos que se le imputaban.*
10. *No cabe duda que en el marco de la revisión corresponde verificar si la decisión adoptada por el juez de amparo se ciñe a los valores, principios y normas constitucionales así como a las reglas procedimentales dispuestas en la Ley núm. 137-11 para la interposición de la propia acción que se examina. En principio, la revisión apuntaría a la declaratoria de inadmisibilidad de la acción por extemporánea; sin embargo, este Colegiado obvió una característica fundamental del proceso que nos ocupa y **es que la decisión no fue impugnada por ambas partes, lo que le obligaba a eximirse de agravar la situación en la que se encontraba el accionante como consecuencia de la sentencia refutada.***
16. *La prohibición de la reforma peyorativa, al formar parte del debido proceso consagrado en el artículo 69 de nuestra Carta Magna, adquiere carácter constitucional, por lo que debe ser observada por todos los órganos administrativos y judiciales que conforman el Estado, máxime por el Tribunal Constitucional que está llamado a proteger las garantías y los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna.*

17. *Como se aprecia, pese a que el Tribunal Constitucional dominicano no es una jurisdicción de segundo grado, su rol le obliga a dar cumplimiento a las normas del debido proceso y por consiguiente, a seguir el lineamiento que dicta la regla objeto de análisis; pues en el marco de la revisión constitucional, las sentencias que resuelven los asuntos que le son sometidos deben dar respuesta a las pretensiones de las partes, en virtud de que este órgano no actúa motu proprio sino que su intervención en el proceso de revisión viene dada por el apoderamiento que hace el recurrente en el ejercicio de su derecho a recurrir las decisiones judiciales, únicamente en los aspectos que le son adversos.*
18. *En efecto, de admitirse que los órganos judiciales puedan modificar de oficio las sentencias impugnadas en perjuicio del recurrente, sería un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho al recurso, incompatible con la tutela judicial efectiva que están obligados a prestar los tribunales, pues en ningún caso el recurrente acudiría a esos órganos para obtener una solución que limite, desconozca o excluya los derechos que previamente habían sido reconocidos en la decisión objeto de recurso[24].*

En una posición contraria, se puede argumentar que los principios de informalidad y oficiosidad permiten que el Tribunal Constitucional conozca el caso nuevamente sin existir un alcance limitado al recurso de ambas partes, sino más bien al caso concreto, a las pretensiones de las partes en primer grado y ante el órgano constitucional, procurando una solución al conflicto sin formalismos excesivos. El problema de este argumento es que se estaría vulnerando el debido proceso y la tutela judicial efectiva del único recurrente.

Es por esto que compartimos a plenitud las motivaciones del voto salvado suscrito por el magistrado Lino Vásquez en el sentido de que el Tribunal Constitucional debe limitar el alcance del recurso a lo solicitado por el recurrente, exceptuando el caso en que pueda favorecerle.

Como hemos afirmado en el desarrollo del presente escrito, la prohibición del non reformatio in peius no solo es aplicable a los procesos penales, sino que conforme al 69.10 mantiene vigencia en todas las materias, incluyendo los procesos constitucionales.

Si admitiéramos la posibilidad de que los jueces puedan decidir respecto de aspectos no impugnados por las partes, estaríamos permitiendo fallos extra petita, lo cual pudiera generar inseguridad jurídica y arbitrariedades.

Para concluir, resumimos algunas razones adicionales a lo contemplado en el artículo 69.9 de la Constitución por las cuales entendemos que la sentencia TC/0161/16 vulnera la prohibición del reformatio in peius:

La Ley 137-11, que regula los procedimientos constitucionales, no contempla con detalles cómo será la instrucción de los recursos de revisión en materia de amparo ante el Tribunal Constitucional;

La referida ley, en su artículo 7.12, reconoce la aplicación del principio de supletoriedad cuando exista imprevisión, oscuridad, insuficiencia o ambigüedad de esta ley;

El efecto devolutivo de los recursos está limitado al accionar de las partes; cuando una sola parte recurre, dicho recurso no le puede perjudicar; la prohibición de la reformatio in peius es una consecuencia del efecto restrictivo del recurso de apelación (*Tantum Devolutum Quantum Apellatum*) según el cual el objeto de dicho recurso es sustituir la decisión impugnada, sin que pueda revisarse más allá de lo solicitado;

Como bien expresa el magistrado Lino Vásquez en su voto salvado: si el recurso de una de las partes pudiera perjudicarle, esto generaría un efecto disuasivo que limitaría el derecho que tienen las partes a recurrir una sentencia, en razón de la inseguridad que le generaría que su situación pueda ser empeorada;

Los principios de oficiosidad e informalidad deben adoptarse de forma armónica con otros derechos fundamentales, es decir, tomando en cuenta que los derechos de la tutela judicial efectiva y el debido proceso de las partes no sean vulnerados.

[1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Cursante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Pantheon Sorbonne y el IGLOBAL, y profesor de Derecho Constitucional.

[2] **Art. 404.- Perjuicio.** *Cuando la decisión sólo es impugnada por el imputado o su defensor, no puede ser modificada en su perjuicio; si se ordena la celebración de un nuevo juicio, no puede imponérsele una pena más grave.*

[3] La sentencia T-393/17 de la Corte Constitucional de Colombia reconoce este criterio al establecer que: *“la garantía constitucional de la non reformatio in pejus, la cual es aplicable no solo a procesos punibles sino a otras ramas del derecho incluyendo la contenciosa administrativa, es un derecho fundamental que consagra una de las reglas básicas de los recursos, y es la de establecer un límite a la competencia del fallador de segunda instancia consistente en que su providencia debe ceñirse únicamente a un pronunciamiento respecto de lo desfavorable a quien apeló, es decir, no puede hacer más perjudiciales las consecuencias de quien ejerció el recurso. Si el operador transgrede esta regla, su sentencia estará violando directamente la Constitución.”*, disponible en la Web: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-393-17.htm>

[4] GIL, Domingo, *“La Constitución Comentada”*, Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS), noviembre 2011, P. 163.

[5] Sentencia de la Sala Primera, Corte Constitucional de Colombia, T-291-06, disponible en la Web: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-291-06.htm>

[6] Artículo 7.12 de la Ley 137-11: *Para la solución de toda imprevisión, oscuridad, insuficiencia o ambigüedad de esta ley, se aplicarán supletoriamente los principios generales del Derecho Procesal Constitucional y sólo subsidiariamente las normas procesales afines a la materia discutida, siempre y cuando no contradigan los fines de los procesos y procedimientos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo.*

[7] Artículo publicado en Gaceta Judicial, Edición enero 2019, *“La Apelación civil dominicana: naturaleza, efectos y los vicios que la provocan”*, disponible en la Web: [https://app.vlex.com/#/search/jurisdictions:DO+content\\_type:4/efecto+devolutivo/WW/vid/839612164](https://app.vlex.com/#/search/jurisdictions:DO+content_type:4/efecto+devolutivo/WW/vid/839612164)

[8] Sentencia 1294/2020, Primera Sala, SCJ, 27 de noviembre de 2019, disponible en la Web: <https://www.poderjudicial.gob.do/Reportepdf/reporte2011-1998.pdf>

[9] Sentencia 449/2020, Primera Sala SCJ, 18 de marzo de 2020, disponible en la Web: <https://www.poderjudicial.gob.do/Reportepdf/reporte2008-3740.pdf>

[10] “Artículo 20 Ley 3726 de 1953 modificada por el artículo único de la Ley 491-08.- *La Suprema Corte de Justicia, siempre que casare un fallo, enviará el asunto a otro tribunal del mismo grado o categoría que aquél de donde proceda la sentencia que sea objeto del recurso. Si la segunda sentencia es casada por igual motivo que la primera, el segundo tribunal al cual se reenvíe el asunto deberá conformarse estrictamente con la decisión de la Suprema Corte de Justicia, en el punto de derecho juzgado por ésta, salvo las excepciones establecidas por la ley. Cuando la casación se funde en que la sentencia contra la cual se interpuso apelación, no estaba sujeta a este recurso, como también cuando sea pronunciada por contradicción de fallos, o en cualquier otro caso en que la casación no deje cosa alguna por juzgar, no habrá envío del asunto*

[11] SCJ, Cámaras Reunidas, 6 de septiembre 2006, núm. 1, B. J. 1150-pp. 3-11.

[12] SCJ, Tercera Sala SCJ, , 30 de enero de 2013, núm. 28, B. J. 1226.

[13] SCJ, Primera Sala SCJ, 28 de marzo de 2012, núm. 131, B. J. 1216.

[14] SCJ, Primera Sala SCJ, 13 de junio de 2012, núm. 4, B. J. 1219

[15] COUTURE, Eduardo J., "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Tercera Edición, 1958, Depalma, P. 187

[16] Normalmente y no en todos los casos, porque a pesar de que la Constitución en su artículo 164 establece la creación de los tribunales contenciosos administrativos, a la fecha no han sido creados y el Tribunal Superior Administrativo conoce los casos en "*primera instancia*".

[17] El magistrado Alarcón aborda esta tesis en su artículo "*¿Constituye la tercería, en puridad, un verdadero recurso?*" expresa que la tercería tiene otra mística y se inscribe en unas coordenadas diferentes, lo que nos lleva a la aseveración de que no se trata de un "recurso" sino de una acción principal y directa, congruente con los principios que informan el debido proceso de ley y que consagra la actual Constitución en su artículo 69", Gaceta Judicial, 1 de junio 2012, disponible en la Web: [https://app.vlex.com/#/search/jurisdictions:DO+content\\_type:4/recurso+de+terceria/WW/vid/450231694](https://app.vlex.com/#/search/jurisdictions:DO+content_type:4/recurso+de+terceria/WW/vid/450231694)

[18] Algunos recursos interpuestos cuando estaba vigente la Ley 437-06 aún se encuentran pendientes de sentencia, estos eran recursos de casación ante la Suprema Corte de Justicia, la cual ha adoptado el criterio de declarar su incompetencia y remitirlos al Tribunal Constitucional en virtud del principio de que la ley procesal tiene aplicación inmediata, en este caso refiriéndose a la competencia de la Ley 137-11, postura que ha sido criticada por el órgano constitucional estableciendo en uno de esos casos que *una interpretación correcta del principio de aplicación inmediata de la ley procesal nos permite concluir en el sentido de que la competencia para conocer del recurso que nos ocupa correspondía a la Sala Civil de la Suprema Corte de Justicia, porque la competencia de un tribunal viene determinada por la normativa vigente en la fecha en que se produce el apoderamiento, y no en la normativa vigente en la fecha en que el tribunal va a decidir la acción o el recurso.* TC/0229/19.

[19] Esto fue aclarado en la sentencia TC/0080/12.

[20] Sobre la inadmisibilidad por no cumplir con este requisito de forma ver sentencia TC/0674/18, disponible en la Web: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/18271/tc-0674-18.pdf>

[21] Sobre la especial relevancia o trascendencia constitucional, aunque se reconoce que el Tribunal no ha aplicado de lleno este requisito, la sentencia TC/0007/12 declaró inadmisibles un recurso de revisión de sentencia de amparo por este motivo. Posteriormente en el año 2012, este precedente fue abandonado y es notable ver el voto salvado de la magistrada Katia Miguelina Jiménez respecto de la ausencia de análisis de este requisito formal.

[22] El Artículo 101 de la Ley 137-11 lo contempla como una facultad potestativa del tribunal: *Si el Tribunal Constitucional lo considera necesario podrá convocar a una audiencia pública para una mejor sustanciación del caso.* Así mismo, la sentencia TC/0291/14 estableció que *el Tribunal deberá conceder la solicitud de fijación audiencia muy excepcionalmente, es decir, cuando estime que las características particulares del caso requieran una mejor edificación respecto de los hechos y circunstancias planteada.*

[23] Sentencia TC/0161/16, 9 de mayo de 2016, disponible en la Web: [https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/19091/tc-0161-16\\_integra.pdf](https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/19091/tc-0161-16_integra.pdf)

[24] Op. Cit. P. 22-31.

## **Las herramientas jurídicas para fomentar la inversión privada en el deporte dominicano**

*Francisco Lapouble Segura*

El pasado mes de agosto, nuestra Ley General de Deportes número 356-05 cumplió quince años de promulgada. El tiempo transcurrió. Quedó a deber. Y al final se convirtió en un texto que todos sabíamos que existe, pero sus objetivos y su verdadero alcance quedaron a medio camino. Instituciones que se contemplaron, pero que nunca llegaron a funcionar. Otras terminaron operando con más atribuciones de las que la ley misma les otorga. Y ni hablar de las numerosas contradicciones con leyes nacionales, como la Ley 122-05, que regula y fomenta las asociaciones sin fines de lucro, además de los choques con principios sobre los que se fundamenta lo que hoy se conoce como Lex Sportiva<sup>[1]</sup>.

El presente nos encuentra en medio de un proceso para intentar su reforma. Sin embargo, los proyectos que han surgido desde diferentes sectores se quedan cortos. Reflejan la ausencia de estrategia y de las investigaciones necesarias para identificar las verdaderas necesidades del deporte dominicano.

Uno de los eternos pendientes olvidados por el legislador es la inversión privada. Quien ha sido una aliada no sólo del movimiento deportivo, sino que desde sus mismos espacios ha sabido crearse las plataformas idóneas para ayudar a impulsar atletas, competencias, selecciones nacionales e instituciones de todas las índoles.

De todos modos, la ausencia de una regulación que incentive a las empresas no ha sido obstáculo para que estas se involucren en el deporte. En los últimos diez años en nuestro país son muchos los ejemplos exitosos que se han cosechado gracias al impulso del sector privado. Por eso, es necesario seguir trabajando para que dichos éxitos se repliquen y que los interesados que se sumen sean más. Pues, en ningún país del mundo, por más desarrollado que sea, el presupuesto público es suficiente para cubrir las necesidades deportivas que genera una sociedad.

Cualquier reforma en la materia que se quiera ajustar a la realidad actual, debe tomar en cuenta la inclusión de herramientas jurídicas que han servido a lo largo de los años, tanto aquí, como allá, para garantizar ejecuciones de proyectos exitosos. Me refiero a colaboraciones público-privadas, patrocinios, mecenazgos, consolidación del arbitraje deportivo. Figuras que de manera sucinta procedo a comentar.

### **Las Alianzas Público-Privadas**

Más allá de lo que vaya a pasar en el Congreso con el proceso de modificación, recientemente se promulgó en nuestro país la Ley 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas, que viene a regular la figura de la Colaboración Público-Privada. Dicha ley, define esta figura como el mecanismo por el cual agentes públicos y privados suscriben

voluntariamente un contrato a largo plazo, como consecuencia de un proceso competitivo, para la provisión, gestión u operación de bienes o servicios de interés social en el que existe inversión total o parcial por parte de agentes privados, aportes tangibles o intangibles por parte del sector público, distribución de riesgos de ambas partes, y la remuneración está asociada al desempeño conforme a lo establecido en el contrato[2].

Bajo esta herramienta, en el marco del deporte, se han materializado un sinnúmero de iniciativas, que van desde proyectos de construcción y administración de infraestructuras, como estadios, complejos deportivos, centros de alto rendimiento, hasta programas de desarrollo de políticas públicas deportivas para la mejora del atleta amateur, profesional y de alto rendimiento, así como estructuras para la capacitación y contratación de capital humano, tales como entrenadores, ejecutivos y médicos deportivos.

Una de las apuestas de esta nueva ley es mejorar la gerencia del contrato durante su ejecución, en términos de transparencia, fiscalización y administración de los riesgos; elementos que hoy no tienen la mayoría de los proyectos deportivos en nuestro país. Y son cuestiones claves. En ese sentido, una de las más reputadas doctrinas en materia del derecho administrativo nacional afirma que una correcta, eficiente distribución y asignación de riesgos puede tener impacto positivo para la ejecución de un proyecto de Colaboración Público-Privada, tomándose en consideración que son contratos de larga duración[3].

El modelo ha funcionado con éxito en muchos países. En Estados Unidos, por ejemplo, se han ejecutado construcciones de estadios importantes en ciudades como Miami, Buffalo, Detroit, San Diego, fruto de acuerdos concluidos entre empresas con las autoridades locales, que han permitido incluso extenderse hasta la gestión y la administración de estos inmuebles.

Nuestra infraestructura deportiva es una de las grandes asignaturas pendientes, remodelar las que ya existen, identificar los lugares que necesitan nuevas instalaciones, pero sobre todo y lo más importante: mantenimiento; la alianza-público privada, sin dudas, se presenta como una buena opción para lograr estos objetivos.

### **El contrato de patrocinio**

Es imposible imaginarse el deporte de hoy sin patrocinio. Incluso en estos tiempos de pandemia, las marcas han ratificado su apoyo a las principales competiciones, mitigando las pérdidas y evitando el colapso.

Su importancia es tal, que los contratos de patrocinio se han convertido en una herramienta esencial, sobre todo en la industria del deporte, para el armado del

presupuesto de eventos, conformación de planteles profesionales. En definitiva, para poder capitalizar y hacer posible el juego.

En términos jurídicos, el contrato de patrocinio es aquel cuyo objeto es otorgar un soporte material a una manifestación, a una persona, a un producto o a una organización en vista de atraer un beneficio directo[4].

Ante esa realidad, debemos tener bien claro que todo el deporte necesita patrocinio, el profesional, el amateur e incluso el meramente recreativo. Se conciba como un negocio o no, el financiamiento es clave en cualquier escala. Lamentablemente, ni la actual legislación, ni tampoco su proyecto de modificación establecen incentivos para que las empresas se motiven, en mayores proporciones, a invertir.

### **El mecenazgo**

El mecenazgo deportivo es una alternativa que ha dado resultados satisfactorios. Se entiende por mecenazgo deportivo a la entidad pública o privada que realiza donaciones de bienes, servicios o dinero para financiar las actividades relacionadas con el deporte[5].

En nuestro país, el ejemplo más claro de este tipo de apoyos lo tenemos en el proyecto de selecciones nacionales femeninas de volibol, que desde hace más de veinte años sostiene Cristóbal Marte. En términos competitivos, “Las Reinas del Caribe” nos han colocado entre las mejores selecciones del mundo. El esquema ha profesionalizado a la jugadora de volibol dominicana, garantizándoles a muchas atletas de diferentes generaciones poder vivir del deporte y un crecimiento integral tanto a ellas, como a sus familias.

En América Latina, países como Perú, lo han regulado, y se ha implementado para el desarrollo de proyectos de apoyo a atletas, cabe resaltar incluso, la existencia de uno muy bonito concentrado en la ayuda a los deportistas paralímpicos. Otros están orientados hacia el fomento de la infraestructura, y además, algo que necesitamos mucho en acá: programas de preparación para la buena gestión deportiva.

Ahora bien, ¿cuál sería la clave para que República Dominicana atraiga más mecenazgos? Trabajar en un apartado de la nueva ley que motive el mecenazgo podría ser la clave. De ese modo, se podrían establecer incentivos tributarios y la exoneración de aranceles sobre las importaciones de bienes destinados a las actividades deportivas.

Fuera de la industria del deporte, o del deporte como negocio, el mecenazgo también tiene su nicho. Utilizando a las asociaciones sin fines de lucro, podrían constituirse proyectos que puedan llegar a niñas y jóvenes en situaciones vulnerables, personas con necesidades especiales. La lista podría ser larga con la regulación específica y con los incentivos bien detallados.

## **Consolidación del arbitraje deportivo**

Resolver las controversias que surjan a lo interno del deporte ha sido de las principales conquistas alcanzadas por el Derecho Deportivo luego de su surgimiento y establecimiento como una verdadera rama del derecho. Las disposiciones emanadas del Tribunal de Arbitraje Deportivo en Lausana, Suiza, se han convertido en precedente vinculante para diferentes instituciones y deportistas en todo el mundo.

Aunque suene extraño, la realidad es que estamos ante un derecho que, por sus características especiales, cuenta con autonomía, y por lo general se ha gobernado a través de sus propias reglas. Y es que, el ordenamiento deportivo supone un grupo de reglas que implica un conjunto sistemático de normas, y a la vez cierta homogeneidad en las relaciones y normas que la componen[6].

Dentro de este esquema, fortalecer la jurisdicción arbitral deportiva en nuestro país es clave para un óptimo desarrollo de nuestro Derecho Deportivo y todos los interesados que lo integran. En la actualidad existe gran desconocimiento sobre la posibilidad que tienen quienes hacen vida en del deporte dominicano de acceder al Tribunal de Arbitre Deportivo que establece la actual Ley General de Deportes. Que está abierto y que funciona, gracias a los acuerdos alcanzados entre el Comité Olímpico Dominicano y el Centro de Resolución de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo.

Para lograr que se establezca esta cultura de acudir a las instancias internas creadas para resolver las controversias, los actores que forman parte del deporte nacional están llamados a fomentar una cultura de gobernanza distinta, crear las bases institucionales que ayuden al uso de estas buenas prácticas y así evitar los incómodos procesos ante los tribunales ordinarios.

La reforma para una nueva ley general de deportes debe concentrar el trabajo del legislador, entre otros puntos, en reforzar el proceso el arbitraje, para que pueda ser concebido con todas las características de una jurisdicción de este tipo. Es decir, como un ordenamiento originario, sobre el que no existe otro superior del que tome su legitimidad y en el que se confíe para imponer su decisión. Con una legitimidad que le sea dada por su emergencia voluntaria y convencional, y por su sostenimiento actual, basado en la existencia de un vinculo deportivo que une a los individuos y organizaciones que se adscriben al movimiento deportivo mundial. La naturaleza de su coacción hay que buscarla en la posición monopolística que ese otorgamiento otorga a un poder deportivo que proyecta su imperio sobre la casi totalidad de las relaciones[7]. Tomar en cuenta a la inversión privada en el deporte es fundamental en cualquier reforma legislativa que se quiera ejecutar. Lamentablemente, hasta ahora, ni la Ley General de Deportes ni sus trabajos de reformas han dado señales de que esto se una prioridad. Cocinar un proceso a la carrera, al que le falta trabajo, diseño de estrategia y

planificación podría terminar indigestándonos a todos. Y como siempre, beneficiando a unos pocos y perjudicando el principal activo de este ecosistema: el deportista.

[1] Lex Sportiva, también conocido como Derecho del Deporte Global, es el conjunto de principios y reglas creadas específicamente para la organización del deporte y emanadas desde instituciones jurisdiccionales deportivas, esencialmente por el Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS, por sus siglas en francés), con sede en Lausana Suiza.

[2] Ley 47-20, Ley de Alianzas Público-Privadas, artículo 4, numeral 6.

[3] R. Dickson Morales. Asignación de Riesgos en la Colaboración Público-Privada: Una Visión De España y República Dominicana con Algunas Precisiones de Otras Jurisdicciones de Iberoamérica. Thomson Reuters Arazandi, Primera Edición 2019, p. 233

[4] F. Buy, JM Marmayou, D. Poracchia, F. Rizzo. Droit du Sport. L.G.D.J., Segunda Edición, 2009, P. 820.

[5] Ley 30479 del Perú sobre “ Mecenazgo Deportivo”, artículo 2.

[6] C.Clerc. Derecho del Deporte o Derecho Deportivo, Su autonomía. Universidad de Buenos Aires, Argentina. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado número 2. Diciembre 2012, páginas 17-34.

[7] C.Clerc.op.cit.

## ¿Existe la Responsabilidad Patrimonial del Estado “objetiva” en la República Dominicana?

*Bienvenido G. Liz Santana*

No es un misterio que el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado en la República Dominicana ha sido poco explotado. Sin embargo, no es discutible la posibilidad de que un ciudadano, siempre y cuando experimente un perjuicio de naturaleza antijurídica (sufra un perjuicio que no se encuentra en la obligación de soportar), pueda demandar a la administración.

La Constitución en su artículo 148, establece de manera precisa la cláusula general de responsabilidad pública. Estableciendo temas tan interesantes como la solidaridad entre la administración pública y el funcionario, al tiempo que establece algunos criterios de imputación: actuación u omisión administrativa antijurídica. Hasta el año 2010, cuando fue la primera expresión constitucional de esta figura, no existía discusión (al menos no tan fuerte) sobre cuál era la tipología de la responsabilidad pública en la República Dominicana, ya que dicho texto constitucional no mostraba, en principio, una verdadera apertura a la objetivación de la responsabilidad. Sin embargo, otros establecieron inmediatamente que, si era posible la existencia, dentro del ordenamiento jurídico dominicano, de la responsabilidad patrimonial objetiva.

Uno de esos autores que apoyaba la existencia de la responsabilidad objetiva en el ordenamiento dominicano es el ilustre jurista Olivo Rodríguez Huertas, que justo en el apostilla a ese artículo en el marco del comentario realizado por la Finjus a la Constitución del año 2010, indicó: *“El hecho de que la Constitución solo contemple una situación de responsabilidad subjetiva, no quiere decir que en el texto fundamental excluya la responsabilidad objetiva derivado del sacrificio especial impuesto a un particular por una decisión lícita de los órganos que conforman los entes públicos, y que este no tiene el deber de soportar, pues el mismo encuentra fundamento en otros principios de raigambre constitucional, como el de la igualdad ante la ley y el de proporcionalidad ante las cargas públicas”*.

En esa tesitura, nos preguntamos: ¿A caso sería necesario demostrar siempre el factor de atribución (falta/culpa) para que proceda la responsabilidad patrimonial del Estado? La respuesta obvia es que no, ya que aun ante la ausencia de uno de esos elementos (falta/culpa) el Estado sigue teniendo la obligación de resarcir al ciudadano que ha sufrido un perjuicio ilegítimo producto de una acción u omisión atribuida a este. Esta discusión no tiene, como nada en el derecho, una única respuesta correcta contrario a lo que planteó en su momento Ronald Dworking. Por lo que, existirán los que entienden que únicamente en el ordenamiento jurídico dominicano esta configurada la responsabilidad subjetiva del Estado y otros que entendemos que hay una expresión directa de objetividad en la responsabilidad pública.

En ese sentido, se plantea que el artículo 57 de la Ley núm. 107-13, sobre los Derechos de las Personas en su Relación con la Administración y de Procedimiento

Administrativo, solo prevé la responsabilidad subjetiva, es decir, aquella en la que hay que demostrar el factor de atribución.

Sin embargo, si leemos de manera armónica el artículo completo, observaremos como, aunque en la parte capital plantea la existencia de la responsabilidad subjetiva, en su párrafo primero establece que serán indemnizados los ciudadanos cuando en su contra surja un perjuicio incluso derivado de un ejercicio lícito de las potestades administrativas. Asimismo, algunos plantean que esto es una excepción al criterio general de subjetividad que se enarbola en la parte capital del artículo mencionado, sin embargo, a nuestro juicio es la verdadera expresión de que sí existe la posibilidad de que la administración incurra en responsabilidad desde el punto de vista objetivo.

Así las cosas, establecer que más que una responsabilidad objetiva lo que plantea el legislador en el 57 de la Ley 107-13 son excepciones a la subjetividad, no es un argumento a nuestro juicio que contenga suficiente peso, ya que, al final sería decir que esas excepciones se parecen a causales de responsabilidad objetivas, tienen los mismos requisitos para su configuración, se ven igual; pero: “no lo son”. Es una cuestión semántica, pero a pesar de que el legislador tituló erróneamente el artículo 57, no puede negarse que ciertamente allí (analizando su sentido completo) se configura la posibilidad de una responsabilidad objetiva.

En suma, no es posible afirmar que en la República Dominicana exista una sola tipología de responsabilidad, ya que de la lectura armónica del artículo 57 de la Ley núm. 107-13 y, de la propia revisión de la Constitución y de los principios administrativos de igualdad ante las cargas públicas y ante la ley, se desprende ineludiblemente que en el marco jurídico dominicano encuentra su expresión la responsabilidad objetiva, personalizada en los escenarios en los cuales aun el ejercicio lícito de las potestades administrativas es plausible el Estado de comprometer su responsabilidad.

## **Análisis de los contratos administrativos: distinción entre contratos privados de la Administración y las cláusulas exorbitantes**

*Víctor A. León Morel*[1]

### **Introducción**

Para Ambrosio Colin y Henri Capitant, un contrato en términos generales puede ser definido como un *acuerdo de dos o más voluntades, dirigido a producir efectos jurídicos*[2]. Nuestro Código Civil lo define como un convenio en cuya virtud una o varias personas se obligan respecto de una o de varias otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa[3]. Este acuerdo de voluntades es válido conforme el artículo 1108, con el cumplimiento de cuatro requisitos esenciales: 1) el consentimiento de la parte que se obliga; 2) su capacidad para contratar; 3) un objeto cierto que forme la materia del compromiso; y 4) una causa lícita en la obligación. La jurisprudencia de nuestra Suprema Corte de Justicia ha establecido que estas cuatro condiciones *constituyen elementos mínimos indispensables establecidos por la ley con la finalidad de que la contratación produzca, respecto de los contratantes, los efectos jurídicos que le son propios*[4].

Como bien sabemos, los contratos constituyen acuerdos entre las partes[5] conforme al artículo 1134 que les otorga fuerza de ley a quienes lo suscriben, y la máxima *pacta sunt servanda*, principio que la jurisprudencia ha reafirmado al indicar que *los contratos son la ley de las partes; no son revocables unilateralmente, sino por mutuo consentimiento o por las causas que establece la ley, y deben ejecutarse de buena fe*[6], sin embargo, aún cuando la doctrina reconoce que no existen muchas diferencias entre el contrato privado y los contratos administrativos, en razón del interés general que suscitan estos últimos, se otorgan ciertas facultades calificadas como “*cláusulas exorbitantes*” que la ley pone a disposición de la Administración contratante.

En el presente artículo, pretendemos realizar un análisis respecto lo que ha expresado la ley, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional sobre la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la administración, para luego examinar la interesante figura de las cláusulas exorbitantes.

### **II Análisis de los contratos administrativos y contratos privados de la administración: importante distinción**

El origen de la noción de contrato administrativo viene de Francia y la famosa sentencia del caso Terrier dictada por el Consejo de Estado en 1903, donde se destacó la participación del Comisario del Gobierno Romieu quien justificaba la distinción que hasta ese entonces no existía entre contrato privado y contrato administrativo argumentando que *con independencia del carácter nacional o local de los intereses a los que haya que dar respuesta, cuando estén en juego unas necesidades colectivas que deban ser atendidas por las personas públicas, no cabrá considerar que estos intereses hayan de regirse exclusivamente por principios del derecho civil*[7].

Para el profesor Brewer Carías, el Estado al emitir diferentes especies de actos puede actuar indistintamente bajo formas **públicas o privadas**. Si opta por lo primero, que es el cauce propio y natural, sus actos serán, en principio, de Derecho Público, aunque puede también celebrar actos de objeto privado o de régimen jurídico mixto, en la medida en que lo admita el ordenamiento. Si, en cambio, asume la condición de una persona jurídica privada, sus actos, en principio, se hallarán sometidos enteramente al Derecho Civil o Mercantil, encuadrándose en el régimen ordinario del llamado derecho común, salvo las derogaciones que a texto expreso introduzcan normas públicas o privadas o las que deriven del régimen exorbitante aplicable a las relaciones jurídicas. Tanto en este último supuesto, como en el de los llamados actos mixtos o de objeto privado, el Estado no actúa en la función o actividad administrativa (en el campo del Derecho Público), sino que desenvuelve una actividad regulada por el Derecho Privado.[8]

Normalmente se entiende que la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la administración tiene una finalidad únicamente práctica procesal, a fines de determinar el tribunal competente en caso de conflictos. Así, el artículo 7 literal f de la Ley 1494 de fecha 9 de agosto de 1947 que instituye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que el Tribunal Superior Administrativo no será competente de *las cuestiones de índole civil, comercial y penal, y todas aquellas en que la administración o un órgano administrativo autónomo obre como persona jurídica de derecho privado*.

Partiendo de lo anterior, es evidente que, aunque el sujeto del contrato es importante para determinar el tipo de contrato, no es el único requisito a analizar, pues como bien afirma el profesor Brewer Carías, la Administración suscribe diferentes tipos de acuerdos, algunos de índole administrativa y otros de índole privada, que no procuran satisfacer necesidades de interés general. Así lo ha expresado el profesor Luis Fraga Pittaluga al indicar que *el hecho de que el contrato sea celebrado por una persona pública no es causa suficiente para dotarlo de la calificación de administrativo, ni siquiera, que ambas partes sean personas públicas*[9].

El Tribunal Constitucional Dominicano en la sentencia TC/0009/15 se ha referido a los contratos administrativos, expresando que *en el contexto del ejercicio de la potestad administrativa que tiene la administración pública en el manejo de los intereses públicos, existen los **contratos administrativos**, los cuales son el instrumento que permite a la administración contratar con los particulares, teniendo por objeto las concesiones de servicios u obras públicas, así como el uso y goce de las dependencias del dominio público del Estado por parte de particulares*[10]. (Subrayado y negrito es nuestro)

El profesor Brewer Carías ha reseñado dos sentencias fundamentales de la Sala Política Administrativa de Venezuela de fechas 14 y 21 de abril de 2004, las cuales han identificado las siguientes características esenciales de los contratos administrativos:

1. *Que una de las partes contratantes sea un ente público;*

2. *Que la finalidad del contrato se encuentre vinculada a una utilidad pública o servicio público;*
3. *Como consecuencia de lo anterior, debe entenderse la presencia de ciertas prerrogativas de la administración en dichos contratos considerados como exorbitantes, aun cuando no se encuentren expresamente plasmadas tales características en el texto de los mismos[11];*

Sobre el primer requisito no existe mucha discusión pues el sujeto es importante en la determinación del tipo de contrato, aunque algunos reconocen que es posible admitir excepciones en caso de un mandato tácito, como en el caso de los contratos de concesiones, en los cuales se delega en un particular la facultad de desarrollar un servicio público o aprovechar un bien del Estado. Este criterio fue inicialmente reconocido por el Tribunal de Conflictos de Francia en una sentencia del año 1975 donde se determinó que el contrato suscrito por una empresa de capital mixto cuyo para la construcción de una red de alcantarillado y una red de distribución de agua potable era de naturaleza administrativa, por el mandato tácito correspondiente a los artículos 1792 y 2270 del Código Civil[12]. Otra excepción contenida en la jurisprudencia francesa fue el famoso caso *Entreprise Peyrot*[13] de 1963, la cual estableció que se trata de un contrato administrativo cuando se trate de un objeto perteneciente por su naturaleza al Estado. En la actualidad ese precedente fue abandonado en 2015 por la sentencia del caso *Autoroute du sud de la France*[14], en la cual el Tribunal de Conflictos expresó lo siguiente:

*Considerando que una empresa concesionaria de autopistas que celebre con otro particular un contrato de construcción, explotación o mantenimiento de la autopista no puede considerarse, en ausencia de condiciones específicas, como actuó en representación del Estado; que las controversias derivadas de la ejecución de este contrato son de competencia de los tribunales del orden judicial.*

El segundo requisito, respecto a la finalidad del contrato y su vinculación con una utilidad o servicios públicos, es el más importante para entender la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración. Para el profesor Brewer Carías *en el lenguaje político-administrativo, estos servicios públicos vendrían a constituir aquellas actividades del Estado destinadas a satisfacer necesidades colectivas. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, la noción de servicio público es algo más precisa, y puede decirse que se refiere a las actividades prestacionales del Estado tendientes a satisfacer necesidades colectivas, y que cumple en virtud de una obligación constitucional o legal[15].*

En un magnífico trabajo denominado "*Publicación (publicatio) de los servicios públicos en la República Dominicana: una mirada desde el derecho económico*", la licenciada Yorlin Vásquez expresa que el servicio público se refiere al conjunto de actividades prestacionales asumidas o reservadas al Estado, a fin de satisfacer necesidades colectivas de interés general, siendo nota distintiva la *publicatio*, es decir, la titularidad pública de la actividad en cuestión y la subsiguiente quiebra de la libertad de empresa[16]

Para el licenciado Ignacio Matos, la distinción entre ambos tipos de contratos no es un tema de discusión en nuestro país, pues resalta que *según el artículo 2 de la Ley 340-06[17] sobre Contrataciones Públicas todas las entidades públicas, incluyendo las empresas públicas financieras y no financieras, así como cualquier entidad sin hacer distinción sobre su naturaleza pública o privada, que contrate con fondos públicos están sujetas a las disposiciones previstas en esta y en sus reglamentos. De igual forma, su artículo 5 prevé que toda compra o contratación de bienes, servicios, obras públicas, concesiones, consultoría, alquileres con opción a compra y arrendamiento, así como todos aquellos contratos no excluidos expresamente o sujetos a un régimen especial, están sometidos a su ámbito de regulación[18].*

En sus palabras, continua diciendo que *resulta claro que en la República Dominicana la definición de contratos administrativos nace de un criterio de calificación legal de interpretación estricta, que asume como administrativo un contrato por el mero hecho de que en él participe una entidad pública o se financie con fondos del Estado.[19]*

La reciente Ley 47-20 de Alianzas Público Privadas introduce una nueva perspectiva a esta visión limitada que contemplaba la Ley 340-06, definiendo las APP como *el mecanismo por el cual agentes públicos y privados suscriben voluntariamente un contrato de largo plazo, como consecuencia de un proceso competitivo, para la provisión, gestión u operación de bienes o servicios de interés social en el que existe inversión total o parcial por parte de agentes privados, aportes tangibles o intangibles por parte del sector público, distribución de riesgos entre ambas partes, y la remuneración está asociada al desempeño conforme a lo establecido en el contrato.[20]*

Esta novedosa ley ya ha tenido fuertes críticas de algunos administrativistas pues como establece el profesor Boris de León, se entiende que dicha legislación eliminó la configuración legal del contrato de concesión, y que *si no se toman las precauciones reglamentarias, se corre el riesgo de que ciertos organismos públicos, especialmente los dotados de personalidad jurídica propia y autonomía funcional y presupuestaria, lleven a cabo contratos de concesión al margen de las previsiones de la Ley de APP y de las autorizaciones de sus organismos de aplicación[21]* y el profesor Rafael Dickson Morales ha criticado la *conceptualización y objetivo del proyecto, estableciendo mezclas con las concesiones tradicionales y las que sean bajo la modalidad de APP, lo que provoca una profunda confusión conceptual jurídica que de aprobarse de esa manera generará innumerables dificultades prácticas[22].*

Ahora bien, un aspecto importante de dicha normativa es que define dos conceptos relevantes al presente escrito: 1) bien de interés social; y 2) servicio de interés social[23], ambos conceptos que aunque sean muy parecidos presentan una distinción respecto a satisfacer necesidades de interés colectivo a través de bienes sociales y a través de servicios públicos, respectivamente.

En nuestra opinión, estos términos permiten delimitar que la Administración no siempre contrata para satisfacer una de esas necesidades de interés colectivo, sino que también suscribe acuerdos para su oportuno funcionamiento ordinario y cotidiano.

Para respaldar este punto de vista podemos ver que en la sentencia citada **TC/0009/15**, el Tribunal Constitucional entendió que se trataba de un contrato administrativo no solo porque una de las partes era el Estado dominicano, sino también porque se trataba de una concesión para brindar un servicio público esencial como lo es la energía eléctrica<sup>[24]</sup>. Otra sentencia importante es la **TC/0192/17**, la cual define el contrato administrativo como *aquel contrato por medio del cual el Estado encomienda a una persona física o moral, la prestación de un servicio público bajo determinadas condiciones, retribuyéndose dicha labor con el precio o tarifa pagado por los usuarios del servicio concesionado o con subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o con ambas modalidades a la vez*[25]. Este órgano constitucional colegiado ha reafirmando este criterio en la sentencia **TC/0137/20** donde define los contratos administrativos como *actos administrativos, por medio de los cuales el Estado, llamado concedente, faculta al particular, llamado concesionario, para que administre y explote en su provecho, en forma regular y continua, pero por tiempo determinado, bienes del dominio público o servicios públicos, **en vista de satisfacer un interés colectivo**, mediante una ley preconcebida.*[26](Subrayado y negrito es nuestro)

La Suprema Corte de Justicia ha reconocido contratos privados suscritos por la Administración, específicamente la Tercera Sala en su sentencia número 722 de fecha 9 de noviembre de 2012, estableciendo que el contrato de arrendamiento entre la Comisión Aeroportuaria y un particular no se configuraba como un contrato administrativo porque *no se trata de un servicio público de interés general, ni de un contrato administrativo, por lo que por su naturaleza, no es competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino que le son aplicables las normas del derecho común, ya que la relación contractual surgida es un servicio de índole civil, presentándose como una persona de derecho privado*[27].

El profesor Brewer Carías ha sostenido que *la noción de contrato administrativo solo puede ser aceptada para identificar un tipo de contrato público (contratos de Administración Pública) que en virtud de una finalidad pública específica perseguida que puede ser por ejemplo la prestación de un servicio público, la construcción de una obra pública, el uso de bienes públicos, un empréstito público, “está sujeto preponderantemente a un régimen de derecho público, pero no con el objeto de distinguir entre contratos públicos sometidos al derecho público y otros supuestamente sujetos a un régimen de derecho privado.*[28]

Habiendo analizado los primeros dos requisitos comunmente aceptados por la doctrina y jurisprudencia para distinguir un contrato administrativo, pasaremos a analizar las denominadas cláusulas exorbitantes.

## II. De las cláusulas exorbitantes

La Real Academia de la Lengua Española define el término cláusula como *cada una de las disposiciones de un contrato, tratado, testamento o cualquier otro documento análogo, público o privado*[29]. Muchos administrativistas entienden que por esta razón no se tratan de “cláusulas” per se, porque su origen y regulación no se encuentra en la libertad contractual de las partes, sino más bien en poderes que la misma ley otorga, como el doctor *Ciro Norberto Güechá Medina* en su trabajo *“Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal*[30], así como del profesor *José Ignacio Hernández* cuando establece que *si las cláusulas exorbitantes son en realidad poderes extracontractuales, su fuente no puede anclarse en el objeto del contrato sino en realidad, en la Ley, y es esa norma y no el contrato que legitima a la Administración a desplegar esas potestades, por lo que su ejercicio mal podría supeditarse al objeto del contrato, o sea a su carácter administrativo*[31].

Las cláusulas exorbitantes representan la mayor distinción entre los contratos administrativos y los contratos privados suscritos por la Administración en razón de los poderes extraordinarios que se conceden al ente estatal. Nuestra legislación contiene varios ejemplos de este tipo de cláusulas, siendo la más común el artículo 31 de la Ley 340-06 que faculta a la Administración a tomar una serie de medidas que en el derecho privado no pudieran ser posibles, en razón de que no está en juego el interés general, y la doctrina reconoce que dichas cláusulas *no se inspiran en el acuerdo voluntario sino que nacen de la ley, a tal punto que la ausencia de una estipulación expresa que las recoja en el contrato, no niega su existencia ni su efectividad*[32].

Otros posibles ejemplos de cláusulas exorbitantes los encontramos en la novedosa Ley 47-20 sobre Alianzas Público-Privadas, especialmente en sus artículos 72.3 y 73.1, que establecen lo siguiente:

*Artículo 72. Terminación unilateral y anticipada de contratos por la autoridad contratante. Los contratos regulados por esta ley podrán terminarse anticipadamente y de manera unilateral por la autoridad contratante, por las siguientes causales:*

*Artículo. 73. Obligaciones mínimas de la autoridad contratante. El contrato de alianzas público-privadas establecerá las obligaciones mínimas de la autoridad contratante en cuanto a la administración y supervisión de dicho contrato, y se incluirán, al menos, las siguientes obligaciones:*

*3) Por exigirlo el interés público o la seguridad nacional, en ambos casos relacionados con incumplimientos graves que afecten o pongan en riesgo la entrega de los bienes o servicios públicos;*

Al respecto, el profesor *Olivo Rodríguez Huertas* ha puntualizado correctamente algunos aspectos sobre las cláusulas exorbitantes, las cuales dadas su importancia nos permitimos citar:

*En el ámbito de los contratos administrativos, el Estado tiene una serie de prerrogativas que puede ejercer de manera unilateral. Está facultado para rescindir el contrato, sin falta de co-contratante; puede imponer modificaciones a la ejecución del contrato; cuenta con un poder de interpretación; está investido con un poder de dirección y control; y goza de la potestad de sancionar al contratista. Por su parte, el particular co-contratante tiene como contrapartida el derecho a ser indemnizado; a que se restablezca el equilibrio económico financiero del contrato afectado por un álea económico o administrativo; así como a demandar la rescisión del contrato.*

*La jurisprudencia dominicana ha reconocido el régimen exorbitante en materia de contratos administrativos: (a) En una Sentencia que figura en el Boletín Judicial 968, la Suprema Corte de Justicia consideró que la revocación unilateral de un contrato de concesión con una empresa telefónica hecha por un municipio no era ilegal, por no tratarse de un simple contrato entre particulares, sino de una concesión de servicio público; (b) En Sentencia de fecha 27 de noviembre de 1991, nuestro más alto órgano de justicia, frente al alegato de un Ayuntamiento de que, por iniciativa del Sindico, se adjudicó por concurso el diseño de un hipódromo sin contar con previsión presupuestaria, lo que fue revocado por la Sala Capitulada porque el Ayuntamiento no puede ser responsable de actuaciones de la Sindicatura que estén al margen de la ley, la Suprema Corte de Justicia consideró correcta esa decisión; y (c) En sentencia de fecha 3 de julio de 2001, la Suprema Corte de Justicia, señaló que “la concesión de los servicios telefónicos a favor de la recurrente por el Gobierno Dominicano, es un contrato administrativo, considerado de utilidad pública e interés general, sujeto a la vigilancia y tutela del Estado; que esto implica la atribución de ciertas prerrogativas cuyos efectos, salvo situaciones excepcionales, son exorbitantes del derecho común, tanto frente al concesionario como frente a particulares que no han sido partes en el acuerdo de concesión, por lo que considera que tienen una eficacia erga omnes”[33].*

La importante distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración es ejemplificada en la obra del maestro Brewer Carías “*Sobre las nociones de contratos administrativos, contratos de interés público, servicio público, interés público y orden público, y su manipulación legislativa y jurisprudencial*”[34] en la cual detalla como la República Bolivariana de Venezuela aprobó una serie de leyes para declarar contratos administrativos y ejecutar las cláusulas exorbitantes a fines de apropiarse no solo de las empresas concesionadas en la industria de los hidrocarburos, sino también de todos los servicios conexos a la misma, lo que implicó un atropello a la seguridad jurídica, a los principios básicos del derecho administrativo y al Estado de Derecho.

La Corte Constitucional de Colombia se ha referido a la distinción y a las cláusulas exorbitantes en su sentencia C-1436/00, estableciendo lo siguiente:

*“las diferencia entre unos y otros, en este aspecto [refiriéndose a los contratos celebrados por los particulares y entre éstos y el Estado] reside que en que mientras las convenciones hechas en un contrato de derecho privado son inmutables y sus términos inflexibles, las*

*que conforman el contrato administrativo no gozan de esa inmutabilidad e inflexibilidad rigurosa, sino que admiten cierto grado de mutabilidad cuando lo impone el interés público que constituye la finalidad del contrato, mutabilidad que queda restringida a límites reducidos ya que lo estipulado por las partes en el contrato administrativo debe respetarse en su esencia, de modo tal que no resulten alterados el objeto y el contenido de la convención[35].”*

Así mismo entendemos que estos poderes extraordinarios son otorgados en vista del poder discrecional que la ley le otorga a la Administración para elegir con cierta libertad entre una u otra manera de hacer las cosas, apreciando la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse, según los intereses públicos envueltos, el cual debe ser ejercido conforme lo establece el profesor Brewer Carías en su obra *“Principios del Procedimiento Administrativo en America Laitna”* cumpliendo con requisitos mínimos de *racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad de la misma[36].*

Para el Consejo de Estado de Colombia y su consejero ponente, el reputado administrativista Jaime Orlando Santofimio Gamboa, debe tenerse presente que, si bien es cierto la terminación unilateral del contrato es una facultad discrecional de la entidad contratante en los contratos administrativos, la cual cuenta con un amplio margen para sustentar tal decisión; esta potestad no significa una libertad absoluta para que la autoridad respectiva pueda adoptar tal determinación, pues esta debe, en cada caso concreto, buscar la mejor alternativa de solución que mejor satisfaga el interés general, procurando para ello, que la medida sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza, necesaria, y proporcional a los hechos que le sirven de causa[37].

Sobre los límites de estas facultades extraordinarias, el Tribunal Constitucional Dominicano en su sentencia TC/0093/12 declaró inconstitucional el literal a), del artículo 1, del Decreto No. 452-02 que modificó unilateralmente los contratos de viviendas de interés social estableciendo lo siguiente:

*9.3.3. El ejercicio por parte de las autoridades estatales de facultades excepcionales (cláusulas exorbitantes) que, por razones de orden público, supongan la modificación de las condiciones preestablecidas jurídicamente para el acceso de derechos sociales -como el derecho a la vivienda digna- debe estar fuertemente justificada, no sólo en razones de orden público o interés social, sino que no deben restringir, limitar o dificultar gravemente ni el acceso, ni el disfrute de la titularidad o ejercicio de los llamados derechos de segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales)[38].*

En ese sentido, se tratan de poderes extraordinarios pero no ilimitados, pues como bien lo establece la sentencia del Tribunal Constitucional más arriba citada, no puede restringir, limitar o dificultar el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales, así como también en caso de terminación unilateral de un contrato administrativo están obligados a indemnizar a la contraparte por los daños causados, aunque el párrafo del

artículo 31 de la Ley 340-06 limita el daño al establecer que no habrá indemnización por lucro cesante.

Sobre los límites del poder de la Administración al pretender ejecutar una cláusula exorbitante, el antiguo presidente del Tribunal Constitucional del Perú, doctor César Landa entiende que el *Estado puede intervenir en un contrato de concesión, modificando sus términos, e inclusive resolverlo, a condición de que se justifique tal proceder en el interés público, por lo que recae en la Administración el deber de concretizar la razón de interés público que sustentaría su accionar*[39], y cita la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente 2488-2004-AA, la cual declaró fundada una demanda en razón de que la ordenanza municipal que dejaba sin efecto el contrato de concesión no justificaba tal decisión en alguna razón de interés público[40].

En fin, las cláusulas exorbitantes deben ser ejercidas con cautela por la Administración pues no facultan a la misma a ejercer estos poderes de forma arbitraria, sino tomando en cuenta el interés colectivo. Un ejemplo de un buen ejercicio para el interés colectivo, fue el intento de ejercer este tipo de cláusulas por el gobierno dominicano que dio lugar a la exitosa renegociación con la entidad Barrick Gold a fines de que el porcentaje de los beneficios recibidos por el Estado dominicano fuera mayor procurando equilibrar financieramente el contrato que solamente establecía un 3% de los beneficios y desde 2013 establece un 51% para la República Dominicana[41].

## Conclusiones

Nuestro trabajo tiene como finalidad demostrar que a pesar que en algún momento se entendía que no había distinción entre los denominados contratos administrativos y los contratos privados de la Administración, ya que todos los suscritos por un ente público eran contratos administrativos, lo cierto es que la doctrina, ley y jurisprudencia nacional e internacional han demostrado que se tratan de conceptos diferentes con características distintas, de las cuales destacamos en nuestra opinión los puntos más importantes:

- Existe distinción adjetiva respecto de la competencia en caso de conflictos, donde se distingue que en casos de contratos administrativos la competencia jurisdiccional será del Tribunal Superior Administrativos, y los contratos privados de la Administración donde la competencia reside en los tribunales ordinarios;
- Hay otra distinción sustantiva, la cual fue desarrollada en este trabajo, respecto a las facultades extraordinarias que tienen el Estado en los contratos administrativos, las denominadas cláusulas exorbitantes representan una desventaja para el otro contratante, en razón de las facultades previamente mencionadas contenidas en el artículo 31 de la Ley 340-06;
- Esta ventaja adicional que representan las cláusulas exorbitantes no tienen que estar contenidas en el contrato, porque su origen no es la libertad contractual consagrada en el artículo 1134 del Código Civil, sino más bien la ley, por lo que

los contratantes con el Estado deben comprender el tipo de contrato que están suscribiendo, a fines de asumir las consecuencias de lugar;

- Aunque el artículo 31.1 le otorgue la facultad de interpretar el contrato a la entidad estatal contratante, no se trata de un poder absoluto, en razón de que la parte contratante puede impugnar esta calificación si entiende que ha sido calificado erróneamente como un contrato administrativo y pretenda ejecutar una cláusula exorbitante, sobre todo porque el artículo 139 de la Constitución Dominicana establece que los tribunales controlarán la legalidad de la actuación de la Administración Pública y que la ciudadanía puede requerir ese control a través de los procedimientos establecidos por la ley. Para el profesor Olivo Rodríguez Huertas *el procedimiento administrativo procura, de una parte, garantizar que en su actuación la Administración Pública actúe con acierto, y por otra, que se respeten los derechos de los ciudadanos, sobre todo cuando la decisión administrativa puede afectarlos adversamente;*
- Las cláusulas exorbitantes permiten a la Administración contratante cierto poder discrecional a fines de garantizar el interés colectivo; pero esta discrecionalidad no puede confundirse con actuaciones arbitrarias, pues no solo puede ser obligado a indemnizar al contratante, sino también que en el ejercicio del control de legalidad previamente mencionado, los tribunales pueden anular las mismas como en el caso previamente citado en el cual el Tribunal Constitucional declaró no conforme a la Constitución un decreto que pretendía vulnerar derechos fundamentales a un grupo de personas.

[1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Coursante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Pantheon Sorbonne y el IGLOBAL, y profesor de Derecho Constitucional.

[2] COLIN, Ambrosio, CAPITANT, Henri, *Curso elemental de derecho civil*, traducción de Demófilo de buen, 4a. ed. madrid, reus, 1960, p. 568

[3] Artículo 1101 del Código Civil Dominicano.

[4] Sentencia número 3, CJ, Salas Reunidas, 15 de Agosto de 2012, B.J. 1221.

[5] *Conforme al principio de relatividad de los contratos, establecido en el artículo 1165 del Código Civil, los contratos solo surten efectos entre las partes contratantes; no generan obligaciones frente a los terceros*, ver Sentencia número 147, SCJ, 1era Sala, 21 de junio de 2013, B.J. 1231.

[6] Sentencia número 17, 3ra Sala, SCJ, 20 de junio de 2007, B.J. 1159, pp. 947-957. Ver artículos 1134 y 1135 del Código Civil.

[7] Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés, "Grands Arrêts", 21 edición, p. 113, disponible en línea: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-PB-2018-86\\_2](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-86_2)

[8] BREWER CARÍAS, Allan R., "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho", RADA, nro. 17, pág. 15.

[9] FRAGA PITTALUGA, Luis, presentación del libro de BREWER CARIAS, Allan, "Sobre las nociones de contratos administrativos, contratos de interés público, servicio público, interés público y orden público, y su manipulación legislativa y jurisprudencial", Caracas, 2019, Editorial Jurídica Venezolana, PP. 26-27.

[10] Sentencia TC/0009/15, Tribunal Constitucional Dominicano, 20 de febrero 2015, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/8109/sentencia-tc-0009-15-c.pdf>

[11] BREWER CARÍAS, Allan R., "Nuevas consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos del Estado en Venezuela", Revista de Derecho Administrativo, P. 64.

[12] Tribunal des conflits, du 7 juillet 1975, 02013, publié au recueil Lebon, disponible en línea: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007604728/>

[13] Tribunal des conflits, 8 juillet 1963, Société entreprise Peyrot, requête numéro 01804, rec. p. 787, disponible en línea: <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/tribunal-des-conflits-8-juillet-1963-societe-entreprise-peyrot-requete-numero-01804-rec-p-787/>

- [14] Tribunal des Conflits, 09/03/2015, C3984, Publié au recueil Lebon, disponible en línea: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000030445508/>
- [15] BREWER CARÍAS, Allan R., “Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias”, REVISTA DE DERECHO PUBLICO N° 6 / 1981, disponible en línea: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/08/199-..182.-Noci.-Serv.-Publ.-como-act.-prest.-del-Edo.-RDP-Nº-6-p.-65-71.pdf>
- [16] Vásquez, Yorlin, “Publicación (publicatio) de los servicios públicos en la República Dominicana: una mirada desde el derecho económico”, Gaceta Judicial, 3 de enero 2018, disponible en línea: [https://app.vlex.com/#/search/jurisdictions:DO+content\\_type:4/empresas+estatales+publicas/WW/vid/839612241](https://app.vlex.com/#/search/jurisdictions:DO+content_type:4/empresas+estatales+publicas/WW/vid/839612241)
- [17] Ley No. 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones con modificaciones de Ley 449-06
- [18] MATOS R, Ignacio J., “¿Contrato administrativo o contrato privado de la administración?” Gaceta Judicial, 1 de agosto de 2012, disponible en línea: [https://app.vlex.com/#/search/jurisdictions:DO+content\\_type:4/servicios+públicos+clausulas+exorbitantes/WW/vid/450232110](https://app.vlex.com/#/search/jurisdictions:DO+content_type:4/servicios+públicos+clausulas+exorbitantes/WW/vid/450232110)
- [19] Op. Cit.
- [20] Artículo 4, numeral 6 de la Ley 47-20 sobre Alianzas Público Privadas
- [21] DE LEÓN, Boris, “La nueva Ley de Alianzas Público-Privadas (APP): ¿réquiem por el contrato de concesión?”, 13 de mayo de 2020, Abogadosdq, disponible en línea: <https://abogadosdq.com/la-nueva-ley-de-alianzas-publico-privadas-app-requiem-por-el-contrato-de-concesion/>, establece que: en definitiva, aunque en la actualidad el “contrato de concesión” no cuenta con una regulación específica en la Ley 340-06, como consecuencia de la derogación general establecida en la Ley de APP, no puede admitirse, al menos no de manera pacífica, que haya quedado eliminado como un tipo o modalidad de contrato existente en nuestro ordenamiento jurídico, y que la propia Constitución reconoce.
- [22] DICKSON MORALES, Rafael, “El proyecto de Alianzas Público-Privada: Necesario para la inversión pero requiere urgente revisión”, 4 de febrero de 2019, Acento Diario, disponible en línea: <https://acento.com.do/opinion/proyecto-alianzas-publico-privada-necesario-la-inversion-requiere-urgente-revision-8648280.html>
- [23] Op. Cit. Numeral 9 y 29 del artículo 4.
- [24] TC/0009/15: ...En el caso de marras el Contrato de Concesión de Servicios Públicos de Generación de Electricidad, suscrito en fecha veintinueve (29) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), entre el Estado dominicano, representado por la Secretaría de Estado de la Presidencia y la Corporación Dominicana de Electricidad, y la sociedad comercial Puerto Plata de Electricidad C. por. A., es un contrato de naturaleza administrativa y de efectos particulares, ya que dentro de sus entes actuantes está involucrado el Estado dominicano como parte, y el mismo tiene como objeto esencial el otorgamiento, en condición de concesión, de un servicio público en manos de un particular
- [25] Sentencia TC/0192/17, Tribunal Constitucional Dominicano, 13 de mayo de 2020, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/22635/tc-0137-20-tc-01-2013-0031.pdf>
- [26] Sentencia TC/0137/20, Tribunal Constitucional Dominicano, 13 de mayo de 2020, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/22635/tc-0137-20-tc-01-2013-0031.pdf>
- [27] Suprema Corte de Justicia, Tercera Sala, número 722, 9 de noviembre de 2012, disponible en línea: <https://www.poderjudicial.gob.do/Reportepdf/reporte2009-692.pdf>
- [28] BREWER CARIAS, Allan, “Sobre las nociones de contratos administrativos, contratos de interés público, servicio público, interés público y orden público, y su manipulación legislativa y jurisprudencial”, Caracas, 2019, Editorial Jurídica Venezolana, P. 101.
- [29] <https://dle.rae.es/cláusula>
- [30] GÜECHÁ MEDINA, Norberto Ciro, “Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal”, Universidad Santo Tomás – Tunja, 2 de octubre de 2006, disponible en línea: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1692-25302006000200002#0](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302006000200002#0)
- [31] HERNÁNDEZ G., Jose Ignacio, “El contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas venezolana”, Revista de Administración Pública, ISSN: 0034-7639, núm. 176, Madrid, mayo-agosto (2008), págs. 363-381
- [32] DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Legis Editores S.A. Bogotá, Colombia 2003. P.425
- [33] RODRIGUEZ HUERTAS, Olivo, “Derecho Administrativo Dominicano y principios generales”, Ponencia preparada para la reunión del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo en Valladolid-España. Septiembre 2008, P. 117.
- [34] Op. Cit. 27
- [35] Sentencia C-1436/00, Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, disponible en línea: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1436-00.htm>

- [36] BREWER CARÍAS, Allan R., *"Principios del Procedimiento Administrativo en America Latna"*, Segunda edición, Ediciones Olejnik, 2020, P. 78.
- [37] Sentencia 19730 de 2012 Consejo de Estado, 15 de febrero de 2012, disponible en línea: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=47584>
- [38] Sentencia TC/0093/12, Tribunal Constitucional Dominicano, 21 de diciembre de 2012, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/7413/sentencia-tc-0093-12-c.pdf>
- [39] LANDA, César, "La constitucionalización del derecho administrativo", THĒMIS-Revista de Derecho 69. 2016. pp. 199-217. ISSN: 1810-9934
- [40] Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, 10 de octubre de 2006, Expediente 2488-2004-AA, disponible en línea: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02488-2004-AA.html>
- [41] <https://www.diariohispaniola.com/noticia/1012/sin-clasificar/el-gobierno-dominicano-y-la-barrick-gold-llegan-a-acuerdo-definitivo-por-la-explotacion-minera-en-pueblo-viejo.html>

## La doctrina Murray en los programas de cumplimiento y lavado de activos: inversión de la carga probatoria

Víctor A. León Morel<sup>[1]</sup>

### Introducción

El derecho a la no autoincriminación es una de las garantías fundamentales consagrada en las constituciones modernas de los denominados Estados de Derecho, la cual se encuentra íntimamente ligada al derecho de presunción de inocencia, y que a pesar de su carácter penal, podría ser entendido, en una concepción mucho más amplia, superando, por tanto el ámbito penal, como la obligación para quien acusa o demanda de probar lo alegado, salvo en los casos de exoneración o presunción legal a su favor<sup>[2]</sup>. Nuestra Constitución en su artículo 69, establece que *toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas, dentro de las cuales resaltamos los numerales 3 y 6, que contienen los derechos a la presunción de inocencia y la no autoincriminación:*

*3)El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable;*

*6)Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo;*

Como ha precisado el Tribunal Constitucional en varias decisiones, desde la sentencia TC/0268/13, *“los derechos fundamentales no son absolutos y, en casos excepcionales, pueden ser limitados”*, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 74.2 de la Constitución dominicana cuando establece que *“sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad”*.

La Ley 155-17 impone una serie de obligaciones a los sujetos obligados en sus artículos 34 y siguientes que en nuestra opinión invierten la carga probatoria para que sea el sujeto obligado quien tenga la obligación de demostrar que cumplió con dichas medidas para poder liberarse de la posible responsabilidad penal y administrativa. Al respecto, procederemos a analizar la doctrina de Murray fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sobre las deducciones negativas del silencio, como pudiera impactar negativamente en el sujeto obligado, y si la misma es contraria a los principios de presunción de inocencia y no autoincriminación consagrados en nuestra Constitución.

### La doctrina Murray: análisis en los programas de cumplimiento para la prevención del lavado

La doctrina Murray surge del caso John Murray v. United Kingdom en la cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo adelante TEDH), en fecha 8 de febrero de 1996 dictó la sentencia correspondiente. Conforme los hechos del caso, Murray fue acusado y detenido junto a otras siete personas, por los delitos de pertenencia a la Organización Armada de la República de Irlanda (IRA), de conspiración para el asesinato y de la

detención ilícita de una persona. Murray permaneció en silencio durante su interrogatorio, en el que careció de asistencia legal hasta transcurridas 48 horas. En el juicio posterior tampoco alegó nada en su defensa para explicar su presencia en el lugar de los hechos. Finalmente, el juez, valorando las pruebas presentadas por el Fiscal y ante la ausencia de declaración alguna por parte del acusado, le condenó por instigar y ayudar a la detención ilícita. El TEDH precisó que, aunque no esté específicamente mencionado en el Convenio, es inherente a la noción de proceso justo del artículo 6 el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo. Del mismo modo, recordó que no son derechos absolutos ya que, en determinadas ocasiones, el silencio del acusado puede tener consecuencias a la hora de evaluar las pruebas en su contra durante el juicio[3].

Sobre el tema, el profesor Miguel Sánchez Martín en su obra “*Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Plan de Prevención de Riesgos Penales y Código de Ética de Conducta*” se refiere al tema al analizar el artículo 31 de la Ley Orgánica 1/2015, de los modelos de organización y gestión de la persona jurídica para prevenir el Lavado de Activos, expresando lo siguiente:

*Puede argumentarse que la atribución a la persona jurídica de la carga de la prueba deriva también del hecho de que la propia comisión del delito opera como indicio de la ineficacia del modelo y que, sobre esta base, cabría exigir a la persona jurídica una explicación exculpatoria que eliminara el efecto incriminatorio del indicio, a semejanza de la doctrina jurisprudencial sobre la prueba indiciaria, conforme a la cual **no supone inversión de la carga de la prueba ni daña la presunción de inocencia exigir al acusado que facilite para lograr su exculpación aquellos datos que está en condiciones de proporcionar de manera única e insustituible**[4]. (subrayado y negrito es nuestro)*

Así mismo expresa que *la persona jurídica deba probar la idoneidad y la eficacia de su modelo de prevención representa una inversión de la carga de la prueba constitucionalmente inadmisibile*[5]. Esta excepción a la regla se encuentra contenida en el principio de la carga dinámica de la prueba, el cual, según el profesor Juan Carlos Díaz-Restrepo, *es una regla de juicio en materia probatoria, vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, que consiste en asignar el gravamen de probar a la parte que se encuentre en mejores condiciones para hacerlo*[6]. En España, este principio también es conocido como el *principio de facilidad*, derivado de la buena fe procesal, según el cual ha de acreditar los hechos, incluso los que no le son favorables, a instancia de la otra parte, la que tenga mayor facilidad para hacerlo[7].

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) alerta sobre los programas de cumplimiento para prevenir el Lavado de Activos y otros delitos conexos, recomendando que su implementación por la persona jurídica no pueda ser usada como defensa para eludir la responsabilidad. Ha de evitarse, por lo tanto, que la mera adopción de estos modelos, que profusamente ofrece el mercado especializado, constituya un salvoconducto para la impunidad de la persona jurídica blindándola, no solo por los actos de las personas de menor responsabilidad en la empresa sino también

por los de quienes la administran, representan y hasta diseñan y vigilan la observancia de tales programas[8]. En ese tenor, se procura que el cumplimiento de las regulaciones para prevenir de forma efectiva este tipo de crímenes y delitos transnacionales se vuelva una verdadera cultura corporativa adoptada en primer término por los altos ejecutivos de la empresa en cuestión. Para el experto en derecho económico, Omar Victoria, *el buen Gobierno Corporativo permite que las empresas estructuren con mayor eficiencia sus modelos de gestión interna. De esta manera, el Gobierno Corporativo ayuda a que cada organización pueda ajustar sus principios, objetivos, estructuras, normas, políticas y procesos, a los riesgos vinculados a su naturaleza, tamaño y operaciones, etc. (perfil de riesgo). Este a su vez permite crear una cultura interna de gestión de riesgos basada en la determinación, medición, control y mitigación*[9].

El buen gobierno corporativo permite que los procesos relacionados a la prevención de lavado de activos y financiamiento de terrorismo no se traten como parte de una obligación aislada, sino que lo convierte parte de la cultura de riesgos de la empresa, pasando a ser relevante para el diseño mismo de la estrategia, del apetito de riesgo, la estructura interna, los productos y servicios prestados o prestar, las relaciones con terceros, entre otros[10].

La adopción de un programa de cumplimiento conforme a la Ley 155-17, en sus artículos 34 y siguientes, son esenciales en la prevención del lavado de activos y forman parte del buen gobierno corporativo, conforme las recomendaciones 23[11], 24[12] y 29[13] del Grupo de Acción Financiera para Latinoamérica (GAFILAT), en el documento actualizado hasta diciembre de 2019 denominado *Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo, y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva*[14]. En ese sentido, la referida Ley 155-17, dispone un conjunto de sanciones penales y administrativas para quienes incumplan de alguna forma con la creación e implementación de los programas de cumplimiento y la debida supervisión como sujeto obligado. Así mismo, el numeral 25 del artículo 2 dispone la figura de *Supervisión con Enfoque Basado en Riesgo de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo*, el cual es definido como todo *proceso mediante el cual se adoptan medidas de prevención o supervisión acorde con la naturaleza de los riesgos en materia de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, a fin de focalizar sus esfuerzos de manera más efectiva, lo cual implica que mientras mayor sea el riesgo se requiere de la aplicación de mayores medidas para mitigarlos*.

En nuestra opinión, los Estados se han percatado de las dificultades que conllevan en materia probatoria la culpabilidad en el lavado de activos y delitos conexos, los cuales encajan perfectamente en la clasificación de asuntos complejos consagrada en el artículo 369 del Código Procesal Penal[15], por tratarse de delincuencia organizada, que conlleva un aumento en los plazos de la duración máxima del proceso, y que procura dar soluciones efectivas a este tipo de delitos transnacionales, aunque el licenciado Fabio Guzmán Ariza entiende que esto no es del todo correcto pues no sería atrevido pronosticar que el lavado de activo pronto se convertirá en una de las infracciones más perseguidas en nuestros tribunales penales[16]. Así se ha expresado el doctor Pablo Lionel Calello en su artículo *“El lavado de activos y su dificultad*

*probatoria en la Argentina”, donde indica que el gran inconveniente en la lucha contra el lavado de activos se suscita en el entorno pragmático, debido a la vasta dificultad que se verifica para detectar cada una de las operaciones financieras que tienen por cometido, el soslayar dinero proveniente del delito, así como también, se hace compleja, la captura de los individuos responsables de este hecho punible, la oportuna incautación de los bienes que cuentan con una génesis delictual, y las escasas sentencias condenatorias por parte de los tribunales[17].* Otros autores sostienen que al analizar las principales limitaciones a los derechos que parten del debido proceso en una investigación de lavado de activos se debe precisar que la mayor parte de legislaciones tienen un esquema preventivo antilavado a nivel institucional y normativo, por lo que utilizan la llamada prueba indiciaria para llegar a la verdad de los hechos[18].

