

Gaceta Judicial[®]

AÑO 26 ■ NÚMERO 411



PERSPECTIVAS DE LA SUPERVISIÓN BANCARIA Y FINANCIERA

Edición especial por el 75.º aniversario de la Superintendencia de Bancos
y los 20 años de la Ley Monetaria y Financiera

¿SABES SI TIENES CUENTAS ABANDONADAS?



D E S C A R G A



**PROUSUARIO
DIGITAL**

ProUsuario.gob.do





Esta edición especial enfoca diversos temas de derecho administrativo y bancario de marcado interés para la comunidad jurídica.

Entre los aspectos en que profundizan los artículos se destaca la potestad sancionadora y la facultad de inspeccionar de la Superintendencia de Bancos, la embargabilidad en los casos de entidades en disolución, el régimen de autorización de las entidades en la República Dominicana, la protección efectiva de los derechos de los usuarios financieros y la supervisión del futuro a partir de *regtech* y *suptech*.



ESCRIBEN EN ESTA EDICIÓN:

José Carlos Laguna de Paz, Miriam M. Ivanega, Víctor Rafael Hernández-Mendible, María Fernanda Sansur Báez, María Isabella Batista Guerra, Mario Arturo Leslie Soto, Daniela Yermenos Santos, Iván José Santana Duval, María Alejandra Camilo Victoria, Pamela Delance Peralta, Jaime D. Genao

- 3** Presentación
- 6** **Primer Congreso Internacional de Derecho de la Regulación Monetaria y Financiera**
- 8** Retos de la regulación y supervisión financiera en la nueva economía digital global
Por José Carlos Laguna de Paz
- 18** La regulación monetaria y financiera. El rol de los bancos centrales. Comentarios acerca del Banco Central de la República Argentina (BCRA)
Por Miriam M. Ivanega
- 30** El derecho de la regulación monetaria y financiera es derecho administrativo. Las potestades de la Administración monetaria y financiera y la naturaleza de la autorización para operar
Por Víctor Rafael Hernández-Mendible
- 40** La intervención del Estado en la actividad bancaria: breve explicación
Por María Fernanda Sansur Báez
- 48** La inembargabilidad de los bienes de una entidad de intermediación financiera en proceso de disolución
Por María Isabella Batista Guerra
- 56** Protección de los derechos de los usuarios de los productos y servicios financieros: una perspectiva local y comparada y casos prácticos a propósito del contrato de emisión de tarjeta de crédito
Por Mario Arturo Leslie Soto
- 68** Aspectos legales del modelo de autorización previa de las entidades de intermediación financiera en la República Dominicana
Por Daniela Yermenos Santos
- 74** Regtech y suptech: claves de la supervisión en el sistema financiero
Por Iván José Santana Duval
- 80** El laberinto jurídico de las inspecciones
Por María A. Camilo Victoria
- 88** La potestad sancionadora de la Superintendencia de Bancos en el régimen de la protección de los datos personales en la República Dominicana
Por Pamela Delance Peralta
- 94** El riesgo de venalidad en la banca: institucionalización de un modelo de prevención y gestión del soborno en el sector financiero
Por Jaime D. Genao

DIRECTOR

José Luis Taveras

EDITOR

Fabio J. Guzmán Ariza

EDITORA ASOCIADA

Ruth J. Ruiz Pérez

CONSEJO EDITORIAL

Presidente

Fabio J. Guzmán Ariza

Exprofesor de Derecho Civil; exdecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCNE.

Miembros

Édynson Alarcón

Profesor de Derecho Procesal Civil en Unibe y en la Escuela Nacional de la Judicatura.

José Lorenzo Fermín

Exprofesor de Derecho Penal en la PUCMM.

Mary Fernández

Exprofesora de Legislación Económica y Empresarial.

Juan F. Puello Herrera

Profesor de Sociedades Comerciales en la PUCMM, miembro del Consejo Directivo de la Escuela Nacional de la Judicatura.

Alberto Reyes Báez

Profesor de Obligaciones en la PUCMM.

DISEÑO

Miguelina Frith

Frank Ubiera Peralta

EDITORA JUDICIAL, S. R. L.

Gerente:

Fabio J. Guzmán Saladín

Gerente de Ventas y Comunicaciones:

Isaías G. Herrera Cabral

Pablo Casals 12, Serrallés,
Santo Domingo 10125, D. N.

T. 809-540-3455

contacto@gacetajudicial.com.do

www.gacetajudicial.com.do



SB 75 AÑOS

PRESENTACIÓN

La regulación y la supervisión de sectores económicos mantienen un desafío permanente: la necesidad de movimiento, preferiblemente proactivo, frente a los cambios en mercados que innovan cada día apostando a transformarse.

Cuando se trata de sectores tan neurálgicos como el financiero, que además es puntero incorporando nuevas tecnologías, las treguas no son un lujo que debamos darnos.

De ahí la importancia que, desde la Superintendencia de Bancos, le otorgamos al debate jurídico especializado como espacio de crecimiento institucional y sectorial.

Desde nuestra óptica, la inmersión en esta materia es una responsabilidad y un compromiso que constituyen rasgos propios de nuestra naturaleza como ente

supervisor y regulador del sistema financiero dominicano.

Con esa convicción, por segundo año consecutivo, nos satisface presentar esta edición especial de la revista *Gaceta Judicial* orientada a temas de derecho administrativo y bancario que son claves en nuestro campo de acción y de marcado interés para la comunidad jurídica.

La idea es estimular y alimentar la conversación, aportando literatura producida por expertos nacionales e internacionales con valor de referencia en temas que son objeto de arduo debate entre juristas.

Entre los aspectos en que profundizan los artículos se destaca la potestad sancionadora y la facultad de inspeccionar de la Superintendencia de Bancos, la embargabilidad en los casos de entidades en disolución, el régimen de autorización de las enti-

dades en la República Dominicana, la protección efectiva de los derechos de los usuarios financieros y la supervisión del futuro a partir de *regtech* y *suptech*.

Esta iniciativa se suma a una serie de conferencias y foros que la Superintendencia de Bancos ha impulsado durante el último año en el marco de la agenda de celebración de su aniversario número 75. Muchos de estos materiales están disponibles en las plataformas virtuales de la institución.

Hoy dejamos en manos de la comunidad jurídica y el público en general este nuevo aporte, esperando que también sea de provecho.

Finalmente, agradecemos a *Gaceta Judicial* la gentileza de volvernos a abrir sus páginas, haciendo posible esta iniciativa en provecho de todos.



INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

Gaceta Judicial® es una revista en formato digital de publicación mensual (excepto por la edición de fin de año, que combina los meses diciembre y enero del año siguiente), especializada en temas relacionados con el derecho, editada por Editora Judicial, S. R. L. y registrada con el número 7210, en fecha 12 de febrero de 1997, en el Ministerio de Interior y Policía, en cumplimiento de los artículos 6 y 7 de la Ley núm. 6132, del 15 de diciembre de 1962, sobre Expresión y Difusión del Pensamiento.

En ella se publican artículos originales que traten cuestiones del quehacer jurídico nacional e internacional, con énfasis en el primero, a fin de contribuir al debate de las ideas y a mantener al día a sus lectores.

El contenido de **Gaceta Judicial**® se nutre de los escritos de sus articulistas fijos y de aquellos remitidos por colaboradores ocasionales, a iniciativa propia o a solicitud de la dirección de la revista. **Gaceta Judicial**® se reserva el derecho de aceptar o rechazar los artículos recibidos en atención a sus criterios editoriales, previa revisión por su consejo editorial o por evaluadores externos especialistas en la materia de que se trate. **Gaceta Judicial**® se reserva asimismo el derecho de editar los artículos aceptados en cuanto a su extensión y estilo.

CARACTERÍSTICAS DE LOS ARTÍCULOS

Los artículos deben cumplir con las siguientes características de calidad editorial que responden a estándares internacionales:

Originalidad. Solo se tomarán en cuenta para publicación trabajos inéditos cuyo contenido sea el resultado de la propia labor de investigación, reflexión, consulta o creación del articulista.

Referencias bibliográficas y criterios tipográficos y estilísticos. **Gaceta Judicial**® cuenta con unas *Instrucciones ampliadas a los autores* que contienen las normas de presentación de las referencias bibliográficas y de las citas, basadas en la norma ISO 690:2010, "Information and documentation — Guidelines for bibliographic references and citations to information resources", así como los criterios tipográficos y estilísticos de uso en la revista. Estas instrucciones ampliadas y la norma ISO 690:2010 se encuentran disponibles en la ciberpágina de *Gaceta Judicial* (www.gacetajudicial.com.do). La corrección de referencias mal elaboradas puede incrementar los tiempos de revisión y provocar atrasos en la publicación del artículo.

Referencias a la jurisprudencia dominicana. Al citar jurisprudencia nacional el autor deberá referirse de manera directa a la sentencia citada. Se supone que el articulista, en su condición de estudioso a profundidad del tema sobre el cual escribe, ha recurrido a la fuente primaria y consultado la sentencia íntegra que cita, y no un resumen jurisprudencial que, por su naturaleza, no contiene todos los pormenores de la decisión.

Las referencias a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (SCJ) y del Tribunal Constitucional (TC) deberán contener toda la información necesaria para que cualquier lector interesado pueda consultar fácilmente la sentencia citada,

tanto en los boletines judiciales impresos como en línea, en el portal de la SCJ (www.poderjudicial.gob.do) o del TC (<https://www.tribunalconstitucional.gob.do>). Ejemplos:

Sentencia del TC publicada en el portal del TC: TC/0205/13, 13 de noviembre de 2013, en línea, www.tribunalconstitucional.gob.do/Sentencias.do [consulta: 16 de agosto de 2016].

Sentencia de la SCJ impresa en boletines judiciales antes de la división en cámaras en 1991: SCJ, 8 de septiembre de 1978, B. J. 814, pp. 1642-1647.

Sentencia de la SCJ impresa en boletines judiciales después de su división en cámaras en 1991: SCJ, 1.ª Cám., 10 de enero de 2007, núm. 15, B. J. 1154, pp. 113-118.

Sentencia de la SCJ impresa en boletines judiciales después de su división en salas en 2010: SCJ, 3.ª Sala, 22 de diciembre de 2013, núm. 31, B. J. 1225.

Sentencia de la SCJ publicada en el portal de la SCJ: SCJ, 3.ª Sala, 22 de diciembre de 2013, núm. 31, B. J. 1225, en línea, www.poderjudicial.gov.do [consulta: 16 de agosto de 2016].

Identificación de quien escribe. El autor deberá indicar su nombre, correo electrónico, profesión, nombre de la institución de trabajo o afiliación, experiencia docente, obras publicadas, etc.

Resumen. Todos los artículos deberán estar precedidos de un breve resumen (no más de un párrafo) en que se destaquen las ideas más relevantes que desarrolla el autor.

Palabras claves. Después del resumen, el autor deberá apuntar las palabras claves de su artículo.

Bibliografía. Se deberá incluir un índice bibliográfico al final del artículo.

Extensión. Los artículos deberán tener una extensión máxima de 25 mil caracteres o 3600 palabras, aproximadamente 10 páginas a un espacio, en tipo *times new roman* 12, salvo autorización del consejo editorial.

Imágenes. Si el autor desea aportar imágenes de apoyo, deberá incluirlas en archivos separados del documento de texto, en formato jpg y con una resolución mínima de 200 dpi.

Gratuidad. **Gaceta Judicial**® no paga a sus colaboradores por sus artículos.

Envío de artículos. Los artículos deberán enviarse, por correo electrónico y acompañados de una foto digital y del currículum del autor, a rruiz@gacetajudicial.com.do o contacto@gacetajudicial.com.do. El texto enviado deberá incluir en un solo archivo, además del cuerpo del artículo, su título, identificación del autor, resumen, palabras claves y bibliografía. **Gaceta Judicial** se reserva el derecho de edición y publicación de los artículos recibidos, sea en forma impresa, digital o en internet.



PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE LA REGULACIÓN MONETARIA Y FINANCIERA

Los días 5 y 6 de agosto de 2022 tuvo lugar el Primer Congreso Internacional en Derecho de la Regulación Monetaria y Financiera de la Superintendencia de Bancos de la República Dominicana, con la colaboración de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Esta actividad fue celebrada en el teatro ubicado en la sede de la PUCMM de la ciudad de Santiago de los Caballeros, en el marco del 75 aniversario del ente supervisor de la Administración Monetaria y Financiera, con la intención de dejar una impronta y marcar pautas para los congresos internacionales académicos y formativos que se celebren en lo adelante.

Este congreso tuvo como eje central la promoción del entendimiento de lo dispuesto en las leyes, reglamentos, instructivos y circulares aplicables al sistema financiero como pilar esencial de nuestro país, contando también con perspectivas comparadas sobre los temas que se abordaron. Por lo tanto, fue orientado a cumplir con el compromiso de la Superintendencia de Bancos de fomentar la educación financiera, que no solo comporta un derecho de todas las personas, sino que además constituye una responsabilidad de esta institución, tanto en beneficio de los usuarios y su bienestar financiero como también de la educación en general a la sociedad, incluyendo a todos los actores e intervinientes en el quehacer del sistema financiero.

Para ello, el congreso contó con expositores nacionales e internacionales del más alto perfil, tanto en modalidad presencial como virtual, que trataron temas de gran interés. Entre los temas expues-

tos están los siguientes: análisis de las potestades de la Administración Monetaria y Financiera, principios y fundamentos del derecho de la regulación monetaria y financiera, régimen de autorización previa y fases de la supervisión bancaria, el gobierno corporativo de las entidades de intermediación financiera, aspectos jurídicos y económicos de las monedas digitales emitidas por bancos centrales y otros activos digitales desde un enfoque comparado, la relevancia del enfoque basado en riesgos de la supervisión bancaria, la supervisión de la salud financiera de las entidades de intermediación financiera y del sistema financiero dominicano, así como los retos de la regulación y supervisión financiera en la nueva economía digital.

Entre los panelistas y expositores internacionales se encuentran José Carlos Laguna de Paz, Rosa María Lastra, Guillermo Jorge, Gustavo Vega, Miriam Ivanega y Víctor Hernández-Mendible. Por su parte, otros expositores y moderadores de alto nivel y referencia en la materia estuvieron presentes, como Olivo Rodríguez Huertas, Rosina de la Cruz Alvarado, Manuel Fermín Cabral, Luisa Nuño, Rafael Dickson, Omar Victoria, Sarah de León, Esperanza Cabral, Luis Julio Jiménez, Miriam Stern y Enmanuel Cedeño Brea, subgerente de Regulación e Innovación de la Superintendencia de Bancos. La actividad fue una iniciativa de la Consultoría Jurídica del ente supervisor, bajo la coordinación del superintendente de Bancos, Alejandro Fernández W, y Luz Argentina Marte, consultora jurídica, con el acompañamiento de los abogados Kharim Maluf, Mario Leslie, María Sansur y Daniela Yermenos.

José Carlos Laguna de Paz

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Valladolid (España).



RETOS DE LA REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN FINANCIERA EN LA NUEVA ECONOMÍA DIGITAL GLOBAL

RESUMEN:

El autor reflexiona acerca de los efectos de la economía digital global en el sector financiero y el reto que implica adaptar la regulación y supervisión a un mundo financiero en profunda transformación.

PALABRAS CLAVES:

Regulación financiera, supervisión, economía digital, sistema financiero.

I. INTRODUCCIÓN

La economía digital está *transformando* aceleradamente el sector financiero, con nuevos actores, productos, servicios y formas de hacer negocios¹. Es muy probable que este proceso aporte claros *beneficios*, en términos de competencia, innovación y eficiencia. Sin embargo, este proceso también va acompañado de serios *riesgos*. No puede excluirse que la economía digital desencadene una verdadera *disrupción* en el sector financiero y bancario.

“El futuro de las finanzas es digital”² es la lapidaria frase que inicia el paquete de medidas propuesto por la Comisión Europea para la regulación de las finanzas digitales. Se ha dicho incluso que en el horizonte se vislumbra un mundo sin bancos (“And yet a world without banks is also visible on the horizon”)³.

No podemos anticipar el futuro. Lo que sí podemos decir es que –aunque suene contradictorio– el sector camina hacia la concentración y, al mismo tiempo, hacia la desconcentración. (i) En

efecto, por una parte, la economía digital podría dar lugar a un mercado financiero muy concentrado, dominado por un puñado de grandes tecnológicas, que podrían sustituir a los bancos comerciales en la prestación de servicios financieros. (ii) Al mismo tiempo, por otra parte, las finanzas descentralizadas (DeFi) podrían multiplicar el número de operadores, lo que también tendría la consecuencia de eliminar a los intermediarios en las transacciones financieras, que serían sustituidos por protocolos de *software*⁴.

En ambos escenarios, los intermediarios financieros se verían amenazados y, con ellos, la función esencial que desarrollan para la economía. En ambos escenarios, la regulación y supervisión serían extremadamente *difíciles*. La política monetaria también podría desaparecer del control estatal, lo que también pondría en riesgo la soberanía monetaria.

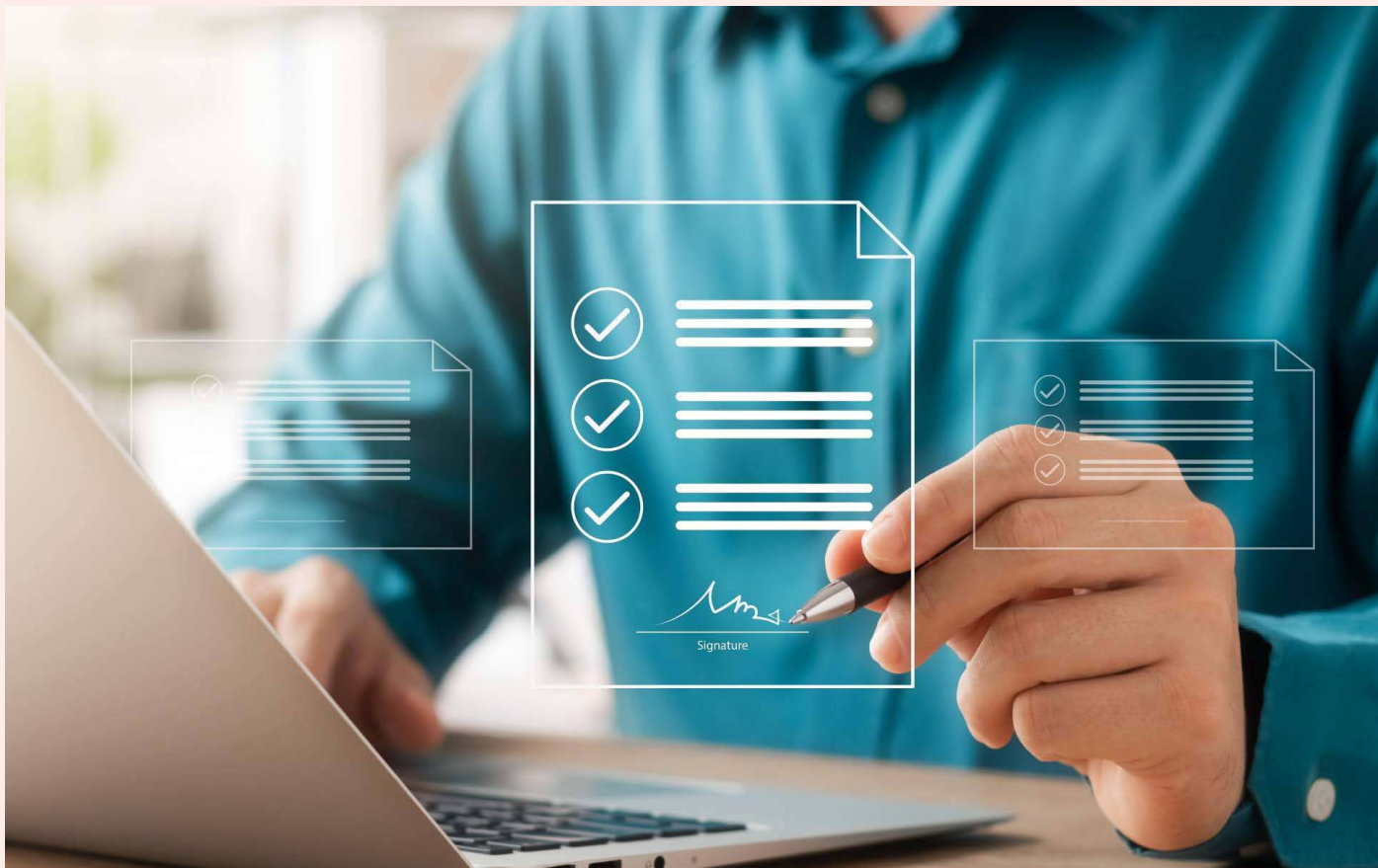
Como decimos, es pronto para saber qué alcance puedan tener estos cambios. Es probable que las cosas no lleguen tan lejos. No

1 LAGUNA DE PAZ, J. C. (2022), “Some implications of the new global digital economy for financial regulation and supervision”, *Journal of Banking Regulation* (<https://doi.org/10.1057/s41261-022-00189-1>) [<https://link.springer.com/article/10.1057/s41261-022-00189-1>].

2 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre una Estrategia de Finanzas Digitales para la UE, COM(2020) 591 final.

3 *The Economist* (2021), “A future with fewer banks”, 8th May [<https://www.economist.com/special-report/2021/05/08/a-future-with-fewer-banks> (consultado: 6.5.2021)].

4 MASSARI, J., CATALINI, C. (2021), “DeFi, Disintermediation, and the Regulatory Path Ahead”, *The Regulatory Review*, 10th May [<https://www.theregview.org/2021/05/10/massari-catalini-defi-disintermediation-regulatory-path-ahead/> (consultado: 10.5.2021)].



obstante, al día de hoy, las finanzas digitales ya tienen un papel relevante en el sector. Lo más probable es que, en un futuro próximo, tengan un papel decisivo.

Como siempre sucede, la innovación va por delante de la regulación. De ahí que la tarea sea adaptar la regulación y supervisión a un mundo financiero en profunda transformación, en el que la medición de riesgos no puede hacerse solo con las técnicas tradicionales. A este respecto, como punto de partida, podemos aceptar que la misma actividad comporta los mismos riesgos, por lo que debe estar sujeta a la misma regulación⁵. La cuestión es que la tecnología digital hace que las fronteras entre operadores, servicios y actividades no siempre sean fáciles de trazar. En algunos casos, la dificultad está en decidir si estamos ante la misma actividad. En

otros casos, la cuestión es si se requiere una regulación específica, que se adapte a las características de los distintos operadores. La medición de riesgos tampoco puede hacerse con las técnicas tradicionales.

Así las cosas, algunos países han aprobado normas o han adoptado *sandboxes* regulatorios⁶ (“The time needed to introduce new rules is not always compatible with the rapid dissemination of new technologies”)⁷. Entre los proyectos normativos más ambiciosos está la estrategia de la Comisión Europea sobre finanzas digitales⁸, datos⁹ e inteligencia artificial¹⁰, criptoactivos¹¹, resiliencia operativa digital¹² y pagos minoristas en la UE¹³. Se trata de establecer un marco favorable a la innovación, inspirado en el principio de neutralidad tecnológica, pero capaz de proteger los intereses de con-

5 LAGUNA DE PAZ, J. C. (2022), *Tratado de Derecho Administrativo. General y Económico*, 4.ª edic., Civitas-Thomson-Reuters, pp. 408-409.

6 Ley 7/2020, de 13 de noviembre, para la transformación digital del sistema financiero.

7 Visco, I. (Gobernador del Banco de Italia) (2022), *Speech - Annual Meeting of the Italian Banking Association*, 8.7.2022 [https://www.bis.org/review/r220809b.pdf (consultado: 9.8.2022)].

8 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre una Estrategia de Finanzas Digitales para la UE, COM(2020)/591 final.

9 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Estrategia Europea de Datos. 19.2.2020, COM(2020) 66 final.

10 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión Europea, de 21.4.2021, COM(2021) 206 final.

11 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un régimen piloto de las infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado, de 24.9.2020 COM(2020) 594 final.

12 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la resiliencia operativa digital del sector financiero y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 1060/2009, (UE) n.º 648/2012, (UE) n.º 600/2014 y (UE) n.º 909/2014, de 24.9.2020, COM(2020) 595 final.

13 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre una Estrategia de Pagos Minoristas para la UE, COM(2020) 592 final.

sumidores e inversores, así como la estabilidad del sistema financiero¹⁴. La cooperación internacional será fundamental para la eficacia de esta política, debido a la naturaleza transfronteriza de los servicios financieros digitales.

A continuación, vamos a detenernos en algunas implicaciones que tiene la nueva economía digital global para la regulación y supervisión del sector financiero, tal como se ven hoy en día.

Como punto de partida, hay que constatar que la tecnología reduce las barreras de acceso al mercado, lo que permite la entrada de nuevos operadores (punto II). Las empresas tecnológicas (*fintech*) han multiplicado y diversificado los operadores financieros, a los que podrían unirse las grandes plataformas (*bigtech*). Al mismo tiempo, las nuevas condiciones obligan a una fuerte reestructuración de las tradicionales entidades de crédito.

La economía digital puede también revolucionar los medios de pago (punto III). La innovación digital trae consigo nuevos productos financieros, como los *criptoactivos*, cuya regulación apenas está iniciándose (punto IV). Más aún, las monedas digitales nos llevan a preguntarnos qué es el dinero y cuál es el papel del Estado.

El *big data* está en el centro de la nueva economía, que —a su vez— se apoya cada vez más en la *inteligencia artificial* (punto V). Este modo de hacer negocios facilita la eficiencia, pero también comporta riesgos, entre los que se encuentra la posible lesión de derechos fundamentales. En respuesta a estos cambios, estas mismas técnicas son también utilizadas por las autoridades financieras para el desarrollo de sus tareas de regulación y supervisión (punto VI).

Por último, debemos abordar la posible creación de monedas digitales oficiales por parte de los bancos centrales, así como sus posibles implicaciones para el sistema financiero (punto VII).

II. NUEVOS ACTORES Y TRANSFORMACIÓN DE LOS TRADICIONALES

La “innovación está cambiando las estructuras de mercado”¹⁵. En su virtud, no solo se ha diversificado y multiplicado el número de operadores financieros, sino que las entidades tradicionales se han visto obligadas a adaptar sus estrategias empresariales para sobrevivir en la nueva economía.

En primer lugar, la economía digital permite que las entidades de crédito realicen una parte creciente de su actividad de manera telemática, lo que explica que un elevado porcentaje de clientes ya solo se relacionen de esta forma con el banco. Existen también entidades enteramente en línea, que compiten con las tradicionales. De acuerdo con el principio de neutralidad tecnológica¹⁶, el medio no cambia el régimen jurídico. En cuanto entidades de crédito, están sujetas a una intensa regulación y supervisión, con rigurosas exigencias de solvencia y liquidez, que —en último térmi-

no— tratan de proteger a los depositantes, también cubiertos por la garantía de depósitos.

En segundo lugar, el cambio tecnológico es también acusado en las entidades financieras no bancarias. Se trata de un variado conjunto de entidades que están fuera del sistema bancario regular, pero que captan, gestionan e invierten fondos de terceros (*hedg-funds*, *crowdfunding*, instituciones de inversión colectiva, titulaciones, *peer to peer lending*, etc.). Algunas de estas entidades realizan funciones crediticias, por lo que también reciben el nombre de banca en la sombra (*shadow banking*).

Estas entidades se benefician de una regulación y supervisión más laxa que la de las entidades de crédito, lo que las deja gran libertad para invertir en todo tipo de activos e instrumentos financieros. Con ello, también proporcionan financiación a empresas que no pueden acceder a la financiación bancaria tradicional. La consecuencia de menos regulación es más riesgo. No obstante, no estaría justificado trasladarles la regulación bancaria, ya que se trata de actividades distintas. Las entidades financieras no bancarias, sobre todo, son un instrumento para canalizar inversiones. Esto no significa que sean entidades desreguladas. Es preciso proteger a los inversores, lo que exige evitar posibles conflictos de interés e informarles de la política de inversión de cada entidad. Asimismo, es preciso controlar los riesgos sistémicos que puedan comportar.

En España, los fondos y sociedades de inversión colectiva están regulados. El proyecto de constitución de unos y otras debe ser autorizado por la autoridad del mercado de valores (CNMV), que también ejerce su supervisión¹⁷. La normativa trata de ordenar unas instituciones que han devenido un pilar del sistema financiero. Hay que tener en cuenta que el patrimonio de las instituciones de inversión colectiva comercializadas en España está en torno al 30 % del PIB.

En tercer lugar, la economía digital reduce las barreras de acceso al mercado, lo que permite la proliferación de entidades tecnológicas (*fintech*), que desarrollan nuevos modelos de negocio. En algunos casos, son propiedad de las entidades financieras tradicionales o colaboran con ellas. En otros, son operadores independientes (se estima que en España están presentes más de 600 *fintech*). Estas entidades son muy variadas, en su tamaño y actividades. Proliferan las *startups*, pero también hay grandes operadores (Alibaba). Las actividades que realizan estas empresas son también dispares: asesoramiento financiero, medios de pago (PayPal), depósito y crédito (*crowdfunding*), intermediación en la compraventa de activos financieros (*criptoactivos*, *social trading*), plataformas de préstamos *peer to peer* (p2p), etc. Estas empresas suelen tener una fuerte presencia internacional, al operar en distintos mercados.

Como decimos, la regulación de estas entidades debería inspirarse en el principio de neutralidad tecnológica: “misma actividad,

14 EM de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

15 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre una Estrategia de Finanzas Digitales para la UE, COM(2020) 591 final.

16 Laguna de Paz (2022), *Tratado...*, cit., pp. 409-410.

17 En España, están regulados en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.



mismo riesgo, misma regulación”. Es por eso que, cuando desarrollan actividades reguladas, se sujetan al régimen jurídico previsto para éstas (servicios de pago, créditos, etc.). No obstante, se trata de entidades muy dinámicas, que continuamente exploran nuevos servicios y modelos de negocio, no siempre cubiertos por la regulación o respecto de los cuales ésta está desfasada. A ello se añade la dificultad de tratarse de operadores globales, localizados fuera de las jurisdicciones nacionales. A este respecto, la cooperación internacional resulta imprescindible, como pone de manifiesto el acuerdo de la OCDE en relación con la imposición de las multinationales

La Comisión Europea ha presentado una propuesta de regulación de las finanzas digitales, inspirada en el principio de neutralidad tecnológica, que trata de facilitar su desarrollo, pero con suficientes garantías¹⁸.

En cuarto lugar, las plataformas tecnológicas (*bigtech*) aparecen como posibles nuevos actores financieros (Amazon, Facebook, PayPal). En particular, estas empresas ofrecen servicios de pago, en cooperación con los agentes financieros tradicionales o compitiendo con ellos. El papel de las grandes tecnológicas es aún mayor en

los países en desarrollo, donde pueden sustituir a bancos comerciales más débiles en la prestación de una variada de servicios (créditos, seguros, *crowdfunding*, etc.).

No hay duda de que las grandes tecnológicas tienen un potencial de innovación y eficiencia, pero cuando prestan servicios financieros deben estar sujetas a una regulación y supervisión adecuadas. De hecho, tienen que cumplir con la legislación vigente, por lo que necesitan una licencia previa para prestar servicios bancarios y de pago, gestionar activos u ofrecer seguros.

En la actualidad, las grandes tecnológicas no son una amenaza para el sistema bancario, pero podrían devenir sistémicas rápidamente¹⁹. Su innegable utilidad está creando una importante dependencia para usuarios finales y empresas, lo que —a su vez— permite a las plataformas retener buena parte de las rentas generadas²⁰. A ello hay que añadir que estas plataformas son difícilmente contestables²¹, debido a sus extremas economías de escala, al fortísimo efecto red y a su capacidad para recopilar datos²². En ausencia de regulación, es muy probable que la eficiencia dinámica conduzca a la monopolización o, en el mejor de los casos, a la “competencia monopolística” (competencia por el mercado)²³. El

18 COM/2020/591 final.

19 CRISANTO, J. C., EHRENTAUD, J., Fabian, M. (2021), “Big techs in finance: regulatory approaches and policy options”, *FSI Briefs*, Nr.12, March, p. 3 [<https://www.bis.org/fsi/fsibriefs12.pdf> (consultado: 8.8.2022)].

20 MARCIANO, A., NICITA, A., RAMELLO, G. B. (2020), “Big data and big techs: understanding the value of information in platform capitalism”, *European Journal of Law and Economics*, Nr. 50, p. 348.

21 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), 15.12.2020, COM (2020) 842 final, marg. 2.

22 FSB (2019), “BigTech in finance. Market developments and potential financial stability implications”, 9th December, p. 1 [<https://www.fsb.org/2019/12/bigtech-in-finance-market-developments-and-potential-financial-stability-implications/> (consultado: 8.8.2022)].

23 Marciano, Nicita, Ramello (2020), p. 348.

resultado podría ser que un pequeño número de grandes tecnológicas dominara el mercado en muchas jurisdicciones, al menos en la prestación de determinados servicios. En este caso, las grandes tecnológicas podrían controlar el acceso al mercado (*gatekeepers*)²⁴, utilizando su poder de mercado para imponer que los servicios financieros (por ejemplo, los de pago) se realizaran exclusivamente a través de sus redes, en detrimento de la capacidad de elección y contestabilidad de estos servicios²⁵. Los datos de sus usuarios podrían ser utilizados para ejercer prácticas de competencia desleal (orientar la publicidad, bajar los precios u ofrecer servicios a medida a los clientes)²⁶.

La cuestión es si estas empresas deben estar sujetas a una regulación a medida. Hasta el momento, solo algunos países han aprobado un régimen específico para los bancos digitales²⁷. Se trata de impedir que los gigantes tecnológicos se consoliden ilegalmente y exploten su poder de mercado, pero sin obstaculizar la innovación²⁸. En esta línea, existe una propuesta de la Comisión Europea de regulación de los mercados digitales, que se aplicaría a las grandes plataformas tecnológicas, que cuentan con poder de mercado que les permita actuar como “guardianes de acceso” (*gatekeepers*)²⁹. Hay que tener en cuenta que estas entidades pueden combinar los datos personales que resultan del uso de sus plataformas, así como limitar los servicios o tecnología que los usuarios pueden aplicar. Esta norma no impediría la prestación de servicios financieros por las grandes tecnológicas, sino que trataría de asegurar que no se impide la competencia, ni se desarrollan prácticas desleales. En caso necesario, podrían imponerse soluciones de comportamiento o estructurales.

III. NUEVOS SISTEMAS DE PAGO

La economía digital comporta cambios radicales en los sistemas de pago³⁰. Es verdad que la mayor parte de los pagos siguen realizándose en efectivo. Más aun, es responsabilidad de los bancos centrales asegurar la disponibilidad de moneda de curso legal, accesible a todos, lo que también evitará situaciones de exclusión social. No obstante, es también evidente que las aplicaciones móviles permiten transferencias bancarias inmediatas, al tiempo que buena parte de los pagos se canalizan a través de tarjetas de crédito, dominadas por un reducido grupo de operadores globales. A ello se añaden las grandes empresas tecnológicas que ofrecen servicios de pago a sus usuarios, que podrían potenciar aún más con las tecnologías de registro descentralizado (criptomonedas). En el horizonte está el internet de las cosas, que convertirá a nuestro entorno doméstico en medios de pago. Según parece, los pagos tam-

bién podrán realizarse en base a datos biométricos, desvinculados de cualquier dispositivo.

Una vez más, estamos ante un futuro que nos desborda. No obstante, lo que tenemos claro es que corresponde al sector privado el desarrollo de los medios de pago, que faciliten los pagos, nacionales e internacionales. En particular, los pagos transfronterizos siguen siendo poco competitivos. Las operaciones se realizan a través de una larga cadena de transacciones, con altas comisiones. Un número creciente de bancos están abandonando los pagos internacionales, en parte por los elevados costes de las medidas de prevención del lavado de capitales y financiación del terrorismo³¹.

Cabe confiar en que la innovación tecnológica haga más sencillos, seguros y eficientes los pagos. No obstante, la regulación debe garantizar que los medios de pago se desarrollen en un entorno competitivo, su fiabilidad e interoperabilidad, así como la protección del consumidor. Es también preciso asegurar que los proveedores de servicios estén en condiciones de prevenir el fraude, el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo. En la zona euro, debe también favorecerse la existencia de sistemas europeos de pago transfronterizos, lo que reduciría la dependencia de sistemas foráneos.

IV. NUEVOS PRODUCTOS: CRIPTOACTIVOS Y CRIPTOMONEDAS

Las tecnologías de registro descentralizado (*distributed ledger technology* [DLT]) permiten la entrada de nuevos productos financieros. Así, los criptoactivos son representaciones digitales de valor o derechos que pueden ser transferidos y almacenados electrónicamente, utilizando tecnología de registro descentralizado de datos cifrados. Esta tecnología permite registrar información que no es ejecutada por una sola entidad³², lo que posibilita que los criptoactivos sean mantenidos y negociados de forma anónima y descentralizada.

Los criptoactivos pueden utilizarse como medio de pago, convirtiéndose en criptomonedas. A este respecto, la primera cuestión es si deben ser consideradas como dinero. A este respecto, conviene recordar que el dinero tiene tres funciones principales: (i) ser un depósito de valor fiable; (ii) un medio de intercambio o pago ampliamente aceptado; (iii) y una unidad de cuenta para medir el valor de los bienes y servicios. Así las cosas, solo pueden considerarse dinero las llamadas criptodivisas estables (bitcoin, ethereum, litecoin), que se vinculan a una moneda de curso legal. Las demás criptomonedas son muy volátiles, por lo que no son generalmente aceptadas como medio de pago. Es cierto que el uso de criptodivisas estables como medio de pago suele requerir la intervención

24 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), 15.12.2020, COM (2020) 842 final, para 2.

25 COM (2020) 842 final, para 14.

26 Zetzsche, Arner and Buckley (2020), p. 345.

27 Restoy, F. (2019) “Regulating fintech: what is going on, and where are the challenges?”, *BIS*, 16 October, pp. 2–3 [https://www.bis.org/speeches/sp191017a.htm (consultado: 24.5.2021)].

28 Marciano, Nicita, Ramello (2020), p. 355.

29 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales) (COM (2020) 842 final).

30 COM/2020/592 final, p. 2.

31 Nagel, J. [Presidente del Deutsche Bundesbank] (2022), “Digital euro: opportunities and risks”, CFS-IMFS Special Lecture Goethe University, p. 6 [https://www.bis.org/review/r220810a.pdf (consultado: 10.8.2022)].

32 Art. 3.1(2) de la Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo sobre Mercados de Criptoactivos, que modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (COM/2020/593 final).



de intermediarios. Sin embargo, esto ya ocurre con los sistemas de pago electrónico (tarjetas).

En cierto modo, las criptomonedas han sido “creadas para competir con los bancos centrales”³³. Se plantea entonces la cuestión de si el dinero es un monopolio estatal. (i) En sentido estricto, sí lo es, ya que los bancos centrales son los únicos habilitados para emitir moneda de curso legal (moneda oficial), también llamada dinero soberano. Esto garantiza la uniformidad, facilita la supervisión estatal y da a los bancos centrales la capacidad de controlar la cantidad de dinero en el mercado, lo que les permite aplicar la política monetaria. En la UE, el BCE tiene el derecho exclusivo de autorizar la emisión de billetes en euros (artículo 128.1 del TFUE). Sólo los billetes emitidos por el BCE y los bancos centrales nacionales tienen curso legal en la UE. (ii) Sin embargo, en sentido amplio, el dinero no es un monopolio estatal³⁴. A este respecto, basta con reparar en que el dinero bancario es parte esencial del sistema financiero, que es proporcionado

por el sector privado (transferencias bancarias, cheques, tarjetas, créditos). Además, nada impide que instrumentos ajenos al sistema financiero regulado puedan calificarse de dinero, que no solo es una convención social, sino que es muy dinámica³⁵.

En tercer lugar, en la mayor parte de los países puede decirse que criptoactivos y criptomonedas *no están suficientemente regulados*³⁶. (i) De entrada, es preciso *proteger a los usuarios* de los riesgos asociados a estos activos, que son muy especulativos, no cuentan con las garantías de los servicios regulados, ni están respaldados por ninguna entidad³⁷. Los pagos no están tampoco asegurados, ya que se realizan sin la intervención de un tercero de confianza. Las plataformas privadas de transmisión de estos activos también deben ser reguladas, de manera que su fiabilidad, solvencia y liquidez queden garantizadas. (ii) La ciberdelincuencia encuentra un nuevo campo de actuación en internet³⁸, por lo que es preciso evitar que los criptoactivos se utilicen con fines ilegales (blanqueo de dinero, evasión fiscal, financiación del terrorismo)³⁹.

33 RASKIN, M., YERMACK, D. (2018), “Digital currencies, decentralised ledgers and the future of central banking”, en Conti-Brown, P., Lastra, R., *Research Handbook on Central Banking*, Elgar, p. 474.

34 LASTRA, R. M. (2015), *International Financial and Monetary Law*, 2nd edition, Oxford University Press, p. 13.

35 Cunliffe, J. (2021), *Do we need ‘public money’?*, 13th May [https://www.bis.org/review/r210517c.htm (consultado 17.5.2021)].

36 FSB (2020), *Regulation, Supervision and Oversight of “Global Stablecoin” Arrangements*, 13th October, p. 17 [https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P131020-3.pdf (consultado: 24.5.2021)].

37 ESMA (2021), *Report on Trends, Risks and Vulnerabilities*, Nr. 1 [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-165-1524_trv_1_2021.pdf (consultado: 24.5.2021)].

38 *The Economist* (2021), “New technology has enabled cybercrime on an industrial scale”, 3rd May [https://www.economist.com/international/2021/05/03/new-technology-has-enabled-cybercrime-on-an-industrial-scale (consultado: 5.5.2021)].

39 COELHO, R., Fishman, J., García Ocampo, D. (2021), *Supervising cryptoassets for anti-money laundering*. FSI Insights on policy implementation, Nr. 31, April [file:///C:/Users/Usuario/Documents/JCLP%20MIS%20DOCUMENTOS/BIBLIOGRAF%C3%8DA/BIBLIOGRAF%C3%8DA%20NUEVA/REGULACI%C3%93N%20FINANCIERA/DIGITAL%20CURRENCIES/insights31.pdf (consultado: 8.4.2021)].

(iii) Por último, parece necesaria una regulación específica para proteger la estabilidad financiera⁴⁰. En la actualidad, las implicaciones que tienen las criptodivisas para el sistema financiero son limitadas. Sin embargo, los fondos que invierten en criptoactivos deben ser adecuadamente supervisados. Las criptodivisas podrían dar lugar a una fuerte concentración del mercado, debido a los efectos de red necesarios para ser eficaces en este mercado. Si se adoptaran de forma generalizada a nivel internacional, podrían adquirir una importancia sistémica en muchas jurisdicciones (“global stablecoins”)⁴¹. El euro podría debilitarse, si el grueso de los depósitos se realizara en activos digitales extranjeros⁴². Además, las criptodivisas podrían obstaculizar la aplicación de la política monetaria.

Se dice que el mundo “parece haber cambiado irreversiblemente con la llegada de las monedas digitales algorítmicas”⁴³. Nadie sabe si esto será realmente así. Ahora bien, existe un consenso acerca de la necesidad de una regulación y supervisión adecuadas, que reduzca los riesgos asociados a criptoactivos y monedas no respaldadas por bancos centrales. La regulación estatal, por el momento, es muy limitada. En el derecho español, los criptoactivos que sean objeto de publicidad están sujetos a licencia, así como a deberes de divulgación de información, que incluyen advertencias sobre los riesgos y las características del producto⁴⁴. La Comisión Europea ha propuesto una comprensiva regulación de los criptoactivos, que contempla su oferta pública, la provisión de servicios y su negociación en plataformas⁴⁵.