En razón de lo anterior, la Ley de Lavado dispone una inversión en la carga de la prueba, que no necesariamente implica que el Estado este exento de probar su acusación, sino más bien que en este tipo de casos y comprobándose que sobre un sujeto obligado recaía la obligación de cumplir con el artículo 34 y siguientes de la referida norma, es evidente que será un elemento tomado en cuenta por el juzgador. Poniendo en contexto lo escrito, si un ejecutivo encargado del cumplimiento normativo de una entidad de intermediación financiera de gran nivel omite de forma intencional o no intencional reportar operaciones sospechosas en razón de que el programa de cumplimiento es deficiente, el Estado va a presumir que la omisión fue intencional, lo que puede acarrear conforme el artículo 4.1 de la Ley penas de 3 a 5 años de prisión, multa de cien a doscientos salarios mínimos e inhabilitación permanente para desempeñar funciones, prestar asesoría o ser contratado por entidades públicas o entidades de intermediación financiera, y participantes del mercado de valores, esto sin perjuicio de las sanciones administrativas que puede acarrear la persona jurídica, aunque el artículo 81 de la referida Ley prohíbe la doble sanción por el mismo hecho, tesis que desarrollamos en otro escrito sobre la prohibición del bis in idem en sanciones penales y administrativas[19].

Al respecto, en una interesante y controversial sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo Español STS 154/2016, de fecha 29 de Febrero de 2016 dictada por mayoría simple (8 a 7) se condena a tres empresas por su participación en delitos contra la salud pública, concretamente, por tráfico de drogas, se fijan los requisitos de la responsabilidad de las empresas, que a grandes rasgos son que la persona física que comete el delito sea integrante de la persona jurídica, y que se incumpla el deber de supervisión y control por parte de ésta, de la cual citamos los aspectos más relevantes: *No en vano se advierte cómo la recientísima Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de Enero, al margen de otras consideraciones cuestionables, hace repetida y expresa mención a la “cultura ética empresarial” o “cultura corporativa de respeto a la Ley” (pág. 39), “cultura de cumplimiento” (pág. 63), etc., informadoras de los mecanismos de prevención de la comisión de delitos en su seno, como dato determinante a la hora de establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, independientemente incluso del cumplimiento estricto de los requisitos previstos en el Código Penal de cara a la existencia de la causa de exención de la responsabilidad a la que alude el apartado 2 del actual artículo 31 bisCP.*

*Y si bien es cierto que, en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida “cultura de cumplimiento” que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una hetero responsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo.*

*Pues bien, como ya se dijo y centrándonos en el caso presente, **la acreditada ausencia absoluta de instrumentos para la prevención de delitos** en TRANSPINELO hace que, como consecuencia de la infracción contra la salud pública cometida por sus representantes, surja la responsabilidad penal para esta persona jurídica[20]. (subrayado y negrito es nuestro)*

Sobre este precedente fundamental en materia de la prueba en casos de responsabilidad penal de la persona jurídica y sus elementos constitutivos, resaltamos la opinión del abogado y economista Sánchez Martín, quien realiza las siguientes precisiones:

*“No procede constituir a las personas jurídicas en un modelo privilegiado de excepción en materia probatoria, **imponiendo a la acusación la acreditación de hechos negativos (la ausencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito)**, sino que corresponde a la persona jurídica alegar su concurrencia, y aportar una base racional para que pueda ser constatada la disposición de estos instrumentos. Por ello nos causa preocupación, en la medida en que puede determinar un vaciamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, e incluso su impunidad, la propuesta de inversión del sistema ordinario de prueba en esta materia, que puede constatarse por ejemplo, en diversos párrafos del fundamento jurídico octavo de la sentencia mayoritaria, que establecen **la doctrina de que no se puede dispensar a la acusación de su obligación de acreditar la inexistencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito en el seno de la persona jurídica**, en lugar de considerar que el objeto de la prueba no es la inexistencia, sino la disposición de estos instrumentos[21]”. (subrayado y negrito es nuestro)*

Así mismo es notable resaltar el voto disidente de 7 magistrados, los cuales entienden que *no se aprecia razón alguna que justifique alterar las reglas probatorias aplicables con carácter general para la estimación de circunstancias eximentes, imponiendo que en todo caso corresponda a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia[22].*

Esta posición viene a reforzar el criterio que exponemos en el presente artículo relativo a la inversión que presupone obligar a los sujetos obligados, en este caso personas jurídicas, a implementar programas de cumplimiento efectivos para prevenir los delitos correspondientes, en virtud de una responsabilidad “objetiva” que va a presumir la culpa en casos de omisión de las medidas de lugar. En el caso de la doctrina Murray y el silencio de la persona jurídica, no se trata de romper la presunción de culpabilidad basada en sólidas pruebas acusatorias, sino de la pretensión de que sea la persona jurídica la que soporte la carga de la prueba, lo cual supone de hecho una inversión de la carga de la prueba, dado que no existen sólidas pruebas acusatorias[23].

### **La doctrina Murray: derechos a la presunción de inocencia y no autoincriminación**

El derecho a la presunción de inocencia según el Tribunal Constitucional y la sentencia TC/0051/14, *es una de las garantías del debido proceso y de la Tutela Judicial Efectiva y “... supone que toda persona debe considerarse inocente hasta que haya sido condenada mediante una sentencia con la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada”*.

El magistrado José María Asencio Gallego considera que la decisión del imputado de permanecer en silencio no constituye, pues, una renuncia al ejercicio del derecho de defensa, sino justamente lo contrario, una manifestación de su derecho a la autodefensa que, como tal, debe ser protegida contra todas las interpretaciones que puedan suponer la restricción de su ámbito de protección[24].

Aunque se reconoce que la doctrina Murray tiene su origen en el TEDH, la Corte Suprema de los Estados Unidos (SCOTUS), también ha aplicado esta deducción negativa del silencio del imputado. En fecha 17 de junio de 2013, la Corte Suprema de los EE. UU. emitió una decisión fragmentada de 5-4 en el caso Salinas v. Texas. La opinión de la mayoría, escrita por el juez Alito y acompañada únicamente por el presidente del Tribunal Supremo Roberts y el juez Kennedy, concluyó que una persona que coopera voluntariamente con los agentes del orden debe *“invocar expresamente el privilegio de no autoinculparse en respuesta a la pregunta de [un] agente”* para beneficiarse de ella. En otras palabras, la mayoría concluyó que en una entrevista sin custodia, si una persona no hace valer sus derechos de la Quinta Enmienda cuando se niega a responder la pregunta de un investigador, el gobierno es libre de sacar una inferencia de ese silencio en el juicio, es decir, deducir las consecuencias positivas o negativas que implique el silencio[25]. Otro famoso caso de la SCOTUS que constituye una excepción a los denominados *Miranda Rights*[26], es el caso *New York v. Quarles* 467 US 649 (1984) en la cual la SCOTUS sostuvo que había una excepción de *“seguridad pública”* al requisito de los *Miranda warnings*, estableciendo que la policía tenía derecho a interrogar a los sospechosos sin informarles de sus derechos Miranda cuando *“sea razonablemente motivada por una preocupación de seguridad pública”*[27].

La Corte Constitucional de Colombia reconoce el silencio como un derecho fundamental y estrategia de defensa en su sentencia C-069 de 10 de febrero de 2009 donde establece lo siguiente:

*La validez del silencio como estrategia de defensa se explica si se tiene en cuenta que, en virtud del principio de presunción de inocencia, es el Estado quien debe probar no sólo la ocurrencia de un hecho punible sino la responsabilidad del acusado. Así, en ciertas ocasiones es plausible apelar al silencio, cuando este responde a una táctica previamente ponderada y cuidadosamente examinada por el defensor, más no cuando se refleja como fruto del descuido o la desidia del abogado en la gestión de los intereses de su cliente, lo que desde luego deberá ser examinado en cada caso, pues en este último evento el silencio conlleva la afectación de una garantía de orden ius-fundamental[28].*

Si bien se reconoce que el silencio no es una prueba contundente que permita determinar la culpabilidad de forma fehaciente, la Sala Penal del Tribunal Supremo Español ha reconocido su utilidad como prueba indiciaria o circunstancial en casos de Lavado de Activos, donde expresa que *desde la perspectiva de la apreciación global o de conjunto del cuadro indiciario, debe subrayarse que, según la jurisprudencia reiterada de este Tribunal, la fuerza de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los diferentes indicios, que convergen y se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección* ( SSTS 1088/2009, de 26-10; 480/2009, de 22-5 ; y 569/2010, de 8-6 , entre otras).

Así mismo, esta Sala Penal ha establecido que no es adecuado por tanto efectuar un análisis aislado de cada uno de los indicios en su particularidad probatoria, pues pueden ser, en sí mismos, cada uno de ellos insuficientes, pero en conjunto arrojar, a juicio de la Sala sentenciadora, una convicción incriminatoria no extraíble de cada uno de ellos en particular, ofreciendo en su totalidad una conclusión probatoria sobre la que esta Sala únicamente tiene que comprobar que cuenta con la necesaria racionalidad y con un adecuado soporte estructural de tipo argumental ( SSTS. 260/2006, de 9-3 ; 1227/2006, de 15-12 ; 487/2008, de 17-7 ; 139/2009, de 24-2 ; 480/2009, de 22-5 ; 208/2012, de 16-3 ; y 690/2013, de 24-7 ).

En la sentencia de la Sala Penal de fecha 16 de mayo de 2014, STS 2017/2014, respecto a un caso sobre Lavado de Activos, el Tribunal Supremo cita la **doctrina Murray** del TEHD, tras hacer referencia a que la acusada se acogió a su derecho a no declarar, derecho reconocido y garantizado por los artículos 24.2 de la CE y 520.2 b) L.E.Crim., salvo a las preguntas que le formuló su letrado y que contestó con un marcado tono declamatorio, refiere que valorar, como hace la Sala, **la inexistencia de una explicación asumible sobre las variaciones patrimoniales y movimientos de cantidades de dinero como un indicio más, es legítimo.**

El Tribunal Supremo consideró que *se trata de una deducción lógica, en virtud de la prueba indiciaria según la cual: **si existen fondos de origen desconocido, operaciones de adquisición de bienes, inversión en actividades comerciales; si las personas que inicialmente adquieren y manejan esos fondos – con fórmulas muchas de ellas poco explicables desde un punto de vista económico- son requeridas para dar razón de su origen, o una explicación alternativa, se acogen a su derecho a guardar silencio o no dan explicaciones verosímiles de esas adquisiciones e incrementos***

**patrimoniales; o las que dan aparecen ayunas de prueba que estaba a su alcance aportar, está plenamente justificado inferir como reforzamiento de la convicción a la que ha llegado el Tribunal tras la valoración de toda la prueba practicada en el plenario, que simplemente esa explicación no existe**[29]. (subrayado y negrito es nuestro)

En vista de lo anterior, los programas de cumplimiento son vitales para determinar las circunstancias en las cuales opera el lavado de activos y otros delitos conexos de parte de la persona jurídica y de la persona física encargada de la efectiva supervisión, en una cultura de prevención, y un buen gobierno corporativo.

El doctor Rubén Darío Castro Orbe en su tesis doctoral: *“La prueba indiciaria en el enjuiciamiento penal del lavado de activos y la posible afección a las garantías procesales constitucionales”*, establece que el encausado no demuestre el origen lícito de los bienes es resultado de la carencia de la posibilidad de hacerlo; observa inacción probatoria quien no tiene el recurso para probar algo; peor aún si la posibilidad de la prueba está, precisamente, con toda su extensión, en sus manos. Quien no aporta prueba sobre el origen lícito, apoya la presunción de que los bienes no lo tienen. Por lo mismo, en los casos de omisión probatoria y silencio del encausado sobre la prueba de cargo, o en aquellos en que los contraindicios resultan inverosímiles, incoherentes, falsos o carentes de lógica o son indicios de mala justificación, cabe considerarlos como elementos de valoración que refuerzan la prueba de la acusación[30].

La realidad es que hay cierta tensión entre la prueba de este tipo de delitos y las garantías fundamentales a las cuales están sujetos los acusados, lo que necesariamente pudiera implicar una atenuación en la exigencia probatoria para la parte acusadora. La característica transnacional de este delito implica que los Estados adopten prácticas uniformes para su erradicación, pero también implica que estas sean conforme a los derechos fundamentales.

## **Conclusiones**

El lavado de activos es uno de los problemas connotados de la actual sociedad actual, dado que causa graves daños a la economía y genera inestabilidad y alto riesgo a la institucionalidad y la convivencia democrática de las naciones. La dinámica de sus procesos, su naturaleza y características, son relevantes para la política criminal, el Derecho Penal y el Derecho Procesal penal, al punto de constituirse en uno de sus mayores desafíos ante la necesidad social de alcanzar eficacia en su combate y que conforme al FMI solo en el año 2010 involucró más de 2 billones de dólares.

Los programas de cumplimiento que dispone la Ley 155-17 procuran evitar o más bien minimizar el lavado de activos y los delitos conexos, procurando que los sujetos obligados adopten todas las medidas necesarias a estos fines, y objetivizando en cierto sentido su responsabilidad, lo que implica en cierto sentido una inversión en la carga probatoria. Dicha inversión conforme hemos analizado en la jurisprudencia comparada no implica una eximente en la parte acusadora, sino más bien, la adopción del principio

de la carga dinámica de la prueba, en la cual la parte que esté en mejores condiciones de demostrar el hecho alegado debe suministrar la misma.

Así mismo se reconoce que la doctrina Murray no es del todo una prueba fehaciente, pero puede utilizarse como prueba indiciaria o circunstancial de la cual los jueces deben deducir las consecuencias de lugar, en el caso de ausencia de un programa de cumplimiento o de uno precario que no cumpla con las condiciones mínimas del citado artículo 34, se infiere la intención de evadir responsabilidades a fines de cometer, facilitar los delitos de lavado y conexos, así como omitir sus deberes de prevención.

Los derechos a la presunción de inocencia y a la no autoincriminación se constituyen como garantías fundamentales no absolutas, las cuales pueden admitir excepciones conforme al 74.2 de la Constitución. En el presente caso, obligar a la parte acusadora a acreditar un hecho negativo sería contraproducente pues no está en condiciones ideales para hacerlo. Una posible solución podría ser que las entidades reguladoras del Estado puedan acreditar una certificación de que la entidad regulada tenga un programa de cumplimiento efectivo. En el caso de la banca, que la Superintendencia de Bancos tenga la obligación de certificar a las entidades de intermediación financiera como sujetos obligados del cumplimiento del artículo 34 y siguientes.

[1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Cursante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Pantheon Sorbonne y el IGLOBAL, y profesor de Derecho Constitucional.

[2] GIL, Domingo, *“La Constitución Comentada”*, Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS), noviembre 2011, P. 163.

[3] CASE OF JOHN MURRAY v. THE UNITED KINGDOM (Application no. 18731/91), 26 de febrero de 1996, disponible en línea: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57980%22%7D>

[4] SÁNCHEZ MARTÍN, Miguel Ángel, *“Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Plan de Prevención de Riesgos Penales y Código de Ética de Conducta”*, Thomson Reuters Aranzadi, España, 2017, P. 41

[5] Op. Cit. “La carga de las pruebas de eficacia e idoneidad en el litigio”, P. 402.

[6] DÍAZ-RESTREPO, Juan Carlos, *“La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional”*, En: Entramado. Enero – Julio, 2016 vol. 12, no. 1, p. 202-221, disponible en línea: <http://dx.doi.org/10.18041/entramado.2016v12n1.23123>

[7] MÚGICA ALCTORA, Ramón, *“Responsabilidad de Administradores, Gobierno Corporativo y Derecho Concursal” “El problema de la prueba”*, Thomson Reuters Aranzadi, España, 2019, P. 117.

[8] *“Lavado de activos y financiación del terrorismo. Manual para inspectores y auditores fiscales”* OCDE, Paris, 2019, disponible en línea: <https://www.oecd.org/ctp/crime/lavado-de-activos-y-financiacion-del-terrorismo-manual-para-inspectores-y-auditores-fiscales.pdf>

[9] VICTORIA CONTRERAS, Omar, *“Prevención del lavado de activos y el gobierno corporativo”*, Acento Diario, 3 de abril 2019, disponible en línea: <https://acento.com.do/opinion/prevencion-del-lavado-activos-gobierno-corporativo-8667359.html>

[10] Op. Cit.

[11] Regulación y supervisión de instituciones financieras.

[12] Regulación y supervisión de las APNFD

[13] Facultades de los supervisores

[14] <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/3857-recomendaciones-metodologia-actdec19-1/file>

[15] Artículo 89 de la Ley No. 10-15 que introduce modificaciones a la Ley No. 76-02, del 19 de julio de 2002, que establece el Código Procesal Penal de la República Dominicana. G. O. No. 10791 del 10 de febrero de 2015

[16] GUZMÁN ARIZA, Fabio, *“LOS PROFESIONALES JURÍDICOS Y LA LEY NO. 155-17 CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS Y EL FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO”*, Gaceta Judicial, 1 de agosto 2017, disponible en línea: <https://app.vlex.com/#vid/727431425>

- [17] LIONEL CALELLO, Pablo, *“El lavado de activos y su dificultad probatoria en la Argentina”*, 3 de septiembre de 2019, disponible en línea: <https://noticiasbariloche.com.ar/el-lavado-de-dinero-y-su-dificultad-en-la-argentina/>
- [18] GUTIÉRREZ CHÁVEZ, Nadia Guadalupe, *“Estándar probatorio en el delito de lavado de activos y su incidencia en el debido proceso respecto a la presunción de inocencia del procesado”*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2019, P. 63.
- [19] LEÓN MOREL, Víctor A., *“Electa una vía respecto del non bis in idem en los procesos penales y administrativos”*, Abogadosdq, 10 de octubre 2020, disponible en línea: <https://abogadosdq.com/electa-una-via-respecto-del-nom-bis-in-idem-en-los-procesos-penales-y-administrativos/>
- [20] **STS 154/2016, 29 de Febrero de 2016**, Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal, disponible en línea: <https://supremo.vlex.es/vid/599579023>
- [21] Op. Cit. 4. P. 407-408.
- [22] Op. Cit. 20. Voto concurrente que formula el Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón, y al que se adhieren los Excmos. Sres. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, D. Luciano Varela Castro, D. Alberto Jorge Barreiro, D. Antonio del Moral García, D. Andrés Palomo Del Arco y D. Joaquín Giménez García en la Sentencia del Pleno sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, recaída en el Recurso de Casación Núm. 10.011/2015, interpuesto contra la sentencia de instancia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 17 de noviembre de 2014.
- [23] Op. Cit. 4. P. 413-414.
- [24] ASENCIO GALLEGU, José María, *“El derecho al silencio del imputado”*, Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 9. Año 9. ISSN 1659-4479. RDMCP-UCR, disponible en línea: [www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr](http://www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr)
- [25] SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (SCOTUS) Syllabus SALINAS v. TEXAS CERTIORARI TO THE COURT OF CRIMINAL APPEALS OF TEXAS, disponible en línea: [https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-246\\_7l48.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-246_7l48.pdf)
- [26] SCOTUS 1966, Miranda v. Arizona, disponible en línea: <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-miranda-v-arizona>
- [27] SCOTUS 1984, New York v. Quarles 467 US 649, disponible en línea: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/649/>
- [28] Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-069 de 10 de febrero de 2009, disponible en línea: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-069-09.htm>
- [29] Sala Penal del Tribunal Supremo Español, 16 de mayo de 2014, STS 2017/2014, disponible en línea: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/9c8feaff63df5bc0>
- [30] CASTRO ORBE, Rubén Darío, *“La prueba indiciaria en el enjuiciamiento penal del lavado de activos y la posible afección a las garantías procesales constitucionales”*, Universidad de Salamanca, 2018, disponible en línea: [https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/139789/REDUCIDA\\_Pruebaindiciaria.pdf?sequence=1](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/139789/REDUCIDA_Pruebaindiciaria.pdf?sequence=1)

## La responsabilidad de los administradores societarios frente a la regla del buen juicio de los negocios o *business judgement rule*

Víctor A. León Morel[1]

### Introducción

El gobierno corporativo es el conjunto de normas, principios y procedimientos que regulan la estructura y el funcionamiento de los órganos de gobierno de una empresa[2]. En concreto, establece las relaciones entre la junta directiva, el consejo de administración, los accionistas y el resto de las partes interesadas, y estipula las reglas por las que se rige el proceso de toma de decisiones sobre la compañía para la generación de valor[3]. Estos órganos de gobierno, normalmente ejecutados por un administrador, autorizan a que se tomen decisiones que presentan riesgos a fines de obtener ganancias y éxito en el mundo empresarial. Por esto Funston, Wagner y Ristuccia expresan que en virtud de que la toma y administración del riesgo corporativo implica decididamente factores humanos, tales como el juicio, y habilidades de administración y comunicación, el problema se ha vuelto muy personal para todos los interesados – ejecutivos principales, directores, así como inversionistas, reguladores, agencias calificadoras e incluso el público en general – dado que las demandas por mayores *accountability* y transparencia alcanzaron niveles sin precedentes[4].

Estos órganos de gobierno corporativo se ejercen a través de distintos tipos de sociedades, las cuales tienen diferencias respecto del tipo de responsabilidad, composición accionaria, cantidad de socios, y demás factores. Para el experto en derecho societario, el licenciado Juan Francisco Puello Herrera, la transcendencia de la sociedad comercial en todos los órdenes de la actividad humana y como ente regulador de la economía particular de los socios que la componen ha llevado a que el legislador se vea obligado a regular la forma social que se deberá emplear para desarrollar determinadas actividades económicas[5].

Debido a su gran importancia y la escasa doctrina en nuestro país, entendemos necesario analizar la responsabilidad de los administradores de una sociedad frente a la regla del buen juicio de los negocios o *Business Judgement Rule*. Aunque esta regla no se encuentra expresamente consagrada en nuestro derecho como tal, existen varios aspectos que dan a entender que esta regla, de creación doctrinal y que luego evolucionó de la jurisprudencia a las normativas internas de varios Estados, existe y mantiene una importancia fundamental respecto al manejo de los administradores societarios.

Vemos como en Estados Unidos, la regla del buen juicio en los negocios ha sido catalogada por algunos como la doctrina más enigmática del derecho corporativo, debido a la inconsistencia en la que los Estados (los cuales son soberanos en determinar cómo aplicar la misma) deciden sobre su correcta aplicación.

En nuestro ordenamiento jurídico puede deducirse implícitamente de los artículos 28 y 29 de la Ley 479-08 sobre Sociedades Comerciales, modificada por la Ley 31-11, la

cual impone a los administradores, gerentes y representantes de las sociedades deberán actuar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios y establece una serie de prohibiciones éticas respecto a conflictos de intereses frente a los negocios de la sociedad que representan. Por esto, Puello Herrera afirma correctamente que *la Ley No. 479-08 ha hecho suya esta debida preocupación de lealtad y diligencia de los administradores, incluyendo dentro de sus normas el artículo 28 que da fuerza a la teoría de los deberes fiduciarios de los administradores y separando la noción del buen padre de familia del Código Civil por el del buen hombre de negocios, y señalando que un administrador debe ser un comerciante experto o empresario diligente, que equivale a un diligente hombre de negocios*[6].

En el presente artículo, pretendemos analizar la regla del buen juicio en los negocios conforme la doctrina, normativa y jurisprudencia de los Estados Unidos, para luego determinar si es conveniente su aplicación en el derecho societario dominicano.

### **Orígenes y evolución del BJR y la responsabilidad de los administradores**

El *business judgement rule* (BJR) tiene su origen en los Estados Unidos de Norteamérica, país al cual nos vamos a circunscribir debido a sus importantes decisiones en la materia. Algo que ha incidido en la divergencia de criterios aplicados ha sido que la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “*Edgar v. Mite Corp*” (1982) estableció el criterio de que los aspectos de derecho corporativo, específicamente aquellos que envuelven relaciones fiduciarias entre administradores y accionistas, han de ser gobernados por la ley del lugar de constitución de la compañía en virtud de la cláusula de comercio contenida en la Constitución norteamericana[7].

La primera sentencia sobre el BJR viene del caso “*Percy v. Millaudon*” del año 1832 de la Corte Suprema de Louisiana. En esta paradigmática decisión, el Consejo de Administración de un Banco fue llevado a juicio por tomar una serie de decisiones que dieron lugar a su quiebra, procurando la responsabilidad civil solidaria de estos directivos. Una de los razonamientos de la Corte Suprema para determinar aplicar la regla del buen juicio en los negocios fue indicar que *las personas racionales, inteligentes e íntegras no aceptarían ser administradores si la ley exigiera de ellas un grado de acierto que las personas de inteligencia e integridad ordinaria no poseen*[8]. Partiendo de dicho razonamiento, los administradores no asumirían riesgos si estos, cumpliendo una serie de condiciones que vamos a desarrollar más adelante, comprometerían su responsabilidad personal. La sentencia expresó que *los mandatarios o agentes no son responsables de un error de juicio, cuando el deber los obliga a elegir entre las dificultades, y el caso es uno en el que se puede razonablemente decir que existe la duda, y es difícil decir cuál es el curso seguro*. Posteriormente indicó en uno de sus párrafos finales cuando puede existir responsabilidad de los administradores, estableciendo lo siguiente:

*Pero cuando el error es grave, la necesidad del acto no es evidente y las consecuencias fatales, deben ser considerados responsables, o el principal queda sin protección; tal fue el caso, en cuanto a los hechos sobre los que se basan los cargos primero y tercero. **Los***

**hombres de buen sentido, que se habían tomado un tiempo para reflexionar, difícilmente podrían haber llegado a la conclusión de que la junta directiva tenía el poder de colocar los fondos del banco, a discreción del presidente, o de reducir el capital, de manera que aumentar la responsabilidad de los accionistas restantes, tres veces[9].** (subrayado y negrito es nuestro)

Sobre esta base la Corte concluyó que los administradores solo responderían por errores tan graves o groseros que una persona de prudencia y sentido común ordinario jamás cometería.

Posteriormente, otro caso importante para la regla del buen juicio en los negocios fue “**Dodge v. Woolsey**” de 1885, decidido por la Corte Suprema de Justicia, la cual declaró que, para que un accionista pueda demandar judicialmente a la sociedad, tal acción debe tener una justificación, que provenga bien de una acción de los administradores que se encuentre fuera de las competencias y facultades que les fueron otorgadas por los estatutos, que represente una transacción fraudulenta, o también en aquellos casos en los que los directores estén actuando en interés propio, en perjuicio de la sociedad y de los derechos de los accionistas[10].

Tres años más tarde, la Corte Suprema de Nueva York (1888) en “**Leslie v. Lorillard**” declaró que los tribunales no interferirán a menos que los administradores ejecuten sus funciones ilegal o fraudulentamente y sean ejecutadas en detrimento de los derechos de los accionistas. Los errores de juicio en la toma de decisiones no otorgan razones suficientes para una intervención judicial, ya que los poderes otorgados a los administradores societarios son ampliamente discrecionales[11].

Pasando al siglo XX, en 1919 la Corte Suprema de Michigan decidió en el caso “**Dodge v. Ford Motor Company**” que Henry Ford tenía que operar la Ford Motor Company en interés de sus accionistas, en lugar de hacerlo de manera caritativa en beneficio de sus empleados o clientes, confirmando la regla del buen juicio en los negocios, dejando a Ford una libertad extremadamente amplia sobre cómo dirigir la empresa, argumentando que la *discrecionalidad de los administradores debe ejercerse de buena fe, sobre los infinitos detalles del negocio, incluidos los salarios que se pagarán a los empleados, el número de horas que trabajarán, las condiciones bajo las cuales se realizará el trabajo, y el precio por el cual los productos se ofrecerán al público*[12].

La Corte Suprema de Illinois en el año 1968 decidió un caso sumamente interesante sobre la regla del buen juicio en los negocios. En el caso “**Shlensky v Wrigley**” se solicitaba al estadio de béisbol instalar luces para poder jugar de noche y aumentar las ganancias del negocio. El presidente de la sociedad no aceptó la propuesta alegando que afectaría negativamente el vecindario, que “*el béisbol es un deporte para jugarse de día*” y que no generaría ganancias para aumentar el valor de la sociedad, por lo que uno de sus accionistas, Shlensky presentó una demanda en su contra en responsabilidad civil, y el tribunal decidió rechazar la misma alegando que el presidente de la sociedad no era responsable por incumplir en maximizar las ganancias de los accionistas y que los administradores que actúen dentro de los límites de la ley gozan de libertad para

decidir acerca de la gestión de la sociedad, por lo que las cortes no tienen autoridad para substituir la decisión honesta de negocios tomada por los administradores por una decisión judicial[13].

Pero las decisiones más relevantes vienen del pequeño Estado de Delaware, el cual es conocido por sus avances en derecho corporativo, donde más del 60% de las empresas en la lista de Fortune 500 han decidido incorporarse en razón de la calidad y capacitación reconocida de sus jueces en la reconocida “*Court of Chancery*” o Corte de Cancillería, donde las corporaciones no tienen que esperar tanto tiempo para resolver sus conflictos y donde los jueces son especialistas en derecho corporativo[14]. En el caso “*Aronson v. Lewis*”, de 1984, la Corte Suprema de Delaware fijó el criterio de que existe una *presunción de que al tomar una decisión de negocios, los directores de una corporación actúan de manera informada, de buena fe y con la creencia honesta de que la acción se tomó en el mejor interés de la compañía*[15], reafirmando la protección creada por la regla del buen juicio en los negocios.

Para el profesor Ramón Múgica, la regla del buen juicio de los negocios ha significado históricamente dos cuestiones:

1. *En su primera versión, protege a los administradores estableciendo estándares de su responsabilidad más laxos o favorables; y*
2. *En su segunda formulación, impide a los jueces enjuiciar ciertas decisiones de los administradores si se cumplen determinadas condiciones*[16];

En nuestra opinión, la regla del buen juicio en los negocios se asemeja a una figura más flexible del *lex artis* de los profesionales de la salud o del derecho en el sentido de que el buen empresario debe aplicar sus conocimientos y tomar decisiones en base a informaciones relevantes, que suponen un riesgo conocido pero que generalmente se trata de una obligación de medios y no de resultado.

En España, esta regla se encuentra contemplada en Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en los artículos 225, numeral 2 y 3, y 226, que establecen lo siguiente:

### **CAPÍTULO III**

#### **Los deberes de los administradores**

##### **Artículo 225 Deber general de diligencia**

2. *Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.*
3. *En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.*

##### **Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial.**

1. *En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de*

*buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.*

2. *No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230.*

Partiendo de estas normas, es importante definir las decisiones estratégicas y de negocios, para poder comprender mejor su aplicación. Según la doctrina, las decisiones estratégicas son comunmente de la responsabilidad del órgano de gobierno, tienen una eficacia que se prolonga en el tiempo, implican la movilización de gran cantidad de recursos, la adquisición de compromisos relevantes y se suelen tomar después de haberse estudiado concienzudamente. Su significado adquiere mayor claridad si se comparan con la otra categoría de decisiones, las “operativas”, que son responsabilidad de mandos intermedios y rara vez una decisión operativa compromete el futuro de la compañía[17].

En ese sentido, se verifica que el administrador se encuentra exento de responsabilidad siempre y cuando cumpla con las siguientes condiciones al momento de tomar decisiones de riesgo respecto al negocio:

1. Actúa de buena fe;
2. Exija, reciba y verifica las informaciones correspondientes antes de tomar estas decisiones;
3. No tenga un interés personal o conflicto de interés en la decisión a tomar.

Sobre la primera condición, la jurisprudencia comparada ha establecido que se trata de una presunción a favor del administrador en la toma de decisiones en los negocios, razón por la cual la parte que entienda que no fue cumplida debe demostrar que el administrador actuó de mala fe en perjuicio de la sociedad comercial.

Respecto a la segunda condición, un *due diligence* o debida diligencia antes de tomar la decisión que implique riesgos para la sociedad, los tribunales norteamericanos han entendido que se trata no de un examen de diligencia sustantiva que valora el fondo mismo de las decisiones, sino a una diligencia procedimental (*process due care*). Uno de los casos que reconoció esta cuestión es el caso “*Brehm v. Eisner*” del año 2000, donde la Corte de Delaware declaró que la diligencia en la sustancia era un concepto ajeno a la regla del buen juicio en los negocios, y que los tribunales no miden, pesan, ni cuantifican el criterio de los administradores[18]. Para algunos autores esta decisión implica una deferencia judicial que *representa un ámbito de inmunidad en favor de los administradores*[19].

Sin embargo, esta protección sobre la responsabilidad de los administradores no es absoluta, y han existido casos importantes, como la famosa doctrina *Caremark*, en los cuales la Corte de Delaware ha expresado en que en los casos de fallas en los programas de cumplimiento y prevención de conductas criminales[20], *los directores podrían ser*

*considerados responsables si supieran o deberían haber sabido que estaban ocurriendo violaciones de la ley en la corporación, y si luego no tomaron medidas de buena fe para prevenir o remediar la situación[21].* Este criterio fue reforzado en el caso “**Stone v. Ritter**” del año 2006, la misma Corte estableció que las condiciones necesarias para la responsabilidad de supervisión de los directores son:

*(a) los directores no implementaron por completo ningún sistema o control de informes o información; o (b) habiendo implementado dicho sistema o controles, conscientemente no monitoreó o supervisó sus operaciones, impidiendo así ser informado de los riesgos o problemas que requieran su atención. En cualquier caso, la imposición de responsabilidad requiere demostrar que los directores sabían que no estaban cumpliendo con sus obligaciones fiduciarias. Cuando los directores no actúan frente a un deber conocido de actuar, incumplen su deber de lealtad al no cumplir con esa obligación fiduciaria de buena fe[22].*

La crisis financiera del 2008 en Estados Unidos implicó una serie de acciones en contra de grandes corporaciones y sus administradores. Uno de los más importantes fue el caso “**In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation**” del año 2009 en el cual la Corte de Delaware conoció una demanda en contra de los administradores por incumplir sus deberes fiduciarios respecto al deber de vigilancia y gestión de riesgos en el mercado de hipotecas. La Corte decidió que *el mero hecho de que una compañía asuma riesgos de negocio y sufra pérdidas, incluso catastróficas, no evidencia una mala conducta y, por sí solo no autoriza a declarar la responsabilidad personal del administrador, y que los deberes de vigilancia en la Ley de Delaware no han sido diseñados para someter a los administradores, incluso cuando sean expertos, a responsabilidad personal por el hecho de fallar en la predicción del futuro y evaluar acertadamente los riesgos del negocio[23].* Esta decisión reafirma la amplia discrecionalidad que tienen los administradores societarios en la toma de decisiones, que dentro del marco de la ley y de los estatutos de la sociedad están permitidas, pero representan riesgos mayores o menores, los cuales, en principio, no deben ser asumidos por sus representantes. Esto debe ser así, cumpliendo los requisitos más arriba mencionados, pues la sociedad comercial tiene personalidad jurídica propia y el administrador no actúa de forma personal, sino que lo hace en representación de la sociedad y de sus intereses. Por esto, las cortes norteamericanas han reafirmado el criterio de que la decisión del administrador no debe ser perfecta, sino más bien razonable.

Otro aspecto interesante de esta regla del buen juicio de los negocios es que si la parte demandante demuestra que se vulneró dicha regla anulando la presunción de validez de la BJR al momento de tomar una decisión de negocios, la carga de la prueba vuelve donde el administrador quien tendrá que probar, mediante la “entire fairness doctrine” doctrina de toda la justicia o test de razonabilidad, si la transacción es completamente justa para los beneficiarios residuales de la empresa.

Dentro del examen que llevan a cabo los jueces para determinar si una determinada transacción cumple o no con el entire fairness standard, por una parte, analizan si se trata de un fair dealing, para lo cual examinan el proceso mediante el cual se adoptó la

decisión, la negociación, la estructuración de la transacción y la información proporcionada. De otra parte, el juez observa si existió un fair price, para lo cual considera no solo el precio obtenido y pagado por la transacción, sino también las implicaciones económicas y de carácter inanciero envueltas en la operación[24]. Sobre esta doctrina del entere fairness standard, la Corte Suprema de Dellaware en el caso “**Cede & Co. v. Technicolor, Inc.**” del año 1993, estableció que debido a que *la junta directiva no actuó con la debida diligencia, la Corte Suprema de Delaware no aplicó la BJR y por tanto, juzgó la transacción de acuerdo con el entere fairness standard*[25].

Para el licenciado Alberto Guerra la “*business judgement rule*” representa un balón de oxígeno para el riesgo en las decisiones estratégicas, e identifica cuatro de sus fundamentos:

- ***Alentar la asunción de riesgos.*** *Se trata de proteger a los administradores audaces, no a los imprudentes. Decidir en el ámbito empresarial comporta riesgos, pero la asunción razonable de los mismos puede ser incluso deseable si se justifica en términos de rentabilidad. Debe incentivarse la innovación, el dinamismo y la constante evolución. La BJR garantiza la inmunidad del administrador que asume riesgos de forma leal y diligente, dentro de la razonabilidad.*
- ***Limitación de los jueces para juzgar decisiones empresariales.*** *Los tribunales deben entrar a valorar únicamente el cumplimiento o no de los requisitos establecidos en el artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital para determinar la antijuridicidad de la conducta de un administrador, no el fondo del asunto.*
- ***Evitar sesgo retrospectivo (hindsight bias).*** *Se trata de la alteración que sufre la capacidad de valorar las posibilidades de que un suceso se produzca cuando el análisis se hace ex post. Es probable que un tribunal no sea capaz de situarse en las circunstancias del administrador en el momento en el que se efectuó la acción que se impugna. Por ello, el juez solo debe valorar el proceso de la toma de decisión y no la decisión en sí.*
- ***Inexistencia de ‘lex artis’.*** *No existe una lex artis consolidada por la que se pueda comparar una actuación concreta de un administrador. La actividad de los administradores ha de ser innovadora, razonablemente arriesgada y en estado de constante evolución.[26]*

Entendemos que es sumamente interesante el fundamento respecto al sesgo retrospectivo pues al momento en que el juez decide sobre la “decisión negligente” del administrador, no puede colocarse en su lugar en condiciones normales y decidir respecto a una cuestión puramente de negocios, los cuales como ya sabemos, implican riesgos para generar beneficios.

En un artículo escrito por el licenciado Sergio Londoño-González denominado “*Administrador blindado, juez amordazado: ¿se justifica adoptar la business judgment rule en el ordenamiento jurídico colombiano?*” se explica que la business judgment rule impone al demandante la carga de desvirtuar la protección ofrecida a los administradores. A menos que se demuestre la configuración de alguna de las

condiciones negativas, la regla presupone que los administradores actuaron con el debido cuidado y que, por lo tanto, los jueces no deben intervenir[27].

En República Dominicana, los artículos 28 y 29 son los únicos que versan sobre los deberes de los administradores societarios. Para Puella Herrera, *los administradores y la estructura social deben encontrarse en condiciones de responder a los objetivos de la empresa, aumentar su valor y satisfacer las legítimas expectativas de los diferentes grupos de interés, sea una sociedad abierta o no, en apego a los siguientes principios fiduciarios indicados en el Artículo 28 de la LGSC[28]:*

1. *Actuación de buena fe, que tiene alcance al deber de prudencia.*
2. *En mejor interés de la sociedad, que representa el deber de diligencia.*
3. *Estar debidamente informado, y hacer extensivo su conocimiento a los accionistas o socios y de forma oportuna, veraz y eficiente, lo cual supone el deber de rendir cuentas.*
4. *Sin interés pecuniario personal u obtener ventajas personales por la oportunidad de negocios en la empresa que representa, lo cual se extiende al deber de reserva.*

Estos deberes sin dudas que se corresponden con la regla del buen juicio en los negocios, aunque la protección judicial no se encuentre expresamente contemplada en la ley, y la escasa jurisprudencia en la materia tampoco contempla la misma. En razón de lo anterior, entendemos que sería conveniente que adoptemos esta regla en una reforma futura, que generaría un clima de seguridad jurídica y una protección necesaria en el accionar de los administradores societarios.

Asímismo, el profesor Puella Herrera afirma en su artículo “*Los delitos societarios en el ámbito de la ley no. 479-08 sobre Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada*” que los administradores poseen la dirección, pero no el riesgo de las sociedades, aumentando así la capacidad de maniobrar a su antojo y por tanto la de realizar actuaciones ilícitas que, así como se multiplican, resulta mucho más difícil en cuanto a estas establecer responsabilidades, ya que los administradores tienen la mejor excusa para justificarlo, sencillamente “*actúan en nombre de la sociedad*”[29]. Por esto la “inmunidad” de las decisiones empresariales frente a la acción de responsabilidad no puede conducir, sin embargo, a la impunidad generalizada de los administradores en el vasto territorio de la negligencia.

## **Conclusiones**

Los riesgos son parte intrínseca de la vida de los negocios, por lo que es natural que sean objeto de preocupación para quienes se benefician o se perjudican de este tipo de decisiones. Si los empleados que van a asumir el mando de las empresas que laboran fueran susceptibles de comprometer su responsabilidad personal por ejecutar su trabajo de forma adecuada (que comprende decisiones riesgosas), la realidad es que no tendría sentido aceptar esta labor y arriesgar su patrimonio personal a esos fines, pues como afirma PAZ-ARES la dificultad de discernir si una operación dañosa obedece a negligencia o al riesgo empresarial y la dificultad de reclutar administradores valiosos

si se les expone a un riesgo de responsabilidad por faltas leves de negligencia coinciden sustancialmente en desincentivar los negocios.

La regla del buen juicio en los negocios ofrece una protección a fines de que los administradores puedan tomar las decisiones que entiendan necesarias para la mejoría de la sociedad comercial, sin que en caso de que esas decisiones conlleven resultados negativos, comprometan su responsabilidad. También impide que los jueces decidan sobre aspectos estrictamente de negocios, y que solo intervengan cuando se demuestre que el administrador ha actuado de mala fe, sin una debida diligencia simplificada y con un interés personal o conflicto de interés, todo en perjuicio de la sociedad.

Por esto somos de opinión que, en general, esta figura es conveniente para el desarrollo óptimo de la sociedad, ya que el *hindsight bias* nunca va a equipararse a la decisión de riesgo que haya tenido que tomar el administrador de una sociedad comercial. La deferencia judicial es necesaria para no interferir innecesariamente en el buen desenvolvimiento de la sociedad.

Asímismo, en grandes corporaciones es usual encontrar accionistas inconformes con aspectos de la gestión de administración, sin embargo, permitir que estos puedan exigir la responsabilidad personal del administrador por una gestión que ha generado pérdidas por decisiones estrictamente de negocios, llevadas a cabo de buena fe y sin ningún interés personal, no sería adecuado. Por esto, la ley española de sociedades en su artículo 226 previamente citado establece correctamente que las decisiones de negocios entran dentro de un ámbito de discrecionalidad empresarial, lo cual necesariamente implica facultades que en principio no sujetas al control judicial.

El catedrático de derecho mercantil, Cándido Paz-Ares en su paper "*La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*" establece que el *régimen de responsabilidad de los administradores ha de configurarse de modo que sea tan severo con las infracciones del deber de lealtad como indulgente con las infracciones del deber de diligencia*[30].

Concluyo con una frase de la primera temporada de la serie **Goliath** producida por Amazon, en la que se cuestiona la capacidad de la decisión del gerente legal de una corporación importante. En un caso controversial y que implicaba grandes riesgos para la empresa, el abogado externo dice lo siguiente: *Las grandes corporaciones contratan gerentes legales para tener a alguien a quien culpar cuando las cosas salen mal*[31]. El *accountability* siempre es importante, pero debemos trazar líneas razonables para que este tipo de responsabilidad sea excepcional y que la misma no impida el buen accionar de la sociedad comercial, por esto algunos tribunales han expresado que sin la protección de la regla del buen juicio en los negocios *estaríamos convirtiendo la actividad de los administradores en una profesión de alto riesgo*[32].

[1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Cursante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Pantheon Sorbonne y el IGLOBAL, y profesor de Derecho Constitucional.

[2] <https://dpej.rae.es/lema/gobierno-corporativo>

- [3] <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/governance-risk-and-compliance/articles/que-es-el-gobierno-corporativo.html>
- [4] FUNSTON, Frederick, WAGNER, Stephen, RISTUCCIA, Henry, “Toma de decisiones inteligentes frente al riesgo”, 2010, Deloitte Review, P. 74, disponible en línea: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/co/Documents/risk/InteligenciaFrentealRiesgo/Tomadecisionesfrentealriesgo.pdf>
- [5] PUELLO HERRERA, Juan Francisco, “Dogmas y nuevos desafíos del derecho societario”, Gaceta Judicial, 1 de febrero 2015, disponible en línea: <https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:DO/buen+hombre+de+negocios/WW/vid/584493346>
- [6] Op. Cit.
- [7] Edgar v. MITE Corp., 457 U.S. 624 (1982), traducción propia, disponible en línea: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/457/624/>
- [8] Percy v. Millaudon, 3 La. 568 (1832) April 1832 · Louisiana Supreme Court 3 La. 568, traducción propia, disponible en línea: <https://cite.case.law/la/3/568/#p574>
- [9] Op. Cit.
- [10] SCOTUS, Dodge v. Woolsey, 59 U.S. 331 (1885), traducción propia, disponible en línea: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/59/331/>
- [11] Corte Suprema de Nueva York, 1888, Leslie v. Lorillard, traducción propia, cita textual: “*the issue will turn upon whether the party dealing with it is aware of the intention to perform the act for some unauthorized purpose, or whether the attendant circumstances justify its performance. In actions by stockholders, which assail the acts of their directors or trustees, courts will not interfere unless the powers have been illegally or unconscientiously executed, or unless it be made to appear that the acts were fraudulent or collusive and destructive of the rights of the stockholders. Mere errors of judgment are not sufficient as grounds for equity interference; for the powers of those entrusted with corporate management are largely discretionary*”; disponible en línea: <https://www.courtlistener.com/opinion/3615996/leslie-v-lorillard/>
- [12] Corte Suprema de Michigan, Dodge v. Ford Motor Company, 204 Mich. 459, 170 N.W. 668 (1919), traducción propia, disponible en línea: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/3965>.
- [13] Supreme Court of Illinois, Shlensky v Wrigley, 237 NE 2d 776 (Ill. App. 1968), traducción propia, disponible en línea: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-shlensky-v-wrigley>
- [14] BLACK, Lewis, “Why Corporations choose Delaware”, 2007, Delaware Department of State, traducción propia, disponible en línea: [https://corpfiles.delaware.gov/pdfs/whycorporations\\_english.pdf](https://corpfiles.delaware.gov/pdfs/whycorporations_english.pdf)
- [15] Aronson v Lewis, 473 A.2d 805, traducción propia, disponible en línea: <https://law.justia.com/cases/delaware/supreme-court/1984/473-a-2d-805-4.html>
- [16] MÚGICA ALCTORA, Ramón, “Responsabilidad de los administradores, gobierno corporativo y derecho concursal” Thomson Reuters Aranzadi, Primera edición 2019, p. 84.
- [17] Op. Cit. P. 101-102.
- [18] Supreme Court of Delaware, Brehm v. Eisner, 746 A.2d 244, 2000 Del. LEXIS 51 (Del. Feb. 9, 2000), disponible en línea: <https://www.casebriefs.com/blog/law/corporations/corporations-keyed-to-klein/the-duties-of-officers-directors-and-other-insiders/brehm-v-eisner/>
- [19] Op. Cit. 16.
- [20] Para abundar sobre este tema ver “LA DOCTRINA MURRAY EN LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y LAVADO DE ACTIVOS: INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA”, disponible en línea: <https://abogadosdq.com/la-doctrina-murray-en-los-programas-de-cumplimiento-y-lavado-de-activos-inversion-de-la-carga-probatoria/>
- [21] In re Caremark Intern. Inc. Derivative Litigation, 698 A.2d 959 (1996), disponible en línea: <https://www.law.upenn.edu/live/files/6824-a#page=9>
- [22] Stone v. Ritter - 911 A.2d 362 (Del. 2006), traducción propia, disponible en línea: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-stone-v-ritter>
- [23] In re Citigroup Inc. S’holder Derivative Litig. - 964 A.2d 106 (Del. Ch. 2009), disponible en línea: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-in-re-citigroup-inc-s-holder-derivative-litig>
- [24] Suescún de Roa, Felipe, “The business judgment rule en los Estados Unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva”, Revista Vniversitas, julio 2013, Colombia, P. 355.
- [25] Supreme Court of Delaware, 1993, Cede & Co. v. Technicolor - 634 A.2d 345 (Del. 1993), disponible en línea: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-cede-co-v-technicolor>
- [26] GUERRA, Alberto, “La ‘business judgement rule’: un balón de oxígeno para el riesgo en las decisiones estratégicas”, 17 julio 2018, disponible en línea: <https://www.garrigues.com/es/ES/noticia/la-business-judgement-rule-un-balon-de-oxigeno-para-el-riesgo-en-las-decisiones-estrategicas>
- [27] Londoño-González, S. (Junio, 2016). Administrador blindado, juez amordazado: ¿se justifica adoptar la business judgment rule en el ordenamiento jurídico colombiano? Revista de Derecho Privado, (55). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.55.2016.06>,
- [28] Ley General de Sociedades Comerciales.

[29] PUELLO HERRERA, Juan Francisco, "*Los delitos societarios en el ámbito de la ley no. 479-08 sobre Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada*", 1 de septiembre 2013, Gaceta Judicial, disponible en línea: <https://app.vlex.com/#WW/vid/516280150?forw=go>

[30] PAZ-ARES, Cándido, "*La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*", Barcelona, octubre de 2003, InDret 4/2003, disponible en línea: [https://indret.com/wp-content/uploads/2007/05/162\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/uploads/2007/05/162_es.pdf);

[31] "Corporations keep general counsels in order to have someone to blame if things go badly".

[32] sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba SAP Córdoba 27-1-1997, ARC 1997-1, p. 94.

## La potestad sancionadora del régimen medio ambiental en la República Dominicana

*Jennifer M. Sepúlveda Molina*

La asamblea revisora del 2010, otorgó de forma expresa potestad sancionadora a la administración pública, estableciendo en su artículo 40 numeral 13 que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción penal o administrativa, y en su numeral 17 que en el ejercicio de la potestad sancionadora establecida por las leyes, la Administración pública no podrá imponer sanciones que de forma directa o subsidiaria impliquen privación de libertad. En vista de ese mandato constitucional se le otorgan facultades sancionatorias al Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, como ente encargado de proteger y preservar el medio ambiente. Sin embargo, es preciso señalar que dicha potestad es ejecutada con un eminente vacío legal, y por tanto en violación al orden constitucional, pues adolece de una ley formal que tipifique las conductas sancionables. (Subrayado nuestro)

La República Dominicana a partir de la reforma constitucional del año dos mil diez (2010), estableció de forma expresa las prerrogativas constitucionales propias para la imposición de una sanción administrativa, que hasta la referida fecha se encontraban, al menos de manera formal, exclusivas para el derecho penal, lo que implica el respeto al principio de legalidad, y por tanto a la regla de *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, que prescribe que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que al momento de producirse no constituyan un delito, falta o infracción administrativa.

En consecuencia, es la propia constitución que establece que la potestad sancionadora, como facultad de la administración pública debe ser aplicada conforme a la ley, con el fin único de evitar vulneraciones de derecho, y a su vez brindar una mayor y real seguridad jurídica a sus ciudadanos. Lo que significa que la tipificación de las sanciones de infracciones administrativas debe estar reguladas conforme a una ley que así lo establezca, lo que en definitiva otorgará un poder a favor de la administración, pero de forma controlada, regulada por exigencias y parámetros mínimos de obligatorio cumplimiento. Por lo que, como todas las facultades que le son otorgadas a la administración, en especial cuando las mismas están llamadas a limitar y restringir derechos fundamentales, la potestad sancionadora debe ser delimitada de forma tal que su uso y ejercicio no resulte una facultad discrecional, sino más bien legal. La forma adecuada para lograr una perfecta delimitación de las facultades de la administración, que no es más que un control al poder de imperio que esta posee, es dotándola de las exigencias legales mínimas que conforman el actual estado democrático, social y de derecho que tenemos.

El anterior señalamiento, y en vista de la mala práctica del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales en la imposición de sanciones administrativas, utilizando tipos creados en reglamentos, tal es el caso de la Resolución núm. 18/2007

que aprueba el reglamento para el control, vigilancia e inspección ambiental y la aplicación de sanciones administrativas, listado de ilícitos administrativos y manual de vigilancia e inspección.

Al respecto es importante resaltar que las potestades son los medios jurídicos con que la Administración procura sus fines. Toda actuación administrativa se presenta como el ejercicio de un poder que la ley le atribuye de forma previa, y que delimita, por lo que el ejercicio de potestades por la administración siempre presupone una atribución legal. (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2008, 451). Es en la propia constitución que obliga al estado dominicano, y en consecuencia a su administración, a proteger el medio ambiente, considerado como un derecho colectivo. (Ver artículo 66 Constitución).

En ese sentido, debemos de prestar especial atención a lo establecido en el numeral 5 del artículo 67 de la constitución, tendente a la protección del medio ambiente, establecido como un deber por parte de la administración, indicando lo siguiente, a saber: *“5) los poderes públicos prevendrán y controlarán los factores de deterioro ambiental, impondrán las sanciones legales, la responsabilidad objetiva por daños causados al medio ambiente, y a los recursos naturales y exigirán su reparación. Asimismo, cooperarán con otras naciones en la protección de los ecosistemas a lo largo de la frontera marítima y terrestre...”* (Subrayado nuestro).

El resaltado anterior no resulta casual, y es que incluso la propia norma constitucional expresamente establece que las sanciones a imponer para la protección y preservación del medio ambiente y los recursos naturales deben ser sanciones de tipo legal, lo que implica que su tipificación debe encontrarse debidamente establecida en una ley formal, y no en un reglamento, como sucede en la práctica actual.

Aceptar y asumir como válido el errado accionar del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales en la forma en que actualmente se encuentra imponiendo sanciones administrativas, sería desnaturalizar figuras jurídicas que están llamadas a cumplir y suplir objetivos y necesidades distintas, pues por un lado como ha referido el Tribunal Constitucional, la reserva legal es definida como una garantía consagrada por el constituyente mediante la cual un determinado número de materias son reservadas a la potestad sancionadora del legislador (TC/0373/14 del 26 de diciembre del 2014, Tribunal Constitucional Dominicano). Lo que quiere decir que la reserva de ley supone la necesidad que de forma predeterminada una ley, de manera exclusiva, tipifique tanto las conductas que constituirán una sanción administrativa, como la sanción *per se*, que a consecuencia de dicho incumplimiento se impondrán. El respeto a dicho concepto supone una garantía para las personas, tanto físicas como jurídicas, pues de antemano tienen la certeza de cuales conductas conllevan una sanción, pero, sobre todo, obliga a que sea el legislador quien así determine cuáles serán las conductas merecedoras de un castigo.

Debemos reconocer que la Ley 64-00 contiene en su artículo 167 la competencia para sancionar, sin embargo se limita a establecer las sanciones a imponer sin indicar los mandatos prohibitivos a los que deben abstenerse las personas, por lo cual el ente

encargado de la protección y preservación del Medio Ambiente y los Recursos Naturales ha intentado perfeccionar dicho vacío legal con la creación de los tipos mediante reglamentos, atentando gravemente contra la seguridad jurídica y el orden constitucional.

Como es sabido, el reglamento, de acuerdo con su heteronomía implica no solo que no pueden expedirse sin una ley previa a cuya pormenorización normativa están destinados, sino que su validez jurídico-constitucional depende de ella en cuanto no deben contrariarla ni rebasar su ámbito de aplicación. A excepción del poder reglamentario autónomo, no puede expedirse un reglamento sin que se refiera a una ley, y se funde precisamente en ella para proveer en forma general y abstracta en lo necesario a la aplicación de dicha ley a los casos concretos que surjan. (TC/0032/12 de fecha 15 de agosto de 2012, Tribunal Constitucional Dominicano). De manera que, el reglamento está llamado a optimizar, a explicar si se quiere, el contenido de la ley, de manera que su aplicación y entendimiento sea más eficiente, por lo que el reglamento tiene como límite y objetivo al mismo tiempo, aclarar y ordenar exclusivamente lo que establece la ley, de manera que no puede crear o ampliar situaciones, sanciones o tipos que ya no estén de manera previa en la ley por cuya existencia fue creado.

En palabras del profesor Eduardo Jorge Prats no hay infracción administrativa, ni sus correspondientes consecuencias jurídicas (sanciones), sin previa determinación o tipificación por ley formal. Se consagra así una reserva de ley en materia sancionadora a favor del legislador y que se manifiesta en la tipificación de ilícitos, el establecimiento de las sanciones, el enjuiciamiento de los hechos y la ejecución de las sanciones.

Resaltamos que la tipicidad, es la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa. La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de derecho que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación, y, en segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica, que no cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos (*lex certa*). (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2008, 177- 178).

Así las cosas, aplicar sanciones administrativas, independientemente del tipo que sea, sin que las mismas se encuentren debidamente tipificadas en la ley formal correspondiente a la regulación de que se trate, en este caso particular en la ley general de medio ambiente y recursos naturales (Ley núm. 64-00), constituye una violación a la seguridad jurídica y todas las garantías constitucionales establecidas a favor de las personas, pues como hemos establecido anteriormente, las mismas quedarían supeditadas al capricho discrecional del funcionario que decida, de forma indiscriminada crear o ampliar sanciones o infracciones a través de la promulgación de cuantos reglamentos le parezca.

En ese mismo sentido, el artículo 35 de la Ley 107-13, sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, del 8 de agosto de 2013, estipula que la potestad sancionadora de la Administración Pública sólo podrá ejercerse en virtud de habilitación legal expresa, cuyo ejercicio corresponde exclusivamente al órgano al que le fue atribuido. Por su parte, el artículo 36 de la Ley 107-13, reconoce que la potestad sancionadora de la Administración se encuentra limitada por el principio de tipicidad, al establecer que “son infracciones administrativas los hechos o conductas así tipificados en la ley, que establecerá las sanciones administrativas correspondientes”. (Subrayado nuestro).

Por lo que, si bien es cierto que el artículo 167 de la Ley General Sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales (Ley núm. 64-00), faculta al Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales imponer sanciones administrativas, no es posible desconocer que dicha Ley no tipifica infracciones plausibles de ser sancionadas administrativamente, por lo que la potestad sancionadora del Ministerio a la fecha de hoy resulta precaria y vacía, no pudiendo ser ejercida en contravención con el orden constitucional.

No perdamos de vista la indiscutible necesidad de que el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, como administración encargada de preservar y proteger el medio ambiente y los recursos naturales posea la facultad de sancionar, pues ha sido demostrado, desde la fundación de la noción de Estado, que dicha facultad es la única vía con que la administración puede hacer lograr sus fines. Sin embargo, dicha facultad debe ser ejercida de acuerdo con los cánones constitucionalmente establecidos, en procura del respeto y goce de los derechos y garantías de las personas.

## **Conclusión**

Por aplicación a ultranza de los parámetros establecidos en nuestra constitución, las sanciones administrativas impuestas por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales resultan nulas de pleno derecho, pues las mismas, al no encontrarse debidamente tipificadas mediante una ley formal que las cree y las describa, resultan inexistentes e inaplicables.

De manera que, cualquier sanción impuesta, incluyendo las multas que en la práctica son impuestas, resultas en contravención con el principio de legalidad, tipicidad y seguridad jurídica, pues un reglamento no puede innovar, crear o ampliar una sanción o infracción que su ley no establezca. En consecuencia y de manera irrefutable el régimen medio ambiental dominicano, en el marco de la potestad sancionadora de su administración, adolece del instrumento más importante para garantizar y hacer cumplir sus objetivos; potestad sancionadora.

## **Bibliografía**

- Constitución de la República de fecha 13 de junio de 2015, Gaceta No. 10805 del 10 de julio de 2015; - CONCEPCIÓN ACOSTA, Franklin E., Apuntada Ley 107-13 Sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, Primera edición, Santo Domingo, República Dominicana, Impresora Soto Castillo, 2016.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. Tomo II. (14va ed.). Madrid, Editorial Civitas, 2008.
- JORJE PRATS, Eduardo. Constitucionalidad de las Sanciones Administrativas, Estudios Jurídicos, Volumen VI, Núm. 1 (Enero-Abril 1996), p. 48 -Ley 64-00 General Sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales.
- Sentencia del TC publicada en el portal del TC: TC/0373/14 del 26 de diciembre del 2014, en línea, [www.tribunalconstitucional.gob.do/Sentencias.do](http://www.tribunalconstitucional.gob.do/Sentencias.do) [consulta 15 septiembre 2017]
- Sentencia del TC publicada en el portal del TC: TC/032/12 del 15 de agosto del 2012, en línea, [www.tribunalconstitucional.gob.do/Sentencias.do](http://www.tribunalconstitucional.gob.do/Sentencias.do) [consulta 7 agosto 2017]

## Las operaciones entre sujetos vinculados como indicio de competencia desleal

Francisco Álvarez Martínez

La premisa del presente trabajo nace de la posibilidad – y lamentablemente, costumbre – de que, dentro de un entramado societario con aparente independencia funcional, se puedan estar generando relaciones societarias entre personas jurídicas vinculadas que, con intención o no, provoquen desigualdad dentro de un mercado relevante.

El esquema defraudatorio donde personas jurídicas distintas, pero bajo una misma dirección, generan negocios jurídicos y gastos, disipando beneficios, maximizando así su operatividad, no solo violenta el orden fiscal de una nación. El daño más profundo tiende a ser imperceptible en el ámbito privado, y uno de los renglones más lacerados son los marcos generales de protección a la competencia.

Iniciemos estudiando a los sujetos vinculados.

### ¿Quiénes deben ser considerados como personas vinculadas?

Para esto, usaremos la Norma General No. 04-2011, específicamente su artículo primero, literal j, del cual traemos íntegramente las partes más relevantes, pero no todo el texto del artículo (el cual recomendamos leer completo):

***“Partes relacionadas o vinculadas:*** Para efecto de esta Norma General se considerarán partes relacionadas o vinculadas las personas físicas o sociedades o empresas, residentes o no en la República Dominicana, con respecto a las cuales se verifiquen alguno de los siguientes supuestos:”

***“1. Una de las partes participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de la otra...”***

***“7. Una persona física, sociedad o empresa que se haga cargo de las pérdidas o gastos de otros;”***

***“8. Las sociedades o empresas que constituyan una unidad de decisión...”***

Por lo que podemos concluir las personas vinculadas, físicas o morales, pueden ser asimiladas de manera sustantiva a lo que identificamos en otras materias como conjuntos económicos, guardando las obvias distancias normativas que cada criterio presenta, ya que éstos representan la coordinación de políticas económicas y societarias entre dos o más individuos (personalidad jurídica) con el objeto claro de sacar algún beneficio inorgánico, lo que se traduce a un daño material a la libre competencia, en base a maniobras de competencia desleal.

A esto se aplica también la relación entre una empresa subsidiaria localmente de otra con operaciones fuera del país, donde – a veces – se encuentra la eventual tenedora de los beneficios en paraísos fiscales, lo que permite que los gastos puedan exclusivamente ser cargados al vehículo societario local, manteniéndola en aparente pérdida constante.

En concreto, hablaríamos de almacenes societarios donde – entre distintos actores del mercado – bajo una misma sombrilla operativa, diferentes sociedades comerciales realicen actos de compra y venta, potencializando los gastos de forma etérea dentro del mismo grupo, para poder eventualmente realizar ofertas (del producto terminado) por debajo del precio que, en otro escenario, hubiesen podido ofertar.

### **Herramientas de la Administración para identificar estos rasgos**

Visto lo anterior, ¿de qué manera puede la Administración tomar conocimiento de estos comportamientos?

Según la Resolución No. 78-14 promovida dentro del marco de la Ley 25-12 y el Decreto No. 50-13, apoyándose en el artículo 281 del Código Tributario de la República Dominicana, se generó una reinterpretación de la necesidad imperativa de que las operaciones entre personas (físicas o jurídicas) relacionadas o vinculadas deban ser estrictamente supervisadas, especialmente cuando alguna de estas se beneficia de regímenes fiscales preferentes, de baja o nula tributación.

La idea es simple, y depende más de un documento, considerado una declaración formal ante la administración, denominada “Declaración Informativa de Operaciones efectuadas entre partes Relacionadas” (Por sus siglas, DIOR), con la cual, en teoría, se pone a la administración en conocimiento de la relación y, en consecuencia, se habilita el seguimiento.

Aunque en el Reglamento 78-14 se generan unos marcos y criterios excluyentes, por ejemplo, el que estipula el artículo 18 párrafo V, entendemos que esto responde a un interés fiscal de la Administración Tributaria, y puede ser obviado (formalmente) desde el punto de vista de la libre competencia.

Este importante documento, que desde el año 1992 se encuentra en nuestra legislación, es quizás la más importante herramienta del Estado para identificar quienes están creando esquemas societarios fraudulentos, por ejemplo, empresas relacionadas que se generen costos ficticios para aminorar el impacto fiscal eventual, y así poder ofrecer mejores “precios” a sus clientes.

El problema es que esto depende de un elemento volitivo que, en un ámbito de mala fe, o de ignorancia, podría ser obviado.

Por ello, el Reglamento No. 139-98 para la aplicación del ISR, en su artículo 4, promovía la capacidad de la administración tributaria para poder comprobar, por todos los medios, si existía vinculación económica entre dos empresas, específicamente cuando una de estas se manejaba desde algún régimen especial, o desde el extranjero, y el fin ulterior de la administración era el de cargar impositivamente, en caso de detectar alguna evasión virtual, como si fuesen ambas empresas locales.

Este marco regulatorio fue reforzado con la entrada en vigor de la Ley 495-06 de rectificación tributaria, y posteriormente con el Decreto 408-10, que fue el pie de amigo para culminar la producción legislativa (y administrativa) necesaria con la Norma General No. 04-2011 sobre precios de transferencia.

Esta adaptación administrativa no fue estrictamente una evolución local, pues estuvo impulsada siempre por la sinergia entre la administración local y las Directrices sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Las herramientas, entonces, están en manos de la administración fiscal.

### **Protección al ecosistema societario como garantía de libre competencia**

Tanto los legisladores como los juristas, doctrinarios y organismos estatales han ido marcando pautas, desde inicios del siglo pasado, que buscan indudablemente proteger este ecosistema tan importante y, así mismo, sancionan el comportamiento adverso al mismo.

Y uno de los mejores ejemplos para iniciar esta parte del trabajo nos la entrega la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, cuando dijo que “[e]n efecto, sean cuales sean las diferentes finalidades que se busquen con el derecho de la competencia, lo cierto es que el objetivo principal y primario de este es el bienestar de los consumidores. La competencia lleva a que las empresas sean eficientes y esas eficiencias hacen que se les garantice a los consumidores un nivel excelente de calidad y precio de los bienes y servicios. Con competencia, se logra que exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios. Si no existiera competencia, los consumidores nos veríamos abocados a adquirir el bien que se nos ofrezca, sin importar su calidad y precio, pues es el único en el mercado.”<sup>[1]</sup>, refiriéndose a la importancia social intrínseca que trae el respeto a la competencia y a las buenas costumbres del área.

Hay que partir, brevemente, indicando que “la “competencia” tiene dos aspectos: el de la “libertad”, entendido como derecho a y deber de competir, y el de la lealtad, es decir, un deber relacionado con la forma cómo debe realizarse la competencia.

Luego, pueden existir formas y métodos prohibidos por constituir “competencia desleal” en contra de los demás competidores y de los consumidores.”<sup>[2]</sup>

Desde el año 1994, la Organización Mundial del Comercio (OMC) produjo documentos tendentes a enmarcar las conductas desleales y proteger, en consecuencia, el mercado nacional de un país en contra de estas, y en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT’47) se adoptaban normas específicas que condenaban dos tipos de conductas desleales.<sup>[3]</sup>

Otros organismos internacionales que han expuesto en este mismo orden, como la ONU vía la UNCTAD (de su nombre en inglés, United Nations Conference on Trade and Development) y la UNCITRAL (de su nombre en inglés, United Nations Commission on

International Trade Law) han reformulado discusiones desde su génesis y han arribado a los mismos conceptos que ya han sido expuestos en las normativas precitadas.

La Ley 20-00 sobre Propiedad Industrial en sus artículos 176 y siguientes se refieren a las disposiciones sobre Competencia Desleal, y la definen como “**todo acto realizado en el ámbito comercial o profesional que sea contrario a los usos y prácticas deshonestas**”, quedando comprendida dentro de ésta la publicidad desleal;

La Ley General de Defensa de la Competencia, Ley No. 42-08, que objeto, con carácter de orden público, es el de promover y defender la competencia efectiva para incrementar la eficiencia económica en los mercados de bienes y servicios, a fin de generar beneficio y valor en favor de los consumidores y usuarios de estos bienes y servicios en el territorio nacional, nos ofrece, al tenor de su artículo 10, una definición concreta de lo que se entiende como competencia desleal, identificándola como *todo acto o comportamiento realizado en el ámbito comercial o empresarial que resulte contrario a la buena fe y ética comercial que tengan por objeto un desvío ilegítimo de la demanda de los consumidores.*

No es coincidencia la coherencia en legislación, jurisprudencia y doctrina de países como Alemania, Francia, Colombia, México, Brasil, Estados Unidos, Argentina y República Dominicana, el derecho a la competencia sana es un asunto de interés público por la naturaleza intrínseca del derecho a la libre empresa y sus destellos constitucionales, y por ello, es necesario el estudio profundo de la figura, pero, además, la evolución jurisprudencial que hasta ahora hemos tenido en nuestro país.

### **El importante rol de Pro-Competencia como órgano especializado**

Así las cosas, con estas disposiciones, de manera mancomunada con otras que no han sido estudiadas en el presente documento, se pretende tocar cualquier operación o transacción que realicen empresas o sociedades locales de capital extranjero con: (i) sus partes relacionadas o vinculadas en el exterior; (ii) personas físicas, empresas o sociedades residentes o domiciliadas en jurisdicciones de menor imposición o en aquellas consideradas como paraísos fiscales; y, (iii) sus partes relacionadas o vinculadas beneficiarias del Régimen de Zonas Francas. Además, esto puede permear empresas locales con capital accionario extranjero significativo.

Se podría considerar, incluso, que estas prácticas pueden ser asimiladas – localmente y de manera orgánica – al concepto de *dumping*, Conducta que “*no solo genera una distorsión artificial en el país importador, sino que produce efectos dañinos en la economía internacional debido, fundamentalmente, a la creciente globalización y generalizada apertura de los mercados.*”[4] Pues atenta contra el libre comercio y altera el funcionamiento normal del mercado.[5] Retener el criterio anterior, pero mutando su naturaleza a la problemática denunciada, puede ser increíblemente útil al momento de presentar soluciones.

Y, por ejemplo, una de las formas requeridas por la administración, independientemente del medio (digital o físico), es la producción de un informe

(parecido al Estudio de Precios de Transferencia) que exponga de manera clara el proceso de valoración de los precios de transferencia de cada producto o artículo, terminado o materia prima. La idea es tener el costo real del producto, para evitar que exista una defraudación fiscal en base a costos infravalorados, o que se persiga un beneficio fiscal indirecto consecuencia de la transacción entre relacionados, lo que generaría – sin lugar a duda – un daño tangible e inmediato al mercado.

Es así, entonces, que podemos concluir el presente trabajo indicando que la administración tiene una de las herramientas más eficaces creadas para supervisar el manejo fraudulento de los grupos económicos, pequeños o grandes, frente a la recaudación. Pero entendemos esto no es suficiente.

Pro-Competencia, según las facultades reconocidas en la Ley 42-08, no solamente debe mantenerse ávida de recibir las denuncias promovidas por parte interesada, ya que estas dependerán siempre de un elemento que no necesariamente la parte afectada, ya sea el consumidor o los competidores, podrá conocer por las limitantes que se imponen normalmente a los actores dentro del mercado.

Pero la Administración, por su naturaleza intrínsecamente pública, cuentan con mecanismos adicionales que permiten la identificación de estos comportamientos incómodos y, obviamente, la detección de los que puedan ser pasibles de sanción.

Es la misma Pro-Competencia que reconoce estas facultades, por ejemplo, en su Resolución DE-032-2019, donde expone que “esta Dirección Ejecutiva de PRO-COMPETENCIA tiene el deber y facultad de investigar y prevenir la existencia de las prácticas prohibidas por la Ley núm. 42-08, esto es: (i) Los acuerdos, decisiones y prácticas contrarias a la libre competencia; (ii) Los abusos de posición dominante; así como (iii) Los actos de competencia desleal, y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, salvo en materia de competencia económica de los sectores regulados con organismos reguladores que poseen atribuciones en materia de defensa de la competencia”, traduciéndose así a una “casi” responsabilidad de éste importante órgano de realizar los levantamientos necesarios, más aplicándose a lo que actualmente estamos conversando.

Porque, al final de todo esto, esa mala práctica puede ser asemejada a una práctica concertada, pero dentro de un mismo grupo económico, en sentido lato, lo que es todavía peor.

**Y es por esto por lo que, en su resolución número DE-002-2020** este órgano hace una importante diferenciación entre la naturaleza de las normas de libre competencia y las de competencia desleal.

Así, nos explica que, en efecto, en diversos actos administrativos emanados de esta Dirección Ejecutiva, 57 se ha sostenido el criterio de que **existe una diferencia entre las normas protectoras de la libre competencia y aquellas sobre competencia desleal, ya que las primeras buscan proteger el interés público al mantener una**

**competencia económica suficiente en el mercado, mientras que la finalidad de las normas de competencia desleal es la “protección de intereses privados de los empresarios frente a los daños injustificados que pudiera ocasionarles la conducta excesivamente agresiva de un competidor en la lucha por el cliente”;**

Pero, para esto, se requiere una cooperación interdisciplinaria entre los diferentes organismos institucionales del sector público que puedan recibir, según su competencia, información segregada de los que puedan estar incurriendo en estas prácticas anticompetitivas, generándose una labor titánica cargada a la responsabilidad social que, por ejemplo, mantiene Pro-Competencia, la Dirección General de Impuestos Internos, la Superintendencia de Bancos y la Dirección General de Aduanas, para cruzar información y contar con personal necesario para digerir toda la información producida.

Y todo lo anterior, ¿para qué? Pues sencillo. Es necesario que, entre todos, sector público y administración, trabajen juntos para poder identificar estos esquemas fraudulentos que no solamente afectan las arcas públicas, con la evasión o elusión que puedan generar, sino que provocan un daño irreparable a las relaciones entre los administrados que compiten en un mismo mercado, y de los consumidores que – sin saberlo – reciben estos servicios bajo esquemas de desigualdad.

Y quién mejor que la administración para efficientizar esta necesaria labor de levantamiento y persecución, bajo la creación de acuerdos interinstitucionales que permitan, ya sea a requerimiento o de oficio, identificar estas prácticas dentro de los esquemas societarios que puedan estar afectando, sin importar la intensidad, la competencia justa en el territorio local.

[1] Documento emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio de la Republica de Colombia – Tres ángulos diferentes de un objetivo común: el bienestar del consumidor.

[2] Apuntes de Derecho Penal Económico II – Ricardo Preda del Puerto

[3] Competencia y Monopolio – Argentina, Mercosur y OMC. Roberto Dromi

[4] Guzmán-Barrón, C. (1997). El dumping en el comercio internacional. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (36), 137-141. P. 137.

[5] Guzmán-Barrón, C. (1997). El dumping en el comercio internacional. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (36), 137-141. P. 137.

## **Accidentes marítimos: una perspectiva desde la práctica en República Dominicana**

*Loraine Maldonado*

### **Generalidades**

Es notable el interés y dependencia de las naciones en el ámbito marítimo. Cada día, miles de embarcaciones y buques de distintas partes del mundo navegan transportando mercancía e insumos para el desarrollo del comercio y las industrias, al igual que las embarcaciones para el transporte de pasajeros, buques científicos, entre otros.

Aproximadamente el ochenta por ciento del comercio mundial se moviliza por medio de buques. Este alto porcentaje de utilización del modo marítimo en el tráfico internacional está vinculado con la capacidad que tienen los buques de movilizar grandes cantidades de carga que abaratan el traslado de mercancías. Las llamadas ventas marítimas son una evidencia de esa realidad.<sup>[i]</sup>

De ese enérgico movimiento comercial, nace la interacción obligatoria de distintos actores del sector privado y público. Esta interrelación se manifiesta en los actos jurídicos y administrativos vinculados al ámbito marítimo, por ejemplo: la suscripción de contratos de transporte marítimo, flete de buques, seguros de carga, agenciamiento marítimo, consolidación de carga, distribución y logística, etcétera.

Toda actividad marítima está regulada, en todos sus aspectos por los 168 países que constituyen la OMI, es decir, la Organización Marítima Internacional, organismo de las Naciones Unidas que promueve la cooperación entre Estados y la industria marítima para mejorar la seguridad marítima y prevenir la contaminación marina.<sup>[ii]</sup>

### **Concepto de Accidente Marítimo**

Se denomina accidente o siniestro marítimo a un evento que ha tenido como resultado:

- 1) La muerte o lesiones graves de una persona, causadas por las operaciones de un buque o en relación con ellas;

- 2) La pérdida de una persona que estuviera a bordo, causada por las operaciones de un buque o en relación con ellas; 3) La pérdida, presunta pérdida o abandono de un buque;
- 4) Daños materiales graves sufridos por un buque; 5) La varada o avería importante de un buque o la participación de un buque en un abordaje; 6) Daños materiales graves causados por las operaciones de un buque o en relación con ellas; 7) Daños graves al medio ambiente como resultado de los daños sufridos por uno o varios buques, causados por las operaciones de uno o varios buques.<sup>[iii]</sup>

Estos eventos se clasifican en siniestros muy graves y graves. Un siniestro es muy grave cuando el buque es afectado totalmente, incluyendo pérdida de vidas humanas o contaminación grave. En cambio, un siniestro es grave cuando sin reunir las características del “siniestro muy grave” entraña uno o varios de estos efectos: un incendio, explosión, abordaje, varada, contacto, averías por mal tiempo, averías causadas por hielos, grietas o defectos del casco, que a su vez provocan averías estructurales que hacen que el buque no sea apto para navegar, por ejemplo, una hendidura en la obra viva, parada de las máquinas principales, averías importantes en los espacios de alojamiento, contaminación (independientemente de la magnitud); y/o una avería que obligue a remolcar el buque o pedir ayuda a tierra.

### **Caso Practico**

Por su ubicación estratégica en el Caribe, la República Dominicana ha fungido como puerto emergente de embarcaciones afectadas por siniestros graves en alta mar. A continuación, consideraremos un siniestro ocurrido en aguas internacionales con incidencia en nuestro territorio. Los nombres de los involucrados están abreviados para proteger su identidad.

En el año 2012, la embarcación “*M/V B.A.E*” sufrió un incendio en sus motores quedando varada próximo a las costas de Brasil. Luego de varios días, los propietarios de la embarcación “*R.B.S* y *MPC.M.M.*” contrataron los servicios de un barco remolque para su traslado hacia la República Dominicana. Dicha embarcación transportaba varios contenedores propiedad de la compañía “*P.W.F.*” con productos para la fabricación de bebidas gaseosas, que por su naturaleza requería ser transportada bajo cubierta, en áreas limpias y secas, fuera de olores fuertes y temperaturas extremas, según lo estipulado en el contrato de carga.

Luego de atracar en el puerto de Caucedo, ubicado en Santo Domingo, República Dominicana, la embarcación fue inspeccionada por los funcionarios de las instituciones portuarias y sanitarias, según el protocolo habitual. De la inspección y verificación de los contenedores se determinó que los productos de “*P.W.F.*” se dañaron debido a las adversas condiciones del transporte, los cambios extremos de temperatura en la embarcación, así como la colocación sobre cubierta de los contenedores.

La carga de la empresa “*P.W.F.*” se encontraba asegurada con la compañía “*A.F.M.I.*”, entidad que a su vez pagó el valor asegurado, subrogándose en todos los derechos y acciones de “*P.W.F.*” frente al transportador.

La aseguradora “*A.F.M.I.*”, interpuso una demanda comercial en recuperación de valores en contra de los propietarios de la embarcación, resultando apoderado la Segunda Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional.

La estrategia procesal inicial consistía en trabar embargo conservatorio (embargo de naves), para garantizar la recuperación de los valores. Desafortunadamente, dicha

medida no pudo ser instrumentada en nuestro territorio debido a los factores siguientes: 1) Imposibilidad de cumplimiento de las disposiciones del artículo 1 del Decreto 222-92, que modifica el Art. 9, Sección 3, del Reglamento 1673 sobre Prestaciones de Servicios de la Autoridad Portuaria Dominicana, que ordena el traslado de la mercancía de la nave embargada a otra embarcación a expensas del embargante; 2) Debilidad e ineficacia de la legislación sobre asuntos marítimos; 3) Trámites oficiosos por ante las instituciones gubernamentales intervinientes (Autoridad Portuaria Dominicana, Armada de la Republica Dominicana, Comandancia de Puertos);

Luego de que la embarcación “*M/V B.A.E*” saliera de aguas nacionales, fue solicitada en Italia una orden de arresto-detención a fin de que las autoridades portuarias procedieran a la detención de la nave tan pronto atracara en el Puerto de Sicilia, Italia.

Posteriormente, las partes arribaron a un acuerdo transaccional, por lo que los representantes legales de ambas partes solicitaron el archivo definitivo del proceso iniciado en República Dominicana.

## **Conclusión**

La República Dominicana cuenta con las condiciones climáticas y geográficas para convertirse en un centro modelo de distribución logística de carga para la región de Caribe y Las Américas. Sin embargo, resulta paradójico que el país no posea un marco legal sobre derecho marítimo acorde con las exigencias del comercio internacional.

Si bien es cierto que el transporte marítimo sigue siendo el medio más eficaz para transportar mercancías en grandes cantidades, esto no exime de los riesgos derivados de eventos imprevisibles, tal y como son los accidentes marítimos.

Actualmente cursa en el Congreso Nacional una iniciativa de Ley de Comercio Marítimo, ya que la legislación vigente data de los años 1977, 1980 y 1992. El proyecto propone regular dentro del territorio de la República Dominicana, los hechos y relaciones jurídicas relativas a las naves marítimas nacionales y extranjeras, así como los que surgen del transporte y demás actividades marítimas.

Para elaborar la propuesta, se consideraron los tratados, pactos, convenios y acuerdos internacionales de los que la República Dominicana es signataria. A saber: el Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo, de 1910; el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida en el Mar (SOLAS) de 1914 y 1974; el Convenio para Facilitar el Tráfico Marítimo Internacional (FAL 65) de 1965 y sus apéndices; el Convenio Internacional sobre Líneas de Carga de 1966; el Convenio Internacional para prevenir la contaminación (MARPOL), el Convenio sobre Reglamento Internacional para prevenir los abordajes de 1972; el Código Internacional para la protección de buques y las instalaciones portuarias de 2002; el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad Marítima de 1988; el Convenio de las Naciones Unidas sobre el

Transporte Marítimo de Mercancías de 1978 y la Convención de las Naciones Unidas de 1982 sobre Derecho de Mar de 1982.<sup>[iv]</sup>

Se hace impostergable la creación de un marco legal sobre Derecho Marítimo. El país necesita contar con herramientas jurídicas adecuadas para la resolución de conflictos, que suprima formalidades innecesarias y que garantice el acceso a una justicia rápida y oportuna cuando el caso así lo amerite. Una legislación en asuntos marítimos delimitada y bien estructurada garantizaría la seguridad de la inversión local y extranjera, lo que se traduce en múltiples beneficios al Estado Dominicano.

[i] Artículo. La importancia de los estudios sobre Derecho Marítimo.

[ii] Suarez-Llanos Galán, Francisco. La Seguridad Marítima en la Marina Civil, pág. 19

[iii] IMO. Resolution A. 849 (20): Code for the Investigation of Marine Casualties and Incidents. London: IMO, 1997. Enmendada por: IMO. Resolution A. 884 (21): Amendments to the Code for the Investigation of Marine Casualties and Incidents. London: IMO, 1999.

[iv] Artículo. Ley de Comercio Marítimo. Listín Diario, 16 enero 2019.

## La sustitución de motivos como remedio procesal en la revocación de sentencias en recursos de revisión de amparo ante el Tribunal Constitucional dominicano

Víctor A. León Morel[1]

### Introducción

La debida motivación de sentencias es un tema ampliamente discutido en la doctrina y jurisprudencia dominicana. Nuestra Constitución como bien resalta el magistrado Domingo Gil no contiene expresamente esta garantía fundamental, estableciendo que el texto constitucional no contiene -lo cual es una penosa carencia- ninguna disposición expresa relativa a las garantías sobre el pronunciamiento de las sentencias, como son el derecho del justiciable a una decisión debidamente fundada y motivada[2].

No obstante, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia en la necesaria Resolución 1920-03 de fecha 13 de noviembre de 2003, incluyó el derecho a la debida motivación de las decisiones judiciales dentro de las garantías fundamentales del debido proceso de ley expresando que *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[3].* Igualmente estableció que:

*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,).*

Esta garantía fundamental derivada del debido proceso y la tutela judicial efectiva ha sido reconocida igualmente por el Tribunal Constitucional, específicamente en la sentencia paradigmática TC/0009/13, la cual delimita los parámetros mínimos de motivación de toda decisión judicial, los cuales son los siguientes:

1. *Desarrollar de forma sistemática los medios en que fundamentan sus decisiones;*
2. *Exponer de forma concreta y precisa cómo se producen la valoración de los hechos, las pruebas y el derecho que corresponde aplicar;*
3. *Manifiestar las consideraciones pertinentes que permitan determinar los razonamientos en que se fundamenta la decisión adoptada;*

4. *Evitar la mera enunciación genérica de principios o la indicación de las disposiciones legales que hayan sido violadas o que establezcan alguna limitante en el ejercicio de una acción; y*
5. *Asegurar, finalmente, que la fundamentación de los fallos cumpla la función de legitimar las actuaciones de los tribunales frente a la sociedad a la que va dirigida la actividad jurisdiccional[4].*

Dicha paradigmática sentencia contó con un voto disidente en conjunto de los magistrados Idelfonso Reyes, Wilson Gómez y Hermógenes Acosta en el cual expresaron que la motivación de la sentencia objeto del recurso que nos ocupa hay que valorarla tomando en cuenta que el tribunal se limitó a declarar inadmisibles un recurso de casación; de manera que la exigencia de la motivación no puede hacerse con el rigor aplicable a la sentencia que resuelve el fondo de la cuestión.

Partiendo de lo anterior, es evidente que la motivación de la sentencia va íntimamente ligada a su parte dispositiva, en la que los tribunales concretizan el mandamiento imperativo de acoger o rechazar una debida pretensión, y que, en caso de no correlacionarse, sería incongruente y, en consecuencia, ausente de una debida motivación. Para un caso similar ver sentencia TC/0239/20, la cual acoge una corrección de error material en la cual la motivación no se correspondía con el dispositivo de la sentencia, afirmando que *el principio de congruencia también debe ser observado por este tribunal constitucional al momento de emitir sus decisiones[5].*

En el transcurso del presente escrito pretendemos analizar una práctica del Tribunal Constitucional al momento de conocer los recursos de revisión en materia de amparo, específicamente cuando el Tribunal acoge el recurso de revisión constitucional en materia de amparo para revocar la sentencia de primer grado solo respecto a los motivos y no en cuanto al dispositivo del fallo.

### **La sustitución de motivos como remedio procesal**

La técnica de sustitución de motivos en nuestro ordenamiento jurídico es una creación jurisprudencial que según nuestra investigación data del año 2012, en la cual la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia aplicó la misma, expresando que:

*Considerando, que la sustitución de motivos es una técnica casacional que permite la economía de un reenvío, logrando, por un lado, evitar el estancamiento de los procesos en jurisdicción inferior, y por otro lado, fortalecer una decisión en la cual su dispositivo pueda ser mantenido, como ocurre en la especie;*

*Considerando, que la sustitución y suplencia de motivos es aceptada por la jurisprudencia y la doctrina como un remedio a ciertos errores de motivación de la decisión atacada, sin que ello implique una ausencia de motivación[6].*

El Tribunal Constitucional ha acogido la técnica de sustitución de motivos en algunos casos, como en la sentencia TC/0523/19, estableciendo lo siguiente:

*h) Respecto a la suplencia de motivos, cabe señalar que esta medida procede cuando, a pesar de la existencia de una errónea o insuficiente motivación, se ha adoptado la decisión correcta, de modo que el tribunal de alzada pueda complementar o sustituir, de oficio, los motivos pertinentes para mantener la decisión adoptada en la sentencia impugnada. Se trata de una técnica aceptada por la jurisprudencia y la doctrina dominicanas, la cual ha sido implementada por la Suprema Corte de Justicia,<sup>5</sup> e incorporada por el Tribunal Constitucional (en virtud del principio de supletoriedad previsto en el artículo 7.12 de la Ley núm. 137-11)<sup>6</sup> en varias de sus decisiones (tales como las sentencias TC/0083/12, TC/0282/13 y TC/0283/13),<sup>7</sup> y que, como se expuso previamente, será implementada en la presente decisión[7].*

Sin embargo, encontramos sentencias más recientes con criterios divergentes que dan a entender que no se ha adoptado de forma uniforme y constante la técnica de sustitución de motivos. A modo de ejemplo vemos la sentencia TC/0265/20 de fecha 25 de noviembre de 2020, en la cual el Tribunal revoca una sentencia que declara la inadmisibilidad por entender que la acción había sido incoada de forma extemporánea (70.2), para establecer que la inadmisibilidad era correcta pero no por el mismo motivo, sino más bien por notoria improcedencia (70.3)[8].

A nuestro entender, lo correcto sería que el Tribunal Constitucional, como lo ha hecho en casos anteriores, en casos como el previamente citado que no conlleven una modificación del dispositivo sino más bien una variación en la motivación, sustituya los motivos, ofreciendo las razones por las cuales entiende la sentencia tiene una motivación inadecuada, supliendo sus motivos y confirmando la sentencia recurrida. Podemos ver como la Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia y su magistrado ponente, Samuel Arias Arzeno, realiza un correcto uso de la técnica de sustitución de motivos en la sentencia 0019/2020 de fecha 29 de enero de 2020, en la cual expresan lo siguiente:

*En ese orden de ideas y visto que son de puro derecho los motivos que retiene esta Corte de Casación con relación a la falta de poderes del juez de los referimientos para juzgar el caso analizado y que dichos motivos no surtirán influencia en el dispositivo de la decisión ahora impugnada, pues conducen igualmente al rechazo de la demanda; esta Primera Sala procederá al rechazo del recurso de casación de que se trata, pero reteniendo los motivos ya señalados, mediante la técnica de sustitución de motivos, que tiene por objeto evitar una casación que sería inútil cuando en definitiva la decisión tomada por la jurisdicción a qua es correcta[9].*

Igualmente, en un caso más reciente, la sentencia núm. 0699/2020 de fecha 24 de julio de 2020, de la Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia, magistrado ponente Justiniano Montero Montero, estableció lo propio al establecer lo siguiente acerca de la sustitución de motivos:

*De conformidad con lo expuesto, la decisión de la corte a qua de retener la responsabilidad civil de la parte recurrente por la terminación del contrato de manera abusiva, debe*

*entenderse como justa en derecho. No obstante, procede realizar una sustitución de motivos tratándose de un ejercicio válido para lo cual está facultada la Corte de Casación. Dicha técnica consiste en sustituir los motivos erróneos del fallo impugnado por motivos de puro derecho y permite evitar una casación que sería inoperante cuando la decisión de los jueces del fondo es correcta en derecho. **El poder de sustitución de motivos es ejercido para descartar no solamente una motivación errónea, sino igualmente una motivación de la cual lo bien fundado sea incierto, y esta sustitución puede ser operada de oficio.**[10] (subrayado y negrito es nuestro)*

Esta técnica conforme lo afirmado por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia se asemeja al principio iura novit curia, que habilita a los jueces a suplir los motivos de derecho de las partes, siempre y cuando se ofrezca a la parte demandada la oportunidad de defenderse oportunamente. Esta facultad también implica que los jueces en aplicación a los principios de celeridad y economía procesal, no deben remitir nuevamente el asunto cuando la motivación sea deficiente siempre y cuando el dispositivo sea correcto.

La misma Ley 137-11 enumera la celeridad como un principio de la justicia constitucional, indicando que *los procesos de justicia constitucional, en especial los de tutela de los derechos fundamentales, deben resolverse dentro de los plazos constitucional y legalmente previstos y sin demora innecesaria*. Así mismo, la Sentencia TC/0038/12, del trece (13) de septiembre de dos mil doce (2012), estableció que, aunque los numerales 5 y 7 del artículo 54 de la referida ley núm. 137- 11, expresan que el Tribunal Constitucional debe emitir dos decisiones: una para decidir sobre la admisibilidad o no del recurso, y la otra, en el caso de que sea admisible, para decidir sobre el fondo de la revisión constitucional, en aplicación de los principios de celeridad y economía procesal, solo debía dictarse una sentencia, criterio que ha permanece intacto hasta la fecha[11].

## **Conclusiones**

La revocación de una decisión judicial no necesariamente implica que el juez Aquo falló de forma incorrecta, o que esto pueda verse como un indicador en la calidad de su desempeño, pues en el caso de la sustitución de motivos, el dispositivo es correcto, aunque la motivación sea incorrecta, tesis que ha desarrollado el doctor Carlos Báez Silva en su trabajo denominado “*La revocación o modificación de sentencias: ¿Un indicador de la calidad del desempeño judicial?*”[12], donde afirma que la tendencia a suponer que ciertos jueces (los que revisan), toman mejores decisiones que otros (aquellos cuyas decisiones son revisadas), tiene su origen en el propio diseño de la organización judicial que de forma jerárquica tiende a imponer la percepción de que las decisiones de los “superiores” son las mejores.

En nuestra opinión, hay varios factores que influyen en la gran cantidad de sentencias revocadas en materia de revisión constitucional de amparo por el Tribunal Constitucional, entre las cuales podemos enumerar los siguientes:

- La divergencia de criterios entre la aplicación de los numerales 70.1 y 70.3 del Tribunal Constitucional (Ver voto disidente reiterado en varias sentencias, como la TC/0804/17);
- Los cambios de precedente, que necesariamente implican una modificación de un criterio constante, que hasta el momento de su variación no existían motivos para ser revocada;
- Pruebas y hechos nuevos en el recurso de revisión ante el Tribunal Constitucional, lo cual es perfectamente posible debido al “*efecto devolutivo*” de dicho recurso;
- La aplicación por parte del Tribunal Constitucional del *distinguishing* o tutela judicial diferenciada; y, por último
- No aplicar la técnica de sustitución de motivos que permitiría preservar la parte dispositiva de la sentencia, sustituyendo sus motivos;

Para concluir, entendemos necesario que en un futuro el Tribunal Constitucional dicte una sentencia unificadora de criterios que decida aplicar de forma coherente la técnica de sustitución de motivos.

[1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Corsante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Pantheón Sorbonne y el IGLOBAL, y profesor de Derecho Constitucional.

[2] GIL, Domingo, “La Constitución Comentada”, Art. 69, FINJUS, Santo Domingo, Noviembre 2011, P. 163-164.

[3] Resolución 1920-03, de fecha 13 de noviembre de 2003, Pleno de la Suprema Corte de Justicia, disponible en línea: [https://www.enj.org/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=326-resolucion-scj-1920-2003&category\\_slug=enj-1-264-derecho-constitucional&Itemid=194](https://www.enj.org/index.php?option=com_docman&view=download&alias=326-resolucion-scj-1920-2003&category_slug=enj-1-264-derecho-constitucional&Itemid=194)

[4] Sentencia TC/0009/13 dictada por el Tribunal Constitucional Dominicano, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/7433/sentencia-tc-0009-13-c.pdf>

[5] Sentencia del Tribunal Constitucional Dominicano, 7 de octubre de 2020, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/23651/tc-0239-20-tc-10-2020-0001.pdf>

[6] Sentencia de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, 25 de julio 2012, disponible en línea: [http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/sentencias\\_destacadas/Sentencia\\_SCI\\_25\\_07\\_2012.pdf](http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/sentencias_destacadas/Sentencia_SCI_25_07_2012.pdf)

[7] Sentencia TC/0523/19, Tribunal Constitucional Dominicano, 2 de diciembre de 2019, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/21302/tc-0523-19-tc-05-2018-0109.pdf>

[8] Sentencia TC/0265/20, Tribunal Constitucional Dominicano, 25 de noviembre de 2020, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/23984/tc-0265-20-tc-04-2019-0196.pdf>

[9] Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, sentencia 0019/2020 de fecha 29 de enero de 2020, disponible en línea: <https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:DO/sustitucion+de+motivos/WW/vid/845753769>

[10] Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, sentencia 0699/2020, de fecha 24 de julio de 2020, disponible en línea: <https://www.poderjudicial.gob.do/Reportepdf/reporte2012-131.pdf>

[11] Sentencia TC/0038/12, Tribunal Constitucional Dominicano, 13 de septiembre de 2012, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/7366/sentencia-tc-0038-12-c.pdf>

[12] BÁEZ SILVA, Carlos, “La revocación o modificación de sentencias: ¿Un indicador de la calidad del desempeño judicial?”, REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO TOMO LXX, Núm.278 (Septiembre-Diciembre 2020), disponible en línea: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/6130>

## La doctrina de la oportunidad corporativa: el deber de lealtad de los administradores societarios respecto a conflictos de intereses

Víctor A. León Morel[1]

### Introducción

La doctrina de la oportunidad corporativa o de negocios dispone que los miembros de la junta directiva, ejecutivos y otros empleados de una empresa se obligan a un deber fiduciario, y no pueden utilizar la información adquirida en su capacidad oficial para beneficio personal[2]. Por otro lado, tenemos el deber de lealtad de los administradores societarios, un tema de alto interés en los negocios corporativos. Por esta razón, el artículo 29 de la Ley 479-08 sobre Sociedades Comerciales, modificada por la Ley 31-11, establece que los administradores, gerentes y representantes no podrán participar, por cuenta propia o de terceros, en actividades comerciales que impliquen una competencia con la sociedad, salvo autorización expresa los socios. Tampoco podrán tomar o conservar interés directo o indirecto en cualquiera empresa, negocio o trato hecho con la sociedad, o por cuenta de ésta, a menos que hayan sido expresamente autorizados para ello por el órgano societario correspondiente, conforme las reglas aplicables al tipo societario de que se trate en las condiciones previstas en esta ley.

Esto ha sido reiterado por nuestra jurisprudencia, al referirse al *affectio societatis* como la intención que debe animar a los asociados, de colaborar en un pie de igualdad; implica, no sólo un espíritu de colaboración, sino también el derecho en cada asociado, de ejercer control sobre los actos de las personas encargadas de administrar la sociedad; que la *affectio societatis* ha sido definida además como la predisposición de los integrantes de la sociedad de actuar en forma coordinada para obtener el fin perseguido con la constitución de la misma, **postergando los intereses personales en aras del beneficio común; impone al socio determinadas conductas como el deber de colaboración y de lealtad hacia los fines**[3]. (subrayado y negrito es nuestro)

En el presente artículo pretendemos desarrollar en que consiste este deber de lealtad entre el administrador y la sociedad comercial, los posibles conflictos de intereses, así como analizar la reciente sentencia 613/20 de fecha 17 de noviembre de 2020, de la Sala Civil del Tribunal Supremo de España[4], y finalmente realizar unas consideraciones respecto a posibles casos en nuestra práctica societaria habitual.

### Deber de lealtad de los administradores societarios: origen y evolución.

El profesor Luis Sabogal Bernal en su tesis doctoral “*El deber de lealtad y los conflictos de intereses de los administradores de sociedades*” presentada en la Universidad Complutense de Madrid en el año 2017[5] nos indica que el origen del deber de lealtad y los conflictos de intereses de los administradores de sociedades viene del derecho anglosajón, con el concepto de relación fiduciaria —creada en el derecho inglés a finales del siglo XVII y aplicada a las distintas categorías de vínculos (legal, social o personal) que tenían como elemento común la “confianza” que un sujeto deposita en otro— es extendido a la relación administrador-sociedad.

El primer caso que reconoce esta obligación de lealtad sería el ***Charitable Corporation v. Sutton*** del año 1742, en el cual la Corte de Cancillería Inglesa, presidida por Lord Hardwicke sostuvo que al aceptar altos cargos, los administradores se obligan a ejecutar sus labores con fidelidad y debida diligencia razonable al momento de tomar decisiones[6].

Posteriormente, en el caso ***Guth v. Loft Inc*** en el año 1939, la Corte de Cancillería de Delaware amplió los mecanismos de protección del deber fiduciario de lealtad mediante dos acciones: (i) se estableció un “estándar de conducta” exigible a los administradores, el cual se fue extendiendo paulatinamente (incorporando cada vez un mayor número de supuestos) conforme fue aumentando el grado de complejidad de la administración societaria; y (ii) se legitimó a los accionistas a defender sus derechos a través de una acción de responsabilidad común (que hasta entonces sólo se podía hacer a título individual) denominada “derivate suite” (derivada del interés social)[7].

Otro caso muy importante respecto al deber de lealtad en los Estados Unidos es el ***In re Walt Disney Derivative Litigation*** del año 2005, en el cual se rechazó una demanda derivada de interés social entre los accionistas y la empresa, en razón de que no se demostró que los administradores no violaron sus deberes fiduciarios, incluyendo el deber de lealtad y de buena fe, al contratar y negociar un paquete millonario para uno de sus ejecutivos principales. La Corte Suprema de Delaware reafirmó el criterio de que *los directores deben ...] usar la cantidad de cuidado que los hombres normalmente cuidadosos y prudentes usarían en circunstancias similares ... [y] considerar toda la información material razonablemente disponible al tomar decisiones comerciales*[8].

Sobre el deber de lealtad precisó que el administrador no violó su deber fiduciario de lealtad al recibir el pago de NFT porque no participó en las decisiones: (1) de ser desahuciado y (2) que el desahucio no sería por causa justificada según la misma empresa. El ejecutivo sí tenía deberes fiduciarios como director y funcionario mientras se tomaban estas decisiones, pero al no intervenir indebidamente en el proceso de toma de decisiones de la corporación ni manipular ese proceso, no violó los deberes fiduciarios que poseía en esa circunstancia única. Además, el ejecutivo no “participó” en una transacción con la corporación, sino que la corporación le impuso una transacción no deseada.

Esta importante decisión, marca un precedente importante en lo que ha sido un criterio constante de las cortes de Delaware en no interferir en las decisiones corporativas de las empresas más allá de lo necesario. Para ver más sobre este tema, ver nuestro artículo sobre la responsabilidad de los administradores societarios y la business judgment rule[9].

Sobre este deber de lealtad, el doctrinario francés Jean-Christophe Pagnucco, considera que la falta a este deber fiduciario genera una acción en responsabilidad civil ejercida en contra de los dirigentes que por su falta han causado un perjuicio a la sociedad que ellos están encargados de representar[10].

Así mismo, los principios de gobernanza corporativa del American Law Institute (ALI) disponen que una oportunidad de negocios la constituye: a) cualquier oportunidad de entrar en una actividad de negocios de la cual un director o alto ejecutivo tome conocimiento ya sea i) en conexión con la realización de sus funciones como director o alto ejecutivo, o bajo circunstancias que le hubieran razonablemente llevado a creer que la persona le ofrece la oportunidad espera que él la ofrezca a la sociedad; ii) por el uso de información o propiedad de la sociedad, si la oportunidad resultante es una que el director o alto ejecutivo debió razonablemente suponer que podría ser de interés de la sociedad; o b) cualquier oportunidad de entrar en una actividad de negocios de la cual un director o alto ejecutivo toma conocimiento, si él sabe o razonablemente debió saber que la actividad está estrechamente relacionada a los negocios en los que la sociedad está involucrada o es razonable pensar que se ha de involucrar[11].

Luego de este breve recuento sobre la oportunidad de negocios y el deber de lealtad de los administradores societarios, pasamos al tema central sobre los posibles conflictos de intereses en la toma de decisiones corporativas.

### **Deber de lealtad y conflictos de intereses. Sentencia STS 613/2020.**

En el año 2016, en una publicación denominada *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) identificó el deber de lealtad de los administradores como parte fundamental de un buen gobierno corporativo dentro de sus deberes fiduciarios y exhortó a los Estados a implementar normativas firmes a fines de proteger a los accionistas. En dicho documento, establecieron que además de la divulgación de información, otra de las claves para proteger a los accionistas minoritarios es la articulación clara de un **deber de lealtad** para los miembros del Consejo de Administración hacia la empresa y todos sus accionistas. De hecho, los abusos contra los accionistas minoritarios son mayores en los países con marcos legislativos y reglamentarios laxos al respecto. Surge una situación particular en algunos países en los que imperan los grupos empresariales y en los que el deber de lealtad de los consejeros puede resultar ambiguo e incluso interpretarse como un compromiso con el grupo. En estos casos, algunos países han elaborado normativas para controlar los efectos negativos, incluida la exigencia de que una transacción en favor de otra empresa del grupo se compense con la obtención de un beneficio equivalente que proceda de otras sociedades de aquél[12].

En España, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de fecha 2 de julio en el cual se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital establece lo siguiente sobre el deber de lealtad de los administradores en sus artículos 227 y 228:

#### *Artículo 227. Deber de lealtad.*

1. *Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.*

2. *La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.*

*Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad.*

*En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:*

1. *a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.*
2. *b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.*
3. *c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.*
4. *d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.*
5. *e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.*

Para el profesor Ramón Múgica, al analizar estos artículos, se obliga a los administradores a actuar con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad (art. 227.1); a no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidos (art. 228.a); a abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto (art. 228.c); a adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad (art. 228.e); y en el artículo 229 se desarrolla el deber de evitar situaciones de conflicto de interés[13].

Ahora pasamos a analizar la sentencia 613/2020 de fecha 17 de noviembre de 2020, dictada por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España[14]. Haciendo un breve recuento o síntesis del caso para mejor entendimiento del lector, se trata de una empresa española (en lo adelante X) que es vendida en un 35% a una empresa para los fines denominada Y. Los estatutos de la empresa X disponían como forma de protección para la accionista minoritaria, que la empresa Y iba a ocupar 2 de los 6 puestos en el Consejo de Administración de la empresa X, y que ciertas decisiones concernientes a la empresa X tenían que ser aprobadas por una mayoría calificada de 5/6. Posteriormente,

la empresa Y firmó un contrato para prestar servicios a la empresa X. entre los años 2013-2015 no fue posible aprobar la formulación de los cargos anuales de la empresa X en razón de discrepancias entre los negocios con la empresa Y, de las cuales sus dos puestos en el Consejo de Administración impidieron que alcanzaran el cuórum mínimo para los fines. A finales del año 2015, el accionista mayoritario de la empresa X, vendió el 55% de sus acciones a la empresa Z, la cual propuso que fuera nombrada como única administradora, a lo cual obviamente la empresa Y se opuso.

Esto provocó una serie de demandas en contra de los dos administradores que había propuesto la empresa Y, en las cuales los demás accionistas, X y Z alegaban que había vulnerado el deber de lealtad frente a la empresa X, ya que los servicios prestados entraban en un serio conflicto de intereses, que perjudicaba los mejores intereses de la sociedad a la cual representaban en el Consejo de Administración, de la cual nos permitimos citar algunos de sus razonamientos más relevantes:

9. *En el caso objeto del recurso, hay un conflicto de interés por cuenta ajena porque los administradores cesados se enfrentaban al cumplimiento de dos deberes que son incompatibles entre sí. Se trataba de dos administradores designados por el sistema de representación proporcional por un socio minoritario, que debían votar acuerdos del consejo de administración en los que existía un conflicto entre la sociedad y el socio que les había designado administradores y en el que ostentaban importantes cargos directivos, conflicto relativo a la liquidación de las relaciones contractuales mantenidas entre la sociedad (EIA XXI) y el socio (Duro Felguera) y la fijación de las deudas de este con aquella. Los administradores cesados debían optar por actuar en interés de la sociedad de la que eran administradores, EIA XXI, respecto de la que tenían un deber de lealtad ( art. 227LSC), o hacerlo en interés de la sociedad que les designó administradores por el sistema de representación proporcional y de la que eran también administradores o altos cargos directivos. La vinculación que esos administradores tenían con Duro Felguera, la persona jurídica en conflicto con la sociedad EIA XXI, era susceptible de interferir en la posición o decisión que un administrador deba tomar en el marco de sus funciones*
13. *En el caso objeto del recurso, en los estatutos sociales de EIA XXI **no solo no se arbitran mecanismos que evitan el conflicto, sino que sus previsiones lo hacían estructural en las circunstancias concurrentes y agravaban sus consecuencias**, pues preveían el derecho del socio minoritario, Duro Felguera, que actuaba en el mismo mercado que EIA XXI y se proponía mantener relaciones contractuales continuadas con él, a designar dos de los seis miembros del consejo de administración, y exigían una mayoría de cinco de los seis consejeros para la aprobación de acuerdos sobre materias importantes, entre las que estaba la formulación de cuentas anuales. Esto llevó a un bloqueo del órgano de administración de EIA XXI, como consecuencia de las desavenencias entre EIA XXI y Duro Felguera respecto de la facturación de los servicios prestados por aquella a esta, por el poder de veto que estas previsiones estatutarias otorgaban a los administradores designados por Duro Felguera y que solo se solucionó cuando se*

cesó a esos dos administradores y se negó a Duro Felguera la posibilidad de nombrar a dos consejeros en sustitución de los cesados.

15. *La infracción del deber de lealtad por parte de los administradores designados por Duro Felguera, al haber incurrido en la conducta prohibida prevista en el art. 229.1.f)LSC, constituye la justa causa que exige la jurisprudencia de esta sala para que el cese de los administradores nombrados por el sistema de representación proporcional sea lícito ( sentencias 761/2012, de 11 de diciembre, y 609/2014, de 11 de noviembre).*
16. *No resulta relevante que el acuerdo impugnado fuera de ejercicio de la acción social de responsabilidad y no exclusivamente de cese de los administradores, puesto que, haya existido o no daño, requisito imprescindible para el éxito de la acción social de responsabilidad (cuestión que no procede resolver aquí), lo decisivo en este recurso es **que hubo infracción del deber de lealtad**, que justifica el cese de los administradores.*
17. *Asimismo, el interés social de EIA XXI no solo justifica el cese de los consejeros que infringieron el deber de lealtad, sino que debe prevalecer sobre el derecho de un accionista en conflicto de interés permanente a designar consejeros por el sistema de representación proporcional. **Este derecho debe claudicar ante el riesgo de infracción del deber de lealtad** que representa la designación de administradores por el socio en conflicto estructural de intereses con la sociedad, en virtud de su derecho a la designación de administradores por el sistema de representación proporcional.*

Concluye expresando que *el régimen legal relativo al deber de lealtad es imperativo, sin perjuicio del régimen de dispensas previsto en la ley, y se impone a una regulación estatutaria que lo limite indebidamente o que imposibilite la efectividad de dicho deber.*

Esta importante y reciente sentencia marca un precedente fundamental en las relaciones de los administradores societarios, su deber de lealtad y los posibles conflictos de intereses en la toma de decisiones.

### **El deber de lealtad en República Dominicana**

La profesora Brigitte Daille-Duclos en su obra “*El deber de lealtad de los administradores*” expresa que el administrador societario es deudor de un deber de lealtad ante la sociedad y los socios, y esa conducta leal se le exige dentro de un marco de *moralización de la vida de los negocios*[15]. Antes de la promulgación de la Ley de Sociedades Comerciales 479-08 a finales del 2008, el deber de lealtad se consagraba timidamente en el artículo 59 del Código de Comercio relativo a las Sociedades Anónimas, que establecía lo siguiente:

*Se prohíbe a los administradores tomar o conservar interés directo o indirecto en cualquier empresa o trato hecho por la compañía o por cuenta de ésta, a menos que hayan sido autorizados para ello por la junta general.*

Posteriormente, con la promulgación de la Ley de Sociedades Comerciales 479-08 modificada por la Ley 31-11 se menciona expresamente el deber de lealtad en sus artículos 28 y siguientes, aunque de forma insuficiente. Para el experto en derecho societario, José Luis Taveras, en dicha ley se identifican como deberes fiduciarios, los de cuidado o diligencia (duty of care), el deber de lealtad (duty of loyalty) y el deber de rendición de cuentas. Modernamente se ha ampliado el cuadro de estos deberes con la tipificación de nuevas obligaciones fiduciarias, como el deber de fidelidad y el de secreto[16].

Lo interesante de la precisión realizada por este autor, es que distingue el deber de lealtad con el deber de fidelidad, aunque honestamente no encontramos diferencias significativas para distinguir entre ambos conceptos[17]. Para TAVERAS, *el deber de lealtad supone que el administrador debe abstenerse de cualquier situación que pueda suscitar un conflicto de interés con la sociedad, evitando aprovecharse de esa condición para derivar ventajas en las oportunidades de negocios planteadas a la sociedad y que las conociera en razón de su cargo. Al igual que el deber anterior, la lealtad entraña la obligación del administrador de informar o comunicar cualquier situación de conflicto de interés directo o indirecto con la sociedad, y el deber de fidelidad conecta al administrador con la defensa del interés social mediante una tutela efectiva, por encima y al margen de los intereses propios o de terceros[18].*

Al respecto, el licenciado Emilio Zucco explica el impacto que ha tenido este deber de lealtad en las empresas dominicanas, al establecer la siguiente reflexión, que compartimos en su totalidad:

*El empresariado y los mismos abogados han estado acostumbrados a un ejercicio laissez affaires, donde a los clientes y usuarios corporativos se les preparaban compañías prefabricadas, tipo línea de ensamblaje. Esta pobre práctica permitía a los administradores controlar a su antojo el destino social, sin limitaciones más allá de las que el derecho común les imponía. Ahora los empresarios han visto que las sociedades comerciales no son simplemente extensiones de su propio patrimonio, sino que se trata de verdaderas personas con derechos y obligaciones y que deben responder por el daño que le causen por sus faltas a los deberes fiduciarios.*

*Obviamente, por lo reciente de la noción en el campo positivo, no existe doctrina o jurisprudencia que desarrollen el deber de lealtad más allá de lo dispuesto en la Ley No. 479-08. Aunque podemos esperar que la línea jurisprudencial se basará en lo plasmado en el artículo 1382 del Código Civil, en razón de que la Ley 479-08 remite al derecho común la responsabilidad de los administradores en estos casos[19].*

Sobre esto último respecto a la jurisprudencia, debemos afirmar que no hemos encontrado muchas sentencias importantes que versen sobre el deber de lealtad en el derecho societario dominicano. Una de las pocas que si encontramos, fue la sentencia de fecha 19 de agosto de 2015, dictada por las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia que previamente citamos, la cual define el affectio societatis e incluye el deber

de lealtad dentro de los deberes fiduciarios de los administradores frente a las sociedades comerciales. Otra decisión importante y que nos permitimos citar, es la Sentencia número 11 de Suprema Corte de Justicia, del 15 de Abril de 2014 de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, la cual se refiere a la violación de los deberes de buena fe y lealtad en las decisiones del administrador societario, expresando lo siguiente:

*Ante estos casos donde se encuentra comprometida la responsabilidad del administrador en la conducción de los negocios sociales y siendo la compañía la principal lesionada, le corresponde a esta el derecho de accionar en responsabilidad social contra dicho administrador, así como también le corresponde el derecho de decidir, mediante asamblea, cuál será el accionista que la representará en esta acción*

*Considerando, que por tanto y contrario a lo argumentado por los hoy recurrentes, esta Tercera entiende que en la especie no puede hablarse de derechos adquiridos de buena fe, ya que no puede invocarse esta condición cuando los derechos reclamados resulten viciados por derivarse de negociaciones dolosas que no han sido efectuadas de conformidad con las disposiciones de la ley, como fue comprobado por los jueces del tribunal a-quo que pudieron establecer que los señores A.L.P. y el señor J.E.P. efectuaron una serie de maniobras dolosas para distraer el referido inmueble del patrimonio de la sociedad comercial en la que dicho señor se desempeñaba como administrador, lo que revelaba **su deslealtad y falta de probidad**, al no conducirse como un correcto hombre de negocios, como lo exige el artículo 28 de la ley de sociedades comerciales, sino que por el contrario, con su actuación dolosa quedó comprometida su responsabilidad frente a dicha compañía, tal como fue comprobado por dichos jueces, que motivaron su sentencia con razones suficientes y pertinentes que respaldan su decisión[20]; (subrayado y negrito es nuestro)*

Como vemos en esta sentencia, el deber de lealtad de los administradores se encuentra intimamente ligado al principio de buena fe en sus actuaciones. Si existen motivos para interferir en esta toma de decisiones, el deber fiduciario de lealtad se puede ver quebrantado. Para el profesor Múgica, la Ley española no dispone que la decisión que el administrador haya de ser sin interés personal en el asunto objeto de la decisión, sino que, en positivo, se refieren a que deben actuar en el mejor interés de la compañía[21].

El profesor Vicenç Ribas Ferrer nos indica que el deber de lealtad obliga al administrador que se encuentra en una situación de conflicto a ceder su interés en favor del de su principal. En el ámbito de la gestión de negocios ajenos resulta habitual que un gestor se encuentre en situaciones en las que puede obtener beneficios personales respecto de conductas relacionadas con el desempeño de su cargo[22]. Da como ejemplo el caso del administrador encuentra una oportunidad de negocio con una ganancia estimada de cien unidades que le correspondería desarrollar por cuenta de la sociedad. Si el gestor realiza la operación por su cuenta, la sociedad gestionada debe valorar el dilema de si la conducta interesada de su gestor le puede causar un perjuicio o, por el contrario, puede serle de interés, en cuyo caso se produciría una ganancia

conjunta. En este plano, el límite que impone el ordenamiento consiste en prohibir las conductas interesadas del gestor, salvo obtener una autorización independiente por parte de la sociedad administrada. Ahora bien, como vimos en la sentencia 163/2020, esta dispensa no libera el deber de lealtad impuesto en la normativa.

Volviendo a Estados Unidos, en el documento Ley de Sociedades Comerciales Modelo (Model Business Corporation Act), preparado por el Comité de Derecho Corporativo de la Sección de Derecho Comercial de la American Bar Association (ABA) y el cual es seguido por 24 de los Estados, se incorporaron en el subcapítulo F (titulado “Director’s Conflicting Interest Transaction”), a fines de evitar posibles conflictos de intereses frente al deber fiduciario de lealtad de los administradores societarios[23].

En República Dominicana, es común ver como conjuntos económicos de grandes empresas son representados por un administrador que además también es accionista de la empresa que administra y de empresas que proveen servicios a la misma. Esto genera un conflicto de intereses, en razón de que no siempre o necesariamente va a actuar en los mejores intereses de la sociedad que administra y en la cual es posible que sea un asalariado y posea un mínimo de acciones, frente a la sociedad de la cual es socio mayoritario y obtiene beneficios superiores. La finalidad del deber de lealtad no sería en estos casos minimizar los riesgos a fines de determinar cuáles serían las mejores decisiones que tome el administrador, ya que como expresamos en otro artículo, la responsabilidad de los administradores, respecto a sus decisiones de negocios no deben evaluarse en retrospectiva, ni en función del impacto positivo o negativo, sino más bien de prevenir este tipo de situaciones.

## **Conclusiones**

La doctrina de la oportunidad corporativa y el deber de lealtad constituyen deberes fiduciarios fundamentales en las decisiones de los administradores societarios. Estos deberes procuran el estándar mínimo de conducta de todo administrador, en protección de los accionistas minoritarios. A estos fines, la prevención debe jugar un papel importante para que personas que tengan conflictos de intereses evidentes no formen parte de los consejos de administración de las empresas, y que esto no conlleve una solución sobre la marcha al momento de que la decisión deba ser tomada o peor aún, luego de que la decisión fue ejecutada y solo quedan remedios posteriores.

Ahora bien, a pesar de que esto se presenta como una conclusión, no estamos seguros si es conveniente que el administrador de la sociedad sea un tercero (en el sentido de que no sea un accionista de la empresa), pues en ese caso sus intereses serán directamente proporcionales a su paquete de beneficios y no necesariamente a los mejores intereses de la empresa, mientras que como bien sabemos, si se trata de un accionista, el interés siempre existirá, aunque existan motivos de interferencia. Tal vez sea propicia una solución mixta en el que el paquete del administrador esté ligado al éxito en la toma de decisiones a favor de la empresa.

Lo que si nos queda claro, es que como parte de un buen gobierno corporativo, el deber de lealtad inicia con la debida reclutación y contratación de una persona con las aptitudes necesarias para ocupar el cargo de administrador de la empresa, lo que como ya sabemos en empresas familiares a veces se torna difícil por un nepotismo insalvable, que no siempre conlleva a que esa persona que administra la sociedad pueda velar por los mejores intereses de la empresa y sus accionistas. Así mismo, se confunde el mejor interés social de la sociedad comercial administrada con otras del mismo grupo económico, lo que en nuestra opinión no necesariamente es positivo, pues a pesar de estar relacionadas, tienen personalidad jurídica distinta y patrimonios separados.

En estos casos debe jugar un papel importante la ética empresarial y la responsabilidad social, pues con la primera se procura que la decisión sea tomada estrictamente por temas meritorios y en favor de la sociedad, y con la RSE se procuraría una buena gobernabilidad, contribuyendo al desarrollo humano sostenible, a través del compromiso y la confianza de la empresa hacia sus empleados y las familias de éstos, hacia la sociedad en general y hacia la comunidad local, para mejorar el capital social y la calidad de vida de toda la comunidad.

En nuestra opinión, uno de los mayores inconvenientes a la doctrina de la oportunidad de negocios y el deber de lealtad en RD es el poco desarrollo doctrinal, legal y jurisprudencial que pueda crear conciencia sobre posibles casos que constituyan infracciones a estos deberes fiduciarios, así como sanciones adecuadas a los que incurran en estas prácticas. El compliance o cumplimiento dentro del gobierno corporativo debe involucrar guías que contengan las prohibiciones expresas dentro de las normativas correspondientes, y que no se contemple como una sugerencia, consejo o amonestación leve.

[1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Cursante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Pantheon Sorbonne y el IGLOBAL, y profesor de Derecho Constitucional.

[2] <https://diccionariodenegocios.com/d/doctrina-de-oportunidad-corporativa/>

[3] Sentencia de fecha 19 de agosto de 2015, Salas Reunidas, SCJ, disponible en línea: [https://www.poderjudicial.gob.do/consultas/secretaria\\_general/detalle\\_info\\_sentencias?ID=125750007](https://www.poderjudicial.gob.do/consultas/secretaria_general/detalle_info_sentencias?ID=125750007)

[4] **STS 613/2020**, Sala Civil del Tribunal Supremo de España, **17 de Noviembre de 2020**, disponible en línea: [https://supremo.vlex.es/vid/852421814?from\\_fbt=1&fbt=preview](https://supremo.vlex.es/vid/852421814?from_fbt=1&fbt=preview)

[5] SABOGAL BERNAL, Luis Fernando, “*El deber de lealtad y los conflictos de intereses de los administradores de sociedades*” Universidad Complutense de Madrid, 2017, disponible en línea: <http://eprints.ucm.es/41090/1/T38345.pdf>

[6] *The Charitable Corporation v Sutton* (1742), 13 de Agosto 1742, disponible en línea: <http://www.worldlii.org/int/cases/EngR/1742/114.pdf>

[7] *Guth v. Loft Inc*, 5 A.2d 503, 23 Del. Ch. 255 (Del. 1939), disponible en línea: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-guth-v-loft-inc>

[8] *In re Walt Disney Derivative Litigation*, 907 A 2d 693, Corte Suprema de Delaware 2005, disponible en línea: <https://courts.delaware.gov/opinions/download.aspx?ID=77400>

[9] LEÓN MOREL, Victor A., “*La responsabilidad de los administradores societarios frente a la regla del buen juicio en los negocios o business judgement rule*”, 20 de noviembre 2020, disponible en línea: <https://abogadosdq.com/la-responsabilidad-de-los-administradores-societarios-frente-a-la-regla-del-buen-juicio-de-los-negocios-o-business-judgement-rule/>

[10] PAGNUCCO, Jean-Christophe, “*L’Action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*”, página 5, 2009.

- [11] SHEPPARD GELSI, Marcelo, "Desvío de oportunidades de negocios de la sociedad anónima: un supuesto de responsabilidad de los directores", disponible en línea: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Sheppard-Desvio-de-oportunidades-de-negocios-de-la-sociedad-anonima-Un-supuesto-de-responsabilidad-de-los-directores.pdf>
- [12] *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, 2016*, disponible en línea: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>
- [13] MÚGICA ALCTORA, Ramón, "Responsabilidad de los administradores, gobierno corporativo y derecho concursal" Thomson Reuters Aranzadi, Primera edición 2019, p. 110-111.
- [14] sentencia 613/2020 de fecha 17 de noviembre de 2020, dictada por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España, disponible en línea: <https://app.vlex.com/?ga=2.96731160.660381130.1603984736-960063090.1594135549#/vid/852421814>
- [15] DAILLE-DUCLOS, Brigitte, "Le devoir de loyauté du dirigeant", II, JCPe, 1998, p. 1486.
- [16] TAVERAS, José Luis, "Los deberes fiduciarios de la gestión social", Gaceta Judicial, disponible en línea: <https://www.gacetajudicial.com.do/derecho-comercial/deberes-fiduciarios-gestion-social.html>
- [17] La Real Academia de la Lengua Española habla de ambos conceptos como sinonimos, ver: <https://dle.rae.es/fidelidad> y <https://dle.rae.es/lealtad>
- [18] Op. Cit.
- [19] ZUCCO, Emilio, "El deber de lealtad del administrador de la República Dominicana", 1 de febrero de 2015, Gaceta Judicial, disponible en línea: <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:DO/deber+de+lealtad/WW/vid/584493058>
- [20] Tercera Sala, Suprema Corte de Justicia, Sentencia número 11 del 15 de Abril de 2014, disponible en línea: <https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:DO/responsabilidad+de+los+administradores+de+sociedades/WW/vid/839611818>;
- [21] Op. Cit. 10.
- [22] RIBAS FERRER, Vicenç, "Deberes fiduciaries y responsabilidades de los directores de las sociedades", 1 de septiembre 2012, Gaceta Judicial, disponible en línea: <https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:DO/deber+de+lealtad/WW/vid/450232118>
- [23] Ley de Sociedades Comerciales Modelo, 2002, American Bar Association (ABA), disponible en línea: [http://www.lexisnexis.com/documents/pdf/20080618091347\\_large.pdf](http://www.lexisnexis.com/documents/pdf/20080618091347_large.pdf)

## **Comentarios a la Resolución 007-2020 del Consejo del Poder Judicial y el aspecto optativo de la virtualidad**

*Francisco Álvarez Martínez*

### **Contextualización necesaria de la Resolución 007-2020**

El 2 de junio de 2020 el Consejo del Poder Judicial emitió la Resolución 007-2020, creándose el Protocolo de Audiencias Virtuales. Desde 2018 el Poder Judicial apostaba a la implementación de sistemas digitales para la simplificación de trámites jurisdiccionales y administrativos.

En esa línea, el 15 de octubre de 2018 el Poder Judicial anunció al país el inicio del “Sistema de Reparto Documental Judicial”, cuya finalidad, según el Poder Judicial, era eliminar el flujo de papeles en los escritorios. El proyecto estaba siendo desarrollado por la Dirección de Tecnologías de la Información, y su implementación iniciaba —como plan piloto— con la Presidencia de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional.

Esta aventura digital, entonces en pañales, iba a permitir que las distintas salas del mencionado Tribunal pudiesen enviar directamente a las partes (por correo electrónico) las piezas documentales depositadas en los procesos que conocían.

Los abogados, por su parte, debían registrarse en una de las oficinas dedicadas a esta recopilación de datos y credenciales, aunque todos los que litigamos en ese Palacio de Justicia, recordamos la armada de servidores judiciales que proactivamente abordaban a los togados para solicitarles sus datos y, así, eficientizar el registro.

Esta labor inicial permitió generar una base de datos importante donde, por un lado, muchos de los abogados fueron registrados, actualizando sus datos de contacto, oficinas y pudiendo vincularlos eventualmente a causas concretas, y por otro, se eficientizó la prestación del servicio de consulta con la integración de esta plataforma a unos puntos de servicios colocados en el primer piso de dicho Tribunal, que lamentablemente fueron rápidamente descuidados y antes de que acabara el primer tercio del año siguiente, ya se encontraban desactivados o presentaban errores constantemente.

Durante todo el 2019 pudimos ir viendo un coqueteo institucional con distintas variables de la virtualidad, siendo la más concreta el anuncio de que la —ya denominada— Oficina Virtual del Poder Judicial se encontraba habilitando, en el plano de los proyectos de innovación tecnológica del Poder Judicial, la posibilidad de realizar los trámites administrativos vinculados a los abogados y notarios (específicamente juramentación) vía el portal web, en línea, y sin desplazamientos.

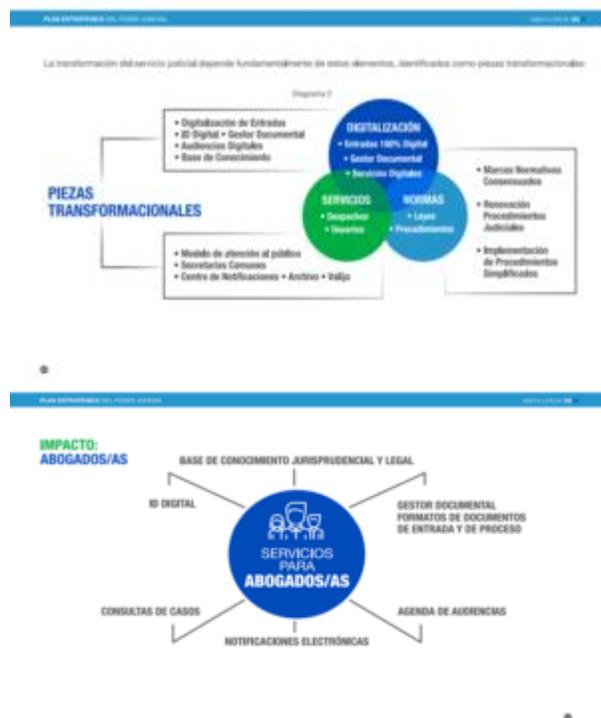
Y, en el mes de agosto del mencionado año, se anunció también que vía el Servicio Judicial se podría consultar el estado de expedientes en algunos de los Tribunales del territorio Nacional, junto al acceso del rol de audiencias virtual, y solicitudes

secretariales taxativamente identificadas y con una tímida implementación real en la práctica.

La promoción de la Oficina Virtual del Poder Judicial era, si se quiere, una realidad en curso desde mediados de 2019, y es esto lo que más nos motiva a la redacción del presente artículo, el cual –de una forma u otra– no es una postura formal sobre un tema controvertido, sino una adición de un tema relevante al debate.

El día 7 de enero de 2020 se presentó el “Plan estratégico visión justicia 20/24”, mediante el cual, entre otras cosas, el objetivo 1.4 planteaba que uno de los ejes más importantes era el de “Servir a las personas a través de medios digitales”.

Cuando estudiamos ese punto, en la página 45 del mencionado Plan, encontraremos el antecedente ideológico de lo que hoy es el Servicio Judicial. Por temas de prudencia, veamos dicha página con el gráfico que contiene:



Viendo que todo el proceso de modernización, digitalización y creación de canales virtuales estaba fraguándose desde hacía ya aproximadamente dos años, y que en el año 2019, inicios del 2020, mostraba un impulso práctico inmediato, podemos entonces decir, sin miedo a equivocarnos, que la Resolución 007-2020 de 2 de junio de 2020 no es una reacción a la pandemia, sino un adelanto a un plan de implementación de virtualidad que desde antes del impacto del SARS-CoV-2 se encontraba en curso, denominado bajo la línea del “Plan estratégico visión justicia 20/24”.

Y, es esto lo más importante para lo que a continuación leeremos, ya que, si tenemos el contexto real de la mencionada resolución, podremos entender —e interpretar— sus disposiciones de manera más efectiva.

Entrando en materia, veamos la viabilidad —o no— de la virtualidad como herramienta de acceso a la justicia. Siempre reteniendo el contexto en el que la Resolución es emitida, y su objeto.

### **Sobre el elemento optativo de la virtualidad**

El párrafo 10 de la página 3 de la Resolución 007-2020 introduce la opción como la regla. Así, el Consejo del Poder Judicial indica que “se asume como principio que, si todas las partes no están de acuerdo, no puede haber audiencia virtual.”

Pero se agrega un ingrediente interesante a la ecuación, cuando en ese mismo párrafo, parte final, se indica que el Tribunal tiene el poder absoluto sobre la implementación o no de la virtualidad como ecosistema, ya que “los tribunales son los reales anfitriones de la audiencia”, sigue, entonces, reconociendo los “poderes que conservan los jueces y juezas para no autorizar el uso de la virtualidad, cuando su utilización pueda resultar perjudicial a la efectiva garantía de los derechos de las partes o del debido proceso, aun cuando todas las partes consientan en utilizar este modo de juzgamiento”.

El artículo 4, bajo el título de “principios generales y específicos de las audiencias virtuales”, literal a, reitera el elemento opcional cuando indica que “el servicio judicial en la virtualidad es opcional para las partes. Ninguna audiencia virtual puede ser llevada a cabo sin garantizar la posibilidad de participación efectiva de todas las partes.” Es decir, el Tribunal, el juez que lo presida, puede incluso imponerse al elemento opcional cuando así lo considere prudente, abrumando el consenso de las partes y asegurando el correcto uso de las vías de derecho, según criterios relativamente maleables.

En el capítulo II se encuentran las disposiciones concretas vinculadas a la celebración de las audiencias virtuales. Hasta ahora se trataba el tema de manera macro, sin distinción entre las diligencias secretariales, administrativas y los intercambios jurisdiccionales, por lo que este capítulo aterriza a la celebración de audiencias en el ámbito virtual, que es el objeto del presente escrito.

El artículo 7 de la Resolución 007-2020 expresa —reiterando lo ya visto— que el Servicio Judicial en la virtualidad es facultativo para las partes, quienes comunicarán “por los canales instituidos” su aceptación o negativa a dicha variable procesal. Esta información debe ser motivada vía abogados, por su impacto procesal, y termina ese artículo, antes de los párrafos que lo complementan, que “la negativa de una de las partes, a someterse al servicio judicial virtual, impide que el proceso sea conocido y sustanciado de forma virtual”. Todo esto destila el poder que mantienen los jueces sobre la utilización o no de la modalidad virtual.

Y ahora viene el elemento más interesante de todos. Recordando el contexto de la resolución. Veamos íntegramente el párrafo II del artículo 7:

**Párrafo II. Cuando en atención a las circunstancias imperantes en la nación, resulte indispensable la utilización de los medios virtuales para garantizar la administración de justicia y la efectividad de los derechos y garantías de los ciudadanos,** quien presida el tribunal, podrá ordenar mediante resolución fundada, que toda solicitud sea tramitada y conocida por la vía virtual mientras persistan las razones que lo justifican. **En estos casos, el servicio virtual se impone a las partes, quienes deberán ser informados sin demora, de la decisión emitida.**

Es decir, en el marco de la mencionada resolución, el juez tiene un poder discrecional tan amplio que puede –incluso en el marco del proceso civil– imponerse a la “voluntad” de las partes que aceptan la virtualidad, cuando estime sea contraproducente. Ese mismo juez, indica el párrafo II del artículo 7, podrá en casos excepcionales, en atención a circunstancias imperantes en la nación, imponer el servicio virtual a las partes.

Si tenemos el contexto, que la resolución quiere regular las interacciones virtuales en un marco normal, no de excepción, lo cual se reitera en su cuerpo, así como en el comportamiento del Poder Judicial a lo largo de los años, y una disposición que indica que hay casos donde se impone la presencialidad, aun contra la voluntad de las partes, y otros donde se impone la virtualidad, aun en contra de la voluntad de las partes, es evidente que el elemento discrecional –siempre debidamente justificado– reside en el poder de administración de justicia que retienen los jueces del Poder Judicial.

Esta no es una interpretación que ha sido acogida en el seno de la Suprema Corte de Justicia, especialmente en ocasión de la instrucción de un proceso que solo identificaremos bajo el número de expediente (001-022-2020-SOEX-00007), donde el Tribunal Supremo expresó, en ocasión de la aplicación del artículo 7 ya mencionado, que “las razones que nos han llevado, como órgano jurisdiccional, a atender los procesos virtualmente, se sustentan en elementales reglas de protección sanitaria, como lo reconoce el solicitante, cuando alude a la pandemia generada por la propagación del COVID-19, situación que motivó la declaratoria de estado de emergencia en todo el territorio nacional desde el 19 de marzo del año en curso”.

Sigue, en el marco de un proceso excepcional de solicitud de extradición, debemos aclarar, indicando la Suprema que “en consonancia con dicha situación, resulta evidente para esta Sala que, el derecho de opción a la virtualidad sufre una limitante para las partes, por lo que indefectiblemente, en las circunstancias actuales, se impone el servicio judicial virtual como vía idónea para garantizar los fines del proceso penal, como ocurre respecto del asunto de que se trata”.

**Y para concluir el presente escrito...**

Aclaremos que no estamos haciendo ningún tipo de juicio de valor sobre la pertinencia procesal de las audiencias virtuales. Tampoco –en este contexto– pretendemos abogar a favor o en contra de la referida solución.

Es un estudio “de laboratorio”, si se quiere, de la virtualidad como vía idónea para acceder a la justicia cuando existan barreras físicas que impidan la celebración de audiencias presenciales. La mejor forma de entender esto es cambiar el virus que actualmente nos afecta, por algo más tangible.

Imaginemos que frente al Palacio de Justicia de “La Feria” aparece, de buenas a primeras, un enorme agujero que no permite el acceso físico a los salones de audiencia y a las secretarías de los Tribunales. Repararlo tomará semanas, y mientras eso sucede, sin aviso previo, existe una imposibilidad material de acceder a los Tribunales.

Bajo ese esquema, perfectamente podría activarse el artículo 7 párrafo II de la mencionada resolución, ya que existen impedimentos físicos invencibles –temporales– que impedirían el acceso a la justicia, y la virtualidad, como herramienta, podría ser impuesta para promover el acceso a tan importante derecho.