V. NUEVOS INSTRUMENTOS PARA HACER NEGOCIOS: BIGDATA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Las nuevas tecnologías están transformando también las prácticas en el sector financiero. El tratamiento de datos (*bigdata*), la inteligencia artificial, o incluso, la robotización⁴⁶ tienen una presencia cada vez mayor en el sector⁴⁷. Esto puede conducir a un sector financiero más eficiente, pero también plantea algunos interrogantes.

Entre ellos, en primer lugar, la necesidad de que la normativa proteja de manera efectiva los datos personales. El sector financiero es una gran fuente de datos. No podemos excluir que el interés de las grandes tecnológicas en la prestación de servicios de pago, al menos en parte, sea precisamente la recogida de datos.

En la UE existen límites derivados del derecho a la protección de datos, que es un derecho fundamental, reconocido a nivel nacional, así como por el art. 8.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y por el art. 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En cierta medida, el Reglamento General de Protección de Datos de la UE⁴⁸ se ha convertido en la norma mundial⁴⁹. En síntesis, los datos deben recogerse con *fin*es determinados, explícitos y legítimos, y tratarse de forma transparente. Además, la legislación europea se basa en el consentimiento del interesado para el tratamiento de los datos personales⁵⁰.

La cuestión es si esta regulación es realmente efectiva para proteger los datos personales. Es verdad que nada es gratis, tampoco en el mundo digital. Los datos personales pueden ser el precio por recibir servicios gratuitos. No obstante, lo cierto es que cada día damos nuestro consentimiento al tratamiento de nuestros datos, sin haber tenido tiempo de leer lo que hemos aceptado. En el sector financiero, el desarrollo de prácticas de “open banking” permitiría a los bancos compartir con terceros información de sus clientes, siempre que éstos consientan⁵¹. Así las cosas, cuanto menos, deberíamos mejorar la capacidad del ciudadano para tomar decisiones más informadas⁵². Más aún, cabría pensar si la legislación no debería dar un paso más, de manera que como regla se prohibiera el tratamiento de datos personales, como ocurre con los datos médicos.

En una economía global, la legislación también tiene que garantizar que los datos no se transmitan a terceros países, si no tienen una protección equivalente⁵³, que proteja los derechos fundamentales implicados⁵⁴. Hay que tener en cuenta que la protección de los datos personales difiere en las distintas par-

40 Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo sobre Mercados de Criptoactivos, que modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (COM/2020/593 final), p. 2 [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f69f89bb-fe54-11ea-b44f-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF].

41 FSB (2020), *Regulation, Supervision and Oversight of “Global Stablecoin” Arrangements*, 13th October, p. 5 [https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P131020-3.pdf (consultado: 8.8.2022)].

42 Panetta, F. (2020), *On the edge of a new frontier: European payments in the digital age*, 22nd October [https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2020/html/ecb.sp201022~d66111be97.en.html (consultado: 8.8.2022)].

43 RASKIN (2018), p. 474.

44 Art. 240 bis del Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, que modifica el Real Decreto legislativo 4/2015, of 23 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

45 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 [COM(2020)593 final] y Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un régimen piloto de las infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado [COM(2020)594 final].

46 Bache, I.W. (2021), *FinTech, BigTech and cryptos—will new technology render banks obsolete?*, 11th May [file:///C:/Users/Usuario/Documents/JCLP%20MIS%20DOCUMENTOS/BIBLIOGRAF%C3%8DA/BIBLIOGRAF%C3%8DA%20NUEVA/SISTEMA%20INSTITUCIONAL/r210511b.pdf (consultado: 11.5.2021)].

47 FSB (2020), *The Use of Supervisory and Regulatory Technology by Authorities and Regulated Institutions. Market developments and financial stability implications*, 9th October [https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P091020.pdf (accessed 24 May 2021)].

48 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 sobre la protección de las personas naturales en relación con el procesamiento de sus datos personales y de su libre movimiento, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

49 *The Economist* (2021), “The EU wants to become the world’s super-regulator in AI”, 24th April [https://www.economist.com/europe/2021/04/24/the-eu-wants-to-become-the-worlds-super-regulator-in-ai (consultado: 26.4.2021)].

50 Art. 6.1.a) del Reglamento (UE) 2016/679.

51 Visco (2022), p. 8.

52 Carstens, A. (2021), “Data, technology and policy coordination”, *BIS*, 14th September, p. 2 [https://www.bis.org/speeches/sp191114.htm (consultado: 20.4.2021)].

53 Arts. 44–50 del Reglamento (UE) 2016/679.

54 Asunto C-311/18, *Data Protection Commissioner*, EU:C:2020:559.

tes del mundo. De hecho, existen importantes diferencias entre EE. UU. y la UE.

A este respecto, el TJUE ha interpretado el derecho a la protección de datos de forma estricta, con independencia de que pretendan ser tratados con fines de seguridad pública, defensa y seguridad del Estado⁵⁵. Así, con motivo de los datos relativos a un usuario europeo que Facebook Irlanda (filial) había transmitido a Facebook Inc. en EE. UU., el Tribunal consideró que la protección proporcionada por este país no era suficiente, ya que los datos podían ser consultados y tratados por las autoridades de EEUU de forma incompatible con el derecho protegido por la Carta⁵⁶. Además, se constató un trato discriminatorio para los ciudadanos de la UE, a los que no se aplica la Cuarta Enmienda de la Constitución de EEUU.

El valor de los datos se potencia con el uso de técnicas de inteligencia artificial. Los ordenadores pueden ayudar a las entidades financieras a tomar decisiones de inversión más seguras, controlar mejor los riesgos o evitar el fraude (por ejemplo, detectar comportamientos sospechosos en el uso de las tarjetas de crédito). Esto puede suponer beneficios tanto para las entidades, como para sus clientes y, en consecuencia, para la estabilidad financiera (“These applications make risk estimates for customers more precise and speed up assessments of creditworthiness, favouring faster loan disbursement”)⁵⁷. Sin embargo, el uso de la inteligencia artificial también comporta riesgos.

Es verdad que la decisión de conceder un préstamo siempre se ha tomado a título personal. Sin embargo, en un futuro próximo esas decisiones podrían tomarse automáticamente, en función de nuestras propias características personales, que resultarían del tratamiento de miles de datos (horario de compras y tipos de productos adquiridos, historiales de navegación, hábitos sociales, etc.). Los bancos comerciales son empresas privadas que buscan obtener beneficios. Al hacerlo, también contribuyen a preservar la estabilidad financiera. Además –como hemos advertido–, un análisis más informado puede permitir que se conceda un préstamo a alguien al que, de otro modo, se le habría denegado. Sin embargo, si la vida personal pudiera ser escudriñada al detalle, la privacidad desaparecería. La gestión de datos podría permitir a las instituciones financieras introducir prácticas de discriminación de precios, en virtud de las cuales las empresas cobrarían, no por el valor de los bienes o servicios, sino por la disposición a pagar del cliente⁵⁸. Al

mismo tiempo, la programación⁵⁹ de los algoritmos podría introducir factores de discriminación hacia grupos o personas⁶⁰, lo que –además– sería difícil de detectar⁶¹.

Así las cosas, la cuestión es hasta qué punto es lícito tomar en cuenta el género, la edad, la raza, los gustos o los patrones de consumo para predecir qué clientes tendrán una mayor probabilidad de impago. Esta cuestión no tiene una respuesta fácil.

A este respecto, podemos aceptar que algunos límites derivan directamente de los derechos fundamentales. En este sentido, el uso de la inteligencia artificial podría poner en peligro el derecho a la dignidad humana (art. 1 CDFUE), el respeto a la vida privada y la protección de los datos personales (arts. 7 y 8 CDFUE), el derecho a la no discriminación (art. 21 CDFUE) y el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres (art. 23 CDFUE).

Sin embargo, el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares es muy controvertido. De hecho, la discriminación de precios es habitual en la prestación de determinados servicios. Así, el precio que se cobra por un seguro médico o de vida depende de factores muy personales. La cuestión es si estas prácticas podrían generalizarse. ¿Es lícito que una aplicación de transporte cobre más a los clientes que llaman desde un móvil que tiene poca batería, lo que permitiría presumir que están dispuestos a pagar más por el servicio? ¿Dónde ponemos el límite? Con prácticas comerciales a la medida, que pueden expresar el óptimo de eficiencia económica, ¿no se produciría un grado de insolidaridad insoportable, letal para la propia sociedad?

No es fácil trazar la línea divisoria entre lo permisible y lo que no lo es. Es significativo que la normativa de la UE propuesta prohíba solo a las autoridades públicas las discriminaciones que resulten del uso de técnicas de inteligencia artificial aplicadas a la evaluación o clasificación de la fiabilidad de las personas físicas, en función de su comportamiento social o de sus características personales o de personalidad conocidas o previstas⁶². En cambio, solo se califican como de alto riesgo los sistemas de inteligencia artificial utilizados para evaluar la solvencia de las personas físicas respecto de servicios privados esenciales⁶³.

A este respecto, cabe preguntarse si puede confiarse en la autorregulación como medio para la protección de estos bienes jurídicos⁶⁴. Como muestra, Facebook ha establecido un “consejo de supervisión”, compuesto por miembros independientes, al que se pueden apelar determinadas decisiones de la empresa (cancela-

55 Asunto C-311/18, *Data Protection Commissioner*, EU:C:2020:559.

56 Asunto C-362/14, *Maximilian Schrems v. Data Protection Commissioner*, EU:C:2015:650.

57 Ignazio Visco (Gobernador del Banco de Italia), *Speech - Annual Meeting of the Italian Banking Association*, 8.7.2022 [https://www.bis.org/review/r220809b.pdf (consultado: 9.8.2022)].

58 Carstens (2021), p. 2.

59 OMAROVA, S. T. (2020), “Technology v Technocracy: Fintech as a Regulatory Challenge”, *Journal of Financial Regulation*, 6, p. 91.

60 Kalifa Review of UK Fintech (2021), 26th February, p. 27 [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/971370/KalifaReviewofUKFintech.pdf (consultado: 24.5.2021)].

61 *The Economist* (2021), *The EU wants to become the world's super-regulator in AI*, 24th April [https://www.economist.com/europe/2021/04/24/the-eu-wants-to-become-the-worlds-super-regulator-in-ai (consultado: 26.4.2021)].

62 Art. 5.1.c) de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión Europea, de 21.4.2021 [COM(2021) 206 final].

63 Anexo III, 5.b) de la Propuesta de Reglamento en materia de inteligencia artificial [COM(2021) 206 final].

64 BALDWIN, R., CAVE, M., LODGE, M. (2012), *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, 2nd Edition, Oxford University Press, pp. 137–164.

ción de cuentas)⁶⁵. No obstante, es muy dudoso que la autorregulación permita una adecuada protección de los derechos implicados. La autorregulación puede ejercer una valiosa función complementaria, pero no sustitutiva de la regulación⁶⁶.

Corresponde, pues, al legislador establecer límites a la libertad comercial de las entidades financieras, que -de otro modo- podrán tomar sus decisiones como les parezca. Es por eso que la Comisión Europea ha propuesto una normativa que establece límites y exige la transparencia y la trazabilidad de los sistemas de inteligencia artificial, con el fin de garantizar la reparación efectiva de las personas afectadas⁶⁷.

VI. NUEVOS INSTRUMENTOS PARA REGULAR Y SUPERVISAR

Las finanzas digitales hacen más difícil la regulación y supervisión. Como hemos visto, el número de actores y productos financieros se multiplica. Las transacciones se realizan muy rápidamente. El reto para reguladores y supervisores empieza por comprender los riesgos asociados a la nueva economía digital⁶⁸. Se explica así que bancos centrales y autoridades supervisoras utilicen cada vez más los datos y la inteligencia artificial⁶⁹ para ejercer sus funciones de regulación y supervisión⁷⁰. Se entiende que esto puede mejorar la supervisión, reduciendo el margen de error humano, aunque también comporte otros riesgos.

La cuestión es hasta qué punto estas nuevas tecnologías alteran los fundamentos y principios de la intervención administrativa.

A este respecto, hay que decir que el mero uso de nuevas herramientas tecnológicas no altera los fundamentos jurídicos de la supervisión financiera. Las acciones automatizadas pueden preparar o instrumentar las decisiones administrativas, pero no son decisiones administrativas. La supervisión se imputará a un órgano administrativo, cuyo titular es una persona. En otras palabras, la supervisión no será realizada por una máquina, sino por un ser humano con la ayuda de una máquina. En este sentido, cabe esperar que la aplicación de la inteligencia artificial dé lugar a una supervisión más basada en datos estadísticos, en la que las decisiones se tomen en base a cálculos de probabilidad, más que en controles aleatorios o en un examen caso por caso de los expedientes⁷¹. No obstante, al final, seguiremos estando ante decisiones tomadas por el banco central o la autoridad de supervisión, con independencia de que se basen en el análisis técnico realiza-

do por un ordenador. En consecuencia, seguirán siendo de aplicación todas las exigencias y principios a los que se sujeta la supervisión financiera, en cuanto actividad administrativa.

VII. NUEVOS SERVICIOS DE LOS BANCOS CENTRALES: ¿MONEDAS DIGITALES OFICIALES?

La mayoría de los países están considerando la conveniencia de introducir una moneda digital oficial, emitida por el banco central (CBDC). De hecho, algunos países han puesto ya en marcha proyectos piloto⁷². El BCE acordó iniciar una fase de investigación de dos años, al término de la cual decidirá si emite o no un euro digital.

La creación de una moneda digital oficial es una operación de extraordinaria complejidad técnica y organizativa, con serias implicaciones financieras y monetarias. Sin embargo, es muy probable que el BCE acuerde su introducción. Es más, puede que no haya alternativa⁷³.

La moneda digital oficial podría ser necesaria para que el dinero soberano siga cumpliendo su función (“the introduction of a digital euro is a measure that would safeguard the anchoring function of central bank money, even in an increasingly digitalised world”)⁷⁴. Hay que tener en cuenta que el dinero digital emitido por instituciones no supervisadas podría sustituir al dinero de los bancos centrales. Si la mayoría de la población se pasara al dinero privado, el banco central perdería su capacidad de controlar el dinero y de aplicar la política monetaria⁷⁵. Es también muy probable que los bancos centrales de terceros países acaben poniendo en circulación monedas digitales, que podrían ponerse a disposición de los ciudadanos nacionales.

Si todo esto ocurriera, estaríamos ante una situación completamente nueva, que alteraría los pilares básicos del sistema financiero. Es por eso que, probablemente, la creación de una moneda digital oficial no tiene alternativa.

No obstante, la creación de un euro digital debería considerar cuidadosamente sus múltiples implicaciones, para evitar sus posibles inconvenientes.

En primer lugar -en el caso de la zona euro-, se plantea la cuestión de si sería necesario modificar el TFUE⁷⁶. En su redacción, el art. 128.1 del TFUE confiere al BCE el derecho exclusivo de autorizar la emisión de billetes de euro, que son de curso legal en la UE. Sin embargo, las normas deben ser interpretadas según el sentido

65 *The Economist* (2021), “Will Facebook’s “Supreme Court” reinstate Donald Trump’s account?”, 17th April [https://www.economist.com/united-states/2021/04/15/will-facebooks-supreme-court-reinstate-donald-trumps-account (consultado: 19.4.2021)].

66 Laguna de Paz (2022), *Tratado...*, cit., p. 1057-1059.

67 COM (2021) 206 final, 11.

68 Omarova (2020), p. 100.

69 NICHOLLS, R. (2021), “Regtech as an antitrust enforcement tool”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 9, Issue 1, March, pp. 135 y ss.

70 FSB (2020), *The Use of Supervisory and Regulatory Technology by Authorities and Regulated Institutions. Market developments and financial stability implications*, 9th October, p. 3 [https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P091020.pdf (consultado: 8.8.2022)].

71 Zetzsche, D., Arner, D., Buckley, R. (2020), “The evolution and future of data-driven finance in the EU”, *CMLR*, Nr. 57, p. 357.

72 https://www.bis.org/press/p210223.htm.

73 Laguna de Paz, J. C. (2022), “Some implications...”, cit., pp. 7-9.

74 Nagel, J. (2022), “Digital euro: opportunities and risks”, CFS-IMFS Special Lecture Goethe University, p. 4 [https://www.bis.org/review/r220810a.pdf (consultado: 9.8.2022)].

75 ECB (2020), *Report on a digital euro*, October, p. 14 [https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report_on_a_digital_euro-4d7268b458.en.pdf (consultado: 1.5.2021)].

76 Nabilou, H. (2020), “Testing the waters of the Rubicon: the European Central Bank and central bank digital currencies”, *Journal of Banking Regulation*, vol. 21, pp. 299-314.



propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas (art. 3.1 del Código Civil español). En este sentido, puede entenderse que la creación de una moneda digital no alteraría el mandato conferido al BCE. “Un euro digital sería una forma más de suministrar euros, no una moneda paralela”⁷⁷. Debería ser convertible a la par con billetes, reservas del banco central y depósitos de los bancos comerciales. Es por eso que puede entenderse que el derecho a emitir “billetes de euro” abarca el derecho a determinar el formato o soporte de dichos “billetes de euro”⁷⁸. Además, en un mundo tecnológico, un euro digital podría ser precisamente la forma adecuada de aplicar la política monetaria, encomendada al BCE por el art. 127.2 TFUE. Por lo tanto, puede sostenerse que el euro digital no requeriría la modificación de los Tratados.

En segundo lugar, podemos presumir que el euro digital sería utilizado por una gran parte de la población, pero no por todos los ciudadanos. La innovación digital no debe ser un factor de exclu-

sión social. Por ello, el euro digital no debe sustituir a los billetes y monedas, sino coexistir con ellos, al menos durante un tiempo⁷⁹.

En tercer lugar, sería necesario minimizar la incidencia de la moneda digital en el sistema financiero, con la finalidad de que los bancos comerciales y los proveedores de servicios de pago sigan desempeñando un papel destacado en la economía. A este respecto, hay que tener en cuenta que una moneda oficial digital ofrecería la máxima garantía a los depósitos, al tiempo que representaría un medio de pago eficiente, seguro y fiable, que podría desplazar a los tradicionales intermediarios financieros. Es por eso que los ciudadanos no deberían tener acceso directo al banco central⁸⁰. Los bancos comerciales o los proveedores de servicios de pago (en el futuro quizá también operadores móviles, *fintech*, grandes empresas tecnológicas) se encargarían de abrir las cuentas de los clientes en los bancos centrales y de prestarles los correspondientes servicios minoristas⁸¹. Lo contrario también requeriría una profunda reorganización de la institución, que debería dedicarse a prestar servicios a los usuarios finales, como la identificación y la asistencia a los clientes⁸².

77 ECB (2020), *Report on a digital euro*, October [https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report_on_a_digital_euro--4d7268b458.en.pdf (consultado: 24.5.2021)], p. 7.

78 ECB (2020), *Report on a digital euro* (2020), p. 25.

79 Kalifa, *Review of UK Fintech* (2021), p. 29.

80 Bank of England (2020), *Discussion Paper, Central Bank Digital Currency. Opportunities, challenges and design*, March [https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/paper/2020/central-bank-digital-currency-opportunities-challenges-and-design.pdf?la=en&hash=DFAD18646A77C00772AF1C5B18E63E71F68E4593 (consultado: 8.8.2022)].

81 CARSTEN, A. (2021), *Central bank digital currencies: putting a big idea into practice*, 31th March, 7–8 [https://www.bis.org/speeches/sp210331.pdf (consultado: 24.5.2021)].

82 ECB (2020), *Report on a digital euro*, p. 26.

Además, los particulares deberían tener limitada la compra de euros digitales⁸³. Como decimos, las cuentas en moneda digital oficial serían más seguras que los depósitos bancarios. El euro digital sería un pasivo del BCE, no de los bancos comerciales. Los intermediarios financieros están regulados y supervisados, lo que hace que el riesgo sea pequeño, pero pueden quebrar y, en ese caso, la garantía de los depósitos es limitada. En cambio, la moneda digital oficial sería dinero del banco central, que —por definición— no tiene riesgo. Por eso, sería necesario establecer límites a la tenencia individual de euros digitales, o desalentarla por encima de ciertas cantidades. De lo contrario, se podría provocar la descapitalización del sector bancario⁸⁴. Si los depósitos se trasladaran al banco central, los bancos comerciales no podrían desempeñar su papel de proveedores de crédito, que es esencial para la economía⁸⁵.

La moneda digital oficial también debería poder integrarse en los sistemas de pago existentes⁸⁶. Las innovaciones en los sistemas de pago al por menor deben seguir proviniendo del sector privado⁸⁷.

En cuarto lugar, una moneda oficial digital debería garantizar la privacidad del consumidor⁸⁸. A diferencia del dinero en efectivo, los pagos electrónicos dejan rastro digital. Los servicios privados suelen ofrecerse a cambio de datos personales, que luego se utilizan con fines comerciales⁸⁹. En cambio, una moneda digital oficial podría garantizar la privacidad. No obstante, no podría garantizarse el anonimato total, salvo quizá para cantidades pequeñas de dinero. Lo contrario podría amenazar la política de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. También podría obstaculizar los objetivos de la política monetaria, como la necesidad de controlar los flujos excesivos de capital procedentes de fuera de la zona del euro⁹⁰.

En quinto lugar, hay que tener en cuenta las implicaciones del euro digital para la política monetaria. Cabe suponer que el euro digital tendría la misma remuneración que los billetes y monedas de euro, que resulta de la fijación de los tipos de interés por el BCE. Además, deberían establecerse límites y controles a la tenencia del euro digital por parte de inversores extranjeros. De lo contrario, el euro digital podría atraer grandes entradas de capital⁹¹, lo que afectaría a su tipo de cambio, reduciendo la competitividad de la industria europea⁹².

En definitiva, la moneda digital oficial debería diseñarse de manera que fuera un medio de pago atractivo, pero evitando su uso como forma de inversión, así como el riesgo asociado a eventuales trasvases masivos de depósitos bancarios a euros digitales⁹³.

Por último, sería también necesario asegurar la cooperación internacional, imprescindible para garantizar la estabilidad del sistema financiero, la convertibilidad e interoperabilidad de las monedas digitales y la eficacia de los medios de pago.

VIII. CONCLUSIONES

Primera. Hay razones para pensar que la economía digital global va a transformar profundamente el sector financiero. No obstante, cabe esperar que el sector siga sujeto a una intensa regulación. Se trata de un servicio esencial, en el que el riesgo es consustancial a la actividad. De ahí que los poderes públicos deban velar por que el sector se desarrolle en un entorno competitivo, procurando un razonable acceso universal y garantizando la protección de los consumidores y la estabilidad del sistema financiero.

Segunda. Con carácter general, la regulación debe estar presidida por el principio de neutralidad tecnológica. El mismo tipo de actividad comporta el mismo riesgo, por lo que —en principio— debe aplicarse el mismo régimen jurídico, con independencia del medio que se utilice para su prestación. No obstante, en algunos casos, la dificultad estriba en decidir si se trata del mismo tipo de actividad, ya que el mundo digital difumina las fronteras entre unas y otras. En otros casos, la cuestión es si conviene una regulación específica, en respuesta a los particulares riesgos que comportan determinados operadores o productos. La aprobación de regulaciones provisionales, de prueba, es útil, cuando no se esté seguro de las implicaciones que conllevan nuevos productos o servicios.

Tercera. La estructura del sector financiero puede experimentar cambios sustanciales, debido a la progresiva entrada de operadores tecnológicos, así como a la acelerada transformación telemática de las entidades de crédito establecidas. Este proceso no debe conducir a una concentración excesiva del mercado. La digitalización no debe tampoco comportar la exclusión financiera de sectores o colectivos.

Cuarta. La innovación tecnológica puede cambiar radicalmente el ecosistema de los medios de pago, que son esenciales para el sistema financiero. La generalización del uso de monedas digitales privadas podría tener efectos disruptivos. En cada momento, los poderes públicos deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar el correcto funcionamiento del sistema, su fiabilidad e interoperabilidad. Esto también incluye la regulación de las plataformas de intercambio de criptomonedas.

Quinta. Al día de hoy, la regulación de los criptoactivos debe centrarse en la protección del consumidor, que ha de estar adecua-

83 ECB (2020), *Report on a digital euro*, pp. 17 y 28.

84 Raskin (2018), p. 485.

85 Bank of England (2020), *Discussion Paper...*, cit.

86 ECB (2020), *Report on a digital euro*, pp. 20–21.

87 MAECHLER, A. M., Moser, T. (2021), "COVID-19, financial markets and digital transformation", *Money Market Event*, 15th April, p. 7 [https://www.bis.org/review/r210415d.pdf (consultado: 15.4.2021)].

88 Kalifa (2021), *Review of UK Fintech*, p. 29.

89 PANETTA, F. (2021), "A digital euro to meet the expectations of Europeans", *Introductory remarks*, 15th April, p. 2 [https://www.bis.org/review/r210414h.pdf (consultado: 8.8.2022)].

90 ECB (2020), *Report on a digital euro*, p. 27.

91 ECB (2020), *Report on a digital euro*, pp. 21–22.

92 ECB (2020), *Report on a digital euro*, pp. 21–22.

93 ECB (2020), *Report on a digital euro*, p. 18.



damente informado del riesgo que comportan. Es también preciso controlar su incidencia en la estabilidad del sistema financiero.

Sexta. En el centro de la nueva economía está el tratamiento de datos, cuya utilidad se potencia con el uso de técnicas de inteligencia artificial. Este modo de hacer negocios puede facilitar la eficiencia, pero también comporta riesgos, que incluyen la posible lesión de derechos fundamentales. No obstante, al mismo tiempo, las entidades financieras son empresas privadas, animadas por la libertad de empresa. Corresponde al legislador trazar la divisoria entre el ámbito de decisión que legítimamente corresponde a los operadores financieros y los bienes jurídicos que el ordenamiento necesariamente debe proteger.

Séptima. La supervisión financiera estará crecientemente basada en técnicas de inteligencia artificial. No obstante, con ello no se altera la naturaleza, régimen y principios de la intervención administrativa.

Octava. La creación de monedas digitales oficiales puede ser necesaria para que los bancos centrales puedan seguir cumpliendo su función. No obstante, su eventual implantación debe tratar de minimizar su posible incidencia negativa en las entidades de crédito.

BIBLIOGRAFÍA

BALDWIN, R., CAVE, M., LODGE, M. (2012), *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, 2nd Edition, Oxford University Press.

Bank of England (2020), *Discussion Paper, Central Bank Digital Currency. Opportunities, challenges and design*, March [https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/paper/2020/central-bank-digital-currency-opportunities-challenges-and-design.pdf?la=en&hash=DFAD18646A77C00772AF1C5B18E63E71F68E4593 (consultado: 8.8.2022)].

CARSTEN, A. (2021), *Central bank digital currencies: putting a big idea into practice*, 31th March, 7–8 [https://www.bis.org/speeches/sp210331.pdf (consultado: 24.5.2021)].

CRISANTO, J. C., EHRENTAUD, J., Fabian, M. (2021), "Big techs in finance: regulatory approaches and policy options", *FSI Briefs*, Nr.12, March, p. 3 [https://www.bis.org/fsi/fsibriefs12.pdf (consultado: 8.8.2022)].

LAGUNA DE PAZ, J. C. (2022), "Some implications of the new global digital economy for financial regulation and supervision", *Journal of Banking Regulation* (https://doi.org/10.1057/s41261-022-00189-1) [https://link.springer.com/article/10.1057/s41261-022-00189-1].

— (2022), *Tratado de Derecho Administrativo. General y Económico*, 4^a edic., Civitas-Thomson-Reuters, pp. 408-409.

LASTRA, R. M. (2015), *International Financial and Monetary Law*, 2nd edition, Oxford University Press.

MAEHLER, A. M., Moser, T. (2021), "COVID-19, financial markets and digital transformation", *Money Market Event*, 15th April, p. 7 [https://www.bis.org/reviewr210415d.pdf (consultado: 15.4.2021)].

MARCIANO, A., NICITA, A., RAMELLO, G. B. (2020), "Big data and big techs: understanding the value of information in platform capitalism", *European Journal of Law and Economics*, Nr. 50, p. 348.

MASSARI, J., CATALINI, C. (2021), "DeFi, Disintermediation, and the Regulatory Path Ahead", *The Regulatory Review*, 10th May [https://www.theregview.org/2021/05/10/massari-catalini-defi-disintermediation-regulatory-path-ahead/ (consultado: 10.5.2021)].

OMAROVA, S. T. (2020), "Technology v Technocracy: Fintech as a Regulatory Challenge", *Journal of Financial Regulation*.

PANETTA, F. (2021), "A digital euro to meet the expectations of Europeans", *Introductory remarks*, 15th April, p. 2 [https://www.bis.org/reviewr210414h.pdf (consultado: 8.8.2022)].

RASKIN, M., YERMACK, D. (2018), "Digital currencies, decentralised ledges and the future of central banking", en Conti-Brown, P., Lastra, R., *Research Handbook on Central Banking*, Elgar, p. 474.

The Economist (2021), "A future with fewer banks", 8th May [https://www.economist.com/special-report/2021/05/08/a-future-with-fewer-banks (consultado: 6.5.2021)].

Miriam M. Ivanega

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, máster en Derecho Administrativo, directora ejecutiva de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, miembro fundadora del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo.



LA REGULACIÓN MONETARIA Y FINANCIERA EL ROL DE LOS BANCOS CENTRALES COMENTARIOS ACERCA DEL BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (BCRA)

RESUMEN:

Se comenta el rol del Banco Central de la República Argentina y se plantea que el sistema bancario y financiero enfrenta nuevos desafíos que, como la inclusión financiera, no se pueden ignorar desde la ciencia jurídica.

PALABRAS CLAVES:

Regulación monetaria y financiera, bancos centrales, inclusión financiera, Argentina, República Dominicana.

I. INTRODUCCIÓN

1. Breve comparación de los sistemas

A diferencia de la República Dominicana, en la República Argentina no se ha dictado un Código Monetario y Financiero.

El marco normativo que se aplica a esos sistemas se compone de varias leyes y decretos, aunque la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina (BCRA) y la Ley de Entidades Financieras, 21.526, constituyen su eje principal. A partir de ese esquema desde el derecho administrativo, el análisis principal del sistema ha girado alrededor de la denominada Policía financiera y bancaria del Estado nacional¹.

Tal función esencialmente abarca dos aspectos: la emisión de moneda de curso legal forzoso en todo el ámbito de la República Argentina y la autorización, regulación y fiscalización del funcionamiento del sector financiero y bancario, actividades para cuyo desarrollo el legislador creó una misma autoridad

administrativa independiente: el Banco Central de la República Argentina².

En esta normativa no se incluye una descripción de los principios generales que rigen esos sistemas, como sí la contiene aquel Código dominicano y que su doctrina ha analizado desde una perspectiva sistémica al tratar la eficiencia³, la estabilidad, la protección del público ahorrante (que comprende la reserva legal de la apelación al ahorro público, la especialización financiera, pluralismo institucional) la transparencia, la confianza, la competitividad y el libre mercado⁴.

Como dijimos, aun cuando esos principios no se encuentran expresamente contemplados como tales en la normativa argentina, sí se encuentran comprendidos en los objetivos que tiene que cumplir el BCRA.

Sin perjuicio de ser descriptos en párrafos posteriores, dentro de sus propósitos se incluye en el artículo 3 de la Carta

1 Por supuesto que el derecho financiero y el derecho tributarios han sido disciplinas que enfocaron esa temática desde su especialidad.

2 MERTEHIKIAN, Eduardo. *El poder de policía financiero y bancario*: AAVV Servicio Público, Policía y Fomento, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2005, pp. 1-6.

3 Este principio también ha sido considerado como "eficacia". IVANEGA, Miriam M. *Control público*: Astrea, Buenos Aires, 2016.

4 JORGE PRATS, Eduardo y VICTORIA CONTRERAS, Omar. *Derecho de la regulación monetaria y financiera*, lus Novum, República Dominicana, 2012, pp. 28-32.



Orgánica del Banco Central, la “finalidad promover, en la medida de sus facultades y en el marco de las políticas establecidas por el gobierno nacional, la estabilidad monetaria, la estabilidad financiera, el empleo y el desarrollo económico con equidad social”.

La transparencia también es un principio contenido en el Marco Legal del Sistema Financiero, cuando incluye que al menos una vez al año quien preside el Banco Central debe presentar un informe al Congreso de la Nación, en el que describe la evolución de la economía y el sistema financiero y las principales actividades desarrolladas durante el período por la institución. También publica sus balances anuales con los estados contable, informe de auditoría externa y de la Sindicatura⁵.

Su memoria anual es puesta en conocimiento de la comunidad con las acciones que lleva adelante cada año. Paralelamente,

conforme a la Ley 27.275 el Banco es sujeto obligado a brindar información pública. Esa ley tiene por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública⁶.

Desde abril de 2016 incluye información sobre los precios de los principales productos bancarios en los principales bancos para que las personas interesadas o clientas puedan compararlos. A partir del año 2017 la Central de Deudores del BCRA comparte información sobre el comportamiento crediticio de personas y empresas beneficiarias de crédito, tanto cuando es negativo como cuando es positivo, de manera que las personas y las empresas que exhiben buen comportamiento crediticio puedan verse beneficiadas por una mayor oferta de crédito y por mejores condiciones⁷.

5 Asimismo, la institución pública los balances semanales, que contienen los estados resumidos de activos y pasivos al cierre de operaciones de los días 7, 15, 23 y último de cada mes.

6 El art. 2 expresa: *Derecho de acceso a la información pública*. El derecho de acceso a la información pública comprende la posibilidad de buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y redistribuir libremente la información bajo custodia de los sujetos obligados enumerados en el artículo 7° de la presente ley, con las únicas limitaciones y excepciones que establece esta norma. Se presume pública toda información que generen, obtengan, transformen, controlen o custodien los sujetos obligados alcanzados por esta ley.

7 www.bcra.gov.ar.

En cuanto a la estabilidad del sistema financiero, el Banco Central ejerce sus facultades de regulación prudencial y de supervisión de las entidades, lleva adelante un sistema de seguro de depósitos y cumple la función de provisión de liquidez de última instancia. A su vez, monitorea al sistema financiero y al sistema de pagos para identificar eventuales riesgos sistémicos y adoptar acciones destinadas a prevenirlos o mitigarlos.

A través del Informe de estabilidad financiera el BCRA da a conocer al público la situación del sistema financiero y publica información individual y agregada sobre el estado de situación de las entidades financieras, todo en su página web.

Finalmente, cabe destacar que realiza distintas actividades para promover la innovación en la industria financiera, por ejemplo, el Hackaton de Innovación Financiera 2016 y una agenda amplia de actividades de promoción de la Innovación Financiera impulsada en 2017.

2. Los bancos centrales

Los llamados bancos públicos o de interés público se formaron en el siglo XIV, aunque se discute si el primero fue el Banco de Palermo de Sicilia o fue la *Tabula de Cambi* en Barcelona.

La aparición de los bancos modernos se produjo con la creación de importantes instituciones de crédito, como los bancos de Inglaterra y Escocia, que fueron impulsados por la transformación de la economía de local a nacional, es decir el paso de los ciclos agrícolas a los industriales.

En esa época se consolidan los bancos emisores, que primero se crearon para atender las dificultades financieras de los gobiernos tal el caso del Banco de Inglaterra que prestaba dinero a la Corona a cambio de recibir la autorización para emitir moneda en condiciones monopólicas. Este último dato es el que caracteriza a esas entidades⁸.

Ahora bien, sin entrar en el debate acerca de los modelos existentes y las discusiones alrededor de su ubicación institucional y, por ende, la independencia del poder político de la que pueden gozar, lo cierto es que los bancos centrales ejecutan la política monetaria del país a través de ajustes de la masa monetaria, en general, en operaciones de mercado abierto.

En ese marco, tienen un rol crucial a la hora de garantizar la estabilidad económica y financiera de los Estados, porque se encargan de ejecutar la política monetaria con el fin de lograr una inflación baja y estable. De ahí que, en términos del Fondo Monetario Internacional (FMI), tras la crisis financiera mundial han ampliado sus instrumentos para abordar los riesgos con el objeto de lograr aquellas estabilidades y poder gestionar la volatilidad de los tipos de cambio.

Al ser una de las principales funciones de los bancos centrales la ejecución de la política monetaria con el fin de conseguir una inflación baja y estable y ayudar a gestionar las fluctuaciones económicas, desde finales de la década de 1980 el régimen de metas de inflación fue el marco más utilizado en política monetaria y en los últimos tiempos por la preocupación ante la pérdida de margen de maniobra para la aplicación de políticas y en un contexto de tasas de interés de equilibrio más bajas, más las decrecientes expectativas de inflación, los grandes bancos centrales revisaron sus políticas monetarias.

El rol fundamental que tienen los bancos centrales en los Estados actuales fue puesto de manifiesto durante la pandemia del COVID-19 cuando mostraron el despliegue de una variedad de herramientas -convencionales y no convencionales- para distender la política monetaria, apuntalar la liquidez en mercados financieros críticos y, también, para mantener el flujo de crédito⁹.

En ese contexto, reaccionaron rápidamente asumiendo posiciones generalmente expansivas con la finalidad de minimizar los efectos negativos sobre los mercados de bienes y, en particular, sobre los mercados financieros. Se considera que, a dos años de la pandemia, el reto futuro de los bancos centrales exige un manejo adecuado del estímulo monetario en un contexto de recuperación de la actividad económica, con fuertes presiones inflacionarias y desanclaje en algunos casos de las expectativas de inflación¹⁰.

Por supuesto, entre los desafíos a los que se enfrentan actualmente se encuentran la creación de monedas digitales emitidas por los bancos centrales, la forma en que la desigualdad económica puede limitar la efectividad de la política monetaria y finalmente, el cambio climático, retos que no solo involucran a los bancos centrales sino también a todos los responsables de política en el mundo.

3. La independencia de los bancos centrales

Se sostiene que un banco central es independiente cuando tiene libertad de acción para definir la política monetaria, y la toma de decisiones por parte del presidente y el directorio está protegida de presiones de origen político, particularmente por el Gobierno¹¹.

Esa condición ha generado debates acerca de su alcance, ventajas y desventajas. Quienes se inclinan a favor de la independencia sostienen que el desempeño económico general de un país es mejor cuanto más “blindado” está aquella entidad frente a la injerencia política y que contribuyen al crecimiento de largo plazo.

8 MATA, Ismael. *El derecho administrativo hoy. 16 años después*: Ediciones RAP, 2013, La Independencia funcional del Banco Central de la República Argentina, pp. 21-30.

9 <https://www.imf.org/es/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/16/20/Monetary-Policy-and-Central-Banking>.

10 VELARDE, Julio. “Los retos de la banca central para los próximos años”, en *Ensayos Económicos* publicado por el Banco Central de la República Argentina, mayo de 2022, http://www.bcra.gob.ar/PublicacionesEstadisticas/Ensayos_economicos.asp.

11 Acerca de la crisis que generó incertidumbre respecto a la solidez e independencia del BCRA ver Gelli Maria Angélica, Constitución Nacional Argentina, comentada y concordada, T. II, La Ley, 5ta edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, 2018, pp.181-185



Por ello, se entiende que tiene la capacidad para utilizar los instrumentos de la política monetaria (por ejemplo, mediante cambios de las tasas de interés o la cantidad de dinero) con el fin de lograr una tasa de inflación baja, aun cuando esto pudiera entrar en conflicto con otros objetivos del Gobierno (como el mantenimiento de un cierto nivel del tipo de cambio, el financiamiento del déficit público, el financiamiento directo o indirecto de proyectos de desarrollo, etc.).

El otro objetivo para un banco central independiente es la estabilidad financiera, lo cual implica que la superintendencia de entidades financieras (ya sea que pertenezca al banco central o funcione con independencia de éste) debe también ser autónoma¹².

Más recientemente, como se sostuvo anteriormente, con inspiración en una visión “ortodoxa”, se incorporó un elemento adicional en la arquitectura estándar de la política monetaria, se trata del establecimiento de las metas de inflación que el Banco Central debe cumplir “a rajatabla” al mismo tiempo que influye sobre las expectativas de los agentes económicos mediante instrumentos de comunicación con el público.

Los que apoyan la necesidad de otorgarle independencia al Banco Central entienden que los funcionarios que deciden la política económica (ministro de economía o presidente de la nación) tienen una inclinación “natural” a privilegiar objetivos de corto plazo, incluso a expensas de la estabilidad (y supuestamente del mayor crecimiento) de largo plazo.

Coincidimos en que el Banco Central no tiene plena autonomía para actuar sin límites, ya que hay consenso de que los objetivos finales de la política monetaria deben ser establecidos por el Gobierno, de modo que la independencia de aquel no tiene por qué tener la atribución de fijar cuales son los fines a alcanzar. De esta forma, se considera que el Banco Central no es independiente en relación a dichos objetivos finales, que carece de independencia política en relación con ellos. Por tal razón, la noción de independencia que es usualmente aceptada consiste en tener la atribución de elegir los medios para alcanzar el objetivo último, “es decir lo que se conoce como independencia respecto a los instrumentos (en contraste con la independencia respecto al objetivo) u operacional. Esta con-

12 SILVA, Ludovico. “La independencia del Banco Central”, en <http://www.itf.org.ar/pdf/lecturas/lectura2.pdf>.

siste, entonces, en la libertad para manipular los instrumentos de la política monetaria con el fin de lograr el objetivo final”. En síntesis, se trata de una cuestión de grado; por ende, la independencia absoluta es incompatible con una sociedad democrática¹³.

Ya en el año 2009, dentro de los mecanismos de gobernanza para la función de política monetaria del Central Bank Governance Group se postulaba la concesión de independencia, considerándose que las decisiones en el ámbito de la política monetaria pueden ser políticamente sensibles, por lo que suelen aislarse de cualquier presión política atribuyéndolas a un órgano independiente¹⁴.

II. BASES CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL SISTEMA MONETARIO Y FINANCIERO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Antecedentes del BCRA

En el caso de la Argentina, la actividad bancaria comenzó sus funciones en 1822 con la creación del primer banco privado, la Compañía del Banco de Buenos Aires, incorporada posteriormente al primer banco nacional, el Banco de las Provincias Unidas del Río de la Plata. Salvo esta experiencia, que duró desde 1822 a 1835, la actividad bancaria fue casi inexistente. En 1836, el banco se transforma en la Casa de la Moneda, para finalmente en 1854 convertirse en el Banco de la Provincia de Buenos Aires. La circulación de billetes se limitaba a la provincia. Con la sanción de la Constitución Nacional, comienza el periodo de organización del Estado Nacional Argentino y se instalan de algunos bancos extranjeros. En 1862 se abre el Banco de Londres y Río de la Plata, en 1872 el Banco de Italia y Río de la Plata. En 1886 se crean el Banco Español y el Banco Francés. En 1867, la Argentina incorpora el patrón oro mediante la Oficina de Cambios de la provincia de Buenos Aires a la paridad de 25 pesos por 1 peso oro. Luego se fundan el Banco Hipotecario de la Provincia de Buenos Aires (1871), el Banco Nacional (1872) y la Casa de la Moneda (1877)¹⁵.

Bien se ha sostenido que, desde los inicios de la República, la historia argentina estuvo plagada de crisis económicas cuya recurrencia está causada por factores internos y externos, apartidarias y atemporales. Así, por ejemplo, la crisis bancaria de 1890-91 motivó la creación de la Caja de Conversión y el Banco de la Nación, que hasta la década de 1930 ocuparon las funciones que luego tendría el BCRA. Pero, los inestables flujos de capitales y los precios de los *commodities* (alimentos) impidieron resolver la crisis monetaria y financiera, motivo por el cual a partir de 1900 se sucedieron proyectos legislativos para crear un organismo centralizado responsable del sistema monetario¹⁶.

El fracaso de esas tentativas y la crisis financiera internacional de 1929 que terminó con el modelo agroexportador del país generaron la disminución de los flujos de capitales lo que obligó a instaurar un control de cambios y otras medidas de intervención estatal.