Por esto, mientras se mantiene la vigencia de la resolución, y un estado de excepción como el que nos embarga, los Tribunales podrán, según sus condiciones particulares y las variables del día a día que pueda ir surgiendo o desapareciendo, imponer tanto la presencialidad como la virtualidad. Siempre recordando que deben “imponerse” mediante una decisión sustentada y formal, y que debe ser comunicada a las partes oportunamente.

Luego estudiaremos, en otra entrega, los temas relacionados a la virtualidad y su viabilidad procesal, así como la posibilidad de implementar vías recursivas a estas decisiones donde se imponga una modalidad u otra.

## **La protección del consumidor con respecto a las plataformas tecnológicas de viaje compartido**

*Jesús Pérez Marmolejos*

La República Dominicana disfruta de un sistema jurídico que respalda la libre empresa, la competencia leal y libre y la protección de los trabajadores y consumidores. Ahora bien, es probable que estos derechos fundamentales entren en conflicto en algunas ocasiones. Por estos motivos, el Tribunal Constitucional, inspirándose en los criterios de la Corte Constitucional de Colombia, ha externado que se debe *“apreciar las circunstancias concretas del caso a los fines de intentar conseguir una armonización de los mismos, y en caso de no ser esto posible, hacer prevalecer el derecho más afín a la dignidad humana”*[1].

En vista de los inconvenientes surgidos por las plataformas digitales de transporte de usuarios a nivel nacional e internacional, al límite de catalogarlas como empleadores[2], o de comisión de competencia desleal y desviación de clientes[3], hemos querido esbozar algunas ideas desde el punto de vista del derecho del consumo sobre la regulación de estas actividades económicas colaborativas.

A diferencia de otros países que no han legislado al respecto y han tenido que valerse de criterios jurisprudenciales, nuestro país ha dispuesto ciertas reglamentaciones directas e indirectas a este tipo de modelo de negocio. De una parte, abordaremos las ventajas del acceso al transporte vía esta modalidad virtual (I), y, de otra parte, esbozaremos las desventajas por la no supervisión de estas plataformas tecnológicas (II).

### **Ventajas del acceso al transporte vía plataforma tecnológica.**

No hay duda de que el consumidor y usuario nacional y extranjero residente en la República Dominicana se ha sentido muy a gusto, en la mayoría de los casos, por la facilidad de transportarse físicamente de un lugar a otro utilizando la vía digital. Estas plataformas digitales han brindado relativamente un servicio de calidad como lo establece nuestra Constitución y han afianzado el derecho a elegir de los consumidores y usuarios del país.

### **La prestación de un servicio de calidad.**

La Constitución de la República Dominicana, en su artículo 53, establece que los consumidores y usuarios tienen derecho a disponer de bienes y servicios de calidad[4]. En efecto, el servicio prestado a través de las aplicaciones de viaje compartido o “ridesharing”, corresponde a un servicio privado de transporte de pasajeros ya que se trata de un *“servicio de transporte brindado a las personas para su traslado en las vías públicas, en vehículos privados retribuidos o no, bajo acuerdo privado”*[5].

Así lo ha determinado la jurisprudencia argentina en un fallo reciente en la región de Córdoba: *“la calificación jurídica como actividad privada de interés general, desplaza la configuración del contenido del servicio al plano de la iniciativa privada y de las relaciones jurídicas entre particulares, sin perjuicio de la intervención estatal en todo lo que exige la salvaguarda del interés general, concretado, en definitiva, en razones de bienestar general”*[6].

De modo que esa intervención estatal se ha manifestado en nuestro país mediante el artículo 83 de la aludida ley 63-17, que plantea lo siguiente: *“Taxis por comunicación o plataforma tecnológica. Los taxis por comunicación o plataforma tecnológica podrán ser operados sin obligatoriedad de un color determinado ni franja, y únicamente podrán recoger y dejar pasajeros en los lugares que éstos indiquen a través de cualquier plataforma tecnológica de telecomunicación. Párrafo.- Estos taxis deberán estar identificados por el INTRANT con un rótulo fijo, numerado en la parte inferior derecha del cristal delantero, tamaño 3×2 pulgadas”*. En otros términos, el legislador ha querido otorgarles un tratamiento especial en cuanto al color de los vehículos, a diferencia de los taxis independientes cuyas unidades deberán ser de color amarillo[7], y los taxis estacionarios de color blanco[8]. Aunque, las unidades operadas mediante aplicación móvil deberán estar identificadas mediante rótulo del Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre (INTRANT) y las empresas operadoras obtener la licencia de operación correspondiente[9], lo que constituye una señal de regulación expresa.

Además, otro de los méritos de contar con estas aplicaciones digitales, las cuales son calificadas por algunos como empresas de transporte[10] y otros como empresas de tecnología que brindan servicio de intermediación[11], es garantizar el derecho a elegir de los consumidores y usuarios.

### **La garantía del derecho fundamental a elegir.**

El artículo 33 de la ley 358-05, General de Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario estatuye como derecho fundamental lo siguiente: *“Acceder a una variedad de productos o servicios que permitan su elección libre, al igual que le permitan seleccionar al proveedor que a su criterio le convenga”*. Por consecuencia, el ejercicio de este derecho implica cuantiosos beneficios para los consumidores y usuarios.

Para Lasarte (2016) *“desde el punto de vista del consumidor, es preferible que exista una verdadera competencia empresarial; (...) es mejor la existencia de una competencia general y abierta, pues las situaciones oligopolistas (no digamos ya los monopolios, claro) generan imposiciones comerciales que, a la postre, resultan insuperables para los consumidores y usuarios, perjudicando de manera acusadísima sus intereses y expectativas”*[12].

Es por esto por lo que las plataformas tecnológicas de taxis se han ido expandiendo considerablemente en los últimos años ya que les conviene a los consumidores y usuarios en la República Dominicana desde el punto de vista económico y logístico. No es lo mismo llamar por teléfono e indicar la dirección a un operador para que envíe una

unidad de taxi tradicional, o que al usuario se le imponga precios altos y servicios de transporte de mala calidad solo por el hecho de que existe un “derecho adquirido”, mientras que, gracias a la innovación de una aplicación móvil, y con tan solo unos clics, pueden los consumidores y usuarios acceder a proveedores cuyo objetivo es la satisfacción de las necesidades del cliente.

### **Desventajas por la no supervisión de esas plataformas tecnológicas.**

Muchos apuestan a la autorregulación del mercado. Eso incentiva la creatividad e innovación, pero puede comprometer los derechos fundamentales de los usuarios. De manera que, es necesario que el Estado intervenga en calidad de árbitro en ciertos aspectos como la protección de los datos personales y la exigencia de medidas de seguridad en provecho de los consumidores y usuarios.

### **La protección de los datos personales.**

El artículo 70 de la Constitución dispone que *“toda persona tiene derecho a una acción judicial para conocer de la existencia y acceder a los datos que de ella consten en registros o bancos de datos públicos o privados y, en caso de falsedad o discriminación, exigir la suspensión, rectificación, actualización y confidencialidad de aquéllos, conforme a la ley”*. Asimismo, la ley 172-13[13], en su artículo 7, expresa que *“toda persona tiene derecho a una acción judicial para conocer de la existencia y acceder a los datos que de ella consten en registros o bancos de datos públicos o privados y, en caso de discriminación, inexactitud o error, exigir la suspensión, rectificación y la actualización de aquellos, conforme a esta ley”*.

No obstante, el marco legal dominicano no cuenta con un órgano administrativo que regule esta protección en el área del transporte. Ni tampoco el Reglamento del Servicio de Transporte de Taxis, en proceso de consulta pública, lo menciona. Así lo confirma una carta de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Procompetencia) al Ministerio de Turismo, de fecha 21 de diciembre del año 2020.

Y agregarle a esto que estas plataformas digitales recopilan abundantes datos personales de los consumidores y usuarios, que son utilizados posteriormente para envío de información publicitaria a través del correo electrónico. Esta práctica comercial ha sido denunciada en el plano internacional por la Asociación Taxi Project 2.0 ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), el pasado mes de septiembre del año 2020.

En ese tenor, otro de los riesgos que conlleva la prestación de este servicio de transporte mediante la modalidad de plataforma tecnológica ha sido asegurar la obligación de seguridad de los usuarios.

### **La obligación de seguridad.**

*“Ignorar el historial de las empresas transnacionales y sus fallas pasadas para garantizar la seguridad de los consumidores demuestra la necesidad de regulaciones más estrictas como las que enfrentan las empresas de taxis”[14].*

Y es que estas plataformas han perdido su licencia de operación en algunos países, como Reino Unido[15], al permitir que conductores prestaran el servicio sin licencia ni seguro de vehículo, y la posibilidad de cambiar las fotos de perfil de los conductores. Esto ha ido corrigiéndose, pero es necesario enviar un mensaje a los consumidores de que estas plataformas están siendo reguladas por el Estado y de que son confiables.

Igualmente, otra de las consideraciones de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Procompetencia) ha sido la seguridad personal de los usuarios, conforme la referida carta al Ministerio de Turismo, el año pasado.

En definitiva, estas aplicaciones móviles de viaje compartido han resultado muy beneficiosas y útiles para los consumidores y usuarios de la República Dominicana. A pesar de esto, la tendencia en los diferentes sistemas jurídicos contemporáneos ha tenido como norte la regulación especial por parte del Estado. Esperemos que esta intervención estatal tome en cuenta sus características y particularidades en aras de seguir incentivando la innovación, pero también proteja los intereses de los consumidores y los demás agentes económicos del mercado.

[1] TC/0011/12 y TC/0109/13, sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana.

[2] Sentencia No.374, de fecha 4 de marzo 2020, de la Corte de Casación Francesa.

[3] Resolución No.2383, de fecha 20 diciembre 2019, de la Superintendencia de Industria y Comercio. Esta decisión fue revocada por aspectos de prescripción legal, mediante sentencia del 18 junio 2020, del Tribunal Superior, Sala 7ma.

[4] Artículo 53.- Derechos del consumidor. Toda persona tiene derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, a una información objetiva, veraz y oportuna sobre el contenido y las características de los productos y servicios que use o consume, bajo las previsiones y normas establecidas por la ley. Las personas que resulten lesionadas o perjudicadas por bienes y servicios de mala calidad, tienen derecho a ser compensadas o indemnizadas conforme a la ley.

[5] Artículo 5, numeral 40, Ley No. 63-17, de Movilidad, Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial de la República Dominicana.

[6] Resolución número 306, de fecha 30 octubre 2020, emitida por la Cámara Contencioso-Administrativa, Municipalidad de Córdoba, Argentina.

[7] Artículo 81, párrafo, Ley No. 63-17, de Movilidad, Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial de la República Dominicana.

[8] Artículo 82, párrafo, Ley No. 63-17, de Movilidad, Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial de la República Dominicana.

[9] Artículo 85, Ley No. 63-17, de Movilidad, Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial de la República Dominicana: *“Empresas operadoras. Las personas físicas o jurídicas que operen como transporte comercial tendrán que cumplir con los requerimientos establecidos para la obtención de la licencia de operación correspondiente, y serán sometidas a las actividades de control del INTRANT (...).*

[10] C-434/15, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resuelto el 20 diciembre de 2017.

[11] Resolución 0084-2020/SDC-INDECOPI, de fecha 5 agosto 2020, emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

[12] Lasarte, Carlos. (8 Ed.) (2016) Manual sobre Protección de Consumidores y Usuarios, Madrid. Dykinson.

[13] Ley 172-13 que tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros públicos, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos destinados a dar informes, sean estos públicos o privados.

[14] Oler, Dawson (2018).Ridesharing & Regulation: How ridesharing apps are regulated and how they should be regulated. Illinois Business Law Journal. Volume 24, p.49.

[15] Esta licencia fue recuperada posteriormente por una decisión de los Magistrados de la Corte de Westminster, del 28 de septiembre 2020.

## La hipoteca judicial de cara a la Sentencia 2119-2020

*Francisco Álvarez Martínez*

El presente escrito se redacta en el marco de la Sentencia núm. 2119/2020 emitida en ocasión de la instrumentación del expediente número 2011-5152, con la ponencia del estimado y respetado Magistrado Samuel Arias.

En síntesis, dicho fallo establece, en su página 10, el punto que queremos estudiar. Para ello trasladaremos el párrafo 10 de la mencionada página, dando inicio así a nuestra opinión.

“Antes de dar respuesta a los agravios denunciados por la parte recurrente, es preciso que esta Primera Sala señale que el artículo 54 del Código de Procedimiento Civil, no exige que se pronuncie mediante sentencia la validez de una hipoteca judicial provisional para que esta se convierta en definitiva, sino que la decisión que condena al pago del crédito que sirve de fundamento a dicha inscripción provisional adquiera la autoridad de la cosa juzgada, ya que la conversión en definitiva de la referida hipoteca provisional se produce de pleno derecho.”

Es decir, el criterio de dicho Tribunal es que la conversión de provisional a definitiva ocurre de pleno derecho, y parecería no depender de un trámite posterior. Nuestra postura, anunciamos, es que sí se requiere de un trámite posterior, y que el legislador incluso sanciona a la parte gananciosa que no promueve esa “transformación” posterior de provisional a definitiva.

Para esto, necesitamos cubrir unos criterios necesarios. Iniciemos, entonces, con una breve revisión de los títulos ejecutorios, donde uno de ellos es la Sentencia.

Los títulos ejecutorios están recogidos en el artículo 545 de nuestro Código de Procedimiento Civil, donde en síntesis otorga fuerza de título ejecutivo a:

- Sentencias condenatorias que tuviesen la autoridad definitiva de la cosa juzgada
- Actos notariales con obligaciones a pagar cantidades de dinero
- Originales y duplicados de títulos de propiedad inmobiliaria

Entonces, de estos, la Sentencia es la que genera (por lo menos en la especie) la posibilidad de inscripción de **Hipoteca Judicial**, pero primero, veamos.

**Las sentencias** por regla general **solo son ejecutables** siempre y **cuando no exista posibilidad de recurso alguno sobre las mismas**, ni se hubiese interpuesto dicho recurso. Esta regla general permea el código civil y, en consecuencia, la mayoría de las materias vinculadas.

Hay excepciones, la más útil en materia laboral, donde en virtud del artículo 539 del Código de Trabajo se crea una fórmula que indica la **ejecutoriedad provisional** de las decisiones producidas por los tribunales laborales, consecuencia de un litigio, a partir

del tercer día de la notificación de la misma. ¿A qué responde esto? Es una solución ágil por parte del legislador a la considerada falta de igualdad entre las partes que normalmente son actores en dichos procesos, y la necesidad de que las mismas puedan garantizar las sumas a su favor en lo que debería ser un procedimiento expedito, como se infiere del estudio de dicha rama del derecho y de la mayoría de los doctrinarios de la materia.

Entonces, ante este título que es la Sentencia (bajo las condiciones expresadas en el Art. 545 CPC) existe un caso donde nos preguntamos, ¿es o no un título ejecutorio?

Para esta pregunta ser contestada entendemos pertinente verificar, primero, lo que implica la ejecutoriedad provisional de una Sentencia, ya que de allí podemos entender su naturaleza y objeto. Y ojo, esto es haciendo un estudio amplificado para luego concluir sobre elementos no tan extremos como el que presenta una ejecutoriedad provisional.

De nuestra Suprema Corte de Justicia podemos tomar por cierto que, a) La Ejecutoriedad Provisional de una Sentencia **no implica de modo alguno que la misma sea definitiva**, ni se asemeja a las Sentencias con esta calidad, sino más bien solo facilita la posibilidad de que las garantías sean eventualmente ejecutadas, b) La Ejecutoriedad Provisional no implica ni requiere, y tampoco busca, que el condenado pague al instante dichas sumas, todo lo contrario, los plazos para introducir los distintos recursos siguen vigentes de manera ordinaria y aun mas , plantea soluciones que suspenden instantáneamente la Ejecución Provisional.

Esto se extrae de los criterios jurisprudenciales de nuestro más alto Tribunal, cuando indica que “Respecto a la ejecutoriedad de una sentencia de los Juzgados de Trabajo a los fines de embargo retentivo, para que el tercer embargado se obligue a entregar directamente los valores embargados al ejecutante, **es necesario que la sentencia sea irrevocable.**” [1]

De la última parte del citado fallo entendemos que, en consecuencia, **la Ejecutoriedad Provisional no implica su irrevocabilidad**, y todavía más sencillo es el razonamiento que se debe aplicar al trasladar esto a los requisitos del artículo 545 del CPC, que habla de que las Sentencias, para ser títulos ejecutorios, deben gozar de tener la calidad de Cosa Irrevocablemente Juzgada.

Así mismo reforzar para lo expresado en el párrafo que antecede, el criterio jurisprudencial que expresa que “el Artículo 539 del Código Trabajo **no persigue forzar** a la parte sucumbiente en Primera Instancia a pagar el monto de las condenaciones y poner fin al litigio, **sino garantizar** que al término del mismo quien resulte ganancioso asegure el cobro de sus acreencias; esta disposición se complementa con el Artículo 667 de dicho Código, relativo a las facultades del Presidente de la Corte de Trabajo con respecto a las modalidades de pago del duplo de las condenaciones, para evitar que se produzca un daño irreparable, pero a la vez garantizar el cumplimiento del precitado Artículo 539” [2] [3]

De todo esto se puede entender entonces que nuestra **Suprema Corte de Justicia es del criterio que la Ejecutoriedad Provisional no robustece la calidad de la Sentencia en la especie, sino que más bien adelanta de manera conservadora los posibles efectos de la misma con un fin de resguardar un crédito de una posible disipación.**

Si esto es con la ejecutoriedad provisional, mucho menos con una Sentencia que no goce de dicha dispensa.

Dicho todo esto, entonces, podemos aplicar estos conceptos a la materia que realmente nos ocupa, y es la garantía que produce la Hipoteca.

De manera breve, las Hipotecas pueden ser Legales, Convencionales y Judiciales.

Como su nombre lo avanza, las **Legales** están contenidas en la Ley y operan bajo estas convicciones, las **Convencionales** son las que son acordadas entre las partes y siguiendo la normativa vigente y el respeto al derecho común, y las **Judiciales** son las que su nacimiento existe en las decisiones de los Tribunales, apartando la discusión de las excepciones que existen bajo el mismo nombre de Judiciales, y que no provienen de un tribunal y que podrían ser asemejadas a las Legales por tener su génesis, aunque reconocida vía tribunal, en la norma.

El tema se introduce vía el artículo 2123 de nuestro Código Civil, el cual indica que “La hipoteca judicial resulta de las sentencias, bien sean contradictorias, o dadas en defecto, definitivas o provisionales, en favor del que las ha obtenido. Resulta también, de los reconocimientos o verificaciones hechas en juicio de las firmas puestas en un acto obligatorio bajo firma privada”.

Al inicio, en el Código Civil Francés de 1804, la Hipoteca Judicial no especificaba directamente si era definitiva o provisional, esto se instituyó con la Ley No. 55-1475 de noviembre del 1955, que estableció esta figura como medida facultativa previa a la demanda, y en consecuencia, antes de una Sentencia. Aquí nació entonces la Hipoteca Judicial Provisional, su origen, su génesis, era en una medida pseudocautelar, sin siquiera existir una Sentencia sobre el asunto, y se basa en el artículo 2123 del Código Civil.

La Hipoteca Judicial, según el pasado presidente de la Suprema Corte de Justicia, Mariano Germán M., en su obra Vías de Ejecución, puede ser “definitiva o provisional. Definitiva, cuando está fundamentada en **una sentencia con autoridad de la cosa definitivamente juzgada**. Provisional, cuando está **fundamentada en una sentencia recurrida, o susceptible de recurso, o en un auto de juez competente**.”

Con la invasión haitiana del año 1822, forzosamente recibimos el Derecho Francés, el cual se concretizó cuando adoptamos por vía de importación aquella Ley No. 55-1475 en nuestra propia Ley 5119 de 1959, modificando el articulado desde el 48 al 58 de nuestro Código de Procedimiento Civil, instituyendo medidas conservatorias previo a

las Demandas, particularmente Embargo Conservatorio General y la Hipoteca Judicial Provisional.

El artículo 54 del CPC indica que el Acreedor podrá ser autorizado por un Juez a proceder, de manera provisional, a inscribir una hipoteca que no será definitiva. El mismo artículo ofrece las modalidades de renovación, plazos y formalidades a considerar, siendo la que aplica al presente caso la disposición que ordena a dicho acreedor a demandar sobre el fondo con el fin de eventualmente justificar la mencionada Hipoteca y, poder inscribir definitivamente la misma.

El plazo para que el acreedor inscriba de manera definitiva la Hipoteca Judicial Provisional es de dos meses, y la sanción a la inacción e inobservancia de estas disposiciones es la nulidad retroactiva de la referida inscripción.[4]

Y es que, es lógico, la Hipoteca Judicial Provisional, como su nombre lo avanza, no es final, y partida de su naturaleza, “sucederá una de dos cosas: o bien el acreedor obtiene la condenación del deudor”[5], posteriormente teniendo que transformarla, en definitiva, “o bien la condenación no se produce”, destruyéndola por completo y sin consecuencias mayores.

Esto es reforzado por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo cuando indica que “El acreedor deberá demandar sobre el fondo en el plazo que indique el auto que autoriza la inscripción, y que dentro del plazo de dos meses de la fecha en que la sentencia sobre el fondo haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada, **el acreedor deberá convertir la inscripción provisional en inscripción definitiva**”[6]

Vemos, entonces, que la falta de renovación o conversión a definitiva produce no solo la pérdida del rango si lograrse la parte interesada actuar ante esta, sino que, en el segundo caso, produce efectos retroactivos sobre la nulidad de esta, consecuencia de la falta de interés en la práctica del acreedor.

Nuestra Suprema Corte de Justicia, previendo la situación que podía surgir consecuencia de la ejecución provisional, en el año 1984 expresó que “No basta que el acreedor este provisto de título que pruebe la existencia de su crédito, ni haya demandado ante los jueces del fondo el cobro de tal crédito, sino que es necesario e imprescindible que previamente intervenga sentencia con autoridad de cosa juzgada que condene al deudor al pago de la obligación”[7]; En esa misma línea, también ha fallado que “Para la conversión en definitiva de una hipoteca judicial provisional **es necesario que intervenga una sentencia definitiva** que condene al deudor”. [8] Esto no es una gran novedad, pero sí es bueno reiterar que desde hace más de 30 años ha sido, más o menos, el criterio constante.

Así, también, ha sido indicado por este Tribunal, que “como resulta de los términos del apartado IV del artículo 54 del Código de Procedimiento Civil, que para que se pueda operar la conversión en definitiva de una inscripción de hipoteca judicial provisional, tomada con autorización del Juez, no basta que el acreedor esté provisto de títulos que

prueben la existencia de su crédito, ni haya demandado ante los jueces del fondo el cobro de tal crédito, sino que es necesario e imprescindible que previamente intervenga sentencia con autoridad de la cosa juzgada que condene al deudor al pago de la obligación; que como en la especie, no hay constancia en el expediente de que exista la sentencia condenatoria aludida, es obvio que la Corte a-qua, al fallar como lo hizo violó el texto legal mencionado, por lo cual el fallo impugnado debe ser casado sin necesidad de examinar el otro medio propuesto por la recurrente.[9]

Reforzando, aun mas, estos criterios, el antiguo presidente de la Suprema Corte de Justicia, Dr. Mariano German, en su obra "Las vías de ejecución en la Republica Dominicana", expresa que "**No es definitiva la hipoteca judicial fundamentada en... una sentencia de un tribunal de primer grado que se beneficia de la ejecución provisional**, no obstante cualquier recurso"[10]

Entonces, estamos en posición de concluir sobre el tema requerido, previo a un último análisis realizado sobre la base de la normativa vigente, indicando que la inscripción de una Hipoteca Judicial Provisional basada en una Sentencia que goce (o no) de Ejecución Provisional por mandato de la Ley no escapa de manera alguna a la normalidad legislativa propuesta en base a la eventual renovación, cancelación o transformación a definitiva, y la última no aplica de pleno derecho con el simple pretexto de que ya ha recibido la calidad de cosa irrevocablemente juzgada, todo lo contrario, **el persiguierte, acreedor, debe promover la inscripción de la referida Hipoteca Judicial Provisional en definitiva**, y a su cargo corren todas las pruebas necesarias de esto, entre las cuales de manera enunciativa están probar que la Sentencia objeto goza de la cosa irrevocablemente juzgada.

En el hipotético caso de que el acreedor no hubiese perseguido que una Hipoteca Judicial Provisional fuera transformada en Definitiva, sin lugar a dudas se violenta directamente el principio general que rige el Sistema de Publicidad que rige en nuestro País en base al Registro Inmobiliario, y la consecuencia como se ha podido comprobar de esta inacción es la nulidad retroactiva de la inscripción, al igual que si se hubiese transformado a definitiva, la transformación opera de manera retroactiva y se consolida como el primer día en que fue inscrita.

Si la inscripción de la Hipoteca Judicial ha sido fundamentada en una Sentencia no definitiva, sólo podrá procederse a su ejecución y a la venta del inmueble hipotecado luego que la Sentencia haya adquirido la autoridad de la cosa definitivamente juzgada, según el artículo 54 de nuestro Código de Procedimiento Civil y el 2215 del Código Civil Dominicano.

Hay que aclarar que cuando la normativa indica que se debe demandar al fondo, no es una Demanda en Validez, ya que no existe tal demanda en la referida materia, y hay que tener especial cuidado con el tema de la renovación de la hipoteca y la transformación a definitiva en caso de que opere.

Con la Ley 108-05 nacen los Principios Generales del Sistema Inmobiliario Dominicano, contenidos en diez enunciados limitativos y de respeto obligatorio para toda la norma del sistema registral e inmobiliario.

Desde la concepción de esta nueva ley se tenía en cuenta lo que posteriormente justificaremos, y que todo lo anterior ha sido evidencia de su necesidad, cuando en el quinto “considerando” de la promulgación de la Ley 108-05, el legislador expresaba que **“la seguridad jurídica y la protección de los derechos de los ciudadanos son valores fundamentales que requieren de instrumentos adecuados y eficientes”** Entre estas “reglas del juego”, si se quiere, existe una que es de vital importancia para el tema que se ha discutido en el presente documento, veamos el Principio II del Sistema Inmobiliario Dominicano, encarnado en la Ley 108-05:

**Principio II:** La presente Ley de Registro Inmobiliario implementa el sistema de publicidad inmobiliaria de la República Dominicana sobre la base de los siguientes criterios:

**Especialidad:** Que consiste en la **correcta determinación** de sujetos, objetos y causas del derecho a registrar;

**Legalidad:** Que consiste en la depuración previa del derecho a registrar;

**Legitimidad:** Que establece que el derecho registrado existe y que pertenece a su titular;

**Publicidad:** Que establece la **presunción de exactitud** del registro dotando de fe pública su constancia.

El Legislador, de manera directa, ha planteado que el sustento legal y formal del Registro, en sentido amplio y en materia inmobiliaria, se fortalece bajo los preceptos de Especialidad, Legalidad, Legitimidad y Publicidad, los cuales, sumados, implican que todo lo vinculado al Sistema de Registro Inmobiliario Dominicano tiene una presunción de exactitud y correcta determinación de todas las variables que en ella puedan intervenir.

Estos principios permean toda la normativa posterior inmobiliaria, como podemos ver, creando una coherencia indudable dentro de todo el sistema y reafirmando, aunque no es necesario, la vigencia de estos principios generales.

Consecuencia del Programa de la Modernización de la Jurisdicción de Tierras de la Republica Dominicana, se creó el Reglamento General de los Registros de Títulos, con el cual se buscaba, desde sus inicios, aterrizar y organizar las disposiciones avanzadas en la Ley General de Registro de Títulos, con todos los pormenores que el legislador pudo prever.

En todo lo largo de dicho Reglamento General se encuentran los principios positivizados en distintos artículos y disposiciones, y como ejemplo, tenemos que, hablando de los expedientes que podrán ser discutidos y destruidos por disposiciones

de Registro de Títulos, y específicamente sobre los que tengan irregularidades documentales, en el artículo 61 de dicha norma, se lee:

Art. 61 – Son irregularidades **insubsanables, entre otras:**

1. **D)** La instrumentación de actos que no cumplan con los **requisitos de fondo y forma** establecidos por la Ley de Registro Inmobiliario y este reglamento.
2. **E)** Los actos que presenten vicios de forma sustanciales **al no consignar, consignar erróneamente o de forma insuficiente o equivoca los datos que permitan aplicar correctamente el principio de especialidad en relación a los sujetos, al objeto y a la causa del derecho registral.**

Es decir, estos principios tienen una injerencia tan fuerte y presentan una obligación tan tangible que, para el Registrador de Títulos, el Legislador y los Jueces, son **IRREGULARIDADES INSUBSANABLES** el hecho de que existan documentos registrados o sujetos a registro con falta de información, información errónea o insuficiente, sobre sujetos, objeto y derechos.

Por otro lado, se ve claramente en el artículo 90 de la Ley 108-05, el cual indica que el registro es constitutivo y convalidante del derecho, carga o gravamen registrado y se presume exacto no admitiendo pruebas en contrario<sup>[11]</sup>, lo cual apoya el artículo 131 de la Resolución de la Suprema Corte de Justicia No. 2669-2009, que es el Reglamento General de Registro de Títulos, que establece que la información contenida en los registros de títulos es de acceso público, y en su artículo 133, dispone que esta es la forma idónea para acreditar el estado jurídico de un inmueble frente a los terceros, repitiendo parcialmente lo que se exponía en el artículo 41 y siguientes de la Ley No. 2914 de 1890 respecto a los inmuebles no registrados.

Para el renombrado jurista Wilson Gómez, en su clásica obra “Derecho Inmobiliario Registral”, página 77, el Principio de Especialidad “tiene privilegiada aplicación, pues figura en la exposición de motivos de la Ley No. 108-05, de Registro Inmobiliario;”, y sigue, en el próximo párrafo, indicando que, sobre los inmuebles, “que se consigne claramente el objeto, la causa, los sujetos y el derecho”.

El mismo autor, sobre el Principio de Publicidad, primo hermano del de Especialidad, indica que “permite la instauración de un sistema que hace posible **que las personas conozcan la historia jurídica - registral y la situación actualizada de un inmueble determinado**”;

Como se ha mencionado precariamente hasta este momento, y de manera puntual, el Legislador Dominicano incorporó a la Ley No. 108-05, de Registro Inmobiliario, una serie de directrices normativas y reglas marco para delimitar toda regla, ley, norma, interpretación y consideración que, sobre la materia, se intentara.

Todo lo anteriormente expuesto tiene distintos puntos de choque con la jurisprudencia, doctrina y normativa legal vigente, como podremos ver a continuación.

Por esa misma línea, el artículo 54 del código de procedimiento civil de la republica dominicana, en su parte final, expresa:

“Dentro del plazo de dos meses de la fecha en que la sentencia sobre el fondo haya adquirido autoridad de cosa juzgada, el acreedor deberá convertir la inscripción provisional en inscripción definitiva, la cual producirá sus efectos retroactivamente a contar de la fecha de la primera inscripción y se hará sin costo. El acreedor pagará los derechos y gastos una sola vez. “

El plazo tiene como punto de partida “la fecha en la cual la sentencia condenatoria sobre el crédito haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada y ningún obstáculo libera al acreedor de hacer la inscripción dentro del indicado plazo, ni siquiera el hecho de que el inmueble gravado con la Hipoteca Judicial Provisional haya salido del patrimonio del deudor[12], **“la inscripción hecha tardíamente es nula y debe ser radiada, a simple requerimiento de toda parte interesada”**[13].

Todo esto va en increíble consonancia con lo que el maestro Louis Josserand indicó, sobre las Hipotecas y la necesidad de que estas sean públicas y exactamente correspondientes a la realidad, “un país donde las hipotecas, aún las ocultas, fueran oponibles a todos, sería la tierra de promisión del estelionato y del fraude y la inseguridad viciaría allí las relaciones económicas y jurídicas”[14]

Y si había duda alguna sobre este tema y la necesidad de la transformación antes mencionada, en un excelente proceder administrativo la Dirección Nacional de Registro de Títulos procedió a emitir la Resolución No. 19-0312 la cual dispone e identifica los requisitos de la totalidad de los tramites que se realizan frente a dicha Dirección Nacional, con el objetivo de mantener informados a los usuarios y proteger los derechos de todos los involucrados en cualquiera de estos procedimientos abiertos. Veamos, de manera interesante, que dicha Resolución separa ambas Hipotecas, la Judicial Provisional y la Judicial Definitiva, lo cual demuestra de manera fehaciente, no solo que son “distintas”, que nunca estuvo en discusión, sino que no son trámites automáticos ipso facto se obtiene una Sentencia definitiva, sino que son trámites administrativos con cargas fiscales establecidas y requeridas para su validez.

En el punto 6 de la mencionada Resolución se trataba todo lo relativo a la Hipoteca Judicial Provisional, la cual colocamos en la página siguiente por cuestiones de espacio.

6. Actuación: HIPOTECA JUDICIAL PROVISIONAL	
<b>Documento Base:</b>	<b>Características:</b>
Ordenanza o auto que ordena la inscripción o sentencia condenatoria que no haya adquirido autoridad de la cosa juzgada.	Original
<b>Documentos Anexos:</b>	<b>Características:</b>
Doble factura para inscripción hipotecaria	a) Original b) De acuerdo a los requisitos establecidos en el Art. 2148 del Código Civil
Copia de Cédula/RNC de la persona a favor de la cual se inscribe.	a) Legible b) De ambos lados.  Nota: Si se trata de extranjero, pasaporte e identificación oficial del país de que se trate (como 2do documento adicional)
Copia del documento de identidad del depositante	a) Legible b) De ambos lados.
<b>Ingresos:</b>	
Sello Ley 91	RDS10.00
Recibo Ley 33-91	RDS10.00

Y en el punto siguiente, el 7, los requisitos vinculados a la Hipoteca Judicial Definitiva, igual en la página siguiente.

7. Actuación: HIPOTECA JUDICIAL DEFINITIVA	
<b>Documento Base:</b>	<b>Características:</b>
Sentencia condenatoria definitiva	a) Copia certificada. b) Registrada en Registro Civil.
<b>Documentos Anexos:</b>	<b>Características:</b>
Acto de alguacil de notificación de la sentencia	Original
Certificación del mismo Tribunal que emitió la sentencia que indique que ha adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada.	Original
Doble factura para la inscripción hipotecaria	a) Original b) De acuerdo a los requisitos establecidos en el Art. 2148 del Código Civil
Copia de Cédula/RNC a favor de quien se emite la hipoteca judicial.	a) Legible b) De ambos lados.  Nota: Si se trata de extranjero, pasaporte e identificación oficial del país de que se trate (como 2do documento adicional)
Copia del documento de identidad del depositante	a) Legible b) De ambos lados.
<b>Ingresos:</b>	
Recibo Ley No. 173-07 o comunicación de exención por DGII	a) Original b) Por un equivalente al 2% del monto de la hipoteca.
Sello Ley 91	RDS30.00
Recibo Ley 33-91	RDS10.00
Comprobante de pago de Tasa por Servicio de la II	RDS500.00 para cada inmueble, correspondiente a la primera solicitud de expedición de la Certificación de Registro de Acreedor.

Es evidente que existe un trámite necesario para la transformación de una Hipoteca Judicial Provisional a Definitiva, que no solo conlleva formalidades frente al Registro de Títulos, sino que también es obligatorio el pago de tributos al fisco que validan aún más los requisitos anteriores, que por demás son requisitos que en su ausencia destruyen la validez de cualquier documento, como la misma resolución plantea en su primera parte. Esta resolución contenía la verdadera naturaleza de estos trámites, y aunque hayan podido ser modificadas por posteriores, realmente promueve la realidad registral ya comentada.

Entonces, es innegable que no se generan automáticamente los trámites necesarios para transformar la Hipoteca Judicial Provisional en Definitiva, y si, entonces, no se realizaron los trámites para transformar esa Hipoteca Judicial Provisional en Definitiva, por aplicación del artículo 54 del Código de Procedimiento Civil, se podrá demandar

ante el juez que autorizó la inscripción de la Hipoteca Judicial Provisional **la cancelación de la misma**, luego del plazo de los dos meses otorgados para esta diligencia,<sup>[15]</sup> en lo que (para nosotros) sería una sentencia declarativa que reconozca esa situación objetiva.

El querido Magistrado Napoleón Estévez, en su obra Derecho de Las Seguridades y Garantías del Crédito, tiende a ser aún más garantista con la seguridad jurídica del Sistema Inmobiliario, cuando correctamente entiende y expresa que, una vez se obtenga una Sentencia Definitiva, con todo lo que esto conlleva, “a falta de inscripción definitiva en el indicado plazo de dos meses, **la inscripción provisional quedara retroactivamente sin efecto** y su cancelación podrá ser solicitada por cualquier persona interesada, a costa del que haya tomado la inscripción”.

Esto no solo va en contra de las disposiciones legales y de todo lo anteriormente expuesto, sino que también, como indica el profesor Wilson Gómez, “La finalidad de la inscripción es propiciar que se conozca la existencia de los derechos que recaen sobre los inmuebles, el status o situación de estos, las cargas o gravámenes que les afectan, en fin, hacer transparente y publica la propiedad inmobiliaria, evitando que los terceros sean afectados por maniobras fraudulentas”<sup>[16]</sup>.

Finalmente, Mariano Germán, en su citada obra, indica que, refiriéndose a la Hipoteca Judicial Provisional, “sólo garantiza el crédito evaluado provisionalmente”.

El proceder correcto es, conjugando todo lo estudiado, citado y verificado, con la normativa vigente y la coherencia que hemos podido ver con los demás artículos y leyes, luego de que se inscriba esta Hipoteca Judicial Provisional, esta “**solo tiene un efecto transitorio y por lo tanto está llamado a desaparecer con la sentencia que rechaza la demanda en pago del crédito que le sirve de causa**; o a ser convertida en definitiva” esto por aplicación analógica del artículo 53 del Código de Procedimiento Civil.

La consecuencia de no cumplir con esto es, como explicamos anteriormente, que con dicho crédito como provisional no puede ejecutarse dicha hipoteca, por todo lo anteriormente expuesto, pero, además, la incertidumbre que reviste este término y la vulneración a la seguridad jurídica que conlleva.

Entonces, si se permitiese que se mantuviera vigente una decisión, de cualquier tipo, con sustento en una realidad alterada, inexistente o errada, se estaría vulnerando directamente todo lo anteriormente expuesto, y no sólo esto, sino que se crearía un precedente de irrespeto a los principios generales del derecho inmobiliario en la República Dominicana, haciendo temblar a todo el sistema registral ya que, si no tenemos asegurados los principios de publicidad y especialidad en todo el proceso que orbita esta materia, ¿de qué sirve el registro realmente? Volvería a ser ineficaz y sería, lamentablemente, una tómbola.

El Mag. Napoleón lo dice mejor que nosotros: “La seguridad jurídica de las operaciones inmobiliarias está subordinada a una **perfecta publicidad** de las cargas reales que

gravan a los inmuebles. Esta seguridad jurídica hace posible la confiabilidad en los negocios inmobiliarios”, “**La falta, errónea, insuficiente o equivoca de los datos** que permitan aplicar correctamente el principio de especialidad **constituye una irregularidad insubsanable** que conduce necesariamente al rechazo de la inscripción de la Hipoteca”.

Por ello, concluimos, que quien ostenta una Hipoteca Judicial Provisional tiene la carga de, en su momento, perseguir la conversión de Provisional a Definitiva, y sobre ello mismo, al no hacerlo, recae la consecuencia de no hacerlo. El legislador, y los reglamentos internos de Registro de Títulos, nos dejan pensar que ese trámite, además de fiscal y registral, contrae una manifestación de voluntad que mantiene coherencia con todo el resto del ordenamiento jurídico.

Por ello, entendemos que el criterio que genera el presente estudio pudiese ser completado en su parte final, para poder manejar los razonamientos que aquí hemos verificado.

- [1] Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana. **Boletín Judicial No. 1065**. Año 580º
- [2] Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana. Boletín Judicial No. 1065. Año 587º,670º
- [3] Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana. Boletín Judicial No. 1067. Año 626º
- [4] Párrafo final del Art. 54 del CPC Dominicano
- [5] Napoleón Estévez, Derecho de las Seguridades y Garantías del Crédito
- [6] Sentencia del 2 de Julio del 2003, Núm. 7, B.J. Núm. 1112, pág. 102-103
- [7] Sentencia del 19 de noviembre del 1984, Núm. 33, B.J. Núm. 888, Pág. 3022
- [8] B.J. 888.3022. Discurso B.J. 890.10
- [9] B.J. 888, 19 de noviembre de 1984, pág. 3022
- [10] Página 390, cuarto párrafo
- [11] Casación, Materia de Tierras, Sentencia No. 16, 3 Octubre 2012. BJ 1223
- [12] Sentencia de la Cámara Civil, 17 Julio 1972, BJ 665
- [13] Mariano Germán M., Vías de Ejecución, Pág. 414
- [14] Derecho Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1939, Tomo II, Volumen II
- [15] Criterio de Mariano Germán M., expuesto en su obra Vías de Ejecución.
- [16] Obra “Derecho Inmobiliario Registral” del Prof. Wilson Gómez, Pág. 66

## Obiter dictum, ratio decidendi y los motivos superabundantes en la casación dominicana

Víctor A. León Morel[1]

### Introducción

Según la Real Academia de Lengua Española (RAE), motivar significa “dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo”[2].

Motivar, significa explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo; en la sentencia es la razón que impulsa a los jueces a decidir de una manera u otra. En una sentencia, la relación entre hechos y derecho es determinante ya que ningún argumento genérico de la motivación puede ser entendido sin el contexto fáctico que lo rodea.

El Tribunal Constitucional se ha referido en varias ocasiones respecto a la debida motivación de la sentencia. Entre ellas, resaltamos la sentencia TC/0454/16 que establece de forma precisa que toda decisión judicial debe estar precedida de una motivación que reúna los siguientes elementos: **claridad, congruencia y lógica**, de suerte tal que se constituya en una garantía para todo ciudadano de que el fallo que resuelve su causa no sea arbitrario y esté fundado en derecho[3].

No son pocas las discusiones que se ven a diario sobre la motivación de las decisiones judiciales, entre las cuales se encuentra la insuficiencia de motivos, la determinación de cuáles son las conclusiones que deben ser respondidas por el tribunal, así como la errónea apreciación de los hechos (desnaturalización de los hechos) y la más importante, errónea aplicación de la ley, como bien lo establece el artículo 1 de la Ley 3726 de 1953 sobre Procedimiento de Casación. Asimismo, se verifica que una gran parte de los recursos de casación se fundamentan sobre la base del artículo 141 del Código de Procedimiento civil, que aplica supletoriamente a otras materias, el cual contempla el estándar mínimo que debe tener toda decisión judicial expresando textualmente que *la redacción de las sentencias contendrá los nombres de los jueces, del fiscal y de los abogados; los nombres, profesiones y domicilio de las partes; sus conclusiones, **la exposición sumaria de los puntos de hecho y de derecho, los fundamentos y el dispositivo.*** (subrayado y negrita es nuestro).

En el presente escrito pretendemos analizar la motivación superabundante conforme al precedente judicial y dos de sus componentes: el *obiter dictum* y la *ratio decidendi*, a fines de determinar si esta figura francesa es cónsona con el estándar mínimo de motivación de nuestro ordenamiento jurídico.

### Precedente judicial, *obiter dictum* y *ratio decidendi*: distinción necesaria

Antes de analizar la figura de la superabundancia de motivos, consideramos oportuno realizar unas consideraciones sobre el precedente judicial y la distinción entre las figuras de *obiter dictum* (dicho sea de paso) y la *ratio decidendi* (la razón de la decisión). Más allá de las razones internas que justifican las decisiones judiciales, se puede

afirmar, sin dudas, que la esencia de toda sentencia es su motivación. Sin embargo, la motivación en muchos casos debe ser precedida de notas aclaratorias para que la redacción y el hilo conductor demuestre un orden cronológico y razonable de los hechos y del Derecho que justifique la motivación del tribunal.

El precedente judicial constituye uno de los mayores pilares de la seguridad jurídica en un Estado de Derecho. Los doctrinarios, como el profesor Frederick Schauer, consideran que existen dos tipos de precedentes judiciales en razón de sus efectos: **verticales y horizontales**. Los precedentes **verticales** procuran que los tribunales inferiores adopten los criterios de los tribunales superiores. En este caso, una decisión de un juzgado de paz debe circunscribirse a lo dispuesto por la Suprema Corte de Justicia en un caso análogo. En los precedentes **horizontales**, los tribunales también están obligados, aunque de manera menos obvia y a veces más controvertida, a seguir sus propias decisiones anteriores[4]. Esto obliga a que un tribunal deba motivar las razones por las cuales abandona su propio precedente[5].

Sobre el particular, la sentencia núm. 0112-2016 de la Sala de lo Civil, Mercantil de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, de fecha 9 de agosto de 2016, realiza precisiones interesantes sobre la distinción entre la *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, la cual citamos:

*El considerando cuarto objeto de análisis constituye obiter dictum de la sentencia, pues “todos aquellos razonamientos o elaboraciones que no constituyen ratio decidendi en una sentencia pueden ser considerados obiter dictum. La expresión designa todos aquellos pasajes de las sentencias en los que, por la abundancia argumentativa propia del derecho jurisprudencial, se dicen cosas ‘de pasada’ o incidentalmente, sin que constituyan el meollo del asunto jurídico que se está resolviendo. **Estos argumentos son, generalmente, superabundantes, eruditos y de mera referencia y no tienen relación directa con la parte dispositiva (decisum) de la sentencia**” (D.E.L.M., El Derecho De Los Jueces, Legis, Segunda Edición, Bogotá, D.C.C., 2008, p. 219). La dicotomía entre lo que llama la doctrina fundamento indispensable de la sentencia y las argumentaciones incidentales de la misma, se corresponden de modo directo y respectivamente con la **ratio decidendi y la obiter dicta** del derecho angloamericano. La primera constituye la regla o el principio de Derecho que el juzgador la consideró en forma preponderante o determinante para resolver el caso, en tanto que, la segunda se refiere a conclusiones secundarias. El fallo, su parte resolutive, es vinculante para las partes, mientras que la ratio decidendi se extiende e irradia con autoridad doctrinal a todos los casos idénticos. Cabe adicionar que los dicta por definición, dado que promulgan un principio o interpretación innecesariamente amplios, o incluso, principios o interpretaciones adicionales o gratuitas no requeridas en el fallo, terminan dilucidando casos que en realidad no le han sido presentados a la Judicatura, siendo su efecto terminantemente contrario en obiter dictum, pues no pueden en forma alguna ejecutarse las cuestiones motivas de la decisión, al constituirse en construcciones intelectuales, que forman una cúspide sobre las pretensiones, erigiéndose sobre la base de conceptos que esquematizan la resolución del conflicto, siendo judicialmente exigible, y “...depende de las circunstancias en que se lo formula, y en particular del conocimiento de que dispone quien formula el juicio... la incertidumbre de la posición original no vicia el argumento del interés antecedente..., sino que limita el alcance dentro del cual puede operar el propio*

*interés...” (R.D., Los derechos en serio, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1ª Edición 1984, 2ª reimpresión 1995, pp. 238 y 239)[6]*

Para el jurista Michele Taruffo el precedente es definido en dos factores. El primer factor deriva del hecho de que este no es todo lo que se dice en la sentencia en cuestión, sino más bien, el fundamento para decidir; es decir, el Estado de Derecho sobre el que se ha pronunciado el órgano jurisdiccional para clasificar jurídicamente el asunto objeto de la resolución y – de hecho – para resolver sobre el mismo. Sin embargo, el *obiter dicta* no constituye un precedente, en otras palabras, son todos los argumentos o consideraciones contenidos en la sentencia que no son directamente pertinentes para la resolución del asunto. En este sentido, no hay nada excluyente en la posibilidad de que un tribunal posterior también se pueda referir a un *obiter dictum*, pero en este caso no sería un precedente como tal. El segundo factor esencial es la necesaria analogía entre los hechos del primer y segundo caso: para que este último aplique la misma *ratio decidendi* y determine qué resolución debe adoptarse en el primero, es necesario que los hechos de los dos sean bastante similares, ya que es evidente – en caso de incoherencia de las situaciones de hecho – que una resolución basada en *ratio decidendi* no estaría justificada[7].

La magistrada Katia Miguelina Jiménez considera que la *ratio decidendi* son aquellas consideraciones jurídicas contenidas en el cuerpo de la sentencia que verdaderamente sustenten el fallo (*ratio decidendi*), es decir, aquella parte de la fundamentación de la decisión de la que no puede prescindirse en la deducción del Tribunal sin que el resultado, que está formulado en el fallo, cambie[8]. Así mismo, la sentencia TC/0150/17 estableció que para determinar si existe una violación a un precedente se deben analizar los hechos del caso y correlacionar su *ratio decidendi* con la cuestión planteada por el recurrente[9].

La distinción entre las motivaciones *obiter dictum* y *ratio decidendi* es fundamental al analizar una decisión judicial y determinar qué constituye un precedente a fines de determinar la vinculatoriedad y obligatoriedad de sus efectos. En algunos casos, es común ver como abogados citan en sus escritos elementos de la sentencia que en modo alguno constituyen la *ratio decidendi* de una decisión, así como citas fuera de contexto y citas textuales de los argumentos de las partes, las cuales no necesariamente forman parte de la motivación esencial del tribunal. Estas citas, en algunos casos, se hacen de forma bien intencionada, pero ignorando que parte de la decisión contiene la *ratio decidendi*, pero en otros casos, son estrategias deliberadas para convencer de forma dolosa al tribunal para que acoja sus pretensiones.

Sobre lo anterior, consideramos que este preámbulo es importante, porque en muchos casos los abogados entienden que todos los argumentos y no solo los pedimentos formales deben ser respondidos por el tribunal, lo cual según nuestra Suprema Corte de Justicia es una posición incorrecta. Sobre esto, la Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia en la sentencia número 15 del 29 de enero de 2003, Boletín Judicial 1106, ha dicho que los jueces solo están obligados a contestar las conclusiones

explícitas y formales que las partes exponen de estrados, habida cuenta que son dichos pedimentos los que regulan y circunscriben la facultad dirimente del tribunal.

Asimismo, ha expresado que los jueces no están obligados a referirse a los requerimientos propuestos en escritos ampliatorios ni a dar motivos específicos sobre todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por las partes. Este razonamiento ha sido un criterio constante y reiterado en varias decisiones, como la sentencia número 66 de fecha 22 de octubre de 2008, B.J. 1175; sentencia número 28 de fecha 16 de mayo de 2012, B.J. 1218; sentencia número 64 de fecha 20 de junio de 2012, B.J. 1219; sentencia número 44 de fecha 17 de octubre de 2012, B.J. 1223; sentencia número 7 de fecha 13 de noviembre de 2013, B.J. 1236.

La relación necesaria que hacemos entre la *obiter dictum*, la *ratio decidendi* y los motivos superabundantes es relevante en razón de que el motivo superabundante solo puede recaer sobre la *obiter dictum*, ya que un error no material en la *ratio decidendi* sería insubsanable por esta vía.

De esta forma, se introducen los motivos superabundantes, figura que la Suprema Corte de Justicia ha adoptado de Francia a fines de desestimar recursos de casación y mantener vigente la sentencia recurrida cuando ese motivo es erróneo o superabundante, recae en la *obiter dictum* y no presenta ninguna influencia en el litigio correspondiente.

### **La motivación superabundante en la casación dominicana**

El recurso de casación ha sido definido por el jurista francés Jacques Boré como una vía extraordinaria que tiene por objeto hacer anular por la Corte de Casación las sentencias o fallos en última instancia, rendidos en violación de la regla de Derecho[10]. Asimismo, en los términos del Art. 604 NCPC francés, el recurso de casación es aquel que tiende a hacer censurar por la Corte de Casación la no-conformidad de la sentencia que ataca con las reglas de Derecho[11]. La Corte de Casación francesa ha expresado que para que la casación sea acogida, la parte que interpone el recurso debe acreditar que la resolución impugnada no se ajuste a las normas de Derecho. Esto explica por qué se excluye toda discusión de los hechos, hechos que el Tribunal de Casación no revisa y cuya valoración es competencia soberana de los jueces de primera instancia[12].

En el ámbito local, el profesor Froilán Tavares hijo establece que la casación es el recurso extraordinario mediante el cual se obtiene de la Suprema Corte de Justicia la anulación de las sentencias en última o en única instancia dictadas en violación de la ley[13]. Para el magistrado Napoleón Estévez Lavandier, los textos legales que gobiernan la casación civil no establecen de forma precisa y ni siquiera de manera enunciativa, las causas susceptibles de dar apertura al recurso de casación. Sin embargo, de los artículos 3, 20 y 65 de la Ley 3726 de 1953 sobre Procedimiento de Casación, reformada, y 504 del Código de Procedimiento Civil se deducen, por lo menos, cuatro causales:

- Violación de la ley,
- Contradicción de sentencias,
- Incompetencia y
- Desnaturalización de los hechos[14].

En ese sentido, históricamente nuestra Suprema Corte de Justicia ha entendido correctamente que no toda deficiencia en la motivación de una sentencia hacen de la misma “casable” o “anulable”, para lo cual ha desarrollado dos disposiciones de la legislación francesa muy relacionadas: 1) la sustitución de motivos[15] y 2) la motivación superabundante. Ambas se encuentran en el párrafo I del artículo 620 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés, donde se establece que “*el Tribunal de Casación podrá desestimar el recurso sustituyendo un fundamento jurídico puro por un motivo erróneo; también puede hacerlo ignorando un fundamento jurídico erróneo pero **sobreabundante***”. (subrayado y negrita es nuestro).

La primera sentencia que desarrolló esta figura en nuestro país fue dictada por las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia en fecha 24 de julio de 1959, mediante la cual dicha Alta Corte estimó rechazar un segundo recurso de casación contra una sentencia argumentando *que dicha motivación es superabundante, ya que la sentencia impugnada se sostiene con los motivos precedentemente examinados, y cuya crítica ha sido desestimada por esta Suprema Corte por carecer de fundamento*[16].

Igualmente, nuestra Corte de Casación ha expresado en la sentencia número 19 de fecha 14 de enero de 2014, que aunque los jueces están obligados, en principio, a dar motivos para acoger o rechazar cada pedimento de las partes, esta regla no puede extenderse ni ser llevada al extremo de obligarlos a dar motivos especiales acerca de aquellos pedimentos que dependen de otros más sustanciales que han sido ya desestimados por la decisión[17].

La idea central de mantener vigente las sentencias con algún defecto menor en su motivación consiste en que dicho defecto no influye de manera decisiva en el caso concreto y, por lo tanto, casar la sentencia a esos fines constituiría un agravio mayor a la tutela judicial efectiva en razón de obtener una decisión firme en un plazo razonable de tiempo.

La Sala Civil y Comercial en una reciente sentencia de fecha 25 de noviembre de 2020, ha reiterado este criterio, rechazando un recurso de casación sobre la base de un motivo superabundante, el cual citamos textualmente para mejor entendimiento:

*En cuanto al argumento de que la corte a qua no explicó las razones ni disposiciones legales en las cuales se fundamentó para ordenar a las partes a que se provean por ante el juez de primera instancia; la jurisprudencia francesa ha considerado como motivos superabundantes los que no son indispensables para sostener la decisión criticada; que en ese mismo orden de ideas, ha sido juzgado por esta Primera Sala que **un motivo erróneo o superabundante** no constituye una causa de casación de la decisión impugnada, si ese motivo no ha ejercido ninguna influencia sobre la solución del litigio; en el caso en*

*concreto si bien se observa que en la sentencia impugnada la alzada no motivó al respecto, tal cuestión carece de relevancia ni tampoco cambia el sentido de la decisión adoptada, al tratarse de un **argumento superabundante**[18].*

Este criterio es cónsono con una aplicación de los principios de celeridad y economía procesal los cuales, según nuestro Tribunal Constitucional y su sentencia TC/0038/12, suponen que en la administración de justicia deben aplicarse las soluciones procesales que sean menos onerosas en lo que concierne a la utilización de tiempo y de recursos[19] y es precisamente uno de los motivos esenciales por las cuales no es conveniente anular una sentencia por un motivo superabundante.

## **Conclusiones**

Sobre los motivos superabundantes y desde el punto de vista práctico, es totalmente entendible que la Suprema Corte de Justicia procure una justicia efectiva más allá de los tecnicismos excesivos que dificultan esa ya de por sí compleja, pero importante labor. Sin embargo, vemos como algunos miembros de la comunidad jurídica entienden que mientras más extensa es una sentencia, mejor motivada se encuentra y esto no necesariamente es así.

Al respecto, el profesor Florencio Mixán Mass nos indica que la motivación no es tal por la cantidad enorme y superabundante de conocimiento “desparramado”, sino, por la calidad, profundidad y pertinencia del conocimiento aplicado para solventar la argumentación[20].

Lo que sí es importante es que se cumpla con lo dispuesto en la sentencia TC/0009/13 respecto al estándar mínimo de motivación, es decir, que la sentencia se baste a sí misma, y que contenga al menos los siguientes puntos que garantizan una motivación adecuada:

1. *Desarrollar de forma sistemática los medios en que fundamentan sus decisiones;*
2. *Exponer de forma concreta y precisa cómo se producen la valoración de los hechos, las pruebas y el derecho que corresponde aplicar;*
3. *Manifiestar las consideraciones pertinentes que permitan determinar los razonamientos en que se fundamenta la decisión adoptada;*
4. *Evitar la mera enunciación genérica de principios o la indicación de las disposiciones legales que hayan sido violadas o que establezcan alguna limitante en el ejercicio de una acción; y*
5. *Asegurar, finalmente, que la fundamentación de los fallos cumpla la función de legitimar las actuaciones de los tribunales frente a la sociedad a la que va dirigida la actividad jurisdiccional*[21].

En tal sentido, estamos plenamente de acuerdo con la aplicación de la figura de la motivación superabundante pues la labor de administrar justicia consagrada en el párrafo I del artículo 149 de la Constitución no puede ser aplicada de forma mecánica, sino que los jueces deben preservar los derechos fundamentales de las partes a través

de decisiones judiciales razonables no solo en Derecho positivo, sino en base a principios fundamentales del Estado como lo es la justicia y, nuestra opinión es que sería injusto anular una sentencia y prolongar un proceso por varios años por corregir un error que no va a modificar uno de los aspectos esenciales del caso en cuestión.

En nuestra opinión la figura francesa de la motivación superabundante puede y debe ser utilizada por la Corte de Casación bajo los siguientes supuestos:

- Que el motivo de error o motivo superabundante forme parte de la *obiter dictum*, sin afectar esencialmente la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida;
- Que el error contenido en la sentencia no implique una falta de congruencia entre la *obiter dicta*, la *ratio decidendi* y el *dictum*, pues este principio es fundamental para toda decisión judicial y, en consonancia con ello, el principio de congruencia ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la TC/0503/15 y en otras sentencias;
- Que el motivo superabundante y la eventual casación de la sentencia no provoque mayores inconvenientes respecto a derechos fundamentales como el plazo razonable y la tutela judicial efectiva, pues implicaría que el proceso se prolongue de forma innecesaria por varios años y que la solución del proceso se mantenga invariable;

[1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Cursante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Panthéon Sorbonne y el IGLOBAL, y profesor de Derecho Constitucional.

[2] <https://dle.rae.es/motivar>

[3] sentencia TC/0454/16, Tribunal Constitucional Dominicano, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/9183/tc-0454-16.pdf>

[4] SCHAUER, Frederick, "PENSAR COMO UN ABOGADO, Una nueva introducción al razonamiento jurídico", Traducción al castellano de Tobías J. Schleider, Marcial Pons, Madrid, 2013, P. 53.

[5] Ver por ejemplo Sentencia TC/345/19 de fecha 16 de septiembre de 2019 sobre el cambio de precedente respecto a la legitimación activa del accionante en inconstitucionalidad. Disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/20380/tc-0345-19.pdf>

[6] Sentencia núm. 0112-2016 de la Sala de lo Civil, Mercantil de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, de fecha 9 de agosto de 2016, disponible en línea: <https://vlex.ec/vid/646198361>

[7] TARUFFO, Michele, "Aspectos del precedente judicial", Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, primera edición, febrero 2018.

[8] JIMÉNEZ, Katia Miguelina, "Ponencia III Congreso de Derecho y de Justicia Constitucional "Carácter Vinculante del Precedente", 14 de octubre 2016, disponible en línea: <https://tribunalconstitucional.gob.do/sala-de-prensa/noticias/jueza-katia-miguelina-jimenez-si-solo-el-dictum-o-dispositivo-de-una-sentencia-vincula-el-tc-no-podr%C3%ADa-ejercer-su-rol/>

[9] Tribunal Constitucional Dominicano, Sentencia TC/0150/17, de fecha 5 de abril de 2017, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/9604/tc-0150-17.pdf>

[10] BORÉ, Jacques, "La cassation en matière civile" 2015-2016, Dalloz, Paris, p. 34.

[11] Código de Procedimiento Civil Francés, disponible en línea: <https://www.poderjudicial.es/stfls/cgpi/Doc%20Temporales/DocsPublicacion/FICHERO/CODIGO%20DE%20PROCEDIMIENTO%20CIVIL%20FRANCES%201.0.0.pdf>

[12] "Le pourvoi en cassation", traducción propia, disponible en línea: [https://www.courdecassation.fr/institution\\_1/presentation\\_2845/pourvoi\\_cassation\\_30993.html](https://www.courdecassation.fr/institution_1/presentation_2845/pourvoi_cassation_30993.html)

[13] TAVARES, Froilán, "Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano", Volumen III, novena edición, 2003.

[14] ESTÉVEZ LAVANDIER, Napoleón, "La Casación Civil Dominicana", 2010, Santo Domingo, Editora Corripio.

[15] Sobre este tema ver: LEÓN MOREL, Víctor, "La sustitución de motivos como remedio procesal en la revocación de sentencias en recursos de revisión de amparo ante el Tribunal Constitucional dominicano", 10 de diciembre de

2020, disponible en línea: <https://abogadosdq.com/la-sustitucion-de-motivos-como-remedio-procesal-en-la-revocacion-de-sentencias-en-revision-de-amparo-ante-el-tribunal-constitucional-dominicano/>

[16] Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia, 24 de julio de 1959, B.J. 1285, disponible en línea: [http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/pdf/boletines\\_historicos/boletines/1959/587%20JUNIO/27\\_eugenio\\_matos\\_perez.pdf](http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/pdf/boletines_historicos/boletines/1959/587%20JUNIO/27_eugenio_matos_perez.pdf)

[17] Sentencia número 19, Tercera Sala, Suprema Corte de Justicia, 14 de enero 2004, B.J. 1118, pp. 526-535; Sentencia número 27, Tercera Sala, Suprema Corte de Justicia, 17 de septiembre de 2008, B.J. 1175, pp. 591-604;

[18] Sentencia núm. 1781/2020, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia, 25 de noviembre de 2020, disponible en línea: <https://www.poderjudicial.gob.do/Reportepdf/reporte2012-711.pdf>

[19] Sentencia TC/0038/12, Tribunal Constitucional Dominicano, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/7366/sentencia-tc-0038-12-c.pdf>

[20] MIXÁN, MASS, Florencio, “La motivación de las resoluciones judiciales”, Universidad Nacional de Trujillo – Perú Debate Penal, N° 2, mayo - agosto 1987, Perú, p. 193 - 203, disponible en línea: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080526\\_34.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_34.pdf)

[21] Sentencia TC/0009/13 dictada por el Tribunal Constitucional Dominicano, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/7433/sentencia-tc-0009-13-c.pdf>

## Apuntes sobre la inembargabilidad. Historia, naturaleza y justificación

*Francisco Álvarez Martínez*

Para entender el concepto de inembargabilidad es necesario hacer una deconstrucción de la figura y así, como si fuese por osmosis, podemos comprender la naturaleza misma de tan excepcional atribución.

Para Luis Ríos Muñoz, profesor de la Universidad de Tarapacá, Cuando hablamos de *inembargabilidad*, pensamos inmediatamente en la antítesis del *embargo*, lo contrario a *embargabilidad*; en buenas cuentas, se considera a la inembargabilidad como una excepción al *embargo ejecutivo*, y, por ende, delimitan su campo de acción, que en verdades mucho más vasto. Esto se encuentra patente tanto en la doctrina extranjera como en la nacional, no encontrándose obras que traten a la inembargabilidad desde un prisma más amplio que el recién dado, o sea, como lo que realmente es, una institución procesal que rebasa los límites del juicio ejecutivo, con caracteres propios que permiten que sea descrita más adecuadamente como una *limitación* a la institución conocida comúnmente como “*derecho general de prenda del acreedor*”.

Para definirla realmente, no podemos basarnos en un ejercicio de identificar los bienes inembargables y en consecuencia generar una acepción aproximada, pues esto podría contaminar la definición misma. Por ello, iniciamos con la fórmula chilena, donde se denominan “bienes no enajenables”, y de allí se deriva, entonces, la imposibilidad material de hacerlo voluntariamente, al igual que forzosamente.

Y así, deconstruyendo el término, podemos indicar que el prefijo in se traduce a no, y embargable, como es obvio, indicaría que son bienes no embargables.

El diccionario jurídico de Henry Capitant, al hablar de la inembargabilidad (o la insaisissabilité), nos explica que es una protección especial que se deriva de la ley para la cual algunos bienes de una persona, total o parcialmente, quedan fuera de las pretensiones de sus acreedores, prohibiendo que dichos bienes sean objeto de embargo, siempre con los límites y excepciones que determina la ley.

Para Carreras, en su obra “El embargo de bienes”, la inembargabilidad se traduce a un problema que afecta a la ejecución, en cuanto supone una prohibición al ejecutor para ejercitar su potestad sustitutiva de la conducta del ejecutado sobre los bienes que no gozan de la cualidad de embargabilidad.

Cachón, nos dice Muñoz, lo define en su obra “El Embargo” de una manera muy peculiar, al entender que *las ideas de embargabilidad e inembargabilidad denotan la relación – positiva en el primer caso, negativa en el segundo – que mediaría entre una determinada cosa, por una parte, y la validez y la eficacia jurídicas del embargo, por la otra, en el supuesto de que aquella cosa se convirtiera en objeto de la traba*. Circunscrito el problema a estos límites, estamos en condiciones de definirla embargabilidad como

aquella nota que el ordenamiento jurídico asigna a los entes que poseen unas determinadas características, y que consiste en que tales entes influirán en sentido completamente positivo en la validez y en la eficacia jurídicas del embargo que, en su caso, se practique sobre ellos”, y agrega luego que la inembargabilidad sería “la carencia de aquella nota jurídica, (que) dará lugar a que los entes a los cuales afecte producirán alguna consecuencia negativa en la validez o en la eficacia jurídicas de la traba que recaiga sobre los mismos”. Por lo que, para un final anticlimático, la palabra no requiere definiciones complejas y rebuscadas, ya que, como dice el mismo Cachón, aquella palabra recibe su significado propio.

Pero, como es importante – y útil – sobredimensionar para poder entender, nos vamos con la creación de Muñoz quien, luego de disgregar sobre la simpleza del término estudiado, concluye atrevidamente en que la inembargabilidad es una institución jurídico procesal que genera una situación jurídica extraordinaria o de excepción establecida única y exclusivamente por ley, mediante el cual en determinados casos, ciertos bienes pertenecientes a un deudor o parte de estos, son sustraídos de la esfera de bienes que pueden ser objeto de persecución y realización por sus acreedores, escapando así a la responsabilidad patrimonial universal que contrae el deudor al obligarse de cualquier manera.

Lo que sí queda claro, como veremos a continuación, es que la inembargabilidad solo nace de la ley, y en consecuencia, también de la posibilidad de aplicación e interpretación de la norma, y en consecuencia, debe tener las características de (a) ser una institución jurídica que (b) se traduce e impacta al plano procesal, para (c) crear una excepción a la norma, (d) siempre naciendo de la ley para (e) afectar bienes de manera especial y basados en su naturaleza, (f) otorgándoles una calidad excepcional. Históricamente concebida en el Código de Hammurabi, donde se establecen – y esto tendrá capital importancia – medidas de justicia social que permitan aducir lo que posteriormente podría acercarse a la figura de la inembargabilidad. Así, al hablar del endeudamiento de agricultores, creaba formulas legislativas que parecían alejar del patrimonio de sus acreedores, los bienes de estos individuos en circunstancias muy particulares.

El primer sistema formal de expropiación por deuda fue creado en Egipto, bajo el reinado de Bakenrenef, quien eliminó el apresamiento y promovió la expropiación de los bienes de los morosos, y aunque paso a la modernidad que incluso hoy es regla, tuvo poca duración pues su sucesor retomó el castigo corporal como norma, pero mantuvo un cierto respeto y – nos parece – cierta inembargabilidad a los bienes de los sucesores en base a deudas de los deudores fallecidos o que han sido castigados con la muerte.

Y, que no puede ser sorpresa, existían normas de inembargabilidad en la iglesia, donde a lo largo de los libros de éxodo, levítico y Deuteronomio se aducen situaciones donde el mandato es la abstención de ejecución, a veces sutil, otras veces de forma más clara, pero evidentemente cumpliendo un rol político, social y religioso que impregnaría legislaciones posteriores.

Y así, antes de proceder al estudio “moderno” de la figura, debemos pasar por la antigua Roma, adelantándonos raídamente a la etapa de humanización del Derecho Romano, donde se disminuyen las compulsiones personales, específicamente en la época posterior a la Lex Poetellia Papiria. Debemos aclarar que el estudio de esta etapa del Derecho Romano merece un escrito dedicado solamente a su naturaleza, por lo que no encontraremos – ni podremos hacer justicia aquí – a los avances milenarios de la cultura Romana. Dicho esto, los vestigios de inembargabilidad clara y dura nacen consecuencia de la Constitución del Emperador Pío, de donde – basándose en el cristianismo – se van extirpando del proceso de embargo ciertos bienes muy personales del deudor, considerados “indispensables” para su subsistencia, operatividad o desarrollo personal y social, creándose así los marcos generales de la inembargabilidad moderna.

Volando en el tiempo, el Derecho Germánico traduciendo esta misma realidad Romana, se declaraban inembargables todos los efectos de uso personal, dedicados a la alimentación, subsistencia u oficios profesionales, y el Derecho Español haciéndose eco de los antecedentes legislativos de la península ibérica, a partir de la Siete Partidas dictadas bajo Alfonso X, trayendo al derecho moderno la inembargabilidad como norma, siempre basándose en las reglas básicas que hemos visto, como si fuese una asistencia jurídica social, pero creando la primera manifestación, como nos dice Muñoz, de la inembargabilidad de fondos públicos como una traducción lógica y abstracta de lo mismo. Proteger el bien particular en base al bien común de uso generalizado.

Así, nos narra Ballesteros, en voz de Muñoz, la Real Orden de 28 de febrero de 1844, por su parte, supuso la primera manifestación de la inembargabilidad de fondos públicos, a propósito del aumento de embargo de fondos municipales y provinciales durante la época. Le siguió la Real Orden de 14 de junio de 1845, que vino a decir que lo establecido por aquella se tuviese por disposición y regla general en todos los casos de la misma especie. Ambas tuvieron como fundamento el peligro que podía suponer para el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, la ejecución judicial de fondos públicos.

La inembargabilidad como excepción nace, por lo menos por lo que hemos podido verificar en nuestra breve investigación, consecuencia de la promulgación de la Ley Número 376 del 25 de octubre de 1932, suscrita por el entonces presidente, Rafael L. Trujillo.

En ella, consagrando como una modificación del artículo 580 del Código de Procedimiento Civil vigente en la época, se introduce la siguiente fórmula: “Los sueldos, pensiones, subvenciones y jubilaciones debido por el Estado o por los Municipios, así como los cheques expedidos por dichos conceptos, no podrán ser embargados.”

El legislador, además, acentuó la “seriedad” de esta conjunción jurídica cuando, en el párrafo de dicho artículo, planteó que “Los embargos de las clases a que se refiere este texto y que estén actualmente en curso, no surtirán efecto alguno, si no ha intervenido

sentencia definitiva en validez, a la publicación de la presente ley.” Las garantías de la época tenían mucho por evolucionar.

Luego, como comenta el querido colega Raul Lockward en su publicación “Inembargabilidad de los bienes del Estado”, este concepto avanzó años luz con la Ley 1494 del año 1947, que en su artículo 45 establecía “En ningún caso, sin embargo, las entidades públicas podrán ser objeto de embargos, secuestros o compensaciones forzosas, ni el Tribunal podrá dictar medidas administrativas en ejecución de sus propias sentencias”.

El concepto se adapta a los particulares, dejando de lado la esencia estatal y pública y tomando un matiz más socialmente relevante, con la Ley No. 2453 del 24 de julio de 1950, la cual traducía esta excepción a los sueldos y salarios de los empleados.

Así, en su artículo 1 exponía el legislador que “los sueldos, salarios y pensiones de los empleados y trabajadores particulares no podrán ser embargados sino por la tercera parte de su importe mensual”.

Luego fue promulgada la Ley No. 3812, el 5 de mayo de 1954, donde – como era costumbre – se utilizaba el órgano legislativo para promover la imagen de Rafael L. Trujillo, otorgándose vía la mencionada norma la condición de “inembargable” los bienes mobiliarios e inmobiliarios donados por el “Benefactor de la Patria”, justificada en su primer “considerando” por “los frecuentes donativos hechos por el Generalísimo Doctor Rafael L. Trujillo Molina”, y limitando el poder de disposición de los receptores de dichos bienes, impidiéndose que puedan ser embargados, pero además, que puedan ser entregados en garantía, vendidos, donados a terceros. La sanción prescrita por el legislador en esa ley era la nulidad, y, en consecuencia, la ausencia de efectos de cualquier acto de disposición.

Finalmente, bajo la Ley No. 5610 del 31 de agosto de 1961, el legislador prescribe la inembargabilidad del bien de familia, modificando la Ley 1024 de octubre de 1928.

A partir de estos preceptos legislativos que constituyen los primeros pasos “locales” del concepto estudiado, fue trabajo de los juzgadores poder promover el criterio hasta poder – vía interpretación – ampliar su alcance.

Así, nos narra el Licdo. Lockward, que “el año 1964, la Suprema Corte de Justicia, en un expediente en el que estaba implicado el Estado Dominicano como recurrente, casó la sentencia de la Corte que rechazó por tardía la demanda en nulidad de embargo inmobiliario intentada por éste pues el alto tribunal judicial entendió que al rechazar la Corte la demanda por tardía, admitió la procedencia de esa vía de ejecución en contra de él: “Considerando que sustancialmente, los bienes patrimoniales del Estado están sometidos al derecho privado, son susceptibles, en principio, de idénticas cargas que los bienes particulares, pudiendo enajenarse y prescribir; pero no son susceptibles de embargo, en razón de que la situación especial de la Administración Pública no tolera el embargo por sus acreedores de los procedimientos de ejecución del derecho común;

que este es un asunto que interesa al orden público y puede ser invocado en todo estado de causa, y aun ser suplido de oficio por el juez” (Sentencia de fecha 7 de agosto del 1964, B. J. 649, pág. 1200)”.

Hubo, entonces, en el año 1970 un criterio Jurisprudencial sumamente importante, porque es la primera ocasión donde se distingue la actividad de la naturaleza de la institución. Así, en la Sentencia del 24 de noviembre del año 1971, la Suprema Corte de Justicia evaluó que, en base al artículo 45 de la Ley 1494, es necesario que se pueda estudiar no solo la naturaleza de los sujetos en cuestión, sino la naturaleza de las acciones que generaron las riquezas o las obligaciones contraídas.

De esa forma nos dice que “La recurrente es una corporación creada para realizar por sí mismo y a través de las entidades que de ella dependen, no servicios públicos, sino actividades industriales y comerciales, por lo que es susceptible de todo tipo de vías de ejecución en el mismo plano de igualdad que las empresas de propiedad privada; que la circunstancia de que la ley 289 de 1966 que creó la referida entidad, le haya dado el carácter de entidad pública, no significa que tal empresa esté destinada a servicios públicos, que es lo que en definitiva hace que una entidad de esa índole no pueda sufrir las consecuencias de las vías de ejecución, que de ordinario, conduciría a paralizaciones o entorpecimientos de los servicios públicos, que es que se desea impedir; que, además, la inembargabilidad del patrimonio de la Corporación, conduciría no sólo a establecer un privilegio en el círculo de las actividades económicas del país, sino que iría en perjuicio del propio crédito de la empresa, pues a los posibles acreedores de ella se les haría imposible cobrar sus acreencias; que, por tanto, el medio que se examina carece de fundamento y debe ser desestimado”

El criterio fue evolucionando, y aunque ha sido prácticamente invariable, presenta disecciones interesantes. Por ejemplo, la Sentencia de fecha 5 de noviembre del año 1975 puede recoger el criterio “moderno” de la inembargabilidad, la cual atacaba un criterio erróneo de la Corte de Apelación de Santiago en un fallo del 14 de mayo de 1974. Los abogados de ese entonces, Héctor Cabral Ortega y Augusto Sánchez Sanlley, fueron actores importantes en los debates y fue esas disertaciones las que generaron el primer concepto jurisdiccional concreto sobre el tema.

Así, el Tribunal Supremo falló que ““Considerando, que ciertamente, como lo sostiene la recurrente, la Universidad Autónoma de Santo Domingo es una entidad pública del Estado, de carácter autónomo, y que, por tal razón no puede válidamente ser objeto de ningún embargo de la naturaleza que fuere; que el principio de que las entidades públicas que no sean empresas establecidas con fines lucrativos no son embargables, es parte de nuestro derecho público desde tiempo inmemorial en nuestro país;”

Entonces, vistos estos antecedentes históricos que han permeado la evolución de la figura en nuestro organigrama jurídico, ¿de dónde nace la inembargabilidad? En el sentido estrictamente formalista, es obvio que nace – y debe nacer – de la ley. La jurisprudencia puede crear un mayor alcance en casos donde se generen hechos que permitan interpretar positivamente la norma.

Pero ¿Cuál es el baremo aplicable para esta labor interpretativa? Pues la misma norma es la que nos da la regla. Es evidente que son inembargables los bienes que estén intrínsecamente relacionados a la labor pública – estatal, a los derechos constitucionalmente reconocidos y traducidos a la norma, como, por ejemplo, el salario (en ciertos casos y bajo formulas específicas), y cualquier transacción cuyo origen pueda ser permeada en base a la legislación preexistente.

Por eso, dice nuestro Tribunal Constitucional en cada ocasión que puede, “la inembargabilidad es la excepción”.

Pero, como aporta nuestra admirada y querida Dra. Fabiola Medina, influye en esto el llamado “orden público constitucional”, que – nos cuenta en un artículo de su autoría – adoptó el Constitucional Dominicano un criterio reiterado por el Tribunal Supremo venezolano, donde se desarrolló:

“Ahora bien, en aplicación de la doctrina sentada en la citada decisión del 9 de marzo de 2000, en resguardo del orden público constitucional y con el propósito de evitar que el proceso se convierta en un fraude contra la Administración de justicia”, por lo que es posible considerar inembargables bienes generados no solo por instituciones totalmente públicas, ya que con la adopción del criterio del orden público constitucional, se crea un “cheque en blanco” donde se puede interpretar como públicos eventos que no necesariamente nacen así.

Y así se crea el problema de cuando el Estado, como comenta la Lic. Elsa Díaz, es también empresario.

En su escrito “La inembargabilidad del estado: el estado empresario”, la Lic. Diaz nos expone que el patrimonio del Estado no se considera naturalmente propio del estado, sino de la colectividad, y el Estado actúa como administrador.

Así, el patrimonio estatal se compone de dos tipos de bienes, los de dominio privado del estado, que, aunque “pertenecen” a este no están destinados al uso público, por lo que se entienden pueden ser embargados, y los del dominio público del estado, que sí son expresamente públicos y por ello intrínsecamente inembargables.

Por ello, “La inembargabilidad de los bienes del dominio público encuentra su razón de ser en que todos ellos son propiedad de entidades públicas, nacionales o municipales. Sin embargo, el hecho de que ciertos bienes pertenezcan a entidades públicas no es suficiente para declarar su inembargabilidad, ya que es necesario que los mismos estén destinados a servicios públicos, pues es en el fondo, las paralizaciones o entorpecimientos de éstos lo que el legislador ha querido evitar al establecer la inembargabilidad de las entidades públicas.”

Entonces, y esto lo mostramos como conclusión preliminar, quedando pendiente el desarrollo puntual del final de este trabajo, para otro posterior, pensamos que la regla aplicable es la siguiente:

Los bienes que tengan una naturaleza originalmente pública, ya sea directa o indirecta, si son de uso, destino y/o uso público, son generalmente considerados inembargables sin discusión aparente.

Otros bienes que son públicos por ser o estar bajo posesión estatal, pero se emplean en un ámbito de operatividad privada, son en principio inembargables, pero dicha inembargabilidad debe poder ser contestada y eventualmente revocada, vía decisión judicial (declarativa o en el marco de un proceso de pretendida ejecución) y consecuencia de una labor probatoria furtiva que permita despojar de dicha naturaleza a los bienes, no la institución estatal.

Finalmente, existen instituciones públicas que generan, consecuencia de una labor social, jurídica y administrativa, bienes provenientes del sector privado, que deben tener un renglón de estudio y aplicación distinto. Cuando se trata de mercados regulados, como por ejemplo el sector bancario, eléctrico o de valores, los bienes que recaen sobre las superintendencias que regulan dichos sectores, en base a normativa expresa que les obliga a los sujetos obligados a presentar, depositar o entregar estos bienes a la administración, por ser estos parte del engranaje público de derechos y garantías difusas que se traducen a estabilidad sectorial a favor de los ciudadanos, estos deben ser retenidos de lado de la inembargabilidad y protegidos a toda costa, ya que es evidente que son bienes cuya naturaleza mixta recae sobre la disposición clara de la norma vigente.

Norma que, en su contexto y ejecución, así como su concepción morfológica legislativa, busca generar los marcos de estabilidad y garantías necesarios para que cada sector funcione de manera adecuada, y el efecto disruptivo de las vías de ejecución sobre estas instituciones puede – y lo hará – colocar en tela de juicio la operatividad misma del ente regulador, lo cual crea un problema irreparable para el sector regulado y los ciudadanos que dependen de dichas garantías.

La ley 86-11, aunque un esfuerzo considerablemente útil, no es suficiente. El contexto reglamentario local mantiene una gran dependencia de la eventual judicialización de los procesos, y allí se generan marcos de interpretación peligrosos para la administración pública o quienes se benefician de esta condición.

Por ello, necesitamos legislaciones que promuevan claramente esto último, ya que es evidente que ha sido trabajo de la jurisprudencia la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos que dependen, de manera directa, de los entes reguladores autónomos, pero esto mantiene en un estado de incertidumbre estos eventos judiciales ya que pudiese ser que un criterio o precedente puntual pueda, cual efecto dominó, crear una situación crítica y adversa.

Intentaremos, en otra entrega, estudiar más a fondo la Ley 86-11 así como otras que le orbitan, para poder aportar a la discusión de una manera más práctica que en el presente escrito.

## **Inviabilidad de los plazos comunes al ordenar comunicación de documentos en el proceso civil**

*Francisco Álvarez Martínez*

Aunque el título lo sugiere, vamos a discutir la tendencia judicial que ha ido tomando auge los últimos años donde, de manera simplista, los Tribunales otorgan plazos de comunicación de documentos comunes y únicos para ambas barras, demandantes y demandados, y cómo esto constituye, en sí, violaciones gravísimas a los preceptos constitucionales que rigen todo proceso, pero enfocado a la jurisdicción civil y comercial. Para esto, es necesario un poco de historia para entender la naturaleza actual de dicha medida.

Antes del año 1978, la comunicación de documentos, que era una excepción del procedimiento, se encontraba regida en el Código de Procedimiento Civil. Por tener una naturaleza distinta, no era obligatoria ni se requería la reciprocidad y espontaneidad que hoy la define. Además, solo operaba si el documento (procesalmente) se usaba o se pretendía usar, entregándose íntegramente los documentos (originales) a la contraparte con brevísimos plazos para que pudiera estudiarlos.

Hasta este punto, incluso jurisprudencialmente, no había un revestimiento constitucional-procesal que permeara la comunicación de documentos de preceptos como el debido proceso, derecho de defensa y la necesidad de contradicción.

La reforma nacional del 1978 sustrajo la comunicación de documentos del ámbito de las excepciones del procedimiento y por primera ocasión fue catalogada conforme su verdadera naturaleza probatoria. Así, la ley 834 retiene la comunicación de documentos como medida de instrucción, ya que el legislador quiso que la prueba literal fuera administrada conforme la agilidad que se espera en un proceso, pero de igual forma, concentró la carga de la diligencia de la proposición de este tipo de prueba únicamente en las partes, pudiéndose (de manera simplista) aseverar que, bajo este esquema, la comunicación no la debe el demandante, sino que la debe “la parte que hace uso” de un documento, pues se interpreta que la comunicación, para aquel que la debe, no es una opción sino una obligación.

Para identificar el momento oportuno del cumplimiento de dicha obligación, el legislador usó el término “espontáneo”, con el expreso designio de que la misma se otorgue no consecuencia de la intervención de una sentencia, sino, desde que una parte pretende hacer uso de una pieza.

En caso de que una parte pretenda usar un documento y no cumpla con su obligación de comunicación espontánea, la parte interesada será árbitro de decidir si demanda del juez que ordene al adversario cumplir con su carga procesal y, sólo en este caso, el juez podría ordenarla, lo que prácticamente impide que la misma no pueda ser ordenada de oficio.

El Nouveau Code de Procedure Civile Commente, I, de Emmanuel Blac y Jean Viatte, al comentar el artículo 132 del Código francés, que era exactamente el mismo que nuestro artículo 49 transcrito, expone que esto es una de las expresiones del principio de contradicción: Las partes deben hacerse conocer mutuamente en tiempo útil los elementos de prueba que ellas producen. El uso de una pieza en justicia entraña la obligación de comunicarla al adversario. Así se asegura la lealtad de los debates.

Así, el demandante que conforme el artículo 56 debe indicar junto a su emplazamiento las piezas sobre las cuales se apoya su demanda, no debe esperar una reclamación de su adversario; él debe, cuando se crea el acto, cumplir con la comunicación y, por su parte, el demandado que funda sobre documentos su defensa o una demanda incidental debe comunicarlos al adversario.

El legislador, previendo que una parte podría fallar en esta diligencia, ofreció dos soluciones. Por un lado, la estipulada en el artículo 50 de la Ley 834, que indica que, si la comunicación de documentos no se ha hecho amigablemente entre abogados o por depósito en la Secretaría, el juez puede ordenarla, sin ninguna formalidad, si es requerida por una cualquiera de las partes. Como siempre ha sido denunciado, la ley 834 del 1978 (y la 845 del mismo año), adoleció de ciertos problemas en su traducción, lo que a veces se extendió a la adaptación y, finalmente, en el resultado de muchos de sus artículos, lo cual ha provocado que, para interpretar adecuadamente esos textos con problemas de nacimiento, se deba acudir a nuestra madre patria jurídica y verificar el espíritu del legislador francés al momento de la creación del texto que desde allá nos llegó por traspaso.

El artículo 133 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés, que era el equivalente al artículo 50 de la ley 834 del 1978 disponía, con una traducción adaptada, que, si la comunicación de documentos no se ha realizado, podrá solicitarse al tribunal, sin ninguna formalidad, que la ordene. El texto original contiene una fórmula un poco más precisa que nuestro artículo 50 al momento de determinar quién pide la medida. En Francia, no se especifica quién, pero ello por ser innecesario pues, resulta lógico que sólo tendría interés de demandar algo así del juez la parte perjudicada. Y la misma solución debe darse a la interpretación del artículo 50 de la ley 834, pues la idea es que se protejan los derechos de defensa, contradicción, debido proceso y tutela judicial.

Entonces, y ya que el presente artículo constituye, en sí, una crítica a una práctica judicial que lentamente, en los últimos años, se ha vuelto costumbre, aterricemos – ya con estos preceptos básicos necesarios – a la problemática denunciada.

La premisa es que se ha generalizado el “uso” en los Tribunales locales de otorgar plazos comunes para depósito de documentos, tanto al demandante como al demandado.

En estos escenarios donde, en violación al mandato expreso del legislador, se llega ante un juez consecuencia de una causa que, en ese momento, no ha sido instruida documentalmente, y una de las partes, o ambas, solicitan al juzgador que se ordene una

comunicación recíproca de documentos, ¿puede – sin acuerdo expreso de las partes – ordenarla en plazos comunes (únicos, compartidos)? Veamos.

Ante una comunicación de documentos, ordenada por un juez y con el marco de un plazo común para ambas partes, se puede dar el escenario donde, por un lado, la parte demandada no pueda voluntariamente depositar sus documentos hasta tanto confirme cuáles serán los que la parte demandante hará valer en su acción, ya que son estos los que van a producir la necesidad probatoria sobre a quién se le pretenden oponer las piezas, y por otro lado, que – de manera táctica – el demandante, quien está llamado inicialmente a comunicar sus documentos, lo haga el último día habilitado a esos fines.

Además, esto crea un esquema donde, según la sentencia dictada a esos fines, y la cual – ya dictada – no podía ser controvertida por las partes, está revistiendo de legalidad jurisdiccional dicho depósito y, además, lo hace oponible a su adversario, por lo que la única solución posible (pero no segura) sería, en una próxima audiencia, justificarle a dicho juzgador que, en base a estos argumentos expuestos, se debe otorgar una prórroga donde, de manera casuística, se habilitan nuevos plazos para las partes, y probablemente en esta misma modalidad.

Pero, adicional a esta modalidad, existe otra que por su naturaleza misma entendemos carece de sentido, y es el de otorgar un plazo para “tomar conocimiento”, posterior al vencimiento de los plazos de comunicación, lo que agrava esta situación ya que podría interpretarse que las partes deben comunicar, indistintamente de sus intereses y ordenes lógicos, sus piezas, pues aunque sea el último día habilitado, tendrán plazo suficiente para tomar conocimiento y producir sus medios de defensa eventualmente.

Entonces, estas medidas de comunicación de documentos bajo un plazo compartido, y la variable que agrega un plazo para “tomar conocimiento” posterior al vencimiento, entra en contradicción directa con la Ley 834, pero más aún, con preceptos constitucionales tan importantes como el derecho de defensa, principio de oralidad, igualdad, contradictoriedad, debido proceso y otros.

Y es que ha sido hartamente conocido que se entiende que se viola el derecho de defensa en aquellos casos en que el tribunal no ha respetado los principios fundamentales de publicidad y contradicción del proceso <sup>(1)</sup> <sup>(2)</sup>, y a estos fines es necesario tener siempre pendiente el artículo 69 de la Constitución Dominicana, el cual enmarca la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

En ese orden, y a modo de resumen, se debe tener en cuenta el respeto a todas las medidas de publicidad, igualdad, presunción de inocencia, oralidad, contradictoriedad, y debido proceso en general para deducir consecuencias relacionadas al derecho de defensa. La igualdad supone bilateralidad y contradicción <sup>(3)</sup>.

Las garantías mínimas que todos los ciudadanos tienen a su favor conforman el debido proceso, y pueden ser resumidas en la comunicación de los documentos, desde la demanda hasta los producidos posterior a esta, el respeto a los plazos, igualdad de

condiciones para plantear alegados y defensas, así como de las armas procesales, recursos y acciones vinculadas <sup>(4)</sup>.

Es necesario, en consecuencia, que esta práctica sea tomada en cuenta de manera integral en el seno del Poder Judicial y que, por las vías y mecanismos existentes, se pueda regularizar la situación, logrando el cese inmediato de este comportamiento procesal. Además, tener en cuenta para la añorada modificación de la normativa procesal civil vigente.

El demandado se debe defender de lo que su demandante pueda probar. El derecho, cual juego de ajedrez, depende tanto de la postura del adversario como del derecho mismo.

(1) Froilán Tavarez Hijo - "Elementos de derecho procesal civil dominicano", Vol III.

(2) Rafael Luciano Pichardo - "De las astreintes y otros escritos".

(3) Enrique Véscovi - Teoría General del Proceso.

(4) Suprema Corte de Justicia - Resolución No. 1920 del 13 de noviembre del 2003.

## Apuntes sobre las ejecuciones de sentencias laborales a la luz de la nueva Ley Núm. 369-19 sobre otorgamiento de la fuerza pública

Carlos González Cuello

### Contextualización

No hay duda de que los embargos ejecutivos irregulares representan un grave problema para la tutela judicial efectiva. En los últimos años sucedieron eventos lamentables donde quedaron evidenciadas las profundas debilidades de nuestro sistema de vías de ejecución. Entre esos casos podemos mencionar, el embargo ilegal a Hormigones Tavarez en diciembre de 2018[1] y el de Altice en septiembre de 2018[2]. Sin embargo, los responsables de estos hechos no eran exclusivamente los acreedores como tal, sino más bien los auxiliares de la justicia que fueron a ejecutar las acreencias. Particularmente, alguaciles, abogados, notarios y demás acompañantes en los procesos de embargos ejecutivos.

Precisamente, estos hechos fomentaron la promulgación de la Ley No. 396-19 que regula el otorgamiento de la fuerza pública para llevar a cabo las medidas conservatorias y ejecutorias. G. O. No. 10956 del 1º de octubre de 2019 (en lo adelante “Ley de Fuerza Pública”) como lo indica su considerando 8º el cual establece que: *... se procura evitar la alteración del orden público y la paz pública, así como regular situaciones que, dejadas a la libertad de las partes y de los ministeriales requeridos por estas, (...), que exponen a las personas ligadas a dichos actos a riesgos en su integridad física.*

Debemos resaltar que, a pesar de que la norma tiene alrededor de un año de entrada en vigor, todavía es pronto para analizar la eficacia de la Ley de Fuerza Pública en el sistema de ejecuciones de sentencias laborales, pues debido a la pandemia del Covid-19, las actuaciones procesales durante una gran parte del año 2020 quedaron paralizadas. En ese sentido, nuestro trabajo se ha fundamentado en aspectos prácticos, legales, jurisprudenciales y doctrinales del derecho laboral, no así en análisis de casos concretos.

### Plazos laborales

La materia laboral es una de las áreas del derecho donde estos embargos irregulares ocurren con gran frecuencia por la brevedad de los plazos de ejecución que otorga el Código de Trabajo Dominicano (en lo adelante, “el CT”). El artículo 539 del CT establece que: *Las sentencias de los juzgados de trabajo en materia de conflictos de derechos serán ejecutorias a contar del tercer día de la notificación, salvo el derecho de la parte que haya sucumbido de consignar una suma equivalente al duplo de las condenaciones pronunciadas.* Este plazo de tres días es sustancialmente inferior al plazo de derecho común que es, en principio, de un mes. En ese sentido, al tercer día de notificada la sentencia, el acreedor laboral (quien generalmente es el trabajador) puede embargar los bienes del deudor (quien generalmente es el empleador).

Lo expuesto es aplicable para las sentencias laborales dictadas en primer grado por los juzgados de trabajo, y, no así para las sentencias dictadas en segundo grado por las cortes de trabajo. Para el caso que nos ocupa, la jurisprudencia expresamente ha aclarado que: *... las disposiciones del artículo 539 del Código de Trabajo que declaran ejecutorias las sentencias del Juzgado de Trabajo al tercer día de su notificación, no tienen ninguna incidencia en las ejecuciones de las sentencias dictadas en grado de apelación, las cuales están sujetas para la suspensión de su ejecución, al artículo 12 de la Ley de Casación y a la Resolución núm. 388-2009[3], dictada por la Suprema Corte de Justicia, en fecha 5 de marzo de 2009.[4]* En consecuencia, ante la ausencia de una regla expresa, el plazo para la ejecución debe ser un día conforme con lo establecido en el artículo 583 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria en la materia según Principio IV del CT.

Lo propio ocurre para las sentencias dictadas por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia (SCJ) cuando rechaza en todas sus partes un recurso de casación, pues dicha decisión adquiere el carácter de la cosa irrevocablemente juzgada ante la ausencia de cualquier recurso dentro del Poder Judicial. Como el recurso de casación se rige por reglas particulares, entendemos que el plazo es de un solo día a partir de la notificación. Ahora bien, estos plazos son francos por aplicación del artículo 495 del CT. Como el cómputo inicia a partir de la notificación de una sentencia, es claro que estos plazos están dentro del procedimiento iniciado luego de la interposición de la acción en justicia. Asimismo, debemos agregar que, al ser plazos que inician por la notificación de la sentencia a la persona que será embargada, pues es criterio sostenido que: *El día de la notificación y el día del vencimiento no se contarán en el término general fijado por los emplazamientos, las citaciones, intimaciones y otros actos hechos a persona o a domicilio, se considera que un plazo es franco siempre que su punto de partida es una notificación a persona o a domicilio[5]*. En consecuencia, al plazo franco se le adicionan dos días, el día de la notificación (*dies a quo*) y el día del vencimiento (*dies ad quem*).

Según la interpretación antes indicada de los días francos en materia laboral, si se notifica una sentencia de primer grado con condenaciones a un empleador, un viernes (*dies a quo*), se inicia el cómputo el sábado (primer día). Como el domingo no es día laborable no se toma en cuenta. El lunes y el martes se computan (segundo y tercer día) y el plazo vence el miércoles (*dies ad quem*). Por tanto, la sentencia deviene en ejecutoria el jueves a primera hora.

Pongamos el mismo escenario con una sentencia dictada en segundo grado por una corte de trabajo. Si se notifica el viernes (*dies a quo*), el plazo del día franco se cumpliría el sábado (único día que se computa). Pero como el domingo es día no laborable, el plazo debe vencerse el lunes (*dies ad quem*). Por tanto, la sentencia sería ejecutoria el martes a primera hora.

Es prudente resaltar que existe una novedosa interpretación de nuestra Suprema Corte de Justicia sobre este tema donde se entiende que el día del vencimiento sí se toma en cuenta para la finalidad procesal en cuestión[6]. En el ejemplo anterior sobre la sentencia de primer grado, sería ejecutoria el miércoles a primera hora. Mientras que,

en el ejemplo de la sentencia de segundo grado, sería ejecutoria el lunes a primera hora. No abundaremos más sobre el tema de la interpretación de los plazos francos porque escapa del propósito de este trabajo, pero hemos ofrecido al lector la aplicación en ambos escenarios para una mejor comprensión del asunto.

### **Ley de Fuerza Pública**

Es por todo lo anterior, que en la práctica del derecho laboral se evidencian abundantes embargos ejecutivos. No obstante, la promulgación de la Ley de Fuerza Pública produce un nuevo escenario en la ejecución de las sentencias laborales, sin modificar expresamente el CT.

El artículo 4 de la Ley de Fuerza Pública es categórico al dictar que: *Las ejecuciones de las sentencias o de los títulos ejecutorios serán realizadas por un ministerial requerido, quien tendrá que hacerse acompañar de la fuerza pública.* El artículo 5 de la misma ley indica que el Ministerio Público será el encargado de otorgar esa fuerza pública y el artículo 15 establece que, para otorgarla, este último dispondrá de un plazo máximo de diez días luego de la solicitud de la parte interesada. De manera que, mientras el Ministerio Público no otorgue la fuerza pública, le ejecución de la sentencia devendría en ilegal y se aplicarían las sanciones establecidas en la propia ley.

### **Problemáticas**

La Ley de Fuerza Pública no abarcó ciertas particularidades del derecho laboral en cuanto al procedimiento para la suspensión de sentencias, por lo que conviene hacer dos precisiones necesarias. En primer grado, la sentencia puede ser suspendida por la consignación del duplo de las condenaciones, una fianza o por una ordenanza de un juez de los referimientos. En segundo grado, pueden ser suspendidas mediante el procedimiento de suspensión de sentencia previamente mencionado ante la SCJ o por vía de referimiento. Por mencionar los escenarios más comunes.

Previo al otorgamiento de la fuerza pública, el Ministerio Público debe asegurarse que dichas sentencias no se encuentren suspendidas por algunas de estas vías. Entendemos que el Ministerio Público podría exigirle al acreedor que, juntamente con su solicitud para la obtención de la fuerza pública, deposite una certificación de la corte de trabajo que acredite que no hay depositado ningún instrumento de suspensión de la sentencia en cuestión. Esto en virtud del artículo 17 de la Ley de Fuerza Pública que le permite al Ministerio Público requerir de cualquier documentación que entienda útil antes de dictar el auto.

Pero esto no es tan sencillo. Por ejemplo, para que la presidencia de una corte de trabajo certifique que no existe ninguna garantía u ordenanza de referimiento que suspenda una sentencia, debe esperar el vencimiento de los plazos. Solo así se agotará el tiempo establecido por la ley al deudor para suspender la sentencia por la vía que haya escogido. De lo contrario, el deudor podría haber notificado y depositado el

instrumento de suspensión de sentencia ante la corte de trabajo después de expedida la fuerza pública.

Lo anterior implicaría una sobrecarga de trabajo para el Ministerio Público, quien estaría trabajando con solicitudes de otorgamiento de fuerza pública que probablemente vayan a ser suspendidas o transadas por las partes luego de depositada la solicitud. Esto sería gravemente nocivo para la eficiencia de las labores del Ministerio Público. Por ende, nuestra opinión es que el Ministerio Público debe declarar irrecibible cualquier solicitud de fuerza pública que no haya esperado el vencimiento de los plazos francos analizados anteriormente.

Recurriremos nuevamente a un ejemplo para mejor comprensión del asunto. Se notifica una sentencia de primer grado con condenaciones a un empleador un día lunes (dies a quo), por lo que el plazo inicia el martes (primer día). El miércoles y jueves se computan (segundo y tercer día) y el plazo vence el viernes (dies ad quem), por lo que la sentencia sería ejecutoria el día sábado (con la nueva interpretación de la SCJ, sería el viernes). Entendemos que el sábado el Ministerio Público no abrirá sus oficinas para los fines de la Ley de Fuerza Pública, por lo que el próximo lunes sería el día en que el acreedor deberá presentar su solicitud de fuerza pública que deberá ser respondida en un plazo no mayor de diez días. Una vez se adquiere el auto de otorgamiento de fuerza pública, el trabajador podrá embargar al empleador moroso.

Esto crea una interrogante **¿qué sucede si el empleador suspende la sentencia luego de que el trabajador solicite la fuerza pública?** Continuando con el ejemplo anterior, el empleador suspende la sentencia el martes de la semana siguiente a la notificación de la sentencia. Pero el miércoles de esa misma semana el Ministerio Público otorga el auto de fuerza pública, por lo que el trabajador inicia el proceso de embargo ese mismo día ¿es ese embargo ilegal? Entendemos que sí porque se intenta embargar una sentencia suspendida, pero sin violentar la Ley de Fuerza Pública, por lo que consideramos que las sanciones de esa ley -en principio- no serían aplicables.

Por suerte, la Ley de Fuerza Pública previó en su artículo 18 que: *El auto que contenga el otorgamiento de la fuerza pública es ejecutorio de pleno derecho, sin embargo, el Ministerio Público podrá suspender u ordenar el retiro del auxilio de la misma, cuando comprobare que ha sido otorgada como consecuencia del fraude o engaño por parte del persigiente, o a solicitud del juez competente, si aplicare al caso.* El empleador que no ha podido suspender una sentencia, luego de vencido los plazos de ejecución, puede hacer diligencias ante el Ministerio Público para demostrar que la sentencia se encuentra suspendida o interponer cualquier acción ante el juez de los referimientos. Por tanto, el Ministerio Público deberá rechazar la solicitud de otorgamiento de fuerza pública, aunque se haya suspendido luego de vencido los plazos.

## **Conclusiones**

Todo esto representa un verdadero desafío para el Ministerio Público y el Poder Judicial, pues ofrecerles a los acreedores los documentos necesarios para que puedan

recibir válidamente la fuerza pública será un proceso que tomará más tiempo que el de los plazos de ejecución analizados. No como un problema de choque de normas que se contradicen, sino de aplicabilidad de normas que no fueron pensadas para ser ejecutadas concomitantemente. Por tanto, estos plazos podrían verse aumentados en la práctica por diferentes variables en el proceso para otorgamiento de la fuerza pública. Sin desmérito de lo anterior, no creemos que esto perjudique la práctica laboral en lo absoluto. Todo lo contrario, aunque el proceso de otorgamiento de fuerza pública pueda retrasar la ejecución de las sentencias laborales por trámites procesales internos en las instituciones correspondientes, esto le brinda mayor seguridad a la tutela judicial efectiva. No cuestionamos que en materia laboral deba priorizarse la celeridad y la seguridad del crédito laboral, pero actualmente los plazos para la ejecutoriedad de las sentencias laborales son abrumadoramente cortos para ese propósito. En ocasiones, esa brevedad es aprovechada por los acreedores para amenazar a los deudores con embargos ejecutivos, quienes recurren a vías de suspensión para evitar ser embargados. Más que vencer la inercia de un deudor moroso, estos plazos breves crean inestabilidad en las relaciones de derecho.

En consecuencia, la promulgación de la Ley de Fuerza Pública trae nuevos retos a la autoridad competente y a los tribunales de trabajo para hacer efectivo los créditos laborales. Sin embargo, por las particularidades del derecho laboral, a primera vista el procedimiento de otorgamiento de fuerza pública demorará -en términos de aplicabilidad- los plazos de ejecución de las sentencias laborales.

[1] Imponen prisión preventiva a tres de cuatro imputados por intento de embargo ilegal en Hormigones Tavarez. N Digital. 15 de diciembre de 2018. Disponible en línea:

<https://n.com.do/2018/12/15/imponen-prision-preventiva-a-tres-de-cuatro-imputados-por-intento-de-embargo-ilegal-en-hormigones-tavarez/>

[2] Altice Dominicana: intento de embargo en oficina principal está “basado en procedimientos cuestionables”. El Dinero. 19 de septiembre de 2018. Disponible en línea:

<https://www.eldinero.com.do/68959/altice-dominicana-intento-de-embargo-en-oficina-principal-esta-basado-en-procedimientos-cuestionables/>

[3] Precisamos que esta resolución fue abrogada por la actual Resolución núm. 448-2020 emitida por la Suprema Corte de Justicia, el 5 de marzo de 2020.

[4] Sentencia número 17 emitida por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, el 21 de octubre de 2009, BJ. 1187.

[5] Sentencia número 34 emitida Primera Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia, el 23 de marzo de 2011, BJ. 1204.

[6] Sentencia número 161 emitida por la Primera Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia, el 27 de noviembre de 2019, BJ.1308.

## Apuntes sobre el Recurso de Apelación en materia de Ley 141-15

*Francisco Álvarez Martínez*

El legislador, como desde la universidad siempre hemos escuchado, es “sabio”. Por ello, se presume que el tracto digestivo por el que debe pasar un proyecto de ley es suficiente para depurar no solo las impurezas, sino que –más que eso– destilar la voluntad que el órgano legislativo introdujo en la norma.

Esto tomará importancia capital al momento de evaluar judicialmente la ley, ya que es el contexto generado el que será la herramienta más importante de la labor interpretativa del Tribunal. Así las cosas, veamos brevemente el trato que la Ley 141-15, de Reestructuración y Liquidación de Empresas y Personas Físicas Comerciantes, y el Reglamento de Aplicación, contenido en el Decreto 20-17, le dan al Recurso de Apelación.

El aspecto relativamente excepcional del Recurso de Apelación es evidente en la morfología legislativa de la 141-15, pues presume la creación de una jurisdicción especializada, y, en consecuencia, al estudiar los artículos 22 y siguientes, nos damos cuenta de que se generó una burbuja especial para el referido proceso.

Partiendo de allí, es ya avanzada la norma donde se estudian los Recursos disponibles en la materia. En el artículo 51 se habilita el Recurso de Revisión como vía predilecta para atacar la decisión que acoge o desestima la solicitud de reestructuración, y claramente se identifica que este Recurso no genera un efecto suspensivo, por lo que la decisión recurrida, por vía de consecuencia, está impregnada de una pseudo ejecución provisional que veremos será la norma, y no la excepción.

Los estrictos plazos previstos en la interposición y reacción de las partes son, dice el artículo 51, observables a pena de inadmisibilidad. La decisión producto del Recurso de Revisión podrá ser recurrida en Apelación, lo que genera un especial marco de admisibilidad para este Recurso “ordinario”. Por su parte, la Apelación se reglamenta en el artículo 193 de la Ley 141-15, donde la formula claramente sugiere una limitación excesiva a dicho Recurso. Para su estudio, vamos a copiar textualmente el texto para ir deconstruyéndolo de manera adecuada.

**Artículo 193. Recurso de apelación.** Sin perjuicios de los demás casos indicados en esta ley, pueden ser recurridas en apelación las siguientes decisiones:

- i) **Por parte del deudor o cualquiera de los acreedores:** las que estatuyen sobre la apertura del procedimiento de liquidación judicial.
- ii) **Por parte de los acreedores:** las decisiones que estatuyen sobre la caducidad en el reconocimiento de las acreencias.
- iii) **Por parte del deudor, de cualquiera de los acreedores o del asesor de los trabajadores:** las que estatuyen sobre el plan de reestructuración o el procedimiento.
- iv) **Por cualquier parte que muestre calidad e interés legítimamente protegido.**

Los párrafos que acompañan al artículo 193 mantienen otras reglas procesales importantes, argumentando a favor de la provisionalidad de las decisiones emitidas en el marco de la Ley 141-15, cuando expresamente indica que en ningún caso la interposición del recurso tiene carácter suspensivo, suspensión que puede ser perseguida ante el Presidente de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación competente, **en el marco de un Recurso de Apelación**, por lo que en caso de un Recurso inadmisibles, por operar sobre una decisión no habilitada para dicha vía, la Demanda en Suspensión sería de imposible viabilidad.

Es evidente que el legislador limitó, según la naturaleza y calidad de cada parte, el Recurso de Apelación. Por ello, en lugar de hablar de manera genérica, o de remitir al derecho común, específicamente indica cuando cada parte (especial, según su rol en el proceso), tiene disponible la vía recursiva en cuestión. Habla del deudor, los acreedores y los asesores de los Trabajadores, para luego concluir con el literal 4, que es el que se prestaba, antes del 2017, a confusión.

El literal 4 indica que, además de lo anterior, ese Recurso de Apelación puede ser interpuesto por “cualquier parte que muestre calidad e interés”. De entrada, si este literal hubiese estado al inicio del artículo, sentaría la pauta de dicho Recurso para el porvenir. Al estar luego de una lista limitativa, es evidente que cuando se refiere a “parte”, mantiene excluidos a los actores especiales del proceso contenido en la Ley 141-15.

Por ello, es evidente que el Recurso de Apelación es limitativo a los escenarios planteados allí, y por ello, por ejemplo, un acreedor no podría apelar una decisión del Tribunal de Reestructuración que apruebe una lista de acreedores, provisional o definitiva, por estar expresamente vedada cualquier tipo de decisión que no se enmarque en los numerales del 193 ya transcrito.

El Decreto, un par de años después, vino a aclarar este punto. Aunque esto era lógico, se generó mucha incertidumbre en algunos círculos ya que el concepto de “partes” en el Derecho tiende a ser muy genérico y englobar muchas posibilidades. Así, el Decreto 20-17 dedicó una parte de su cuerpo a la “Reglamentación de los artículos 193 al 195” de la referida Ley 141-15, dando una estocada mortal a quienes querían atribuir mayor alcance al Recurso de Apelación en tan especial materia.

De esa manera, inicia el artículo 113 del Reglamento de Aplicación indicando que “**El deudor y los Acreedores podrán recurrir en apelación las decisiones** del Tribunal respecto de las cuales la Ley núm. 141-15 **expresamente contemple este recurso**, y las decisiones establecidas por los numerales i) al iv) del artículo 193 de la Ley núm. 141-15.”

Si quedaba alguna duda de la labor excluyente promovida por el legislador en el año 2015, el Decreto 20-17 vino para disiparlas todas, y dejar claramente establecido que esos actores especiales tenían acceso excepcional al Recurso de Apelación. Pero, como

si fuera poco, el párrafo I de ese mismo artículo, también arroja luz sobreabundante a la cuestión del numeral iv) del artículo 193 de la Ley 141-15, cuando aclara que con la lectura de dicho numeral “ha de entenderse en el sentido que **cualquier parte, que no sea el Deudor o los Acreedores** y muestre calidad e interés legítimamente protegido, podrá recurrir en apelación las decisiones dictadas por el Tribunal que le causen gravamen irreparable”.

Lo que nos permite concluir sobre ese punto, indicando que en el marco de la Ley 141-15, el Recurso de Apelación opera bajo un marco de excepcionalidad, donde los actores del proceso solo tienen acceso en circunstancias taxativamente enumeradas en la norma y su reglamento, y los terceros, denominados “partes” en el literal iv), en casos igualmente excepcionales.

## La incompatibilidad de funciones y conflicto de intereses en el estatuto del servidor público

*Adonis L. Tineo*

Todo servidor público está limitado en su accionar -dentro y fuera[1] de la jornada laboral- de realizar o abstenerse de ciertas actividades que pueden comprometer lo que moralmente es correcto por el ordenamiento jurídico (aunque la moral no necesariamente vaya de la mano con la juridicidad que nos plantea la Ley No. 107-13 como principio normativo), esto, no parte de una interpretación meramente legalista de las cosas, sino que se desprende de la propia Carta Magna y su principio consagrado en el art. 40 numeral 15, según el cual “*A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirle lo que la ley no prohíbe*”, opuesto a lo que sucede con la Administración Pública, que en virtud de la vinculación positiva solo puede obrar donde y en la forma en que la ley facultó para ello.

Partiendo de que toda persona puede realizar todo acto que dentro de ese margen de libertad o “libre albedrío” no atente contra un ordenamiento jurídico compuesto inicialmente por las conductas indicadas en la Ley y las disposiciones de las autoridades administrativas[2]), se crea la necesaria descripción del ¿qué le está vedado a un servidor público?, conforme indica el art. 36 de la Ley No. 107-13 que nos exige la necesaria tipicidad o descripción de la infracción en la Ley. Aquí, cobra principal protagonismo la Ley No. 41-08, cuyo art. 80 establece de manera puntual las prohibiciones que pesan sobre este; entre las 17 causales que en su parte *in fine* nos remite al Reglamento No. 523-09 (ver art. 109), las que interesan en la presente ocasión son las previstas por los numerales 5, 6, 7, 12 y 16.

*Veamos, “A los servidores públicos les está prohibido incurrir en los actos descritos a continuación y que la presente ley califica como faltas disciplinarias, independientemente de que constituyan infracciones penales, civiles o administrativas consagradas y sancionadas en otras leyes vigentes:*

(...) 5. Aceptar designación para desempeñar en forma simultánea más de un cargo del Estado, salvo cuando se trate de labores docentes, culturales, de investigación y las de carácter honorífico, no afectadas por incompatibilidad legal, y con la debida reposición horaria cuando hubiera superposición de este tipo. La aceptación de un segundo cargo público incompatible con el que se esté ejerciendo, supone la renuncia automática del primero sin desmedro de la responsabilidad que corresponda;

6. Obtener préstamos y contraer obligaciones con personas naturales o jurídicas con las cuales se tengan relaciones oficiales en razón de los cargos públicos que desempeñan;
7. Intervenir, directa o indirectamente, en la suscripción de contratos con el Estado a través de la institución donde labora y en la obtención de concesiones o beneficios que impliquen privilegio oficial en su favor, salvo en los casos en que por mandato de la ley los deban suscribir;

12. Representar o patrocinar a litigantes o intervenir en gestiones extrajudiciales contra la administración pública, excepto en casos de defensa de intereses personales del servidor público, de su cónyuge y de sus parientes consanguíneos o afines en primer grado;
16. Actuar en aquellos casos en que tengan intereses particulares que planteen conflictos de intereses para el servidor público;

Y aunque lo anteriormente descrito luciera como una cadena de actos que se perpetran con regularidad en una Administración Pública, desde la óptica del deber ser, habrá que resaltar ¿qué se procura tutelar con estas prohibiciones? Pues en cuanto al numeral 5, podemos señalar; 1) la eficiencia por exclusividad del personal designado a ejercer determinada tarea, en el entendido de que dos (2) funciones de manera simultánea evidentemente representa situaciones contraproducentes en lo que respecta a una labor responsable y eficaz del servicio público[3]; b) la racionalidad e igualdad en el gasto público, de manera que, una persona no límite del acceso al cargo público a un personal que perfectamente puede ser reclutado en los parámetros de objetividad que manda el Reglamento de Reclutamiento y Selección de Personal, No. 251-15; y c) el respeto a las buenas costumbres que representa un acto que enfrenta la moral como piedra angular del Estado Dominicano.

En efecto, jurídicamente la aceptación de un cargo de forma concomitante e “(...) incompatible con el que se esté ejerciendo, supone la renuncia automática del primero sin desmedro de la responsabilidad que corresponda” de ahí, que el Estado (a nuestro entender) pueda repercutir sobre el patrimonio devengado con posterioridad a la detección de la irregularidad. ¿Por qué el señalamiento de una función incompatible? Esto se debe a las excepciones que señala taxativamente el indicado articulado al autorizar la docencia, actividades culturales, de investigación y aquellas con carácter honorífico, siempre que, por supuesto, no comprometa su jornada habitual.

Importante es tener en consideración sobre el caso específico, que, aunque la aceptación de un cargo posterior supone la renuncia sobre el primero, el Tribunal Superior Administrativo en virtud del principio de favorabilidad prefirió realizar admitir lo inverso, veamos:

Que si bien en principio se podría vislumbrar la renuncia del primer cargo desempeñado por el recurrente, es decir, el de Sargento Mayor en virtud de los efectos de la parte *in fine* de la disposición citada, lo que eventualmente implicaría la inexistencia de un traslado y pondría de manifiesto la improcedencia la decisión impugnada que dispuso su reposición en las Fuerzas Armadas; esta sala advierte que al tratarse la función ejercida en la Carrera Militar un cargo favorable con relación al aceptado posteriormente por dicho servidor público, se comprueba el correcto proceder del Instituto Nacional de Protección de los Derechos Del Consumidor “PRO CONSUMIDOR” al momento de detectar esa anomalía. **Sentencia No. 030-2017-SSEN-00136, de fecha 28/4/2017, correspondiente al Exp. núm. 030-16-00837, dictada por la Sala 3.**

Esto implica, desde nuestra óptica, que no necesariamente prevalecerá el cargo que representa una mayor remuneración para el afectado sino el estatus o categoría del empleo, donde, evidentemente prevalece la Carrera Administrativa por ofrecer (en derecho) “estabilidad jurídica” que las demás categorías no le garantizan.

En cuanto al objeto en concreto, es relevante verificar la doctrina del especialista Gregorio Montero, quien indica *“También se prohíbe a los servidores públicos dedicarse en el ámbito privado a cuestiones relacionadas con las funciones que tienen a cargo en el sector público, procurando evitar que incurran en conflictos de intereses”* pág. 249. Es así, que bajo este previo discernimiento se procuran dos (2) aspectos fundamentales; a) el cuidado debido de los fondos públicos; y b) la imparcialidad de la autoridad actuante, que se traduce en un inevitable trastorno de los procedimientos y derechos fundamentales que amparan al administrado que realiza inversiones con el fin de obtener un provecho lícito de un proceso que considera debe ser transparente.

En el caso del conflicto de intereses el asunto se torna un poco más complicado, toda vez que, sobre este, orbitan elementos eminentemente subjetivos a favor o en contra de la comprobación de esta prohibición. Allí, es donde los mecanismos de control administrativo y jurisdiccional deben enaltecer su papel a favor de los interesados en que se inicien investigaciones en ese sentido, conforme establece el art. 4 numeral 30 de la Ley No. 107-13, que instauró el derecho a la buena administración (hoy derecho fundamental conforme al precedente TC/322/14) de la siguiente manera:

Se reconoce el derecho de las personas a una buena Administración Pública, que se concreta, entre otros, en los siguientes derechos subjetivos de orden administrativo: (...) Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades del personal al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas.

El control administrativo tiene distintas formas de manifestarse, siendo la Dirección de Ética e Integridad Gubernamental creada a través del Decreto No. 486-12, una vía para canalizar este tipo de pretensiones de vigilancia y régimen de consecuencias, lo que se advierte desde el art. 6 numeral 2, 20, 21, 22, 23 y 24 del referido Decreto, de hecho, el pasado reciente ha mostrado que la voluntad es suficiente para promover la actividad investigativa de este órgano<sup>[4]</sup>, al cual, por supuesto se suma el control jurisdiccional de lo Contencioso Administrativo. A pesar de lo anterior, habrá que tener en cuenta, que ese espectro de control administrativo de transparencia debe respetar la autonomía de ciertos entes que no responden directamente al Gobierno Central u Administración Pública Central.

[1] Para lo cual será suficiente detenernos a analizar el contexto en el cual se incurra en las prohibiciones previstas por los numerales 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 12, y, especialmente el 16.

[2] Siempre que así lo permita el legislador ver art. 35 de la Ley No. 107-13.

[3] Siempre que sus jornadas sean incompatibles, esto es palpable usualmente en el caso de la función pública y la docencia, como también la medicina.

[4] Ver noticia “Ortiz Bosch y Pimentel depositarán hoy expediente asfalto en Procuraduría” consultada el 30/1/2021, disponible en línea, <https://eldia.com.do/ortiz-bosch-y-pimentel-depositaran-hoy-expediente-asfalto-en-procuraduria>.

## **Derecho a la libertad de empresa vs derecho a la salud: análisis de la jurisprudencia constitucional dominicana**

*Víctor A. León Morel[1]*

### **Introducción**

El derecho a la salud se reconoce como un derecho fundamental en todos los Estados de Derecho del mundo, el cual implica una actuación positiva por parte de cada Estado a fines de garantizar su efectividad dentro de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Su amplitud y protección dentro de cada Estado, conjuntamente analizada con el derecho a la seguridad social por su íntima vinculación, ha sido punto de controversia debido a los retos que implican usualmente la justiciabilidad de los derechos sociales en ciertos países menos desarrollados, y aún en algunos muy desarrollados[2].

Dichos derechos fundamentales se encuentran constitucionalizados en los artículos 60 y 61 de nuestra Carta Magna que disponen lo siguiente:

***Derecho a la seguridad social.*** *Toda persona tiene derecho a la seguridad social. El Estado estimulará el desarrollo progresivo de la seguridad social para asegurar el acceso universal a una adecuada protección en la enfermedad, discapacidad, desocupación y la vejez.*

***Derecho a la salud.*** *Toda persona tiene derecho a la salud integral. En consecuencia:*

- 1. El Estado debe velar por la protección de la salud de todas las personas, el acceso al agua potable, el mejoramiento de la alimentación, de los servicios sanitarios, las condiciones higiénicas, el saneamiento ambiental, así como procurar los medios para la prevención y tratamiento de todas las enfermedades, asegurando el acceso a medicamentos de calidad y dando asistencia médica y hospitalaria gratuita a quienes la requieran;*
- 2. El Estado garantizará, mediante legislaciones y políticas públicas, el ejercicio de los derechos económicos y sociales de la población de menores ingresos y, en consecuencia, prestará su protección y asistencia a los grupos y sectores vulnerables; combatirá los vicios sociales con las medidas adecuadas y con el auxilio de las convenciones y las organizaciones internacionales.*

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contempla el derecho a la salud estableciendo en su artículo 12 que *los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y que entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad [3].*

Por otro lado, el derecho a la libertad de empresa constituye uno de los pilares de toda economía capitalista, supervisada por la mano invisible del Estado como afirmaba el padre de la economía moderna, Adam Smith[4]. En el artículo 50 de la Constitución dominicana se consagra este derecho fundamental, indicando que *el Estado reconoce y garantiza la libre empresa, comercio e industria. Todas las personas tienen derecho a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las prescritas en esta Constitución y las que establezcan las leyes.*

Para el profesor Nassef Perdomo *la complejidad de los procesos económicos en que se basa el sistema del libre mercado hace que el derecho de intervenir en ellos sea igualmente complejo. La libertad de empresa no es un derecho monolítico; es, más bien, un conjunto de derechos que, por su estrecha relación y fines idénticos, se han reunido bajo un mismo concepto. Así mismo considera que los derechos o elementos que la componen son: libertad de producción, libertad de circulación económica, libertad de comerciar, libertad de ocupación y libertad de competencia*[5].

El Tribunal Constitucional Dominicano ha definido el derecho a la libertad de empresa en su sentencia TC/0049/13 citando a la Corte Constitucional de Colombia, estableciendo lo siguiente:

*9.2.2. El derecho a la libertad de empresa, consagrado en el artículo 50 de la Constitución de la República, puede ser conceptualizado como la prerrogativa que corresponde a toda persona de dedicar bienes o capitales a la realización de actividades económicas dentro del marco legal del Estado y en procura de obtener ganancias o beneficios lícitos. Esta es la concepción más aceptada en el derecho constitucional comparado, tal y como se puede evidenciar de la jurisprudencia que en ese sentido ha desarrollado la Corte Constitucional colombiana: “La libertad de empresa comprende la facultad de las personas de afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. Esta libertad comprende, entre otras garantías, (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica; (ii) la libre iniciativa privada” (Ver Sentencia C-263/11, de fecha 6 de abril del 2011; Corte Constitucional de Colombia)[6].*

En vista de que ambos derechos fundamentales se encuentran muchas veces en conflicto, nuestro objetivo en el presente artículo es analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Dominicano en dichos casos, y realizar algunas reflexiones particulares al respecto.

### **Análisis y evolución jurisprudencial del conflicto derecho a la salud vs derecho a la libertad de empresa**

Nuestra Constitución, en su artículo 74.4 establece el mecanismo ideal para resolver casos en donde se encuentren en conflicto derechos fundamentales. Al tener la misma jerarquía normativa, obliga a que *los poderes públicos interpreten y apliquen las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.*

Así mismo, se reconoce de forma inequívoca que no existen derechos absolutos, que en ciertos casos, puede ceder uno u otro derecho, atendiendo a las circunstancias específicas del caso concreto. Para el profesor Eduardo Jorge Prats, la ponderación de bienes no se trata de una simple moda, sino de una técnica indispensable del Derecho Constitucional, ya que la Constitución no contiene una jerarquía de bienes, así como por el carácter principialista de las normas constitucionales, los conflictos no pueden resolverse con reglas del “todo o nada” sino que requieren técnicas de ponderación que impidan la tiranía de un bien constitucional sobre otro y que eviten la fractura de la comunidad política alrededor de los valores[7].

Esta posición ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional en varias de sus decisiones, como en la TC/0268/13, estableciendo que *si bien es cierto que constitucionalmente se protege el derecho a la libertad de expresión e información, no menos cierto es que los derechos fundamentales no son absolutos y, en casos excepcionales, pueden ser limitados*[8]. Así mismo, en la sentencia TC/0196/13 estableció que *el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de empresa no es absoluto, sino relativo, por lo que el Estado puede no solo regular su ejercicio sino incluso limitarlo, según establece la parte in fine del artículo 50 de nuestro Pacto Fundamental. Dicha potestad de regularlo o limitarlo está condicionada, sin embargo, a que el legislador ordinario no afecte el contenido esencial de dicho derecho ni el principio de razonabilidad (art. 74.2 de la Constitución)*[9].

Otra sentencia que reafirma este criterio, es la TC/0064/19, donde se precisó que *el derecho a la huelga no constituye un derecho absoluto. Así que su ejercicio está supeditado al cumplimiento de determinadas condiciones, recaudos y límites que procuran evitar que la paralización de actividades “perturben o amenacen el orden público, la seguridad del Estado, el funcionamiento regular de los servicios públicos o de utilidad pública, o impidan el desenvolvimiento de las actividades económicas” (artículo 128.1.h de la Constitución)*[10].

Luego de realizar este breve preámbulo, pasamos a analizar cuatro sentencias fundamentales sobre el conflicto de derechos fundamentales entre el derecho a la salud y la libertad de empresa bajo los precedentes del Tribunal Constitucional Dominicano.

La primera sentencia que analizó dicho conflicto fue la **TC/0049/12** de fecha 15 de octubre de 2012, en la cual varias entidades comercializadoras de agua al granel interpusieron una acción de amparo en contra del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, la Comisión Nacional de Normas y Sistemas de Calidad, el Ministerio

de Industria y Comercio y la Dirección General de Normas y Sistemas de Calidad (DIGENOR), por haber emitido varias resoluciones que prohibían la venta de agua al granel para consumo humano, por entender que las mismas eran perjudiciales para la salud. Los accionantes alegaban que la prohibición general e indiscriminada vulneraba su derecho a la libertad de empresa, así como el debido proceso administrativo. El Tribunal Constitucional acogió el recurso de revisión, decidiendo a favor de la libertad de empresa, argumentando lo siguiente:

1. *o) Ante esta situación que entraña una prohibición general de la venta de agua “a granel” destinada al consumo humano, corresponde al Tribunal Constitucional establecer que, en el presente caso, se ha conculcado el derecho fundamental a la libertad de empresa de los recurrentes en revisión y se ha afectado la garantía de acceso al agua potable a segmentos pobres de la población que la Constitución pone a cargo de las referidas autoridades[11].*

La razón fundamental de la decisión del Tribunal Constitucional se basa en que los órganos administrativos correspondientes al establecer la prohibición general no respetaron el artículo 74.2 de la Constitución Dominicana, restringieron de forma irrazonable el derecho a la libertad de empresa de las empresas comercializadoras de agua al granel. Es importante afirmar que los magistrados Hermógenes Acosta y Jottin Cury suscribieron un voto disidente en conjunto argumentando que *los organismos que dictaron las referidas resoluciones no incurrieron en las violaciones que se les imputan y que su intervención en el presente caso resultaba imprescindible, en razón de que estaba en juego la salud de la población y, en consecuencia, el derecho a la vida.*

En general, a pesar de la gran importancia del conflicto suscitado en dicho caso, lamentablemente la sentencia no realizó un análisis exhaustivo sobre la antinomia entre ambos derechos fundamentales.

La segunda sentencia que trata el tema es la **TC/0450/15** de fecha 3 de noviembre de 2015. En dicho caso, la accionante en amparo estaba reclamando a su ARS para que cubriera un medicamento dentro de su Plan de Salud, a lo cual esta última se negaba por entender que la enfermedad que padecía la accionante no era de alto costo. El Tribunal acogió la acción, argumentando lo siguiente:

1. *En vista de las consideraciones anteriores, en el presente caso que ocupa la atención de este tribunal constitucional, la negativa de la ARS UNIVERSAL de dar la autorización para cubrir los costos que le corresponden como aseguradora para que la señora Celia Teresa Martez Melo adquiera el medicamento “Rituximab (Mabthera)”, bajo el argumento de que esa enfermedad no es de alto costo, representa una actuación conculcadora que trae consigo la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y a la salud dispuesto en los artículos 37, 60 y 61 de la Constitución de República Dominicana, en razón de que el referido remedio está incluido dentro de los medicamentos que están contenidos en el catálogo de prestaciones que se encuentran bajo la cobertura de*

*su plan básico de salud, teniendo como límite el máximo del monto prescrito en dicho plan[12].*

El tribunal correctamente falló a favor del derecho a la salud de la asegurada, pues no existían razones para justificar la falta de cobertura de un medicamento que se encontraba dentro del plan de salud correspondiente, e incluso condenó a una astreinte diaria a fines de evitar el retraso en el cumplimiento de la obligación.

La tercera sentencia y una de las más importantes respecto a este conflicto, es la **TC/0031/18**[13]. En dicha importante decisión, el ciudadano accionante procuraba que una farmacéutica importante renovara el registro sanitario y posteriormente volviera a comercializar en nuestro país un medicamento que necesitaba para preservar su derecho fundamental a la salud frente a la enfermedad que padece.

En primer termino, dicha sentencia estableció que *el acceso a los medicamentos se configura como una garantía fundamental del derecho a la salud, cuya cobertura debe ser de índole nacional, económicamente asequible para todas las personas sin discriminación alguna, y otorgar los niveles de salubridad y calidad exigidas por las normativas de salud pública en la materia.*

La empresa farmacéutica alega que el medicamento no tiene un valor económico rentable dentro del mercado dominicano y que por tal motivo, amparado en su derecho de la libertad de empresa, carece de interés para diligenciar la renovación y eventual comercialización del mismo, en razón de que el derecho fundamental a la libertad de empresa *otorga a las empresas privadas la libre decisión para que establezcan sus objetivos empresariales en atención a sus recursos y la situación del mercado, así como su decisión de dejar de operar o excluir productos dentro de la gama de su comercialización, sean estos productos destinados o no como medicamentos para el consumo humano*[14].

El Tribunal Constitucional rechazó la acción de amparo, preservando nuevamente el derecho a la libertad de empresa y tomando como base la sentencia T-173/03 de la Corte Constitucional de Colombia[15], que estableció cuatro requisitos a considerar para autorizar el suministro de medicamentos que no cuenten con la autorización sanitaria para su comercialización, a saber:

- *que la exclusión amenaza sus derechos fundamentales;*
- *que el medicamento no puede ser reemplazado por uno que esté contemplado y que tenga igual efectividad;*
- *que no puede asumir el costo del mismo y;*
- *que haya sido prescrito por un médico de la EPS (Superintendencia de Salud) a la cual está afiliado.*

El primer requisito fue cumplido, pues el derecho a la salud y acceso a medicamentos específicos estaba siendo amenazado por la ausencia de renovación del referido registro sanitario y posterior comercialización.

Sobre los requisitos dos y tres, el Tribunal Constitucional consideró que no se cumplieron, al afirmar que *no encuentra prueba científica para descalificar el metrotexato como fármaco alternativo efectivo para el tratamiento de la enfermedad del recurrente, pues el mismo está prescrito para tratar la espondilitis anquilosante, igual que otros medicamentos de circulación local como adalimumab (Humira) o etanercept (Enbrel), los cuales tienen cobertura incluso dentro del Seguro Nacional de Salud y que el recurrente no demuestra falta de solvencia económica ni imposibilidad para cubrir los gastos de importación para uso particular del medicamento Azolfidine*, teniendo incluso nacionalidad norteamericana, que pudiera facilitar la obtención del medicamento correspondiente.

En nuestra opinión, esta sentencia marca un hito importante frente al acceso a medicamentos que pueden tener las personas frente al derecho a la libertad de empresa, el cual puede reclamarse y obtenerse siempre y cuando se cumplan con ciertos requisitos como los citados en los razonamientos que asumimos de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. Estos requisitos cumplen parámetros razonables para que en estos casos, el derecho a la libertad de empresa ceda ante el derecho a la salud.

La Corte Constitucional de Colombia ha conocido varios casos sobre el acceso a medicamentos y el conflicto frente al derecho a la libertad de empresa. En la sentencia Sentencia T-202/03[16], Una paciente de 71 años que sufría de osteoporosis, interpuso una acción de tutela porque su prestadora de salud le negaba el suministro de una droga. El medicamento había sido formulado por su médico tratante con el objeto de mejorar su condición. Al revisar el caso, la Corte Constitucional confirmó la sentencia de primera instancia que negaba la acción de tutela. La Corporación, al acoger un concepto del médico tratante, precisó que si bien el medicamento no existía en el listado del plan obligatorio de salud, sí tenía un sustituto con los mismos efectos de la droga negada, lo cual permitía paliar los problemas de osteoporosis que padecía la demandante.

Igualmente, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado en sus sentencias T-1325/01[17] y T-344/02[18], que no es viable la autorización del suministro de un medicamento excluido del plan obligatorio de salud si lo que se busca con éste se puede lograr con otra droga que sí se encuentra presupuestada administrativa y financieramente por el sistema de salud. Con todo, el medicamento sustituto **(i)** debe ser eficaz (debe obtener respuesta clínica y/o paraclínica satisfactoria en el término previsto en sus indicaciones), y **(ii)** no puede generar daños (contraindicaciones o reacciones adversas). Cabe anotar que son los médicos tratantes, en razón de su conocimiento experto, quienes están autorizados para determinar si un medicamento contemplado en el plan obligatorio de salud es idóneo para sustituir a otro no contemplado en el mismo.

La cuarta y última sentencia que queremos resaltar es la **TC/0111/19**, de fecha 27 de mayo de 2019. Esta sentencia en nuestra opinión marca un precedente fundamental

entre las relaciones del asegurado y las Administradora de Riesgos de Salud (ARS), y consecuentemente, entre los derechos a la salud y a la seguridad social frente a la libertad de empresa, así como toda una reestructuración en el sistema de seguridad social, por la cual calificamos la misma como una sentencia estructural en otro escrito[19]. En la misma, una persona se encuentra reclamando a su ARS la cobertura de una operación para extraer un tumor nasal. La ARS argumenta que no puede dar la cobertura pues no se encuentra en el Plan Básico de Salud del asegurado.

El Tribunal Constitucional acogió la acción de amparo correspondiente, y ordenó a la ARS dar cobertura al procedimiento correspondiente, así como ordenó incluir al Consejo Nacional de la Seguridad Social (CNSS), el procedimiento médico en el Plan Básico de Salud. Los argumentos más importantes fueron los siguientes:

*“La autorización del procedimiento quirúrgico vía endonasal no coloca en riesgo la sostenibilidad del Sistema dominicano de Seguridad Social, en razón de que la reclamación de los fondos realizada por el accionante no supera el límite establecido para la extracción del tumor por la vía convencional, la cual se encuentra dentro de la categoría de las atenciones de alto costo y máximo nivel de complejidad. Además, el hecho de que el Consejo Nacional de Seguridad Social haya incrementado el tope de cobertura para cada uno de los eventos de alto costo y máximo nivel de complejidad, como lo es el tumor craneal, da cuenta de que el sistema es estable y sostenible.*

*Si bien esa disposición establece que el Consejo Nacional de Seguridad Social podrá modificar el catálogo de servicios tomando como base “las tecnologías más apropiadas y adecuadas a nuestro medio”; es preciso señalar que la incorporación de una tecnología en el referido catálogo también debe obedecer a los beneficios que en términos de salud pudiera propiciar a las personas. En el caso concreto, la tecnología para la realización de la cirugía endonasal para la resección de un tumor craneal constituye el elemento diferenciador entre la vida y la muerte del accionante, sobrevivencia que no debe ser afectada por la falta de inclusión de la tecnología correspondiente en el Catálogo de Prestaciones de servicios del Plan Básico de Salud.*

*Dada la importancia de proteger los derechos fundamentales a la vida y a la salud, este Tribunal estima que en los casos similares al que nos ocupa, las administradoras de riesgos de salud deberán conceder la cobertura solicitada dentro de los límites financieros que la regulación establece cuando las técnicas ,tecnologías o procedimientos no se encuentren incluidos en el Catálogo de Prestaciones de Servicios del Plan Básico de Salud y sean más beneficiosos para el paciente que los establecidos de modo convencional, cuyo cumplimiento deberá ser supervisado por la Superintendencia de Salud y Riesgos Laborales (SISALRIL).*

*En consonancia con lo anterior, este Tribunal considera oportuno incluir en el Catálogo de Prestaciones de Servicios del Plan Básico de Salud el procedimiento de extracción de tumor cerebral vía endonasal así como cualquier técnica, tecnología o procedimiento más avanzado y beneficioso para el tratamiento de cualquier evento particular siempre que*

*los mismos se encuentren comprendidos en el referido catálogo, debiendo tomarse en consideración la estabilidad financiera del sistema y los límites que para esos fines han sido establecidos; esto, sin perjuicio de cualquier otra técnica, tecnología o procedimiento que el Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS) estime conveniente introducir[20].”*

Esta importante decisión, cita nuevamente a la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia T-178/17, del veinticuatro (24) de marzo de dos mil diecisiete (2017), en la que se enumeran los requisitos que deben cumplirse para que las ARS autoricen servicios que no se encuentren cubiertos por el catálogo correspondiente:

*La falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere.*

*El servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio.*

*El interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie.*

*El servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo[21].*

Aunque esta decisión no obliga directamente a la ARS respecto a su derecho de libertad de empresa, sino más bien al Consejo Nacional de Seguridad Social al tratarse de un Plan Básico de Salud, implica un precedente importante pues en un futuro cercano pudieran ordenarse a las ARS la cobertura en planes complementarios. Esta situación en Colombia ha generado graves inconvenientes y tensiones, pues como afirman Londoño Berrío, Giraldo González y Taborda Castrillón en su estudio “*Tensión entre el derecho fundamental a la salud y la libre voluntad de las partes contratantes en los planes voluntarios de salud. Caso seguros de vida Suramericana s.a. años 2011 – 2013*”, donde plantean que *tanto el usuario como la entidad oferente celebran un contrato de carácter privado, que es regulado por dicha rama del derecho y no por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, es dónde encontraríamos la tensión que se genera entre la libertad económica y la salud constitucionalmente considerada; puesto que superponer uno sobre otro puede generar detrimento a la contraparte (tanto en consideración de los derechos que se violen, como de los beneficios y obligaciones que desean adquirir las partes contratantes)[22].*

Como hemos podido ver, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de salud y libertad de empresa varía dependiendo del caso, lo cual es una postura correcta en nuestra opinión, ya que como afirma el jurista italiano Luigi Ferrajoli, en la denominada “*ponderación equitativa compleja*”: “*la ponderación tiene por objeto no las normas aplicar, sino, antes bien, las circunstancias de hecho previstas por las mismas a los fines de calificar jurídicamente y connotar equitativamente el caso sometido al juicio.*

*Las normas, ya sean reglas o principios, son siempre las mismas y tienen siempre, por tal motivo, igual peso. Los que cambian, los que son siempre irrepetiblemente diversos y deben, por tanto, ser pesados, son los hechos y las situaciones concretas a las que las normas son aplicables[23]*".