El sistema financiero, entendido como un todo cuyas partes estén integradas entre sí y responden a una concepción general de su funcionamiento, no existió en la Argentina sino hasta 1935, año en que se dictó la Ley de Bancos y se crea el Banco Central de la República Argentina (BCRA). Este acontecimiento marcó un hito fundamental en la actividad financiera en el país. Desde ese momento, el Banco Central se transformó en la entidad más importante del sistema financiero, concebido desde su origen como el organismo exclusivamente responsable de la emisión de billetes y monedas, la regulación de la cantidad de crédito y dinero, y la acumulación de las reservas internacionales, en función de la protección del valor de la moneda nacional¹⁷.

Sin entrar a considerar los vaivenes a los que se sujetó (y aun se sujeta) dicha entidad es importante destacar que, en el texto de la Constitución Nacional de 1853, el art. 67 inc. 5.º, CN expresaba como atribuciones del Poder Legislativo: “Establecer y reglamentar un Banco nacional en la Capital y sus sucursales en las provincias, con facultad de emitir billetes”.

Con la reforma constitucional del año 1994, el art. 75, inc. 6.º consagra la competencia de aquel poder para “establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales”¹⁸.

Producto de las relaciones propias del federalismo argentino la Constitución Nacional prevé que la función de policía financiera y bancaria le corresponde de manera exclusiva al gobierno federal como atribución delegada por las provincias, en cuanto le asigna al Congreso Nacional - además del establecimiento del banco federal- el poder de¹⁹:

- hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras;
- adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas para toda la Nación;
- a la defensa del valor de la moneda;
- reglar lo necesario para asegurar la prosperidad y progreso de la Nación, dictando todas las leyes y reglamentos que resulten necesarios o convenientes para poner en ejecución dichos poderes que la Ley Fundamental le asigna al Congreso federal.

Correlativamente, establece la prohibición para las provincias del ejercicio de esos poderes asignados al gobierno federal y que

13 Ídem.

14 *El buen gobierno en los bancos centrales*, Informe elaborado por el Central Bank Governance Group, https://www.bis.org/publ/othp04_es.pdf.

15 La doctrina divide la historia del BCRA en cinco periodos. BIANCHI, Alberto. *La regulación económica*: Abaco, Buenos Aires, 2001, p. 201.

16 DEMARCO, Guido. *La evolución de la (in)dependencia del Banco Central*: La Ley Ar/Doc/3667/2020.

17 Ídem.

18 Para el debate respecto a si el mandato constitucional implicaba la creación de otra entidad diferente al BCRA, ver MANILI, Pablo L. *El régimen constitucional del Banco Central*, La Ley Ar/Doc/1308/2022

19 Art. 75, incisos 11, 18, 19, 32 CN. Ver MERTEHIKIAN, Eduardo. *El poder de policía*, p. 2.



no pueden “[...] acuñar moneda, ni establecer bancos con facultades de emitir billetes, sin autorización del Congreso federal”²⁰.

2. La Carta Orgánica y la Ley de Entidades Financieras

La actual Carta Orgánica del BCRA fue aprobada por Ley 24.144²¹ modificada, entre otras, por la Ley 26.739.

Del texto legal surge que se trata de una entidad autárquica nacional que se rige por su Carta Orgánica y que reviste el carácter de agente financiero y depositario y agente del país ante las instituciones monetarias, bancarias y financieras internacionales a las cuales la nación se haya adherido y que sus obligaciones son garantizadas por el Estado.

Hasta la sanción de la Ley 26.739 su misión primaria era preservar el valor de la moneda y contaba con atribuciones para regular la cantidad de dinero y de crédito en la economía y la facultad del dictado de normas en materia monetaria, financiera y cambiaria. Desde su reforma, tiene como finalidad promover, en la medida de sus facultades y en el marco de políticas del gobierno nacional, la estabilidad monetaria, la estabili-

dad financiera, el empleo y el desarrollo económico con equidad social.

En el cumplimiento de sus funciones, el BCRA no está sujeto a órdenes, indicaciones o instrucciones del Poder Ejecutivo Nacional como tampoco puede asumir obligaciones que impliquen condicionarlas, restringirlas o delegarlas sin autorización del Poder Legislativo.

Si bien —a pesar de ser una entidad autárquica— no está sujeto a las normas que con alcance general se dicten para organismos de la Administración Pública Nacional, en el ejercicio del poder de policía que le corresponde se aplica el derecho administrativo, como se verá más adelante.

El banco está gobernado por un directorio compuesto por un presidente, un vicepresidente y ocho directores, que según la ley deben tener probada idoneidad en materia monetaria, bancaria o legal vinculada al área financiera, así como gozar de reconocida solvencia moral.

Todos los integrantes del Directorio son designados por el Poder Ejecutivo Nacional con acuerdo del Senado de la Nación;

²⁰ Art. 126 CN.

²¹ Sancionada el 23/09/1992 (B.O. 22/10/1992).

durante seis años en sus funciones pudiendo ser designados nuevamente. Pueden ser removidos de sus cargos, por aquel Poder, por incumplimiento de las disposiciones contenidas en la presente Carta Orgánica o por incurrir en alguna de las inhabilidades allí previstas; la remoción será decretada por el Poder Ejecutivo nacional cuando mediare mala conducta o incumplimiento de los deberes de funcionario público, debiéndose contar para ello con el previo consejo de una comisión del Honorable Congreso de la Nación.

3. Los objetivos. Los criterios jurisprudenciales

Como se indicó, el banco es el encargado exclusivo de la emisión de billetes y monedas de la Nación Argentina; ningún otro órgano del gobierno nacional, ni los gobiernos provinciales, ni las municipalidades, bancos u otras autoridades cualesquiera, podrán emitir billetes, monedas metálicas u otros instrumentos que fuesen susceptibles de circular como moneda.

Toda vez que el Banco compruebe la violación de su función exclusiva de emitir moneda denunciará el hecho ante la autoridad correspondiente y comunicará al Poder Ejecutivo para que adopte las medidas correspondientes.

De acuerdo a la Carta Orgánica los objetivos que tiene asignados el BCRA son:

1. Respecto a la política monetaria:
 - Administrar la liquidez para evitar desequilibrios que atenten directa o indirectamente con el proceso de desinflación.
 - Fijar el sendero de la tasa de interés de política de manera de propender hacia retornos reales positivos sobre las inversiones en moneda local y de preservar la estabilidad monetaria y cambiaria.
 - Contribuir con el desarrollo del mercado de capitales y resguardar el equilibrio financiero.
 - Recalibrar el esquema de encajes para reforzar el canal de transmisión de la política monetaria.
2. En cuanto a la política cambiaria:
 - Preservar los niveles de competitividad externa, readecuando gradualmente la tasa de crawl en el marco del régimen vigente de flotación administrada al ritmo de la inflación.
 - Fortalecer la posición de reservas internacionales a través de la acumulación del superávit externo reflejado en el mercado de cambios.
 - Gestionar prudentemente las regulaciones cambiarias con el fin de adaptarlas a las necesidades de la coyuntura, favoreciendo la estabilidad monetaria y cambiaria.
3. En cuanto a la política crediticia:
 - Estimular una mayor intermediación financiera propendiendo a cumplir con las necesidades de financiamiento

para el desarrollo del consumo, la inversión productiva y el cambio tecnológico.

- Mantener una política crediticia activa y dinámica, que pueda adaptarse a las necesidades de la coyuntura.
 - Impulsar un crecimiento del crédito al sector privado en pesos.
4. Por último, respecto a la política financiera, el Banco deberá de:
 - Propiciar que las entidades financieras mantengan adecuados niveles de liquidez y solvencia.
 - Implementar acciones de política micro y macro prudencial que estén orientadas a favorecer un escenario de estabilidad financiera, en línea con las mejores recomendaciones internacionales en materia regulatoria.
 - Reforzar las medidas destinadas a impulsar el crédito a las Pequeñas y Medias Empresas y a los sectores económicos más dañados por la pandemia.
 - Fortalecer el “Pago con Transferencia”, instrumento electrónico moderno y de bajo costo, que ofrece ganancias de eficiencia para comercios y consumidores, promoviendo la inclusión financiera.
 - Acompañar el desarrollo de las innovaciones tecnológicas sobre el sistema financiero.
 - Ampliar las acciones federales de educación financiera, avanzando en el diseño y desarrollo de programas educativos.
 - Continuar avanzando en acciones orientadas a mejorar la ciber-resiliencia y la ciberseguridad de las entidades financieras y de todos los actores del sistema financiero
 - Evaluar la evolución e implicancias de los criptoactivos para el sistema y para las personas usuarias de servicios financieros, mientras se monitorean los avances que van implementando otras jurisdicciones y organismos internacionales.
 - Encarar acciones en el marco de los compromisos internacionales y locales respecto del desarrollo de las finanzas sostenibles, abordando los riesgos y oportunidades asociados.

Asimismo, es el responsable de aplicar la Ley de Entidades Financieras, Nro. 21.526, con todas las facultades que esa norma y la Carta Orgánica del Banco le acuerdan.

Es así que puede dictar las normas reglamentarias necesarias para su cumplimiento, estableciendo las regulaciones y las exigencias diferenciadas “que ponderen la clase y naturaleza jurídica de las entidades, la cantidad y ubicación de sus casas, el volumen operativo y las características económicas y sociales de los sectores atendidos, dictando normas específicas para las cajas de crédito”. En consecuencia, ejerce también la fiscalización de las entidades en ella comprendidas²².

22 Art. 4.



4. La Superintendencia de Entidades Cambiarias y Financieras

Una de las particularidades del sistema argentino reside en que el BCRA también ejerce la supervisión de la actividad financiera y cambiaria a través de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias, la que depende directamente del presidente de la institución.

La administración de la Superintendencia está a cargo del superintendente y un vicesuperintendente, los que son asistidos por los subgerentes generales de las áreas que la integran.

Ambos son designados por el Poder Ejecutivo nacional a propuesta del presidente del Banco Central entre los miembros del directorio. La duración en sus funciones será de tres años o hasta la conclusión de su mandato como director, si este último fuera menor.

El superintendente (siempre en el marco de las políticas generales fijadas por el directorio del BCRA) tiene las siguientes funciones:

- a) calificar a las entidades financieras a los fines de la Ley de Entidades Financieras;
- b) cancelar la autorización para operar en cambios;
- c) aprobar los planes de regularización y/o saneamiento de las entidades financieras;

- d) implementar y aplicar las normas reglamentarias de la Ley de Entidades Financieras, dictadas por el directorio del banco;
- e) establecer los requisitos que deben cumplir los auditores de las entidades financieras y cambiarias.

A su vez, puede, previa autorización del presidente del banco disponer la suspensión transitoria, total o parcial, de las operaciones de las entidades financieras, por un plazo máximo de treinta días y solicitar al Directorio la revocación de las autorizaciones para que aquellas operen.

III. LAS FACULTADES DEL BCRA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

1. Las particularidades del sistema

Las relevantes funciones que tiene asignadas y que surgen de las leyes mencionadas y del resto del complejo normativo regulador de las políticas monetaria y financiera, fueron puestas de manifiesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

Por ejemplo, considero que en el marco de Ley 21.526 entran en juego las características de la actividad que despliega un sujeto que aparece como centro en la captación y colocación de dinero, la habitualidad de ella, la frecuencia y velocidad de la transacción y su efecto multiplicados, ya que lo primordial es la repercusión

sión de dicha actividad en el mercado financiero, actividad específica que afecta todo el espectro de las políticas monetarias y crediticias, en el cual están involucrados intereses económicos y sociales. Estas son las causas por las que se instituyó un sistema de contralor permanente, cuya custodia el legislador delegó en el Banco Central, eje del sistema financiero²³.

En otros precedentes interpretó que la actividad bancaria tiene una naturaleza peculiar que la diferencia de otras de carácter comercial, y que por ello debe ajustarse a las disposiciones y el contralor del BCRA. Aquella actividad está sometida a un régimen jurídico que establece un margen de actuación particularmente limitado y que faculta al ente rector del sistema a dictar normas para asegurar el mantenimiento de un adecuado grado de solvencia y liquidez de los intermediarios financieros y a fijar las obligaciones a las que deben ajustarse en su funcionamiento²⁴.

En esa línea de interpretación entendió que, por revestir tal carácter, se encontraba facultado para disponer la liquidación de una entidad en los supuestos que se entendiera que había fracasado la alternativa de saneamiento, que ella no era viable o que se habían frustrado las medidas referentes al régimen de consolidación, y ante la situación de iliquidez e insolvencia por la que atravesaba la entidad. Por lo tanto, contaba con amplias atribuciones para revocar la autorización para funcionar y disponer su liquidación, todo ello en “protección del interés general y los valores en juego que involucra el sistema financiero, en el cual la permanencia en él de un intermediario que no se encuentra en condiciones de seguir funcionamiento adecuadamente puede afectarlo en su integridad”²⁵.

La especificidad de sus facultades y la necesaria independencia que debe tener están presentes en la discrecionalidad que envuelven sus decisiones. Así, se sostuvo que la decisión de revocar la autorización para funcionar y ordenar la liquidación de una entidad depende de un análisis técnico que efectúa el Banco Central, criterio que no puede ser sustituido por los jueces quienes no están facultados a sustituirlo en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad y conveniencia²⁶.

2. La incidencia del derecho administrativo

La doctrina sostiene que la competencia típicamente administrativa y de carácter técnico que tiene asignado el BCRA es la que generalmente se atribuye a un ente regulador. Por eso el derecho administrativo es el que rige la relación que, en el ejercicio de esa

función, establece con las entidades que regula y fiscaliza. En consecuencia, le son aplicables sus principios y normas²⁷.

Reiteramos que el principio general que surge de su Carta Orgánica es que “salvo expresas disposiciones en contrario establecidas por ley, no serán de aplicación al banco las normas, cualquiera sea su naturaleza, que con alcance general hayan sido dictadas o se dicten para organismos de la Administración Pública Nacional, de las cuales resulten limitaciones a la capacidad o facultades que le reconoce esta Carta Orgánica”.

Sobre este punto, entendemos que la valla para aplicar disposiciones propias de la Administración está dada por la especificidad de las funciones del Banco y su mentada independencia de las autoridades políticas. En pocas palabras, diríamos que podrían aplicarse normas de esa índole si ello no supone una limitación o desviación de las atribuciones que tiene asignadas.

Por su parte, la CSJN observó que la regulación de la actividad financiera y bancaria que asume el Estado y que delega en aquella entidad se enmarca en el denominado “poder de policía bancario” con las consiguientes atribuciones de ley para aplicar el régimen jurídico específico, dictar normas reglamentarias que lo complementen y ejercer las funciones de control de las entidades²⁸.

De forma contundente, entendió que el conjunto de normas que otorga facultades al BCRA en materia cambiaria y que integra y complementa la regulación de la actividad financiera, lo convierte en una entidad que tiene atribuciones exclusivas e indelegables respecto a esas políticas, surgiendo de ello que las relaciones jurídicas entre aquel y las entidades financieras sujetas a su fiscalización se desenvuelven en el marco del derecho administrativo. Se reafirma así, que esa situación particular es diferente al vínculo que liga a todos los habitantes del territorio nacional con el Estado²⁹.

Recalca ese criterio al interpretar que la autorización que el Banco Central concede para actuar como agencia u oficina de cambio, implica el sometimiento a un régimen jurídico que establece un contexto de actuación particularmente limitado y controlado, que impone la obligación de constituirse bajo un determinado tipo societario, especifica las operaciones y actividades permitidas y prohibidas, estando facultado para determinar las modalidades del mercado cambiario, así como para dictar las disposiciones que aseguren un adecuado grado de solvencia y liquidez por parte de las entidades cambiaria, por lo que las relaciones jurídicas entre estos y aquel se desenvuelve dentro del derecho administrativo³⁰.

23 CSJN Fallos 331:2382.

24 CSJN Fallos 341:727.

25 CSJN Fallos 331:2382.

26 CSJN Fallos 331:2382.

27 Mertehikian indica esta particularidad justifica que se analice sus funciones en una obra que se abordan los diversos aspectos del poder de policía, el servicio público y las actividades de Fomento; todas ellas manifestaciones del poder de intervención estatal. El poder de policía, nota 20.

28 CSJN Fallos 325:880.

29 CSJN Fallos 331:2382.

30 CSJN Fallos 334:837.



Para finalizar este breve repaso, corresponde subrayar que la Auditoría General de la Nación ejerce el control externo. La Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control, 24.156, solo es aplicable al Banco en cuanto a la verificación de que las erogaciones encuadran en el presupuesto y a la rendición de cuentas documentales que, en plazos no superiores a un año, debe presentar al ente de control externo del sector público.

3. Potestad sancionadora

Dentro de los elementos del llamado poder de policía bancario y financiero se encuentra la facultad de aplicar las sanciones por las transgresiones o desvíos normativos en que incurran las entidades.

El art. 41 de la Ley 24.526 establece que quedan sujetas a sanción del BCRA las infracciones a la ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que dicte el Banco en ejercicio de sus facultades.

Son aplicadas por el presidente de ese ente, o la autoridad competente, a las personas o entidades o ambas a la vez que sean responsables de las infracciones enunciadas en la misma ley, previo sumario que se instruirá con audiencia de los imputados, con sujeción a las normas de procedimiento que establezca la indicada institución.

Las sanciones a aplicar so: llamado de atención, apercibimiento, multas, inhabilitación temporaria o permanente para el uso

de la cuenta corriente bancaria, inhabilitación temporaria o permanente (para desempeñarse como promotores, fundadores, directores, administradores, miembros de los consejos de vigilancia, síndicos, liquidadores, gerentes, auditores, socios o accionistas de las entidades comprendidas en el régimen ley), revocación de la autorización para funcionar. El art. 42 incluye los recursos que pueden interponerse en cada caso.

La jurisprudencia fue uniforme en el reconocimiento de la potestad sancionadora del Banco Central y la naturaleza administrativa de las sanciones.

En una interesante sentencia, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal -Sala V- sostuvo que el poder de policía a cargo del BCRA y sus potestades sancionatorias recaen sobre ciertas clases de personas jurídicas que desarrollan una actividad específica que tiene una naturaleza especial, la cual debe ajustarse a las disposiciones y el control de aquel. El caso se vinculó con las multas impuestas al Banco Galicia y a sus directores por haber incumplido con el deber de aplicar la política de “conozca a su cliente” respecto de dos usuarios de diversos productos financieros ofrecidos por el banco, ya que éste no contaba con los antecedentes de dichos clientes conforme lo establecido en una comunicación dictada por el BCRA.

Al analizar las competencias de esta entidad, reafirmó que se estaba en el ámbito del “derecho administrativo sanciona-

dor” y que por lo tanto no resultaban de aplicación las normas del derecho penal y que la responsabilidad de los directores no podía ser desplazada por aplicación de la “culpa *in vigilando*”, si “... solamente pudieran ser responsabilizadas aquellas personas físicas que hubieran tenido una intervención personal y directa en las acciones u omisiones reprochables, todo el régimen de policía administrativa que regula la actividad cambiaría quedaría privado de virtualidad”³¹.

En un interesante precedente de la CSJN del año 2011, se analizaron los principios de legalidad y tipicidad vinculados con la potestad sancionadora del Banco Central.

En esa ocasión, analizó que esa potestad solo podía tener como antecedente una transgresión al régimen legal, es decir la conducta irregular debía estar prevista como falta. Postuló que por la interpretación armónica del marco regulatorio bancario y financiero con el art. 18 de la Constitución Nacional³², el alcance de los amplios y discrecionales poderes de la autoridad monetaria en orden a sus facultades sancionatorias estaban condicionados al respeto del principio de legalidad.

Por tal razón, expresó que “una cosa es considerar que la previsión no estrictamente penal puede ser más laxa en cuanto a la configuración del aspecto subjetivo de la conducta (dolo o culpa) o en lo relativo a la intensidad de afectación del bien jurídico (daño potencial o real en palabras del a quo) y otra muy distinta es considerar que la sanción de multa por una infracción no debe condicionarse a que ésta se encuentre prevista como tal en una norma anterior al hecho. En suma: la discusión acerca de la posibilidad de que en el derecho administrativo pueda penarse una conducta inculpable —responsabilidad objetiva— o sancionarse un comportamiento si solo se ha acreditado un daño potencial al bien jurídico, presupone la existencia misma de la prohibición legal”.

En otras palabras, resultaba inadmisibles que en el ámbito del derecho administrativo se postulara que no resultaba necesario que la conducta punible estuviera prevista como infracción³³.

En otra sentencia, el voto en disidencia consideró que la omisión del Banco Central de resolver fundadamente el pedido de ampliación de plazo para formular el descargo y tomar vistas, conforme lo disponen a la Ley de Procedimientos Administrativos, sumado a la desestimación total de la prueba ofrecida recién en el acto administrativo sancionatorio afectó seriamente el derecho de defensa del interesado, pues se lo privó de la posibilidad de acceder a documentos y aportar oportunamente las pruebas que podrían haber conducido a su exculpación (disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni)³⁴.

Por último, han sido relevantes las sentencias dictadas por el Máximo Tribunal en las cuales examinó la demora en la tramita-

ción de los sumarios administrativos iniciados por el BCRA. Por ejemplo, en el caso “Bonder” consideró que las sanciones aplicadas por presuntas infracciones al régimen financiero vulneraron la garantía de la defensa en juicio de los recurrentes y su derecho a obtener una decisión en el plazo razonable al que alude el art. 8, inc. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dado que entre el procedimiento, que comprendió el sumario llevado a cabo en la órbita del Banco Central, y la instancia judicial de revisión cumplida ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal habían transcurrido casi 26 años desde la producción de los hechos investigados. Esa extensión temporal resultó injustificada, máxime que no se advirtió que se tratara de un asunto de especial complejidad o que haya sido la actuación procesal de los sancionados la que haya interferido en el normal desarrollo de los procedimientos³⁵.

Ese fallo del 2013 reconoce un antecedente del año anterior, en el cual también hizo lugar a los recursos de quienes habían sido sancionados como directores o síndicos de una sociedad anónima. En tal oportunidad, se analizaron los prolongados lapsos de inactividad procesal atribuibles inequívocamente a dicha entidad financiera, que constituyeron el principal motivo de la dilación del sumario que tuvo resolución solo después de haber transcurrido dieciocho años desde que se produjeron los hechos supuestamente infraccionales y tras quince años de haberse dispuesto su apertura. La irrazonable dilación del procedimiento administrativo resultó incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional y por el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁶.

A raíz de diversos cuestionamientos, principalmente judiciales, en los últimos años el BCRA modificó su Régimen Disciplinario (leyes 21.526 y 25.065, modif. Texto Ordenado del 31/01/22) en los que incluyó 9 secciones que regulan: el procedimiento para el trámite de sumarios previstos en el artículo 41 de la Ley 21.526; las sanciones; el pago de las sanciones de multa; la publicidad de las resoluciones; las vías recursivas; los sumarios y sanciones a las entidades financieras emisoras y a los emisores no financieros de tarjetas de crédito; el sistema de notificación electrónica (SNE); el catálogo de infracciones.

A MODO DE CONCLUSIÓN

El sistema bancario y financiero se viene enfrentando a nuevos desafíos que no podemos ignorar desde la ciencia jurídica. Me refiero a la denominada “inclusión financiera”, es decir, al acceso que deben tener las personas y las empresas a diversos productos

31 Caso “Banco de Galicia y Buenos Aires S. A. y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ Entidades Financieras – Ley 21.526 – Art. 42”, sentencia del 13 de diciembre de 2016.

32 Artículo 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (...).

33 Fallos: 334:1241.

34 Fallos: 330:3714.

35 CSJN Fallos 336:2184.

36 CSJN Fallos 335:1126.



y servicios financieros útiles y asequibles para atender sus necesidades —transacciones, pagos, ahorro, crédito y seguros— que se presten de manera responsable y sostenible.

Los datos que suministra el Banco Mundial resultan significativos: alrededor de 2500 millones de personas no utilizan servicios financieros formales y el 75 % de los pobres no tiene cuenta bancaria; por eso la inclusión es clave para reducir la pobreza e impulsar la prosperidad.

Tener acceso a una cuenta de transacciones es un primer paso hacia una mayor inclusión financiera, ya que permite a las personas guardar dinero, y enviar y recibir pagos. Una cuenta de transacciones también sirve como vía de acceso a otros servicios financieros. El acceso a los servicios financieros facilita la vida diaria y ayuda a las familias y las empresas a planificar desde objetivos a largo plazo hasta emergencias inesperadas. Además, como titulares de cuentas es más probable que las personas usen otros servicios financieros, como el crédito y los seguros, para iniciar y ampliar negocios, invertir en educación o salud, administrar riesgos y superar conmociones financieras, lo que puede mejorar la calidad general de sus vidas.

Incluso, señaló que entre 2011 y 2017 la disparidad de género en la titularidad de cuentas ha impedido a las mujeres pudieran controlar eficazmente su vida financiera. La desigualdad de género ha sido menor en los países con una alta titularidad de cuentas de dinero móvil³⁷.

En el caso de la República Argentina el Banco Central entiende a la inclusión financiera como el acceso y el uso de una ofer-

ta amplia de servicios financieros, provistos de una manera sostenible y responsable.

Según sus objetivos, la entidad debe encaminar sus acciones a lograr tal inclusión. Así, las medidas regulatorias que apuntan a la reducción de costos de las entidades —en particular la digitalización de algunas operaciones— han de tener esa finalidad porque cuentan con el potencial de hacer posible el desarrollo de modelos de negocios sustentables, destinados a atender segmentos de menores ingresos de la población.

En suma, se trata de que los sistemas bancario y financiero se enrolen en las bases y fundamentos del Estado constitucional de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- BIANCHI, Alberto. *La regulación económica*: Abaco, Buenos Aires, 2001.
- IVANEGA, Miriam M. *Control público*: Astrea, Buenos Aires, 2016.
- JORGE PRATS, Eduardo y VICTORIA CONTRERAS, Omar. *Derecho de la regulación monetaria y financiera*, Ius Novum, República Dominicana, 2012.
- MATA, Ismael. *El derecho administrativo hoy. 16 años después*: Ediciones RAP, 2013.
- MERTEHIKIAN, Eduardo. *El poder de policía financiero y bancario*: AAVV Servicio Público, Policía y Fomento, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2005.
- SILVA, Ludovico. "La independencia del Banco Central", en <http://www.itf.org.ar/pdf/lecturas/lectura2.pdf>.
- VELARDE, Julio. "Los retos de la banca central para los próximos años", en *Ensayos Económicos* publicado por el Banco Central de la República Argentina, mayo de 2022, http://www.bcr.gov.ar/PublicacionesEstadisticas/Ensayos_economicos.asp.

37 <https://www.bancomundial.org/es/topic/financialinclusion/overview>.

Víctor Rafael Hernández-Mendible

Posdoctor en Nuevas Tecnologías y Derecho, doctor en Derecho, director del Centro de Estudios de Regulación Económica en la Universidad Monteávila (CERECO-UMA). Fundador del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA), de la Red Internacional de Bienes Públicos (RIBP), deoamericano de Derecho Administrativo. la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER) y presidente de la Red Iberoamericana de Derecho de la Energía (RIDE).



www.hernandezmendible.com

EL DERECHO DE LA REGULACIÓN MONETARIA Y FINANCIERA ES DERECHO ADMINISTRATIVO. LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN MONETARIA Y FINANCIERA Y LA NATURALEZA DE LA AUTORIZACIÓN PARA OPERAR

RESUMEN:

El presente trabajo tiene por objeto analizar cómo a partir del surgimiento del Estado de garantía de prestaciones se ha transformado el ejercicio de la libertad de empresa en aquellas actividades económicas en las que está presente el interés general, como sucede con la intermediación financiera, cuya realización se encuentra sometida a la autorización administrativa previa, que se debe otorgar con sujeción plena al ordenamiento jurídico del Estado.

PALABRAS CLAVES:

Junta Monetaria, ente regulador, libertad de empresa, autorización.

I. INTRODUCCIÓN

A finales del último quinquenio del siglo XX, la República Dominicana comenzó a transitar un camino de reformas institucionales, cuya evolución llega hasta la actualidad. Ese escenario se ha desarrollado mediante la modificación constitucional, la expedición de leyes y reglamentos, la suscripción y ratificación de tratados internacionales, la búsqueda del desarrollo óptimo de la función de regulación económica y social —a través de la incorporación de las mejores prácticas—, así como de la especialización de unas autoridades administrativas que requieren una capacitación técnica permanente en I+D+i en los mercados que regulan. Lo anterior concita las presentes reflexiones.

El recorrido en esa transición del Estado productor de bienes y prestador de servicios (Estado prestacional) hacia el Esta-

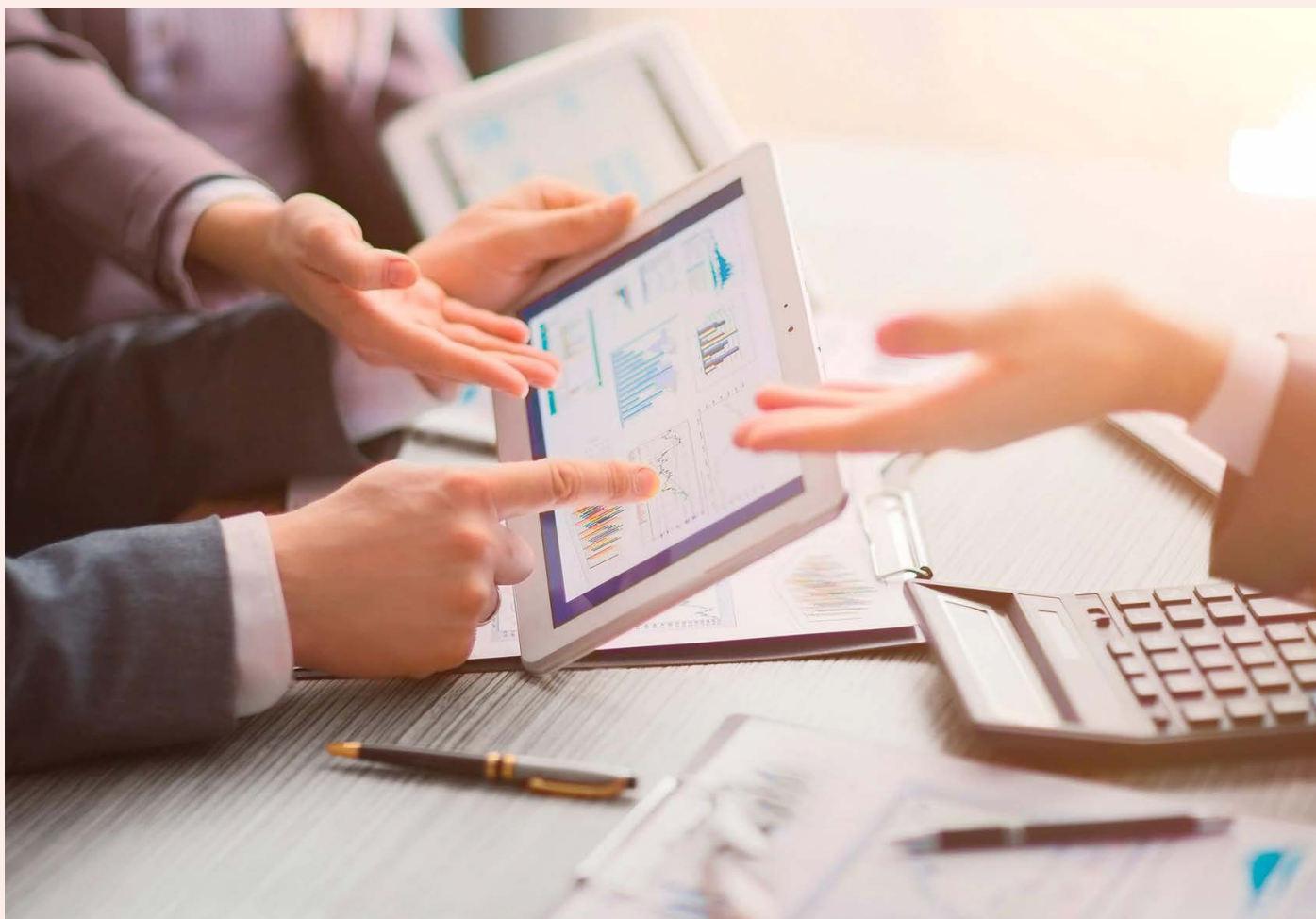
do regulador y garante (Estado de garantía de prestaciones)¹ ha contado con varios grandes faros que han iluminado el camino, como lo constituyen, entre otros, la Ley General de Telecomunicaciones y la Ley Monetaria y Financiera, que se conforman una especie de Código de Derecho Administrativo que recoge los principios fundamentales del derecho de la regulación económica en los mercados competitivos.

En particular, el vigésimo aniversario de vigencia de la Ley Monetaria y Financiera² constituye una motivación extraordinaria para dialogar sobre la importancia de dicho texto normativo, que me atrevería a catalogar como el antecedente dominicano directo de la Ley sobre derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo³, dada la cantidad de principios de derecho administrativo en general y de derecho administrativo sancionador que aque-

1 Hernández-Mendible, V. R., La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones, *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 1159-1177.

2 Ley núm. 183-02, monetaria y financiera.

3 Ley núm. 107-13, sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo.



lla estableció con diez años de anticipación⁴ al último de los textos legales citados.

Con el objeto de lograr una mayor claridad en la exposición de esta idea, dividiré las presentes reflexiones en los siguientes aspectos a saber: la actual regulación del sector monetario y financiero (II); la naturaleza del título habilitante en el sector monetario y financiero (III); y las consideraciones finales (IV).

II. LA ACTUAL REGULACIÓN DEL SECTOR MONETARIO Y FINANCIERO

Corresponde comenzar precisando, conforme al ordenamiento jurídico vigente, cómo se encuentra conformada la actividad de intermediación financiera, a partir de la preeminencia de los

derechos fundamentales y su relación con los principios de intervención de las autoridades reguladoras.

2.1. El marco constitucional de la libertad de empresa

La Constitución de 2010, reformada en 2015, reconoce desde la perspectiva política-constitucional la existencia de un Estado social y democrático de derecho⁵ y en el aspecto económico reconoce la libertad de la iniciativa privada, que se ejerce en un modelo de economía social de mercado⁶ —así lo reconoció el Tribunal Constitucional desde sus primeros fallos⁷—, en el que corresponde al Estado actuar con fundamento en el principio de subsidiariedad en el campo empresarial⁸, estimular la libertad de empresa, comercio e industria⁹, reconocer el pluralismo econó-

4 Jorge Prats, E., y Victoria Contreras, O., *Derecho de la regulación monetaria y financiera*, 2ª Ed., Ius Novum, Santo Domingo, 2012, pp. 36-37.

5 Artículo 7 de la Constitución.

6 Resico, M. F., *Introducción a la Economía Social de Mercado*, Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2010; Hernández-Mendible, V. R., "Economía social de mercado en el Estado de garantía de prestaciones", en *El Derecho Administrativo en perspectiva. Homenaje al profesor Dr. José Luis Meilán Gil*, Tomo I, Ed. RAP, Buenos Aires, 2014, pp. 331-348.

7 Tribunal Constitucional, 0027 de 5 de julio de 2012.

8 Artículos 218 y 219 de la Constitución.

9 Artículo 50 de la Constitución.

mico¹⁰ y admitir que la economía nacional se orienta al desarrollo humano y que en ella coexisten diversas formas de propiedad y de empresa¹¹.

También en la Constitución se admite expresamente la posibilidad de concurrencia privada y pública en la actividad empresarial, aunque únicamente se puede realizar esta última, previa autorización de ley y con el objeto de asegurar a la población el acceso a bienes y servicios básicos; y de promover la economía nacional¹². Igualmente se encomienda al Estado facilitar y vigilar la libre competencia¹³, así como la asunción de la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios, en razón de lo que debe garantizarse el derecho a la información sobre los bienes y los servicios que se encuentran en el mercado¹⁴.

Siendo así, cabe destacar en primer lugar la libertad de empresa, que se manifiesta en tres momentos: la libertad de ingreso, que permite a los operadores la posibilidad de constituir la empresa y obtener los títulos administrativos habilitantes para realizar la actividad económica; la libertad de permanencia, que se traduce en la elaboración de planes y estrategias de inversión, libertad de contratación y de competición; y la libertad de retiro o salida del mercado, sin otras restricciones o límites que la no afectación del interés general y el cumplimiento de los compromisos y obligaciones adquiridos con los otros operadores, con los consumidores y los usuarios, así como con las autoridades públicas. La libertad de empresa se ejerce orientada a desarrollar economías de escala y a obtener una ganancia razonable por los operadores económicos que producen los bienes o prestan los servicios.

En segundo término, se puede llevar a cabo la libertad de competencia, en virtud de lo cual los operadores económicos podrán concurrir, realizando distintas ofertas de bienes y de servicios, siempre con respeto a las normas antimonopolios, es decir, no realizando prácticas económicas anticompetitivas y no abusando de la posición de dominio, garantizando así la mayor eficiencia económica en el mercado y el beneficio tanto de los oferentes como de los demandantes de los bienes y los servicios.

Es conforme a estos principios, valores y libertades constitucionales que la Constitución le atribuye a la Junta Monetaria, como órgano superior del Banco Central la regulación del sistema monetario, del régimen cambiario y de la banca¹⁵, correspondiéndole la adecuación y aplicación de las políticas monetarias, cambiarias y financieras¹⁶, teniendo que consideración que pue-

de limitar o restringir el ejercicio de la libertad de empresa en este sector económico, conforme a los supuestos contemplados en la Constitución y desarrollado en la ley.

Así las cosas, se debe analizar si la normativa establecida por el legislador en la Ley 183-02 es acorde a la Constitución para asegurar el equilibrio entre el ejercicio de las libertades económicas y la potestad de regulación atribuida por la ley.

2.2. El objeto de regulación del sector monetario y financiero

El artículo 1 de la Ley Monetaria y Financiera tiene por objeto establecer el ordenamiento regulatorio del sistema monetario y financiero en la República Dominicana, en el que se atribuye a la Junta Monetaria el deber de diseñar las políticas, expedir la reglamentación¹⁷, velar por la ejecución de la misma, realizar la supervisión de cumplimiento y la aplicación de las sanciones, con sujeción al ordenamiento jurídico del Estado.

Conforme a ello, la regulación tiene un doble objeto: por una parte, establece la regulación del sistema monetario con la finalidad de mantener la estabilidad de precios, como fundamento indispensable del desarrollo económico nacional; y por la otra, la regulación del sistema financiero con el objeto de cuidar el efectivo cumplimiento de las condiciones de liquidez, solvencia y gestión que deben cumplir permanentemente las entidades de intermediación financiera, para procurar el normal funcionamiento del sistema en un entorno de competitividad, eficiencia y libre mercado¹⁸.

De lo anterior se deduce que el marco normativo para llevar a cabo la función de regulación comprende el régimen sobre la constitución, el funcionamiento, la supervisión, la inspección, el control, la vigilancia y la sanción de las entidades que operan en el sector realizando la intermediación financiera, sean estas públicas o privadas¹⁹, y que persigue establecer los principios y disposiciones que permitan la sostenibilidad de la actividad de intermediación financiera por los operadores al garantizar el funcionamiento de un sector sólido, transparente y confiable, que contribuya al desarrollo económico nacional, que proteja los derechos de los consumidores²⁰.

El legislador ha precisado lo que suponen las distintas manifestaciones de intermediación:

- a) La intermediación financiera consiste en la captación habitual de fondos del público, con el objeto de transferirlos a terceros²¹.

10 Artículo 222 de la Constitución.

11 Artículos 50, 51 y 219 de la Constitución.

12 Artículo 219 de la Constitución.

13 Artículos 50.1 y 217 de la Constitución.

14 Artículo 53 de la Constitución.

15 Artículo 223 de la Constitución.

16 Artículo 227 de la Constitución.

17 Ortiz Zamora, L., La potestad reglamentaria del regulador bancario costarricense, *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortíz*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 1299-1377.

18 Artículo 2 de la Ley Monetaria y Financiera.

19 Artículo 34 de la Ley Monetaria y Financiera.

20 Jorge Prats, E., y Victoria Contreras, O., *Derecho de la regulación monetaria y financiera*, 2ª Ed., Ius Novum, Santo Domingo, 2012, pp. 209-294.

21 Artículo 3.a) de la Ley Monetaria y Financiera.



b) La intermediación cambiaria consiste en la compra y venta de divisas -monedas y billetes extranjeros- de manera habitual. Esta actividad se encuentra reservada a las entidades de intermediación y los agentes de cambio²².

Ello así, la actividad de intermediación financiera que realizan las entidades del sector se encuentra sujeta a la Constitución, la Ley Monetaria y Financiera, los reglamentos que expida la Junta Monetaria, así como a los instructivos y circulares de desarrollo y ejecución de tales reglamentos que dicten el Banco Central y la Superintendencia de Bancos, en el ámbito de sus respectivas competencias²³. De forma supletoria se aplicarán las disposiciones generales de la Ley Orgánica de la Administración Pública, la Ley sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo; y en defecto

de estas el Código Civil, el Código de Comercio y las leyes especiales que tengan alguna incidencia en el sector²⁴.

Dicho esto, debe mencionarse que la regulación administrativa de la intermediación financiera se traduce en la supervisión, el control y la verificación del cumplimiento de los requisitos de constitución y promoción, así como una vez en funcionamiento la entidad, mediante la supervisión, la inspección, el control, la vigilancia, la sanción de las infracciones; en situaciones extremas, en las decisiones sobre la regularización, la disolución -que producirá la ocupación de establecimientos y la suspensión de actividades-, la liquidación -administrativa o voluntaria-, aspectos que llevan a determinar cómo incide la regulación en los elementos integrantes de la libertad de empresa, como son el ingreso al mercado, la permanencia y el cese de la actividad de intermediación financiera.

²² Artículos 29 y 30 de la Ley Monetaria y Financiera.

²³ Artículo 1.e) de la Ley Monetaria y Financiera.

²⁴ Ley núm. 479-08, Ley General de sociedades comerciales y empresas individuales de responsabilidad limitada; Ley núm. 189-11, de desarrollo del mercado hipotecario y del fideicomiso; Ley núm. 01-12 orgánica de estrategia nacional de desarrollo 2030; Ley núm. 155-17, contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

2.2.1. Acceso al mercado

El acceso a la actividad de intermediación financiera pasa por obtener una autorización administrativa previa de la Junta Monetaria, para la constitución y promoción, organización e inicio de operaciones de la entidad²⁵, previa opinión de la Superintendencia de Bancos.

Además, se requieren autorizaciones previas para los supuestos de absorción, fusión, conversión de un tipo de entidad en otra, segregación, escisión, venta de acciones, traspasos de la totalidad o parte sustancial de los activos o pasivos, así como de la apertura de oficinas de representación o sucursales de entidades financieras extranjeras en el país, o el establecimiento de sucursales y agencias de entidades locales en el extranjero²⁶.

Sin hacer referencia detallada a las disposiciones sublegales que complementan la aplicación de los artículos citados, se puede apreciar cómo el acceso al mercado tiene un conjunto de condicionamientos y requisitos de carácter técnico-financiero destinados a garantizar que los agentes económicos que aspiran a operar como intermediadores financieros, cuenten con la experiencia, calificación e idoneidad para desempeñarse correctamente, por lo que tales requisitos limitan el acceso a determinadas personas que puedan desenvolverse con suficiente solvencia profesional, que permitan brindar una auténtica garantía que desde el comienzo, como promotores, organizadores, accionistas y directores van a actuar con sujeción a las finalidades establecidas en la ley, para que el sistema sea confiable, transparente y sano.

2.2.2. Permanencia en el mercado

Una vez iniciada la actividad de intermediación financiera por la entidad previamente autorizada para ello, esta deberá durante toda su gestión cumplir las disposiciones de la Ley Monetaria y Financiera, los reglamentos y las resoluciones de la Junta Monetaria, así como las circulares expedidas por la Superintendencia de Bancos, sin que haga falta requerimiento previo.

El ente regulador tiene atribuidas un relevante conjunto de facultades -dentro de los principios de proporcionalidad y razonabilidad- para efectuar la regulación en el mercado financiero, en virtud lo cual debe autorizar, supervisar, fiscalizar, inspeccionar y controlar a los operadores, requerirles la constitución de provisiones para cubrir riesgos, exigir la regularización por los incumplimientos a las normas jurídicas, instruir la corrección de fallas que se detecten en el desarrollo de la actividad de intermediación y la imposición de las sanciones conforme al ordenamiento

jurídico vigente, siempre orientado a garantizar y defender los derechos e intereses del sistema, de los depositantes y del público en general²⁷.

También puede el ente regulador dirigir las instrucciones que juzgue necesarias, a las entidades que operan en el sector, cuando estas hayan incumplido la ley o las demás normas aplicables, en especial, entre otras, las referidas a los niveles de capital mínimo o a reducciones del capital social.

Si la entidad financiera no acoge en el plazo indicado las instrucciones impartidas, el ente regulador podrá exigir la elaboración e implementación de los programas o planes de regularización que fueren necesarios y disponer todas aquellas medidas de carácter preventivo y correctivo, así como la imposición de las sanciones pertinentes, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que sean procedentes.

Únicamente en caso de que estas medidas administrativas no resultasen eficaces, el ente regulador podrá ejercer las atribuciones para proponer a la Junta Monetaria la disolución de la entidad²⁸ y, autorizada esta, le corresponderá adoptar las medidas de ocupación, las de suspensión de derechos y cesación de los órganos de administración de la entidad²⁹ y de no resultar adecuada la disolución, la Superintendencia de Bancos debe solicitar a la Junta Monetaria, que ella proceda a disponer la liquidación administrativa³⁰.

La decisión administrativa que autorice el inicio de la liquidación tiene entre sus efectos, la automática revocación de la autorización de funcionamiento, lo que supondrá la suspensión de operaciones³¹.

2.2.3. Retiro del mercado

Los operadores del sector monetario y financiero pueden cesar en el ejercicio de la actividad de intermediación, de manera forzosa como consecuencia de las decisiones de la Junta Monetaria relacionadas con la disolución o la liquidación administrativa, requiriendo en ambos casos la intervención previa del ente regulador.

Las entidades también pueden cesar la actividad de intermediación financiera y proceder a la liquidación voluntaria de estas, siempre que el ente regulador informe favorablemente a la Junta Monetaria, para que esta autorice tal cese³² y apruebe la liquidación, lo que supondrá la revocación de la autorización³³, debiendo procederse a la liquidación únicamente después de verificar que han cumplido con todas las obligaciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

25 Artículos 3.a), 35.a) y 37 de la Ley Monetaria y Financiera.

26 Artículo 35.a) de la Ley Monetaria y Financiera.

27 Artículo 15 de la Ley Monetaria y Financiera.

28 Artículos 62 y 63.a) de la Ley Monetaria y Financiera.

29 Artículo 63.c) de la Ley Monetaria y Financiera.

30 Artículo 65.c) de la Ley Monetaria y Financiera.

31 Artículo 63.b) de la Ley Monetaria y Financiera.

32 Artículo 35.c) de la Ley Monetaria y Financiera.

33 Artículo 65.b) de la Ley Monetaria y Financiera.

III. LA NATURALEZA DEL TÍTULO HABILITANTE EN EL SECTOR MONETARIO Y FINANCIERO

Los mercados monetarios, financieros y cambiarios se caracterizan por la *ordenatio*, lo que define tanto el contexto en el cual las autoridades administrativas pueden intervenir en los mismos (Estado regulador y garante) como el régimen de títulos habilitantes para el ejercicio de los derechos fundamentales (libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, propiedad privada y derechos de los consumidores del sector).

Cabe destacar que la libertad de empresa y la libre iniciativa privada al ostentar reconocimiento constitucional, como manifestación concreta del supraprincipio general de libertad o de *favor libertatis*, inicialmente puede desarrollarse sin controles, de manera espontánea y encontrando como límites la sujeción a las normas jurídicas, el orden público y la compatibilidad con el interés general.

No obstante, pueden darse supuestos donde el legislador considere pertinente y racional sujetar el ejercicio de estas libertades, al cumplimiento de determinados controles, para realizar ciertas actividades o para el uso y aprovechamiento de determinados bienes públicos. Tales controles en muchos casos son de carácter previo *-ex ante-* y en otros de tipo posterior *-ex post-*, justificándose en ambos supuestos una intervención pública más o menos intensa sobre la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, en el hecho que el ejercicio de estas puede incidir sobre el interés general, que protege la norma que las regula.

Es en este contexto donde cobran relevancia una categoría jurídica denominada títulos habilitantes, que permite agrupar una extraordinaria heterogeneidad de técnicas de intervención para habilitar el inicio de actividades de los particulares y en especial, aquellas que se proyectan sobre el ejercicio de la libertad de empresa³⁴.

Es por ello que se considera que los títulos habilitantes constituyen una técnica jurídica-administrativa de control previo, en virtud de la que se lleva a cabo una actuación administrativa de comprobación o constatación de la satisfacción de los requisitos previstos en la legislación sectorial aplicable a una actividad concreta o al uso y aprovechamiento de un bien público, que permiten que el particular pueda ejercer lícitamente un derecho nuevo o preexistente, que se constituye o reconoce por la respectiva actuación administrativa³⁵, es decir, se trata de verificar previamente la compatibilidad del ejercicio de las libertades económicas con el ordenamiento jurídico y el interés general que tutela la Administración pública³⁶.

3.1. Los títulos habilitantes tradicionales

En los distintos ordenamientos jurídicos se reconocen como títulos administrativos habilitantes las concesiones y las autorizaciones; no obstante, existen casos en que también se hace referencia a las licencias³⁷⁻³⁸ y los permisos³⁹, llegando a constituir estos dos ciertas modalidades de las autorizaciones.

Dado que por razones de espacio no resulta posible extenderse en el análisis de las distintas expresiones y las razones que pueden justificar su empleo en cada ordenamiento jurídico, se circunscribirá la presente explicación dentro de los títulos habilitantes tradicionales que tienen mayor relevancia para la libertad de empresa, a la autorización previa.

Con motivo de la despublicación, de la liberación de la economía, de las nuevas regulaciones se ha revalorizado la autorización, que ha venido a sustituir de manera silenciosa y progresiva a la concesión, todo ello producto de la transformación del modelo de Estado prestacional, que no puede sustentarse en los paradigmas históricos, sino en los nuevos surgidos de la regulación que impera en el Estado de garantía de prestaciones.

3.1.1. La autorización como título administrativo habilitante

La autorización es una técnica de intervención administrativa que era ejecutaba originalmente en ejercicio de la función de policía y actualmente en ejercicio de la función de regulación económica, mediante la cual se puede efectuar un control preventivo de la legalidad u oportunidad y conveniencia del ejercicio de los derechos y libertades que tienen las personas⁴⁰, para realizar actividades económicas, en tanto sean compatibles con el ejercicio de los derechos y libertades de otras personas, de la satisfacción del interés general o del uso y aprovechamiento de manera especial de bienes públicos⁴¹.

Esta técnica de intervención previa en que consiste la autorización no ha estado exenta de polémica entre quienes han considerado que la Administración pública al expedir el acto administrativo removía los obstáculos que afectaban el ejercicio de un derecho preexistente a sus titulares y quienes han considerado que es una técnica de habilitación del ejercicio de una actividad determinada o del uso de un bien de manera especial, que se encontraba sujeto a una prohibición relativa de actuación o uso por los particulares, mientras no contasen con la resolución favorable de la Administración pública⁴².

Al debate sobre la funcionalidad de la técnica de intervención previa, se agrega el hecho que el vocablo autorización desde el punto de vista jurídico no resulta de clara precisión, porque no

34 ARAUJO-JUÁREZ, J., Los títulos habilitantes de telecomunicaciones, *Revista Tachirensis de Derecho* N° 20, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 2009, p. 180.

35 Araujo-Juárez, J., Ob. cit., pp. 180-181.

36 Araujo-Juárez, J., Ob. cit., p. 182.

37 GIANNINI, M. S., *Diritto Amministrativo*, Vol. 2, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 1043-1051.

38 ARROYO JIMÉNEZ, L., *Libertad de empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 393-397.

39 VILLAR PALASÍ, J. L., *La intervención administrativa en la industria*, IEP, Madrid, 1964, p. 303.

40 LAGUNA DE PAZ, J. C., *La autorización administrativa*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 52.

41 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., La regulación de los bienes necesarios para la satisfacción del interés general, *Revista Brasileira de Infraestrutura (RDINF)* N° 5, Editora Fórum, Belo Horizonte, Brasil, 2014, pp. 13-40.

42 MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio Público y Mercado I., Los Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1997, p. 310.

existe un concepto único o universal que comprenda todos los posibles tipos de autorizaciones, que han conducido a que tanto a nivel legislativo, doctrinal e incluso jurisprudencial se haya efectuado una utilización semántica diversa y de allí que no sea infrecuente el uso de los términos autorización, licencia o permiso, para referirse a una técnica de intervención a la que se le hacen sutiles matices, para justificar esta distinción en el empleo del vocablo jurídico.

Parece que no faltan razones para ello, porque la autorización presenta distintas manifestaciones, conforme a las directrices establecidas en el ordenamiento jurídico para cada una de las actividades económicas en que se requieran. Es así como se han podido precisar las siguientes modalidades⁴³:

a) Las autorizaciones en relación con su incidencia en el ejercicio de la libertad

Las autorizaciones simples o negativas⁴⁴ consisten en la técnica de intervención de la autoridad competente, que mediante actos administrativos inicialmente declara la remoción o el levantamiento de los obstáculos para el ejercicio de un derecho, habilitando la realización de una actividad concreta o el uso y aprovechamiento de un bien público e incluso llegando a establecer los límites que permiten aquella o este, siendo que una vez realizada la actividad o efectuada la utilización del bien, se extinguen los efectos de dicha habilitación.

Las autorizaciones operativas⁴⁵ o positivas⁴⁶ constituyen una expresión de la técnica de control previo que realiza la autoridad competente, respecto a la actividad que pretenden realizar los particulares o al uso y aprovechamiento de un bien público, que se materializa mediante la expedición de actos administrativos que habilitan el desarrollo de la actividad o el uso del bien de forma prolongada, pero condicionada a que se cumplan las disposiciones jurídicas que la regulan y estas quedan sometidas a la estricta supervisión, vigilancia y control posterior de la autoridad competente⁴⁷.

b) Las autorizaciones en relación con las potestades de la autoridad competente

Las autorizaciones se consideran regladas en aquellos casos en que la autoridad competente interviene para realizar el control previo y circunscribe su actuación a verificar que la solicitud es conforme o cumple los criterios jurídicos objetivos –tasados o integrados por términos legales indeterminados⁴⁸- y genéricos contemplados en el ordenamiento jurídico aplicable y una vez constatados ellos, tiene el deber de proceder a su otorgamiento.

Las autorizaciones serán discrecionales en aquellos casos en que la autoridad administrativa tiene la posibilidad de evaluar o valorar con cierta amplitud, las circunstancias concretas y dentro de los límites jurídicos preestablecidos, apreciar y determinar la oportunidad o conveniencia del otorgamiento o no de las mismas, en virtud del interés general presente.

c) Las autorizaciones en relación con sus efectos temporales

Las autorizaciones de operación consisten en la instrumentación de la técnica de intervención para realizar el control previo, a fin de que la autoridad competente expida un acto administrativo que habilite la realización de una actividad o el uso y aprovechamiento de un bien de una manera puntual y concreta. Una vez cumplido el objeto de la autorización, esta se agota quedando disuelta la relación surgida entre la autoridad y el destinatario de esa habilitación determinada, sin perjuicio que los efectos derivados de ella se puedan prolongar de forma permanente en el tiempo.

Las autorizaciones de funcionamiento implican la ejecución de la técnica de intervención que realiza la autoridad competente, para habilitar el ejercicio de una actividad o el uso y aprovechamiento de un bien de modo temporalmente indeterminado, lo que conduce a la instauración de una relación jurídica continua, sucesiva e interactiva, entre aquella autoridad y el destinatario del acto, para asegurar que lo que ha sido autorizado permanezca realizándose en el tiempo conforme al interés general, pues este puede irse modificando con el transcurrir de aquel.

d) Las autorizaciones en relación con las razones que justifican su otorgamiento

Las autorizaciones personales suponen el empleo de la técnica de intervención previa por la autoridad competente para constatar las cualidades individuales de la persona que requiere la autorización y una vez valoradas según las exigencias del ordenamiento jurídico, se procede a la expedición de aquellos actos administrativos, que conducen a otorgar la habilitación con exclusión de otras personas, que no llenan los mismos requisitos o condiciones.

Las autorizaciones reales implican una intervención previa de la autoridad competente con la finalidad de expedir aquellos actos administrativos, que van antecedidos de la constatación de los criterios establecidos respecto del objeto sobre el cual va a recaer la ejecución de la actividad que otorga la habilitación, a cualquiera que la requiera, sin que se encuentre condiciona-

43 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y Fernández Rodríguez, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, 9ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 139-140.

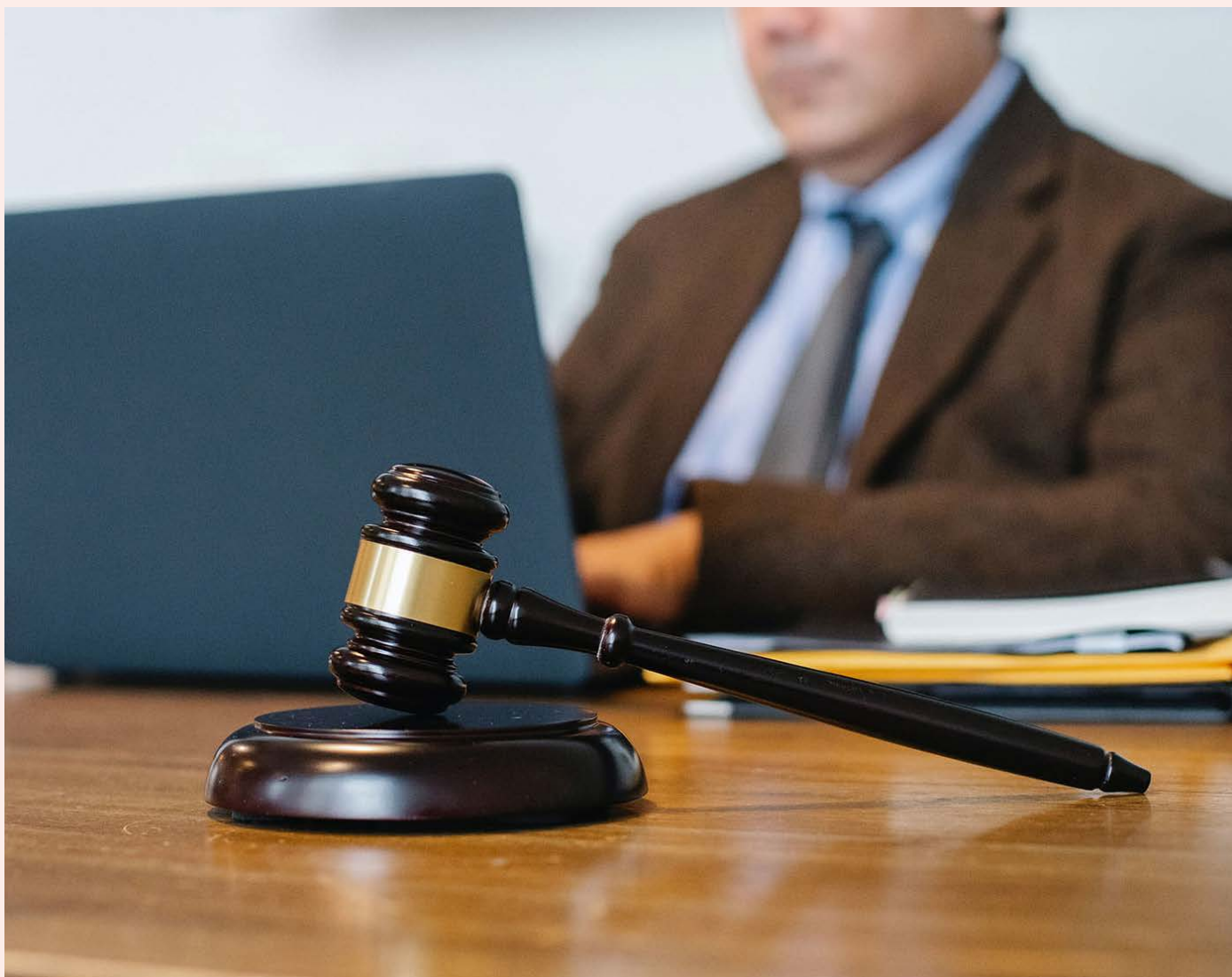
44 García-Trevijano Fos, J. A., *Autorizaciones y concesiones en el dominio marítimo*, *Revista Española de Derecho Marítimo* N° 3, Madrid, 1963, pp. 281-282.

45 Se expresa en contra de las autorizaciones operativas y por tanto les resta relevancia a las denominadas autorizaciones simples, Laguna de Paz, J. C., *Voz "Autorización administrativa"*, (Muñoz Machado, S.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, tomo I, Lustel, Madrid, 2005, pp. 278-279; y del mismo autor, *La autorización administrativa*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, pp. 60-61, 65-66.

46 García-Trevijano Fos, J. A., *Ob. cit.*, pp. 280-281.

47 MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio Público y Mercado I.*, *Los Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1997, p. 310.

48 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., *Estudio jurisprudencial de las nulidades, potestades de la Administración y poderes del juez en el Derecho Administrativo (1930-2011)*, 2.ª ed., FUNEDA, Caracas, 2013, pp. 90-92.



do a cumplir una circunstancia subjetiva especial para su otorgamiento.

Las autorizaciones mixtas son aquellas que se presentan en los supuestos que el control para la expedición de los actos administrativos, combinan la verificación de los criterios personales y las reales⁴⁹.

3.1.2. Las características comunes de las distintas manifestaciones de las autorizaciones

En la doctrina científica se destaca, que sin desconocer la amplia gama de manifestaciones, la consideración de la autorización como categoría jurídica unitaria, conduce a advertir un grupo de reglas propias, que ayudan a i

- a) La autoridad administrativa competente lleva a cabo el control *ex ante* del ejercicio de las actividades económicas privadas, lo que se traduce en una técnica de intervención de policía fiscalizadora -en función de regulación- de la legalidad o de la oportunidad y conveniencia del desarrollo de la actividad.
- b) La justificación de la existencia de este control *ex ante* se pone de manifiesto, para proteger el interés general del que es vicaria la autoridad administrativa competente.
- c) El particular que pretende la autorización tiene un derecho preexistente al ejercicio de la libre iniciativa a realizar la actividad económica o al uso y aprovechamiento del bien público, siempre que se haga de manera compatible

49 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, 9ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 146.

con el interés general y por ende conforme al ordenamiento jurídico.

- d) La autorización es un acto que declara la posibilidad de ejercicio del derecho o la libertad -pero no lo otorga por ser preexistente-, atribuyendo a su destinatario la titularidad de una situación jurídica protegida, que se encuentra sujeta a modificaciones, cuando existan razones de interés general que así lo exijan.

En razón de lo anterior, cabe abordar estos breves comentarios sobre la autorización como título administrativo habilitante, relacionándola con la libertad de empresa.

3.1.3. Reflexiones sobre la relevancia de la autorización para el ejercicio de la libertad de empresa en el Estado de garantía de prestaciones

Hay que reconocer que el ejercicio de la libertad de empresa puede ser condicionada a través de la ley, a la previa obtención de una autorización, que sin duda constituye una restricción a la libertad de ingreso y eventual permanencia en el mercado, por lo que la intervención del ente regulador debe ser proporcional, racional y lo estrictamente necesaria, conforme a los estándares de restricción de libertades aceptables en una sociedad democrática⁵⁰.

Esta técnica de intervención en el contexto de la función de regulación que despliega el Estado, se expresa a través de un acto administrativo unilateral, mediante el cual la autoridad competente reconoce la legalidad o la oportunidad y conveniencia para habilitar el ejercicio de un derecho o libertad a su destinatario, quien podrá realizar una determinada actividad o efectuar el uso y aprovechamiento de un bien público, en la medida que ello sea compatible con el interés general.

Aun cuando es aceptado por un sector de la doctrina científica de manera pacífica la característica de la unilateralidad de la autorización, en la realidad la misma se ha ido diluyendo o borrando, puesto que cada vez adquiere un mayor contenido "bilateral", mediante la introducción de cláusulas más propias de los contratos de concesión, pues también se reconocen expresamente derechos, se imponen obligaciones concretas y se determinan las condiciones de actuación de la Administración pública^{51,52}.

Lo señalado lleva a reflexionar a la doctrina científica sobre si la autorización sigue siendo un acto administrativo de contenido declarativo o se aproxima más a uno de contenido constitutivo.

En este sentido se observa que la autorización que originalmente surge como un acto administrativo unilateral⁵³, de carácter

ter declarativo, ha llegado a considerarse que también puede manifestarse mediante la expresión contractual⁵⁴, -aunque esto último es controvertido⁵⁵-, de carácter constitutivo o traslativo, no obstante, se debe analizar en cada caso el ordenamiento jurídico, para apreciar los matices que puede ofrecer esta distinción.

En efecto, se encuentra que entre quienes aprecian una presencia más bilateral de la autorización, también se inclinan por otorgarle naturaleza constitutiva, que reconoce el ejercicio de las libertades económicas, lo que lleva a considerar la creación de una posición jurídica que debe sujetarse a lo dispuesto en las leyes y reglamentos que regulan la actividad, a los títulos administrativos habilitantes e incluso a las modificaciones que estos puedan experimentar por razones de interés general⁵⁶.

Mientras, quienes se inclinan por el carácter unilateral de la autorización se pronuncian por su naturaleza declarativa en el entendido que el derecho o la libertad que se va a ejercer a partir de su expedición no surge, ni es constituido por ella, pues este preexiste, es anterior, pero se encuentra condicionado a su expresa habilitación administrativa.

Es así como la autorización se limita a declarar que la autoridad administrativa ha verificado que el derecho o libertad que integra la esfera jurídica subjetiva de una persona puede ser ejercido, por ser conforme al ordenamiento jurídico y compatible con el interés general que debe ser satisfecho mediante la realización de tal actividad o el uso y aprovechamiento del bien.

La autorización pone fin así a la prohibición de ejercer el derecho o libertad, garantizando plenamente su ejercicio o disfrute en tanto se cumpla con el ordenamiento jurídico. Considera la doctrina científica que la autorización, más que remover o suprimir una prohibición, le pone fin a esta, que nunca ha perseguido negar u obstaculizar la existencia de tal derecho o libertad, sino de garantizar que este no se ejerza sin la previa constatación de la autoridad competente de que se cumple con el ordenamiento jurídico, o dicho de otra manera, que se ejerce una potestad de control previo para asegurarse que el derecho o libertad se materialice con estricto apego al derecho y que además se ejerza satisfaciendo el bien común⁵⁷.

Es así como se aprecia que constituyendo la técnica de la autorización una expresión de la inmersión pública en el ámbito de las actividades privadas, ella no es contraria a la libertad de empresa, pues lo que persigue es garantizar que su ejercicio se lleve a cabo de manera ordenada por los particulares, es decir, que la libertad se ejerza conforme al ordenamiento jurídico, de manera responsable y compatible con el interés general.

50 Artículos 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

51 MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio Público y Mercado I, Los Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1997, p. 310-311.

52 LÓPEZ PELLICER, J. A., El servicio público y la habilitación de actividades prestaciones de interés general a particulares, *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, p. 2036.

53 ROMANO, S., *Corso di Diritto Amministrativo. Principi Generali*, 3.ª ed. revisada, Cedam, Padova, 1937, p. 240.

54 MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 1212-1213.

55 LAGUNA DE PAZ, J. C., Ob. cit., pp. 53-54.

56 LÓPEZ PELLICER, J. A., Ob. cit., p. 2036.

57 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., *La regulación económica en España, el nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 237-238.

3.1.4. La extinción de la autorización que habilita el ejercicio de la libertad de empresa

En el ámbito de los mercados monetarios, financieros y cambiarios la autorización que habilita el ejercicio de la libertad de empresa y por ende de la libre iniciativa privada y la libre competencia, no se encuentra sujeta a un plazo fatal para su extinción, siendo de duración ilimitada⁵⁸, por lo que desde el punto de vista temporal no existe una posibilidad de que pierda vigencia.

No obstante, con fundamento en los principios del paralelismo de las competencias, del paralelismo de las formas y del paralelismo de los procedimientos, la autoridad administrativa que otorgó la autorización, es decir, la Junta Monetaria tiene competencia para efectuar la revocación⁵⁹, cuando concurren algunos de los supuestos legales para ello. El acto jurídico para revocar la resolución de autorización de funcionamiento será otra resolución en sentido contrario a aquella, que al afectar derechos adquiridos deberá estar debida y suficientemente motivada⁶⁰; y el debido procedimiento administrativo para la expedición de la revocación será el contemplado en cada caso en la Ley núm. 183-02.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Se debe concluir destacando que una oportunidad de lograr una buena y mejor regulación la plantea la reciente entrada en vigor Ley de mejora regulatoria y simplificación de trámites⁶¹, que complementa a la Ley sobre derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de procedimiento administrativo, la cual es supletoria de la Ley Monetaria y Financiera.

Toda la actividad que en ejercicio de la función de regulación despliegan las autoridades administrativas, que regulan los mercados monetarios, financieros y cambiarios debe llevarse a cabo con sujeción al ordenamiento jurídico del Estado y se encuentra sometida al control de juridicidad que realiza el orden jurisdiccional administrativo.

En concreto, tanto la expedición como la revocación de los títulos habilitantes de autorización para realizar la actividad económica de intermediación financiera, se encuentran sujetos al control de juridicidad del Tribunal Superior Administrativo, que constitucionalmente es el competente para garantizar la tutela judicial efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

ARAUJO-JUÁREZ, J., Los títulos habilitantes de telecomunicaciones, *Revista Tachirense de Derecho*, núm. 20, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 2009.

ARROYO JIMÉNEZ, L., *Libertad de empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y Fernández Rodríguez, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, 9.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

58 Artículo 35.c) de la Ley Monetaria y Financiera.

59 Artículos 12.14 y 55 de la Ley núm. 247-12, orgánica de Administración Pública.

60 Artículo 9, párrafo II de la Ley núm. 107-13.

61 Ley núm. 167-21, de mejora regulatoria y simplificación de trámites administrativos.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., Autorizaciones y concesiones en el dominio marítimo, *Revista Española de Derecho Marítimo* N° 3, Madrid, 1963.

GIANNINI, M. S., *Diritto Amministrativo*, Vol. 2, Giuffrè, Milano, 1988.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., "La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones". *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortíz*, La Ley, Madrid, 2011.

— *Estudio jurisprudencial de las nulidades, potestades de la Administración y poderes del juez en el Derecho Administrativo (1930-2011)*, 2ª ed., FUNEDA, Caracas, 2013.

— "La regulación de los bienes necesarios para la satisfacción del interés general", *Revista Brasileira de Infraestrutura (RDINF)* N° 5, Editora Fórum, Belo Horizonte, Brasil, 2014.

— "Economía social de mercado en el Estado de garantía de prestaciones", en *El Derecho Administrativo en perspectiva. Homenaje al profesor Dr. José Luis Meilán Gil*, Tomo I, Ed. RAP, Buenos Aires, 2014.

JORGE PRATS, E., y VICTORIA CONTRERAS, O., *Derecho de la regulación monetaria y financiera*, 2.ª Ed., Ius Novum, Santo Domingo, 2012.

LAGUNA DE PAZ, J. C., Voz "Autorización administrativa", (Muñoz Machado, S.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, tomo I, Iustel, Madrid, 2005.

— *La autorización administrativa*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006.

LÓPEZ PELLICER, J. A., El servicio público y la habilitación de actividades prestacionales de interés general a particulares, *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2000.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., La regulación económica en España, *El Nuevo Servicio Público*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio Público y Mercado I., Los Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1997.

— *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

REPÚBLICA DOMINICANA. Ley núm. 183-02, Monetaria y Financiera.

— Ley núm. 479-08, Ley General de Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada.

— Ley núm. 189-11, de Desarrollo del Mercado Hipotecario y del Fideicomiso.

— Ley núm. 01-12 Orgánica de Estrategia Nacional de Desarrollo 2030.

— Ley núm. 107-13, sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo.

— Ley núm. 155-17, contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

RESICO, M. F., *Introducción a la Economía Social de Mercado*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2010.

ROMANO, S., *Corso di Diritto Amministrativo. Principi Generali*, 3ª ed. revisada, Cedam, Padova, 1937.

VILLAR PALASÍ, J. L., *La intervención administrativa en la industria*, IEP, Madrid, 1964.

María Fernanda Sansur Báez

Abogada en la Superintendencia de Bancos de la República Dominicana, egresada de UNIBE, maestría en Derecho Bancario y Financiero en Queen Mary University of London, Reino Unido.
msansur@sb.gob.do



LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ACTIVIDAD BANCARIA: BREVE EXPLICACIÓN

RESUMEN:

Este artículo presenta al Estado en su rol actual de garante de la actividad bancaria; plantea a grandes rasgos la justificación de la intervención del Estado en general, y finalmente resume la justificación de esta intervención en el sector bancario.

PALABRAS CLAVES:

Administración pública, actividad bancaria, intervención, regulación, supervisión, riesgos, estabilidad financiera, mercado, servicio público, interés general, República Dominicana.

Me atrevería a afirmar que casi todo el lector –si no todos– a la fecha de esta publicación es un usuario activo del sistema bancario. En su quehacer cotidiano hay una interacción prácticamente natural con los bancos autorizados por la Administración y no es sino hasta el momento en que hacen conciencia de sus deberes, derechos, riesgos asumidos y alternativas financieras descentralizadas que el usuario ha empezado a preguntarse por qué el Estado interviene activamente en este mercado. Tal vez, por el contrario, no ha llegado a este punto de conciencia porque simplemente lo ha asumido como parte de una realidad previa a su condición de usuario, quizás conoce los motivos y la importancia de esta participación y la ha perdido de vista, como puede que también el lector esté perfectamente consciente de todo esto y comparta este contenido.

En cualquiera de estos escenarios, vale la pena recordarse la importancia de la banca en la economía y la traducción que tiene esto en la regulación u ordenación de la actividad bancaria, porque –reitero– todos o casi todos somos o hemos sido usuarios de este sistema, y todos o casi todos queremos –con o sin conciencia de ello– que el sistema sea estable y nos proporcione confianza sobre los fondos que circulan en este y que mantienen circulando la economía.

1. EL ESTADO GARANTE

Guiada por el genuino ánimo de recordar y enfocar junto con el lector los motivos por los cuales existe hoy día una regulación que pone en manos del Estado múltiples actividades y sectores económicos y no económicos de nuestra sociedad –y en particular el financiero–, así como su importancia, este artículo no hará un recuento histórico *in extenso* del nacimiento de esta intervención, por cuestiones de espacio. A pesar de ello, debe reconocerse el valor que supone la historia en la formación del estado actual de las cosas, en el cual tomamos conocimiento de conceptos como ‘servicios públicos’ y ‘Estado garante’ y de aprendizajes que reafirman la naturalidad y la necesidad de la intervención.

i. La garantía del interés general a través de un administrador imparcial

Al pensar en los denominados servicios públicos y su naturaleza, se aprecia que su existencia, pese a la falta de conciencia de su noción, se remonta a un pasado muy de antaño que dificulta la afirmación con certeza de su punto de partida. No obstante, en la historia y en los libros se aprecian los bosquejos de su formalización, al indicar que “desde el siglo XIII se ha podido constatar la



existencia de infraestructuras y edificios públicos (molinos, puentes, etc.) resultado del feudalismo, o ya de la aparición de sistemas colectivos (las villas francas)¹ y no es “hasta 1635 que el término mismo de servicio público aparece expresamente por la primera vez, dentro de un edicto que organiza los derechos de circulación por agua y tierra (a la vez los transportes públicos y el correo) en todo el reino”².

Autores como Esteve Pardo se han dado a la tarea de ubicar los inicios de las manifestaciones de estos servicios, y resaltan que su noción “se desarrolla en el ámbito municipal, al filo del proceso de formación y crecimiento de amplias comunidades urbanas (...) momento de tránsito de una sociedad rural, que permitía el autoabastecimiento de las pequeñas poblaciones”³. Sin la posibilidad de autoabastecimiento, se inician las necesidades de que alguien, movilizado por interés de satisfacer el interés de la sociedad y no intereses estrictamente personales, las garantice. Es decir, que solo

pueden ser garantizadas para todos si quien lo garantiza es un administrador imparcial entre particulares.

ii. *El Estado social como objetivo de la Administración*

Los servicios públicos o, si se quiere, ‘servicios de interés general’ –para quienes este concepto incluye servicios económicos y no económicos⁴– se correlacionan con el surgimiento de la Administración pública, la cual ha pasado por distintas fases desde su concepción hasta su expresión actual. A partir de esta se concibe a la Administración reguladora en el modelo de Estado garante “orientado no a la realización directa de toda una serie de actividades y servicios de interés público, sino a garantizar que esas actividades y servicios se prestan aunque sea por sujetos privados, no conectados a la organización administrativa”⁵. Estas actividades y servicios de interés público, que no hacen más que aludir al papel protagonista de la sociedad en el quehacer estatal, anidan desde ya la

1 ARAUJO-JUÁREZ, José. *Derecho administrativo general. Servicio público*: Caracas, Ediciones Paredes, 2010.

2 Ídem.

3 ESTEVE, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*, 3.ª ed.: Madrid, Marcial Pons, 2013.

4 MUÑOZ, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, 4.ª ed.: Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.

5 Ídem.

razón de ser de la Administración, como resultado a la vez de la evolución de los servicios públicos que actúan frente a la demanda de su prestación.

Este espíritu garantista pro sociedad es precisamente el que se encuentra en el ordenamiento jurídico dominicano. Así, nuestra Constitución instauro la República, además de como un ‘Estado democrático de derecho’, como un ‘Estado social’⁶. Ello “implica sobre todo la garantía de los derechos sociales y la referencia social de todos los derechos fundamentales [...] en el cual los individuos participan no sólo pasivamente como beneficiarios de bienes y servicios sino que, principalmente deben cumplir un rol activo en la formulación de la voluntad general del Estado y en las políticas sociales y prestacionales del mismo...”⁷.

Por su parte, el objetivo de la Administración pública en nuestra jurisdicción se ha visto correctamente orientado a la satisfacción del interés general y las necesidades de sus beneficiarios, lo cual se perfila sobre condiciones derivadas de la dignidad del ser humano⁸. Es decir, la evolución misma de la sociedad y su bienestar, tanto colectivo como el de sus particulares, han promovido el surgimiento de una Administración que actúe por y para estos, lo cual, con la creación y mutación de múltiples mercados que tratan intereses públicos, ha requerido la ordenación por parte de este gran brazo ejecutor y garante de la colectividad. De ahí que hoy día se hable del intervencionismo estatal en distintas formas y medidas en múltiples aspectos de la vida de todo particular. Pero ¿entendemos verdaderamente por qué se justifica y se mantiene esta intervención?

2. LA JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN EN GENERAL

i. Intervención en caso de peligro o riesgo para la sociedad

Cuando pensamos en la legitimación concreta del Estado resulta ineludible su comprensión actual basada “ya no por su poder de mando en relación de los ciudadanos (la *puissance publique*) sino, en cambio, por su estar al servicio de los ciudadanos (justamente el *service public*) [...] usuario de servicios [...] y como tal beneficiario de la acción del Estado...”⁹. Es lógico que para analizar su pertinencia y necesidad actual deban brevemente tenerse en consideración las funciones que ejerce verdaderamente la Administración. Para ello se parte de la aceptabilidad de la denominada ‘tripartición’ en la cual confluye la ‘actividad de policía’ (orden público vs. actividad privada), ‘actividad de servicio público’ (necesidades públicas) y la ‘actividad de fomento’ (actividades privadas para la satisfacción de necesidades de utilidad general)¹⁰.

Se ha mencionado anteriormente que en un Estado garante este no necesariamente interviene para la realización o prestación directa de actividades y servicios, sino también para garantizar aquellos que tienen lugar fuera del seno de la Administración. La pregunta concreta sería, entonces, avanzado al enfoque de interés de la intervención en distintos mercados de la economía, ¿por qué el Estado ha de intervenir en un mercado que parece operar con fluidez entre particulares? O más bien, ¿por qué ha de entenderse que algunas actividades que componen un interés general han de ser ordenadas por una Administración pública?

La respuesta no es única ni absoluta, pero la lógica que ha empleado la doctrina para reflejarla resulta precisa. Esta explica que los distintos fenómenos sociales justifican la intervención en la medida en que este —el fenómeno social— pueda englobar peligro o un riesgo “para la sociedad o para una categoría social, gremial, etc., en concreto”¹¹. Añade, además, que la finalidad de lo anterior reposa en el logro de “un orden justo y duradero”¹², para lo cual debe ejecutarse “un reparto equitativo de la libertad entre los individuos y el Estado”¹³. La amplitud de su alcance lo moldea “el logro del bien común”¹⁴, lo que explica la variedad de ámbitos de intervención, modalidades y técnicas.

ii. Ordenación de mercado frente a su incapacidad de asegurarse condiciones óptimas

Otros motivos para la intervención en general del Estado son “complementar, sustituir o corregir al mercado” [...] poner en juego la garantía pública de la actividad, cuando el mercado resulte incapaz de prestarla en condiciones aceptables [...] prevenir daños, asegurar que la actividad económica internaliza los costes que genera y garantizar una utilización racional de los bienes comunes [...] garantizar derechos de contenido social, asegurar prestaciones esenciales o promover actividades de interés general [...] asegurar el funcionamiento competitivo del mercado, así como la protección de los consumidores”¹⁵.

Como bien destaca el profesor Laguna de Paz, incluso en sectores donde existe autorregulación la Administración pública tiene un rol preponderante, pues “solo los poderes públicos reúnen las condiciones de objetividad e independencia necesarias para establecer una regulación comprensiva, que satisfaga el interés general, en todas sus dimensiones”¹⁶. Esto necesariamente retrotrae al inicio, cuando la Administración surge para garantizar a título imparcial un conjunto de intereses, pues, como vemos, se entiende que un particular o persona jurídica privada sería incapaz de velar

6 Constitución de la República Dominicana, G. O. núm. 10805, 2015, artículo 7.

7 JORGE, Eduardo. *Constitución comentada*, 4.ª ed.: Santo Domingo, Fundación Institucionalidad y Justicia, 2015.

8 Ley núm. 247-12, de la Administración Pública, G. O. núm. 10691, 2012, artículo 5.

9 SORACE, Domenico. *Estado y servicios públicos. La perspectiva europea*: Perú, Palestra Editores, 2006.

10 SANTAMARÍA, Alfonso. *Principios de derecho administrativo general II*, 3.ª ed.: España, Iustel, 2015.

11 ARAUJO-JUÁREZ, José, *loc. cit.*

12 Ídem.

13 Ídem.

14 Ídem.

15 LAGUNA, José. *Derecho administrativo económico*: España, Thomson Reuters, 2016.

16 Ídem.



por todo un mercado o toda una sociedad más allá de sus propios beneficios e intereses.

Una persona movida por su propio interés dejaría probablemente de satisfacer el interés general. Por esto y para controlarlo, la intervención de un organismo imparcial con la capacidad de garantizar intereses en condiciones de igualdad entra en contexto para la armonía de los mercados, cuyos participantes por sí solos no podrían generar las condiciones ideales para sus consumidores y el mercado mismo.

Y es que la intervención, incluso en su formato de regulación, controla y mantiene “dentro de unos límites tolerables el potencial destructivo de la civilización moderna”¹⁷. Así, incluso en las economías de mercado, la intervención del Estado se orienta al logro de “la universalidad, calidad y continuidad del servicio, la asequibilidad del precio y los derechos de los consumidores”¹⁸, por lo que la regulación “simplemente, establece garantías frente a los posibles fallos del mercado”¹⁹.

Al hablar de manera más directa de la ‘ordenación pública de la economía’, se vislumbra su génesis atada a los inicios de la organización política²⁰. Es interesante la afirmación doctrinal de que

el mercado no existiría sin la organización política, bajo la lógica de que las reglas a seguir para su operatividad son las que le mantienen con vida. Lo que se asegura sobre este criterio es que “sólo el mercado organizado es verdadero mercado [...] pero si el mercado no estuviera regulado [...] no subsistiría”.

Ahora bien, es lógico que algunos mercados tengan más aspectos por organizar, más tecnicismos a tener en cuenta, más riesgos que prevenir, más intereses en juego y más impacto en la economía general. Ahí, donde confluyen estos elementos, debemos presumir que habrá una actividad más activa de la regulación y de la supervisión ejercida por la Administración que tienda a controlar y mantener esta actividad de mercado dentro de unos límites lo suficientemente capaces de controlar, prevenir y mitigar riesgos que son directamente proporcionales a la inestabilidad social. Para nadie será un secreto que el sector bancario es uno de esos terrenos donde ocurre esta particularidad, y con sobrados motivos.

3. LA JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN EN EL SECTOR BANCARIO

i. Roles y características de los bancos

17 Ídem.

18 Ídem.

19 Ídem.

20 COSCULLUELA, L. y LÓPEZ, M. *Derecho público económico*, 4.ª ed.: Madrid, Iustel, 2011.

Si cada banco hiciera lo que le fuese más conveniente desde un punto de vista estrictamente de negocio o de maximización de beneficios, como lo hacen otros negocios —por ejemplo, una tienda por departamentos—, probablemente existiría un caos en la economía. Tendríamos bancos insalvables, abusos contra los usuarios y amenazas a sus finanzas, pérdida de depósitos, monopolios de entidades, operaciones antiéticas, entre otras consecuencias ineludibles.

Esto resulta crítico, puesto que desde el surgimiento y evolución de la actividad bancaria desde civilizaciones remotas se ha podido identificar el rol neurálgico que estas entidades han desempeñado y actualmente ejecutan en la sociedad. Esta —la sociedad— “se beneficia cuando el sistema bancario opera de manera eficiente y los prestatarios y depositantes son capaces de lograr sus objetivos”²¹. Esto se debe a que “el acceso al crédito y las finanzas es crucial para el desarrollo industrial, suavizando el consumo, apoyando la compra de viviendas, comercio internacional y crecimiento económico”²². Se habla, pues, de una especialidad notoria que caracteriza a los bancos y los destaca de las demás entidades financieras y no financieras que operan hoy día.

No es un secreto ni un hecho novedoso que las instituciones financieras en general poseen características distintivas y especiales que las diferencian de otro tipo de instituciones o estructuras empresariales. Amplio material analítico ya ha encerrado este tema, destacando su funcionamiento a través de un ‘sistema de reserva fraccionaria’, así como su fragilidad por las transformaciones y desajustes que en él se dan, y su interconexión, poniendo en un lugar una variedad de canales a través de los cuales un contagio puede propagarse en caso de *shocks* negativos, tales como los sistemas de pago, mecanismos de información, psicológicos, interbancarios y entre instrumentos²³.

Además, los bancos trabajan con dinero ajeno; ejecutan funciones críticas como, entre otras, otorgar préstamos, las cuales se considera que tienen un impacto en la economía real, además de estar altamente apalancados²⁴. Por lo tanto, los bancos inciden en la estabilidad financiera, encierran un alto interés público²⁵ y son extremadamente vulnerables a las pérdidas de confianza, al pánico y las corridas bancarias.