## **Conclusiones**

La permanente tensión en una sociedad democrática y pluralista entre derechos fundamentales siempre va a generar posiciones encontradas en razón de las distintas interpretaciones del afectado, así como el alto grado de abstracción que tienen los principios dentro de nuestro ordenamiento jurídico constitucional. Esto ha permitido que como analizamos en las sentencias mencionadas en el presente artículo, el Tribunal Constitucional haya decidido en algunos casos a favor de la libertad de empresa y en otros a favor del derecho a la salud.

En un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro, lo ideal es que el derecho a la salud y demás derechos conexos como la seguridad social y otros derechos sociales puedan desarrollarse de forma progresiva, conforme al principio de progresividad de los derechos sociales, conforme lo establece nuestra Constitución en su artículo 8 cuando establece que 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*, lo cual ha sido reiterado por el Tribunal Constitucional en varias sentencias, como en la TC/0203/13 y en la citada TC/0111/19. Reconocemos la importancia que tiene el derecho fundamental a la libertad de empresa, sin llevarlo a un extremo, ya que conforme al artículo 217 de nuestra Constitución, la base de nuestro sistema económico está orientado hacia la búsqueda del desarrollo humano. *Se fundamenta en el crecimiento económico, **la redistribución de la riqueza, la justicia social**, la equidad, la cohesión social y territorial y la sostenibilidad ambiental, en un marco de libre competencia, igualdad de oportunidades, responsabilidad social, participación y solidaridad.* Por esta razón, autores como Omar Victoria sostienen que dicho artículo procura *fomentar un modelo económico en el que la búsqueda de la riqueza no es el único fin u objetivo de la actividad económica[24]*.

Al respecto, el profesor Christian Viera Álvarez en su trabajo "*La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social*", entiende que *presentar límites a la libertad de empresa, respetando su identidad, pero acogiendo las premisas de un Estado social no es fácil, pero creemos que el análisis casuístico puede ayudar a determinar algunos criterios, y que la fuerza del Estado social se transmite a lo largo de la Constitución, siendo un freno a los excesos liberales que anhelan colonizar todos los espacios del mundo de la vida. De ahí que el interés general, en conexión con los fundamentos sociales en los que se funda la Constitución permite la protección de derechos sociales que pueden ser afectados por un ejercicio desmedido de la libertad de empresa[25]*.

Así mismo, el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma que los Estados partes tienen una obligación de proteger el derecho a la salud, y en su literal b disponen que deben velar porque la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud[26].

Nuestra opinión es que como lo demuestran las sentencias citadas, hemos tenido avances importantes en el desarrollo de ambos derechos fundamentales y que en última instancia las condiciones para que el derecho fundamental a la salud ceda ante el derecho a la libertad de empresa y viceversa deben establecerse caústicamente bajo requisitos y parámetros claros y que cumplan razonablemente con el fin perseguido conforme el 74.2 de la Constitución Dominicana y con el principio de progresividad de los derechos sociales.

[1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Cursante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Pantheon Sorbonne y el IGLOBAL, y profesor de Derecho Constitucional.

[2] En 2010, inmediatamente antes de que los Estados Unidos aplicaran características clave de la Ley de Cuidado de la Salud Asequible (ACA, por sus siglas en inglés), el 18 % de los residentes de Estados Unidos menores de 65 años carecían de seguro de salud según un informe de la Organización Mundial de la Salud (OMS), disponible en línea: <https://www.who.int/bulletin/volumes/92/12/14-141762-ab/es/>

[3] Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de fecha 16 de diciembre de 1966.

[4] DEL HIERRO CARRILLO, Patricia, "La invisible "mano invisible" de Adam Smith", Revista de Economía institucional, vol. 21, n.º 40, enero-junio/2019, pp. 143-161 issn 0124-5996/e-issn 2346-2450, disponible en línea: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/issue/view/531>

[5] PERDOMO, Nassef, "La Constitución Comentada", Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS), Santo Domingo, noviembre 2011, P. 103.

[6] Sentencia del Tribunal Constitucional Dominicano, TC/0049/13 de fecha 09 de abril de 2013, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/7473/sentencia-tc-0049-13-c.pdf>

[7] JORGE PRATS, Eduardo, "Derecho Constitucional Vol I", IUS NOVUM, Agosto 2010, P. 410.

[8] Sentencia del Tribunal Constitucional Dominicano, TC/0268/13 de fecha 19 de diciembre de 2013, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/7693/sentencia-tc-0268-13-c.pdf>

[9] Sentencia del Tribunal Constitucional Dominicano, TC/0196/13 de fecha 31 de octubre de 2013, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/7621/sentencia-tc-0196-13-c.pdf>

[10] Sentencia del Tribunal Constitucional Dominicano, TC/0064/19 de fecha 13 de mayo de 2019, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/19119/tc-0064-19.pdf>

[11] Sentencia del Tribunal Constitucional Dominicano, TC/0049/12 de fecha 15 de octubre de 2012, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/7376/sentencia-tc-0049-12-c.pdf>

[12] Sentencia del Tribunal Constitucional Dominicano, TC/0450/15 de fecha 3 de noviembre de 2015, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/8550/sentencia-tc-0450-15-c.pdf>

[13] Sentencia del Tribunal Constitucional Dominicano, TC/0031/18 de fecha 13 de marzo de 2018, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/15324/tc-0031-18.pdf>

[14] Op. Cit. P. 15.

[15] sentencia T-173/03 de la Corte Constitucional de Colombia de fecha 28 de febrero de 2003, disponible en línea: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-173-03.htm>

[16] sentencia T-202/03 de la Corte Constitucional de Colombia de fecha 10 de marzo 2003, disponible en línea: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-202-03.htm>

[17] sentencia T-1325/01 de la Corte Constitucional de Colombia de fecha 7 de diciembre de 2001, disponible en línea: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-1325-01.htm>

[18] sentencia T-344/02 de la Corte Constitucional de Colombia de fecha 9 de mayo de 2002, disponible en línea: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-344-02.htm>

- [19] LEON MOREL, Víctor A., “Análisis de las sentencias estructurales: caso del Tribunal Constitucional Dominicano”, 28 de septiembre 2020, disponible en línea: <https://abogadosdq.com/analisis-de-las-sentencias-estructurales-caso-del-tribunal-constitucional-dominicano/>
- [20] Sentencia del Tribunal Constitucional Dominicano, TC/0111/19 de fecha 27 de mayo de 2019, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/19292/tc-0111-19.pdf>
- [21] sentencia T-178/17 de la Corte Constitucional de Colombia de fecha 24 de marzo de 2017, disponible en línea: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-178-17.htm>
- [22] LONDOÑO BERRÍO, Carlos, GIRALDO GONZÁLEZ, John, TABORDA CASTRILLÓN, William, “Tensión entre el derecho fundamental a la salud y la libre voluntad de las partes contratantes en los planes voluntarios de salud. Caso seguros de vida Suramericana s.a. años 2011 – 2013”, Revista CESDERECHO Volumen5 No.2 Julio-Diciembre 2014.
- [23] FERRAJOLI, Luigi : “El Constitucionalismo Garantista. Entre Paleo-iuspositivismo y Neo-iusnaturalismo”, 2011, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho , N° 34: pp. 311-360.
- [24] VICTORIA, Omar, “La Constitución Comentada”, Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS), Santo Domingo, noviembre 2011, P. 422.
- [25] VIERA ÁLVAREZ, Christian, “La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 21, 2010-I, pp. 197-224, disponible en línea: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/download/6021/6484/12392>;
- [26] Observación general N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, disponible en línea: <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-14-derecho-al-disfrute-del-mas-alto-nivel-posible-salud-articulo-12>

## Ocho cambios paradigmáticos recientes en la jurisprudencia civil

*Juan Vizcaíno Canario*

La jurisprudencia es el conjunto de sentencias o fallos que emiten los tribunales y abarca la doctrina que estos órganos desarrollan para la solución de los casos. También, es definida como el criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes[1] (corpus jurisprudencial); es considerada como una fuente del derecho.

Como creadora y mantenedora de la jurisprudencia, el papel de la Suprema Corte de Justicia es de capital importancia[2], pues no hay dudas que la cuestión está vinculada con la determinación de la autoridad jurídica de las sentencias rendidas por la Corte de Casación. Es decir, tiene fuerza en la formación de una jurisprudencia nacional, y el interés de mantener la uniformidad de su interpretación, y, por consiguiente, la unidad del derecho adjetivo[3].

Resulta necesario especificar que las normas son creadas con finalidades específicas, con miras a palear, prever, modificar o instituir una situación. Tal es el caso del rol de la Suprema Corte de Justicia, como ente creador y mantenedor de la uniformidad jurisprudencial, contenido del artículo 2 de la Ley No. 3726, de fecha 29 de diciembre de 1953, sobre el procedimiento de casación. Dicho texto dispone que: *“Las decisiones de la Suprema Corte de Justicia, en funciones de Corte de Casación, establecen y mantienen la unidad de la jurisprudencia nacional”*.

La uniformidad de la jurisprudencia garantiza el principio de seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y debido proceso y el principio de igualdad. Aunque el criterio jurisprudencial del Poder Judicial no es vinculante, el mismo debe considerarse como el criterio establecido en una o varias sentencias emitidas con anterioridad al caso en el cual se invoque el mismo. Para que ese cambio pueda ser alegado ante un tribunal judicial, es necesario que la cuestión decidida en el mismo guarde similitud con el caso de que se trate, en lo que concierne, particularmente, al problema jurídico planteado, cuestiones constitucionales, hechos del caso, norma juzgada o tema de derecho. (TC/0094/13).

Los ocho cambios paradigmáticos recientes en la jurisprudencia civil que presentaremos a continuación tienen su fundamento en la constitucionalización del proceso, en la influencia de la nueva composición de la Suprema Corte de Justicia y en el efecto aplicativo del precedente vinculante trazado por el Tribunal Constitucional.

### **Recientes cambios paradigmáticos en materia civil:**

**1.Relación consensual more uxorio. Caso Rosa Carmen Beras Cisneros y compartes vs Santiago Peguero Astacio y María Peguero Astacio. Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia. 1 de octubre de 2020.**

Mediante esta decisión, en lo adelante, con relación a las relaciones consensuales, regirán entre otros los criterios siguientes:

No hace presumir irrefragablemente la comunidad de bienes entre la pareja consensual, sino que mantiene una presunción simple, no en base al régimen de comunidad legal, sino en virtud de que es nuestra Constitución la que afirma en su artículo 55.5 que la relación consensual, genera derechos y deberes en sus relaciones patrimoniales. En consecuencia, presume derechos patrimoniales por las circunstancias de hecho que la caracterizan.

Agrega la definición de estabilidad considerándola como la pre-comprensión de un tiempo mínimo expreso de duración de la relación de hecho. Se estaría partiendo de la convicción errónea, tal y como se lleva dicho anteriormente, de una simetría o equiparación total entre estabilidad y tiempo mínimo de duración, dejando de lado cualquier otro factor que tenga incidencia en la continuidad y no variabilidad de la relación de que se trate.

Actualizan su concepción de la singularidad, específicamente sobre la afirmación que hasta ahora era sostenida en cuanto a “las uniones que en sus orígenes fueron péfidas, aun cuando haya cesado esa condición por la disolución posterior del vínculo matrimonial de uno de los integrantes de la unión consensual con una tercera persona”. En lo adelante la singularidad implica que todos los elementos que constituyen el concubinato deben darse solamente entre los dos sujetos. Significa que estos no deben tener otras relaciones simultáneas con similares características. Sin embargo, esto no significa que pueda descartarse la existencia del concubinato cuando se demuestre que las relaciones simultáneas cesaron y a partir de ese momento se verifique la exclusividad en la relación y la concurrencia de los demás requisitos exigidos para que se configure la figura.

En cuanto al requisito de estar libre de impedimento matrimonial que establece la Constitución, solo podrá ser reconocida, para fines de establecer el tiempo, a partir de la disolución de dicho matrimonio por cualquier causa que establezca la ley y solo a partir del momento en donde se configuren todas las condiciones requeridas para su reconocimiento, expuestas precedentemente.

**2. Alcance de los poderes del juez de referimiento en materia de embargo inmobiliario. Caso Osiris José Luna Ureña vs Fernando Ramsés Luna Ureña. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia. 26 de agosto de 2020.**

En ese sentido, por medio del presente fallo, esta Corte de Casación considera pertinente apartarse del criterio jurisprudencial que admitía como válido el poder del juez de los referimientos para ordenar en el curso de un embargo inmobiliario las medidas establecidas en el artículo 681 del Código de Procedimiento Civil para sostener que tales medidas deben ordenarse por el juez de primera instancia apoderado del

embargo “en la forma” de los referimientos, pues dicho texto legal establece que el embargado es el secuestrario natural del inmueble, por lo que para revertir tal designación legal debe respetarse la forma establecida por la misma disposición.

**3. Punto de partida del plazo para recurrir. Efecto de la notificación de la sentencia. Caso Fernández García C. por A vs Dulce Esperanza Bencosme Polanco. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia. 29 de enero de 2020.**

Por consiguiente, este tribunal asumió una postura distinta respecto al punto de partida del plazo para interponer la vía de recurso que inicie con la notificación de la decisión. En tal sentido, esta Sala Civil y Comercial señaló que el punto de partida del plazo inicia con la notificación del fallo atacado tanto en contra del que la ha notificado (aún sea el propio recurrente), así como del notificado, incluso cuando ha sido realizada a una persona que no ha sido parte en la instancia, habida cuenta de que constituye una prueba fehaciente de la fecha en que tuvo conocimiento de la sentencia, con lo que se agota la finalidad de su notificación que dicha postura ha sido asumida también por el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su decisión TC/0239/13, de fecha 29 de noviembre de 2013.

**4. Cambios en materia de garantía prendaria y de garantía hipotecaria. Caso Bancredit Cayman Limited vs A & G Servicios Múltiples, C. por A. y Ramón Merillo Abreu Ovalles. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia. 26 de febrero de 2020.**

En ese sentido, por medio del presente fallo, esta Suprema Corte de Justicia se aparta del criterio jurisprudencial de que cuando existe una garantía prendaria no puedan ejecutarse los demás bienes del deudor, así como también se aparta del criterio de que cuando existe una hipoteca no es posible embargar conservatoriamente los demás bienes del deudor, con la única limitación de no proceder a la venta en pública subasta de “los inmuebles que no le hayan sido hipotecados”.

**5. Recurribilidad de la sentencia que ordena partición de bienes. Caso Elba Estela Flores Abreu y compartes vs Johanny Margarita Flores Leocadio y Ángel Domingo Flores Abreu. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia. 13 de noviembre de 2019.**

Esta Sala ha verificado que no existe texto legal en nuestro ordenamiento que expresamente señale que las sentencias que ordenan la partición no son susceptibles del recurso de apelación, por lo tanto, la inferencia ha de hacerse en el sentido de que, no estando cerrada expresamente esta vía por el legislador, la sentencia podrá en todos los casos ser recurrida por la parte que resulte perjudicada, y no admitirlo en estas condiciones contradice nuestra Constitución.

**6. Interpretación del artículo 156 del código de procedimiento civil. Caso Leterago, S. R. L vs Farmacia Farmat, S. R. L. Primera sala de la Suprema Corte de Justicia. 11 de diciembre de 2020.**

Por los motivos anteriores, esta Primera Sala reconfirma que la postura inicial prevaleciente por más de 30 años, que dispone que el plazo para que se configure la perención de la sentencia inicia a correr de la fecha de su pronunciamiento, constituye la interpretación correcta del art. 156 del Código de Procedimiento Civil, puesto que el legislador, tanto del texto francés como del texto dominicano, persigue que la parte defectuante se mantenga el menor tiempo posible ajena a la existencia de la sentencia dictada en su defecto, de forma que pueda conservar oportunamente los medios de prueba necesarios para ejercer su derecho de defensa. Esta previsión del legislador sería burlada si se admite que el plazo de seis meses de perención corre a contar de que la parte compareciente estime oportuno a sus intereses retirar la sentencia del tribunal. Sería la parte compareciente quien determinaría a su conveniencia cuándo la parte defectuante debe enterarse de la existencia del fallo.

**7. Naturaleza de la sentencia que ordena el sobreseimiento en materia civil. Caso Manuel Domingo González Abud vs. Francisca Alcántara González. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia. 24 de julio de 2020.**

Lo expuesto anteriormente evidencia que si bien es cierto que el tribunal de alzada consideró preparatoria la sentencia que rechazó medidas de instrucción y una solicitud de sobreseimiento de la causa, criterio este sostenido por la antigua doctrina jurisprudencial<sup>1</sup>. Cabe destacar que fue variado dicho criterio con relación a la naturaleza de las sentencias que versan sobre sobreseimientos en el ámbito del embargo inmobiliario fijándose el precedente que estas eran susceptibles de la vía recursiva<sup>2</sup> de manera que mediante la presente decisión se unifica la postura y se amplía al ámbito civil y comercial, con el objetivo de establecer una correcta unificación de criterios sobre el tema en cuestión.

**8. Descargo puro y simple. Caso Diomedes Berroa Mercedes y Nancy Altagracia Gervacio Hernández vs Félix Antonio Rodríguez Domínguez. Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia. 27 de noviembre de 2019.**

Es por las razones expuestas, que las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia varían el criterio que hasta el momento han mantenido, de que las sentencias que se limitan a pronunciar el descargo puro y simple no son susceptibles de ningún recurso, y a partir de esta sentencia determina, que las sentencias dadas en última instancia, que se limitan a pronunciar el descargo puro y simple de la parte recurrida, son susceptibles de las vías de recursos correspondientes, y como consecuencia de ello procede hacer juicio sobre la sentencia impugnada con la finalidad de decidir si procede el rechazo del recurso de casación o por el contrario procede casar la decisión impugnada.

[1] <https://dle.rae.es/jurisprudencia>

- [2] ]VEGA B, Wenceslao. Historia de la Corte de Casación Dominicana (1908-2008). Julio 2008. Santo Domingo, Rep. Dom. P. 81
- [3] LUCIANO Pichardo, Rafael. Rol de la Suprema Corte de Justicia como Corte de Casación y Unificadora de la Jurisprudencia Nacional. Escuela Nacional de la Judicatura, año 2001. P. 21

## El Auxiliar experto en el marco de la Ley 141-15

*Francisco Álvarez Martínez*

### **Generalidades sobre los auxiliares expertos**

Aunque nuestra ley no realiza la distinción, la práctica ha generado dos tipos de auxiliares expertos. Por un lado, los más “comunes” son los que forman parte del equipo de uno de los tres funcionarios principales (conciliador, liquidador, verificador) y que – por ley – dicho funcionario debe registrarlos para poder tener un control de quienes manejan el expediente, instruyen su labor y están en contacto con la documentación relevante y confidencial.

La lógica detrás de esta primera modalidad es clara, se necesita que estos funcionarios, como son definidos, tengan acceso indiscriminado a la información y documentación legalmente requerida, y por ello, no bastaría solo con verbalmente ser parte de un equipo vinculado a, por ejemplo, el verificador, sino que el legislador genera un celo extremo con la información y por ello, por mandato, indica los mismos deben ser registrados ante el Tribunal como tal, pero sin cargar al proceso o al deudor con sus honorarios.

Ejemplo de esto ha sido la reiterada jurisprudencia que la Séptima Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Departamento Judicial de Santiago ha creado en la materia, donde, por ejemplo en el curso de uno de los procesos que maneja, emitió el Auto No. 975-2019-TREE-00003, indicando allí que el registro de estos funcionarios se enmarca dentro de las facultades previstas por el artículo 14 de la ley 141-15 de hacerse acompañar de auxiliares expertos con el objetivo de que la función para la cual ha sido designado sea rendida en el tiempo oportuno y en cumplimiento de las formalidades previstas.

Sigue el referido tribunal indicando que este tipo de auxiliares que conforman parte del equipo de, por ejemplo, el conciliador, “antes de iniciar su gestión deben estar registrados en el Tribunal, para que estas actuaciones tengan validez y los acreedores puedan tener constancia de los participantes en el proceso”, y por ello hace énfasis, tanto el Tribunal como la ley, en que la remuneración de estos queda a cargo del funcionario que promueve el registro.

Es tanto así que, al evaluar los procesos llevados bajo la Ley 141-15, encontramos que, de manera coherente en la gran mayoría de los procesos, los funcionarios registran a su equipo de manera automática en el primer contacto con el Tribunal. La idea es permitir que su gestión sea – más adelante – lo más transparente posible, otorgando calidades por estos en las interacciones judiciales y extrajudiciales, y permitiendo que los mismos sean parte del escrutinio procesal que la ley promueve a favor de las partes interesadas.

El “otro tipo” de auxiliar experto es el que surge de la necesidad del proceso mismo. Su requerimiento no nace de un elemento volitivo vinculado a uno de los funcionarios principales, sino que el proceso y su evolución generan y hacen imperativo para la progresión de este el acompañamiento adicional de un tercero, hasta ese momento no vinculado al proceso, para mantener la integridad necesaria de las diligencias promovidas en el marco de la ley 141-15.

Bajo esta modalidad, la ley y el reglamento prescriben incluso que el costo de este sea asumido como parte del proceso y, en consecuencia, se distraiga del mismo deudor y no del funcionario que se beneficiaría directa o indirectamente del trabajo de este funcionario adhoc. Esto hace mucho sentido cuando entendemos que su designación, aunque pueda ser promovida por el conciliador, verificador o liquidador, lo exige el proceso, no el funcionario.

### **Naturaleza del auxiliar experto**

El artículo 6 de la Ley 141-15 otorga a los auxiliares expertos el rango de funcionarios del proceso de reestructuración y liquidación judicial.

Y, dentro de estos, incluso lo coloca sobre los asesores de los acreedores y los trabajadores, lo que – aunque no indica estar organizado por nivel de importancia – es ilustrativo de que, para el legislador, el auxiliar experto es una figura de igual importancia a la de los otros funcionarios, incluyendo la del conciliador y liquidador.

Y es que la misma ley, al definir la figura, es clara al identificar al auxiliar experto como un apéndice de uno de los tres funcionarios principales. Por eso la definición es abierta, al indicar que será considerado auxiliar experto a “cualquier persona física o jurídica que asiste, en calidad de asesor o consultor o en relación de dependencia, al verificador, al conciliador o al liquidador en sus funciones y que sea registrado como tal ante el tribunal”.

Por ello la importancia radical del auxiliar experto, pues su rol es decisivo, cuando existe, para la labor de – por ejemplo – el conciliador que se apoya en él para instruir el expediente desde su perspectiva.

La prueba más concreta de la unidad funcional entre el conciliador y su auxiliar experto la encontramos en el artículo 13, bajo el “régimen de responsabilidad”, donde se extiende la responsabilidad del conciliador, de cara al deudor, “por los actos de sus auxiliares expertos, respecto de los daños y perjuicio que causen en el desempeño de sus funciones, por incumplimiento de sus obligaciones”.

Así mismo lo deja ver el artículo 14, cuando indica que estos funcionarios adhoc, si se quiere, son elegidos y designados por el verificador, el conciliador o el liquidador y registrados por ante el Tribunal, y de manera sutil, pero con gran impacto, indica el legislador a mitad de ese párrafo que estos funcionarios “están sujetos a las obligaciones previstas en esta ley, así como al régimen de inhabilidades,

incompatibilidades e infracciones y sanciones propio de los verificadores, conciliadores y liquidadores”.

Por ello, es importante entender que el auxiliar experto, por ser un funcionario que depende – en sus funciones – de uno de los tres pilares de la Ley 141-15, es decir, conciliador, liquidador o verificador, es considerado y asimilado a estos.

### **Relevancia procesal**

Esta ley, entre muchas otras cosas, busca proteger la operatividad de la empresa o persona que accede a sus herramientas jurídicas. Resguarda a los acreedores de la empresa afectada, preservándola para que pueda «salir» de sus problemas, enfrentar sus acreencias y reintegrarse a la normalidad de su ejercicio comercial.

Podríamos decir que protege al acreedor protegiendo al deudor. Es una relación mutualista entre el Tribunal y el deudor afectado, donde ambos se benefician indirectamente de las gestiones del otro, y se adaptan a las necesidades del universo de individuos vinculados. Una simbiosis judicial entre acreedores, deudor y los funcionarios nombrados a esos fines.

Entre sus principios rectores contenidos en el artículo 3 de la mencionada ley, encontramos (entre muchos otros) los de eficiencia, maximización de activos y transparencia, que son quizás los que mejor definen la naturaleza del proceso de reestructuración en sí. De estos, el de Transparencia impregna todo el proceso – de inicio a fin – y es quizás una de las garantías de legalidad más absolutas en el marco de una ley especial, pues la violación a este principio rector podría generar un efecto dominó que destruya los avances procesales de cualquier proceso llevado bajo la sombrilla de la Ley 141-15 que cumple, a veces, un rol social de increíble importancia. Por ello es importante comprender la figura del auxiliar experto, pues en la evaluación de los casos colgados en el portal web del Tribunal de Reestructuración Mercantil ha sido evidente que, en muchos procesos, por errores exógenos y otras veces vinculados a una interpretación errada de la norma, se han cometido errores que pueden enfermar más allá de lo salvable un proceso tan importante como es el estudiado.

### **Régimen de incompatibilidades**

Como fue expuesto previamente, la ley en su artículo 9 presenta dos posibilidades ante la existencia de una incompatibilidad.

Primero, se permite que el funcionario sea quien identifique y denuncie la incompatibilidad, pues se asume que es él la persona idónea para darse cuenta de tal eventualidad. Así, indica la norma que “debe comunicarlo de manera inmediata al tribunal, quien debe proceder automáticamente y sin contestación a sustituirle”. Esta primera modalidad es un trámite administrativo que no presume ser contradictorio. La segunda variable opera cuando el funcionario, ya en conocimiento de la incompatibilidad, no la denuncia al Tribunal, además de ser pasible de sanciones

impuestas por el Tribunal, así como las que – por vía de consecuencia – sugiere la norma responsabilizan al funcionario proponente de dicho auxiliar, se permite que cualquier parte del proceso procesa entonces a elevar una impugnación oponible a dicho funcionario.

Por su parte, como complemento ideal, el artículo 50 presenta dos variables más de cómo debe reaccionar el Tribunal ante una impugnación. Estas variables representan una bifurcación en base a la naturaleza de la impugnación, algo que hace lógica pues algunas son comprobaciones objetivas, y otras subjetivas.

Por ello, el Tribunal, luego de recibida la impugnación en base a los artículos 8 y 9 de la Ley 141-15, debe conocer en audiencia pública la misma en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles a partir de la notificación, otorgándosele un plazo de tres (3) días hábiles para el retiro de los documentos y el depósito de sus argumentos de defensa. En igual plazo, a partir de la audiencia, el tribunal debe tomar una decisión, la cual puede ser recurrida en única instancia ante la Corte de Apelación de Reestructuración y Liquidación correspondiente.

Dice el mismo artículo que es inadmisibile cualquier impugnación ejercida una vez estos funcionarios hayan finalizado sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que puedan derivarse en contra de los funcionarios que – a sabiendas de la existencia de una incompatibilidad – mantengan la intención de seguir en funciones sin denunciarlas al Tribunal.

Pero, y quizás haciendo un hincapié importante a la importancia de la naturaleza de la incompatibilidad, expresa el artículo 50 en su párrafo algo sumamente sutil, luego de indicar que la impugnación como tal no suspende el proceso. Veamos.

Párrafo. La impugnación no suspende el procedimiento de reestructuración y las actuaciones de los funcionarios. Cuando se trate de la impugnación por incompatibilidad, el tribunal debe confirmar y ordenar su sustitución y la continuación del proceso dentro de los plazos previstos. En el caso de la sustitución del verificador, podrá otorgarse, a petición de alguna parte con interés legítimo, al menos la prórroga prevista en el Artículo 41 de esta ley, para la entrega del correspondiente informe.

Es evidente que el legislador sustrae del ámbito ordinario de la Ley 141-15, sus recursos y demás elementos especiales, las impugnaciones por incompatibilidad. La razón es la objetividad sobre la cual debe basarse el Tribunal.

Y hace mucho sentido, pues si evaluamos que justo luego de delimitar el proceso contradictorio, las reglas y plazos, el mismo Legislador expresamente indica que cuando se trate de una incompatibilidad, el Tribunal solamente confirma y ordena la sustitución, es evidente que la idea es darle un trato a ese tipo de impugnaciones parecido al del régimen propuesto para la admisión del mismo funcionario de la incompatibilidad.

Y por eso, ese cálculo aritmético que se propone cuando el funcionario admite la incompatibilidad, es el que la ley reitera en su artículo 50 al hablar de impugnaciones por incompatibilidad.

Parece, y así lo suscribimos, que el elemento objetivo prima en materia de incompatibilidades normativas de este tipo, y por eso el Tribunal será el veedor de dicha solución procesal cuando se compruebe cualquiera de las razones que pongan en riesgo del proceso.

### **Conclusiones de todo lo anterior**

Luego de estudiar las generalidades que afectan a uno de los funcionarios del proceso promovido por la Ley 141-15, solo queda concluir indicando lo siguiente:

- Todos los colaboradores de los funcionarios principales (Verificador, liquidador, conciliador) deben ser registrados desde el inicio como auxiliares expertos bajo el cargo y costo del funcionario de que se trate. La idea de esto es que todas las partes puedan tener conocimiento exacto de quienes tendrán acceso al expediente.
- El rango de funcionario que el auxiliar experto retiene lo impregna de las fórmulas de incompatibilidades propuestas para los funcionarios principales. Su relevancia en el proceso se asimila a la de los funcionarios principales, pudiendo considerarse como extensiones de estos en el ámbito procesal.
- De esta equivalencia es que nace la necesidad de que todo el equipo de trabajo de los funcionarios principales sea registrado por ante el Tribunal apoderado de un proceso en el marco de la Ley 141-15, pues solo así puede asegurarse que uno de los integrantes del equipo no esté afectado del régimen de incompatibilidades.
- El régimen de incompatibilidad opera de manera objetiva, ordenándose al Tribunal la sustitución del funcionario desde que tiene conocimiento del hecho relevante a tales fines. Esto aplica tanto para las denuncias que hace el funcionario de manera directa, así como las impugnaciones cuando son consecuencia de incompatibilidades legalmente recogidas.
- El proceso llevado dentro del marco de la Ley 141-15 puede ser afectado a largo plazo, incluso luego de concluido, si se verifican violaciones a la norma en el ámbito de la homogeneidad de los funcionarios y sus roles activos, pasivos, directos e indirectos para con el proceso de que se trata.

## Los principios de indivisibilidad del objeto litigioso y solidaridad procesal en el recurso de revisión en materia de amparo

Víctor A. León Morel<sup>[1]</sup>

### Introducción

Los principios de indivisibilidad y solidaridad en el derecho procesal se encuentran íntimamente ligados. La Suprema Corte de Justicia ha establecido que *la indivisibilidad queda caracterizada por la propia naturaleza del objeto del litigio o cuando las partes en Litis quedan ligadas en una causa común, para la cual procuran ser beneficiadas con una decisión actuando conjuntamente en un proceso, sea de manera voluntaria o forzosamente.*<sup>[2]</sup> Asimismo, ha establecido respecto de la solidaridad que *es un principio procesal de aplicación general que cuando hay condenaciones solidarias o indivisibles, o sea, cuando exista solidaridad o indivisibilidad pasiva, el recurso de uno de los condenados beneficia a los demandados condenados, aunque no hayan recurrido.*<sup>[3]</sup>

De las anteriores precisiones jurisprudenciales sobre los principios de indivisibilidad y solidaridad, podemos afirmar que se tratan de situaciones procesales donde existe un litisconsorcio activo o pasivo, es decir, donde varias partes, ya sean demandantes, demandados, recurrentes o recurridos, pueden verse beneficiados o perjudicados a partir de una causa común que los une en una instancia judicial. En el presente artículo, analizaremos las posibles situaciones ante un recurso de revisión constitucional en materia de amparo, respecto a lo expresado por la doctrina y jurisprudencia sobre la indivisibilidad del objeto litigioso y la solidaridad procesal, así como los efectos que pueden derivarse de las mismas.

### Caso concreto: análisis jurisprudencial y doctrinal de la indivisibilidad del objeto litigioso y la solidaridad procesal.

Primero debemos resaltar que la Ley 137-11 no regula aspectos relativos a la solidaridad e indivisibilidad del objeto litigioso ni del recurso de revisión en materia de amparo. Tampoco conocemos jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el caso que plantearemos. Si se reconoce el principio de supletoriedad en los procesos constitucionales, conforme lo contempla la Ley 137-11, en su artículo 7.12 sobre los principios rectores de la justicia constitucional, donde indica que *en caso de imprevisión, oscuridad, insuficiencia o ambigüedad de dicha Ley se aplicarán los principios del derecho procesal constitucional y solo subsidiariamente las normas procesales afines a la materia discutida, siempre y cuando no contradigan los fines de los procesos y procedimientos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo.* Sin embargo, en varias disposiciones de la referida ley se indica expresamente que se procederá conforme al derecho común<sup>[4]</sup>. Igualmente es importante resaltar que estos principios son propios del derecho procesal civil, por lo que nuestro análisis se va a circunscribir a esta materia supletoria del derecho procesal constitucional.

Entrando en materia, el recurso de revisión en materia de amparo se interpone en un plazo de cinco (05) días a partir de su notificación, según el artículo 95 de la Ley 137-

11.[5] En un caso hipotético, Pedro y Juan accionan en amparo representados por un solo abogado y procurando que un tribunal tutele sus derechos fundamentales mediante un petitorio en común. Dicha acción es denegada o declarada inadmisibile, y la sentencia es notificada solo a Juan, quien deja vencer el plazo de 5 días francos y hábiles. Posteriormente, Pedro y Juan depositan un recurso de revisión en conjunto a través de una sola instancia contra de dicha sentencia, y el recurrido solicita que el recurso sea declarado inadmisibile por haberse vencido el plazo para interponer el mismo.

En el presente caso, nos surgen tres posibles soluciones al pedimento incidental de inadmisibilidat:

- Que el Tribunal Constitucional declare inadmisibile el recurso de revisión en materia de amparo en cuanto a Juan y lo declaré admisible en cuanto a Pedro;
- Que el Tribunal Constitucional declare inadmisibile el recurso de revisión en materia de amparo en cuanto a ambos recurrentes;
- Que el Tribunal Constitucional declare admisible el recurso de revisión en materia de amparo en cuanto a ambos;

Sobre esto, el profesor Osvaldo Alfredo Gozaini en su obra *“Elementos del Derecho Procesal Civil”* nos indica que pueden existir litisconsorcios facultativos o necesarios, y que normalmente en un *litisconsorcio facultativo, cada uno de los litisconsortes actúa en forma autónoma, de manera que los recursos interpuestos solo benefician a quienes los opusieron, tal postulado admite excepciones que se vinculan con el tenor de las defensas introducidas en los agravios[6]*.

Entre estas excepciones, se encuentra el caso que hemos planteado, lo cual ha sido decidido por la Cámara Nacional Civil de Apelaciones Argentina en la sentencia dictada por la Sala A, en fecha 8 de julio de 1996, caso *“Sosa, José R. c. Estacionamiento Ayacucho 1132 S.R.L.”*, donde se decidió lo siguiente del tema tratado:

*De tal modo, si estas contienen fundamentos de carácter general o comunes, porque atañen a la esencia de la relación jurídica, y fueron estimadas en el fallo de la alzada, los efectos de la revocatoria del fallo de primera instancia afectan a un extremo en que se halla interesado un codeudor que no ha apelado la sentencia, repercutiendo el éxito del litisconsorte recurrente sobre el inactivo.*

Así mismo, el profesor Gozaini continúa expresando que a diferencia del litisconsorcio facultativo, en los procesos donde se conforma un litisconsorcio necesario habrá un único pronunciamiento que sellará la suerte de todos los litisconsortes por igual, ya que la pretensión es única y común a todos ellos. Los actos de disposición no podrán ser válidamente tomados sino por la unanimidad de todos los litisconsortes, y aprovecharán o perjudicarán a todos ellos; a saber, a modo ejemplificativo, las pruebas aportadas por cada uno de ellos incidirán y beneficiarán a los demás, y los recursos que un litisconsorte interponga impedirán que la sentencia adquiera firmeza respecto de todos.

En estos casos, donde aún existiendo un litisconsorcio facultativo el objeto litigioso es indivisible, hace que en la práctica sea inútil la declaratoria de inadmisibilidad de un recurso frente a una parte y admisible frente a otra parte, pues el efecto será el mismo: el tribunal va a conocer el fondo del proceso y su decisión va a incidir en ambas partes, incluyendo la parte que alegadamente recurrió fuera de plazo.

El profesor Juan Montero Aroca nos dice sobre el litisconsorcio necesario que el proceso único con pluralidad de partes es necesario cuando las normas jurídicas conceden legitimación para pretender y/o para resistir, activa y/o pasiva, a varias personas conjunta, no separadamente; en estos casos todas esas personas han de ser demandantes y/o demandadas, pues se trata del ejercicio de una única pretensión que alcanzará satisfacción con un único pronunciamiento[7]. Por otro lado, el profesor Edynson Alarcon, en su artículo titulado “*Sobre la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario y sus derivaciones procesales*”, nos indica que el litisconsorcio pasivo necesario se explica en la exigencia, hartamente elemental, de arrimar al proceso a todos los interesados directa e indivisiblemente en la relación jurídica que conforma el núcleo de la contestación, **a fin de prevenir indefensión, dispersión o una posible contradicción de sentencias**[8].

En materia penal, conforme el artículo 402 del Código Procesal Penal, no existen mayores discusiones al respecto pues se establece expresamente la favorabilidad del recurso de un co-imputado frente a otro, cumpliendo ciertas condiciones. Veamos que dice textualmente el citado artículo 402:

**Art. 402.- Extensión.** *Cuando existen co-imputados, el recurso presentado por uno de ellos favorece a los demás, a menos que se base en motivos exclusivamente personales.*

*En caso de acumulación de causas por hechos punibles diversos, el recurso deducido por un imputado favorece a todos, siempre que se base en la inobservancia de normas procesales que afecten también a los otros y no en motivos exclusivamente personales.*

En el caso hipotético planteado, podemos hablar de lo que la doctrina ha denominado como un **litisconsorcio facultativo propio**, en el cual existe entre las personas que lo conforman una verdadera conexión entre las respectivas pretensiones. Esta conexión de pretensiones resulta de la existencia en las personas que lo integran de uno de los varios elementos que constituyen el juicio, a saber, sujetos, causa petendi, objeto[9].

Sobre el particular, somos de opinión que la indivisibilidad del objeto litigioso y la solidaridad procesal son excepciones al principio de personalidad de los recursos, así como al principio de la cosa juzgada, en virtud al efecto expansivo de los recursos, teoría que ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, mediante la sentencia SSTS de fecha 29 de junio de 1990 y reiterado en varias sentencias posteriores, estableciendo lo siguiente:

*El principio general de que, en segunda instancia, no cabe favorecer la situación de quien no apela ni se adhiere a la apelación, ni es posible entrar en cuestiones consentidas por ese litigante que se ha aquietado a lo resuelto por la sentencia de primera instancia, quiebra en aquellos supuestos en que los pronunciamientos deban ser absolutos o indivisibles por su naturaleza y también en aquellos supuestos en los que exista*

*solidaridad procesal por ejercitarse conjuntamente la misma acción frente a varias personas colocadas en idéntica situación procesal.*

*Este criterio -que la jurisprudencia ha descrito como la **fuerza expansiva de lo decidido en el recurso a quienes, unidos por un vínculo de solidaridad con el recurrente, no fueron recurrentes**- hace la salvedad de aquellos casos en los que la resolución del recurso se basa en causas subjetivas que afectan solo a la parte recurrente[10].*

Así mismo, nuestra Suprema Corte de Justicia ha indicado que en caso de pluralidad de demandados y de indivisibilidad del objeto litigioso, los recursos deben notificarse a todas las partes envueltas en el proceso, bajo pena de inadmisibilidad. La sentencia del Pleno de fecha 16 de mayo de 2001, establece lo siguiente:

*...que si bien es una regla fundamental de nuestro derecho procesal que en caso de pluralidad de demandantes o de demandados, los actos de procedimiento concernientes a la instancia tienen un efecto puramente relativo, esta regla sufre algunas excepciones que obedecen a las prescripciones del legislador, entre las que figura la que concierne a la indivisibilidad del objeto del litigio (...) cuando es el intimante quien ha emplazado a una o varias de las partes adversas y no lo ha hecho con respecto a todas, lo que ocurrió en la especie, la doctrina y la jurisprudencia más acertadas, establecen que el recurso es inadmisibile con respecto a todas, puesto que la notificación hecha a una parte intimada no basta para poner a las demás partes, en actitud de defenderse ni puede tampoco justificar la violación del principio de la autoridad de la cosa juzgada que ha adquirido la sentencia impugnada en beneficio de estas últimas[11].*

Así mismo, en una sentencia más reciente de fecha 2 de diciembre de 2015, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, indicando que la inobservancia de las partes a la indivisibilidad del objeto litigioso constituye una violación al derecho de defensa:

*“...de donde resulta que la impetrante Adidas AG, no obstante su condición de parte adversa en el presente proceso, al igual que lo es la Dirección General de Aduanas y de que la sentencia impugnada había adquirido la autoridad de la cosa juzgada en beneficio de éstas, fue indebidamente omitida del presente recurso por el hoy recurrente, sin que exista constancia de que haya desistido de accionar en contra de esta parte omitida, por lo que con esta actuación el hoy recurrente ha producido una violación al derecho de defensa de la co-recurrida Adidas AG, tal como ha sido alegado por ésta, así como desconoció la indivisibilidad en el objeto del presente litigio que conduce a que lo decidido en el caso en relación con el interés de una de las partes afecte necesariamente el interés de las demás, como evidentemente ocurre en la especie, pero que no fue advertido por el hoy recurrente.[12]”*

Estos criterios han sido reiterados por el Tribunal Constitucional en su sentencia TC/0571/18 de fecha 10 de diciembre de 2018, donde expresa lo siguiente:

*El fin de inadmisión relativo a la indivisibilidad del objeto litigioso y que supone que todas las partes actuantes en un proceso judicial sean debidamente emplazadas a la instancia casacional a los fines de que estas puedan ejercer eficazmente su derecho fundamental a la defensa, constituye un fin constitucionalmente legítimo y por tanto, al declarar inadmisibile las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia, el recurso de casación*

*interpuesto por los actuales reclamantes sobre la base de la indivisibilidad del objeto litigioso no incurrió en violación alguna del derecho al debido proceso judicial de los recurrentes[13].*

Volviendo al caso hipotético citado, en vista de los precedentes anteriormente citados, la única solución lógica debe ser la admisibilidad del recurso en conjunto interpuesto por varias partes, a pesar de que una de estas partes haya dejado vencer el plazo para recurrir, pues no se puede perjudicar a la otra parte que no ha sido notificada, lo que produce una solidaridad procesal, sobretodo por la indivisibilidad del objeto litigioso. Esta excepción al principio de personalidad y relatividad de los recursos ha sido reconocida por las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia, en sentencia de fecha 12 de enero de 2011, donde establecen lo siguiente:

*“Que, si bien es verdad que las actuaciones del procedimiento de instancia, incluso cuando se trata de una vía de recurso, tienen carácter divisible, en el sentido de que producen sus efectos únicamente en provecho del actor y en contra del demandado o recurrido, sin embargo, es forzoso decidir lo contrario cuando el objeto del proceso resulta ser indivisible en razón de su propia naturaleza, cuando lo decidido en el caso en relación con el interés de una de las partes, afectará necesariamente al interés de las demás partes; que, por vía de consecuencia, el recurso de apelación que se interponga contra una sentencia que involucra a varias partes entre las cuales exista un vínculo de interés común, como en la especie, tiene que ser dirigido contra todas, especialmente en este caso frente a la entidad Astilleros Benítez, C. por A., quien ha derivado evidente beneficio de la sentencia de primer grado, cuestión que, de no hacerse así, el recurso debe ser declarado inadmisibile[14].”*

Otra importantísima decisión sobre el tema en cuestión es la sentencia de fecha 12 de febrero de 2014, dictada por las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia, la cual argumenta lo siguiente respecto al efecto de los recursos y la indivisibilidad del objeto litigioso:

*“Considerando: que, los principios generales de nuestro derecho procesal determinan que en caso de pluralidad de demandantes o de demandados, los actos de procedimiento concernientes a la instancia tienen un efecto puramente relativo; **regla que sufre la excepción derivada de la indivisibilidad del objeto del litigio; que cuando la indivisibilidad existe, el recurso de casación regularmente interpuesto por una de las partes aprovecha a las otras y las redime de la caducidad en que hubiesen podido incurrir;** pero, en la situación jurídica inversa, es decir, cuando es el recurrente quien ha emplazado a una o varias de las partes adversas y no lo ha hecho con respecto a todas, la doctrina y la jurisprudencia han determinado que el recurso resulta inadmisibile con respecto a todas, ya que la notificación hecha a una parte intimada no basta para poner a las demás partes en actitud de defenderse, ni puede tampoco justificar la violación al principio de la autoridad de la cosa juzgada que ha adquirido la sentencia impugnada en beneficio de estas últimas[15]”*

En dicho caso, se produjo una situación muy interesante, pues se trataba de un recurso de apelación en contra de los señores Jean Paul Guarinos y Marie Therese Ibáñez, casados entre sí, situación que la Corte de Casación analizó para rechazar la tesis de

indivisibilidad del objeto litigioso por entender que no hubo una violación del derecho de defensa de las partes, en razón de cuatro argumentos, los cuales citamos para mejor entendimiento:

1. Tal como lo consignó la Corte A-qua en su decisión, ambas partes tenían domicilio en el lugar en el cual el acto contentivo del recurso de apelación fue notificado;
2. El acto fue debidamente notificado al domicilio establecido por los actuales recurrentes como domicilio de elección; y recibido por el hijo de ambos, con calidad para recibir actos de esa naturaleza;
3. Desde el inicio del litigio, los esposos han actuado de manera conjunta, en persecución de intereses comunes, teniendo la misma representación legal a tales fines;
4. Habiendo recibido el acto contentivo del recurso de apelación, aun tratándose de un sólo acto dirigido a ambos esposos, el hecho de que el representante legal escogido por ambos produjera sus medios de defensa por ante el tribunal de alzada, garantiza su derecho de defensa, ya que dichas conclusiones operarían en beneficio de ambos, precisamente por aplicación del principio de indivisibilidad; razones por las cuales procede rechazar el primer medio[16];

Como vemos en este caso, la situación es distinta a la que planteamos en nuestro caso hipotético pues las partes no son conyugues, ni comparten domicilio o residencia, ni la sentencia fue notificada en el domicilio de elección de ambos, sino más bien en el domicilio de uno de ellos, quienes por la afinidad de sus pretensiones y el objeto indivisible que persiguen, iniciaron una acción en conjunto ante el tribunal correspondiente.

En estos casos, somos de opinión que procede la admisibilidad de ambos recursos, pues como bien ha establecido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en su sentencia número 17 de fecha 13 de enero de 2016, en virtud del principio de indivisibilidad que caracteriza los recursos *“la apelación interpuesta por una de las partes aprovecha a sus cointeresados. Del mismo modo, ha quedado establecido “Es un principio procesal de aplicación general, que cuando se trata de condenaciones solidarias e indivisibles, o sea **solidaridad o indivisibilidad pasiva**, el recurso de uno de los condenados beneficia a los demás condenados, aunque no hayan recurrido” (S.R.. C.. C.. núm. 6, 10 abril 2013, B.J. 1229 inédito). Por tanto, la solidaridad y la indivisibilidad pasiva tienen por efecto la ejecutoriedad de la decisión contra todos los condenados y, en sentido contrario, el recurso de uno beneficia a los demás y la sentencia que se dictare en ocasión del recurso de uno beneficia a los demás, aunque no hayan sido partes citadas en grado de alzada”.*

Así mismo, entendemos que en los casos donde existe un objeto único e indivisible, la parte que solo notifica la sentencia a uno de los litisconsortes está incurriendo en una falta procesal, de la cual no podrá beneficiarse en un futuro en caso de que la parte quien no fue notificada recurra la referida decisión y beneficie a la parte que ha dejado vencer el plazo para ejercer su recurso.

## Conclusiones

En materia constitucional, el principio de favorabilidad y el principio pro actione, implican importantes garantías para el acceso y conocimiento de procesos de la justicia constitucional. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional en varias decisiones, como en la sentencia TC/0247/18, en la cual establece que *el principio pro actione o favor actionis —concreción procesal del principio indubio pro homine estatuido en el artículo 74.4 de la Constitución— supone que, ante dudas fundadas sobre la observancia por parte del recurrente de un requisito objetivo de admisibilidad en particular, el Tribunal Constitucional debe presumir la sujeción del recurrente a dicho requisito para garantizar la efectividad de sus derechos fundamentales*[17].

Estos principios juegan un papel fundamental al analizar la indivisibilidad del objeto litigioso y la solidaridad procesal sobre procesos en los cuales se produzcan litisconsorcios activos o pasivos, y en los cuales evidentemente la falta de notificación de las actuaciones a todas las partes, más allá de la sentencia, puedan generar violaciones a derechos fundamentales, como el debido proceso, la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa.

Por estas razones somos de opinión que necesariamente debe admitirse el recurso de revisión en materia de amparo planteado en el caso hipotético, no solo por todas las razones que hemos presentado sobre la indivisibilidad del objeto litigioso, sino también porque no tendría utilidad práctica la inadmisibilidad de un recurso sobre una parte, cuando en efecto, el Tribunal vaya a conocer el fondo de la misma sentencia respecto de otro recurrente y sobretodo frente a las mismas pretensiones que van a surtir efectos para todas las partes envueltas.

[1] Abogado, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Cursante del Máster en Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales, doble titulación por la Universidad Paris 1 Pantheón Sorbonne y el IGLOBAL.

[2] SCJ, 1.ª Sala, 5 de marzo de 2014, núm. 1, B. J. 1240;

[3] SCJ, Salas Reunidas, 10 de abril de 2013, núm. 6, B. J. 1229;

[4] Ver por ejemplo los artículos 28, 94 de la Ley 137-11.

[5] No obstante a que el artículo 95 establece que dicho plazo inicia con la notificación de la sentencia, la Sentencia TC/0156/15, dictada el tres (3) de julio de dos mil quince (2015), estableció el siguiente precedente: *En ese tenor, si bien la ley establece que el plazo empieza a computarse a partir de la notificación, no menos cierto es que su finalidad es que las partes puedan ejercer el derecho a los recursos en los plazos establecidos en la ley. Es por ello que si la parte demandante, accionante o recurrente, toma conocimiento de la sentencia por cualquier otra vía y ejerce su derecho a ejercer el recurso, el plazo para el cómputo empieza a correr desde el momento de su ejercicio, como ha ocurrido en la especie.*

[6] GOZAINI, Osvaldo Alfredo, “Elementos del Derecho Procesal Civil”, “Cátedra de OSVALDO ALFREDO GOZAINI”, P.56, disponible en línea: <http://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf>

[7] MONTERO AROCA, Juan, “Manual de Derecho Procesal Civil, Volumen I”, P. 62, disponible en línea: <http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/biblioteca/Textos/MANUAL%20DE%20DERECHO%20PROCESAL%20CIVIL%20-%20EL%20JUICIO%20ORDINARIO%20-%20VOL%20I%20-%20JUAN%20MONTERO%20AROCA.pdf>;

[8] ALARCÓN, Edynson, “Sobre la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario y sus derivaciones procesales”, 1 de febrero de 2010, Gaceta Judicial, disponible en línea: <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:DO/indivisibilidad+del+objeto+litigioso/p2/WW/vid/360766718>;

[9] HOYOS M., José, “Las Partes, Extractado de las conferencias de clase en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana”, disponible en línea: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5212317.pdf>

[10] SSTS de 29 de junio de 1990; 9 de junio de 1998; RC n.º 1039/1994 SSTS de 13 de febrero de 1993; RC n.º 2458/1990, 8 de marzo de 2006, RC n.º 2586/1999, 24 de noviembre de 2005, RC n.º 1481/1999, 3 de marzo de 2011, RIP n.º 1865/2007;

[11] Pleno de la Suprema Corte de justicia, 16 de mayo de 2001, B.J. 1086.

[12] Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, Sentencia No. 623, del 2 de Diciembre de 2015, disponible en línea: <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:DO/indivisibilidad+objeto/WW/vid/672219385>

[13] Tribunal Constitucional Dominicano, Sentencia TC/0571/18, 10 de diciembre de 2018, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/17647/tc-0571-18.pdf>

[14] Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia, 12 de enero de 2011, disponible en línea: [http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/pdf/sentencias\\_destacadas/Elvis\\_M\\_Velez\\_Perez.pdf](http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/pdf/sentencias_destacadas/Elvis_M_Velez_Perez.pdf)

[15] Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia, 12 de febrero de 2014, disponible en línea: [http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/pdf/fallos/FALL\\_jean\\_paul\\_guarinos\\_y\\_marie\\_therese\\_ibanez.pdf](http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/pdf/fallos/FALL_jean_paul_guarinos_y_marie_therese_ibanez.pdf)

[16] Op. Cit. P. 13.

[17] Tribunal Constitucional Dominicano, Sentencia TC/0247/18, 30 de julio de 2018, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/16243/tc-0247-18.pdf>

## **El TC y la adecuación constitucional de la declaratoria de urgencia en los casos de expropiación forzosa**

*Nelson A. Arriaga Checo*

El ordenamiento jurídico coloca a cargo de las entidades públicas una serie de tareas o actividades, también llamadas *cometidos estatales* (Sayagués Laso), que serán concretizadas mediante las funciones administrativa, legislativa y jurisdiccional, es decir, ese conjunto de actos jurídicos y actividades materiales para cumplir con los fines públicos. Para ello, el Estado ejerce la función de actuar en relaciones jurídicas como sujeto de derecho gestor del interés público (Brewer-Carías) o función administrativa.

Esta función administrativa se concretiza mediante el ejercicio de potestades o prerrogativas públicas previamente establecidas en la ley. Un ejemplo de estas es la potestad expropiatoria cuya finalidad debe estar orientada al equilibrio entre la propiedad privada y las exigencias del interés general.

La propiedad es definida por el Código Civil como “(...) el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal de que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes y reglamentos” (artículo 544), a lo que agrega que “nadie puede ser obligado a ceder su propiedad a no ser por causa de utilidad pública, previa justa indemnización pericial, o cuando haya discrepancia en la estimación, por juicio de Tribunal competente” (artículo 545).

La Constitución señala en su artículo 51 que el Estado reconoce y garantiza el derecho de propiedad caracterizado por una función social que implica obligaciones, así como el derecho de las personas al goce, disfrute y disposición de sus bienes.

El numeral 1 del citado artículo otorga rango constitucional a la potestad expropiatoria del Estado, define sus límites, consagra un procedimiento que ordena a la ley adjetiva desarrollar e introduce el concepto de “justo valor” que materializa el respeto del principio de igualdad ante las cargas públicas, sin lo cual el sujeto expropiado sería sometido a un sacrificio especial (Mayer) que no debería soportar de manera singular. De ser así, se abrirían los supuestos de responsabilidad del Estado por actuaciones legítimas que hubieren ocasionado un daño injusto y desigual.

El procedimiento expropiatorio se rige por la ley núm. 344, que establece un procedimiento especial para las expropiaciones intentadas por el Estado, del 29 de julio de 1943, cuya concreción se realiza mediante el dictado de actos administrativos que declaran de utilidad pública terrenos que serían expropiados posteriormente. En estos actos resulta muy frecuente leer lo siguiente:

“Se declara de urgencia que el Estado entre en posesión de los indicados inmuebles, luego de cumplidos los requisitos legales exigidos por el artículo 13 de la Ley núm. 344, del 29 de julio de 1943, modificada por la Ley núm. 700, del 31 de julio de 1974.

La entrada en posesión por parte del Estado de las mencionadas porciones de terreno será ejecutada por el Abogado del Estado, en virtud de lo dispuesto por la Ley núm. 486, del 10 de noviembre de 1964, que agrega el párrafo II al artículo 13 de la Ley núm. 344, del 29 de julio de 1943.”

Las referidas disposiciones configuran el procedimiento expropiatorio de urgencia que se prevé en el artículo 13 de la citada norma en el sentido siguiente:

“En caso de que no haya acuerdo sobre el valor de la propiedad que deba ser adquirida y el Poder Ejecutivo declare la urgencia, el Estado, los Municipios y el Distrito Nacional podrá entrar en posesión de dichos bienes para los fines perseguidos por la expropiación una vez que se haya depositado en la Tesorería Nacional en una cuenta especial, fuera de la Cuenta República Dominicana, el valor fijado por el Catastro Nacional como precio de los mismos a reserva de discutir si procede o no el pago de un suplemento de precio, ante el Tribunal competente, el cual será apoderado directamente por medio de una instancia.” (El resaltado es nuestro)

Este procedimiento expropiatorio de urgencia “ha creado un hábito administrativo de muy difícil desarraigo” (García de Enterría: 118) materializado en una declaratoria que procura la inmediata entrada en posesión por parte del Estado de los inmuebles objeto de la declaratoria de utilidad pública.

A propósito de esta práctica generalizada, la utilización frecuente de la urgencia tanto en este como en otros ámbitos del accionar administrativo pueden “llevar a convertir en normales figuras nacidas tan sólo para casos que no lo son” (Clavero Arévalo: 26). Sin embargo, este procedimiento urgente está llamado a tener un carácter excepcional que justifique la necesidad de ocupación inmediata de los bienes a ser expropiados en consonancia con el artículo 51.1 de la Constitución.

Esta habilitación legal tendente a declarar la urgencia para la entrada en posesión de un inmueble sometido a una declaratoria de utilidad pública encuentra su sustento normativo en una ley anterior a la Constitución de 2010 y que, al menos respecto de su artículo 13, se configura una inconstitucionalidad sobrevenida, es decir, un problema de compatibilidad con las bases constitucionales del ordenamiento jurídico suscitada en ocasión de la aplicación de una norma anterior a la Constitución que contradice sus principios materiales (García de Enterría).

Si bien no utiliza esta técnica de manera expresa para la solución del caso, nuestro Tribunal Constitucional (TC) dictó una trascendental decisión que consagra una adecuación constitucional de la urgencia en las declaratorias de utilidad pública. Mediante una sentencia manipulativa de tipo condicional, específicamente la TC/182/20 del 23 de junio de 2020, el TC indicó que para que el artículo 13 de la Ley núm. 344 de 1943 sea conforme a la Constitución este deberá tener el contenido siguiente:

“Art. 13- (Modificado por la Ley No. 471 del 2 de noviembre de 1964). En caso de que no haya acuerdo sobre el valor de la propiedad que deba ser adquirida y **se declare el Estado de Emergencia o de Defensa, conforme a los términos que establece la Constitución**, el Estado, los Municipios y el Distrito Nacional podrá entrar en posesión de dichos bienes para los fines perseguidos por la expropiación una vez que se haya depositado en la Tesorería Nacional en una cuenta especial, fuera de la Cuenta República Dominicana, el valor fijado por el Catastro Nacional, **mediante una tasación debidamente actualizada**, como precio de los mismos a reserva de discutir si procede o no el pago de un suplemento de precio, ante el Tribunal competente, el cual será apoderado directamente por medio de una instancia.” (sic)

El fundamento de la decisión del tribunal al contrastar el artículo 13 de la Ley núm. 344 de 194 con el artículo 51.1 de la Constitución se resume en los aspectos que se detallan a continuación:

- El artículo 13 de la Ley núm. 344 de 1943 plantea un procedimiento *ad-hoc* para que el Poder Ejecutivo, en casos de urgencia, pueda expropiar terrenos que hayan sido declarado de utilidad pública, sin que se fije previamente el justo precio por ante un tribunal competente como establece la Constitución en su artículo 51.1.
- El procedimiento crea una situación discriminatoria al ciudadano y transgrede las garantías del derecho de propiedad dado que el Estado, aún sin haber efectuado el pago o sin haber llegado a un acuerdo sobre el justo precio, pueda tomar posesión del inmueble. Esto es así en la medida en que el Estado está habilitado por el artículo 13 de la ley para ocupar la propiedad del ciudadano sin previo pago, lo que contradice la Constitución en su artículo 51.1 sobre el pago previo para la ejecución de la transferencia del derecho de propiedad.
- Cercena la función que le atribuye la Constitución a los tribunales de controlar la legalidad de las actuaciones de la Administración Pública, sobre todo porque las actuaciones de la Administración Pública están sujetas a supervisiones judiciales ante un tribunal que permita a las personas garantizar sus derechos, entre ellos el derecho fundamental al goce y disfrute de la propiedad privada.
- El artículo 13 de la Ley núm. 344 de 1943, preconstitucional, establece una contradicción al indicar que el justo precio será determinado por el valor que determine el Catastro Nacional, ya que dicha institución pública depende del Poder Ejecutivo, y no es un tribunal competente el que velará por cumplir con el debido proceso, tutela judicial efectiva y motivar sus decisiones.
- En casos en los que el Estado y el propietario no puedan llegar a un acuerdo con relación al precio de la propiedad, solo un tribunal competente puede establecer y fijar el justo precio, así como autorizar el traspaso de la propiedad.
- Las únicas situaciones extraordinarias en las que el pago de la indemnización pudiera ser posterior a la expropiación de una propiedad son: cuando exista una declaración de un estado de emergencia o de defensa realizada por el Congreso Nacional en situaciones donde se amerite.

Con esta decisión, el TC otorga vigencia al principio de conservación del derecho en una interpretación que defiende y hace efectivo el contenido material del artículo 51.1 de la Constitución, en tanto la declaratoria del Estado de Emergencia o del Estado de Defensa son los únicos supuestos en los cuáles nuestra Constitución admite que la indemnización al sujeto expropiado pueda no ser previa.

Cabe precisar que este tema fue abordado con anterioridad por el TC en ocasión de un recurso de revisión constitucional en materia de amparo conocido en el año 2013. En dicha oportunidad, mediante la Sentencia TC/0205/13 del 13 de noviembre de ese año, este juzgó que “(...) para que una persona pueda ser privada de su propiedad de manera que la afectación a su derecho fundamental sea mínima, es preciso que se garantice (...) el pago previo del justo valor del bien, **es decir una previa indemnización, salvo que interviniera una declaratoria de estado de emergencia o de defensa, caso en que dicho pago podría ser posterior (...)**”. (El resaltado es nuestro)

Asimismo, en la Sentencia TC/0224/19 del 7 de agosto de 2019, el TC volvió a referirse a este tema al indicar que “(...) **salvo declaratoria de estado de emergencia o de defensa (art. 51.1, *in fine*), el Estado no podrá ordenar ninguna expropiación sin disponer previamente el pago de una indemnización a favor del expropiado** y deberá garantizarle a este último, durante todo el proceso de determinación del justiprecio y pago, el pleno derecho de goce, disfrute y disposición sobre el bien de que se trate.” (El resaltado es nuestro)

Con esta decisión, el TC refuerza su abundante línea jurisprudencial sobre la defensa del derecho de propiedad y garantiza la vigencia efectiva de los postulados de la Constitución como norma suprema y fundamento jurídico del Estado. Ello, sumado a la noción de buena administración desarrollada por el alto tribunal, prometen un nuevo quehacer administrativo que acentúe la centralidad del ciudadano en los casos de expropiación forzosa.

Esta adecuación constitucional de la urgencia en las declaratorias de utilidad pública requerirá un diálogo a lo interno del Poder Ejecutivo con la finalidad de ajustar estos actos tanto a las disposiciones constitucionales citadas como a este precedente vinculante del TC.

#### Referencias:

- Clavero Arévalo, Manuel. Ensayo de una teoría de la urgencia en el derecho administrativo. Revista de Administración Pública, número 10, enero/abril 1953. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Constitución de la República Dominicana, proclamada el 13 de junio de 2015.
- García de Enterría, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Editorial Civitas, Madrid, 1985.
- García de Enterría, Eduardo. Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa. 2da. reimpresión. Editorial Aranzadi, Madrid, 2006.
- Ley núm. 344 que establece un procedimiento especial para las expropiaciones intentadas por el Estado, el Distrito de Santo Domingo o las comunes, del 29 de julio de 1943.
- Mayer, Otto. Derecho Administrativo Alemán. Tomo IV. Parte Especial. 2da. edición, inalterada. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982.

- Perdomo, Jaime Vidal *et al.* La función administrativa y las funciones del Estado. *Cuatro amigos, cuatro visiones sobre el derecho administrativo en América Latina*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.
- Sayagués Laso, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. 8va. Edición. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002.
- Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0205/13 del 13 de noviembre de 2013.
- Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0224/19 del 7 de agosto de 2019.
- Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0182/20 del 23 de junio de 2020.

## Algunos aspectos jurídicos en torno a la Superliga

*Francisco Lapouble Segura*

El comunicado de creación de la Superliga del pasado 18 de abril, sigue generando debates en el ecosistema del fútbol, después de que doce de los clubes más importantes de Europa, encabezados por el Real Madrid, anunciaran la conformación de una competición al margen de las disposiciones legales sobre las que se sostiene el fútbol asociación.

El deporte, como industria, es un fenómeno global que genera billones de dólares al año. El balance de poder que se mueve en medio de todo esto ha sido centro de controversias entre los clubes y la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA).

Este tipo de iniciativa no es nuevo: en septiembre de 2000, catorce clubes europeos organizaron el G14. Como en esta ocasión, la UEFA y la FIFA rechazaron esa decisión, por considerarla un sabotaje al fútbol y a sus fanáticos.

Al igual que aquel G14, la Superliga surge como consecuencia de la recurrente insatisfacción de los clubes con UEFA, por la forma en que esta última maneja el proceso de toma de decisiones en los temas económicos y deportivos del fútbol en el Viejo Continente. Los clubes entienden que, actuando como colectivo, tendrían una mayor exposición y mejores beneficios al margen del organismo regulador.

Sin embargo, la oposición y el rechazo que ha recibido por parte de fanáticos, clubes y gobiernos europeos ha provocado la retractación de la mayoría de los equipos fundadores. A pesar de que este nuevo intento puede ser considerado como un fracaso, el proyecto sigue vigente, así como aquellas discusiones jurídicas sobre las características anticompetitivas que identifican al deporte-industria.

Una de las particularidades que llaman la atención de la existencia y el manejo de las ligas profesionales es que, en su mayoría, estas funcionan bajo esquemas anticompetitivos. El precedente más importante sobre este respecto lo estableció la Suprema Corte de los Estados Unidos en el célebre caso *Federal Baseball Club v. National League*, donde en 1922, decidió que el *Sherman Antitrust Act* no le es aplicable a la *Major League Baseball*.

En el fragor de esta nueva saga, tuvimos la oportunidad de ver a un tribunal pronunciándose sobre esta problemática en la medida cautelar que otorgó el Juzgado Mercantil Número 17 de Madrid solicitada por los clubes, en cuyo fallo se prohibió a la UEFA y a la FIFA sancionarles, tanto a los jugadores involucrados en la Superliga, bajo el fundamento de que las mismas impiden la libre competencia en el mercado de las competiciones del fútbol profesional a nivel europeo.

Aunque esta decisión que le favorece, en términos concretos, la Superliga es la asociación de unos clubes en contra de un sistema que en la actualidad no controlan,

para operar como una especie de cartel organizado para decidir sobre los beneficios y la dirección de los ingresos de su competencia. La colusión de un grupo que pretende redefinir el deporte como industria, repercutiendo significativamente sobre su principal producto de consumo: el fútbol.