En fin, se trata de una actividad que tiene atados a sí factores inherentes de riesgo que pueden verse evidenciados en los tan nombrados principios de Basilea. Estos incluyen riesgos de cré-

dito, de liquidez y el temido riesgo sistémico. Además, “la asimetría de información y el grado de interconectividad asociado con algunas partes del sistema financiero merece tal intervención”²⁶. A diferencia de otros sectores, en el bancario el contagio de la crisis en una entidad ocasiona un efecto más rápido e impactante, que puede alcanzar más allá del sector hasta llegar al sistema financiero en general²⁷.

ii. Objetivos de la regulación y supervisión bancaria: funcionamiento y estabilidad

El contenido de la obra de Goddard y Wilson es una de las formas más atinadas y precisas de explicar cómo entre las funciones fundamentales que desempeñan los bancos y, sin embargo, su vulnerabilidad, la regulación y la supervisión “tiene como objetivo proteger a los bancos individuales y al sistema financiero en su conjunto, de la posibilidad de colapso [...] un banco mal administrado amenaza la viabilidad de otros bancos, la estabilidad del sistema financiero y la salud de la economía”²⁸. Por lo tanto, no es coincidencia ver que el foco de la regulación existente, sus principios y la actividad supervisora del cumplimiento que le subsigue y acompaña, gira precisamente en torno a ejes claves de la actividad bancaria que ameritan control, con miras a mantener su micro- y macroestabilidad, desde un enfoque basado en riesgos²⁹.

Hoy día se norman y supervisan aspectos prudenciales y conductuales de la actividad de intermediación financiera. En la República Dominicana esto se lleva a cabo con el objetivo positivado de “velar por el cumplimiento de las condiciones de liquidez, solvencia y gestión que deben cumplir en todo momento las entidades de intermediación financiera de conformidad con lo establecido en esta Ley, para procurar el normal funcionamiento del sistema en un entorno de competitividad, eficiencia y libre mercado”³⁰. Sobre esto, Jorge y Victoria puntualizan el enfoque de la regulación en la ordenación de las entidades de intermediación financiera.

Los autores Eduardo Jorge Prats y Omar Victoria concuerdan en que la regulación tiene lugar debido a la captación de fondos del público que llevan a cabo los bancos y su cesión a terceros, y esto “tanto por el efecto que la actividad de intermediación financiera ejerce sobre el resto de los agentes económicos, como por su impacto directo en los ahorros de las personas y en el sistema de pagos de manera general”³¹.

21 GODDARD, J., y WILSON, J. *Banking. A very short introduction*: Reino Unido, Oxford University Press, 2016. Traducción propia.

22 JE, Yoon. *The Role of State Intervention in the Financial Sector: Crisis Prevention, Containment, and Resolution*: Tokyo, ADBI Working Paper 196, Asian Development Bank Institute, 2010. Traducción propia.

23 LASTRA, Rosa. “Defining forward-looking judgement-based supervision”. *Journal of Banking Regulation*, vol. 14, núm. 3/4, 2013.

24 AVGOULEAS, E. y CULLEN, J. *Market Discipline and EU Corporate Governance Reform in the Banking Sector: Merits, Fallacies, and Cognitive Boundaries*: Journal of Law and Society, Special Issue, European Corporate Governance, vol. 41, 2014.

25 KOKKINIS, Andreas. *A primer on corporate governance in banks and financial institutions: Are Banks Special?*: The Law on Corporate Governance in Banks, Elgar Financial Law and Practice series, 2015.

26 OJO, Marianne. *The need for government and central bank intervention in financial regulation: Free banking and the challenges of information uncertainty*: Center for European Law and Politics, University of Bremen, Oxford Brookes University, 2010. Traducción propia.

27 Ídem.

28 GODDARD, J. y WILSON, J., *loc. cit.*

29 En la República Dominicana existe un marco de supervisión basada en riesgos.

30 Ley núm. 183-02, que aprueba la Ley Monetaria y Financiera.

31 JORGE, E. y VICTORIA, O. *Derecho de la regulación monetaria y financiera*, 2.ª ed.: Santo Domingo, Ius Novum, 2012.



iii. Imperfecciones del sector bancario: crisis y potestad de intervención

La citada obra presenta una inclinación a la comprensión de la regulación financiera e intervención del Estado desde el ‘paradigma de las imperfecciones’³² –el cual este artículo también comparte–. Este se orienta a la preocupación “por los fallos del mercado, por las ficciones que emergen en los mercados financieros, sobre todo en términos de asimetría en la información, efectos externos o situaciones de escasa competencia, por lo que entiende que el comportamiento de los agentes económicos no conduce necesaria ni espontáneamente a un buen funcionamiento del sistema financiero, lo cual obliga a que las medidas de intervención estatal vayan más allá de la simple promoción de la transparencia financiera”, que es la que busca el ‘paradigma de la eficiencia’, que supone una intervención ínfima del Estado.

Este paradigma de las imperfecciones es el mismo que nos explicaba a nivel general la necesidad de ordenar un mercado ante su imposibilidad de autogarantizarse las condiciones que este amerita. En el caso de los bancos la peligrosidad de las imperfecciones es más preocupante que en la mayoría de los sectores, pues se manejan riesgos importantes, incluso sistémicos, que pueden poner en riesgo toda la estabilidad financiera. Por ende, una de las

pruebas más latentes del sagrado interés general que implica este sector podría ser la potestad de intervención que se le reserva a la Administración, así como las tareas de fungir como prestamista y administrar (disolver o liquidar) entidades fallidas, en el interés de que esto ocurra de una manera ordenada y en respeto de los derechos de todo el colectivo de potenciales afectados, en condiciones de igualdad. Mucho se aprende de estas crisis y de la medida en que una realidad sin intervención en la actividad bancaria resultaría desestabilizadora.

De hecho, “las grandes crisis financieras que se han dado a lo largo de la historia nos enseñan que el mercado financiero a pesar de ser un mercado especializado, por sí mismo no siempre funciona correctamente, pues presenta fallas como cualquier otro mercado, y es ante estas fallas que la presencia del Estado se justifica, mediante herramientas como la regulación y supervisión, permitiendo así, que los mercados se comporten de manera adecuada y generen eficiencia, pero también equidad”³³.

En conclusión, hay abundantes motivos para promover que la intervención del Estado en la actividad bancaria sea el *statu quo* que debemos mantener. De un análisis deductivo desde el surgimiento del Estado y su evolución hasta su papel de ‘garante’ de los intereses de la sociedad, se deriva su incidencia en aspectos de nues-

32 Eimmy Rodríguez-Moreno resalta que la justificación jurídica de la intervención es el interés público debido a los recursos públicos en juego, mientras que la justificación económica recae en las fallas del mercado.

33 RODRÍGUEZ-MORENO, Eimmy. “Intervención del Estado en el sector financiero”. *Revista Principia Iuris*, ISSN impreso 0124-2067 / ISSN en línea 2463-2007, vol. 12, núm. 24, 2015.



tra vida en sociedad, y en particular en mercados donde participamos activamente y en los cuales se pone en juego nuestro bienestar particular. Pero, de manera más concreta, esta intervención garantista será más activa o directa en los mercados de más riesgos, de más fallas registradas a lo largo de la historia y de más incidencia de la economía en general donde se mezclan intereses de un gran número de individuos y crean una gran necesidad colectiva vestida de interés público: la estabilidad financiera.

Este, querido lector, es el punto en el que coincidimos todos y es el que influye en el bienestar de cada entidad bancaria. En efecto, es el aspecto en el que también coincide el Estado y converge su deber de garantizar nuestro bienestar con nuestro derecho a demandarlo.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAÚJO-JUÁREZ, José. *Derecho administrativo general. Servicio público*: Caracas, Ediciones Paredes, 2010.
- AVGOULEAS, E. y CULLEN, J. *Market Discipline and EU Corporate Governance Reform in the Banking Sector: Merits, Fallacies, and Cognitive Boundaries*: Journal of Law and Society, Special Issue, European Corporate Governance, vol. 41, 2014.
- COSCULLUELA, L. y LÓPEZ, M. *Derecho público económico*, 4.ª ed.: Madrid, Iustel, 2011.
- ESTEVE, José. *Lecciones de derecho administrativo*, 3.ª ed.: Madrid, Marcial Pons, 2013.
- GODDARD, J. y WILSON, J. *Banking. A very short introduction*: Reino Unido, Oxford University Press, 2016.
- JE, Yoon. *The Role of State Intervention in the Financial Sector: Crisis Prevention, Containment, and Resolution*: Tokyo, ADBI Working Paper 196, Asian Development Bank Institute, 2010.
- JORGE, E. y VICTORIA, O. *Derecho de la regulación monetaria y financiera*, 2.ª ed.: Santo Domingo, Ius Novum, 2012.
- JORGE, Eduardo. *Constitución comentada*, 4.ª ed.: Santo Domingo, Fundación Institucionalidad y Justicia, 2015.
- KOKKINIS, Andreas. *A primer on corporate governance in banks and financial institutions: Are Banks Special?: The Law on Corporate Governance in Banks*, Elgar Financial Law and Practice series, 2015.
- LAGUNA, José. *Derecho administrativo económico*: España, Thomson Reuters, 2016.
- LASTRA, Rosa. "Defining forward-looking judgement-based supervision". *Journal of Banking Regulation*, vol. 14, núm. 3/4, 2013.
- MUÑOZ, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, 4.ª ed.: Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- OJO, Marianne. *The need for government and central bank intervention in financial regulation: Free banking and the challenges of information uncertainty*: Center for European Law and Politics, University of Bremen, Oxford Brookes University, 2010.
- REPÚBLICA DOMINICANA. Constitución de la República Dominicana, Gaceta Oficial núm. 10805, 2015.
- Ley núm. 183-02, que aprueba la Ley Monetaria y Financiera, 2015.
- Ley núm. 247-12, de la Administración pública, Gaceta Oficial núm. 10691, 2012.
- RODRÍGUEZ-MORENO, Eimmy. "Intervención del Estado en el sector financiero". *Revista Principia Iuris*, ISSN impreso 0124-2067 / ISSN en línea 2463-2007, vol. 12, núm. 24, 2015.
- SANTAMARÍA, Alfonso. *Principios de derecho administrativo general II*, 3.ª ed.: España, Iustel, 2015.
- SORACE, Domenico. *Estado y servicios públicos. La perspectiva europea*: Perú, Paletta Editores, 2006.



El bienestar de cada cliente es nuestra mejor evidencia

Más de 25 años de experiencia combinada brindando servicios de asesoría, representación y consultoría legal de vanguardia, hoy se validan en la confianza construida con nuestros clientes y el éxito de sus proyectos.

Una firma miembro de



ALLIANCE
ATTORNEYS & COUNSELORS

(809) 547-4748 | www.rizekabogados.com
Av. Gustavo Mejía Ricart No. 106, Torre Piantini, Suite 802
Santo Domingo, República Dominicana. Código Postal 10148.

RIZEK
A B O G A D O S

María Isabella Batista Guerra

Abogada, Superintendencia de Bancos de la República Dominicana.
mbatista@sb.gob.do



LA INEMBARGABILIDAD DE LOS BIENES DE UNA ENTIDAD DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA EN PROCESO DE DISOLUCIÓN

RESUMEN:

Se estudia la inembargabilidad en el marco de un procedimiento de disolución de una entidad de intermediación financiera. Se aborda el concepto de inembargabilidad y sus implicaciones, especialmente los efectos que conlleva, así como la intención del legislador al contemplar las distintas garantías y formalidades en dicho procedimiento. Se expone la relevancia de la naturaleza del crédito, particularmente en materia laboral, y se estudian decisiones judiciales que se han pronunciado sobre el tema y su aplicación.

PALABRAS CLAVES:

Disolución, inembargabilidad, entidad de intermediación financiera, crédito, Junta Monetaria, República Dominicana.

Las entidades de intermediación financiera (en lo adelante, “EIF”) asumen un rol fundamental en el desarrollo de la política financiera de un país. En tal sentido, el ente supervisor del sistema financiero debe salvaguardar la estabilidad de este y la confianza de los depositantes, a través de los mecanismos de regulación, supervisión e intervención. En la República Dominicana esto se establece en el literal *b* del artículo 2 de la Ley núm. 183-02, Monetaria y Financiera (en lo adelante “LMF”), según el cual el objeto de la regulación financiera es “velar por el cumplimiento de las condiciones de liquidez, solvencia y gestión que deben cumplir [...] para procurar el normal funcionamiento del sistema en un entorno de competitividad, eficiencia y libre mercado”.

Ahora bien, a pesar de que existe toda una estructura de regulación, supervisión e intervención de las EIF a cargo de la Superintendencia de Bancos (en lo adelante “SB”), esto no impide que surjan dificultades en cuanto a la liquidez, solvencia o gestión de las EIF, dada la naturaleza misma del negocio bancario. En otras palabras, al tratarse de un ejercicio basado en riesgos, las operaciones que se producen pueden eventualmente generar inestabilidad, más allá del control que se ejerza sobre la EIF, cuando estas

no se manejan de la manera adecuada y descuidan los lineamientos que se han establecido al efecto. Para ello, la legislación ofrece medidas para cada escenario que pudiera convertirse en una potencial amenaza al normal funcionamiento del sistema, con el propósito principal de proteger su estabilidad y los intereses de los ahorrantes.

En ese sentido, la LMF dispone de mecanismos que habilitan la implementación de medidas correctivas que permiten estabilizar las condiciones deficientes detectadas por el ente regulador, que son la supervisión –en sus distintas modalidades– y la regularización. Sin embargo, cuando la situación de la EIF no mejora y las debilidades superan los esfuerzos realizados y por realizar para mantener la operatividad de la entidad, la LMF propone la disolución y liquidación de la EIF, considerando que se ha llegado al punto de no retorno y que cualquier intento de procurar la viabilidad del funcionamiento de la entidad en estas condiciones traería consigo más consecuencias negativas que positivas en sentido general.

La liquidación del patrimonio de la entidad es una de las labores más importantes en un procedimiento de disolución, pues su



efectividad fijará el cumplimiento satisfactorio o no del proceso. Por esto el ordenamiento jurídico le otorga un blindaje al patrimonio de la entidad en múltiples ámbitos con el fin de preservar su integridad. Además, se generan garantías adicionales que pretenden evitar la injerencia de órganos tanto jurisdiccionales como administrativos. De igual manera, los terceros a quienes pueda afectar el desarrollo de la disolución, ya sea directa o indirectamente, y siempre que esta se realice conforme a los parámetros establecidos en la normativa, encontrarán barreras importantes que impedirán la afectación pura y simple de los bienes propiedad de la entidad en disolución.

A) LA INEMBARGABILIDAD COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DISOLUCIÓN

El Código Civil establece en su artículo 2092 el principio general de que el patrimonio del deudor es la prenda común de su acreedor al disponer que todos los bienes del deudor responden al cumplimiento de sus obligaciones. La inembargabilidad es una

institución jurídica que no se encuentra definida en la legislación, pero es una excepción legal cuya finalidad es proteger los bienes que tienen una naturaleza especial. A partir de la doctrina se puede definir como una figura jurídico-procesal que crea un escenario excepcional y se deriva únicamente de la ley, mediante la cual, en casos limitados, algunos bienes del deudor quedan exentos de la responsabilidad que este último adquiere al asumir una obligación, y se sobreponen al cobro que puede ejercer en su contra su acreedor. Según el *Vocabulario jurídico*, de Henry Capitant, la inembargabilidad es:

[*Insisisabilité*] Calidad del bien que no puede ser embargado en el patrimonio de una persona por sus acreedores, sea en virtud de la ley o por una convención o disposición testamentaria¹.

La inembargabilidad de los bienes pertenecientes a una EIF en disolución nace de una fuente legal, que es el literal *i* del artículo 63 de la LMF. Es excepcional y responde a la naturaleza de los bienes de que se trata. Es decir, los bienes de las EIF, en una situación normal, son embargables; empero, en el caso de que se

¹ CAPITANT, Henri. *Vocabulario jurídico*. Traducido del francés por Aquiles Horacio GUAGLIANONE. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1986. 9789501410129, p. 317.

encuentre sometida a una disolución, se consideran inembargables. Esto responde, en síntesis, a la necesidad de salvaguardar la integridad del procedimiento, que, a su vez, protege los intereses de los ahorrantes. Este criterio confirma la procedencia de la inembargabilidad del literal *i* del artículo 63 de la LMF, atendiendo a las razones que la motiva. En consecuencia, cualquier criterio contrario, o que no evalúe la situación en sentido amplio, considerando su justificación, afectaría el interés general y, por ende, la economía nacional.

Desde el inicio de la disolución hasta su culminación quedan suspendidas todas las acciones legales y administrativas, así como los plazos, relacionados con la recuperación de crédito contra la entidad. Esto incluye la ejecución de sentencias dictadas contra la EIF en las que se otorguen o reconozcan créditos, así como la inscripción de cargas y gravámenes sobre sus bienes ante el Registro de Títulos que procuren garantizar una acreencia. Esta premisa se sustenta en los literales *b* e *i* del artículo 63 de la LMF, cuyos textos disponen que se interrumpen los plazos y los términos procesales en los litigios tendentes a la recuperación de créditos y los procesos ordinarios que se deriven de estos y, mientras esté vigente la disolución, no se puede ejecutar embargos o medidas precautorias de género alguno que afecten los activos de la EIF intervenida.

La intención del legislador al disponer dicha restricción es la protección de los bienes y la integridad de la disolución, dando el control a la SB para la organización y ejecución de las obligaciones de la EIF. De igual modo, en sentido amplio, se procura salvaguardar la confianza de los ahorrantes en el sistema que afecta, de manera directa, su estabilidad. En ese sentido, dicha protección se concibe con el fin de evitar que el patrimonio de la entidad en liquidación sea distribuido en un plano de desigualdad de condiciones y que los intereses de un acreedor afecten a los demás. Por esta razón es que en el literal *e* del artículo 63 de la LMF se establece un orden de prelación que regirá la distribución del patrimonio luego de la realización de activos, así como las categorías en las que se atenderán las obligaciones de la entidad.

Lo anterior deja entrever que no sería posible pagarle a un único acreedor de manera aislada, sin importar las razones, sino que los pagos deberán ser hechos en el ámbito de la colectividad. De lo contrario, los intereses de una persona podrían alterar la totalidad de la realización de los activos y, aunque se garantice el cobro de ese crédito, se estaría dejando en desventaja al resto de los reclamantes. Al evaluar dicha disposición desde esa perspectiva se percibe la relevancia de esta y su cumplimiento. De no ser así, las consecuencias serían garrafales, tanto directamente en el procedimiento de disolución, como indirectamente en la estabilidad del sistema.

B) RELEVANCIA DE LA NATURALEZA DEL CRÉDITO Y SU OponIBILIDAD A LA ENTIDAD DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA EN PROCESO DE DISOLUCIÓN

Al hablar de inembargabilidad es común hacerlo desde la óptica de los actores involucrados, quienes –de manera directa o indi-

recta– generan esta excepcional condición a favor de ciertos créditos. Esto último, aunque es típico, puede ser profundizado más al momento de introducir a la ecuación elementos objetivos vinculados a la naturaleza misma del crédito estudiado, ya que existen legislaciones que afectan transversalmente a diferentes actores, según el crédito, aun cuando sean considerados como inembargables.

En ese sentido, el orden de prelación establecido en la LMF rige la manera en que se responderá a las obligaciones pasivas de la EIF en disolución. Además, el cobro de los créditos de los acreedores de la EIF en disolución se encuentra sujeto al resultado del mismo procedimiento y, por ello, gozan de los mismos derechos. Sobre esto, según el literal *c* del mismo texto legal, se efectuará “de acuerdo a su valor en libros, netos de provisiones, reservas y cualquier otro ajuste realizado”. Así las cosas, en síntesis, en el primer orden se encuentran los depositantes, los trabajadores de la EIF y los contratados para brindar asistencia técnica durante el procedimiento de disolución. En el segundo orden se incluye al Estado, en varios escenarios, como obligaciones tributarias o depósitos en dicha EIF en provecho de una entidad pública, así como las obligaciones con otras EIF.

Con respecto a la oponibilidad del crédito a la entidad, esto dependerá, primero, de si se encuentra registrado en los libros contables ocupados al inicio del procedimiento. Las obligaciones contenidas en dichos registros pasarán automáticamente a la relación que elabora la SB para, posteriormente, proceder con la exclusión de pasivos. En segundo lugar se encuentran las obligaciones provisionales, cuyo reconocimiento no es definitivo al momento de elaborar dicha relación. Estas obligaciones pasan a un segundo plano de preferencia y dependerán de si, antes de que concluya la disolución, su condición de certeza ha variado.

En cuanto a la relevancia de la naturaleza del crédito, esta definirá el orden de prelación que le corresponda a la obligación y, por ende, el lugar que tendrá el acreedor al momento de exclusión de pasivos. Sin embargo, conforme se ha planteado, al final se le dará, en la medida de las posibilidades económicas de la EIF en disolución, un trato equivalente a todos los acreedores, pues el fin ulterior es que todo el mundo quede desinteresado. Dentro de los criterios establecidos, el punto que ha causado más revuelo en la práctica es el de los créditos laborales, dada su naturaleza. Por esta razón, resulta relevante el estudio de la inembargabilidad de los bienes de una EIF en disolución y el orden de prelación frente a los créditos laborales. De igual modo, es importante analizar el criterio establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia mediante su sentencia núm. 680/2020, de fecha 24 de julio de 2020, y sus implicaciones en caso de ser asumido como correcto.

En ese sentido, el crédito laboral consiste en el reconocimiento de los derechos en provecho de los trabajadores dispuestos en el Código de Trabajo, más las compensaciones económicas previstas por el tiempo laborado. Además, se deriva de un derecho fundamental, toda vez que es el resultado de una relación convenida en el ámbito del derecho al trabajo previsto en la Constitución



dominicana. Este tema merece especial atención en vista de que los tribunales de la República, en reiteradas ocasiones, han manifestado criterios encontrados para la interpretación del cobro de este tipo de crédito en el marco de un procedimiento de disolución. Más aún, cuando el último razonamiento de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en este sentido parecería llevarse de encuentro la estructura creada por el legislador para la exclusión de obligaciones e ignorando que el propósito de que obedezca a esta modalidad es que dicho procedimiento sea lo más equilibrado y justo posible, considerando la afectación social y económica que genera la salida de una EIF del sistema.

En ese sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, mediante su sentencia núm. 680/2020, de fecha 24 de julio de 2020, expone el criterio adoptado por dicho tribunal con motivo del cobro de un crédito laboral en contra de una EIF en disolución. En síntesis, nuestro más alto tribunal contraponen los textos, ambos de orden público, del literal *b* del artículo 63 de la LMF y el artículo 663 del Código de Trabajo, manifestando lo siguiente:

[...] que dichas decisiones gozan de un privilegio en su ejecución, constituyendo una excepción al principio de inembargabi-

lidad establecido en el literal b) del artículo 63 precitado, puesto que admitir o razonar lo contrario, sería dotar al empleado o trabajador de un derecho vacío e inefectivo a través del cual, el pago debido por su trabajo ya sea realizado en favor del Estado o de sus instituciones, se encontraría desprovisto de protección.

(12) Además resulta evidente que, tal y como afirmó la alzada, quien ostenta un crédito laboral no concurre en condiciones de igualdad con otros acreedores, en razón de que su acreencia goza de un rango preferente y privilegiado que se antepone ante cualquier otro privilegio o acreencia de otra naturaleza, con excepción de los que correspondan al Estado, el Distrito Nacional o a los municipios, de conformidad con las disposiciones del artículo 207 del Código de Trabajo, lo cual se justifica por el carácter alimentario que subyace en este tipo de crédito y en razón de que estos se reconocen con la finalidad de proteger a las personas y para cubrir las necesidades básicas de la familia, al tenor de lo dispuesto por el artículo 62 numeral 9 de la Constitución.

Al emitir este criterio, nuestro más alto tribunal no le dio su justa dimensión al procedimiento de disolución y se limitó a valo-

rar los presupuestos fácticos presentados desde la perspectiva del crédito laboral. Si bien es cierto todo lo que se plantea sobre este tipo de acreencia, no menos cierto es que, en el marco de una disolución, se deben contrastar múltiples elementos. Al realizar este análisis de razonabilidad, el legislador, al momento de determinar las disposiciones que rigen el procedimiento de disolución, consideró que lo más importante —como en efecto es— era la protección a los depósitos de los ahorrantes, tomando en cuenta la incidencia del funcionamiento y estabilidad del sistema financiero nacional.

Por otro lado, no se dota al trabajador de un “derecho vacío”, como afirma la decisión, ya que no se le impide el cobro de sus prestaciones laborales y derechos adquiridos: simplemente se supedita al orden de prelación para la liquidación de la entidad en disolución. Inclusive, se le coloca en primer orden, en el mismo rango que los depositantes y por encima de los intereses del Estado. Sobre esto último, también reluce el razonamiento del legislador al disponer las formalidades del procedimiento de disolución, colocando al Estado en segundo orden y dándole prioridad a los intereses de los depositantes. En ese sentido, contrario a lo que se estilaba, como bien señala la sentencia, que es que el Estado es el acreedor con mayor preferencia, incluso se sobrepone a los créditos laborales. En el procedimiento de disolución el Estado es de los últimos en ser desinteresados.

Por último, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia manifiesta que el Tribunal Constitucional ha mantenido un criterio acorde con el asumido en su decisión, a saber:

Asimismo, es oportuno señalar, que el razonamiento de la alzada con respecto a los créditos laborales es cónsono con el criterio asumido por nuestro Tribunal Constitucional mediante sentencia núm. TC/170/2016, de fecha 12 de mayo de 2016, en la cual sostuvo lo siguiente: “contraoponer la jerarquía de la inembargabilidad frente a los créditos laborales eliminaría la posibilidad de cobrar las prestaciones laborales adeudadas y reconocidas y el derecho fundamental al trabajo y sus garantías, dentro de las cuales se encuentra el derecho al salario [...]; los créditos laborales se consideran como una excepción al referido principio legal de inembargabilidad de bienes [...]”.

Sin embargo, mediante esta decisión se desvirtúa el criterio establecido por el Tribunal Constitucional, ya que este se refiere a los créditos laborales frente al principio de inembargabilidad de los bienes del Estado. Este razonamiento sostiene, en síntesis, que la ejecución del cobro de prestaciones laborales y derechos adquiridos constituye una excepción a la inembargabilidad del Estado, dada la naturaleza de este crédito. Ahora bien, en el caso del procedimiento de disolución no se trata de la misma inembargabilidad ni se presentan las mismas condiciones que motivan dicho cri-

terio. En cuanto a esto último, los extrabajadores de instituciones públicas en reiteradas ocasiones se enfrentaban con dificultades para el cobro de su acreencia. Sin embargo, en el procedimiento de disolución no se trata de evadir el pago de las prestaciones laborales y derechos adquiridos; se trata, simplemente, de atender los múltiples compromisos económicos de acuerdo con un orden establecido por ley y con el fin de ejecutar el pago de las acreencias de la manera más equilibrada posible, considerando todos los intereses involucrados.

Con respecto al mismo tema, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, mediante su sentencia núm. 694 de fecha 23 de diciembre de 2015, asumió un criterio distinto y apegado a la intención del legislador, indicando lo siguiente:

[...] el Procurador Fiscal actuó correctamente al expedir el acto administrativo mediante el cual negó la fuerza pública solicitada por dichos recurrentes, puesto que pudieron establecer que la empresa sobre la cual pretendían ejecutar sus créditos laborales, esto es, Telecentro, S. A., estaba afectada por un estado de administración forzosa por ser una de las empresas vinculadas a una entidad de intermediación financiera, que fue juzgada y sancionada por sentencia con autoridad de cosa irrevocablemente juzgada por el crimen de Quiebra Fraudulenta[...]².

Con respecto a la aplicación de las disposiciones de la LMF a un crédito laboral, dicho tribunal manifestó:

Considerando, que por tales razones, esta Tercera Sala entiende que dichos jueces actuaron apegados a la ley al fundamentar su decisión en las disposiciones de la Ley Monetaria y Financiera núm. 183 – 02, que en su artículo 63 regula el procedimiento de disolución forzosa de las entidades de intermediación financiera y que coloca los bienes de las mismas bajo la administración y supervisión de la autoridad Monetaria y Financiera convertida en Comisión Liquidadora, lo que en la especie afectó a la empresa Telecentro, S.A., sobre la cual dichos recurrentes pretendían ejecutar sus créditos laborales, sin observar que al estar sometida a un estado de intervención forzosa por su vinculación accionaria del 50% con la entidad de intermediación financiera Baninter y debido al desvío de fondos entre las mismas, esto conlleva a que los bienes de Telecentro S.A., se encontraran también afectados por el régimen de irrevindicabilidad e indisposición previstos por el referido texto legal para las entidades sometidas a este proceso de liquidación forzosa, lo que hacía que dichos bienes no pudieran ser afectados “por actos de disposición tales como embargos, o medidas precautorias de género alguno”, tal como fue decidido por dichos jueces, estableciendo en su sentencia motivos suficientes y pertinentes que respaldan su decisión³.

2 SCJ, 3.ª Sala, 23 de diciembre de 2015, núm. 694, B. J. 1256.

3 Ídem.



Finalmente, con respecto a la naturaleza privilegiada del crédito laboral, dicho tribunal expuso lo siguiente:

... si bien es cierto que los créditos laborales son de naturaleza privilegiada como expresan los hoy recurrentes, no menos cierto es que esto aplica cuando dicho crédito recaiga sobre bienes que estén en condiciones normales de disponibilidad, lo que no ocurre en la especie, al quedar evidenciado de forma incontrovertible que los bienes de Telecentro S.A., estaban afectados a un régimen de administración a cargo de la Comisión de Liquidación Administrativa del Banco Intercontinental, debido a su vinculación con el procedimiento de disolución forzosa de que fue objeto dicho banco por quiebra fraudulenta pronunciada judicialmente, lo que atenta contra el orden público y el interés general y conlleva a que la realización y distribución de estos bienes y el orden de preferencia y prelación de los créditos que puedan recaer sobre los mismos, solo pueda ser administrado por dicha comisión liquidadora durante el procedimiento de liquidación...⁴.

En ese sentido, se evidencia cómo la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia evalúa el caso desde la perspectiva completa, considerando la justificación del artículo 63 de la LMF. Dicho tribunal basa su razonamiento en todos los elementos que deben ser considerados para adoptar una decisión acertada, explicando, en síntesis, que la protección a los depósitos de los ahorrantes y su incidencia sobre la estabilidad del sistema financiero nacional se sobrepone a pesar de la naturaleza privilegiada del crédito laboral.

C) ASPECTOS PROCESALES DE LA INEMBARGABILIDAD

Un proceso de ejecución procura, en síntesis, materializar el derecho contenido en un título, de conformidad con los lineamientos establecidos en la ley al efecto. Así como la ley habilita un mecanismo legal para hacer real un derecho reconocido, también dispone excepciones, dependiendo de la naturaleza del proceso, del bien que pudiera ser afectado o del deudor. En efecto, la inembargabilidad constituye una barrera –en ocasiones momentánea– para la ejecución de un título de manera inmediata.

4 Ídem.

Hay inembargabilidades que inhabilitan la ejecución de manera indefinida, como es el caso del bien de familia, en virtud de su naturaleza, en atención a que la situación que motiva la protección prevista en la ley nunca dejará de existir. Por otro lado, hay inembargabilidades que posponen la ejecución y la supeditan a un procedimiento previamente establecido por ley, como, por ejemplo, el procedimiento de disolución. En este último caso no se determina la inembargabilidad con la finalidad de hacer imposible la ejecución, sino para proteger intereses que tengan un grado mayor de importancia, controlando la manera en que se opere la ejecución.

En la especie, la disolución no extingue el crédito ni altera las condiciones de que sea cierto o líquido, sino que sujeta su cobro a un régimen especial determinado en la LMF, lo que afecta su exigibilidad. Por lo tanto, el procedimiento ordinario previsto en la ley para la recuperación de un crédito cruza su camino con el resultado de un procedimiento administrativo. Sobre este aspecto, la Suprema Corte de Justicia ha manifestado lo siguiente:

... las entidades bancarias en proceso de liquidación estaban sujetas a un régimen de derecho especial que afectaba tanto el cobro de sus créditos como el pago de sus obligaciones, régimen que ponía a cargo de la Superintendencia de Bancos la ejecución de dichas operaciones⁵.

Con respecto al reconocimiento del crédito, la Suprema Corte de Justicia ha establecido lo siguiente:

El hecho de que el banco esté en proceso de liquidación no impide que sus acreedores lo demanden y que las sentencias obtenidas sean oponibles a la Superintendencia de Bancos como ente liquidador, siempre que no se trate de embargos inmobiliarios que impliquen la adjudicación de bienes inmuebles propiedad del banco ni tampoco de la ejecución de un embargo ejecutivo⁶.

En ese sentido, de la decisión citada se interpreta que los acreedores, cuyo crédito no sea cierto, pueden acudir a los tribunales a fin de que su acreencia sea reconocida por una decisión judicial. Sin embargo, advierte que los efectos de dicha sentencia se circunscriben a que su crédito sea oponible a la SB y que sea incluido, por tanto, en el orden legal para la exclusión de obligaciones. Así las cosas, nuevamente se reitera la sujeción de las ejecuciones al procedimiento de disolución, en aras de garantizar que su cumplimiento sea satisfactorio y acorde al propósito que se persigue.

Finalmente, las consecuencias procesales de las garantías previstas en el marco de la disolución implican que (i) no se pueden iniciar procesos judiciales con posterioridad a la resolución de la disolución, y (ii) genera automáticamente un motivo de sobreseimiento en las instancias judiciales que se encuentren vigentes al iniciar la vigencia de la disolución. En ese tenor, el sobreseimiento es una figura de naturaleza jurisprudencial que se dicta con el propósito de garantizar una buena administración de justicia.

En el caso de la disolución, la ley determina que se suspende cualquier proceso judicial relacionado a la EIF intervenida, especialmente los que están dirigidos a la recuperación de crédito. Por tanto, es un mandato legal que supedita la decisión del juez a los resultados del procedimiento de disolución. A tal efecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia determinó que “es inválido el procedimiento de ejecución interpuesto contra un banco después de la sentencia que ordena su liquidación a cargo de la Superintendencia de Bancos”⁷. Este criterio es cónsono con las disposiciones legales que rigen la materia, particularmente, el literal *i* del artículo 63 de la LMF.

Por otro lado, conviene preguntarse ¿qué pasa con los procedimientos iniciados antes del dictado de la resolución de disolución (anteriormente sentencia de liquidación)? En respuesta a esto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha manifestado en varias ocasiones que “no es posible someter a dicho régimen las actuaciones previas a la mencionada notificación ya que ello atentaría contra la seguridad jurídica derivada de la situación legal anterior”⁸. Dicho razonamiento establecido por nuestro más alto tribunal es completamente válido en su justa dimensión. En efecto, los procedimientos empezados antes del inicio de la disolución descansan sobre la base de actuaciones válidas. Sin embargo, esto no es óbice para que, luego de que se encuentre vigente el procedimiento, dichos procesos judiciales tengan que ser sobreseídos. La legislación es clara sobre esto, estableciendo, primero, que no se podrán realizar medidas ejecutorias o precautorias en contra de la EIF en disolución y, segundo, que los plazos y términos procesales vinculados a la entidad quedan interrumpidos.

Finalmente, el sobreseimiento que afecta los procesos judiciales iniciados antes de la disolución simplemente suspende el curso de la instancia por el tiempo que dure vigente el procedimiento de disolución. En ese sentido, al no desapoderarse el juez del proceso de que se trata, luego de expirada la causa que dio origen al sobreseimiento, la instancia puede ser reactivada por iniciativa de la parte más diligente. Hay que hacer la salvedad de que, posiblemente, la demanda carezca de objeto al finalizar la disolución, en vista de que, si su ejecución ha sido satisfactoria, los acreedores de la entidad han sido desinteresados.

CONCLUSIONES

En primer término, se determinó que la inembargabilidad de los bienes pertenecientes a una EIF en disolución nace de una fuente legal, que es el literal *i* del artículo 63 de la LMF, que tiene una naturaleza excepcional en virtud de los bienes que afecta, y que la intención del legislador al disponer dicha restricción es la protección de los bienes y la integridad de la disolución, por lo que da el control a la SB para la organización y ejecución de las obligaciones de la EIF.

5 SCJ, 1.ª Sala, 15 de febrero de 2012, núm. 108, B. J. 1215.

6 SCJ, 1.ª Sala, 29 de febrero de 2012, núm. 191, B. J. 1215.

7 SCJ, 1.ª Sala, 22 de febrero de 2012, núm. 162, B. J. 1215.

8 SCJ, 1.ª Sala, 15 de febrero de 2012, núm. 108, B. J. 1215.



En segundo término, con respecto al crédito, se estableció que esto definirá el orden de prelación que le corresponda a la obligación y, por ende, el lugar que tendrá el acreedor al momento de exclusión de pasivos. Asimismo, se concluyó que la inembargabilidad no extingue el crédito, sino que sujeta su cobro a un régimen especial determinado en la LMF, lo que afecta su exigibilidad.

Finalmente, se estudió que, en el curso del procedimiento de disolución, se suspenden los plazos y términos procesales de los procesos ordinarios que vinculen a la EIF en disolución, y que no podrán ejecutarse embargos o medidas precautorias sobre los activos de la entidad en disolución. Por lo tanto, se concluyó que esto implica lo siguiente: (i) que no se pueden iniciar procesos judiciales con posterioridad a la resolución de la disolución; y (ii) que se genera automáticamente un motivo de sobreseimiento en las instancias judiciales que se encuentren vigentes al inicio del procedimiento de disolución.

BIBLIOGRAFÍA

CAPITANT, Henri. *Vocabulario jurídico* (trad. Aquiles Horacio Guaglianone): Buenos Aires, Depalma, 1986. 9789501410129.

REPÚBLICA DOMINICANA. Ley Monetaria y Financiera, núm. 183-02, 21 de noviembre de 2002, [en línea]. Disponible en: https://sb.gob.do/sites/default/files/nuevosdocumentos/183-02-Ley_Monetaria_y_Financiera_1.pdf [consultado el 21 de mayo de 2021].

— JUNTA MONETARIA. Reglamento de aplicación del artículo 88 de la Ley núm. 183-02, Monetaria y Financiera, del 21 de noviembre del 2002. Novena Resolución de 24 de febrero del 2005. Disponible en: <https://sbinteractivo.sb.gob.do/CompendioLeyes/Home/R31> [consultado el 18 de junio de 2021].

— Reglamento de Disolución y Liquidación de Entidades de Intermediación Financiera, Primera Resolución, 6 de octubre de 2011 [en línea]. Disponible en: <https://www.sb.gob.do/pdf/Disolucion-y-Liquidacion.pdf> [consultado el 18 de junio de 2021].

SCJ, 1.ª Sala, 13 de marzo de 2013, núm. 79, B. J. 1228.

— 23 de febrero 2011, núm. 39, B. J. 1203.

— 15 de febrero de 2012, núm. 108, B. J. 1215.

— 22 de febrero de 2012, núm. 162, B. J. 1215.

— 29 de febrero de 2012, núm. 191, B. J. 1215.

SCJ, 3.ª Sala, 8 de agosto de 2012, núm. 28, B. J. 1221.

— 23 de diciembre de 2015, núm. 694, B. J. 1256.

Mario Arturo Leslie Soto

Encargado de División de la Consultoría Jurídica de la Superintendencia de Bancos de la República Dominicana.
mleslie@sb.gob.do



PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS DE LOS PRODUCTOS Y SERVICIOS FINANCIEROS: UNA PERSPECTIVA LOCAL Y COMPARADA Y CASOS PRÁCTICOS A PROPÓSITO DEL CONTRATO DE EMISIÓN DE TARJETA DE CRÉDITO

RESUMEN:

El consumidor o usuario de los productos y servicios financieros es un agente de singular protección. Factores como la asimetría de información, la confianza depositada en las entidades de intermediación financiera, los sesgos cognitivos y la concepción de la actividad de intermediación financiera como una de necesaria regulación, justifican que el consumidor o usuario de los productos y servicios financieros goce de una especial protección en su vigente o potencial relación con las entidades de intermediación financiera.

PALABRAS CLAVES:

Entidades de intermediación financiera y cambiaria, potestades administrativas, supervisión, usuario, consumidor, regulación financiera, potestades discrecionales y regladas, Prouuario, Superintendencia de Bancos, Administración Monetaria y Financiera, República Dominicana.

ORIGEN Y FUNDAMENTOS LEGALES DE LA PROTECCIÓN DEL USUARIO O CONSUMIDOR DE BIENES Y SERVICIOS

La protección de la actividad de consumo, conforme a lo que ocurre en muchas otras áreas que tienen trascendencia jurídica, se ubica en el derecho romano y es esta tan antigua como la sociedad misma¹. Una gama amplia de autores, a los que remitimos al lector, ha realizado extraordinarios estudios detallando el paralelismo que se da entre la institución del comprador romano y el consumidor contemporáneo².

Empero, en una etapa menos lejana de la historia ubicamos antecedentes relevantes al fenómeno de la singular protección jurídica a favor del consumidor como sujeto específico de derechos. Son eventos de naturaleza social, académica y política en Estados Unidos los que consolidan a lo largo del siglo XX el reconocimiento de los derechos de los consumidores y usuarios. Para más detalle, ver nota al pie³.

Estos eventos influyen en Europa, donde, como no ha de sorprender, Alemania protagoniza el movimiento, mediante la pro-

1 DE LEÓN ARCE, A. "El consumo como realidad social, económica y jurídica", en DE LEÓN ARCE, Alicia (dir.) y GARCÍA, L. (coord.). *Derechos de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*: Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, tomo I, 2007, pp. 41-102.

2 SCHÖTZ, G. "El favor debilis como principio general del derecho internacional privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas", en *Ars Iuris Salmanticensis. Estudios* (vol. 1), 2013, pp. 115-150; ISLER, E. "Del favor debilis al favor consumatore: consideraciones históricas", en *Derecho PUCP* núm. 82 (2019), pp. 35-59. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201901.002> [visitado el 10/10/2020]; LASARTE, C. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*: Madrid, Dykinson, 2015, p. 383.

3 RIBÓN E. "Derecho bancario y protección del consumidor", en ZUNZUNEGUI, F., et al. *Regulación financiera y fintech*: Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 212, explica el nacimiento de la Liga de Consumidores, a finales del siglo XIX (1891), en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos. También, la publicación de la obra *Your Money's Worth*, del destacado economista e ingeniero estadounidense Stuart Chase, egresado del prestigioso Massachusetts Institute of Technology (MIT), en la que se esboza lo que en 1936 sería la aparición de la Consumer's Union of United States y traza sus pautas de actuación. El sistema implementado por esta asociación fue exportado a Europa y sirvió de modelo para el surgimiento de relevantes asociaciones impulsoras del progreso de los consumidores europeos en Bélgica, España, Italia, Portugal, entre otros. Este modelo basa su intervención en el análisis y comparación de productos, ofreciendo sus resultados a los usuarios a través de la suscripción a diversas publicaciones o boletines. De igual manera, el discurso del presidente J. F. Kennedy, del 15 de marzo de 1962.



mulgación de importantes normas contra la competencia desleal⁴ y sus jueces protagonizan el dictado de fallos vanguardistas a favor de los usuarios y, aunque tímidamente, algunas asociaciones se constituyeron en consejos de consumidores. En las distintas jurisdicciones del Viejo Mundo, como Noruega (1953), Reino Unido (1959), Francia (1966), Suecia (1970), Bélgica (1971) y España (1975), comienzan a surgir consejos y comisiones propugnando la idea proteccionista del consumidor y, posteriormente, la promulgación de instrumentos normativos que regían la libre competencia y reconocían derechos al consumidor.

De esta vorágine, primero conductual y luego normativa, se fueron construyendo concepciones del término *consumidor*, en ocasiones más amplias y flexibles que en otras. Así vemos la noción del *consumidor ciudadano*, que apela a la idea de que es consumidor y titular de derechos en esa calidad cualquier persona con vocación a presentar un interés en los diferentes aspectos de la vida social y, por ende, a realizar consumo. Este concepto se contraponen al de *consumidor cliente*, según el cual, como su nombre sugiere, se es consumidor en la medida en que se es cliente, es decir, cuando se contrata la adquisición de bienes o servicios.

Como se nota, la primera acepción —que es, reitero, amplia y flexible— compele a la protección del consumidor antes, durante y después de la contratación y no una vez este ya ha contratado. Así, se evita promover circunstancias de fragilidad que con seguridad se presentarían para el consumidor como agente débil en el proceso de contratación.

A esta dupla se agrega la interpretación del término más restrictiva —y más acogida en los Estados de nuestro entorno— que es la de *consumidor como destinatario final*, bajo la que se es consumidor en la medida en que se sea el sujeto que disfruta para su uso privado los bienes y servicios, quedando fuera de la noción el que los adquiera para su reintroducción en el tráfico mercantil. Esta es la acepción acogida en nuestra Ley General de Protección de los Derechos al Consumidor o Usuario, núm. 358-05, del 26 de julio del 2005 (en lo adelante, “Ley núm. 358-05”), que define en su artículo 3, literal *d*, al consumidor o usuario de la manera siguiente:

... persona natural o jurídica, pública o privada que adquiera, consuma, utilice o disfrute productos y servicios, a título one-

4 Ley contra la competencia desleal del 7 de julio de 1909.

roso, como destinatario final de los mismos para fines personales, familiares o de su grupo social. En consecuencia, no se considerarán consumidores o usuarios finales quienes adquieran, almacenen, consuman o utilicen productos o servicios con el fin de integrarlos a un proceso de producción, transformación, comercialización o servicios a terceros;

En otras jurisdicciones, como en España, la evolución legislativa ha ido moldeando el concepto de consumidor y variando, de tiempo en tiempo, con instrumentos que en ocasiones ofrecen una definición más amplia y en otras más restrictiva⁵.

En nuestro ordenamiento, la protección del usuario de los productos y servicios financieros es un corolario de la protección del consumidor, que viene dada desde la propia Constitución de la República, en su artículo 53. Este es un mandato a la reivindicación del derecho de toda persona a “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 consuma...” y al derecho de ser compensados o indemnizados ante eventos comprobados de lesión y perjuicio por bienes y servicios de mala calidad.

La protección del consumidor no es poca cosa ni un concepto que se puso de moda de un momento a otro. Más bien, es una iniciativa que forma parte de la política económica gubernamental de los Estados, que tiende a promover el crecimiento y desarrollo económico en un ambiente de libre competencia. ¿Para qué? Pues para facilitar las condiciones para la formación de precios justos y estables que fortalezcan el poder adquisitivo de la población, especialmente el de los sectores más pobres y desprotegidos de la sociedad.

La protección del consumidor o usuario se ha venido promoviendo desde las esferas supranacionales. La Organización Mundial del Comercio, por ejemplo, a través del Acuerdo de Marrakech, del que la República Dominicana es país signatario⁶, ha establecido “que las relaciones entre países en la esfera de la actividad comercial y económica” deben tender “a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios...”, para lo cual es preciso que estas relaciones se realicen en un marco de justicia y respeto de los derechos de los consumidores.

La Organización de las Naciones Unidas, por su parte, a través de su Asamblea General ha dictado una serie de directrices para la protección del consumidor⁷ en las que se especifica el rol que

deben desempeñar los gobiernos para proteger y salvaguardar los derechos e intereses de los consumidores.

De ahí que el legislador dominicano, como respuesta a lo anterior, haya venido protegiendo al consumidor o usuario mediante diversos instrumentos normativos. Así encontramos la ya referida Ley núm. 358-05, instrumento normativo general sobre la materia, como sugiere su nombre antes indicado. Otras leyes sectoriales también abordan la cuestión, cada cual intentando responder a las necesidades de los usuarios y consumidores de esos productos y servicios y a los retos particulares de su industria y sector⁸.

Por su parte, y más afín al ámbito en el que nos encontramos, a través de la Ley núm. 183-02, Monetaria y Financiera, el legislador atribuyó potestad reglamentaria a la Junta Monetaria para regular “los supuestos de contratos abusivos en relación con los derechos de los consumidores y usuarios de servicios de entidades de intermediación financiera”. De este mandato nace, entonces, el Reglamento de Protección al Usuario de los Productos y Servicios Financieros⁹ (hasta ahora vigente).

Este reglamento establece un catálogo de derechos a favor de los usuarios de los productos y servicios financieros, entre los que están el de obtener y acceder a información y documentación, acceder a los productos y servicios que ofrecen las entidades de intermediación financiera y cambiaria, recibir protección de la Superintendencia de Bancos, reclamar ante situaciones de vulneración de derechos, elegir a la empresa que le oferte productos o servicios complementarios al producto o servicio principal que ofrezca la entidad de intermediación financiera o cambiaria y obtener educación financiera.

Así, el referido reglamento establece normas precisas que tienden a que los contratos financieros reflejen de forma clara los compromisos contraídos por las partes y sus derechos, la obligación de entrega al cliente de un ejemplar del contrato debidamente suscrito por el banco en el que se detallan, en la forma más desagregada posible, las diferentes partidas que integran el costo efectivo de la operación, expresado en términos anuales, las normas especiales sobre publicidad de las diferentes operaciones activas y pasivas, al objeto de que se reflejen sus auténticas condiciones financieras y se eviten situaciones engañosas.

El artículo 5, literal *a*, de dicho reglamento define al usuario como la “persona física o jurídica que contrata productos o recibe la prestación de servicios financieros contractuales o extracontractuales, ofertados por una entidad de intermediación financiera y cambiaria”. Como se denota, no se hace la exclusión —a diferencia de como ocurre con la Ley núm. 358-05— de los casos de usuarios finales que adquieran o almacenen productos o ser-

5 Para un detalle al respecto, ver RIBÓN E., ob. cit., pp. 215-248.

6 Resolución núm. 2-95 del Congreso Nacional, promulgada por el Poder Ejecutivo en fecha 20 de enero de 1995.

7 Resolución número 39/248, de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, del 9 de abril de 1985.

8 En el sector de las telecomunicaciones: Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98, del 27 de mayo del 1998, que define a los usuarios como los “consumidores de servicios y los proveedores de servicios” (art. 1). En el sector eléctrico: Ley General de Electricidad, núm. 125-01, del 26 de julio del 2001 y sus modificaciones introducidas por la Ley núm. 186-07, del 6 de agosto del 2007, que trae a colación tres nociones de usuarios: los usuarios regulados, que reciben el servicio público de distribución a precios regulados por la Superintendencia de Electricidad; el usuario no regulado, que es aquel cuya demanda sobrepasa determinados límites y bajo determinados lineamientos puede ser autorizado a ejercer la condición de usuario no regulado en el Sistema Eléctrico Nacional Interconectado (SENI); y el usuario o consumidor final, que corresponde a la persona natural o jurídica, cliente de la empresa distribuidora, que utiliza la energía eléctrica para su consumo (art. 2).

9 Dictado por la Junta Monetaria mediante su Primera Resolución del 5 de febrero de 2015 y modificado el 30 de septiembre de 2015.



vicios financieros con el fin de integrarlos a un proceso de producción, transformación, comercialización o servicios a terceros. De manera que todo usuario de productos y servicios financieros es protegido y disfruta de los derechos inherentes a esta noción.

II. ¿DEBEN SER REGULADOS LOS PRODUCTOS Y SERVICIOS FINANCIEROS?

La ignorancia financiera es un mal generalizado. Esto no sorprende, dada la complejidad de los productos financieros modernos. Este mal contribuye significativamente a la evolución de la desigualdad de la riqueza.

Cuando se trata de tomar decisiones financieras, los usuarios de los productos y servicios financieros tenderán a errar. Esto es un resultado natural de la ignorancia financiera que se hace protagonista en nuestras sociedades, que se cimienta en diversos factores, algunos tan neurálgicos como las profundas carencias en un grueso de la población de habilidades matemáticas y de lectura comprensiva básicas¹⁰. Otros factores son atribuibles a la naturaleza de los productos y servicios financieros, como su complejidad

técnica y la sofisticación con que se presentan y promocionan en el mercado, la asimetría de información natural y de conocimiento técnico entre las entidades de intermediación financiera y sus colaboradores y los usuarios, entre otros factores.

Los seres humanos, afectados por múltiples sesgos cognitivos, nos equivocamos constantemente en los distintos ámbitos de nuestras vidas. Las finanzas no son la excepción. Al decidir ahorrar, endeudarse o invertir, las personas sufren las consecuencias de su analfabetismo financiero, que se compone muchas veces de la falta de conocimiento técnico y de comprensión de los mercados financieros y, en otras ocasiones, de factores inherentes a la naturaleza humana, como sobrevalorar sus capacidades y conocimientos en un determinado ámbito. Ante estas realidades, los mercados financieros verifican fuertes incentivos para colocar productos cuya repartición, al momento de distribuir sus beneficios, arrojará saldos bastante desiguales para las partes envueltas.

Educar a los consumidores parecería ser una vía hacia la solución de los problemas que trae consigo la realidad antes referida. Sin embargo, ocurre que las características cognitivas de un grue-

¹⁰ Ver artículo "Estudiantes dominicanos obtuvieron los peores resultados en prueba Pisa", por Marien Aristy Capellán, el 4 de diciembre de 2019, en el Periódico *Hoy*. Disponible en <https://www.hoy.com.do/estudiantes-dominicanos-obtuvieron-los-peores-resultados-en-prueba-pisa/>.

so de la población impiden que la educación financiera tenga el impacto deseado, al menos en el corto y mediano plazo. Y es que deberán atenderse otros problemas neurálgicos, más relacionados con nuestro sistema de educación, para luego poder hablar de que la educación financiera es efectiva.

Mejorar la información que se facilita a los consumidores es otra posible solución, sin duda, aunque hay que reconocer que esta presenta sus retos y limitaciones. Y es que la información dirigida a usuarios con poca formación suele resultar ineficaz. Es decir, no ha lugar a concebir en este ámbito —el de los servicios financieros— al usuario o al consumidor medio como uno normalmente informado y razonablemente atento, informado y perspicaz. Esta es la forma en que desde el derecho comparado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) se ha encargado de describir al consumidor medio para verificar si la publicidad de los productos puede ser engañosa y apreciar el carácter distintivo, descriptivo y confuso entre las marcas¹¹. Además, en un mercado liberalizado la publicidad y el mercado de productos financieros tenderá a ganar a la razonabilidad con que los usuarios puedan tomar sus decisiones.

¿Qué opción queda? ¿Regular? Puede ser. ¿El qué? El que el mercado esté disponible para las personas en función de un perfil de riesgo predeterminado. Esto es oneroso, complejo de diseñar, promover y aplicar, y algunos lo tildarán de hiperpaternalista, pero posible y, probablemente, efectivo, si se hace con razonabilidad y proporcionalidad.

Cual sea la alternativa o el grupo de alternativas por las que se opte, existen postulados elementales que justifican la necesidad de una protección reforzada de los consumidores. La inexperiencia del consumidor y su desequilibrio frente al empresario conlleva una especial fragilidad del primero en la relación jurídica y económica, máxime en las relaciones que se dan en los mercados financieros. De igual manera, ha de tenerse en cuenta el perfil de riesgo del usuario, atendiendo al momento y a las circunstancias de la contratación que desee hacer con la entidad. Será distinto el préstamo otorgado al empresario con negocios establecidos desde hace una década, con el fin de desarrollar una nueva línea de producción, que el préstamo otorgado a una persona en su adultez madura, recién desvinculado de su empleo, para poder emprender un nuevo oficio para mantener un nivel de vida mínimamente digno.

¿Merece uno mayor protección que el otro? Pienso que no, pero sí una protección diferenciada, basada en las características particulares del deudor de la obligación. Y es que, por ejemplo, mientras el primero normalmente acude a través de un vehículo con responsabilidad limitada, el segundo probablemente asu-

ma la obligación a título personal, con garantía solidaria de un familiar o hipotecaria de la vivienda donde reside con su familia.

El derecho va en constante evolución, con el fin de procurar el titánico objetivo de responder a las necesidades de la sociedad, que en no pocas ocasiones mutan y se complejizan. Este sector no es ajeno a dicho fenómeno. De ahí que la normativa deba siempre tender hacia la transparencia y protección de la clientela bancaria y, para ello, adjudicar niveles razonables, pero adecuados, de responsabilidad a las entidades, pues la diligencia que se espera de ellas es la de un *bonus argentarius*, como experto en la actividad, tal y como ha concebido la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España¹².

El profesor Zunzunegui explica al respecto que las entidades financieras ocupan una posición privilegiada tanto por el singular conocimiento técnico que poseen para el desarrollo de una actividad compleja como por la especial confianza de los clientes que acuden a ellas para depositar sus fondos, de suerte que también en el ámbito sajón se ha llegado a afirmar que la pericia bancaria (*skill*) exigible a las entidades de crédito es mucho mayor que la exigible a cualquier otra entidad¹³.

Los profesores Heras Hernández¹⁴ y Martínez de Salazar Bascuñana¹⁵ se encuentran contestes con el profesor Zunzunegui y agregan que la mayor diligencia exigida a las entidades de crédito, corolario del principio de buena fe y debido a la naturaleza de las relaciones contractuales bancarias que entablan, dan como resultado una especial responsabilidad, asimilable a la responsabilidad por riesgo del profesional, por los hechos que realicen dentro del ámbito de su actividad y que únicamente cesará en los supuestos de negligencia probada del cliente.

Esta idea nos lleva a nuestro tercer acápite, en el que utilizamos una relación jurídico-contractual bastante común en este sector, que es la que nace del contrato de tarjeta de crédito, para ejemplificar el deslinde y distribución de responsabilidades que se da entre las partes: entidad y tarjetahabiente.

III. RESPONSABILIDADES DE LAS PARTES ENVUELTAS EN LA RELACIÓN JURÍDICO-CONTRACTUAL DE PRODUCTOS Y SERVICIOS FINANCIEROS: ENFOQUE EN EL CONTRATO DE TARJETA DE CRÉDITO

En el sistema financiero dominicano los bancos múltiples, los bancos de ahorro y crédito, las asociaciones de ahorros y préstamos y el Banco Nacional de Fomento de la Vivienda y la Producción (BNV) pueden ofrecer el servicio de tarjetas de crédito a sus clientes, de conformidad con el literal *h* del artículo 40, el literal *g* del artículo 42 y el literal *g* del artículo 75 de la Ley núm. 183-02, así como el artículo 6, ordinal 14, de la Ley núm. 6-04¹⁶. Este ser-

11 TJCE, sentencia del 16 de julio de 1998, asunto C-210/96, *Gut Springenheide*; sentencia del 21 de marzo de 1991, *Delattre*, asunto C-369/88, y *sentencia* del 28 de enero de 1992, *Ter Voort*, asunto C-219/81.

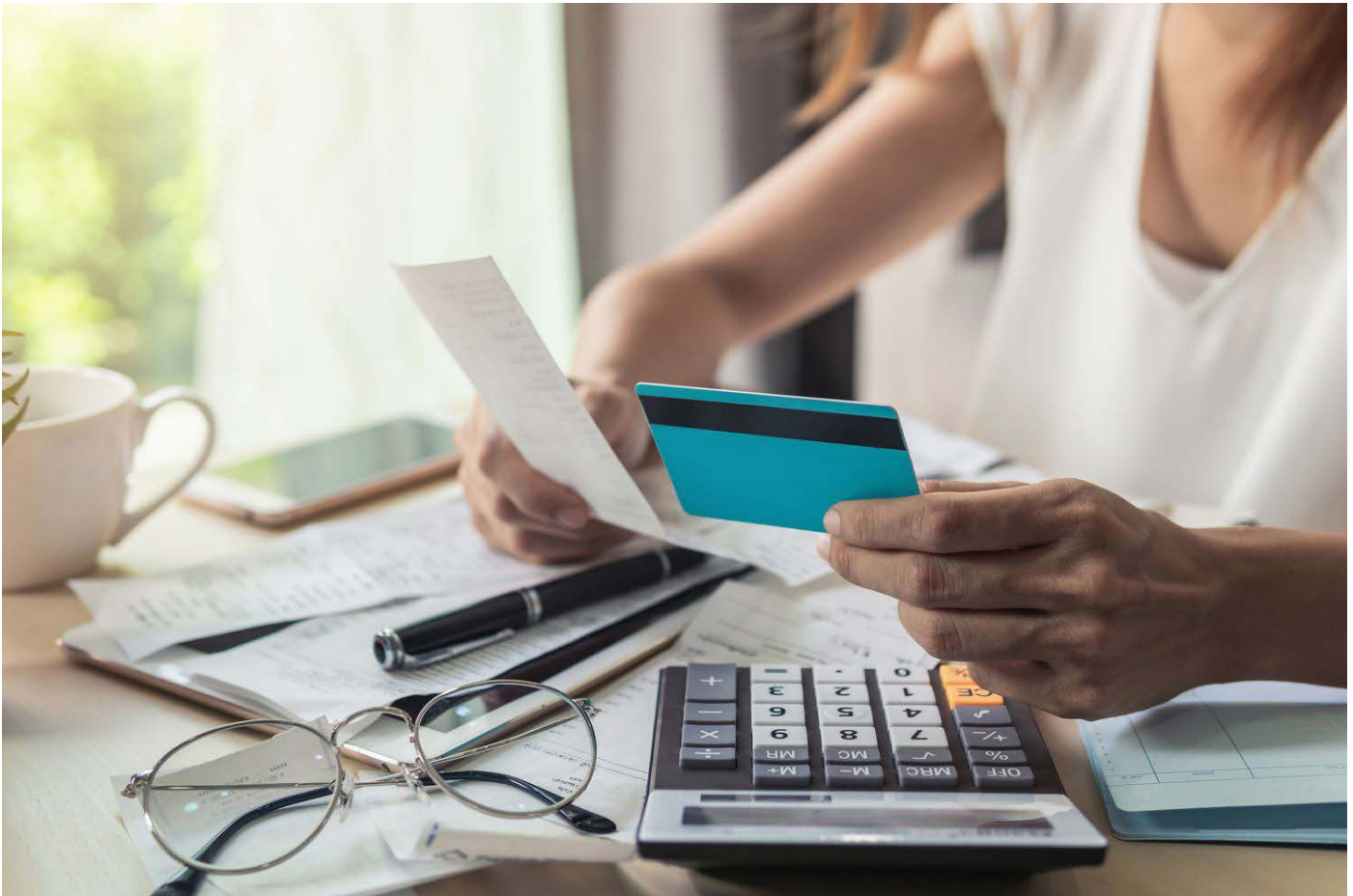
12 STS de 15 de julio de 1988.

13 ZUNZUNEGUI, F., *et al. Regulación financiera y fintech*: Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 264.

14 HERAS HERNÁNDEZ, M. "El modelo de responsabilidad civil de las entidades financieras en función de su profesionalidad". *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 27, Madrid, 1998, p. 215.

15 MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L. en Cuñat Edo, V. (dir.). "Protección de particulares frente a malas prácticas bancarias". *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 55, CGPJ, Madrid, pp. 186 y ss.

16 Que crea el Banco Nacional de Fomento de la Vivienda y la Producción (BNV), de fecha 11 de enero del 2004.



vicio, de conformidad con el artículo 24 de la Ley núm. 183-02, opera bajo el principio de libre mercado que rige las operaciones monetarias y financieras, en virtud del cual las tasas de interés para transacciones denominadas en moneda nacional y extranjera serán determinadas libremente entre los agentes del mercado.

Como existe un bien jurídico por tutelar, que consiste en los derechos de los usuarios de los productos y servicios financieros, esta libertad encuentra límites en la regulación que obligan a la entidad a mantener niveles de transparencia y claridad de la información (artículo 52, Ley núm. 183-02). En esa labor regulatoria, la Junta Monetaria, a través de su Primera Resolución de fecha 7 de febrero del 2013, y en ejercicio de su potestad reglamentaria, dictó el Reglamento de Tarjetas de Crédito, que comprende los lineamientos mínimos que deberán seguir las entidades de intermediación financiera que emitan o representen tarjetas de crédito, y los demás entes que intervienen en el procesamiento y uso de este instrumento, en lo que respecta a políticas, procedimientos y operaciones, así como cálculo de intereses, comisiones, seguros y otros cargos. Asimismo, abarca las obligaciones entre las partes, seguridad del instrumento y las informaciones que deberán proporcionar dichas entidades a los órganos de la Administración Monetaria y Financiera.

Portar una tarjeta de crédito es una responsabilidad que asume el tarjetahabiente; como tal, se le atribuye el deber de mantener la integridad del plástico y de reportar a la entidad cualquier caso de robo o pérdida y de cumplir las condiciones de protección acordadas con la entidad (como sería la de cubrir la cuota correspondiente a la póliza de seguros contra robo, pérdida o falsificación). Por su parte, proveer de una tarjeta de crédito a un cliente es una responsabilidad de la entidad, que debe procurar, a través de su sistema de seguridad, y mediante criterios conductuales del cliente a los que tiene acceso, que el uso de este instrumento sea seguro y justo.

De ahí que en nuestro ordenamiento las entidades emisoras de tarjetas de crédito tengan una serie de responsabilidades tendientes a proteger al usuario, pero también a llevar a cabo sus mejores esfuerzos para que exista seguridad en el uso del instrumento y claridad en cuanto a la distribución de las responsabilidades a cargo de cada parte. Entre las obligaciones atribuidas a las entidades emisoras destacamos las siguientes:

- Facilitar los medios por los cuales el tarjetahabiente pueda notificar en cualquier momento la pérdida, robo o falsificación de sus tarjetas y establecer las debidas restricciones en

sus sistemas de autorizaciones para evitar que en tales circunstancias se realicen transacciones con cargo a dicha tarjeta¹⁷.

- Garantizar el funcionamiento de los sistemas de información y posibilidad de bloquear la tarjeta de crédito para evitar que se produzcan eventuales transacciones no autorizadas por el tarjetahabiente como consecuencia de sustracción, robo, pérdida o eventual falsificación de su tarjeta¹⁸.
- Librar al tarjetahabiente del pago de las transacciones no autorizadas que se hayan realizado con posterioridad a la denuncia de robo, pérdida o reclamo por fraude, con excepción de aquellas que se encuentren en proceso de liquidación realizadas con anterioridad al reporte¹⁹.
- Establecer políticas y medidas relativas a la seguridad contra fraudes internos y externos, así como para consumos no autorizados en territorio nacional y en el exterior, que provean la confianza necesaria a los tarjetahabientes²⁰.
- Disponer de sistemas informáticos de monitoreo de transacciones y procedimientos complementarios que le permitan hacer sus mejores esfuerzos para detectar a tiempo aquellas transacciones que puedan corresponder a patrones de fraude o someterlas a mayor escrutinio y verificaciones adicionales con el objetivo de evitar actividades fraudulentas y disminuir la posibilidad de ocurrencia de cargos indebidos, incluyendo los que se deriven de la sustracción o robo de la información contenida en la tarjeta de crédito²¹.
- Establecer mecanismos de protección o contingencia que les permitan cubrir las transacciones no autorizadas que se realicen después de la denuncia del tarjetahabiente, sea titular o adicional, sobre la sustracción o pérdida, fraude y otros, mediante la contratación de pólizas de seguro²².
- Cumplir con su cuota de los costos y el monto de cobertura de los mecanismos de protección o contingencias e informar al tarjetahabiente la cuota que le corresponda asumir y las condiciones de la póliza de seguros²³.
- Abstenerse de transferir al tarjetahabiente el costo de la póliza de cobertura de riesgos inherente a las entidades emisoras de tarjetas de crédito, salvo en aquellos casos en los que el seguro, consentido de manera opcional por este, cubra los riesgos de pérdida o robo del plástico, cuyo costo podrá ser asumido por el tarjetahabiente titular.

Estas reglas, aplicadas a casos prácticos, han permitido a la Administración Monetaria y Financiera fijar criterios interesantes para la atribución de las responsabilidades que toca asumir a

cada parte de la relación. A continuación evaluaremos algunos de estos criterios.

A modo de laboratorio, como tipología de caso frecuente, presentamos el escenario en el que el usuario denuncia una serie de consumos no reconocidos realizados con su tarjeta de crédito. Ante esto, la Administración Monetaria y Financiera se ve frente al reto de determinar a quién darle la razón. Para ello parte de una serie de principios y premisas.

La Junta Monetaria se ha expresado al respecto en los términos siguientes:

Que el tarjetahabiente debe dar cumplimiento a las condiciones de protección acordadas entre las partes, ese sentido se reconoce la guarda de la tarjeta de débito a cargo del usuario, por lo que le corresponde conservarla en estricto apego a las buenas prácticas en la materia. Asimismo, las informaciones contenidas en la tarjeta, tales como la clave, número de identificación personal y confidencial o PIN de seguridad, se consideran informaciones estrictamente secretas, por lo que requiere de la mayor confidencialidad por parte del usuario, siendo éste responsable ante su exposición a terceros, divulgación y otros actos que atenten contra la debida actuación del tarjetahabiente...²⁴.

En esta decisión, la Junta Monetaria aclara que el deber de cuidado, por ser quien conserva la guarda de la tarjeta de crédito, recae sobre el tarjetahabiente, y que existen prácticas entendidas como las adecuadas para su uso y conservación, entre las que se destacan mantener la confidencialidad y estricta privacidad sobre las informaciones relativas al producto. Este es un corolario del deber de la víctima de mitigación de daños que opera en la responsabilidad civil contractual, en virtud del cual se sanciona la negligencia manifiesta.

En otra decisión, en un caso del mismo tipo, la Junta Monetaria resalta que la entidad, a través de sus sistemas de seguridad, debe velar por tomar las acciones preventivas de lugar que eviten la exposición a consumos fraudulentos del tarjetahabiente. En esta ocasión se expresó en los términos siguientes:

Que además, de la evaluación de los hechos se verifica que luego de realizar los mencionados 5 retiros, alcanzando la suma tope de retiros diarios de XXXX sin registro de error alguno y validados de manera regular bajo código de respuesta "0"; el Comité de Dictamen identi-

17 Artículo 28, literal d, Reglamento de Tarjetas de Crédito, dictado mediante la Primera Resolución de la Junta Monetaria, de fecha 7 de febrero del 2013.

18 Artículo 31, *ibid*.

19 *Idem*.

20 Artículo 32, *ibid*.

21 Artículo 33, *ibid*.

22 Artículo 34, *ibid*.

23 *Idem*.

24 Tercera Resolución de la Junta Monetaria del 6 de agosto del 2015.



fica que posteriormente, se realizó un intento de retiro por la suma de XXXX, el cual arrojó el código de respuesta “61” y no fue autorizado, por lo que destaca que, si bien la entidad cumplió con su obligación de no dispensar dichos fondos por haber alcanzado el total de la suma de retiro permitida por día, resulta preciso observar que en atención a la relación de hechos, este intento irrumpe la secuencia de transacciones “regulares” en la cuenta del usuario, en el que pudo servir de indicio para activar su sistema de monitoreo y seguimiento de los consumos del usuario;²⁵.

Como sabemos, “la relación banco-cliente se ha mantenido durante mucho tiempo basada en un contrato entre las partes”²⁶. Sobre la base de esta y sobre este tipo de producto se generan una serie de obligaciones a cargo de ambas partes, las cuales permiten identificar sobre quién recae la responsabilidad por consumos no reconocidos en cada caso. De conformidad con las resoluciones de la Junta Monetaria citadas, sobre el tarjetahabiente pesa un deber de guarda y custodia de la tarjeta, así como de debida actuación y responsabilidad del tarjetahabiente frente a las tran-

sacciones hechas con dicho instrumento (cónsono con el referido artículo 31 del Reglamento de Tarjetas de Crédito).

Estas afirmaciones y disposiciones legales se edifican en la lógica del indicado deber de custodia que reposa en el tarjetahabiente, en virtud del cual la entidad bancaria presume la tenencia o guarda de la tarjeta en manos de su tarjetahabiente, siempre que no haya evidencia suficiente para motivar una “alerta preventiva de la entidad por criterios de alto riesgo en los rangos de parametrización del historial de la tarjeta...”²⁷ o comportamientos de consumo atípicos o sospechosos.

Lo anterior explica que la Junta Monetaria sostenga firmemente el criterio siguiente:

El uso y práctica bancaria en materia de contratación de productos y servicios financieros, que llevan asociado el uso de canales alternos, particularmente la tarjeta de crédito y la tarjeta de débito, se han regido bajo el principio de traspaso de guarda y custodia de estos instrumentos a su titular, -el cliente-principio bajo el cual el titular tiene la responsabilidad de proteger el plástico del uso indebido por parte de terceros. En este escenario legal-contractual, el cliente es responsable de toda

25 Undécima Resolución adoptada por la Junta Monetaria el 18 de noviembre del 2021.

26 GRAHAM R., et al. *Law relating to financial services*, 8.ª ed.: Global Professional Publishing, 2015, p. 1 <traducción propia no oficial>.

27 Tercera Resolución de la Junta Monetaria del 6 de agosto de 2015.

transacción realizada con el instrumento, salvo que haya reportado oportunamente a su entidad la pérdida, robo o usurpación de su tarjeta de crédito²⁸.

Naturalmente, si el tarjetahabiente reporta que ha perdido dicha custodia por motivos como el robo o la pérdida del producto, pues el banco debe proteger y cuidar a su cliente de que ninguna transacción o consumo pueda materializarse una vez tomado conocimiento de que el instrumento no está siendo utilizado por su titular.

Es por esto por lo que, para estos casos, el referido Reglamento de Tarjetas de Crédito sujeta la responsabilidad de la entidad bancaria de asumir el importe de transacciones no autorizadas al reporte previo del robo o pérdida, es decir, que el tarjetahabiente será el responsable de los consumos previos al reporte al banco de estos sucesos. En este tenor, la Junta Monetaria también expone lo siguiente:

... en cuanto a lo expresado por la Oficina de Servicios y Protección al Usuario (Prouuario) de la Superintendencia de Bancos, cuando reconoce que la cláusula relativa a la obligación del usuario de informar de manera inmediata la pérdida o robo de su tarjeta, puede ser generadora de una situación de desequilibrio y que la misma puede provocar una desprotección al consumidor, el Comité de Dictamen es de opinión que dicha interpretación no corresponde a las normas vigentes en la materia. En ese sentido, si bien (...) la entidad no puede sustraerse a las responsabilidades puestas a su cargo atendiendo la falta del usuario en su obligación de informar, no puede concebirse dicha obligación como un desequilibrio en la relación de consumo, toda vez que ésta misma precisamente garantiza el equilibrio entre las obligaciones de las partes²⁹.

Esto último significa que, si bien la falta de reporte inmediato no exime las obligaciones que tiene el banco con relación a la relación contractual con el tarjetahabiente, lo cierto es que el usuario debe informar de manera inmediata la pérdida o robo de su tarjeta. Esto no implica que antes del reporte la entidad no cumpla con su deber de tomar las medidas de monitoreo y prevención de lugar.

Como explicamos, resultan frecuentes los casos de reclamaciones de usuarios que tienen por objeto denunciar transacciones múltiples que califican como fraudulentas. Al momento de la Administración Monetaria y Financiera avocarse a determinar la responsabilidad que pesa sobre cada parte, esto es si en estos consumos hubo una violación al deber de cuidado del tarjetahabiente o una violación al deber de seguridad que pesa sobre la entidad, se deben evaluar cuidadosamente los hechos y las circunstancias particulares del caso. Cuando concurren elementos como

la falta del reporte de robo, que el consumo fue realizado de manera regular con lectura de chip (es decir, con plástico presente) y que el tipo y lugar de consumo no representan un comportamiento irregular que genere una alerta de seguridad, entonces se presumirá que la entidad emisora habrá cumplido con las obligaciones a su cargo.

En una reciente decisión, la Superintendencia de Bancos empleó este criterio con las motivaciones siguientes:

[A] efectuarse el primer de los consumos objeto de reclamo sin preceder denuncia de pérdida o robo de la tarjeta de crédito adicional, sin que se verifique patrones o eventos sospechosos antes de efectuada dicha transacción, sin que se evidencie una estructura secuencial que dejara rastro de alguna anomalía o irregularidad en los sistemas de la entidad por realizarse con presencia de plástico y validación del Chip de la tarjeta adicional, dificultaba el deber de la entidad para efectuar el mejor de los esfuerzos, que permitiera detectar una sospecha de fraude, ante de efectuada la transacción por monto de ***** de fecha treinta (30) de diciembre del año dos mil veintiuno (2021), por lo que, en la especie resultaba esencial la denuncia de la perdido o robo del plástico por parte de la usuaria adicional.

Por el contrario, el escenario es distinto con respecto a transacciones que tengan lugar con posterioridad a que se reflejen en el sistema de la entidad intentos de consumos de manera consecutiva, que sean declinados tras presentar códigos de error. En este caso, en los consumos que se produzcan después de este evento sí se considera que la entidad inobserva su deber de implementar medidas de mitigación contra las transacciones fraudulentas. Entre estas medidas pueden estar el bloqueo del plástico o realizar llamadas al número de contacto del cliente.

Por lo tanto, es únicamente para estas transacciones subsiguientes que se evidencia un incumplimiento obligacional por parte de la entidad que compromete su responsabilidad, como consecuencia de la existencia previa de alertas que era su deber someter a escrutinio, puesto que por los montos y tiempo de ejecución se podría denotar un patrón de consumo con altas probabilidades de fraude, facilitando la comisión de este último, lo cual, ante la pasividad de la entidad, se entiende que no pudo detenerse oportunamente en perjuicio del tarjetahabiente.

Lo que explica esto es que, si bien el tarjetahabiente compromete su responsabilidad al no conservar adecuadamente su instrumento de pago, por lo cual se le hace responsable del primer consumo que reclame, no menos cierto es que si el segundo de los consumos ocurre luego del plástico presentar el intento de consumos por encima del límite de crédito aprobado, toda transacción realizada luego de ello implicaba un

28 Decimocuarta Resolución de la Junta Monetaria del 17 de octubre de 2019.

29 Tercera Resolución de la Junta Monetaria del 6 de agosto del 2015.



deber a ser atendido por la entidad bancaria, quien podría asumir entonces la responsabilidad sobre estos cargos como corolario de su pasividad.

Como vemos, este traslado de la responsabilidad entre un consumo y otro se encuentra debidamente estructurado sobre la base de que los aludidos intentos no solo irrumpen la secuencia de las transacciones “regulares” en la tarjeta del usuario, sino que estos eventos pudieron servir de indicio para activar los sistemas de monitoreo y seguimiento de los consumos objeto de reclamo, más aún si el usuario no presentaba transacciones de manera consecutivas en un mismo día.

En consecuencia, en este ejemplo la responsabilidad de la primera transacción se le atribuye al usuario por efecto de sus deberes de guarda, custodia, y deber de cuidado razonable que pesan sobre él con la adquisición de la tarjeta bancaria, mientras que los consumos subsiguientes se le atribuyen a la entidad por entenderse que ha inobservado las obligaciones que pesan sobre ella de implementar medidas de mitigación contra las transacciones fraudulentas luego de haberse presentado indicios de irregularidad.

Finalmente, ante la duda, es decir, ante el hecho de que la entidad no suministre la evidencia razonable que determine si cumplió con su tarea de prevención y monitoreo, recordemos que opera el principio de favorabilidad o *in dubio pro consumitore*, que ha sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia en los términos siguientes:

14) La excepción a la regla estática de la carga probatoria *actori incumbit probatio* sustentada en el artículo 1315 del Código Civil se justifica en materia de consumo, en el entendido de que el consumidor o usuario goza de una protección especial de parte de nuestro ordenamiento jurídico, y cuyas reglas son de orden público de conformidad con el artículo 2 de la Ley núm. 358-05, del 26 de julio de 2005, General de Protección de los Derechos al Consumidor o Usuario, que además reviste de un carácter constitucional, según el artículo 53 de la Constitución dominicana.

15) La referida protección especial está contenida en la Ley núm. 358-05, cuyo objetivo es mitigar los efectos perniciosos de la desigualdad existente entre los usuarios y los proveedores y así proteger los derechos fundamentales de la parte débil en relaciones de esta naturaleza; tal como se advierte del contenido de varias disposiciones de la citada Ley, a saber: i) Literal g) del artículo 33 que reconoce como un derecho fundamental del consumidor o usuario “Acceder a los órganos jurisdiccionales correspondientes para la protección de sus derechos y legítimos intereses, mediante un procedimiento breve y gratuito”; ii) Literal c) del artículo 83 que prohíbe las cláusulas contractuales que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Siendo uno de los principios que rige el derecho de consumo la máxima jurídica “*in dubio pro consumitore*” (la duda favorece al consumidor), consagrada en el artículo

lo 1 de la aludida Ley, según la cual en caso de dudas las disposiciones serán siempre interpretadas de la forma más favorable para el consumidor.

16) De lo expuesto precedentemente se advierte que, en materia de derecho de consumo, opera un estándar probatorio excepcional al consagrado por el artículo 1315 del Código Civil, en el que le corresponde al proveedor, por su posición dominante, establecer la prueba en contrario sobre lo que alega el consumidor, en virtud del principio “in dubio pro consumitore”³⁰.

Un sinnúmero de escenarios se presta al surgimiento de reclamaciones y litigios entre las partes envueltas en la relación bancario-cliente. La Administración Monetaria y Financiera ejerce, en este contexto, su función arbitral para dirimir conflictos. Al hacerlo, pondera derechos e intereses y toma decisiones apegadas a la norma y a las mejores prácticas, para que, al tiempo de salvaguardar derechos e intereses individuales, también se proteja el interés general, fin último del Estado.

IV. CONCLUSIONES

Reitero, para no olvidar, que el consumidor o usuario de los productos y servicios financieros es un agente de singular protección. Factores como la asimetría de información, la confianza depositada en las entidades de intermediación financiera, los sesgos cognitivos y la concepción de la actividad de intermediación financiera como una de necesaria regulación, justifican que el consumidor o usuario de los productos y servicios financieros goce de una especial protección en su vigente o potencial relación con las entidades de intermediación financiera. Así las cosas, deseo, a modo de reflexión, dejar sobre el tapete las ideas siguientes.

Un sistema financiero sano no solo se compone de entidades altamente profesionalizadas, solventes y con la liquidez necesaria para hacer frente a sus obligaciones, sino también de usuarios de estos productos y servicios financieros capaces, informados, educados y protegidos por la norma, la autoridad reguladora y supervisora y, por supuesto, por las mismas entidades de las que son clientes. Lograr este equilibrio amerita de un esfuerzo conjunto y de la conciencia de todos los actores envueltos, sobre todo de aquellos con mayor vocación para catalizar cambios, que es el escenario descrito el que más ventaja a largo plazo podrá traer al sistema financiero dominicano.

Opino que hacer consciencia de estas realidades nos debe llevar como sociedad a procurar soluciones que, aunque a largo plazo, ataquen la raíz de los problemas. Una propuesta sincera por la que me inclino es llevar la educación financiera y el conocimiento sobre finanzas personales al currículo escolar. Parece insólito que en muchos países, el nuestro incluido, los jóvenes lleguen a la vida adulta universitaria sin entender nociones tan básicas e instru-

mentos tan socorridos como son el préstamo, el saldo insoluto de una deuda, el interés y su naturaleza en ocasiones compuesta que se aplica a las inversiones, la mora, el ahorro, el gasto, la inversión, la tarjeta de crédito y sus fechas de corte y de límite de pago y el pago mínimo, el préstamo hipotecario y cómo adquirir la primera vivienda y los retos que implica esto en nuestro mercado (como impuesto a la transferencia de la propiedad y gastos de cierre), la tabla de amortización de un préstamo, el cheque y sus particularidades, estrategias básicas de inversión en mercado de valores, el presupuesto mensual de una persona, entre otros aspectos que no conciernen a los estudiosos de las finanzas, la administración, el derecho o la economía, o a los ejecutivos de la banca de inversión, sino para todas las personas en su calidad básica de seres humanos que conviven en una sociedad y que son poseedores legítimos de sueños y aspiraciones de crecimiento y superación.

La República Dominicana es un país con niveles de bancarización con notables oportunidades de mejora y entre los mecanismos mediante los cuales este relevante índice podrá verse impactado positivamente está el de promover y ejercer la actividad de intermediación financiera con los niveles adecuados de igualdad, justicia y transparencia, que le permitan al ciudadano común, al hombre y a la mujer de a pie acceder a servicios financieros, aunque sea básicos, y comprenderlos a cabalidad. La responsabilidad es de todos.

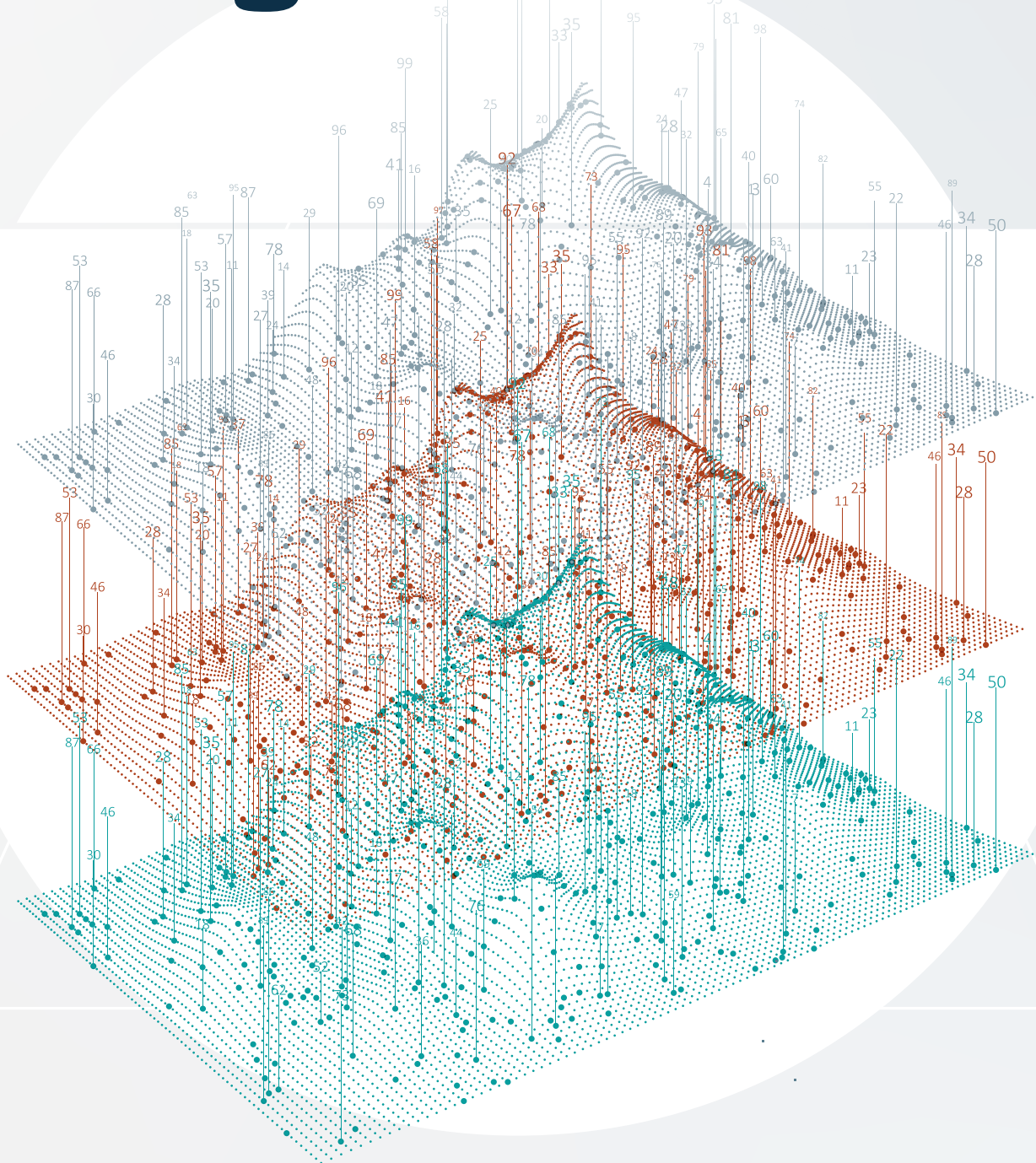
BIBLIOGRAFÍA

- DE LEÓN ARCE, A. “El consumo como realidad social, económica y jurídica”, en DE LEÓN ARCE, Alicia (dir.) y GARCÍA, L. (coord.). *Derechos de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*: Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, tomo I, 2007.
- GRAHAM R., et al. *Law relating to financial services*, 8.ª ed.: Global Professional Publishing, 2015.
- HERAS HERNÁNDEZ, M. “El modelo de responsabilidad civil de las entidades financieras en función de su profesionalidad”. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 27, Madrid, 1998.
- IGLESIAS, J. *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*: Barcelona 1987.
- ISLER, E. “*Del favor debilis al favor consumatore*: consideraciones históricas”, en *Derecho PUCP* núm. 82 (2019), pp. 35-59. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201901.002> [visitado el 10/10/2020].
- LASARTE, C. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*: Madrid, Dykinson, 2015.
- MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L. en Cuñat Edo, V. (dir.). “Protección de particulares frente a malas prácticas bancarias”. *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 55, CGPJ, Madrid.
- RIBÓN E. “Derecho bancario y protección del consumidor”, en ZUNZUNEGUI, F., et al. *Regulación financiera y fintech*: Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.
- SCHÖTZ, G. “El favor debilis como principio general del derecho internacional privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas”, en *Ars Iuris Salmanticensis. Estudios* (vol. 1), 2013.