Lo que parecería estar claro es que las estructuras del deporte cambiaron, y el negocio también. Para mantenerlo funcionado en escalas de éxitos, como hasta ahora, se necesitan nuevas estrategias que sean respaldadas por los gobiernos y cuyas controversias puedan dirimirse siempre en el marco de los foros tradicionalmente reconocidos por el Derecho del Deporte. Porque no es ni la primera, ni será la última vez en que los clubes, cada vez más con más dinero y poder, reclamen sus derechos o pretendan imponer sus intereses a los reguladores.

La pregunta de si se debe permitir al deporte profesional seguir operando como monopolio, al menos en el ámbito europeo, quedará todavía sin responder y se seguirá planteando cada vez que surjan nuevas controversias. Aunque siendo sinceros, sin necesidad de que la Comisión Europea se pronuncie, el fútbol, de cualquier lado que usted prefiera ubicarse, funciona como monopolio.

Y parecería no puede ser de otra manera, y que el precedente estadounidense de *Federal Baseball Club v. National League*, a las puertas de su centenario, debe adoptarse en todo el mundo. O ¿podría ser viable en nuestro país un escenario donde exista en beisbol una liga que compita con LIDOM?, ¿una liga que compita en fútbol con la LDF?. En Europa, tampoco veremos más de una entidad organizando los campeonatos nacionales de primera y segunda división, ni tampoco, por el momento a nivel continental, por un lado la Champions y por otro la Superliga.

## Los actos administrativos de efectos particulares tras la sentencia TC/0110/21

Miguel Bautista<sup>11</sup>

Con ocasión al Curso: *¿Cómo analizar precedentes constitucionales y utilizarlos en la fundamentación de las sentencias y en la redacción de escritos judiciales?*, realizado por la Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ) de República Dominicana, a finales del mes de abril 2021, se ha suscitado una discusión interesantísima sobre si la sentencia TC/0110/21, introdujo cambios significativos en la doctrina que viene apuntalando el Tribunal Constitucional sobre los actos administrativos con alcance particular. Esta discusión ha sido el motor principal por el cual se desarrolla este ensayo.

Ciertamente, la Constitución de la República en su artículo 185, le otorga competencia al Tribunal Constitucional para conocer en única instancia: 1) *Las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas*. En relación puntual con los actos administrativos, es decir, los reglamentos y las resoluciones, el Tribunal por mucho tiempo ha mantenido la línea jurisprudencial según la cual:

- Los actos administrativos de carácter normativo y alcance general son susceptibles de ser impugnados mediante la acción directa, pues al tratarse de un control abstracto o de contenido de la norma, el tribunal constitucional verifica si la autoridad pública responsable de producir la norma observó los valores, principios y reglas de la Constitución de la República y del bloque de constitucionalidad (supremacía constitucional).
- Los actos administrativos producidos en ejecución directa e inmediata de la Constitución y en ausencia de una ley que los norme, aún no ostenten un alcance general o normativo, pueden ser impugnados mediante la acción directa en inconstitucionalidad al tratarse de actuaciones que la Ley Sustantiva ordena realizar bajo ciertas formalidades de tiempo o modo y a los fines de que se garantice la supremacía constitucional, el tribunal debe verificar el cumplimiento íntegro y cabal del mandato constitucional. (Sentencia TC/0041/13).

Tradicionalmente, con anterioridad a la sentencia TC/0110/21, la impugnación —*en el marco de una acción directa en inconstitucionalidad*— de actos administrativos que surtían efectos particulares, precisos y alcances no normativos, siempre fueron declarados inadmisibles por el Tribunal Constitucional. (Véase las sentencias TC/0051/12, TC/0073/12, TC/0041/13, TC/0117/13, TC/0402/14, TC/0426/15, TC/0606/15, TC/0192/17, TC/0286/17, TC/0154/18).

Sin embargo, en fecha veinte (20) de enero de dos mil veintiuno (2021), el Tribunal Constitucional, publicó la **sentencia TC/0110/21**, la cual marca un antes y después dentro de la doctrina que analiza “*los actos administrativos sujetos al escrutinio del control concentrado*”. En esta decisión, la alta corte analiza la constitucionalidad de:

1. Los artículos 7 y 63 de la Ley Monetaria y Financiera núm. 183-02, del 21 de noviembre de 2002 y;
2. La primera Resolución<sup>[2]</sup> emitida por la Junta Monetaria de la República Dominicana, el 19 de noviembre de 2014.

El primer punto desglosado, es decir, la impugnación a la Ley Monetaria y Financiera escapa del comentario desarrollado. Ahora bien, la primera Resolución emitida por la Junta Monetaria de la República Dominicana, el 19 de noviembre de 2014, será objeto de tratamiento.

En lo que respecta a la Resolución emitida por la Junta Monetaria, el accionante para sustentar la acción directa en inconstitucionalidad, —*en síntesis*— arguyó que:

a) *“(…) que, mediante la primera resolución del 19 de noviembre del 2014, la administración admite que retuvo la suma de RD\$254.56 millones de pesos, depositados por los ejecutivos José Luis Santoro y Gabriel Jiménez, para aplicar al capital y, que sin haberlo informado, desestimó dichos aportes, con el objeto de establecer ilícitamente un capital negativo a la entidad”.*

1. b) *“(…) que visto lo anteriormente indicado, si el capital aportado, no era un depósito a plazo, ni un ahorro y no fue admitido como capital social, la Junta Monetaria debió devolver dicho dinero, puesto que no hacerlo constituye un acto de confiscación, que solamente pudo haber dictado el tribunal”.*
2. c) *“(…) que mediante acto administrativo denominado primera resolución (...) la Junta Monetaria, el Banco Central y la Superintendencia de Bancos, se comprometieron a reembolsar, los pagos hechos por cuenta de Banco Micro de Ahorro y Crédito pagado por instrucciones de las autoridades monetarias ascendente a Doscientos Catorce Millones Trescientos Cincuenta y Dos mil ochocientos cincuenta pesos con 21/100 (RD\$214,352,850.21)”*

[...]

g) *“(…) que constituye un despropósito, contrario a la Constitución, establecer un régimen de protección especial para cualquier funcionario de la administración que por comisión u omisión cometa faltas en el desempeño de sus funciones y, más aún, extender esta protección hasta el pago por cuenta del Banco Central de sus abogados una vez dejan el cargo público, evento que perjudica a los demás ciudadanos, primero, porque los coloca en desventaja cuando para litigar pagan sus abogados, mientras que a estas personas ricas, les costea los suyos el Banco Central, que nunca utilizan el sistema de abogados de oficio que costea el Estado para quienes no pueden pagar su defensa y, segundo, porque este privilegio fomenta el abuso y, en alguna medida la corrección, puesto que se llega a arreglos por debajo de la mesa para dividir los honorarios que se presentan al Estado”.*

h) *“(…) que la presente accionante, intervenida, tiene indisponibilidad de recursos para llevar su defensa, muestras que, las autoridades, causantes de la intervención, disponen de los recursos de las instituciones, Banco Central, Superintendencia de Bancos, entidades que, además, costean la defensa personal de los funcionarios que han actuado y omitido en violación al derecho de defensa, causando enormes daños económicos, generando desigualdad e indefensión”.*

k) “(...) que el derecho de defensa, como una garantía constitucional, a los derechos fundamentales, tiene tres tiempos, el derecho previo al acto administrativo, de que nos habla el artículo 61 en su párrafo II, ya citado, el derecho a defenderse en el momento y el derecho a ejercer por ante la justicia, dicho medio, en ejercicio del control judicial que establece la Constitución, el cual, también resulta violado en virtud de que el Superintendente de Bancos, en ocasión de la resolución de disolución establecida en los artículos 62 y 63, literal b, pretende asumir la representación legal de la entidad, cuya disolución sin audiencia previa, ha sido dictada, como se observa en el Acto No.1403-14 del 1 de diciembre del 2014, dejando a dicha entidad y a sus asociados y a quienes tienen interés legítimo, en indefensión absoluta”

Como ha de observarse, el accionante impugna la constitucionalidad de la primera resolución emitida por la Junta Monetaria, por supuesta vulneración a su derecho de defensa. En este punto, se hace necesario advertir que, dicha resolución versa sobre: “La autorización a la Superintendencia de Bancos, para iniciar el proceso de disolución de la entidad de intermediación financiera Banco Peravia de Ahorro y Crédito, S.A.”.

La mencionada resolución resuelve que el órgano supervisor deberá efectuar el proceso de disolución de la citada entidad (artículo 1), también, la Superintendencia de Bancos deberá identificar las actuaciones irregulares realizadas por los directores del Banco Peravia de Ahorro y Crédito, S.A., y reunir las evidencias para que los mismos sean sometidos a la acción de la justicia [...] (artículo 2).

Resulta pertinente recordar que, las normas que pueden ser cuestionadas vía acción directa en inconstitucionalidad, están señaladas en los artículos 185.1 de la Constitución y 9 y 36 de la Ley Orgánica núm. 137-11 —leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas— que tengan un carácter normativo y de alcance general (en este sentido, entre otras, las sentencias TC/0051/12, TC/0054/12, TC/0055/12 y TC/0065/13) o han sido dictadas en ejecución directa de la Constitución o en ausencia de normas (en este sentido la sentencia TC/0003/13), pues tal y como se apuntó *ut supra*, la acción directa está orientada al ejercicio de un control *in abstracto* de los actos normativos del poder público, es decir, de su contenido objetivo.

### **Actos administrativos con alcance general o efectos particulares**

Una de las cuestiones de alto nivel que el Tribunal Constitucional verifica, —*en cumplimiento de un orden lógico procesal*— antes de abocarse a conocer el fondo de una acción directa en inconstitucionalidad, es conocer si el acto impugnado constituye por su naturaleza, un acto administrativo de alcance general y normativo o, si por el contrario, pertenece a aquellos con alcance particular y no normativo.

Sobre el particular, tempranamente el Tribunal puntualizó que: “Los primeros son aquellos de contenido normativo; es decir, que crean normas que integran el ordenamiento jurídico; en cambio, los actos administrativos de efectos particulares son aquellos que contienen una decisión no normativa, sea que se aplique a un sujeto o a

*muchos sujetos de derecho.*” (Sentencia TC/0161/13). La diferencia que acabamos de plasmar resulta relevante porque muchas veces en la práctica, la Administración como resultado del ejercicio de su potestad administrativa, denomina indiscriminadamente los términos de “Resolución” y “Reglamento”.<sup>31</sup>

En esas coordenadas, el Tribunal Constitucional ha fijado precedentes respecto del objeto y alcance de la acción directa de inconstitucionalidad frente a los actos administrativos del poder público, tal y como refirió en su sentencia TC/0051/12, del diecinueve (19) octubre de dos mil doce (2012), párrafo 8.2, página 11, en donde señala que:

*(...) el objeto de la acción directa en inconstitucionalidad está orientado a garantizar la supremacía de la Constitución de la República respecto de otras normas estatales de carácter infraconstitucional, pero no puede constituirse en un instrumento para reivindicar situaciones particulares y concretas, las cuales deben encaminarse por ante la jurisdicción contenciosa administrativa (...).*

En el caso ocurrente, la resolución núm. 1, expedida por la Junta Monetaria, tiene un carácter *-per se-* de acto administrativo con efectos particulares para una situación en concreto. En efecto, dicho acto tuvo una incidencia *-exclusiva-* en la disolución del Banco Peravia de Ahorro y Crédito, S.A; por consiguiente, no constituye una norma estatal de alcance general con efecto *erga omnes*, imposibilitando un control control concentrado por parte del Tribunal Constitucional a la resolución de la especie.

Huelga decir que, sobre las violaciones constitucionales producidas por actos administrativos de alcance particular, el Tribunal Constitucional ha expresado en su Sentencia TC/0041/13, del quince (15) de marzo de dos mil trece (2013), que:

*Los actos administrativos de efectos particulares y que sólo inciden en situaciones concretas, deben ser tutelados mediante la acción en amparo si se violan derechos fundamentales (Art. 75 de la Ley No. 137-11) o por la jurisdicción contenciosa-administrativa en caso de violarse situaciones jurídicas o derechos no fundamentales dentro del ámbito administrativo, estando la decisión final sujeta a un recurso de revisión constitucional de sentencias (Art. 53 de la Ley No. 137-11), por lo que no escapa en ningún caso al control de la justicia constitucional” [...]*

Del desarrollo de la instrucción del proceso se revela que, la constatación de la naturaleza del acto impugnado no fue presentada por las partes así tampoco dilucidada por el Tribunal Constitucional. Claramente la naturaleza del acto cuestionado tiene una relevancia neurálgica en el proceso, en virtud de que, esto define la frontera que delimita los ámbitos de legalidad ordinaria y constitucionalidad.

No obstante, a lo expresado, en la sentencia se afirma que: “Respecto al contenido sustancial de la Primera Resolución emitida por la Junta Monetaria el 19 de noviembre de 2014, este tribunal dará respuesta a los argumentos expuestos por la parte accionante [...]” (pág. 50 de la sentencia). Como se puede apreciar, al Tribunal

Constitucional conocer de las pretensiones de la parte accionante sin examinar el alcance de la Resolución impugnada, de manera implícita, varía el precedente contenido desde la sentencia TC/0051/12, el cual propugnaba que:

*“ [...] el objeto de la acción directa en inconstitucionalidad está orientado a garantizar la supremacía de la Constitución de la República respecto de otras normas estatales de carácter infraconstitucional, pero no puede constituirse en un instrumento para reivindicar situaciones particulares y concretas, las cuales deben encaminarse por ante las jurisdicción contencioso-administrativa [...] ”*

Hay que tener en cuenta que, para cualquier controversia que exista entre las partes del presente caso, la justicia contencioso administrativa se erige como la vía idónea, ya que cuenta con un margen de acción más amplio y puede proteger mejor los intereses concretos que puedan estar en conflicto, asimismo evaluar la juridicidad de la primera resolución emitida por la Junta Monetaria, objeto de examen constitucional.

Esta idea ha sido confirmada en la sentencia TC/0073/12, que precisa lo siguiente:

*“ [...] la impugnación de los actos administrativos por razón de inconstitucionalidad es una competencia de los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa y no puede corresponder a la jurisdicción constitucional ”* (Reiterada en la sentencia TC/0154/18).

Aunado a lo externado, la propia sentencia TC/0110/21 en sus páginas finales, bien dedica una parte importante a consagrar el *“Control de la legalidad de la Administración Pública”*, establecido por el artículo 139 de la Constitución de la República, disposición que aunque la sentencia no lo contempla, debe combinarse con el artículo 165.2 del Texto Constitucional, que a su vez otorga competencia a la jurisdicción contencioso administrativa para *“conocer los recursos contenciosos contra los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas, contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares...”*.

Por otro lado, considero muy atinado el voto salvado del Mag. Milton Ray Guevara, quien apartándose del criterio mayoritario, manifestó que:

*“ [...] nuestra objeción está orientada a destacar que la argumentación ofrecida por la mayoría para desestimar los medios de inconstitucionalidad alegados por los accionantes no son los apropiados por carecer de anclaje constitucional, ya que se limitan a apreciaciones fácticas y examen de legalidad de la resolución impugnada. [...] ”*

Continúa explicando:

*“ [...] las argumentaciones ofrecidas por la opinión mayoritaria del Tribunal, parecen más un control concreto y fáctico sobre el caso, más que un control abstracto que es el tipo de control que debe ejercer el Tribunal Constitucional en el contexto de una acción directa de inconstitucionalidad. [...] ”*

Concluye que:

*Por tanto, corresponde al Tribunal Constitucional hacer un examen de la Primera Resolución de fecha 19 de noviembre del 2014 de la Junta Monetaria, desde el prisma de la Constitución de la República y no limitarse como terminó finalmente realizando, a formular juicios fácticos y de mera legalidad sobre la resolución impugnada por los actuales accionantes. La justificación de las resoluciones de la Junta Monetaria debe ser rodeada de las mayores garantías posibles.*

### **Actos administrativos dictados en ejecución directa de la Constitución**

El Tribunal Constitucional en diversos casos ha manifestado que puede ejercer un control concentrado dirigido a los actos administrativos en ejecución directa de la Constitución. Por ejemplo, en la sentencia TC/0041/13, se determinó: *que en ausencia de una ley que norme este tipo de actos, pueden ser impugnados mediante la acción directa en inconstitucionalidad al tratarse de actuaciones que la Ley Sustantiva ordena realizar bajo ciertas formalidades de tiempo o modo y a los fines de que se garantice la supremacía constitucional.* (Reiterado en sentencia TC/0005/21).

Este criterio ha sido reiterado recientemente, pues en la sentencia TC/0006/18, se interpuso una acción directa en inconstitucionalidad en contra la Resolución emitida por el Senado de la República Dominicana, el dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) y el Tribunal juzgó:

*“[...] del examen de los documentos y hechos de la presente acción, se advierte que la norma cuya nulidad por inconstitucionalidad se pretende ha sido dictada en ejercicio directo de poderes y competencias establecidas en disposiciones normativas constitucionales, al tratarse de un acto legislativo, por lo cual se procederá a conocer el fondo de la misma.”*

Estas consideraciones van en consonancia con las reflexiones del profesor Allan Brewster Carias y cito: “[e]ntre las resoluciones dictadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución, están las resoluciones o actos dictados por el Senado (art. 80) y por la Cámara de Diputados (art. 83) en ejercicio de sus atribuciones privativas, entre los cuales están por ejemplo, los actos de las Cámaras en relación con los otros poderes públicos, como el nombramiento o remoción de titulares de otros órganos constitucionales (art. 80.3, 80.4, 80.5); y muchos otros actos dictados en ejercicio de sus atribuciones vinculados con la legislación (por ejemplo, art. 93.1, literales: e, f, ñ, p, k); o en “materia de fiscalización y control” (art. 93.2).<sup>[4]</sup>

Cabe entonces preguntarse ¿Cómo se determina que la producción de acto administrativo se desprende bajo ejecución directa de la Constitución?<sup>[5]</sup> Esta es una pregunta nodal porque, cualquiera podría afirmar que, la primera Resolución emitida por la Junta Monetaria de la República Dominicana, se realizó bajo estricta cabalidad del Texto Constitucional y por tanto, al cumplir con esta cualidad no operó un cambio implícito de precedente.

Una condición *sine qua non* resulta, sin dudas, determinar bajo qué predicamento constitucional se emitió el acto. Al examinar la resolución de la Junta Monetaria, se concluye que si bien es cierto que la Junta Monetaria a luz de la Norma Suprema, tiene categoría de rango constitucional (*artículo 223*), no menos cierto es que, en el caso de marras, consta que dicho acto administrativo fue dictado en ejercicio directo de poderes y competencias establecidas en normas infraconstitucionales, es decir, en normas de derecho inferiores a la Constitución. Así, la primera Resolución emitida por la Junta Monetaria de la República Dominicana, supra indicada, fue cursada bajo el amparo de una ejecución directa e inmediata de la legislación y no del Texto Supremo (*véase pág. 12 de la sentencia*), a saber:

- Ley No. 183-02 que aprueba la Ley Monetaria y Financiera y sus modificaciones.
- La Ley No.72-02, contra el Lavado de Activos Provenientes del Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Controladas y Otras Infracciones Graves, del 7 de junio del 2002.
- El Reglamento de Disolución y Liquidación de entidades de Intermediación Financiera, aprobado mediante la Primera Resolución dictada por la Junta Monetaria el 2 de julio del 2003 y sus modificaciones.
- La decimocuarta Resolución dictada por la Junta Monetaria el 22 de octubre de 1986, que autorizó a operar al Banco de Desarrollo Peravia, S.A.
- La Sexta Resolución adoptada por la Junta Monetaria el 6 de julio del 2006, la cual autorizó al Banco de Desarrollo Peravia, S.A., a transformarse en banco de ahorro y crédito, bajo la razón social Banco Peravia de Ahorro y Crédito, S.A.
- La Primera resolución dictada por la Junta Monetaria el 4 de septiembre del 2014, que dio por conocido el informe presentado por la Superintendencia de Bancos en relación a la situación económica financiera del Banco Peravia de Ahorro y Crédito, S.A., al 31 de julio del 2014, y dio por conocida y acogida la propuesta presentada por dicha entidad a los fines de solucionar la situación económica de la misma.

De lo anterior se desprende que, el primer elemento no fue superado, ya que el soporte jurídico principal para la expedición de la primera Resolución emitida por la Junta Monetaria de la República Dominicana fueron leyes y resoluciones particulares.

En fin se trata pues, innegablemente, de un acto administrativo, bajo el entendido que relaciona directamente a una persona jurídica (implicando al Banco Peravia de Ahorro y Crédito, S.A) y un órgano de rango constitucional y legal (Junta Monetaria) redundando sobre aspectos propios de la disolución de la primera persona jurídica.

Prosiguiendo a la doctrina más acusada, *-bajo la clasificación que analiza el alcance del acto con relación a las personas-* este acto administrativo perfectamente se encuadra dentro de los actos individuales, particulares, concretos o especiales. Según el profesor Franklin Acosta Concepción estos emergen: *“Cuando la Administración Pública emite los actos destinados a afectar concretamente una o más personas o para casos individualmente determinados o determinables. Sus efectos alcanzan a esas personas o a esos casos determinados. Para sus efectos tiene que ser notificados al interesado.”*<sup>[6]</sup>

Se insiste en que a pesar de que los argumentos esgrimidos por la parte accionante son de índole constitucional (como lo es el derecho de defensa), en razón del acto

administrativo impugnado (que trata sobre “*la autorización a la Superintendencia de Bancos, para iniciar el proceso de disolución de la entidad de intermediación financiera Banco Peravia de Ahorro y Crédito, S.A.*”)., tales alegatos corresponden ser examinados en la jurisdicción administrativa.

A modo de conclusión, la sentencia TC/0110/21 tiene varias implicaciones. En primer término, aunque no se desarrolló de manera explícita en la sentencia, hubo una discontinuación al precedente sentado en la sentencia TC/0051/12, la cual establece como regla elemental que los actos administrativos de efectos particulares escapan y no son sujetos de control concentrado ejercido por parte del Tribunal Constitucional. En un segundo y último lugar, esta sentencia se erige como pieza fundamental, al dar carta abierta a cualquier accionante la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de cualquier acto administrativo con alcance no normativo y efectos particulares.

<sup>[11]</sup> Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (UNPHU). Asistente del Departamento de Asistencia Legal Gratuita para Grupos Vulnerables de la Oficina Nacional de Defensa Pública (ONDP). Autor de escritos constitucionales y Amicus Curiae del Tribunal Constitucional dominicano (TCRD). Ha participado en la elaboración de documentos relativos a los grupos en condición de vulnerabilidad para el sistema de justicia dominicano. Estudios internacionales: “*Diplomatura Derecho Procesal Constitucional y Convencional*”, por la Universidad Católica de Cuyo (Argentina). Las ideas expresadas no reflejan la postura de ninguna institución pública y/o privada. Estas ideas son de la responsabilidad única del autor.

<sup>[12]</sup> El Tribunal Constitucional en la sentencia TC/0048/20, estableció una magnífica precisión sobre las diferencias entre una resolución y un reglamento. El último acto administrativo, es decir, el reglamento permanece incorporado en el ordenamiento jurídico, hasta que se produzca su revocación o anulación. En contraposición, las resoluciones se agotan luego de su ejecución, es decir, no se mantienen en el tiempo.

<sup>[13]</sup> La naturaleza del acto administrativo no viene dada por la nomenclatura que le da la Administración, sino más bien si por su alcance. De manera palpable, en la sentencia TC/0087/20, se destacó que: “[...] *el efecto y alcance de un acto, emanado en este caso de una administración local, no viene predeterminado por el título que lo encabeza sino por su contenido. Si bien el indicado acto se denomina bajo el término de “Circular”, su contenido revela la existencia de una ordenanza emanada de la Junta del distrito municipal El Rosario, aprobada en su sesión ordinaria núm. 03-17, en la que se establece el cobro de rodaje a los camiones que transiten por la carretera San Juan-Barahona en territorio perteneciente a dicha demarcación, lo cual es el objeto de impugnación de la presente acción.*”

<sup>[14]</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías. El control de constitucionalidad de los actos dictados en ejecución directa de la Constitución: especial referencia al sistema de justicia constitucional de la República Dominicana. Publicado en Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional. Retos y Obstáculos de la Justicia Constitucional. Pertinencia de un Código Procesal Constitucional, Año 3, No. 3, Instituto Dominicano de Derecho Procesal Constitucional, Santo Domingo, 2018 pp. 121-150.

<sup>[15]</sup> En la sentencia TC/0236/14, se reproduce que: “[se trata] *de actuaciones que la Ley Sustantiva ordena realizar bajo ciertas formalidades de tiempo o modo y a los fines de que se garantice la supremacía constitucional, el tribunal debe verificar el cumplimiento íntegro y cabal del mandato constitucional.*”

<sup>[16]</sup> CONCEPCIÓN ACOSTA, Franklin E. Ley núm. 107-13, sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de procedimiento administrativo, APUNTADA. Santo Domingo, República Dominicana. Pág. 272.

## El Defensor del Pueblo ante la Jurisdicción Constitucional

*Geovanny Nina Cruz*

En la actualidad la figura del Defensor del Pueblo (DP) está tomando fuerza en el debate nacional. La razón radica en el hecho de que tanto la titular como los miembros que conforman dicha institución han sido sustituidos y elegidos los nuevos miembros por el Congreso Nacional tras haberse agotado el período constitucional para el cual fueron electos los antiguos miembros. Este órgano es de vital importancia para el sistema de pesos y contrapesos creados por nuestra Constitución, puesto que su función esencial es contribuir a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas y los intereses colectivos y difusos establecidos en la Constitución y las leyes, en caso de que sean violados por funcionarios u órganos del Estado, por prestadores de servicios públicos o particulares que afecten intereses colectivos y difusos.[1]

Se ha escrito bastante sobre la importancia de la figura del Defensor del Pueblo y la necesidad de su pronta elección, cuestión que no abordaremos en este artículo. Las ideas que motivan las siguientes líneas van en el sentido de orientar en torno al rol que debe desempeñar el Defensor del Pueblo ante la Jurisdicción Constitucional, lo cual haremos desarrollando los siguientes aspectos: 1.- Habilitación constitucional del Defensor del Pueblo; 2.- Procesos ante la jurisdicción constitucional que pueden ser llevados por el DP; 3.-Precedentes relevantes del Tribunal Constitucional ante dichos procesos; y 4.- Reflexiones finales.

### **Habilitación Constitucional del Defensor del Pueblo**

El Defensor del Pueblo en República Dominicana no tuvo su origen en la Constitución, sino que fue creado por ley, específicamente mediante la Ley núm. 19-01 de fecha 1 de febrero de 2001 que fue modificada posteriormente por la Ley núm. 367-09. De esta etapa preconstitucional resalta el hecho de que la referida ley de origen ponía en manos de este órgano la salvaguarda de las prerrogativas personales y colectivas de los ciudadanos planteada en la Constitución, pero en su articulado no estableció ningún mecanismo jurisdiccional para hacer valer esas prerrogativas.

Adicionalmente debemos indicar que la Ley núm. 437-06 promulgada en 2006 tampoco le dio la facultad al Defensor del Pueblo de incoar acciones de amparo puesto que sólo habilitaba a personas físicas y morales que fueran titulares del derecho alegadamente conculcado[2]. Lo anterior no tuvo relevancia puesto que la figura del Defensor del Pueblo no fue elegida sino hasta el año el 2013 mediando reformas que abordaremos a continuación:

- Constitución del 26 de enero de 2010: La reforma constitucional en su artículo 190 elevó a Órgano Constitucional al Defensor del Pueblo y le reforzó la función de salvaguardar los derechos fundamentales que fueron ampliados en la referida Carta Magna; y

- Ley núm. 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales: Los artículos 68 y 105 le dan la facultad al Defensor del Pueblo de interponer acciones de amparo ordinarias o de cumplimiento.

### **Procesos ante la jurisdicción constitucional que pueden ser llevados por el DP**

En esta parte debemos afirmar que el Defensor del Pueblo puede actuar en representación de terceros ante el Tribunal Constitucional en casi todos los procesos previstos por la Constitución y la Ley núm. 137-11 (acción directa de inconstitucionalidad, conflicto de competencia, recursos de revisión jurisdiccional y amparos), exceptuando solamente lo relativo al sometimiento del control previo de los tratados internacionales, facultad exclusiva que tiene el Presidente de la República en virtud del artículo 55 de la referida ley.

En cuanto a la acción directa de inconstitucionalidad debemos indicar que aunque el artículo 185.1 de la Constitución no previó esta prerrogativa al Defensor del Pueblo, el Tribunal Constitucional Dominicano mediante precedente Sentencia TC/0695/17 indicó que *“la institución del Defensor del Pueblo constituye un órgano extrapoder con autonomía constitucional, por lo que estaría legitimado para interponer acciones directas de inconstitucionalidad cuando una norma infraconstitucional atente contra su autonomía o los fines esenciales que como institución del Estado le reconoce nuestra Ley Fundamental.”*

### **Precedentes relevantes del Tribunal Constitucional ante dichos procesos**

Desde la creación del Tribunal Constitucional en la reforma constitucional de 2010 y su puesta en funcionamiento a partir del año 2012, esta alta corte ha tenido la misión de velar por la supremacía de la Constitución garantizando la protección de los derechos fundamentales a través de la administración de justicia constitucional mediante precedentes vinculantes para todos los poderes públicos.

En ese sentido, el Defensor del Pueblo ha acudido en 6 ocasiones (2 de ellas como interviniente forzoso) las cuales, como veremos más abajo, no lograron tener éxito en sus pretensiones, a saber:

Sentencia TC/0713/16: En esta sentencia el Defensor del Pueblo interviene como *amicus curiae* para oponerse a una acción directa de inconstitucionalidad que buscaba eliminar la palabra Quisqueya del Himno Nacional Dominicano. Su opinión no fue tomada en cuenta debido a que fue depositada de forma extemporánea luego de los 15 días previstos en el artículo 24 del Reglamento Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

Sentencia TC/0237/17: En esta sentencia el Defensor del Pueblo interpone un conflicto de competencia debido a que plantea una intromisión por parte del Senado de la República y la propia Defensoría del Pueblo debido a que entendían que al Senado jerarquizar los adjuntos, estaba ejerciendo una facultad que no estaba prevista ni la

Constitución ni la ley núm. 19-01. La acción fue declarada inadmisibles por plantearse situaciones ajenas a la naturaleza del conflicto de competencia.

Sentencia TC/0544/17: En esta sentencia el Defensor del Pueblo actúa como interviniente forzoso. Los accionantes en amparo alegan vulneración a derechos medio ambientales y cuando interpusieron su acción de amparo intimaron al DP para que intervenga forzosamente en favor de ellos.

La postura del Defensor del Pueblo fue dejar a la soberana apreciación del Tribunal Constitucional la decisión en vista de la naturaleza neutral de dicho órgano, alegando posible invasión a la competencia dada al poder ejecutivo de sanción en este caso. Invocó el art. 18.a de la ley 19-01 para abstenerse cuando la ley prevé sanción para reparar el agravio que dio origen a la queja.

Sentencia TC/0695/17: En esta sentencia el Defensor del Pueblo interpone una acción directa de inconstitucionalidad en contra del artículo 65 la Ley 96-04 referente a sanciones disciplinarias de la Policía Nacional, específicamente en contra de la denominada “baja deshonrosa”. La acción fue declarada inadmisibles por falta de objeto debido a que la norma atacada fue derogada mediante la Ley núm. 590-16 Orgánica de la Policía Nacional, vigente en la actualidad. Cabe resaltar que cuando fue interpuesta la acción directa, la norma estaba vigente, pero era de conocimiento público el proyecto de ley que 10 días después fue promulgado por el Poder Ejecutivo bajo el número 590-16, el cual no incluía dicha sanción.

Sentencia TC/0395/18: En esta sentencia el DP fue llamado como interviniente forzoso. La parte accionante alegaba vulneración al derecho de propiedad ante la retención de una maquinaria importada en la Dirección General de Aduanas (DGA). En la opinión remitida ante el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo planteó que su rol es de neutralidad y que le corresponde al TC de *garantizar activamente la supremacía y defensa de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional vigente en la República, su informe, interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derecho humanos aplicables, tarea que le corresponde a este tribunal y no a otra jurisdicción, ni al defensor del pueblo, ni a ningún otro ente público.*

Sentencia TC/0248/20: En esta sentencia el Defensor del Pueblo interpuso una acción directa de inconstitucionalidad contra los artículos 7 y 8 del Decreto núm. 398-03 que integra el Patronato de las Cuevas de las Maravilla. La DP planteaba que era inconstitucional nombrar los miembros de por vida y dejar la intervención estatal a miembros con voz, pero sin voto. La acción fue declarada inadmisibles por carencia de objeto puesto que el decreto atacado había sido derogado tácitamente por otro decreto. En este caso es oportuno señalar que dicha sentencia cuenta con 3 votos disidentes de los magistrados Domingo Antonio Gil, Wilson Gómez Ramírez y Katia Miguelina Jiménez, los cuales entienden contrario al consenso mayoritario que el decreto impugnado mantiene su vigencia y tiene vicios de inconstitucionalidad que debieron analizarse a la luz de lo planteado por el DP.

A modo general, de las 6 sentencias citadas donde el Defensor del Pueblo ha tenido que acudir a la jurisdicción constitucional podemos resaltar lo siguiente: 4 inadmisibilidades y 2 intervenciones forzosas que el DP prefirió mantenerse neutral y, en una de ellas, el Tribunal Constitucional estableció que hubo vulneración al derecho de propiedad de la parte que solicitó la opinión del Defensor del Pueblo.

### **Reflexiones finales**

Al panorama anterior se le agrega el hecho de que hubo decisiones que no se incluyeron debido a que eran disputas en torno a la dilación en elegir al Defensor del Pueblo<sup>[3]</sup> y una acción directa objetando la elección de la actual Defensora del Pueblo<sup>[4]</sup>.

En ese sentido, y sin menospreciar el trabajo que allí se ha realizado en los últimos 7 años que ha sido el de sentar las bases de dicha institución, para que el DP adquiera una legitimación social por sus actuaciones corresponde a los poderes del Estado que intervienen tanto en su elección como en el respeto a las posiciones que emanan de dicho órgano, darle el carácter prioritario e institucional que tiene en el ordenamiento constitucional dominicano.

En cuanto al titular, el Congreso Nacional ha elegido a Pablo Ulloa, el cual tiene por delante un gran reto de elevar dicho órgano constitucional al rol que pensó tanto el legislador de 2001 como el constituyente de 2010. Debemos decir que, si bien es cierto que el rol principal del Defensor del Pueblo no es judicializar los conflictos de que son apoderados, y más bien deben acudir en todo momento a la mediación e intercesión como mecanismo principal, no menos cierto es que a la hora de recurrir a la jurisdicción constitucional debe hacerlo con el mayor conocimiento técnico-jurídico posible para hacer valer su rol de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas que acudan al DP con méritos para ello.

Esta figura está llamada a ser un aliado de primer orden para el Tribunal Constitucional puesto que si contamos con un Defensor del Pueblo que al momento de acudir a la jurisdicción constitucional lo hace con pleno conocimiento de los principios y preceptos constitucionales, así como con el manejo adecuado de los precedentes del TC, sin dudas tendremos un órgano extra poder respetado y legitimado ante una sociedad que tendrá en este órgano un eficaz vigilante del respeto a los derechos fundamentales y un efectivo promotor de la buena administración.

[1] Artículo 191 de la Constitución

[2] Artículo 2 de la Ley núm. 437-06 que establece el Recurso de Amparo de fecha 30 de noviembre de 2006 (Derogada)

[3] Sentencias TC/0116/13 y TC/0617/15

[4] Sentencia TC/0136/20

## **Algunas precisiones a la ausencia de plazo para la partición de muebles e inmuebles registrados**

*Alexander Ríos Hernández*

La partición es el procedimiento mediante el cual se pone fin a un estado de indivisión de bienes entre copropietarios y, pues, se determina el derecho privativo de cada uno.

Sustituye las partes alícuotas sobre el todo, en derechos individualizados y exclusivos. Establece el artículo 815 del Código Civil, entre otras cosas, que *“a nadie puede obligarse a permanecer en el estado de indivisión de bienes, y siempre puede pedirse la partición, a pesar de los pactos y prohibiciones que hubiere en contrario. Puede convenirse, sin embargo, en suspender la partición durante un tiempo limitado; pero este convenio no es obligatorio pasados cinco años, aunque puede renovarse”*.

Esta disposición legal, aunque se encuentra bajo el título de las sucesiones, consagra la regla general de que nadie está obligado a permanecer en indivisión de bienes, por lo que aplica aun cuando no se trate de una sucesión, de una sociedad conyugal, etcétera y, pues, mientras exista basta uno solo para perseguir la partición.

No obstante, para los fines del presente ensayo, nos enfocaremos en las dos (02) aplicaciones más importantes de la partición: (A) con motivo de una sucesión; y (B) con motivo de un divorcio; particularmente sobre bienes registrados (muebles e inmuebles).

### **(A) Las sucesiones no pueden ser eternas: aplicación a inmuebles registrados del plazo de 20 años para aceptar o rechazar una sucesión.**

La acción en partición es imprescriptible, puede pedirse siempre que exista indivisión de bienes y aun cuando alguno de los copartícipes disfrute separadamente de una porción de los mismos antes que opere formalmente la partición sobre uno o todos los bienes, salvo que transcurran 20 años de posesión pacífica e ininterrumpida -prescripción adquisitiva-[1], esto último inaplicable a derechos registrados. Esa ausencia de plazo -en principio- de la acción en partición, es igual para muebles e inmuebles[2].

En materia de sucesiones, la indivisión inicia desde la muerte y, por lo tanto, en caso de pluralidad de herederos, también la necesidad de una partición. Ahora bien, tratándose la sucesión de un modo de adquisición de la propiedad sujeta a la voluntad del heredero (ya que nadie está obligado a aceptar una sucesión[3]), establece, por su parte, el artículo 789 del Código Civil que *“la facultad de aceptar o repudiar una sucesión, prescribe por el transcurso del tiempo exigido para la más extensa prescripción de los derechos inmobiliarios”* (20 años). Se trata del ejercicio, en un plazo de 20 años, de un derecho de opción entre aceptar pura y simplemente una sucesión (activos y pasivos al 100%), aceptar la sucesión a beneficio de inventario (activos y pasivos, pero estos últimos hasta el límite del activo heredado), o de simplemente rechazar la sucesión.

A diferencia del rechazo de una sucesión o de la aceptación a beneficio de inventario, que necesitan de una declaración en la secretaría del tribunal del lugar en que se haya abierto la sucesión[4], la aceptación pura y simple carece de formalidad, basta actuar en calidad de heredero, realizar actos a los que no se tendría derecho sino en calidad de heredero y que suponen una intención de aceptar la sucesión[5] (por ejemplo, la misma solicitud de partición o intervenir en ella, en un plazo de 20 años, si no ha habido aceptación por acto anterior). Por lo que, para tomar partido en la distribución de bienes de una sucesión indivisa, primero hay que aceptarla, sea pura y simple o a beneficio de inventario.

Tomando en cuenta que el número de herederos puede, eventualmente, ser indeterminable, el legislador del Código Civil fijó un límite de quiénes pueden heredar (primero los parientes consanguíneos hasta el duodécimo grado, a saber, descendientes, hermanos, primos, padres, tíos, abuelos, tío abuelos, bisabuelos, etcétera; luego el cónyuge superviviente; y, por último, el Estado[6]), pero también fijó el plazo de 20 años -más que suficiente- para que todos los herederos puedan hacer uso, en el mismo plazo, de su derecho individual a aceptar la sucesión, a rechazarla, o, incluso, para variar su decisión de rechazo a aceptación, si nadie más ya la aceptó[7].

A este respecto, la Corte de Casación francesa, en su oportunidad, decidió que el plazo de 20 años para adoptar un partido en la sucesión, corre al mismo tiempo contra todos los herederos[8], en el sentido, por ejemplo, de que el cónyuge superviviente que ignora la existencia de parientes consanguíneos, no está obligado a esperarlos para aceptar una sucesión, pero su aceptación sería forzosamente provisional, a expensa de una eventual aceptación de estos parientes, a menos que rechacen la sucesión o que transcurran 20 años sin que tomen una decisión. Lo contrario implicaría que el mencionado plazo de 20 años se reinicie tantas veces se extinga en cada categoría de herederos (primero hijos; luego padres y hermanos; y así sucesivamente).

Asimismo -sigue la Corte de Casación francesa-, si al cabo de 20 años no se ha elegido una opción sobre la sucesión y, más bien, se ha mostrado inacción frente a la misma, el heredero que se trate se reputa extraño a ella[9]. Aunque la renuncia no se presume, pero, para fines prácticos, no puede ignorarse que el transcurso del plazo para aceptar o rechazar una sucesión comporta los mismos efectos que una renuncia. En consecuencia, el plazo establecido en el artículo 789 del Código Civil, se trata de un plazo extintivo del derecho a reclamar la herencia luego de 20 años de abierta una sucesión.

No obstante el espíritu del Código Civil, como se ha visto, en materia de sucesiones (evitar que se vuelvan eternas), ha sido establecido durante años por la Suprema Corte de Justicia, particularmente con relación a inmuebles registrados (a los cuales les aplica, además del Código Civil, la legislación especial sobre derechos inmobiliarios registrados), que los derechos de los herederos son registrados *ipso facto* -por el solo hecho del fallecimiento- sobre el o los inmuebles del difunto, dada su calidad de continuadores jurídicos y, por lo tanto, su derecho a reclamar esos inmuebles vía una

determinación de herederos (o partición) nunca vence[10], más bien, no penden de una aceptación previa de la sucesión, sea tácita o expresa. Con base a la perpetuidad del derecho sobre un inmueble registrado y el principio de la continuidad jurídica del difunto en los herederos, la Suprema Corte de Justicia -apoyada por la doctrina- no solo ha negado siempre la aplicación en ese ámbito del plazo extintivo del artículo 789 del Código Civil para ejercer la opción de aceptar o rechazar una sucesión[11] -porque supone que el inmueble registrado, además de ser imprescriptible, pasa automáticamente a nombre de los herederos-, sino que, más allá, ha permitido que después de 20 años e, incluso, 40 años, los herederos (comúnmente descendientes) puedan objetar la transferencia de un inmueble registrado a un tercero ajeno a la sucesión, solo porque éste no demostró haberlo adquirido a título oneroso[12], cuando la objeción ha debido ser declarada inadmisibile por haber transcurrido el plazo extintivo de 20 años para ejercer la opción.

En una ocasión, en el año 1993, la Cámara Civil (hoy Sala) de la Suprema Corte de Justicia anuló una sentencia del Tribunal Superior de Tierras, porque denegó la aplicación a inmuebles registrados del plazo de 20 años del artículo 789 del Código Civil para aceptar o rechazar una sucesión[13]. Pero este criterio es aislado, porque jamás ha sido repetido.

La determinación de herederos (o la partición de inmuebles registrados con motivo de una sucesión) siempre es posible, si nunca ha sido hecha, sin embargo, me arrojo la licencia para hacer algunas precisiones, primero, sobre la prescripción adquisitiva y extintiva, mezcladas incontables veces en materia de inmuebles registrados, y, segundo, sobre el principio de la continuidad jurídica del difunto en los herederos, en el cual se apoya la Suprema Corte de Justicia para deducir una adquisición automática de la herencia, esto es, sin necesidad de aceptación.

En ese sentido, en primer lugar, sobre la prescripción adquisitiva y extintiva, mientras la primera es un modo de adquisición de la propiedad -igual que la sucesión- tras 5, 10 o 20 años de posesión pacífica e ininterrumpida, la segunda, a los términos del artículo 2262 del Código Civil, es un modo de extinción de la acción, no del derecho ("*todas las acciones, tanto reales como personales, se prescriben...*"). Por lo general, cuando se habla de prescripción extintiva, se hace referencia a la inercia del titular para reclamar o hacer valer un derecho dentro de un plazo prefijado, más el derecho, en principio, subsiste. Al operar la prescripción extintiva, el derecho pasa de ser exigible a ser de cumplimiento voluntario por la persona a quien se le reclama[14], o bien la persona con interés en invocarla, renuncia a ella[15]. Hay acciones que, de manera excepcional, son imprescriptibles (Ej.: la acción en partición, en reconocimiento de paternidad) y hay derechos que, según sus leyes especiales, caducan o desaparecen por desuso (Ej.: el derecho de autor tras la muerte del autor, la propiedad industrial).

En el caso del derecho de propiedad sobre un inmueble registrado, su legislación especial desde 1920 hasta la fecha, nunca ha tocado el Código Civil en lo relativo a la prescripción extintiva, sino que lo que siempre ha prohibido es la prescripción adquisitiva. Al respecto, la Orden Ejecutiva No. 511 de 1920 y la Ley No. 1542 de 1947,

lo que establecían en sus artículos 81 y 175, es que *“no podrá adquirirse por prescripción o posesión detentatoria ningún derecho o interés que hubiere sido registrado de acuerdo con las prescripciones de esta ley”*[16], esto es, que lo prohibido era que la propiedad inmobiliaria, después del primer registro, fuera susceptible de cambiar de titular por vía de la prescripción. Actualmente, la Ley No. 108-05 establece de manera genérica, en su Principio IV, que *“todo derecho registrado de conformidad con la presente ley es imprescriptible...”*, lo que da a entender que prohíbe toda prescripción (adquisitiva y extintiva), sin embargo, la propiedad inmobiliaria no se extingue por desuso, ni siquiera en base al Código Civil, sino que es susceptible solo de la prescripción adquisitiva (el desuso *per se*, sin posesión pacífica e ininterrumpida por un tercero, no hace desaparecer o más bien no hace cambiar de titular el derecho de propiedad). Por lo que, lo que está prohibido es la prescripción adquisitiva, no así la extintiva de la acción.

El derecho de propiedad no se extingue por inercia o desuso, ni siquiera en base al Código Civil.

En segundo lugar, sobre la continuidad jurídica del difunto en los herederos, la legislación especial sobre derechos inmobiliarios registrados tampoco ha tocado nunca las sucesiones, por lo menos en lo atinente a quiénes pueden heredar, orden sucesorio, plazo para reclamar una sucesión, etcétera. La Orden Ejecutiva No. 511 de 1920 establecía, en su artículo 144, que *“nada de lo contenido en esta Ley se interpretará...en el sentido de modificar (por ejemplo) las leyes de sucesión; ...ni de alterar ni afectar en manera alguna los demás derechos y obligaciones que establece la ley, salvo aquellos que de otro modo se prescriba en ésta.”* La Ley No. 1542 de 1947, en su artículo 271, lo que hizo fue parafrasear dicho contenido, resumiéndolo a *“nada de lo contenido en ella podrá considerarse en el sentido de liberar, ni de alterar, ni de afectar en manera alguna los demás derechos y obligaciones que establecen otras leyes, salvo, ..., lo que de otro modo ha quedado determinado específicamente por ésta”*, sin especificar nada más en contrario. Por su parte, la Ley No. 108-05 establece que el Código Civil le será supletorio, lo que incluye, además de la prescripción extintiva[17], las sucesiones.

La determinación de herederos carece de plazo, no por la legislación especial sobre derechos inmobiliarios registrados, sino por aplicación analógica del artículo 815 del Código Civil[18], al tiempo que se suple de las demás disposiciones sobre las sucesiones. En esa línea, el principio de la continuidad jurídica del difunto en los herederos solo puede hallarse en el Código Civil, revestido del matiz de la posesión hereditaria de pleno derecho (o *“saisine”*)[19], consagrada más ampliamente en el artículo 724. Según la *saisine*, *“los herederos legítimos se considerarán de pleno derecho poseedores de los bienes, derechos y acciones del difunto, y adquieren la obligación de pagar todas las cargas de la sucesión; los hijos naturales, el cónyuge superviviente y el Estado, deben solicitar la posesión judicialmente, ...”*. De una radiografía a ese texto, resulta que los herederos legítimos se considerarán de pleno derecho *“poseedores de los bienes, derechos y acciones del difunto”* y, a la vez, *“adquieren la obligación de pagar todas las cargas de la sucesión”*, todo sin intervención judicial.

Gracias a la posesión hereditaria de pleno derecho, los sucesores que la tienen (por ejemplo, los parientes consanguíneos hasta el duodécimo grado), gozan de la facultad de tomar posesión de la masa de bienes del difunto, así como continuar sus derechos y acciones, sin necesidad de intervención judicial[20]. La herencia está a merced de la opción que elijan: aceptarla o rechazarla. Esta es la diferencia capital con los herederos que no la tienen[21]; el cónyuge superviviente -sucesor irregular junto al Estado-, no está obligado a esperar a los primeros en heredar para aceptar una sucesión, pero debe solicitar la autorización judicial para tomar posesión, siendo que esta misma solicitud puede bastar como acto de aceptación. Hay que excluir del referido artículo 724 a los hijos naturales, ya que a partir de la evolución legislativa iniciada con la Ley No. 121 de 1939 hasta la Ley No. 136-03, todos los descendientes, sin excepción, gozan de los mismos derechos.

Como puede verse, el principio de la continuidad jurídica del difunto no tiene nexo con la adquisición de la herencia. Se puede ser heredero consanguíneo y carecer de la propiedad, o, a la inversa, ser sucesor irregular y tener la propiedad. Ciertamente la sucesión es un modo de adquisición de la propiedad desde la muerte, pero, como no hay herederos obligados (ni por vía testamentaria), el legislador del Código Civil fijó 3 opciones para decidir sobre la sucesión: 1) aceptarla pura y simplemente, en cuyo caso se consolida la transmisión de la propiedad sobre la herencia de manera definitiva; 2) aceptarla a beneficio de inventario, en cuyo caso también la propiedad sobre la herencia se vuelve definitiva, pero a condición del heredero proteger su patrimonio frente a una eventual sucesión plagada de deudas; o, finalmente, 3) rechazar la sucesión.

En buen derecho, una adquisición automática de la herencia -sin necesidad de aceptación- sería incongruente con el propio derecho de opción que concede el Código Civil a los herederos, ya que si un inmueble registrado a nombre del difunto pasa *ipso facto*, por el solo hecho del fallecimiento, a nombre de los herederos y en consecuencia la aceptación es dispensable, entonces estaríamos hablando, en cierto modo, del ejercicio automático de una sola opción sin la voluntad del heredero, que no sería otra que la aceptación pura y simple, y, pues, no cabría opción, por ejemplo, sobre las deudas, porque ya son suyas.

Vale recordar que si bien el derecho de opción es individual (cada heredero tiene el derecho a aceptar o rechazar la herencia), no menos cierto es que el ejercicio de ese derecho es indivisible[22]: nadie puede aceptar o rechazar una sucesión de manera parcial, sino total. Así como no es posible aceptar los activos y rechazar los pasivos, la elección de una opción respecto de un bien, descarta las demás opciones respecto al resto de la sucesión. Tampoco es coherente que el derecho de opción sea susceptible de extinción para unos bienes y para otros no. La opción por la herencia debe ser susceptible de extinción por la totalidad o imprescriptible por la totalidad.

Asimismo, la tesis de adquisición automática de la herencia también es incongruente con el propio artículo 789 del Código Civil, ya que, si se es propietario de la herencia desde la apertura de la sucesión, el derecho de propiedad, como se ha dicho, no se extingue por inercia o desuso, ni siquiera en base al Código Civil. Tal como formuló su

pregunta el extinto maestro Artagnan Pérez Méndez, “*si el heredero adquiere los bienes de su causante desde el momento en que se abre la sucesión, ¿por qué aplicarle una prescripción?*” [23].

Para las cargas de la sucesión, sí entra en vigor casi en su totalidad el principio de la continuidad jurídica del difunto en los herederos (“*y adquieren la obligación de pagar todas las cargas de la sucesión*”), en el sentido de que los herederos pueden ser perseguidos por las deudas del difunto sin espera de aceptación. La utilidad práctica es que los acreedores de una sucesión no han de esperar 20 años o más para que el o los herederos ejerzan su derecho de opción, sino que, así como los parientes consanguíneos tienen derecho a reclamar la herencia sin intervención judicial, también pueden ser compelidos *ultra vires* (hasta el infinito) por las cargas de la sucesión, por lo que, indirectamente, pueden ser forzados a aceptar la sucesión a beneficio de inventario o a rechazarla, si así lo entienden, salvo un plazo de tregua de 3 meses y 45 días [24], que el legislador otorga a los herederos para que se organicen.

Así pues, la aceptación, aunque sea tácita, es exigida por el Código Civil, con enfoque más inclinado a la masa de bienes que a las deudas, pues es muy improbable que un heredero reclame una sucesión por las deudas. La vocación hereditaria nace con la muerte pero el derecho se consolida con la aceptación, siendo su efecto declarativo y se retrotrae al día de la apertura de la sucesión [25].

Lo que se extingue por el transcurso del plazo establecido en el artículo 789 del Código Civil, no puede ser un derecho de propiedad que todavía no se tiene (al menos no de manera definitiva), sino la posibilidad de reclamar la herencia, aplicable a todos los bienes, registrados o no.

Hoy, existe una disparidad de criterio en torno a la posibilidad de reclamar una herencia. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, con motivo de una partición de inmuebles registrados, estableció, en resumen, que con relación a la partición de muebles e inmuebles no registrados aplican los artículos 789 y 2262 del Código Civil, pero tratándose de inmuebles registrados, rige la imprescriptibilidad y, por lo tanto, la partición puede ser demandada en cualquier momento [26]. Puede notarse que la Primera Sala confundió la acción para reclamar una herencia con la partición, esta última imprescriptible aún basada en el Código Civil.

En cambio, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha sostenido, primero, “*que la acción para reclamar una sucesión es imprescriptible, siempre y cuando el inmueble a reclamar se encuentre aún en el patrimonio del causante o de sus sucesores, pero no cuando han sido transferidos a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso*” [27]; luego que “*si bien...los derechos registrados son imprescriptibles y...nadie está obligado a permanecer en estado de indivisión por lo que la partición puede pedirse en cualquier tiempo, no menos cierto es que esto es a condición de que los derechos registrados permanezcan en el patrimonio del causante*” [28]; pero más tarde ha reiterado que “*la acción para reclamar una sucesión es imprescriptible siempre y cuando el inmueble...se encuentre aún en el patrimonio del causante o de sus sucesores, pero no cuando ha sido*

*transferido a un tercero adquirente de buena fe y a título oneroso*"[29]. A pesar de especificar, por un lado, al causante o sucesores y, por otro lado, al tercero adquirente de buena fe y a título oneroso, no menos cierto es que aplicó implícitamente idéntico criterio a la impugnación de un testamento ejecutado a favor de un hermano del difunto, declarando la impugnación inadmisibles por haber transcurrido más de 20 años[30].

Lo que puede inferirse del criterio de la Tercera Sala -respaldado por el Tribunal Constitucional[31]-, es una especie de fusión del derecho a reclamar una herencia con la acción en partición y, pues, la imprescriptibilidad de esta última arroja aquella hasta tanto el o los inmuebles registrados hayan salido del patrimonio del difunto; después de todo, la indivisión inicia con la muerte y finaliza con la partición, venta, donación, legado, etcétera, renuncia de los demás herederos, o, finalmente, opere una prescripción adquisitiva -sobre derechos no registrados-.

La fórmula sería trasladar el punto de partida del plazo extintivo del artículo 789 del Código Civil, al día en que el o los bienes que se traten hayan salido del patrimonio del difunto. De esa manera, el derecho a reclamar una sucesión, más que una opción, se convierte en una verdadera acción judicial para impugnar, en un plazo de 20 años, cualquier operación que afecte los intereses de todo aquél que alegue vocación hereditaria. Este criterio me parece más justo que la real intención plasmada en el Código Civil -el plazo de 20 años inicia desde la apertura de la sucesión-, ya que es injusto que entre herederos puedan invocarse la prescripción extintiva, cuando, en realidad, todos -o al menos los de una misma categoría- tienen igual derecho a la sucesión mientras está indivisa o los bienes no hayan salido del patrimonio del difunto. Aún cuando el criterio ha sido externado con motivo de litis sobre derechos inmobiliarios registrados, nada se opone a que sea extendido a la universalidad de la sucesión -antes del Código Civil, el derecho a reclamar una herencia era imprescriptible[32]-, con la salvedad, desde luego, de que en materia de derechos registrados el plazo inicia a partir de la inscripción del derecho[33] y en derechos no registrados puede operar una prescripción adquisitiva. Así las cosas, a continuación, citamos algunas aplicaciones del criterio emitido por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia:

- **Acción en reducción o revocación de testamentos y donaciones por afectar la reserva hereditaria (25%, 50%, 66.67% y 75% de la sucesión).** El plazo de 20 años para los descendientes y ascendientes (únicos herederos con reserva hereditaria) elevar esta acción judicial, inicia a partir de la apertura de la sucesión.

Este contexto aplica también en contra de aquél con vocación hereditaria que haya preferido renunciar a la sucesión y conservar las donaciones y legados.

- **Acción en nulidad de transferencia a título oneroso.** Vale hacer una distinción entre las transferencias a título oneroso hechas por el difunto y las hechas por los herederos.

Las primeras están exentas de toda reducción o revocación luego de la apertura de la sucesión, en virtud de que solo los legados, donaciones y cualquier otra transferencia a título gratuito hecha por el difunto, son las que pueden afectar la reserva hereditaria.

En cuanto a las segundas -las transferencias a título oneroso hechas por los herederos, interviene el artículo 1599 del Código Civil, según el cual la venta de la cosa ajena es nula. Sobre esa venta, mientras la Corte de Casación francesa es fija en el criterio de que es inoponible al verdadero propietario[34] o cuando es un bien indiviso, es inoponible al heredero excluido de la operación[35] y, por lo tanto, ambos carecen de interés para accionar en nulidad sino en reivindicación, nuestra Suprema Corte de Justicia, es decir, tanto la Primera Sala de manera expresa, como la Tercera Sala de manera implícita, han adoptado el criterio opuesto: la persona que se pretende propietaria o copropietaria de un bien vendido sin su consentimiento, cuenta con la acción en nulidad[36]. Por lo que, el heredero ajeno a una transferencia a título oneroso de un bien de la sucesión, cuenta con un plazo de 20 años para revertir esa venta.

Ahora bien, en materia de derechos inmobiliarios registrados, si bien la Tercera Sala ha aplicado la prescripción extintiva de 20 años para reclamar una herencia siempre que el inmueble haya salido del patrimonio del difunto a favor de un tercero, no menos cierto es que su legislación especial blindada al adquiriente de buena fe y a título oneroso de toda acción que pretenda trastornar sus derechos[37]. En otras palabras, si el tercero beneficiario de un inmueble registrado demuestra que lo adquirió de buena fe -que se presume- y a título oneroso, la acción en nulidad del o de los herederos ajenos al traspaso, es improcedente[38]. Los muebles registrados deben tener el mismo tratamiento.

La Suprema Corte de Justicia ha condicionado ese blindaje al hecho de que el certificado de título que sea mostrado al tercero adquiriente de buena fe y a título oneroso, sea legítimo y no el resultado de un error o fraude[39] (superposición de terrenos, deslinde irregular, etcétera), pero el Tribunal Constitucional, guiándose de que el certificado de título emitido por el Registrador de Títulos lleva consigo la garantía del Estado, ha desechado esa idea[40].

En ese sentido, el criterio de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, de sujetar a 20 años la acción para reclamar una herencia siempre que el inmueble haya salido del patrimonio del difunto a favor de un tercero, sería para conceder al heredero 20 años para hacer frente al blindaje en las transferencias hechas por el difunto o por los demás herederos, correspondiendo al tercero, en caso de litis, demostrar que la transferencia fue una venta, permuta, aporte en sociedad, etcétera, y no una transferencia a título gratuito, mientras que al heredero probar la simulación; pero pasados los 20 años, esa transferencia, aunque sea gratuita o, incluso, de mala fe, se vuelve irrevocable.

Este contexto aplica también a las transferencias a título oneroso hechas por el difunto a favor de uno o varios de sus descendientes, las cuales, salvo prueba en contrario, escapan a la reducción, revocación y hasta a la colación con los demás bienes de una sucesión no liquidada.

- **Acción en inclusión de herederos.** Finalmente, si bien el criterio de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha sido limitado al inmueble registrado que ha salido del patrimonio del difunto pero a favor de un tercero, no obstante, vale resaltar -y sin ánimo de limitarnos-, que en la hipótesis de que solo un descendiente conocido sea el que reclame el inmueble registrado y, pues, inicie el proceso administrativo de determinación de herederos, cualquier otro descendiente desconocido debe estar sujeto al plazo de 20 años para elevar una acción en inclusión de herederos, ya que, en caso de conflicto, no se trataría del mismo proceso administrativo de determinación de herederos, sino de una verdadera litis sobre derechos inmobiliarios registrados y, por lo tanto, ha de aplicársele la prescripción extintiva de 20 años.

Si al heredero beneficiado de una transferencia gratuita u onerosa hecha por su causante, le aplica un plazo de 20 años luego de la apertura de la sucesión, para que los demás herederos le reduzcan, le revoquen o le cuestionen esa transferencia, el mismo trato debe tener el heredero que es proactivo en liquidar una sucesión frente al heredero inerte o simplemente indiferente a ella.

A fin de cuentas, la Tercera Sala, precisamente con motivo a una sucesión, estableció que el propósito de la prescripción extintiva es hacer realidad uno de los valores superiores del Estado de Derecho, que es la convivencia pacífica[41].

**(B) Partición de la comunidad: los muebles registrados deben tener el mismo trato que los inmuebles registrados.**

Bajo este título, la comunidad refiere a la masa de activos y pasivos fomentados entre esposos, siempre que el régimen matrimonial adoptado procure una comunidad de bienes (régimen de comunidad legal, comunidad reducida a las ganancias obtenidas durante el matrimonio, etcétera).

No todos los bienes forman parte de la comunidad: hay bienes comunes o que pasan a la comunidad y hay bienes que, de acuerdo con la ley o a una que otra cláusula en el contrato de matrimonio, se mantienen en propiedad personal de los esposos y, pues, son excluidos de la masa a partir luego de la disolución de la comunidad. No incluir en estos últimos, que son los bienes propios, a los bienes reservados, llamados así a los bienes de la comunidad reservados a la administración de la mujer, resultantes de su trabajo personal durante el matrimonio, los cuales son excluidos de la masa a partir solo si la mujer renuncia a la comunidad[42].

Establece el artículo 1441 del Código Civil, que la comunidad se disuelve por: 1. La muerte; 2. La separación personal; y 3. La separación de bienes; a estas causas se agrega el divorcio, regulado por la Ley No. 1306-bis de 1937[43].

La disolución de la comunidad por causa de muerte sigue la corriente de la partición sucesoral, con la salvedad, por ejemplo, de que se procede a 2 liquidaciones: la comunidad y la sucesión (en principio, 50% al cónyuge superviviente y el resto a los herederos del difunto).

Por su parte, la separación personal (o de cuerpos) y la de bienes solamente, se diferencian del divorcio en que no rompen el vínculo matrimonial. La separación personal lleva consigo, de manera accesoria, la separación de bienes. La separación personal existe por influencia de la Iglesia Católica para mantener indisoluble el matrimonio. Fue radiada del Código Civil con la Ley No. 3730 de 1897 sobre Divorcio y Separación de Cuerpos y Bienes, la cual simplemente asumió las disposiciones del Código Civil sobre separación de cuerpos e instauró el divorcio. Con la Ley No. 843 de 1935 sobre Divorcio, se terminó de radiar la separación de cuerpos, pero fue reestablecida por la Ley No. 3937 de 1954, específicamente para los casados por la Iglesia Católica y que, pues, se consideraban renunciantes a pedir el divorcio. No obstante, la Suprema Corte de Justicia en el año 1977, estableció que el divorcio, al igual que el matrimonio, es un derecho humano y, por tanto, su prohibición viola la Constitución[44]. Por lo que hoy puede decirse que la separación personal o de cuerpos se mantiene como una alternativa al divorcio, pero abandonada y olvidada.

Mientras que la separación de bienes solamente, como causa de disolución de la comunidad, se limita a convertir, por la vía judicial, el régimen de la comunidad en un régimen de separación de bienes. El objeto principal de la separación judicial de bienes, es el efecto accesorio en la separación personal. La separación judicial de bienes se encuentra regulada en los artículos del 1443 al 1450 del Código Civil. Nació para proteger los intereses de la mujer -única con posibilidad para solicitar la separación de bienes- de los desórdenes económicos del marido, con fundamento en una época, hasta el año 2001, en que el marido era el administrador de pleno derecho de la comunidad. Es improcedente frente a un régimen convencional de separación de bienes, porque en este la mujer mantiene la libre administración y disposición de sus bienes. Por lo que, además de ser, al igual que la separación personal o de cuerpos, una alternativa al divorcio abandonada y olvidada, a mi juicio también carece de interés jurídico, ya que a partir de la Ley No. 189 de 2001, los esposos *“son los administradores de los bienes de la comunidad; pueden venderlos, enajenarlos o hipotecarlos con el consentimiento de ambos”*[45].

Asimismo, con la Ley No. 189 de 2001 también se eliminaron los artículos del 1453 al 1466 del Código Civil, relativos a la aceptación o renuncia a la comunidad por parte de la mujer después de su disolución. Antes, tomando en cuenta que el marido era el administrador de pleno derecho de la comunidad, el legislador, con motivo a la disolución de la comunidad, otorgaba a la mujer la posibilidad de liberarse de eventuales responsabilidades excesivas por culpa del marido o exmarido. En caso de muerte del marido, aplicaba a la mujer el mismo plazo de 20 años para rechazar la comunidad, con la condición de mandar a hacer un inventario en el plazo de 3 meses desde la muerte del marido, sin lo cual se consideraba aceptante. En cambio, para el caso de divorcio, separación de cuerpos, o de bienes solamente, aplicaba a la mujer un plazo de 3 meses y 40 días, a partir de la publicación de la sentencia de divorcio, separación de cuerpos, o de bienes solamente, para aceptar la comunidad, sea tácita o expresamente, a falta de lo cual se consideraba renunciante (artículo 1463 del Código Civil).

Hoy, primero fue declarado inconstitucional el artículo 1463 del Código Civil[46] y luego, como se ha dicho, a partir de la Ley No. 189 de 2001, ya la mujer no tiene que aceptar o renunciar a la comunidad, sino que ambos esposos son verdaderos copropietarios de los bienes de la comunidad desde el matrimonio. Por otro lado, ello ha traído consigo que los bienes reservados a la administración de la mujer durante el matrimonio ya no puedan ser excluidos de la comunidad.

En ese sentido, la copropiedad de los esposos sobre la comunidad jamás se extingue (la renuncia o falta de aceptación, etcétera, es ajena a esta materia), lo que va en armonía con el carácter imprescriptible de la acción en partición. Sin embargo, para la disolución de la comunidad por divorcio, el artículo 815 del Código Civil, después de su modificación por la Ley No. 935 del 25 de junio de 1935, fija un plazo de 2 años a partir de la publicación del divorcio, para perseguir la partición de la comunidad, a falta de lo cual se considerará realizada. Claro, este plazo no obstaculiza un acuerdo de partición.

Un análisis al intrínquilis que pudieron motivar al legislador de 1935 a introducir dicha modificación a la partición por divorcio vs. la partición por sucesión arroja que pudo haber sido que la situación después de un divorcio no es equiparable a la de una sucesión, en el sentido de que los ex cónyuges necesitan la libre disposición de los bienes que siempre han poseído, al menos desde el matrimonio. Bajo esta premisa, el plazo de 2 años para perseguir la partición de la comunidad por divorcio, debería ser extensivo a las demás causas de disolución de la comunidad (salvo, obviamente, por causa de muerte) y que la falta de mención se debió, por ejemplo, a que para 1935 la separación de cuerpos era inexistente, pero la Suprema Corte de Justicia ha sido del criterio de que la partición es ineficaz entre cónyuges aún unidos por el matrimonio[47].

En el caso del concubinato, en el cual ni siquiera interviene una causa de disolución de la comunidad, evidentemente tampoco aplica el plazo de 2 años para perseguir la partición[48], por la incompatibilidad de sus disposiciones con el concubinato, sino que puede ser solicitada en cualquier tiempo la partición de la comunidad fomentada en una sociedad marital de hecho.

Así las cosas, el plazo de 2 años para perseguir la partición de la comunidad por causa de divorcio, se trata de una prescripción adquisitiva de la propiedad y no extintiva de la acción. Tomando en cuenta que la acción en partición es, por naturaleza, imprescriptible -lo contrario sería ilógico-, el legislador de 1935 estableció que *“la liquidación y partición de la comunidad, después de la disolución del matrimonio por divorcio, ha sido efectuada, si dentro de los dos años que sigan a la publicación de la sentencia, ninguno de los cónyuges asume la condición de parte diligente para hacerla efectuar. Cada cónyuge conservará lo que tenga en su posesión”*. En consecuencia, mientras la partición por sucesión permite una prescripción adquisitiva en 5, 10 o 20 años de posesión, la partición por divorcio fija una prescripción adquisitiva abreviada de 2 años. Vencido este plazo, la acción en partición ha de ser considerada inadmisibles por falta de objeto o interés, y no por prescripción.

Ahora bien, a pesar del objetivo del legislador de 1935, esa partición o liquidación de la comunidad luego de vencido el plazo de 2 años a partir de la publicación del divorcio, no opera de pleno derecho, sino que debe ser establecida u ordenada por un tribunal. Incluso, la Suprema Corte de Justicia llegó a establecer con motivo a una acción en partición luego de 2 años de la publicación del divorcio, que si ninguno de los esposos probaba haber estado en posesión del inmueble, el tribunal de tierras estaba en la facultad de registrar el inmueble a nombre de ambos[49].