30 SCJ, 1.ª Sala, 26 de agosto del 2020, núm. 1075-2020, B. J. 1317, en línea, www.poderjudicial.gob.do [consulta: 10 de agosto de 2022].

**DATOS TRANSPARENTES Y REPLICABLES
GRACIAS A NUESTRO**

Catálogo de indicadores



SIMBAD®

NUEVO PORTAL SIMBAD.SB.GOB.DO

SISTEMA DE INFORMACIÓN DEL MERCADO BANCARIO DOMINICANO

Daniela Yermenos Santos

Abogada junior de la Consultoría Jurídica de la Superintendencia de Bancos de la República Dominicana; actualmente cursa una maestría en Derecho Bancario y Mercados Financieros en el Colegio Universitario de Estudios Financieros (CUNEF).
dyermenos@sb.gob.do



ASPECTOS LEGALES DEL MODELO DE AUTORIZACIÓN PREVIA DE LAS ENTIDADES DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

RESUMEN:

Se analiza la responsabilidad que posee la Autoridad Monetaria y Financiera, al amparo del ordenamiento jurídico dominicano, de, tras un análisis de legalidad, determinar si una sociedad comercial que pretenda realizar actividades de intermediación financiera en la República Dominicana reúne los requisitos instaurados por la normativa para ingresar al mercado. Dicho procedimiento, creado a raíz de la naturaleza y especialidad del negocio, está sujeto a la comprobación de múltiples factores, que permitan suponer que la entidad podrá tener un desarrollo sostenible en el tiempo.

PALABRAS CLAVES:

Autorización previa, modelos, riesgos, regulación, normativa, crisis bancaria, mejores prácticas, aprobación, mercado financiero, entrada, potestades, entidades de intermediación financiera, Autoridad Monetaria y Financiera, República Dominicana.

INTRODUCCIÓN

Las entidades de intermediación financiera (EIF) poseen características únicas que las distinguen de cualquier sociedad comercial que opere en el mercado. Detrás de su funcionamiento debe existir un interés, por parte de todos los sectores involucrados —principalmente del Estado— de que el sistema financiero sea sólido, robusto y con buenos índices prudenciales. Para esto se hace necesario que el mercado esté compuesto por entidades que ayuden a la consecución de dicho objetivo.

Tras ese fin, la Administración Monetaria y Financiera está llamada a evitar la entrada de entidades que, en el presente —o previsiblemente en un futuro— no cumplan con las condiciones previstas en la normativa que le permiten tener un desarrollo sostenible en el tiempo. De ahí que en la República Dominicana se implemente un régimen de autorización previa para la entrada al mercado de entidades de intermediación financiera, por el que el Estado, tras un análisis de legalidad, tiene la potestad de aprobar, observar

o rechazar las solicitudes de aquellas sociedades que pretenden realizar intermediación financiera, bajo la supervisión de la Superintendencia de Bancos en calidad de ente regulador y supervisor de dichas entidades.

I. ANTECEDENTES EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

Junto con el nacimiento de la República emprende su camino la regulación bancaria en nuestro país. En ese momento contábamos con disposiciones dispersas que permitían la creación de bancos. Posteriormente, el 15 de noviembre de 1909, se promulgó la Ley General de Bancos núm. 4911, primera norma formal del sector, que contempló la creación y regulación de bancos hipotecarios, emisores y refaccionarios¹.

Dicha ley contemplaba un esquema de supervisión relativamente simple, a cargo de la Secretaría de Estado de Hacienda y Comercio (hoy Ministerio de Hacienda). Es bueno recalcar que en aquella época las operaciones bancarias eran muy limitadas, por no decir

¹ Superintendencia de Bancos de la República Dominicana. "Sobre nosotros". (2020) [en línea]. Disponible en ciberpágina: <https://sb.gob.do/la-sb/sobre-nosotros/>.



casi nulas. No obstante, como parte de la supervisión se estipuló la autorización del Estado como requisito para la apertura de nuevas oficinas bancarias. Desde entonces podemos observar cómo el régimen de autorización previa se encuentra presente en la regulación del sistema financiero dominicano.

Casi cuatro décadas más tarde, en nuestro país se produce la primera gran revolución en la materia. En primer lugar, se modifica la Constitución dominicana con el objetivo de solidificar el sistema monetario y financiero, otorgándole a la regulación monetaria una base constitucional. Mediante esta reforma se creó el órgano rector del sistema: la Junta Monetaria. Consecuentemente, se promulgaron las leyes números 1529 y 1530, ambas del 9 de octubre de 1937, mediante las cuales se crean el Banco Central y la Superintendencia de Bancos de la República Dominicana, esta última bajo la dependencia de la Secretaría de Estado del Tesoro y Crédito Público, a la cual le fue delegada la “aplicación y administración del régimen legal de los bancos”².

El artículo 13 de la citada ley núm.1530 disponía que la Junta Monetaria, mediante las investigaciones que considerara necesario efectuar, antes de otorgar la autorización para la apertura de nuevos bancos, debía cerciorarse de lo siguiente³:

- (a) que el interés público y las condiciones económicas generales y legales justificaran la concesión de la autorización solicitada;
- (b) que la seriedad, la responsabilidad y otras calificaciones de los solicitantes inspiraran confianza.

Resulta interesante la forma en que se concibió el ejercicio de la potestad reguladora de la Administración. Y es que, por medio de las mencionadas disposiciones, se establecía un modelo asemejado a uno cuasiconcesional, en que la Administración efectúa una especie de concesión de un derecho. Cabe resaltar que esta percepción tuvo impacto más allá del régimen de autorización, incidiendo en la resolución de las liquidaciones y salvatajes de entidades bancarias.

² Ley General de Bancos, núm. 1530, de 1947, [en línea]. Disponible en ciberpágina: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/boletin-derecho-comparado/article/view/8529/7626>.

³ Ídem.

A pesar de que en 1965 se promulga la Ley General de Bancos núm. 708, el régimen de autorización previa no sufrió mutación alguna hasta el 2002 con la Ley Monetaria y Financiera, núm.183-02, ley macro en la actualidad del sistema financiero.

II. IMPORTANCIA Y NECESIDAD DEL RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN PREVIA

En primer lugar, surge la interrogante de por qué las entidades de intermediación financiera están subordinadas a un modelo de autorización previa, y, por ende, requieren de una autorización administrativa para ingresar al mercado, y no pueden, como otras compañías, iniciar su vida comercial con los habituales trámites societarios.

El planteamiento de dicha cuestión resulta relevante al constatar que la autorización administrativa entraña una limitación a la libertad de empresa, consagrada en el artículo 50 de la Constitución de la República Dominicana, por lo que solo resulta admisible cuando se considere una medida necesaria y proporcionada. En tal sentido, se refuerza la necesidad de evitar que los controles administrativos previos constituyan barreras injustificadas para la realización de la actividad bancaria⁴.

De tal forma lo ha establecido la jurisprudencia europea, la cual resalta que los controles administrativos previos constituyen una restricción a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, por lo que solo pueden exigirse si se justifican por razones de interés general y se entienden una medida adecuada y proporcionada para alcanzar el fin perseguido⁵.

Por la particularidad que entraña el objeto del negocio en cuestión, de su estructura financiera y de sus acreedores, las entidades de intermediación financiera son sociedades peculiares, que merecen un trato distintivo.

En gran parte del mundo la canalización del ahorro hacia la inversión se realiza a través del sistema bancario, mediante las EIF. La actividad principal de estas sociedades consiste en la captación habitual de fondos del público con el objeto de cederlos a terceros, cualquiera que sea el tipo o la denominación del instrumento de captación o cesión utilizado.

Esta labor implica riesgos considerables, que deben ser monitoreados, mitigados y supervisados por el regulador del mercado, quien posee la significativa tarea de mantener la estabilidad del sistema. La importancia que entraña la naturaleza de las EIF, con miras a fortalecer las macroeconomías y salvaguardar los depósitos, justifica que las EIF constituyan uno de los principales sujetos de regulación por parte del Estado.

Ello es debido a que una mala administración o un incorrecto comportamiento por parte da una EIF no solo provoca la crisis de la entidad misma, sino que pudiera desencadenar corridas de depósitos, aumentando el riesgo de contagio y una consecuente crisis sis-

témica⁶. Asimismo, los mercados podrían perder su confianza en la capacidad del banco para gestionar adecuadamente sus activos y pasivos, incluidos los depósitos, lo que a su vez podría generar una retirada masiva de fondos o una crisis de liquidez.

De manera subsiguiente, los daños que puede generar la potencial insolvencia de una EIF no solo al conjunto de sus acreedores directos e indirectos, sino también al sistema financiero de la jurisdicción donde opere, hace que estas entidades tengan una trascendencia especial⁷ y que se conjugue la necesidad de restringir ciertas libertades consagradas constitucionalmente en aras de proteger el interés general.

De igual forma, a través de aportes doctrinarios comparados se han resaltado las marcadas diferencias entre las entidades de intermediación financiera y las demás empresas, destacándose entre ellas que los riesgos sustanciales son más fáciles de ocultar en los bancos y mucho más difíciles de detectar, así como el alto grado de endeudamiento de las EIF y mayores niveles de apalancamiento que otras entidades⁸.

III. ¿QUÉ ES EL RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN PREVIA?

El régimen de autorización previa a cargo de la Autoridad Monetaria y Financiera de la República Dominicana encuentra su fundamento en el artículo 3 de la Ley núm. 183-02, Monetaria y Financiera, del 21 de noviembre de 2002, el cual establece que “la intermediación financiera está sometida al régimen de previa autorización administrativa y sujeción a supervisión continua”. En esta norma se otorga un plazo máximo de seis meses a las entidades cuya autorización ha sido otorgada para que inicien sus operaciones, so pena de caducidad de la autorización.

Con posterioridad a la puesta en vigencia de la ley macro del sector, las disposiciones contenidas en la Ley Monetaria y Financiera son ampliadas a nivel reglamentario al tenor del Reglamento de Apertura y Funcionamiento dictado por la Junta Monetaria el 11 de mayo de 2004 (en lo adelante, “Reglamento”) y complementadas con otras normas como el Reglamento de Gobierno Corporativo, dictado mediante la Primera Resolución de fecha 2 de julio del 2015 e Instructivo de Evaluación de Idoneidad de Accionistas.

Desde la óptica prudencial, el modelo de autorización previa funge como un mecanismo de salvaguarda a través del cual el regulador persigue evitar circunstancias inherentes a las entidades en su etapa embrionaria, que impedirían que la EIF pueda proyectarse en el mercado o garantizar su mantenimiento en el sistema a largo plazo, como lo son, por ejemplo, la entrada de entidades que no cuenten con una solvencia y un capital suficiente que les respalde, o tener, dentro del sistema, entidades que estén en manos de accionistas o de un equipo gerencial no idóneo, con un manejo excesivo de los riesgos o debilidades de monitoreo.

4 LAGUNA DE PAZ, JC. *Derecho administrativo económico*, 4.ª ed.: Madrid, 2022.

5 Austria, Corte de Justicia, Hartlauer vs. Landesregierung, asunto C-169 (2008).

6 PRATS, E. y CONTRERAS, O. *Derecho de la regulación monetaria y financiera*, 2.ª ed.: Santo Domingo, 2012.

7 GURREA, Aurelio. *Problemas y desafíos en el gobierno corporativo de las entidades financieras*: Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, 2017.

8 HARM, Christian. *Bank management between shareholders and regulators*: Viena, Société Universitaire Européenne de Recherches Financières, 2002.



Sin embargo, es menester resaltar que la preexistencia de este modelo no descarta la posibilidad de que una entidad, previamente autorizada para realizar intermediación financiera, modifique su *statu quo*, alterando las características y valores que permitieron su acceso al sistema en primer lugar.

IV. ALCANCE DEL RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN PREVIA

Las personas jurídicas que estén interesadas en constituir uno de los tipos de entidades de intermediación financiera permitidos por el artículo 34 de la Ley Monetaria y Financiera tendrán que obtener la autorización previa de la Junta Monetaria mediante la tramitación de una solicitud vía la Superintendencia de Bancos, acompañada del proyecto de estatutos y la nómina de los accionistas fundadores.

Al amparo de los artículos 10 y 11 del Reglamento, en el plazo de los sesenta días que otorga la ley a la Superintendencia de Bancos para la evaluación de la solicitud, si el regulador determina que en el proyecto existen elementos que podrían inducir a errores o interpretaciones contrarias a las regulaciones vigentes, dependiendo de la magnitud de estas podrá, mediante comunicación debidamente fundamentada, rechazar el proyecto en su totalidad o requerir las correcciones de las inobservancias, errores o inhabilitaciones detectadas.

Luego de este plazo, en caso de que haya sido requerida la modificación de alguna cuestión, los solicitantes tendrán un periodo de noventa días para efectuar las subsanaciones de lugar y presentar nuevamente la solicitud ante la Junta Monetaria, vía la Superintendencia de Bancos.

El primer punto que examina el regulador en el marco del procedimiento de autorización es el capital mínimo y la condición

financiera de aquella estructura que pretende ser entidad de intermediación financiera. Dicho capital —que es ajustado por aumentos inflacionarios— deberá respaldar las operaciones que efectúe la entidad, y variará dependiendo del tipo de entidad al tenor de lo dispuesto por el Reglamento, que nunca podrá ser inferior a los montos iniciales establecidos por el literal c del artículo 38 de la Ley.

Vale mencionar que las entidades de intermediación financiera en la República Dominicana deben constituirse bajo el vehículo de sociedades anónimas; sus acciones deben ser emitidas en forma nominativa, y el capital debe estar enteramente suscrito y pagado en numerario.

A fin de constatar la condición financiera de la sociedad y su utilidad, son sometidos al escrutinio del regulador múltiples documentos y datos, tales como sistema de captación de recursos, una evaluación de las inversiones en depósitos y valores, provisiones y castigos, el sistema de administración y control de riesgo, estudio de factibilidad económico-financiera del proyecto que contenga los aspectos contenidos en el literal 4 del artículo 11 del Reglamento, así como también algunos supuestos operativos, como los precios de productos o servicios que se proponen comercializar, tamaño estimado de sus operaciones, de la cantidad de clientes, gastos administrativos y demás.

Del mismo modo, se deben estudiar los estatutos de la sociedad, los cuales deben ceñirse a las disposiciones contenidas en la normativa especial del sector, como el Reglamento sobre Gobierno Corporativo, emitido mediante la Primera Resolución dictada por la Junta monetaria el 2 de julio de 2015, y las de derecho común. Es oportuno mencionar que cualquier variación que pretenda realizar-

se al estatus después de la autorización deberá ser aprobada por la Superintendencia de Bancos.

El segundo aspecto por evaluar en el procedimiento de autorización previa es lo relativo a la estructura de propiedad y el control. El supervisor del sistema debe conocer y aprobar la forma en que la entidad ha distribuido el capital social y sus acciones. Es decir, quiénes son los socios que la integran —o que forman parte de un grupo económico cuando estemos en presencia de un centro o grupo financiero— en aras de verificar si estos son considerados como idóneos al amparo de lo dispuesto en el Instructivo, y que no existan causas de inhabilidad, de conformidad con lo dispuesto por el literal *d* del artículo 38 de la Ley Monetaria y Financiera.

En esta revisión se identifican los accionistas relevantes que, de conformidad con la normativa⁹, serán aquellos que posean una participación igual o superior al 3 % del capital social. Es necesario saber quiénes son, qué relación sostienen o que pudieran tener con empresas vinculadas, principalmente para evitar conflictos de interés y situaciones que obstaculicen la libre y efectiva competencia en el mercado, en los términos consagrados en la Ley General de Defensa a la Competencia¹⁰. Se busca prevenir que esta entidad nueva no se dedique a otorgar financiamientos a entes vinculados sin cumplir con las normas prudenciales de rigor.

Además de lo expuesto, con la entrada en vigencia de la Ley núm. 155-17, contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo¹¹, se evalúa la idoneidad no solo de accionistas y consejeros, sino también de los fondos de los aportes que efectúen los fundadores para capitalizar la entidad, cuyo origen lícito deberá comprobarse.

V. POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN

La Administración, cuando asume la regulación de un sector, es dotada de un sinnúmero de potestades, sobre todo cuando se trata de sectores financieros y especiales dentro del sistema económico. Dentro de estas hay potestades regladas y discrecionales.

Esta última existe cuando la Administración debe asumir un juicio tras el análisis de una información, datos o criterios, para la concreción de un acto administrativo. Como se ha visto, antes de la nueva legislación en la materia del 2002 el órgano regulador tenía vasta discrecionalidad en el procedimiento de autorización.

Sin embargo, a partir de la promulgación de la Ley Monetaria y Financiera nuestro ordenamiento jurídico dictamina que para “actuar como entidad de intermediación financiera, deberá obtenerse la autorización previa de la Junta Monetaria, que solo podrá ser denegada por razones de legalidad y no de oportunidad”¹².

Grosso modo pudiera afirmarse que la Autoridad Monetaria y Financiera, en el proceso de autorización, ejerce una potestad reglada, ya que esta acontece cuando la Administración está llamada a comprobar que se cumplen las condicionantes establecidas por la normativa como, en la especie, las requeridas en el artículo 11 del Reglamento, y a establecer la correspondiente consecuencia jurídica, como lo sería, en el caso que nos ocupa, otorgar la autorización. Así fue establecido por Muñoz Machado que “cuando se cumplen estas exigencias, las autorizaciones constituyen procedimientos de control del cumplimiento de la legalidad difícilmente sustituibles”¹³.

No obstante, podría aseverarse que no existe potestad reglada que no tenga un elemento de discrecionalidad ni una potestad discrecional de la Administración para regular que no tenga algo de reglada. En la mayoría de los casos, sobre todo en el sector financiero, la Administración tendrá matices discrecionales para decidir, y en todos los casos de discrecionalidad tiene que haber un marco de ley o reglamentario de cómo ejercer el proceso, pues la discrecionalidad no es arbitrariedad.

Dicho criterio se encuentra establecido en la sentencia núm. 8487-2018, emitida por la Corte Suprema chilena, que reza¹⁴:

Que, en efecto, se debe precisar que, si bien la división doctrinaria entre actos reglados y discrecionales es correcta, lo cierto es que en la realidad no existen actos puramente discrecionales, como tampoco estrictamente reglados; sino que hay actos en que el grado de discrecionalidad otorgado por la ley a la autoridad es mayor o menor. En este aspecto, se debe enfatizar que aún cuando en apariencia se otorgue un alto grado de discrecionalidad a la Administración, siempre existen aspectos que son reglados, cuya transgresión provoca la nulidad.

Además, debe destacarse que la Administración posee cierta capacidad discrecional para desarrollar los reglamentos que establezcan cuáles son los requisitos particulares que serán exigidos para el otorgamiento de la autorización a las entidades que deseen incursionar en el sistema financiero. Esta discrecionalidad reglamentaria y técnica se ejerce por fundamentos muy particulares del sistema y bajo límites particulares.

Así pues, es imprescindible tomar en cuenta el mercado en el que nos encontramos, para tratar las potestades regulatorias del Estado, debido a que existen mercados financieros con características muy particulares que, por ende, generan objetivos regulatorios diferentes.

En el sector bancario, como fue establecido precedentemente, existen diversos fundamentos particulares que sientan las bases para

9 Ley Monetaria y Financiera [en línea]. Disponible en ciberpágina <https://docs.republica-dominicana.justia.com/nacionales/leyes/ley-183-02.pdf>.

10 Ley General de Defensa a la Competencia, núm. 42-08 [en línea]. Disponible en ciberpágina <https://docs.republica-dominicana.justia.com/nacionales/leyes/ley-42-08.pdf>.

11 Ley contra el Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Proliferación de armas de destrucción masiva [en línea]. Disponible en ciberpágina <https://dgii.gov.do/legislacion/leyesTributarias/Documents/Leyes%20de%20Instituciones%20y%20Fondos%20de%20Terceros/155-17.pdf>.

12 Ley Monetaria y Financiera [en línea]. Disponible en ciberpágina: <https://docs.republica-dominicana.justia.com/nacionales/leyes/ley-183-02.pdf>.

13 MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado”. Revista Española sobre Derecho Administrativo, 2014.

14 Chile, Corte Suprema, Tercera Sala, 24 de septiembre de 2018, sentencia núm. 8487-2018 [en línea], <https://aldiachile.microjuris.com>.



el ejercicio de la discrecionalidad, como, por ejemplo, los preceptos a los que llama el sistema de supervisión basado en riesgo que promueve el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, utilizado en la actualidad por el ente regulador, mediante el cual se consideran todas las posibles amenazas del sistema financiero para aplicar medidas oportunas de manera preventiva.

Ahora bien, dicha discrecionalidad debe ser ejercida teniendo como límites los principios que cimientan el procedimiento administrativo, como lo son principio de legalidad, igualdad y no aplicación singular, objetividad, razonabilidad y proporcionalidad, confianza legítima, buena fe, seguridad jurídica y precedente administrativo, entre otros.

VI. RETOS FUTUROS

Ordinariamente, la regulación bancaria ha visto dificultades para seguir a la par el ritmo acelerado que posee el mercado, intensificado en la última década con el desarrollo de nuevas tecnologías. Atinadamente lo expresó el jurista Tomás Fernández: “la regulación bancaria ha venido construyéndose de atrás hacia delante”. Es decir, llegaba una crisis, se aprendía de ella y por vía de consecuencia se regulaba.

Sin embargo, la regulación constituye una piedra angular del desarrollo de los mercados financieros. En consecuencia, los supervisores deben estar orientados, más allá de evitar este rezago normativo, a dar un paso más amplio que el mercado y crear las bases que permitan cubrir las necesidades que la evolución digital trae consigo y la adaptación de las condiciones cambiantes del mercado.

BIBLIOGRAFÍA

- Austria, Corte de Justicia, Hartlauer vs. Landesregierung, asunto C-169 (2008).
- Chile, Corte Suprema, Tercera Sala, 24 de septiembre de 2018, sentencia núm. 8487-2018 [en línea], <https://aldiachile.microjuris.com>.
- GURREA, Aurelio. *Problemas y desafíos en el gobierno corporativo de las entidades financieras*: Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, 2017.
- HARM, Christian. *Bank management between shareholders and regulators*: Viena, Société Universitaire Européenne de Recherches Financieres, 2002.
- LAGUNA DE PAZ, JC. *Derecho administrativo económico*, 4.ª ed.: Madrid, 2022.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado”. *Revista Española sobre Derecho Administrativo*, 2014.
- PRATS, E. y CONTRERAS, O. *Derecho de la regulación monetaria y financiera*, 2.ª ed.: Santo Domingo, 2012.
- REPÚBLICA DOMINICANA. Ley contra el Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Proliferación de armas de destrucción masiva, Ley contra el Lavado de Activos, núm. 155-17 [en línea]. Disponible en ciberpágina <https://dgii.gov.do/legislacion/leyesTributarias/Documents/Leyes%20de%20Instituciones%20y%20Fondos%20de%20Terceros/155-17.pdf>.
- Ley General de Bancos, núm. 1530 (1947), [en línea]. Disponible en ciberpágina: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/boletin-derecho-comparado/article/view/8529/7626>.
- Ley General de Defensa a la Competencia, núm. 42-08 [en línea]. Disponible en ciberpágina <https://docs.republica-dominicana.justia.com/nacionales/leyes/ley-42-08.pdf>.
- Ley Monetaria y Financiera, núm. 183-02 [en línea]. Disponible en ciberpágina <https://docs.republica-dominicana.justia.com/nacionales/leyes/ley-183-02.pdf>.

Iván José Santana Duval

Abogado, magíster en Derecho Administrativo y de la Regulación Económica por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, estudios especializados en Supervisión Bancaria, especialista de innovación e inclusión financiera en la Superintendencia de Bancos de la República Dominicana.
 isantana@sb.gob.do



REGTECH Y SUPTECH: CLAVES DE LA SUPERVISIÓN EN EL SISTEMA FINANCIERO

RESUMEN:

Se analiza el impacto de la tecnología en la manera de regular y supervisar todos los actores del sistema financiero y, en concreto, las tecnologías *regtech* y *suptech*, nombres formados de la contracción de las palabras en inglés *regulatory technology* y *supervisory technology*, respectivamente.

PALABRAS CLAVES:

Supervisión, regulación, cumplimiento, *extra situ*, *fintech*, *regtech*, *suptech*, crisis, cambio, tendencia, sistema financiero, República Dominicana.

A la fecha, con los nuevos tiempos y situaciones que hemos estado viviendo en este último año y medio, los individuos se han visto obligados a evolucionar y comportarse de otras formas alineadas a la nueva realidad; una prueba de esto es el sistema financiero. Este ha tenido cambios significativos en la manera de regular y supervisar a todos los actores que forman parte de él, los cuales se encuentran sometidos al cumplimiento regulatorio de un sinnúmero de normas. Ello implica que los entes reguladores de la actividad monetaria y financiera deben hacer cumplir todos estos instrumentos legales y normativos y a su vez monitorear el comportamiento de los agentes económicos.

En ese mismo orden, partiendo de la situación pandémica que nos ha ocupado, a raíz de los notables cambios en la supervisión bancaria y cambiaria, la popularmente conocida supervisión *extra situ* o a distancia ha venido a relucir y a desempeñar un papel de mucha más importancia en la actualidad. En nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en la Ley núm. 183-02, Monetaria y Financiera (en lo adelante “LMF”), se consagra este tipo de supervisión con el nombre de “análisis de gabinete”¹, indicando que las entidades de intermediación financiera están obligadas a remitir las informaciones solicitadas por la Administración

Monetaria y Financiera en la forma que esta establezca y requiera reglamentariamente.

Esta figura de la supervisión a distancia ha estado contemplada en nuestra legislación desde sus inicios, ya que los componentes de este tipo de vigilancia permiten tener el acceso necesario a toda la información y documentación existente en las entidades, provocando así una mejor toma de decisiones y a la vez funcionando como punto de partida de una futura supervisión *in situ* (en el lugar), la cual no deja de ser necesaria. Ahora bien, con la imposibilidad de llevar a cabo el acostumbrado calendario de supervisiones *in situ* en las entidades, los métodos de supervisión *extra situ* se han tenido que reforzar y ser aún más fuertes para lograr, en primer lugar, un eficaz control del sistema financiero por parte del regulador y, en segundo lugar, un cumplimiento regulatorio óptimo por parte del regulado. Así las cosas, de esta manera se materializa la importancia que ha estado tomando esta supervisión a distancia, tal como hemos venido mencionando.

En vista de las necesidades, tanto del regulado como del regulador, de, por un lado, poder cumplir con toda la regulación y lo solicitado por la Administración y, por otro lado, poder supervisar y explotar todas las informaciones remitidas por sus supervi-

¹ Artículo 57, literal a. Ley núm. 183-02, Monetaria y Financiera, del 3 de diciembre del 2002.



sados, viene a inmiscuirse la tecnología, concepto que en los últimos años se encuentra presente en todos los sectores y áreas que imaginamos. En este caso en específico se trata de tecnologías que facilitan tanto el cumplimiento regulatorio como la supervisión de este, las cuales a su vez facilitan y fortalecen la supervisión a distancia.

Antes de abordar lo correspondiente a este tipo de tecnología, es preciso destacar que estas surgen del fenómeno denominado *fintech*, nombre proveniente de las palabras *financiamiento* o, en español, tecnología financiera, “el cual se refiere al uso de la tecnología para generar soluciones financieras, por lo que, FinTech hoy en día es visto como un matrimonio de servicios financieros y tecnologías de la información”².

Ahora bien, en vista de la madurez que ha venido tomando el concepto anteriormente presentado y a raíz de que cada día que pasa las *fintech* tienen más presencia en las distintas operaciones y acciones que tienen lugar en el sistema financiero, surgen las mencionadas tecnologías que nos ocuparemos de tratar en su

totalidad. Estas son las llamadas *regtech* y *suptech*, nombres formados por la contracción de las palabras en inglés *regulatory technology* y *supervisory technology*, respectivamente.

REGULATORY TECHNOLOGY, O REGTECH – TECNOLOGÍA DE CUMPLIMIENTO REGULATORIO

Conforme el regulador financiero del Reino Unido, la Financial Conduct Authority³ (Autoridad de Conducta Financiera) o FCA, por sus siglas en inglés, pionero en el tema, establece que las “*regtech* es un subsegmento de FinTech que se enfoca en tecnologías que pueden facilitar la entrega de requisitos regulatorios de manera más eficiente y efectiva que las capacidades existentes”⁴. Esto quiere decir que este tipo de herramientas mejoran notablemente el cumplimiento normativo de las entidades de intermediación financiera ante sus reguladores y, más específicamente, mediante la supervisión a distancia, a través de la cual se solicitan las informaciones que son remitidas por vía de estas tecnologías de cumplimiento regulatorio.

2 ARNER, Douglas, BARBERIS, Janos, y BUCKLEY, Ross P. “FinTech, *regtech* and the reconceptualization of financial regulation”, *Northwestern Journal of International Law and Business* (octubre 2016), <http://ssrn.com/abstract=2847806>, p. 3.

3 Financial Conduct Authority o Autoridad de Conducta Financiera: Regulador conductual de aproximadamente 51,000 firmas de servicios financieros y mercados financieros en el Reino Unido y el supervisor prudencial de 49,000 firmas, y establece estándares específicos para aproximadamente 18,000 firmas. Disponible en: <https://www.fca.org.uk/about/the-fca>.

4 Feedback Statement, Financial Conduct Authority, “Call for Input on Supporting the Development and Adopters of RegTech”, 3 (julio 2016).

Visto el concepto de *regtech*, a la hora de hablar de esta tecnología debemos remontarnos al año 2008, época en la cual surgen y de igual manera tuvo lugar una crisis financiera global que configuró la manera de regular y supervisar a las entidades de intermediación financiera. Este dato nos parece curioso y de suma importancia, ya que, como venimos mencionando, en la actualidad hemos estado enfrentando una crisis sanitaria, lo que quiere decir que las crisis provocan cambios rápidos y significativos en la sociedad, lo que fortalece aún más nuestra tesis de que la supervisión bancaria se ha estado y se estará reforzando cada vez más con herramientas tecnológicas.

Básicamente, estas herramientas se dedican a tres puntos:

- i) Identificación (verificación de clientes o terceros prestadores, productos, datos, normativas); ii) monitoreo y detección (seguimiento y determinación de incumplimientos derivados de relaciones, operaciones o transacciones); y, iii) reporte (información periódica o de cumplimiento coyuntural)⁵.

Tal y como vemos, *regtech* ayuda a las entidades a identificar, monitorear, detectar y reportar todo lo que realizan en el sistema, prueba fehaciente de que ciertamente esto simplifica el cumplimiento y la supervisión basada en riesgos del regulador. Yéndonos aún más allá, la aplicación de estos métodos en el cumplimiento de las entidades pareciera suponer que en principio no se necesitaría supervisión *in situ* debido al rápido, automático y eficaz cumplimiento, a no ser que se suscite una situación particular o algún incumplimiento por parte del agente económico.

De igual forma, ante el aumento de oferta de productos y servicios novedosos, y de negocios cada vez más rápidos y no presenciales presentados a los usuarios financieros por parte de las entidades de intermediación financiera, *regtech* desempeña un papel esencial, ya que, al igual que los productos y servicios tradicionales, este nuevo mercado debe ser supervisado y controlado por el regulador, por lo que herramientas tecnológicas como estas podrían permitir borrar incertidumbres regulatorias que se presentan hoy en día de cara a los nuevos métodos de ofertar servicios y productos financieros.

Tomando en cuenta lo anterior, se entiende que *regtech* no solo se presenta para poder cumplir con la reportería a la que están obligadas las entidades, sino que es un mundo totalmente completo que cuenta con múltiples facetas favorables para el sistema. *Regtech* va desde el simple envío automático y acelerado de información a la inteligencia artificial, aprendizaje automático, aprendizaje profundo y demás métodos novedosos tecnológicos actualmente existentes que nos ayudan a poder detectar fraudes, blanqueo de dinero, conocer nuestros clientes, evaluar riesgos, pre-

venir crisis, detectar incumplimientos, supervisar las operaciones de la entidad y un sinnúmero de funciones más que podrían facilitar la total excelencia de cualquier sistema financiero.

Sin embargo, no todo lo obtenido vía *regtech* son bondades, ya que nos podemos enfrentar a ciertas situaciones negativas. A pesar de esto, para beneficio de este mismo y el sistema financiero en general, el principal desafío de estas herramientas tecnológicas es el riesgo operacional de poner en práctica una herramienta que no funcione o que no haga lo que está supuesto a hacer. No obstante, se han implementado ambientes llamados *arenas regulatorias* que funcionan como un espacio de prueba en el cual se verifican estas tecnologías. Esto quiere decir que esos riesgos se pueden asumir, ya que la manera de mitigarlos es totalmente segura y no representan amenaza ante la gran cantidad de beneficios que se pueden obtener para pasar con calificación sobresaliente la supervisión de los reguladores, las cuales podrían ser simplemente a distancia.

Luego de haber constatado todo lo anterior y viendo los cambios que se van perfilando en la supervisión del sistema financiero, el *regtech* se presenta como una salvación prácticamente obligatoria, sin ser optativa, para las entidades de intermediación financiera, ya que pudiera hasta representar su supervivencia en los mercados, en vista de que beneficia la supervisión y con una supervisión a distancia eficiente y completa, pareciera que no se necesitaría una inspección de campo.

SUPERVISORY TECHNOLOGY, O SUPTECH – TECNOLOGÍA DE SUPERVISIÓN DE AGENTES ECONÓMICOS REGULADOS

Prácticamente obligados por el surgimiento de las *regtech* y su acogida entre las entidades de intermediación financiera, los reguladores notaron un incremento en la capacidad de cumplimiento regulatorio y buenas prácticas de supervisión, por lo que se hizo inminente la búsqueda de una solución para poder continuar con la supervisión del sistema. Y qué mejor solución que tomar el mismo ejemplo de las *regtech* e implementar tecnología en la tarea supervisora de la Administración para tener la mejor vigilancia del mercado; de esta manera surgen las *suptech* o *supervisory technology* (tecnología de supervisión).

La tecnología de supervisión o *suptech* es el uso de tecnología innovadora por parte de las agencias de supervisión para apoyar su labor, la cual “ayuda a las agencias de supervisión a digitalizar los procesos de información y regulación, lo que resulta en un monitoreo más eficiente y proactivo del riesgo y el cumplimiento en las instituciones financieras”⁶. Tal y como se especifica en el concepto de *suptech* dado por el Bank for International Settlements (BIS), estas herramientas tecnológicas utilizadas por los reguladores lo que hacen es apoyar y a la vez mejorar la

5 VICTORIA CONTRERAS, Omar. “RegTech: Cumplimiento regulatorio y tecnología”, Opinión, *Acento*, (1 de mayo de 2019), [en línea] <https://acento.com.do/2019/opinion/8676816-regtech-cumplimiento-regulatorio-y-tecnologia/>.

6 BROEDERS, Dirk y PRENIO, Jermy. “Innovative technology in financial supervision (suptech) – the experience of early users”, Financial Stability Institute (FSI), Bank for International Settlements (BIS), FSI Insights on policy implementation núm. 9 (julio 2018), <https://www.bis.org/fsi/publ/insights9.pdf>, p. 3.



potestad de supervisión y vigilancia que tiene la Administración, permitiendo que esta pueda realizarse más rápida, efectiva y, lo más importante de todo, a distancia, de manera *extra situ*, particularidad que le da un detalle más valioso debido a que el desplazamiento físico que tiene lugar en la supervisión en el lugar puede representar más costos que beneficios para los supervisores. De esta forma, vemos un indicio de que la aparición de tecnologías de este tipo fortalece y da más importancia a la supervisión a distancia.

De manera esencial, las *suptech* tienen dos áreas de principal aplicación: por un lado, la recopilación de datos y, por otro lado, el análisis de datos.

La primera, relativa a la recopilación, básicamente se encarga de lo siguiente: 1) la información enviada de forma automatizada por los regulados debe ser recibida de igual forma para poder supervisar y verificar que es la correcta; 2) la gestión de estos datos, a través de lo cual se validan para a su vez ser recibidos con calidad; y 3) la asistencia virtual, vital y de suma importancia, ya que a través de mecanismos inteligentes como *chatbots* se pueden satisfacer todas las dudas diarias de las entidades y de esta forma asistir de manera más rápida y eficiente. Es preciso mencionar

que en esta área de las *suptech* lo primordial es la automatización y la poca injerencia del supervisor humano, peculiaridad que suma mucho más a la supervisión de los reguladores, ya que el tiempo ahorrado puede ser empleado en mejoras para la supervisión y el sistema financiero en general.

La segunda, concerniente al análisis, se destaca por las siguientes tareas: 1) la vigilancia del mercado; las herramientas utilizadas en esta tarea, basadas en aprendizaje automático, se encargan de estar atentas a todas las operaciones y transacciones que realizan las entidades, a fin de mantener la estabilidad del mercado; 2) el análisis de mala conducta; a través de esta se da cumplimiento a la detección en el mercado de todo incumplimiento normativo, específicamente todo fraude o blanqueo de dinero que se intente, es decir, que se da cumplimiento a las normas de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (PLAFT); 3) la supervisión microprudencial; también por vía del aprendizaje automático se pueden supervisar y evaluar los riesgos de crédito y de las operaciones que realizan las entidades con sus usuarios, lo que permite evitar cualquier quiebra o salida del sistema de una entidad por falta de evaluación a la hora de otorgar créditos; 4) la supervisión macroprudencial; así como

la supervisión micro, a través de tecnologías podemos verificar si el sistema en general no está estable y qué podemos hacer para llevarlo a esa estabilidad. De esta forma se pudieran evitar futuras crisis financieras.

Vistas las distintas áreas en las que las *suptech* se pueden explotar y obtener los beneficios que hemos venido observando a favor de la supervisión bancaria, específicamente a distancia, podemos mencionar también que estas tecnologías enfrentan distintos riesgos o desafíos, los cuales, conforme al BIS, incluyen aspectos técnicos, de calidad de datos, legales, operativos, de recursos, de soporte interno y prácticos. No obstante, estos riesgos se van mitigando, ya que se caracterizan por ser parte de la falta de madurez de la aplicación de tecnologías de este tipo.

Se ha constatado que ciertamente las tecnologías *suptech* desempeñan en la actualidad un papel importante en la nueva manera de supervisar el sistema financiero, más enfocado en la supervisión a distancia. Evidencia de lo anterior son las distintas experiencias internacionales que podemos ver actualmente.

En ese sentido, cabe destacar que naciones como el Reino Unido (pionera), Singapur, México, Colombia, entre otras, ya han estado implementando e invitando a los actores de sus sistemas financieros a apostar por este tipo de herramientas, ya que los reguladores de estos países también han estado aplicando tecnologías *suptech* que solo mejoran sus tareas supervisoras.

TENDENCIAS DE LA SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

No es secreto que en la actualidad la tecnología es uno de los fenómenos más poderosos y que más inciden en los distintos sectores productivos de las sociedades. Tomando en cuenta la importancia del sector financiero, cabe destacar que de igual forma la tecnología se ha inmiscuido en todas sus aristas y en esta ocasión hablamos específicamente en el caso de la supervisión del sistema por parte de los reguladores y cómo los regulados enfrentan dicha supervisión.

Conforme se ha establecido, los tiempos de crisis incitan el cambio y se puede decir que estamos frente a una supervisión más tecnológica, en la cual han surgido nuevos modelos de negocios tratados anteriormente, denominados *regtech* y *suptech*.

La tendencia internacional se encamina a dar un papel primordial y de más importancia a la supervisión a distancia obligados por la imposibilidad de desplazamiento, por las actividades no presenciales, los productos y servicios novedosos, el uso de las tecnologías en las entidades supervisadas, entre otras razones. Esta situación provoca cambios en la forma en que los reguladores desempeñan su función supervisora y todo pareciera que va enfocado al no desplazamiento y al uso de la tecnología, lo que da el auge destacado a la supervisión a distancia.

En ese sentido, luego de constatar las distintas funcionalidades, beneficios y retos de las tecnologías *regtech* y *suptech* se evidencia que el mundo está apostando a los procesos rápidos, automa-

tizados y no presenciales que garanticen la seguridad y confiabilidad que necesiten. Por tal razón, en el caso que nos ocupa podemos decir que es evidente el cambio en la forma de supervisión que se avecina en el sistema financiero de todos los países, orientado a la supervisión a distancia que permita a los reguladores y los regulados obtener el mayor provecho y ahorrar la mayor cantidad de tiempo, todo en aras de la integridad y salubridad de los sistemas.

En definitiva, se podría decir que el nuevo camino de la supervisión bancaria está dirigido a la supervisión a distancia, la cual tiene sus principales claves en las tecnologías *regtech* y *suptech*, que prometen ser claves para la supervivencia de los reguladores y regulados en el sistema financiero.

BIBLIOGRAFÍA

- ARNER, Douglas, BARBERIS, Janos, y BUCKLEY, Ross P. "FinTech, *regtech* and the reconceptualization of financial regulation", *Northwestern Journal of International Law and Business* (octubre 2016), <http://ssrn.com/abstract=2847806>.
- BROEDERS, Dirk y PRENIO, Jermy. "Innovative technology in financial supervision (*suptech*) – the experience of early users", Financial Stability Institute (FSI), Bank for International Settlements (BIS), FSI Insights on policy implementation núm. 9 (julio 2018), <https://www.bis.org/fsi/publ/insights9.pdf>.
- Financial Conduct Authority (FCA). "About the FCA" (30 de julio de 2019), <https://www.fca.org.uk/about/the-fca>.
- "Project Innovate: call for input" (11 de julio de 2014), <https://www.fca.org.uk/publication/call-forinput/project-innovate-call-for-input.pdf>.
- International Finance Corporation (IFC). "Digital Financial Services: Challenges and Opportunities for Emerging Market Banks", Note 42 (agosto 2017), <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/067d6a0c-f1b5-4457-97aa2982a7dfda69/EMCompass+Note+42+DFS+Challenges+updated.pdf?MO D=AJPERES&CVID=ITM-26u>.
- REPÚBLICA DOMINICANA. Constitución de la Republica Dominicana, G. O. núm. 10805 (junio 2015).
- Ley No. 107-13, sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, G. O. núm. 10722 (agosto 2013).
- Ley No. 183-02, que aprueba la Ley Monetaria y Financiera, G. O. núm. 10187 (3 de diciembre 2002).
- Ley núm. 155-17, contra el Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva, G. O. núm. 10886 (7 de junio de 2017).
- Ley núm. 249-17, del Mercado de Valores, 19 de diciembre 2017.
- Ley núm. 53-07, sobre Crímenes y Delitos de Alta Tecnología, 23 de abril de 2007.
- Reglamento núm. 408-17, de Aplicación de la Ley núm. 155-17, contra el Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva.
- VICTORIA CONTRERAS, Omar, "*Regtech*: Cumplimiento regulatorio y tecnología", Opinión, *Acento* (1 de mayo de 2019), [en línea] <https://acento.com.do/2019/opinion/8676816-regtechcumplimiento-regulatorio-y-tecnologia/>.