La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, a partir del año 2003, ha establecido que el plazo de 2 años fijado por el artículo 815 del Código Civil -2 años de posesión para adquirir la propiedad-, es inaplicable a inmuebles registrados[50], dado que su legislación especial, desde 1920, prohíbe la prescripción adquisitiva después del primer registro. Personalmente estuve en desacuerdo con dicho criterio, ya que la fórmula buscada por el legislador de 1935 para fijarle un término a la partición por causa de divorcio estaba siendo olvidada y, pues, se estaba volviendo para atrás, por la vía jurisprudencial, 68 años después, sin embargo, el fin, quizás loable, de aquella época carece de sentido si la partición no opera de pleno derecho, al menos en materia de bienes registrados.

Por su parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia decidió adherirse al mencionado criterio a partir del año 2013, estableciendo, entre otras cosas, que una vez vencido el plazo de 2 años establecido en el artículo 815 del Código Civil, el cónyuge a nombre de quien figure registrado el inmueble es quien conservará la propiedad exclusiva del mismo, independientemente de que mantenga o no la posesión material, y que dicha regla tendrá excepción solo cuando ambos cónyuges figuren como copropietarios[51]. Más tarde aclaró -criterio que mantiene a la fecha-, que el plazo de 2 años establecido en el artículo 815 del Código Civil, no tiene aplicación cuando ambos cónyuges figuren como copropietarios del inmueble registrado, o cuando figure solo uno pero en el certificado de título conste que está casado[52].

A mi juicio, el hecho de que en el certificado de título conste o no “casado”, no debe primar sobre el acta de matrimonio que es la prueba por excelencia de la fecha del matrimonio y del régimen adoptado, pues, puede darse el caso que, en realidad, el inmueble se trate de un bien propio adquirido por venta condicional antes del matrimonio o bien, por una omisión en el certificado de título, no se haga constar que el inmueble fue adquirido durante el matrimonio. Por lo que, independientemente que el inmueble figure registrado a nombre de un solo cónyuge y que se indique o no “casado”, una vez establecida que su adquisición fue durante el matrimonio y bajo el régimen de comunidad, o que por cualquier otro motivo entra en la comunidad, el cónyuge omitido en el certificado de título tiene derecho a oponerle al otro cónyuge la inaplicación del artículo 815 del Código Civil. Empero, a favor de los terceros, si se omite “casado” en el certificado de título, operarían, en principio, la teoría del adquirente de buena fe y a título oneroso.

Resumiendo todo lo que se lleva expuesto, se ha hablado del plazo de prescripción adquisitiva establecido en el artículo 815 del Código Civil y de su inaplicación a

inmuebles registrados. Toca ahora referirnos a los muebles registrados, los cuales, según se indicó en el título, deben recibir el mismo trato que los inmuebles registrados. Fue establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, que a falta de prueba de la existencia de inmuebles registrados en la comunidad, aplica en toda su dimensión el plazo de 2 años para la partición por causa de divorcio[53].

Pero también ha sido establecido por dicha Sala Casacional que *“si bien...en materia de muebles el artículo 2279 del Código Civil establece una presunción de propiedad a favor de quien posee la cosa, no menos verdadero es que dicha presunción sufre excepción en determinados casos, como cuando se trata de muebles para cuya existencia, individualización y prueba de la propiedad, se precisa de un registro público regulado por el Estado Dominicano, a través de sus instituciones públicas”*[54], como es el caso de las aeronaves, los buques, los vehículos de motor, etcétera. La propiedad de esos bienes muebles *“está sometida a las formalidades de registro oponible a terceros y está por encima de cualquier declaración de las partes y cualquier transacción que no haya sido registrada”*[55].

En referencia al Sistema Registral Dominicano, ha dicho la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia que descansa en 2 aspectos esenciales: el primero, la especialidad técnica y el segundo, un sistema de registro y publicidad que permite dotar de oponibilidad e imprescriptibilidad los derechos que se inscriben. La base de oponibilidad y publicidad registral tiene sentido para que a todo aquel que adquiera al amparo del sistema registral, no se le opongan derechos que no estén previamente inscritos[56].

Evidentemente esas consideraciones fueron emitidas con aplicación exclusiva a inmuebles registrados, ya que cuando se habla del Sistema Registral Dominicano, se encaja dentro de la legislación especial sobre derechos inmobiliarios registrados. Pero no puede ignorarse que algunas de esas consideraciones, tales como *“un sistema de registro y publicidad permite dotar de oponibilidad e imprescriptibilidad los derechos que se inscriben”*, o bien *“la base de oponibilidad y publicidad registral tiene sentido para que a todo aquel que adquiera al amparo del sistema registral, no se le opongan derechos que no estén previamente inscritos”*, también son compatibles con las diferentes legislaciones que establecen un registro público para bienes muebles.

Vale hacer notar que en Francia o en España, legislaciones en las cuales se consagra la prescripción adquisitiva y, a la vez, un sistema de publicidad, tienen como interés social dar primacía a la situación de hecho de aparente propiedad frente al verdadero propietario que, por dejadez, ha abandonado en manos de un tercero el uso de su inmueble. Sin embargo, en países como el nuestro que adoptaron el Sistema Torrens u otro similar, prevalece la protección a la propiedad privada. En nuestro caso, permanece un sistema mixto, según aplique al inmueble el Código Civil o la legislación especial sobre Registro Inmobiliario.

En ese tenor, a los bienes muebles para cuya existencia, individualización y propiedad se precisa de un registro público regulado por el Estado, así como no les aplica la regla

establecida en el artículo 2279 del Código Civil, a saber, la “*posesión en materia de muebles, vale título*”, tampoco les debe aplicar el plazo de 2 años de prescripción adquisitiva establecida en el artículo 815 del Código Civil para la partición por causa de divorcio, ya que, a pesar de que en materia de muebles registrados ninguna legislación los dota de imprescriptibilidad o, más bien, prohíbe expresamente la prescripción adquisitiva (obvio, porque los antecedentes de dicha prescripción yacen en materia inmobiliaria, aunque puede decirse que el mencionado artículo 815 dispone de una prescripción adquisitiva abreviada tanto para muebles como para inmuebles, ambos no registrados), no menos cierto es que esa imposibilidad de prescripción adquisitiva es de la esencia de un sistema registral, al menos en el nuestro, y, por lo tanto, ningún derecho que no haya sido previamente inscrito se le puede oponer, mucho menos una propiedad adquirida por prescripción.

Igual criterio aplica a bienes muebles intangibles o a las participaciones en una sociedad (intereses, acciones, cuotas sociales, etcétera), las cuales deben cumplir con un registro público atribuido por el Estado a las Cámaras de Comercio. Los títulos al portador fueron eliminados por la Ley No. 155-17 contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo.

[1] Artículo 816, Código Civil.

[2] La regla “*en materia de muebles, la posesión vale título*”, sería inadmisibile entre copartícipes indivisos.

[3] Artículo 775, Código Civil.

[4] Artículos 784 y 793, Código Civil.

[5] Artículo 778, Código Civil.

[6] Artículos 723 y 755, Código Civil.

[7] Artículo 790, Código Civil.

[8] Cass. Civ., 20 de junio de 1898; Cass. Civ., 1re., 24 de febrero de 1970.

[9] Cass. Civ., 13 de junio de 1855; Cass. Civ., 13 de febrero de 1911.

[10] SCJ, No. 13, 18 de noviembre de 1988; SCJ, 3ra. Cám., No. 52, 16 de septiembre de 1998, B. J. 1054; SCJ, 3ra. Cám., No. 2, 6 de enero de 1999, B. J. 1058; SCJ, 3ra. Cám., No. 39, 29 de septiembre de 1999, B. J. 1066; SCJ, 3ra. Cám., No. 1, 2 de febrero de 2000, B. J. 1071; SCJ, 1ra. Sala, No. 97, 19 de abril de 2013, B. J. 1229; SCJ, 3ra. Sala, No. 4, 15 de marzo de 2017, B. J. 1276.

[11] *Ibidem*; Ciprián, Rafael, *Tratado de Derecho Inmobiliario*, Editora Centenario, 2003, p. 933 y 943; Santana Polanco, Víctor, *Derecho Procesal para la Jurisdicción Inmobiliaria*, Editora Corripio, 2008, p. 218-220; Read, Alexis, *Sucesiones: Aspectos Fundamentales*, Librería Jurídica Internacional, 2020, p. 347. **En contra:** Vásquez, Domingo, *El transcurso del tiempo, la acción y los derechos inmobiliarios registrados (II)*, Gaceta Judicial, 17 de mayo de 2002.

[12] SCJ, No. 13, 18 de noviembre de 1988; SCJ, 3ra. Cám., No. 52, 16 de septiembre de 1998, B. J. 1054.

[13] SCJ, 1ra. Cám., No. 4, 3 de diciembre de 1993, B. J. 997.

[14] Jossierand, Louis, *Derecho Civil*, revisado y completado por André Brun, Tomo II, Volumen I, p. 761; Mazeaud, Henry et al., *Lecciones de Derecho Civil*, Parte I, Volumen I, E. J. E. A., 1976, p. 381.

[15] Terré, Francois et al., *Les Obligations*, Dalloz, 11e édition, 2013, p. 1546.

[16] El contenido del artículo 81 de la Orden Ejecutiva No. 511 de 1920, era como sigue: “*No podrá adquirirse por prescripción o posesión detentatoria ningún título o interés derogatorio del que hubiere adquirido el dueño de terrenos registrados de acuerdo con las prescripciones de esta ley*”.

[17] SCJ, 3ra. Cám., No. 41, 22 de abril de 2009, B. J. 1181.

[18] SCJ, 3ra. Sala, No. 36, 16 de septiembre de 2015, B. J. 1258; SCJ, 3ra. Sala, No. 3, 15 de marzo de 2017, B. J. 1276.

[19] Jossierand, Louis, *Ob. Cit.*, Tomo III, Volumen II, p. 166.

[20] Pérez Méndez, Artagnan, *Sucesiones y liberalidades*, Amigo del Hogar, 2006, p. 56.

[21] *Ob. Cit.*, p. 55.

[22] Mazeaud, Henry et al., *Ob. Cit.*, Parte IV, Volumen III, p. 10: “*Esa indivisibilidad de la opción es consecuencia de la unidad del patrimonio y de la sucesión*”.

[23] Pérez Méndez, Artagnan, *Ob. Cit.*, p. 69.

[24] Artículo 795, Código Civil.

[25] Artículo 777, Código Civil.

[26] SCJ, 1ra. Sala, No. 97, 19 de abril de 2013, B. J. 1229.

- [27] SCJ, 3ra. Sala, No. 104, 27 de diciembre de 2013, B. J. 1237.
- [28] SCJ, 3ra. Sala, No. 30, 15 de octubre de 2014, B. J. 1247.
- [29] SCJ, 3ra. Sala, No. 4, 15 de abril de 2015, B. J. 1253; SCJ, 3ra. Sala, No. 73, 28 de octubre de 2020, B. J. 1319.
- [30] SCJ, 3ra. Sala, No. 36, 16 de septiembre de 2015, B. J. 1258.
- [31] TC-0585-2017.
- [32] Josserand, Louis, Ob. Cit., Tomo III, Volumen II, p. 153.
- [33] SCJ, Salas Reunidas, No. 4, 4 de mayo de 2016, B. J. 1266; SCJ, 3ra. Sala, No. 4, 15 de marzo de 2017, B. J. 1276; SCJ, 3ra. Sala, No. 81, 28 de noviembre de 2018, B. J. 1296.
- [34] Cass. Civ., 1re., 17 de julio de 1958; Cass. Civ., 1re., 4 de diciembre de 1967; Cass. Civ., 3e., 16 de abril de 1973; Cass. Civ., 3e., 8 de diciembre de 1999; Cass. Civ., 3e., 26 de septiembre de 2007.
- [35] Cass. Civ., 1re., 7 de enero de 1955; Cass. Civ., 1re., 30 de junio de 2004.
- [36] SCJ, 1ra. Sala, No. 17, 2 de septiembre de 2015, B. J. 1258.
- [37] SCJ, Salas Reunidas, No. 80, 27 de septiembre de 2017, B. J. 1282; SCJ, Salas Reunidas, No. 4, 10 de enero de 2018, B. J. 1286.
- [38] Un antecedente a dicho blindaje yace en el mismo Código Civil, a partir de la teoría del propietario aparente, consagrada expresamente para los muebles (“en materia de muebles, la posesión vale título”) y extendida a los inmuebles gracias a la máxima “*el error común hace derecho*”, y cuyo interés es precisamente proteger al tercero adquirente de buena fe y a título oneroso que ha caído en un error común e invencible, es decir, que cualquier otra persona, en la misma situación, también lo hubiera cometido (Cass. Req., 20 de mayo de 1935; Cass. Civ., 1re., 12 de enero de 1988; SCJ, 1ra. Sala, No. 21, 25 de septiembre de 2019, B. J. 1306). Pero la aplicación de esa teoría en el país ha sido casi nula, al menos en inmuebles no registrados, y en muebles registrados la posesión no vale título.
- [39] SCJ, Salas Reunidas, No. 2, 11 de enero de 2017, B. J. 1274; SCJ, 3ra. Sala, No. 29, 15 de marzo de 2017, B. J. 1276.
- [40] TC-0185-2019.
- [41] SCJ, 3ra. Sala, No. 104, 27 de diciembre de 2013, B. J. 1237.
- [42] Artículo 224, Código Civil.
- [43] Esto se explica porque al momento de la traducción y adecuación del Código Civil francés al derecho dominicano, dicho código había sufrido una modificación en el año 1816, entre ellas, se eliminó el divorcio para mantener la estabilidad del matrimonio. Fue reestablecido en el año 1884, en el mismo año de entrada en vigor en el país de la adecuación del código civil francés.
- [44] SCJ, 1 de abril de 1977, B. J. 797, p. 609.
- [45] En el Código Civil francés se han mantenido las mismas causas de disolución de la comunidad e, incluso, el artículo 1443 ha sido modificado para que diga como sigue: “*si, por el desorden de los asuntos de uno de los esposos, su mala administración o mala conducta, el mantenimiento de la comunidad pone en peligro los intereses del otro cónyuge, éste puede perseguir la separación de los bienes en justicia*”.
- [46] SCJ, Pleno, No. 5, 29 de noviembre de 2000, B. J. 1080.
- [47] SCJ, 1ra. Sala, No. 31, 1 de febrero de 2012, B. J. 1215.
- [48] SCJ, 1ra. Sala, No. 7, 7 de julio de 2010, B. J. 1196.
- [49] B. J. 809, p. 804, citada por Headrick, William C., *Compendio Jurídico Dominicano*, 2000, 2da. Ed. Ampliada, p. 147.
- [50] SCJ, 3ra. Sala, No. 27, 26 de marzo de 2003, B. J. 1108.
- [51] SCJ, 1ra. Sala, No. 89, 8 de mayo de 2013, B. J. 1230.
- [52] SCJ, 1ra. Sala, No. 58, 15 de diciembre de 2017, B. J. 1285.
- [53] SCJ, 1ra. Sala, No. 38, 31 de julio de 2019, B. J. 1304.
- [54] SCJ, 1ra. Sala, No. 198, 27 de julio de 2018, B. J. 1292; SCJ, 1ra. Sala, No. 119, 18 de marzo de 2020, B. J. 1312.
- [55] SCJ, 1ra. Sala, No. 60, 26 de febrero de 2020, B. J. 1311.
- [56] SCJ, 3ra. Sala, No. 29, 15 de marzo de 2017, B. J. 1276.

## Control de convencionalidad y Ministerio Público

*Luis Antonio Sousa Duvergé*<sup>[1]</sup>

Recientemente fue creado el Observatorio por el Justo Proceso (OJP), compuesto por varios abogados y académicos del Derecho que comparten su preocupación por el respeto al debido proceso en las diferentes instancias judiciales de la República Dominicana, el cual ya ha rendido un primer Informe al respecto. El primer Informe del OJP, indican sus autores, se dicta a causa de las filtraciones de datos e informaciones que se suponen de carácter reservado, recabadas en razón de ciertas investigaciones en curso que realiza el Ministerio Público, en casos que son de profundo interés e impacto para la sociedad dominicana. En esencia, el OJP en su primer Informe ha considerado que estas filtraciones interesadas a la prensa nacional y redes sociales se realizan con la evidente intención de mostrar a los encartados ante el público y los juzgadores como culpables, sin que medie condena previa en base a un juicio mediático o *trial by press*, afectando así gravemente el derecho fundamental de estas personas a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, concretamente, por la afectación al principio de presunción de inocencia (Art. 69.3 de la Constitución). Nos sumamos y hacemos propias las preocupaciones del OJP. En ese sentido, consideramos oportuno destacar que el Ministerio Público está llamado a ejercer sus atribuciones y facultades no solo en estricto apego a la Constitución y las leyes, sino también ejerciendo el control de convencionalidad.

Los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos en general y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) en particular, pretenden establecer parámetros mínimos de protección de los derechos humanos. En tal virtud, la obligatoriedad del ejercicio del control de convencionalidad garantiza que, en base al principio de subsidiariedad consagrado en varios artículos de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH), tales como: Art. 46.1.a y Art. 61.2, los Estados parte en el SIDH velen por la protección efectiva de los derechos humanos que consagra el Sistema, siendo el ejercicio del control de convencionalidad una pieza clave para tales fines.

El control de convencionalidad es un concepto desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH que implica, en términos generales, un ejercicio de comparación y verificación normativa entre, por un lado, el ordenamiento jurídico local y las actuaciones de los órganos del Estado parte (como objeto del control); y, por el otro lado, las disposiciones de la CADH, la jurisprudencia (contenciosa y consultiva) de la Corte IDH y otros tratados internacionales sobre derechos humanos de los cuales el Estado sea igualmente signatario (como parámetro del control). La Corte IDH ha establecido de manera reiterada en su jurisprudencia que el control de convencionalidad debe ser aplicado por todos los órganos y autoridades públicas del Estado parte<sup>[2]</sup>, a los fines de que sus actividades y ejercicio de sus funciones y atribuciones se realicen de conformidad con los estándares mínimos de protección de los derechos humanos consagrados, principalmente, en la CADH e instaurados en la jurisprudencia contenciosa y la actividad consultiva de la Corte IDH.

La República Dominicana no escapa al ejercicio del control de convencionalidad, pues está integrada al SIDH, como Estado parte de la CADH, desde finales de la década de los años 70 y, posteriormente, al haber reconocido la competencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (Corte IDH), mediante instrumento de aceptación de competencia de dicho tribunal internacional, firmado por el entonces Presidente de la República, en el año 1999 y esto permanece así hoy en día, sin perjuicio de la sentencia No. TC/0256/14 dictada por el Tribunal Constitucional, cuestión que abordamos en otro escrito de nuestra autoría[3]. En adición, el artículo 74.3 de la Constitución otorga rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos de los cuales la República Dominicana sea signataria y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, No. 137-11 (LOTCP) se dispone expresamente en su artículo 7.13 el principio de vinculatoriedad que dice:

*“Las decisiones del Tribunal Constitucional y las interpretaciones que adoptan o hagan los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado”* (Subrayado nuestro)

Se destaca que el Tribunal Constitucional, desde sus inicios en 2012, ejerció el control de convencionalidad en diversidad de casos, consagrándose así la vinculatoriedad de las decisiones de la Corte IDH, criterio que de manera reiterada ha establecido dicho tribunal como bien se verifica en sus sentencias TC/0084/13; TC/0136/13; y, TC/0361/19.

Como hemos afirmado, este control de la convencionalidad deben ejercerlo no solo los jueces de la República Dominicana, sino todos los órganos y autoridades del Estado, incluyendo, el Ministerio Público. Y así lo ha reconocido expresamente la Corte IDH en su sentencia sobre el caso *Masacre de Río Negro vs. Guatemala*, del 4 de septiembre de 2012, párrafo 262. Veamos:

*“Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondiente. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana”* (Subrayado nuestro)

Siendo esto así, resulta pertinente comprobar lo que ha establecido la Corte IDH, con relación a la presunción de inocencia:

Ante todo, la presunción de inocencia no es una mera idea ni aspiración, se trata en sí mismo de un verdadero derecho humano[4] vinculado al debido proceso, que se encuentra regulado no solo en instrumentos internacionales sino, por supuesto, en

nuestro ordenamiento jurídico, especialmente en el artículo 69.3 de la Constitución donde se configura este principio como una de las garantías para la tutela judicial efectiva y el debido proceso, figurando allí que toda persona tiene “[el] derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratado como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable.”

En el ámbito internacional, el principio de presunción de inocencia queda configurado por primer vez en el marco de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, siendo posteriormente integrado en otros instrumentos internacionales, tales como: i) Declaración Universal de las Naciones Unidas (artículo 11, párrafo 2); ii) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXVI); iii) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (artículo 14.2); iv) Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 (artículo 8.2); y, v) Reglas Mínimas para el Tratamiento de Recursos (artículo 84, párrafo 2), adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrada en Ginebra, en 1955[5].

La Corte IDH ha considerado que la presunción de inocencia se materializa en tres dimensiones (como regla de trato, regla de juicio y regla de prueba) y que se configura como un “elemento esencial para una debida defensa”[6]. Asimismo, ha establecido que la presunción de inocencia “es un eje rector en el juicio y un estándar fundamental en la apreciación probatoria que establece límites a la subjetividad y discrecionalidad de la actividad judicial. Así, en un sistema democrático la apreciación de la aprueba debe ser racional, objetiva e imparcial para desvirtuar la presunción de inocencia y generar certeza de la responsabilidad penal.”[7]

Para el caso concreto de las preocupaciones que ha resaltado el OJP por las actuaciones del Ministerio Público en nuestro país, destacamos que la Corte IDH considera que “[el] derecho a la presunción de inocencia exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita un juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite su responsabilidad penal conforme a la ley. Por ello, ese derecho puede ser violado tanto por los jueces a cargo del proceso, como por otras autoridades públicas, por lo cual éstas deben ser discretas y prudentes al realizar declaraciones públicas sobre un proceso penal, antes de que la persona haya sido juzgada y condena”[8]. En adición, la Corte IDH ha considerado en jurisprudencia reiterada como una violación al artículo 8.2 de la CADH, que las personas sean exhibidas antes los medios de comunicación, en condiciones infamantes, como autores de crímenes y delitos por los cuales aún no han sido legal y debidamente condenados por juez competente[9].

En virtud de lo anterior y en concordancia con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[10], la Corte IDH ha hecho propio el criterio de que:

“La Corte Europea ha señalado que [el derecho a la] presunción de inocencia puede ser violado no solo por el juez o una Corte sino también por otra autoridad pública [...] [el]

artículo 6 párrafo 2 [de la Convención Europea] no puede impedir a las autoridades informar al público acerca de las investigaciones criminales en proceso, pero lo anterior requiere que lo hagan con toda la discreción y la cautela necesarias para que [el derecho a] la presunción de inocencia sea respetado (...) El derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella.”[11]

En definitiva, reiteramos, el Ministerio Público está en la obligación de ejercer sus funciones de persecución penal en estricto apego a la Constitución y las leyes, sino que también, mediante el ejercicio del control de convencionalidad, en apego a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que República Dominicana es signatario (que tienen rango constitucional, por mandato del Art. 74.3 de la Constitución) como lo es la CADH, pero muy especialmente, en respeto a la jurisprudencia de la Corte IDH, so pena de colocar a la República Dominicana en una situación de incumplimiento de dichos instrumentos internacionales y, por consiguiente, provocar la responsabilidad internacional del Estado que conlleve la activación de un deber de reparación en favor de las víctimas.

[1] Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Maestría en Derecho Público, concentración en Derecho Administrativo por la Universidad Complutense de Madrid, España (UCM). LLM en Corporate and Finance Law por la Universidad de Glasgow (UoG), Escocia, Reino Unido. Doctorando en el Doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia (UExternado) y la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM)

[2] Así lo ha establecido la Corte IDH mediante jurisprudencia constante, por ejemplo, en las sentencias sobre el caso *Gelman vs. Uruguay* (donde la Corte IDH afirmó que en el párr. 239 de dicha sentencia que el control de convencionalidad “es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”) y en el caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (en este caso la Corte IDH reafirmó en el párr. 497 de esta sentencia que “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un «control de convencionalidad»”) del 24 de febrero de 2011 y del 28 de agosto de 2014, respectivamente.

[3] Sousa Duvergé, Luis Antonio, *La Situación de la República Dominicana ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos luego de la Sentencia No. TC/0256/14 del Tribunal Constitucional dominicano*, en “El Nuevo Constitucionalismo y al Constitucionalización de la Sociedad y el Derecho”, Liber Amicorum en honor a Luigi Ferrajoli, IDDEC/Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo: 2018

[4] Aguilar López, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia Derecho Humano en el Sistema Penal Acusatorio*, Instituto de la Judicatura Federal, 1era Ed., México D.F.: 2015, P. 43

[5] Aguilar López, Miguel Ángel, *Op. Cit.* pp. 41-42

[6] Sentencia Corte IDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. 31 de agosto de 2004, párr. 154.

[7] Corte IDH. Caso Zegarra Marín vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 331, párr. 125

[8] Corte IDH. Caso Acosta y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334, párr. 190

[9] Corte IDH. Caso Cantoral Benavidez vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 119

[10] Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Allenet de Ribermont vs. France*, 10 de febrero 1995, Series A no. 308, párrs. 36 y 38

[11] Corte IDH. Caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 159 y 160

## Hacia una Administración garantista

*Roberto Medina Reyes*

A partir del período de entreguerras y con la derrota de las dictaduras fascistas surge el Estado social y democrático de Derecho como una organización jurídico-política compuesta por un conjunto de referentes económicos, jurídicos, sociales y políticos, provenientes del proceso de democratización, socialización y normativización del Derecho. En efecto, este modelo de Estado comprende los pensamientos ideológicos de las tres fases o etapas históricas de la evolución del constitucionalismo, las cuales procuran, por un lado, la organización del poder mediante una mayor participación política de las personas y, por otro lado, la constitucionalización de un conjunto de derechos de carácter liberal, democrático y social que fundamentan la existencia de los órganos y entes administrativos. Es decir que detrás del objetivo central de esta fórmula constitucional reposan los derechos fundamentales de las personas.

La concepción del Estado como garante de los derechos fundamentales y de la prestación de los servicios mínimos indispensables obliga a la Administración a abandonar su posición absolutista en el análisis de las políticas públicas y, en consecuencia, a otorgar una mayor participación a las personas en la elaboración y adopción de las decisiones administrativas. De ahí que las personas abandonan su condición de sujetos inertes en su relación con la Administración y, por consiguiente, asumen una posición central en el Derecho Administrativo. De esta manera el Estado se convierte en un garantizador de los derechos fundamentales, por lo que la actividad administrativa se centra en el bienestar de las personas.

Lo anterior tiene consecuencias importantes. En primer lugar, transforma la relación existente entre el Estado y la sociedad, pues los ciudadanos asumen un rol activo en la gestión pública, lo que reduce la arbitrariedad y el secretismo heredados del *ancien régime* y obliga a la Administración a asumir un carácter vicarial o servicial en beneficio de las personas. Esto, sin duda alguna, democratiza la actividad administrativa, pues dota de prerrogativas a los ciudadanos para que puedan definir y estructurar la actividad de los órganos y entes públicos. En segundo lugar, genera el reconocimiento del derecho fundamental a una buena administración, el cual está permeado de un conjunto de principios y reglas que condicionan la actuación administrativa. Y, en tercer lugar, obliga a la Administración a adoptar las medidas necesarias para la protección efectiva de los derechos de las personas.

De ahí que la función esencial de la Administración en un Estado social y democrático de Derecho no se limita a la protección de la seguridad y de la libertad individual de los ciudadanos, sino que además procura asegurar que las personas puedan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, en un marco de libertad individual y de justicia social. Es decir que la Administración no sólo debe garantizar que las personas puedan desarrollarse libremente en la sociedad, sino que también debe dotarlos de servicios mínimos indispensables que les permitan gozar en iguales condiciones de sus

libertades públicas. Y es que, tal y como sostiene Calamandrei, en un Estado social y democrático de Derecho la “cuestión social” se convierte en una “cuestión de libertad”[1], de modo que la Administración debe garantizar el acceso a estos servicios para que las personas puedan desarrollarse libremente.

En ese sentido, es evidente que la idea que fundamenta la existencia de la Administración en un Estado social y democrático de Derecho es el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales. Es decir que el interés general -que tradicionalmente ha justificado la existencia y la legitimación de la Administración- se configura en este modelo de Estado en el goce de los derechos de las personas. De modo que el Derecho Administrativo no es hoy un instrumento al servicio de los órganos que ejercen potestades públicas, sino un instrumento objetivo para garantizar el interés general, el cual se materializa en la satisfacción de los derechos de carácter liberal, democrático y social. En palabras de Rodríguez Arana, el Estado es “sobre todo y ante todo, garantizador de derechos ciudadanos”. [2]

La Administración se debe a los ciudadanos, por lo que se encuentra constitucionalmente obligada a ser un ente proactivo en la protección de los derechos fundamentales. Esto, sin duda alguna, justifica la adopción de las medidas administrativas necesarias para asegurar la realización de los derechos y la prestación efectiva de los servicios mínimos indispensables aun cuando no hayan sido expresamente previstas por una ley previa. En estos supuestos, tal y como explica Sánchez Morón[3], la Administración se encuentra vinculada de forma negativa al principio de legalidad, pues en ningún caso puede adoptar medidas que sean *contra legem* o *contra ius*.

En otras palabras, la actividad administrativa no puede depender de la voluntad exclusiva del legislador, pues la Administración posee una sujeción directa a la Constitución, la cual impone un mandato imperativo de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales. Ahora bien, es importante aclarar que la vinculación negativa de la Administración en estos casos no significa en lo absoluto que la actividad administrativa se encuentra exenta de control judicial, sino que, si bien la Administración puede adoptar aun de oficio las medidas idóneas y adecuadas para cumplir con su misión institucional, ésta debe observar los principios y las reglas generales que componen el derecho fundamental a una buena administración. Pero, además, la Administración sólo puede actuar en el marco de su competencia y en base a las potestades administrativas que expresa o implícitamente le reconoce el ordenamiento jurídico.

En definitiva, la cláusula del Estado social y democrático de Derecho transforma la relación existente entre el Estado y la sociedad, pues posiciona a las personas en el centro de las políticas públicas y de las decisiones administrativas. Esta posición jurídico- constitucional de las personas obliga a los órganos y entes públicos a ser entes activos en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, pues es a través de esta función esencial que la Administración cumple con su misión institucional de servir con objetividad al interés general.

Por consiguiente, es claro que los órganos y entes administrativos están constitucionalmente habilitados para adoptar las medidas idóneas y adecuadas para proteger los derechos de las personas, de modo que no tienen que esperar a que el legislador les autorice para actuar en beneficio de los ciudadanos. En estos casos, la actuación administrativa se desarrolla en ejecución directa de la Constitución, en tanto norma suprema del ordenamiento jurídico. De ahí que es indudable que en la actualidad nos encontramos frente a un sistema administrativo más garantista de los derechos fundamentales, el cual se despliega en torno a las personas.

[1] Piero Calamandrei. *Sin legalidad no hay libertad* (Madrid: Editorial Trotta, 2016).

[2] Jaime Rodríguez Arana, "El derecho fundamental a la buena administración de las instituciones públicas y el Derecho Administrativo", en *El derecho a la buena administración y la ética pública* (Valencia: Tiran lo Blanch, 2011), 77 y ss.

[3] Miguel Sánchez Morón, *Derecho Administrativo* (Madrid: Tecnos, 2006), p.p. 86 y 87.

## La inexistencia como sanción al edicto en materia de embargo

*Francisco Álvarez Martínez*

El presente escrito estará basado en un elemento puntual de las vías de ejecución, la publicación en un diario de circulación nacional de menciones legalmente exigidas. Aunque nos enfocaremos en el derecho común, la misma medida – y a los fines de este documento – se replica en decenas de otras normativas relevantes, por lo que se hace extensiva a las mismas donde el legislador pretenda deducir una publicidad de estas diligencias.

Y, de entrada, advertimos que la presente tesis es promovida originalmente por el Licenciado Francisco Álvarez Aquino, de quien hemos estudiado la argumentación de dicho punto en incontables escenarios y, en consecuencia, reiteramos por esta vía, sustentando en la misma línea que, junto a él, hemos planteado en casos diversos, adicionando el elemento de la inexistencia como solución propuesta, sobre la posible nulidad.

### **Diseción sobre los edictos como medio de publicidad**

No se trata de un simple ritual, de una formalidad a la que se debe prestar una mínima atención, aquella que basta para enviar al periódico el edicto y que este sea publicado en cualquier forma, sin importar si dicho evento publicitario guarda relación o no con la finalidad de las normas legales que lo imponen. El persigiente es el responsable de procurar que lo publicitado sea coherente con la ley, esto es, que logre enterar a sus destinatarios sobre aquello que se hace público. Esto se traduce a que la publicidad como tal no es un trámite aritmético, sino que debe ser efectiva.

Todo lo que no tenga como designio el que los terceros y el público en general lo note, todo lo que sea fraguado de manera imperceptible, aunque aparezca en mil periódicos, no es un acto de publicidad.

Realmente, al respecto no hay que abundar mucho pues, el propósito del legislador no es un asunto controvertido en ningún lugar.

En Francia, desde el año 2006, mediante el *Bulletin Officiel Du Ministère De La Justice* número 104, del 1 de octubre del 2006, se emitió un instructivo a observar por los tribunales civiles respecto del embargo inmobiliario[1], dirigido a todas las instancias del poder judicial que tengan que ver con alguno de los aspectos de esta vía de ejecución[2], en donde en los numerales 4.2.1[3] y 4.2.1.1[4] se expuso:

#### *4.2.1. La publicidad que precede a la venta.*

*Para lograr que la venta se haga al mejor precio posible, la subasta deberá atraer la mayor cantidad de licitadores posible. Esta es la finalidad de las formalidades de publicidad previstas en el decreto...*

#### *4.2.1.1. La publicidad de derecho común.*

*Las formalidades de publicidad son llevadas a cabo por diligencia del acreedor persigiente... De esto se deduce que el acreedor es responsable de velar por la correcta ejecución de estas formalidades...él justifica el correcto cumplimiento de las mismas por medio de su abogado con:*

*La presentación de la publicación del aviso detallado.*

*...*

*Los anuncios previstos están destinados a establecer claramente el proyecto de la venta. El tamaño del aviso y la forma de la impresión misma, deberán asegurar la legibilidad suficiente del mismo. El aviso deberá estar escrito con caracteres de una dimensión no menor de 30, en A3 (40 x 29,7 cm).*

Ciertamente no había que esperar una comunicación como la citada para entender que, lo que el legislador promueve en sus disposiciones relativas a las publicaciones de la venta, es que los terceros puedan enterarse del suceso y ello sólo se logra mediante un aviso legible fácilmente, tomando en cuenta que no saben ni siquiera del embargo por lo que, el aviso, además, deberá ser llamativo y explícito. Esto, aunque es lógico, lamentablemente no es la práctica.

De hecho, en nuestro país, en cuanto a la forma de promoción de cualquier oferta de venta, existe una ley que constituye el derecho común de todos los espacios judiciales en donde no haya una disposición particular, que, coherente con lo explicado y los textos legales señalados, retoca el tema de la legibilidad que debe caracterizar un aviso publicitario.

Se trata de la Ley General de Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario, No. 358-05, la cual, en su artículo 2 engendra su espacio en las publicaciones de las subastas judiciales, al disponer:

*Art. 2.- Las disposiciones referentes al derecho del consumidor y usuario son de orden público, imperativas y de interés social, y tendrán un carácter supletorio frente a las disposiciones contempladas en las leyes sectoriales.*

Más adelante, en su artículo 3, aclara:

*Art. 3.- A efectos de la aplicación de la presente ley, se entenderá por:.....*

*h) Producto: Cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, producido o no en el país, objeto de una transacción comercial entre proveedores y consumidores;*

*Oferta: Es la declaración o manifestación unilateral de la voluntad hecha pública a personas determinadas o indeterminadas, por parte del fabricante industrial, distribuidor, proveedor y comerciante de ventas, de ceder, vender, alquilar o prestar un determinado bien o servicio;*

*m) Publicidad: Es toda forma o medio de comunicación que directa o indirectamente es realizada por una persona física o moral, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de informar, motivar o inducir a la aceptación y/o adquisición de la oferta de bienes y servicios;*

Conforme con las definiciones dadas al inicio por la referida ley 358-05, el que “vende” un “producto”, es un “proveedor” dentro del campo de sus denominaciones específicas.

Igual, un “inmueble” es un producto, y cuando es “ofertado” al público en venta consecuencia de un embargo inmobiliario, sin dudas la eficacia o no de esta publicación puede afectar la seguridad del propietario del bien embargado.

Así, el artículo 38 de la ley de marras, dispone lo que se considera una norma aplicable en toda publicidad de una operación que pudiere afectar los intereses de una parte. En efecto, en el literal “e” de dicho texto legal, se señala que la promoción de dicho evento deberá ser realizada “en forma legible e inteligible.”

En este mismo sentido, ahora aplicando el sentido analógico que existe entre las disposiciones legales de un mismo país, observemos que en la Resolución de nuestro Congreso Nacional número 6-12, que aprueba la adhesión a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, aprobada por la Asamblea General el 23 de noviembre de 2005 G. O. No. 10658 del 9 de febrero de 2012, el legislador dominicano asume las siguientes explicaciones respecto de las características de un escrito en donde se comunique una información determinada.

En ese contexto, el texto nos advierte:

5.- *Forma escrita.* –

143. *En el Párrafo 2 del Artículo 9 de la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas se define la norma básica que deben cumplir las comunicaciones electrónicas para satisfacer el requisito de que una información se conserve o se presente “por escrito” (o de que la información esté consignada en un “documento” o en otro instrumento de papel). 144. Durante la preparación de la Convención, la CNUDMI prestó atención a las funciones que tradicionalmente desempeñan distintos tipos de “escritos” en el contexto de los intercambios sobre papel. Las leyes nacionales exigen la utilización de “escritos” por diversas razones, a saber: a) asegurar que haya una prueba tangible de la existencia y la naturaleza de la intención de las partes de quedar obligadas; b) ayudar a las partes a ser conscientes de las consecuencias que entrañaría el hecho de que celebraran un contrato; c) velar por que los documentos sean legibles por cualquier persona; d) velar por que los documentos no se vean alterados por el paso del tiempo y den constancia, de manera permanente, de una operación; e) permitir la reproducción de un documento a fin de que cada parte pueda disponer de una copia de los mismos datos; f) permitir la autenticación de datos mediante una firma; g) velar por que los documentos tengan una forma aceptable para las autoridades públicas y los tribunales; h) cristalizar la intención del autor del “escrito” y dejar constancia de dicha intención; i) permitir el archivo fácil de datos en forma tangible; j) facilitar el control y la subsiguiente auditoría con fines contables, fiscales o reglamentarios; o k) instituir derechos y obligaciones.*

146. *La finalidad del Párrafo 2 del Artículo 9 no es establecer el requisito de que, en todos los casos, las comunicaciones electrónicas cumplan todas las funciones concebibles de un “escrito”. En vez de centrarse en las funciones específicas que un*

*“escrito” puede desempeñar en un determinado contexto, el Artículo 9 se basa en el concepto básico de que la información pueda ser reproducida y leída. Este concepto se enuncia en el Artículo 9 de un modo que se consideró que establecía un criterio objetivo, a saber, que la información consignada en una comunicación electrónica tenía que ser accesible para su ulterior consulta. Con la palabra “accesible” se intenta dar a entender que la información consignada en forma de datos informáticos debe ser legible e interpretable y que deben conservarse los programas informáticos que sean necesarios para dar legibilidad a tal información. En la versión inglesa, la palabra “usable” pretende abarcar tanto el uso humano como el procesamiento electrónico.*

Y si queremos ejercitarnos en el significado de legible dentro del parecer de nuestro legislador, este se aprecia claramente cuando este emite sus consideraciones sobre las características de un aviso legible, efectivo frente al público, en el cuerpo de la Ley no. 48-00 del 26 de julio del 2000, que prohíbe fumar en lugares cerrados, en donde, al tratar la preocupación del Estado respecto de que el público lea las advertencias señaladas por la ley, dispone que las mismas deberán observar lo siguiente:

*El texto de la advertencia en anuncios de periódicos, revistas y cualquier otra promoción (afiche), en donde figure la marca, deberá aparecer con el tipo de letra “Univers 47 (Fdy)”.*

*El tamaño de la letra a utilizar será el siguiente:*

*Letra de 10 Puntos en periódicos, revistas y cualquier otro anuncio (afiche), de un tamaño no mayor de 65 pulgadas cuadradas.*

*Letra de 12 Puntos en periódicos, revistas y cualquier otro anuncio (afiche) de un tamaño mayor de 65 pulgadas cuadradas, no mayores de 110 pulgadas cuadradas.*

*Letra de 14 Puntos en periódicos, revistas y cualquier otro anuncio (afiche) de un tamaño mayor de 110 pulgadas cuadradas, pero no mayor de 180 pulgadas cuadradas.*

*Letra de 16 Puntos en periódicos, revistas y cualquier otro anuncio (afiche) de un tamaño mayor de 180 pulgadas cuadradas.*

Otra forma de ejemplificar las características de un edicto de venta, de un aviso a publicar, lo podemos observar en el Edicto de remate, figura similar al embargo inmobiliario, dictado en Culiacán, México, que parcialmente transcribimos a continuación, en el curso de una orden de publicación del edicto de remate del expediente 1417-2007, entre Matilde Molina Astorga y Guadalupe Hernández, se expresaba en el mandato del mismo Tribunal que *el edicto ordenado precedentemente, deberá publicarse utilizando fuente de letra legible y de tamaño no menor a ocho puntos*. Esto ocurrió el 9 de diciembre del año 2008, como una solución práctica de ese Tribunal.

Y otro ejemplo lo constituye lo dispuesto por la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de Madre de Dios, Perú, en cuanto a las formalidades a observarse en los edictos judiciales, cuando en una convocatoria para la designación del periódico en donde aparecería este tipo de avisos, dispuso:

*SECCIÓN A: De los Edictos Judiciales. – Se publicará este tipo de avisaje en la cantidad de páginas necesarias. Se respetará las fechas de publicación ordenadas por Salas y Juzgados. El ancho de la columna será de 3.50 a 6.00 centímetros, el tamaño de letra del texto será de 06 puntos; el nombre será de 06 puntos más alta y en negrita; los subtítulos a 10 puntos alta invertida. Estarán separados en 02 espacios y con una línea del subsiguiente. Al pie de cada edicto judicial se colocará en forma remarcable el precio total del importe pagado.*

### **Contraproducente tratamiento jurisprudencial**

Se hace necesario recordar que: a) La finalidad, el objetivo, el propósito del legislador al ordenar la publicación del aviso de venta en un periódico, es hacer del conocimiento de los terceros y del mismo embargado, si no lo sabía, el evento de la subasta y, con ello, provocar que a la misma asista el mayor número de licitadores, y b) Ello sólo se logra cuando el aviso se puede leer adecuadamente. Es decir, el objetivo es comunicar, no es un trámite interno y secreto.

Partiendo de aquí, como dice el Licenciado Francisco Álvarez Aquino, una publicación colocada en un periódico nacional, respecto de la venta de un inmueble, redactada en arameo o en bengalí, no puede constituir el aviso legal dispuesto por el artículo 696 del Código de Procedimiento Civil...su forma de expresión es contraria, absolutamente, al mandato del texto señalado y dicho aviso podrá llamarse como quiera, pero nunca un edicto de venta propio de un embargo inmobiliario. Esto es lo mismo que algo en idioma español que sea de casi imposible lectura – sin lupa – y mucho más para el tercero que no está buscando dicho anuncio.

El objetivo procurado por el embargante en su acostumbrado escueto esfuerzo procesal no guarda relación alguna con el mandato de la ley y su designio, el cual, tal y como se evidencia a todo lo largo de este proceso de embargo, poco le ha importado a la referida persiguiendo.

### **Un edicto en estas condiciones ¿es nulo o inexistente?**

La respuesta comúnmente es la nulidad. Por no ser la nulidad el objeto del presente documento vamos a dejar ese gran aspecto relegado a los toques casuales que recibirá, pues nos enfocaremos en la que pensamos es la solución, y que adelantamos, no es pacífica. La inexistencia de esa diligencia procesal.

Según Julien Bonnecase, la inexistencia es la “nada jurídica”, no es relevante para el orden jurídico porque su incidencia es, valga la redundancia, inexistente.

Y, entonces, si un acto no puede producir efecto alguno, dice Guillermo Patricio Martín, esto equivale a que no existe. Según Martín, la noción del acto inexistente se va insinuando gradualmente en las obras de Biret, Guyon y Solón, hasta consolidarse racionalmente en la obra de Zacharíae, aclimatándose a las obras de Demolombe, Marcadé y las ediciones del Curso de Aubry y Rau, para quienes el acto inexistente o no

sucedido es el que no reúne los elementos de hecho que requiere su naturaleza o su objeto y en ausencia de los cuáles es lógicamente concebir su existencia.

Esto es muy importante pues es, sin dudas, la primera concepción clara que define el acto inexistente, y más porque todos coincidieron inicialmente en que resulta imposible de determinar los elementos de hecho que podrían confirmar la inexistencia del acto, pues esto resultaría en limitarlos. Nosotros entendemos que es así, pues cualquier intento de limitar el espectro de la inexistencia es contraproducente para la figura misma.

Entonces, ¿el acto inexistente opera de pleno derecho o debe ser pronunciado? Aquí hay una discusión.

Por un lado, el Dr. Núñez Molina plantea una “teoría del plano jurídico”, adscrita a la ausencia de un requisito positivo de Paul Oertmann. Según esta línea de pensamiento, la inexistencia es una carencia de un elemento esencial y, en consecuencia, ese acto no es realmente un acto, sino que tiene apariencia de él, y en consecuencia no puede producir efecto jurídico alguno, sin importar que sea declarado así o no.

Independientemente de si la teoría de la inexistencia nace con Zachariae o con la genialidad jurisprudencial francesa, los hermanos Henri, León y Jean Mazeaud coinciden en que la inexistencia no tendría que ser demandada judicialmente, ya que el acto inexistente, aunque aparente, no producirá efectos y, aunque el derecho local nos obligue a requerir un tribunal para así declararlo, no debería ser así.

Así, el Tribunal Constitucional en la Sentencia ya citada, entiende que el pronunciamiento (o sea, que depende de un Tribunal) de la inexistencia constituye una sanción mayor a la pronunciada por la nulidad absoluta, que está reservada para actos existentes, pero afectados de vicios.

Se basa el Tribunal Constitucional en el razonamiento compartido por autores clásicos de que, en virtud de la máxima jurídica “nadie puede hacerse justicia por sí mismo”, la inexistencia debe ser pronunciada mediante decisión judicial; tal es el caso de fallos rendidos por la Suprema Corte de Justicia, que, al examinar decisiones emanadas de tribunales ordinarios, las ha considerado inexistentes por contener un manifiesto déficit motivacional que las convierte indefectiblemente en actos inexistentes.

¿Es necesario que se pronuncie por un Tribunal? Entendemos que ante la ausencia de una normativa que expresamente reconozca la inexistencia, no deja opción, debe ser reconocida por un Tribunal. La razón es simple, al acto no “ser acto”, este hecho debe ser probado y reconocido en una Sentencia que así lo compruebe. La nulidad no es la opción adecuada pues el régimen de nulidades responde a otro tipo de situaciones jurídicas que sí ameritan un estudio complementario, pero no es este el escenario. Demandar la nulidad sería de cierta forma reconocer la existencia del acto, pues solo algo que existe puede ser declarado nulo.

En ese mismo sentido, la obra DROIT ET PRATIQUE DE LA PROCEDURE CIVILE, de la casa Dalloz, editado en el 1999 bajo la dirección de Serge Guinchard, en sus páginas 348 y 349 nos expone:

*Nulidad e inexistencia – Estos dos conceptos se enfrentan necesariamente, cuando hay que decidir si un acto debe existir para ser declarado nulo, observando una frontera difícil de trazar cuando se trata de la violación de una regla importante, conduciendo al juez a considerar si realmente el acto existe o no como tal.*

La necesidad de una definición se explica por una diferencia de régimen esencial, impulsada el sentido común. Por lo tanto, aun cuando el artículo 648 NCPC señala específicamente la nulidad de los actos de alguaciles que no cumplen con la formalidad prescrita, ello no es contrario ni le resta a la figura de la inexistencia.

A pesar de la dificultad que se plantea en el discernimiento de estos criterios, la cual conduce a la Corte de casación a enfocar ambas figuras con fronteras muy cercanas, la distinción sigue siendo útil.

En un caso en que la notificación en un proceso se hizo a la parte misma y no a su abogado, siendo allí obligatoria la representación, la Corte de casación hizo la distinción de que lo ocurrido fue “omisión del acto y no vicio de forma”, censurando al Tribunal de Apelación por haber asumido el criterio de la necesidad del agravio exigido en algunos tipos de nulidades.

En la especie, aquello que por sus propias características no anuncia nada, no puede constituir el edicto al que se refiere la ley, el cual, entonces, simplemente no ha existido nunca.

La inexistencia, pues, es la forma judicial de designar lo enviado por la persigiente a publicar según lo antes relatado.

## **Conclusión**

Todo lo anterior puede ser condensado en un párrafo. Las publicaciones que (a) los persigientes, (b) los tribunales, y (c) casi siempre los perseguidos, aprueban en el marco de un proceso de ejecución, no superan un análisis mínimo de eficacia.

Esto obliga a que los mismos, cuando se deduzca dicha consecuencia, deban ser procesalmente aniquilados por estar – contraproducentemente – torpedeando el interés y espíritu del legislador, el proceso al cual se opone y, como si fuese poco, los derechos de las partes y los terceros.

Es el Tribunal que está llamado a luchar contra esta mala práctica que se ha tornado ley, exigiendo valores mínimos de publicación en los distintos escenarios en que se den las circunstancias, pues incluso bajo la ausencia de una solicitud en esa línea por parte del embargado, el Tribunal es el veedor absoluto de que el proceso cumpla con los

requisitos mínimos establecidos por ley, y esto, jamás, podrá ser simplemente simbólico.

[1] *Circulaires de la Direction des affaires civiles et du sceau Signalisation des circulaires du 1er ctubre au 31 décembre 2006*

[2] *Premier Président de la Cour de cassation – Procureur Général de ladite Cour – Premiers présidents des cours d’appel – Procureurs généraux près lesdites Cours – Présidents des tribunaux supérieurs d’appel – Procureurs de la République près lesdits tribunaux – Directeur de l’Ecole nationale de la magistrature – Directeur de l’Ecole nationale des greffes – Président du Conseil national des greffiers en chef des tribunaux de commerce*

[3] *La publicité préalable à la vente*

[4] *La publicité de droit commun*

## La mora ¿sanción tributaria?

*Adonis L. Recio*

El título I del Código Tributario nos ofrece los elementos sustanciales en los que se sostiene el Sistema Tributario de la Republica Dominicana, desde los conceptos más básicos como son; el contribuyente, responsable solidario hasta situaciones un poco más complejas como las infracciones en materia tributaria.

Dicho lo anterior nos podemos acercar a las disposiciones contenidas en el artículo 197 del referido Código, a partir de la cual se procura regular estas formas de conductas irregulares para la sociedad. No obstante, este régimen no puede observarse de forma aislada sino integral, pues en primer orden contamos con deberes formales que también pueden dar al traste con las sanciones que nos atañen.

Inicialmente se puede expresar sin temor alguno, que los artículos 204-205 de la Ley No. 11-2 y sus modificaciones verificadas segregan los delitos tributarios de las faltas, siendo por supuesto su rasgo más distintivo que los primeros se encuentran revestidos de una intención dolosa que implica la privación de libertad de los implicados, mientras que las faltas[1] no.

Arribado este punto, es menester retornar al punto crucial de este análisis, a saber, la mora. Esta infracción está configurada por el pago fuera del tiempo previsto por la ley del tributo debido, en efecto, así lo prevé el art. 26, veamos: *El no cumplimiento oportuno de la obligación tributaria constituye en mora al sujeto pasivo, sin necesidad de requerimiento o actuación alguna de la Administración Tributaria*” sobre esto es oportuno destacar que sujeto pasivo es no solo el contribuyente sino el responsable solidario por efecto del art. 11 del Código.

Entonces, el primer inconveniente que presentó esta disposición fue el aspecto del cumplimiento oportuno frente al impuesto presentado por el contribuyente mediante su declaración jurada, en contraposición con el determinado por la Administración Tributaria, en efecto, se planteaba que al haberse solventado el monto de la declaración (lo que el contribuyente entiende debe) no podría exigírsele mora alguna, pues la diferencia verificada por el Estado estaba siendo objeto de una litis. Esta controversia fue resuelta por la Suprema Corte de Justicia (SCJ) mediante Sentencia No. 25 de fecha 11 de febrero del año 2015 de la Tercera Sala en ocasión del caso Nestlé Dominicana, S. A vs DGII, en que reconoció que las diferencias[2] detectadas por el fisco SÍ eran alcanzadas por la mora correspondiente.

Conforme lo expuesto, resulta pertinente cuestionarnos ¿es la mora una sanción propiamente dicha?

Adentrémonos a lo que expone la doctrina; *“La multa, sanción pecuniaria consistente en la imposición de la obligación de pago de una cantidad determinada de dinero, es la*

*medida prototípica del sistema sancionador español*". SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., Principios de Derecho Administrativo General II, año 2018. Y que, "Tanto la jurisprudencia como la doctrina han intentado definir el ámbito de todo procedimiento punitivo en razón de las actuaciones que el poder público utiliza para aplicar medidas materialmente punitivas o penales, con independencia de la denominación expresa que tales medidas reciban en nuestro ordenamiento. De ahí la importancia que conlleva definir de forma concisa el concepto material de sanción, el cual vendrá dado por la verdadera naturaleza que entraña dicha sanción; el riesgo que implica dotar a la sanción tributaria de una naturaleza ajena y extraña a la que le es propia no es otro que el de tener que renunciar de facto a la teoría del *ius puniendi* estatal y, por tanto, el marco garantista que puede proporcionarle ésta al procedimiento sancionador tributario; CRISTINA PÉREZ-PIAYA MORENO, El Procedimiento Sancionador Tributario, 2008.

En la República Dominicana la potestad sancionadora es un hecho incontrovertido, lo cual la Jurisdicción Contenciosa Administrativa admite desde 1998[3], y es obvio ante un art. 32 literal D y 69 y ss. del Código Tributario que no deja espacio a dudas. El tema, de lo verificado en esta ocasión es precisamente el debido proceso expuesto por ese art. 69 ante estos recargos por mora que, contiene una extraña forma de manifestarse, ya que, de su art. 26 nos ofrece rasgos totalmente apartados del procedimiento sancionador aplicable a una falta tributaria perfectamente insertada en el art. 205 numeral 2, que indica: *Constituyen faltas tributarias sancionadas pecuniariamente las siguientes: 1. La evasión tributaria que no constituye defraudación. 2. La mora.*

Sobre el particular se dictó la Sentencia No. 221-2017 de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia (SCJ), más lo interesante de esta decisión es el voto disidente realizado por el entonces Magistrado Robert Placencia, quien, desde las páginas 37 y ss. de la referida decisión señaló que no es aceptable que concurren el interés indemnizatorio y la mora en una determinación ya que estas versan sobre dos (2) sanciones justificándolo como sigue: "aplicar a la evasión dos sanciones como son el recargo por mora y el interés indemnizatorio, no resulta idóneo, pues estaríamos frente a sanciones desproporcionadas y no razonables"

Lo anterior supondría que los recargos por mora -al igual sucede con el interés indemnizatorio- no opere de forma inmediata o automática en toda resolución de la Dirección General de Impuestos Internos (DGII), sin embargo, es el propio art. 26 que señala que este se aplicará sin necesidad de requerimiento o actuación alguna de la Administración Tributaria.

En tal virtud, es notorio que, si bien la estructuración del Código Tributario nos permitiría concluir que esta es una falta, que por vía de consecuencia debería ser tratada como tal, su comportamiento no es el de tal figura jurídica, sino que como ocurre con el interés indemnizatorio aplica de forma inmediata, y lo más importante sin que se traduzca en una sanción que amerite seguir el debido proceso previsto por el art. 70 y ss. del Código Tributario.

### Bibliografía

SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, año 2018.

CRISTINA PÉREZ-PIAYA MORENO, *El Procedimiento Sancionador Tributario*, 2008.

VÁSQUEZ CASTRO, Yorlin L., *Derecho Tributario Sustantivo y Administrativo*, 2018.

### Normas

Código Tributario Dominicano

### Sentencia

Sentencia No. 221-2017 de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia (SCJ)

[1] Ver paginas 510 y ss. de la obra *Derecho Tributario Sustantivo y Administrativo*; VÁSQUEZ CASTRO, Yorlin L., 2018 en que advierte que en ningún caso podrían implicar la privación de libertad sin embargo no podrán ser más beneficiosas para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas de caras al art. 38 de la Ley No. 107-13.

[2] En otras palabras, que el monto existente entre lo pagado por el contribuyente y el faltante conforme la determinación efectuada, perfectamente puede ser afectado por los recargos por mora.

[3] Ver Sentencia del TCT, de fecha 27 de marzo de 1998, Boletín del TCT No.4, pág.188, referenciada por el especialista Edgar Barnichta Geara.

## Importancia de una teoría adecuada de lo contencioso electoral

*Stalin Osser*

A propósito de las entrevistas llevadas a cabo por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) a los postulantes a formar parte como jueces titulares del Tribunal Superior Electoral (TSE), he podido observar, con elevada satisfacción, el interés de los consejeros de reactivar la discusión sobre la definición del terreno competencial entre el TSE y el Tribunal Superior Administrativo (TSA) sobre los impugnaciones en contra de los actos electorales (o administrativos electorales, tal y como los denomina el Consejo de Estado de Colombia) emitidos por la Junta Central Electoral (JCE) en su rol de órgano constitucional encargado de la administración del proceso electoral y garante de la protección de los derechos políticos electorales.

La discusión de esta problemática la inicia el precedente TC/0282/17, el cual versó sobre un *conflicto de competencia atípico* entre la Junta Central Electoral y el Tribunal Superior Administrativo, en donde la JCE reclamaba que el TSE tenía vedado conocer impugnaciones en contra de actos administrativos electorales relativos al reconocimiento de organizaciones políticas, puesto que, a su juicio, esta cuestión es competencia del Tribunal Superior Administrativo.

Así, la conclusión arribada por la jurisdicción constitucional en la solución del indicado conflicto de competencias se decantó por declarar al Tribunal Superior Administrativo como la jurisdicción competente para ejercer el control de los actos emitidos por la Junta Central Electoral, en cuanto que (i) no existe una disposición legal expresa que otorgue tales competencias al Tribunal Superior Electoral, y (ii) las decisiones de la Junta Central Electoral son actos administrativos y, como tales, deben ser encausados ante la jurisdicción contencioso administrativa.<sup>[1]</sup>

Es en este contexto que cobra importancia la construcción de una teoría adecuada sobre lo contencioso electoral. En efecto, en la legislación electoral dominicana no existen precisiones conceptuales sobre lo *contencioso electoral*; esto ha provocado que se tienda a considerar —en términos genéricos— como tal cualquier conflicto judicial que involucre, ya sea al órgano administrativo electoral, a una organización política o a algún ciudadano que participe en la obtención de un puesto de elección popular, siendo esto un error que se manifiesta en la configuración legislativa de las competencias a cargo del Tribunal Superior Electoral, pues, tal como como veremos más adelante, no todo lo que conoce la jurisdicción electoral es contencioso electoral.

Para Orozco, lo contencioso electoral comprende el conjunto de medios procesales de que procuran el control de la regularidad de los actos y procedimientos electorales, esto es, el conjunto de controles o impugnaciones *estrictamente jurisdiccionales* frente a actos y procedimientos electorales emitidos por la autoridad electoral administrativa. <sup>[2]</sup>

Al hilo de lo hasta aquí planteado, la identificación de una teoría adecuada sobre lo *contencioso electoral* que sea compatible con la realidad que nos ofrece el ordenamiento electoral dominicano, no es una tarea ociosa; la relevancia jurídica que representa este ejercicio se encuentra enlazada intrínsecamente con la delimitación de las competencias constitucionales del Tribunal Superior Electoral (TSE).

De ahí que el artículo 214 de la Constitución establezca que el TSE “es el órgano competente para juzgar y decidir con carácter definitivo sobre los asuntos contencioso-electorales”[3] y estatuir sobre los diferendos que surjan a lo interno de los partidos, agrupaciones y movimientos políticos o entre éstos”. De esta disposición constitucional podemos observar que el TSE no solo es competente para resolver conflictos intrapartidarios o a lo interno de las organizaciones políticas, sino también para juzgar todo lo que se derive del concepto analizado: lo contencioso electoral.

Aunado a lo anterior, otro aspecto que también pone de relieve la necesidad conceptual de lo *contencioso electoral* tiene que ver con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 1494, que instituye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de fecha nueve (9) de agosto de 1947, disposición esta que fue totalmente omitida por los precedentes del TC respecto al tema[4]:

“Las cuestiones contencioso-electorales, de ajuste de cuentas oficiales y reclamaciones contra el Estado, de expropiación pública y de seguros sociales, deben ser conocidas por las jurisdicciones esenciales ya establecidas y no estarán bajo la competencia del Tribunal Superior Administrativo”.

Como podemos observar, la disposición transcrita es determinante en establecer que el Tribunal Superior Administrativo no es competente para conocer sobre los *asuntos contenciosos electorales*, sino que estos estarán a cargo de las jurisdicciones especiales ya existentes. Por cuanto, si bien la norma transcrita es *preconstitucional*, aún su contenido permanece vigente y habilita al Tribunal Superior Electoral, como jurisdicción especializada, para juzgar todo lo que se derive de lo *contencioso electoral* que, como ya hemos planteado, abarca los diversos medios técnicos-jurídicos de impugnación o control de los actos y procedimientos electorales emitidos por la administración electoral.

En ese tenor, si asumimos la noción de contencioso electoral planteada, arribaremos a la conclusión de que es el TSE (y no el TSA) el órgano jurisdiccional competente para ejercer el control de los actos dictados por la JCE, en sus funciones electorales, que impacten el sistema electoral y, a su vez, sean susceptibles de vulnerar derechos políticos electorales.

De todos modos, a mi juicio, y pese a no existir ninguna disposición legal que les otorgue estas atribuciones expresamente al Tribunal Superior Electoral, de conformidad con las competencias y facultades implícitas reconocidas a los órganos constitucionales autónomos por la misma jurisdicción constitucional en el precedente TC/0305/14[5],

estas competencias pueden ser reconocidas, pues las mismas forman parte de su misión constitucional.

Por consiguiente, cuando la administración electoral emita un acto que impacte el ámbito de los derechos políticos electorales, el mismo debe ser controlado por la jurisdicción especializada encargada constitucionalmente de velar por la protección de estos tipos de derechos y, en razonamientos del TC, “la jurisdicción contencioso electoral es la competente [de] proteger de manera eficaz el derecho al sufragio, es decir, el derecho a elegir y ser elegible”.<sup>[6]</sup>

Por otro lado, un escenario interesante alrededor de esta discusión se produjo en el desarrollo del torneo electoral de 2020, cuando la Junta Central Electoral dispuso mediante un acto electoral administrativo que las organizaciones políticas solo podían acreditar un solo delegado ante los colegios electorales, tomando en cuenta el nivel presidencial. Sin embargo, resulta que no todas las organizaciones políticas llevan candidatos en el nivel presidencial, de manera que la referida decisión les impedía fiscalizar el proceso ante las mesas electorales de sus candidaturas<sup>[7]</sup>. Este acto fue impugnado ante el Tribunal Superior Electoral y, respecto a su competencia, consideró lo siguiente:

“La resolución cuestionada concierne a la organización de la jornada electoral, específicamente al procedimiento para la acreditación de los delegados de los partidos políticos ante los colegios electorales, de manera que se trata de un genuino acto electoral. En atención a lo expuesto, *resulta evidente que en la especie se trata de un asunto contencioso electoral, cuya competencia recae, por mandato constitucional, en este Tribunal Superior Electoral*<sup>[8]</sup>. En efecto, el impetrante ha sometido a consideración de esta Corte la impugnación de una resolución adoptada por la máxima autoridad en organización de los procesos electorales con el propósito de regular la acreditación de delegados ante los colegios y las juntas electorales. De modo, pues, que *se está ante el combate a un genuino acto electoral, que despliega sus efectos sobre los partidos políticos y que se agota con la conclusión de la jornada electoral.*<sup>[9]</sup>

Del análisis de los razonamientos desarrollados por el TSE para retener la competencia en ese caso en particular, se pueden colegir dos ideas fundamentales: i) considerar la actuación de la JCE sobre los delegados políticos como un acto electoral susceptible de vulnerar derechos políticos electorales; y ii) enmarcar la impugnación del referido acto como un conflicto contencioso electoral para poder activar las competencias del 214 constitucional arriba transcrito.

En similares términos, el Tribunal Constitucional a través de la sentencia TC/0180/21, argumentó que:

“Comprobamos, en efecto, que el presente caso atañe a un asunto contencioso electoral, cuyo origen radica en los requerimientos exigidos por la ley para desempeñar el cargo de regidor. Al respecto, conviene tomar en cuenta que los mecanismos contenciosos electorales han sido concebidos para solucionar conflictos y controversias en materia

electoral. Estos mecanismos también conciernen los medios de impugnación habilitados a los ciudadanos para recurrir los actos, acuerdos o resoluciones de los organismos electorales”.

Como se puede observar, la distinción del razonamiento entre la jurisdicción electoral y la constitucional radica en que, mientras la primera considera contencioso electoral todos aquellos recursos o impugnaciones en contra de actos electorales (emitidos por la administración electoral), la segunda supedita la activación del contencioso electoral cuando exista expresamente un recurso específico “habilitado” por el legislador para atacar un acto en concreto, de lo contrario no existe un contencioso electoral.

En otras palabras, a juicio de la jurisdicción constitucional, si el recurso no está previsto para atacar una actuación específica de la administración electoral, no estamos, ni estaremos, frente a un contencioso electoral en caso de que sea impugnado y, por ende, la jurisdicción contenciosa administrativa será la facultada para ejercer el poder del control jurisdiccional.

Para ilustrar mejor lo planteado, nos vamos a hacer valer de dos ejemplos:

I. Para impugnar la decisión que emite la administración electoral sobre las propuestas de candidaturas que presentan las organizaciones políticas, el artículo 145 de la Ley 15-19, Orgánica de Régimen Electoral, prevé un recurso por ante el Tribunal Superior Electoral; en ese ejemplo, cualquiera de los criterios que entendemos como válido activarían el contencioso electoral, ya que el recurso se encuentra expresamente previsto y está destinado en contra de una actuación de la administración electoral;

II. Las decisiones emitidas por la administración electoral aceptando o rechazando las solicitudes de reconocimientos de organizaciones políticas; estas decisiones no tienen prevista expresamente por la legislación un recurso específico para encausarlas en lo jurisdiccional, de ahí que, si consideramos el criterio de la jurisdicción constitucional válido no estamos ante un contencioso electoral (el recurso no está previsto expresamente), mientras, si tomamos el criterio de la jurisdicción electoral, estamos frente a un contencioso electoral que activa las competencias constitucionales del Tribunal Superior Electoral, por el simple hecho de que la decisión provino de la administración electoral en sus funciones electorales.

Hasta lo aquí planteado, podemos concluir que no todas las competencias de la jurisdicción electoral son contenciosas electorales, pues existen otras competencias como son las de dirimir conflictos entre los partidos políticos y a lo interno de los mismos, así como las de conocer las imputaciones de lo penal electoral y las rectificaciones de actas del estado civil. Y es que la utilidad e importancia de identificar un concepto uniforme y adecuado de lo contencioso electoral, se traducirá en una mejor configuración legislativa de las competencias que están a cargo del Tribunal Superior Electoral.

Existen también otras herramientas conceptuales útiles para comprender la dimensión del tema de las competencias a cargo de la jurisdicción electoral, entre ellas, el *acto electoral* o *acto administrativo electoral* y *función electoral*, además, las implicaciones sistemáticas que produce someter los asuntos electorales al régimen de justicia ordinario por ante la jurisdicción contencioso-administrativa, todos estos, serán para una próxima entrega.

[1] Parte dispositiva del precedente TC/0282/17.

[2] J. Orozco, «El contencioso electoral/La calificación electoral». Derecho electoral latinoamericano: un enfoque comparativo, ed. por Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (Ciudad de México, UNAM, 2019), pp. 1179-1363.

[3] Cursivas y subrayado añadidos.

[4] TC/0282/17, TC/0624/18, TC/0082/18 y TC/0180/21

[5] República Dominicana. Tribunal Constitucional, sentencia TC/0305/14, de fecha 22 de diciembre de dos mil catorce (2014).

[6] República Dominicana. Tribunal Constitucional, sentencia TC/0624/18, de fecha 10 de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

[7] El Tribunal Superior Electoral arribó a la conclusión de modificar el acto y disponer que las organizaciones políticas puedan acreditar un delegado ante las en cada uno de los colegios electorales adscritos a la demarcación de su candidatura, independientemente del nivel de elección.

[8] Cursivas nuestras.

[9] República Dominicana. Tribunal Superior Electoral, sentencia TSE-681-2020, de fecha 23 de junio de dos mil veinte (2020).



**ABOGADOSDQ**

---