Desde el 1908 nuestra misión ha sido impulsar el desarrollo agroindustrial de la región nordeste y constituírnos en la empresa líder nacional en el cultivo, fomento, mejoramiento y procesamiento industrial del cacao, café, naranja, limón, zapote y otros productos del agro.

Visualizamos una región nordeste con un vigoroso desarrollo de sus potencialidades agroindustriales y al Grupo Rizek como en el pasado y en el presente caminando hacia el futuro acompañando a su pueblo y a su gente.

Hoy, nuestra filosofía se basa en optimizar las ganancias y la solidaridad con nuestro pueblo francomacorisano y con todo el pueblo dominicano.

*Impulsando el desarrollo
de San Francisco de Macorís*



María A. Camilo Victoria

Abogada, especialista senior del Departamento de Sanciones de la Superintendencia de Bancos de la República Dominicana.
marialecamilo95@gmail.com
mcamilo@sb.gob.do



EL LABERINTO JURÍDICO DE LAS INSPECCIONES

RESUMEN:

Se abordan, desde una perspectiva jurídica, las potestades de la Administración Monetaria y Financiera en contraposición con principios de la Administración pública desde la óptica de la supervisión, que abarca la posibilidad de detentar potestades usualmente vinculadas a autoridades regulatorias, tales como el acceso a lugares y documentos.

PALABRAS CLAVES:

Inspección, regulación, supervisión, garantías, debido procedimiento, derecho de defensa, EIF, República Dominicana. gestión de riesgos, República Dominicana.

I. LA SUPERVISIÓN COMO MECANISMO DE REGULACIÓN

Para lograr y mantener la estabilidad de los mercados, como es el caso del sector de las entidades de intermediación financiera (EIF), resulta necesario conjugar una regulación y supervisión bancaria efectiva que procure la sanidad del sistema. Son muchas las tendencias y fórmulas que procuran dotar de mejores prácticas a los reguladores para la consecución de sus fines en las inspecciones; un ejemplo de esto es posible extraerlo de los “Principios básicos para una supervisión bancaria efectiva” que propuso en el 2006 el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria, en que se establecen criterios como “independencia, potestades, transparencia”¹, elementos indispensables y necesarios para que los objetivos de la supervisión en el sistema financiero funcionen adecuadamente.

Es así como a nivel local la necesidad de regular los distintos procedimientos que se llevan a cabo en el ámbito de la regulación, especialmente en las labores de inspección bancaria, conjugan una labor que se ha ido construyendo e incluso se ha abocado a permearse con el debido procedimiento administrati-

vo. Todo esto en atención al propio mandato constitucional y tomando en cuenta lo indicado en el artículo 69, numeral 10 de la carta magna, el cual dispone que “las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales administrativas”.

Estas construcciones normativas en el seno de la Administración van acorde a los pronunciamientos dados por las altas cortes dominicanas en referencia a esta figura, al indicar que “... el debido proceso de ley constituye un principio jurídico sustantivo aplicable, en consecuencia a todo ejercicio procesal y en virtud del cual toda persona tiene derecho a determinadas garantías mínimas dentro del proceso en ejecución”². A su vez, el Tribunal Constitucional dominicano ha sido consistente con la defensa del debido proceso en todas las esferas de la Administración, al pronunciarse de la siguiente manera:

El debido proceso no sólo ha de ser observado en aquellos casos que se ventilan en el ámbito de los órganos encargados de impartir justicia, sino que todas las instituciones estatales

1 Principio 1. Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz, octubre de 2006 (bis.org).

2 SCJ, 3.ª Sala, 22 de agosto de 2018, núm. 540, B. J. núm. 1293.



donde se llevan a cabo procedimientos que pueden afectar o limitar en algún modo derechos fundamentales de los ciudadanos están en la obligación de respetar las garantías que integran el debido proceso³.

A consecuencia de lo anterior, vemos como la labor encomendada a los entes reguladores amerita de cimientos técnicos y jurídicos fuertes para poder cumplir con la tarea delegada por la Constitución y las leyes en cuanto al procedimiento, razón por la cual es debido que se establezcan siempre pautas que dispongan reglas determinadas para la aplicación de garantías y determinación de deberes, así como implementar los mecanismos de defensa necesarios.

De cara a estos pronunciamientos jurisprudenciales podemos deducir que, aunque no existe una disposición expresa en la Constitución sobre la labor inspectora, esta debe ser contemplada en estos términos y le alcanza de manera directa en cuanto a la función administrativa, teniendo así en consecuencia un reco-

nocimiento constitucional, máxime al especificarse que “todas las personas y órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución...”⁴.

De manera general la potestad de inspección podría definirse como “una actividad administrativa ordinaria de intervención, de carácter ejecutivo para la comprobación del ejercicio de derechos y obligaciones por parte de un particular, con el fin de determinar su adecuación al ordenamiento jurídico, incluyendo así esta actividad la recopilación de datos, vigilancia, investigación y, en especial la verificación del desarrollo ordenado de la actividad de la que el particular sea titular”⁵.

Por consiguiente, la inspección de la actividad financiera es una actividad que es examinada luego de haber transcurrido el momento procesal, es decir, posterior a la ejecución de las actividades que realizan las EIF, y se puede considerar como una potestad *ex post* (después del hecho) para controlar la regularidad de las operaciones y las demás actividades en el ámbito de gestión y control financiero realizadas en las EIF sujetas a inspección.

3 Tribunal Constitucional, TC/0119/14, 13 de junio de 2014, en línea, www.tribunalconstitucional.gob.do/Sentencias.do [consulta: 10 de septiembre de 2022].

4 *Vid.* artículo 6, Constitución de la República Dominicana.

5 JORGE PRATS, Eduardo y VICTORIA CONTRERAS, Omar. *Derecho de la regulación monetaria y financiera*, 2.a ed: Santo Domingo, 2012, p. 189.

Dicha potestad presenta las características que se mencionan en lo adelante sin un carácter limitativo, sino enunciativo. A saber:

1. es una potestad administrativa, lo que quiere decir que se trata de un poder abstracto y genérico otorgado a la Administración pública, de naturaleza instrumental y que deviene de una disposición legal;
2. la inspección es de naturaleza individual; esto quiere decir que no depende ni requiere de la voluntad ni del consentimiento del administrado ni de otros sujetos para su plena eficacia y puesta en ejecución;
3. es una potestad administrativa restrictiva o limitativa de derecho; es la restricción o limitación de derechos del administrado, quien deberá soportarla en la medida de su proporcionalidad y debido a que el objetivo institucional pretende (aspecto necesario de ser reiterado) la satisfacción de un especial y concreto interés público;
4. por último, la configuración como una potestad reglada o discrecional; esto es, el grado de autonomía con que cuenta la Administración Monetaria y Financiera para ejecutar dichas funciones⁶.

En términos llanos, la potestad de inspección es aquella consignada a garantizar el ajuste permanente de las actividades sujetas a control⁷, en virtud de las disposiciones legalmente instituidas y de las que se hubiera establecido en el correspondiente título habilitante.

Estas características evidencian la limitación existente al ejercicio de la potestad supervisora, pues, aunque la Administración goza de un margen de discrecionalidad al momento de ejercer sus facultades, esta debe practicarse conforme a los parámetros legalmente permitidos, de modo que pueda garantizarse una ejecución de potestades apegada al debido proceso.

II. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA SUPERVISIÓN BASADA EN RIESGO (SBR)

Es un lugar común la afirmación de que las inspecciones a cargo de los reguladores traen consigo la posibilidad de tener acceso a información, documentos, e incluso acceso a lugares, lo que permite concretizar la potestad y facultades del inspector en virtud del perímetro de supervisión establecido en la regulación. Y es que se considera parte de los objetivos de la regulación que se logre valorar el riesgo de las operaciones o conductas y de esos resultados pueden derivarse actos que implican solicitar y recomendar ciertas correcciones a sus actuaciones y tienen efectos en la determinación de la voluntad.

Como ejemplo de esto, y tomando en cuenta la necesidad de fortalecer el régimen de supervisión, para el año 2013⁸ la Super-

intendencia de Bancos de la República Dominicana implementó mediante instructivo el modelo de supervisión basada en riesgo (SBR), modelo de supervisión que se encuentra contemplado también en las demás normas y que tiene como objetivo medir, controlar y mitigar los riesgos asociados a los negocios que realizan las EIF. Estas directrices suponen pautas que permiten establecer, mediante mecanismos formales, lineamientos tendientes a fortalecer la actividad de supervisión, con enfoque ya no en el antiguo modelo de cumplimiento, sino de cara a los riesgos de las operaciones que realiza el supervisado dentro del marco de libertad de su ejercicio empresarial.

Este instrumento representa una importante fuente normativa en lo que respecta a garantías y seguridades para la labor supervisora, puesto que su aprobación detalla la manera en que se llevarán a cabo los procesos de inspección o supervisión, lo que brinda una doble garantía legal tanto para el supervisor (porque lo vincula administrativamente a una norma) como para el supervisado (porque conoce y sabe qué esperar de la forma en la que el Estado evaluará el ejercicio de sus negocios). Basta con mencionar, como muestra de esta garantía, el documento denominado “Carta constancia”, el que resume los hallazgos identificados por el supervisor en el proceso de inspección; el propio procedimiento otorga la oportunidad al supervisado de conocer el contenido de los resultados y que a su vez haga una especie de uso de su “derecho de defensa” y presente cualquier tipo de prueba o argumentos sobre los descubrimientos, antes de la emisión del informe de inspección.

De cara a este último ejemplo podemos afirmar que desde el punto de vista normativo la República Dominicana ha evolucionado institucionalmente de forma positiva frente a los principios del debido proceso y de los que la Superintendencia de Bancos ha hecho acopio con su incorporación, mostrándose a la altura de las nuevas tendencias en el devenir de la Administración. Estos principios brindan la oportunidad de establecer en la práctica un carácter más garantista desde el punto de vista procesal que procure estandarizar de manera específica los criterios que han de tomarse en cuenta para formar a los supervisores, así como las reglas jurídicas procesales que podrían ser aplicables a estos procesos.

III. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO VINCULANTES A LA SUPERVISIÓN: LÍMITES A LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Enfocándonos en las funciones que está llamado a realizar el supervisor, es menester prestar atención a sus actuaciones y los límites al ejercicio de las facultades supervisoras, pues, si bien existe una habilitación legal expresa⁹ para la intervención, no

6 TIRADO BARREDA, José Antonio. “Reflexiones en torno a la potestad de inspección y fiscalización de la Administración pública”. *Derecho & Sociedad* (37), pp. 251-262, en línea, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13177>.

7 MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Los actos-medida (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2011, núm. 9, pp. 135-159.

8 Vid. Circular SB CC/003/2013, que aprueba el Marco de Supervisión Basada en Riesgo.

9 Vid. artículo 57, Ley Monetaria y Financiera, núm. 183-02.



menos cierto es que dicha función debe ejercerse conforme a las garantías procesales.

Si bien no existen normas concretas con carácter de ley que describan un procedimiento formal para la función administrativa de supervisión, el sector especializado (en este caso el monetario y financiero) sí ha dictado, como se ha mencionado, normas internas que permitan que las funciones administrativas que debe ejercer el regulador se ejecuten de conformidad con los principios constitucionales y de la normativa vinculante.

Lo anterior nos permite afirmar que existen oportunidades para que los principios generales de derecho se puedan trasladar y aplicar al régimen de supervisión con mayor ahínco y fundamento, puesto que, como parte del ejercicio de evaluación, es necesario entender que pueden darse momentos particulares en el ejercicio de la potestad inspectora de la Administración en los que deba tomarse en consideración la compatibilidad entre los principios generales del derecho administrativo y los principios propios de supervisión.

A continuación nos permitimos analizar algunos de los principios administrativos y de derecho general que, a nuestro juicio, tienen una mayor relevancia en el desarrollo de la actividad de supervisión, tomando en cuenta la importancia que se le debe dar a su adherencia al marco normativo del régimen de supervisión.

III.1. PRINCIPIO DE JURIDICIDAD COMO PRINCIPIO DE ACTIVIDADES PERMITIDAS

El principio de juridicidad es aquel en cuya virtud “toda la actuación administrativa se somete plenamente al ordenamiento jurídico del Estado”¹⁰; este se centra en que “las prerrogativas del ente fiscalizador y regulador no resulten ser elementos suficientes para que la Administración actúe libremente”¹¹, es decir, fuera de los límites impuestos por la ley y el ordenamiento jurídico nacional.

Por otro lado, haciendo una analogía con el principio de actividades permitidas dentro del marco técnico de la supervisión, este tiene como objetivo que las actividades autorizadas y la

¹⁰ Artículo 3, Ley núm. 107-13, sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de procedimiento administrativo, del 8 de agosto de 2013.

¹¹ FREUND MENA, Sigmund. *Ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y Procedimiento Administrativo (comentada y anotada)*: Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, p. 25.

habilitación para su ejecución y desarrollo otorgada a las EIF se encuentren definidas de manera clara en el ordenamiento jurídico. Es entonces indiscutible el hecho de que tanto la Administración como las EIF están llamadas a realizar sus actuaciones dentro del marco normado, conociendo así los derechos y deberes que les son otorgados, pero sobre todas las cosas la limitación de su ejercicio.

Visto lo anterior, es posible decir que la Administración solo puede actuar conforme a lo que está legalmente permitido, y, por otro lado, el accionar del supervisado encuentra su límite en las actividades que le son permitidas mediante disposición legal.

III.2. PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA Y TRANSPARENCIA NORMATIVA

De manera subsecuente, dentro de las obligaciones que posee el supervisor se encuentra la de actuar con independencia operativa y transparencia, en vista de que este debe rendir cuentas del desempeño de sus funciones. Ello es debido a que parte de lo que compone esta independencia se asocia con la protección legal que le otorga el marco jurídico y, a su vez, se alinea al principio de imparcialidad e independencia plasmado en la Ley núm. 107-13, sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo.

Igualmente, dentro del principio de SBR se encuentra el de “objetivos, independencia, potestades, transparencia y cooperación”¹², que tiene como propósito que la autoridad que participe en el proceso de supervisión cuente con “independencia operativa y procesos transparentes”¹³. Es así la forma en que se convalida la coexistencia del accionar de los supervisores en el ejercicio de sus facultades, con estricto apego a los deberes de transparentar y actuar con objetividad, de manera que se genere una mayor confianza en el sistema financiero.

III.3. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN Y CAUTELA

En otro orden se encuentra el principio de precaución y cautela, que es una “técnica de gestión de riesgos que permite a las autoridades adoptar decisiones limitativas de la esfera de derecho e intereses de los particulares”¹⁴. Este principio es determinante en la supervisión, ya que permite que se tomen medidas preventivas en el marco de un posible riesgo existente, siendo lo principal que aun exista una falta de certeza y que esta no resulte un motivo para aplazar las medidas que se deben tomar. Por lo tanto, una vez se tomen acciones de esta naturaleza, estas deberán estar fundamentadas y demostrarse que su origen radica en una acción preventiva para evitar las circunstancias que se pudiesen dar en el marco del ejercicio de la supervisión bancaria.

III.4. PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN COMO VINCULACIÓN CLAVE AL RÉGIMEN DE SUPERVISIÓN

Tener una definición específica de “buena administración” ha sido razón de debate entre los grandes doctrinarios expertos en derecho administrativo. En ese sentido, dentro del marco de estudio que hemos realizando han sido dos los aspectos fundamentales que pudieran darle vida a lo que sería su manifestación. Y es que el principio de buena administración manifiesta pilares de fortaleza como los siguientes: i) el actuar con apego a las prerrogativas de los ciudadanos¹⁵, y ii) la responsabilidad que se encuentra a cargo de la Administración y quienes se encuentran ejerciendo una función pública de realizar una buena administración.

Unido a lo anterior, la Constitución dominicana consagra en sí los elementos que conforman el derecho a la buena administración, los cuales son necesarios para garantizar la eficacia de los procedimientos y los derechos de los administrados. Desde un punto de vista técnico y vinculado a la supervisión, podemos decir que las garantías procedimentales tienen singular importancia para el principio de buena administración¹⁶, el cual instruye a la jurisdicción competente a realizar las investigaciones pertinentes y de forma imparcial de las circunstancias en torno a lo ocurrido.

Como es visto, la Administración está llamada a respetar los procedimientos, lo que es el cauce mediante el que se tutelan los derechos de los administrados. Es así que mientras más claras se encuentran las reglas de actuación, así como se establecen los criterios específicos de quiénes cuentan con la capacidad de supervisar, estaríamos entonces frente a un sistema más garantista, que actúa dentro del marco jurídico, mas no únicamente técnico, de supervisión.

LA INSPECCIÓN NO ES SINÓNIMO DEL INICIO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Una vez verificados estos principios y su vinculación con el régimen de supervisión, así como el hecho de que el procedimiento de inspección o supervisión se sigue mediante un conjunto de procesos normados para su correcta implementación, este encuentra vinculación con el posible ejercicio de manera posterior de la potestad sancionadora cuando existan motivos para ello debido a la comisión de infracciones.

Visto esto, es importante hacer énfasis en que la supervisión no es una fase de instrucción de un procedimiento sancionador, sino que esta se realiza con el estricto objetivo de constatar, verificar y obtener la documentación e informaciones pertinentes que muestren la actividad bancaria y la veracidad de accionar del supervisado. De modo que resulta imperante plasmar algu-

12 Vid. Comité de Supervisión Bancaria de Basilea: *Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz*, octubre 2006, p. 3.

13 *Ibidem*.

14 ESTEBAN RÍOS, Javier. *El ejercicio de las potestades supervisoras en el marco del mecanismo único de supervisión*: España, Aranzadi-Thomson Reuters, 2021, p. 128.

15 RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*: España, Aranzadi, 2006, p. 68.

16 Vid. art. 4, Ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y Procedimiento Administrativo.



nas garantías mínimas que les sean aplicadas al supervisado, en lo particular y en el marco de la propia ejecución de la potestad de supervisión, en lo que se refiere a la motivación que da lugar a la inspección, así como el alcance de la actividad de supervisión a la que el administrado será sometido.

En virtud de esto es que existe una delgada línea entre los hallazgos identificados y la presunción de inocencia del supervisado, pues la mera identificación de hallazgos no necesariamente determina una concurrencia de irregularidades ni un posible incumplimiento a las disposiciones legales.

A raíz de esta reflexión podemos entonces determinar que los hallazgos de las inspecciones no necesariamente constituyen motivos para dar inicio a procedimientos administrativos sancionadores. Para esto deben agotarse una serie de pasos que permitan, de conformidad con el debido proceso, demostrar mediante hechos fehacientes y documentos que conforme al resultado del informe de inspección fueron identificados incumplimientos que pueden ser perseguidos por la Administración.

REFLEXIONES FINALES

El régimen de supervisión bancaria está compuesto por distintas aristas, teniendo (como un laberinto) entradas y salidas en distintos lugares constituidas por principios generales parecidos que se entrecruzan y se disponen de tal manera que desde el punto de vista jurídico resulta necesaria una determinación que pueda construir caminos.

El ejercicio de la supervisión se apoya sobre una compleja normativa que, a veces, carece de reglas jurídicas expresas para ser aplicadas a este régimen, ya que parte de lo que permite ejecutar de manera efectiva el proceso de inspección que se debe llevar a cabo en determinadas circunstancias es la homogeneidad de criterios y contar con un marco normativo que no solo detalle los criterios específicos para llevar a cabo el proceso de inspección, sino que se establezca claramente los criterios de determinación del perfil de quienes las realizan, así como las reglas jurídicas aplicables. Esto tendría como resultado un sistema con mayor garantía de cara a las EIF inspeccionadas y supervisadas, así como del monitoreo de la actividad monetaria y financiera.

Si analizamos lo que pudiera entenderse como una reforma al marco regulatorio del régimen de supervisión, somos de la opinión de que será necesario el fortalecimiento del conjunto de normas dispersas, así como los procedimientos faltantes dentro del marco jurídico correspondiente (aplicación de principios generales de derecho, procedimiento detallados del marco jurídico existente, garantías fundamentales del debido proceso, entre otros), el alcance de la función que estos realizan, establecimiento de los límites y régimen de consecuencias existentes.

Hemos visto cómo los múltiples caminos que conducen a las potestades de supervisión traen consigo innumerables interrogantes sobre las reglas jurídicas aplicables que deben ser tomadas cuenta para su ejecución. En ese sentido, es de considerar que la supervisión bancaria ha tenido una evolución significa-



tiva a través de los años, y que esta tiene un conjunto de aristas fortalecidas que permiten crear mayores posibilidades desde la perspectiva innovadora y que a su vez puede generar una mayor eficacia de la actividad de supervisión basada en riesgo; pero no menos cierto es que debemos continuar con el mismo entusiasmo fortaleciendo el régimen de inspección en nuestro ordenamiento jurídico.

Hemos verificado que en el ordenamiento jurídico dominicano se ha instaurado un conjunto de principios que colaboran con los procedimientos a nivel general y que se encuentran plasmados en el marco del debido proceso. Es por esto que, aunque la supervisión no es meramente una institución jurídica, esta tiene la posibilidad —y diría que la necesidad— de auxiliarse de estos principios generales con el objetivo de garantizar el cumplimiento efecto de los procesos.

BIBLIOGRAFÍA

COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA. *Principios básicos para una supervisión bancaria eficaz*, octubre 2006.

ESTEBAN RÍOS, Javier. *El ejercicio de las potestades supervisoras en el marco del mecanismo único de supervisión*: España, Aranzadi-Thomson Reuters, 2021.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*: Granada, Comares, 2002.

JORGE PRATS, Eduardo. "Constitucionalidad de las sanciones administrativas", *Estudios Jurídicos*, vol. VI, núm. 1 (enero-abril 1996).

— y VICTORIA CONTRERAS, Omar. *Derecho de la regulación monetaria y financiera*, 2.ª ed: Santo Domingo, 2012.

REPÚBLICA DOMINICANA. Ley núm. 107-13, sobre los derechos de las personas en su relación con la Administración y de procedimiento administrativo.

— Ley núm. 183-02, Monetaria y Financiera, del 21 de noviembre de 2002.

— SUPERINTENDENCIA DE BANCOS. Circular CC/003/2013, que aprueba el Manual de Supervisión Basada en Riesgo, abril de 2013.

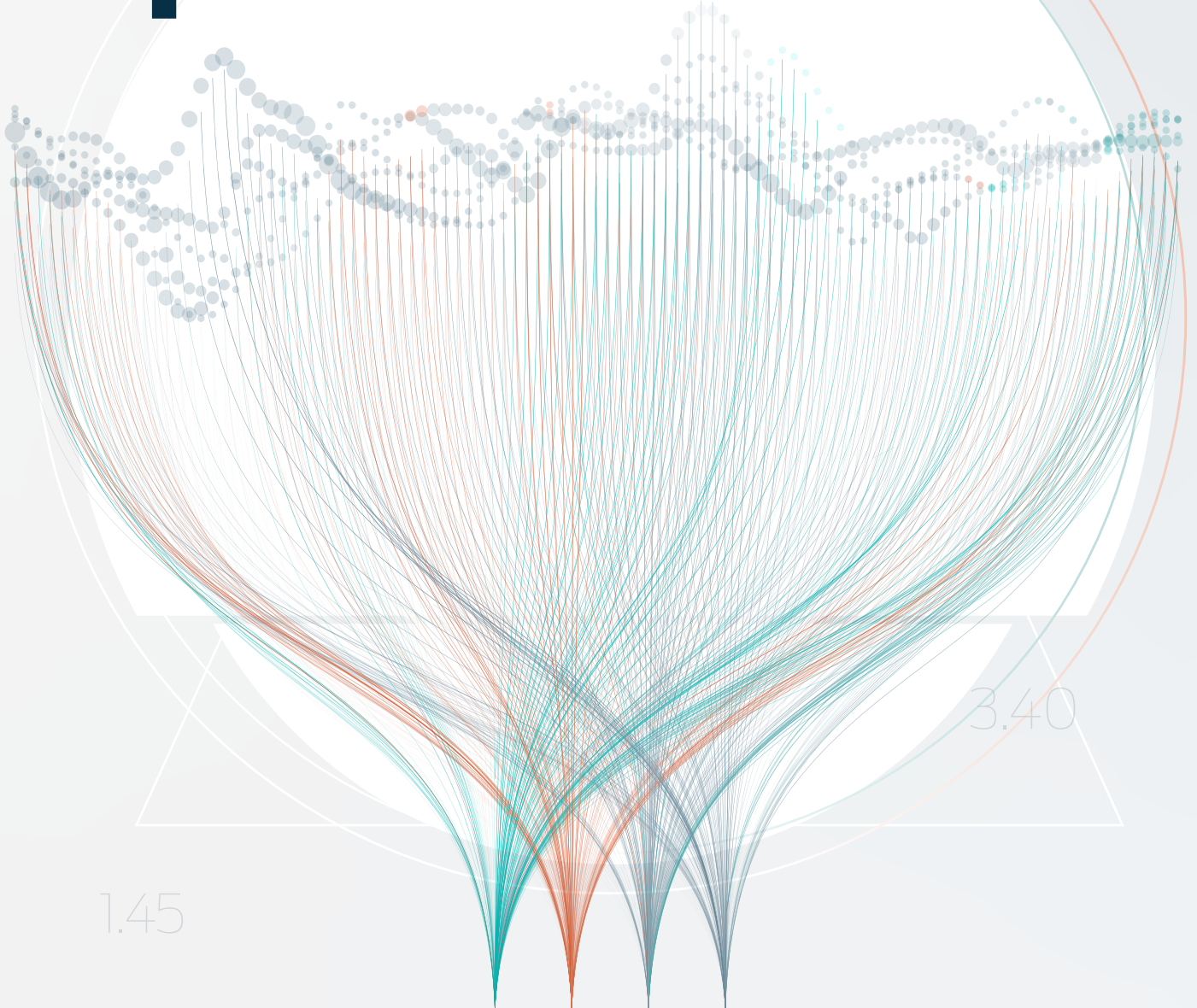
SCJ, 3.ª Sala, 22 de agosto de 2018, núm. 540, B. J. núm. 1293.

TIRADO BARREDA, José Antonio. "Reflexiones en torno a la potestad de inspección y fiscalización de la Administración pública". *Derecho & Sociedad* (37), en línea, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13177>.

Tribunal Constitucional, TC/0119/14, 13 de junio de 2014, en línea, www.tribunalconstitucional.gob.do/Sentencias.do [consulta: 10 de septiembre de 2022].

1.76

INFORMACIÓN FINANCIERA rápida fácil intuitiva



3.40

1.45

SIMBAD[®]
NUEVO PORTAL

SISTEMA DE INFORMACIÓN DEL MERCADO BANCARIO DOMINICANO
SIMBAD.SB.GOB.DO

Pamela Delance Peralta

Abogada, maestría en Derecho Administrativo por la PUCMM, especialidad en Cumplimiento por la George Washington University y en Fiduciarias por la Universidad de la Sabana (Colombia) - FELABAN, especialista senior del Departamento de Regulación de la Superintendencia de Bancos.

pdelance@sb.gob.do



LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS EN EL RÉGIMEN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

RESUMEN:

Se explica, mediante el estudio de la potestad sancionadora, la limitación legal que presenta la Ley núm. 172-13, del 15 de diciembre de 2013, 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.

PALABRAS CLAVES:

Administración independiente, Administración pública, derechos fundamentales, derecho a la intimidad, derecho a la integridad personal, derecho a la privacidad, infracciones administrativas, órgano de control, potestad sancionadora, procedimiento administrativo sancionador, protección de datos personales, sanciones administrativas, sociedades de información crediticia, Superintendencia de Bancos, República Dominicana.

A raíz de la promulgación de la Constitución de la República Dominicana del año 2010, se establece que el Estado debe garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos¹. Es por esto que la Administración pública se encuentra sometida a lo establecido por la Constitución y su actuación debe encaminarse a la protección del interés colectivo y de los derechos de las personas. Por consiguiente, con la finalidad de garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos, el legislador le otorga a la Administración la atribución de imponer sanciones de carácter administrativo cuando el particular o sujeto regulado cometa infracciones tipificadas por la legislación. A este poder que se le otorga a la Administración se le conoce como potestad sancionadora, la cual desempeña un papel esencial en este artículo, debido a que, al analizar la naturaleza misma de esta función administrativa, podemos ver de una manera más clara el yerro procesal des-

plegado por la Ley núm. 172-13, sobre la Protección de Datos en la República Dominicana, que otorga erróneamente una limitación legal al ejercicio de la potestad sancionadora de la Superintendencia de Bancos frente a las actuaciones de las sociedades de información crediticia.

Las Administraciones públicas disponen de potestades sancionadoras de muy diverso alcance, pero que implican en cualquier caso el ejercicio de una potestad de contenido punitivo y aflictivo². Sin embargo, existen límites constitucionales a esta prerrogativa de la Administración, como, por ejemplo, en el ejercicio de la potestad sancionadora establecida por las leyes, es decir, que la Administración pública no podrá imponer sanciones que de forma directa o subsidiaria impliquen privación de libertad³. En este texto constitucional se puede apreciar cómo el constituyente ha establecido que el ejercicio de la potestad sancionadora debe estar establecido por las leyes.

1 Constitución de la República Dominicana. 13 de junio de 2015. Artículo 8.

2 ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de derecho administrativo*, 3.ª ed.: Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 395.

3 Constitución de la República Dominicana, artículo 40, numeral 17.



Esto quiere decir que no todas las entidades de la Administración tendrán la potestad de sancionar: solo podrán hacerlo aquellas que cuenten con una habilitación legal previa y expresa. En consecuencia, podrán interponer las sanciones correspondientes, pero siempre dentro de su margen de competencia, respetando los derechos de las personas (debido proceso y tutela judicial efectiva), y ejerciendo su función administrativa⁴.

Por consiguiente, lo importante de la existencia de la potestad sancionadora de la Administración es fijar con precisión los límites de su ejercicio⁵. No obstante, si bien es cierto que a la Administración se le deben establecer de manera expresa límites en su ejercicio de poder frente a los ciudadanos y que esta, en el marco de su actuación, debe observar los principios del derecho administrativo sancionador, también se debe prever que estos límites no entorpezcan su función como garantista y proveedora de los

servicios públicos que el Estado debe propiciar, ya que es una de sus funciones esenciales, como bien lo señala el artículo 8 de la Constitución de la República Dominicana.

En la especie, la encargada de ejecutar la potestad sancionadora es la Superintendencia de Bancos, la cual es una administración independiente. Eduardo Jorge Prats define a las administraciones independientes como aquellas que se encargan de la regulación de los sectores en los que concurren actividades de utilidad pública, como, por ejemplo, los mercados financieros, telecomunicaciones, energía, turismo, etc., o que afectan derechos fundamentales básicos como el derecho a la intimidad, el honor y el de la libre competencia⁶.

Las administraciones independientes se fundamentan en el carácter de especialización de los sectores económicos regulados, por lo que se busca concentrar la toma de decisiones en

4 JORGE PRATS, Eduardo. "Pro consumidor no tiene potestad sancionadora". Periódico *Hoy* [en línea]. Disponible en: <http://hoy.com.do/pro-consumidor-no-tiene-potestad-sancionadora/>.

5 NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, 5.ª ed.: Madrid, Editorial Technos, 2011, p. 50. ISBN: 978-84-309-5476-6.

6 JORGE PRATS, Eduardo. "De murciélagos a ornitorrincos jurídicos". Periódico *Hoy* [en línea]. Disponible en: <http://hoy.com.do/de-murcielagos-y-ornitorrincos-juridicos/>. Consultado el 21 de septiembre de 2017.

una serie de ámbitos técnicos, económicos y sociales en centros de decisión autónomos e independientes conformados por expertos que contribuyen con estos con objetividad, imparcialidad y conocimiento técnico. Esta neutralidad política en la toma de decisiones y en su aplicación es esencial en el ámbito de la regulación económica⁷. Por tanto, es importante que las administraciones tengan capacidad sancionadora, debido a que estas poseen los conocimientos técnicos de las diferentes áreas sectoriales en las cuales se desempeñan sus potestades reguladoras. Además, estas se encargan de velar por que los supervisados o entes regulados actúen dentro del marco de la ley, y tener cierto poder sobre estos garantiza el cumplimiento de las leyes, reglamentos y decisiones que se emitan en un determinado sector.

Hoy día se puede decir que, aunque se haya avanzado en el desarrollo de normas y principios para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración pública, en especial de las administraciones independientes, como es el caso de la Superintendencia de Bancos, existen muchos vacíos legales, así como leyes en blanco que no plasman de manera precisa las infracciones y sanciones que estas deben imponer, las cuales deben quedar claramente expresadas para el ejercicio de una potestad sancionadora eficiente y garantista. Queda entendido que los diferentes ordenamientos jurídicos deben tener una necesaria regulación expresa, tanto del otorgamiento de esta potestad como de los principios que se deben observar para que el Estado, mediante el ejercicio de este poder, garantice los derechos de cada uno de los ciudadanos supervisados o entes regulados.

Luego de abordar algunos aspectos sobre la potestad sancionadora de la Administración, es importante también presentar algunas consideraciones sobre las sociedades de información crediticia, en vista del rol tan importante que estas desempeñan. La naturaleza del servicio que estas ofrecen, sobre todo dentro de los mercados financieros, es tan importante por el conocimiento de la información crediticia y la solvencia de los titulares de la información, sean estas personas físicas o jurídicas, debido a que a través de estas informaciones las entidades de intermediación financiera y los demás agentes económicos pueden medir y ponderar el riesgo que pueden enfrentar con relación a cualquier operación financiera que contraten.

La Ley núm. 172-13 ha definido a las sociedades de información crediticia como aquellas sociedades comerciales que se dedican a recopilar, organizar, almacenar, conservar, comunicar, transferir o transmitir datos sobre los consumidores, bienes o servicios relacionados con estos, así como cualquier otra información suministrada por los aportantes de datos, a través de procedimientos técnicos, automatizados o no, en forma documental, digital o electrónica⁸.

Las sociedades de información crediticia son utilizadas con la finalidad de que las entidades de intermediación financiera y los agentes económicos puedan ver el perfil crediticio de sus clientes, así como crear los mecanismos de mitigación de los riesgos crediticios y operaciones que pudiesen resultar de la concesión de un crédito a un usuario. Es por esto que esta ley viene a regular su constitución, los principios rectores de sus actuaciones, los derechos de los titulares de la información, deberes y responsabilidades de los bancos de datos, así como las prohibiciones que se les imponen, entre muchos otros aspectos. En vista de su importancia, se hace necesario que exista un órgano de control que inspeccione y vigile sus actuaciones, por lo que la Ley núm. 172-13, en el artículo 29, le otorga esa competencia a la Superintendencia de Bancos de la República Dominicana.

Adentrándonos ya en la casuística que motiva este artículo, la Ley núm. 172-13 limita el ejercicio de la potestad sancionadora de la Superintendencia de Bancos frente a las actuaciones de las sociedades de información crediticia, disposición que impide coaccionar a estas sociedades en caso de incumplimiento a las disposiciones previamente establecidas por la Superintendencia de Bancos, que tiene la competencia de controlar, supervisar y vigilar a estas sociedades. Esto evita que el Estado cumpla con una de sus funciones esenciales, que es la protección efectiva de los derechos de los ciudadanos.

El problema que subyace en este tema es que la Ley núm. 172-13 establece que el órgano de control (Superintendencia de Bancos) deberá realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos y demás disposiciones establecidas en la citada ley, y, sin embargo, limita el marco de actuación del órgano de control y no establece como tal un procedimiento administrativo sancionador, como sí lo establecen otras normas sectoriales.

En ese orden de ideas, el objetivo de este artículo es hacer un llamado de atención para que este yerro procesal sea subsanado, además de plantear que el artículo 81, numeral 2, de la Ley núm. 172-13 limita el ejercicio de la potestad sancionadora de la Superintendencia de Bancos frente a las sociedades de información crediticia, aunque esta es el órgano de control de esos entes regulados, lo cual nos hace cuestionar dicha capacidad sancionadora. No tiene mucho sentido hablar de potestad sancionadora administrativa cuando esta debe estar condicionada a que exista un incumplimiento judicial previo que haya adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada. Por consiguiente, esta disposición es una incongruencia y vulnera los derechos que poseen los titulares de la información, ya que no permite que la Administración pública pueda ejercer una tutela administrativa efectiva.

Dentro de las atribuciones que la Ley núm. 172-13 le otorga a la Superintendencia de Bancos está la de imponer las sanciones administrativas que en su caso correspondan por violación

7 JORGE PRATS, Eduardo. "El Tribunal Constitucional y la cláusula constitucional del Estado Regulador" (clase de Derecho Público de la Regulación, mayo-julio de 2017, en la Maestría Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra), p. 13.

8 Ley Núm. 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, artículo 6, numeral 26.



a las normas establecidas por la citada ley. Sin embargo, el artículo 81, numeral 2, de la referida ley condiciona y limita el ejercicio de la potestad sancionadora a un incumplimiento previo, de manera grave o reiterada, de las disposiciones de las sentencias de los tribunales con la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, al tenor del Código Civil de la República Dominicana, así como a violaciones que se deriven de las infracciones tipificadas en la citada ley.

Esta disposición limita el ejercicio de la potestad sancionadora de la Superintendencia de Bancos como órgano de control, que es un órgano de la Administración pública y se encuentra sometido a lo que establece el principio de vinculación positiva de la Administración y, por tanto, se desvirtúa la naturaleza misma de la potestad sancionadora. Asimismo, obliga al titular de la información a que recurra primero ante la jurisdicción ordinaria (y el largo proceso que esto conlleva) para la protección de sus derechos (lo cual no es razonable ni jurídicamente procedente), cuando estos bien pudieran ser tutelados por la vía administrativa (más expedita y especializada).

Por todo lo anteriormente expuesto, entendemos que corresponde a la Administración pública el conocimiento de las infracciones administrativas, así como la implementación de las sancio-

nes administrativas. En tal virtud, consideramos que la Superintendencia de Bancos es la idónea para conocer en primer lugar de las infracciones tipificadas en la ley y de imponer las sanciones correspondientes a través del procedimiento administrativo sancionador, en virtud de la atribución de órgano de control y poder sancionador que la Ley núm. 172-13 establece.

En consecuencia, el procedimiento administrativo sancionador se debe llevar a cabo dentro del marco de lo que establece la ley, y como esta es una ley en blanco en lo que respecta al desarrollo del procedimiento sancionador que se debe seguir en el régimen de la protección de datos, se hace necesaria una modificación a fin de que quede expresamente establecida en la norma la actuación de la Superintendencia de Bancos en el régimen sancionador de la protección de datos frente a las sociedades de información crediticia, así como la corrección del yerro procesal que establecieron nuestros legisladores, que no entra dentro del principio de razonabilidad.

Por lo tanto, proponemos lo siguiente:

- Que sea modificado el numeral 1 del artículo 81, y que se le agregue que se considerará como una infracción el incumplimiento a las disposiciones establecidas por el órgano de con-



trol, en su rol de supervisor, por parte de las sociedades de información crediticia, así como que estas incurran en alguna de las actividades prohibidas dentro del marco normativo.

- Que se modifique el numeral 2 del artículo 81 para que se corrija el yerro procesal irrazonable actualmente establecido por nuestros legisladores, y que se disponga de manera expresa que el órgano de control tiene la capacidad de sancionar a las sociedades de información crediticia cuando estas incurran en una de las actuaciones prohibidas o en la comisión de alguna de las infracciones administrativas establecidas por este.
- Que se establezca un procedimiento administrativo sancionador en el régimen de la protección de datos, que será llevado a cabo por el órgano de control —así como lo establecen otras normas sectoriales—, observando lo que dispone la Ley núm. 107-13, sobre los Derechos de las Personas en su Relación con la Administración y de Procedimiento Administrativo, del 6 de agosto de 2013, así como agregar el carácter optativo que posee el titular de la información de agotar o no la vía administrativa o judicial.

Esta propuesta de modificación tiene la finalidad de que se corrija la errónea limitación que se le impone a la Superintendencia de Bancos en el ejercicio de la potestad sancionadora como órgano de control de las sociedades de información, así como establecer un procedimiento administrativo sancionador consagrado en virtud del principio de legalidad y de tipicidad, que busca que las leyes consagren de manera expresa las infracciones y sanciones que se impondrán, y el órgano competente

para ejecutar dicho procedimiento. Además, se busca recoger el carácter facultativo de los recursos, en lo que respecta al titular de la información, para que sea él quien decida qué procedimiento desea iniciar para que salvaguarden sus derechos.

Cabe señalar que las sociedades de información crediticia son sujetos regulados por la Superintendencia de Bancos, por lo que deben limitar sus actuaciones a lo establecido en la Ley núm. 172-13, y no deben realizar todo aquello que la ley no les prohíbe, sino más bien limitarse a realizar exactamente lo que la ley les autoriza, en virtud del cuidado que se merecen los derechos a la privacidad, intimidad e integridad de las personas. En ese sentido, como las sociedades de información crediticia manejan dichas informaciones personales, deben estar sometidas a una fuerte vigilancia por parte de su órgano de control, el cual es el responsable de supervisar y controlar sus actuaciones.

En conclusión, la Superintendencia de Bancos tiene un papel de suma importancia y responsabilidad, ya que estamos hablando de la protección de derechos fundamentales como son el de la intimidad, integridad personal y privacidad. Por consiguiente, su ejercicio como órgano de control, tanto en sus atribuciones para emprender acciones como para imponer sanciones, no puede estar limitada solo a las necesarias por las garantías mínimas establecidas en nuestro ordenamiento jurídico para evitar arbitrariedades en su ejercicio. En ese sentido, hemos demostrado la importancia de la modificación de la Ley núm. 172-13, como una forma de mejorar la función del Estado, así como para una eficiente protección y garantía de estos derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de derecho administrativo*, 3.ª ed.: Madrid, Marcial Pons, 2013.
- JORGE PRATS, Eduardo. "De murciélagos a ornitórrincos jurídicos". Periódico *Hoy* [en línea]. Disponible en: <http://hoy.com.do/de-murcielagos-y-ornitorrincos-juridicos/>. Consultado el 21 de septiembre de 2017.
- "El Tribunal Constitucional y la cláusula constitucional del Estado Regulador" (clase de Derecho Público de la Regulación, mayo-julio de 2017, en la Maestría Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra).
- "Pro consumidor no tiene potestad sancionadora". Periódico *Hoy* [en línea]. Disponible en: <http://hoy.com.do/pro-consumidor-no-tiene-potestad-sancionadora/>.
- NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, 5.ª ed.: Madrid, Editorial Technos, 2011, ISBN: 978-84-309-5476-6.
- REPÚBLICA DOMINICANA. Constitución de la República Dominicana, 13 de junio de 2015.
- Ley núm. 107-13, sobre los Derechos de las Personas en su Relación con la Administración y de Procedimiento Administrativo, 6 de agosto de 2013, G. O. 10722, 8 de agosto de 2013.
- Ley núm. 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, G. O. 10737, 15 de diciembre de 2013.

**Gaceta
Judicial**

COLECCIÓN
MONOGRAFÍAS



**EL PROCEDIMIENTO EN DEFECTO
EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL
DESPUÉS DE LAS REFORMAS DE
LA LEY 845 DE 1978**
3.^a EDICIÓN

Fabio J. Guzmán Ariza

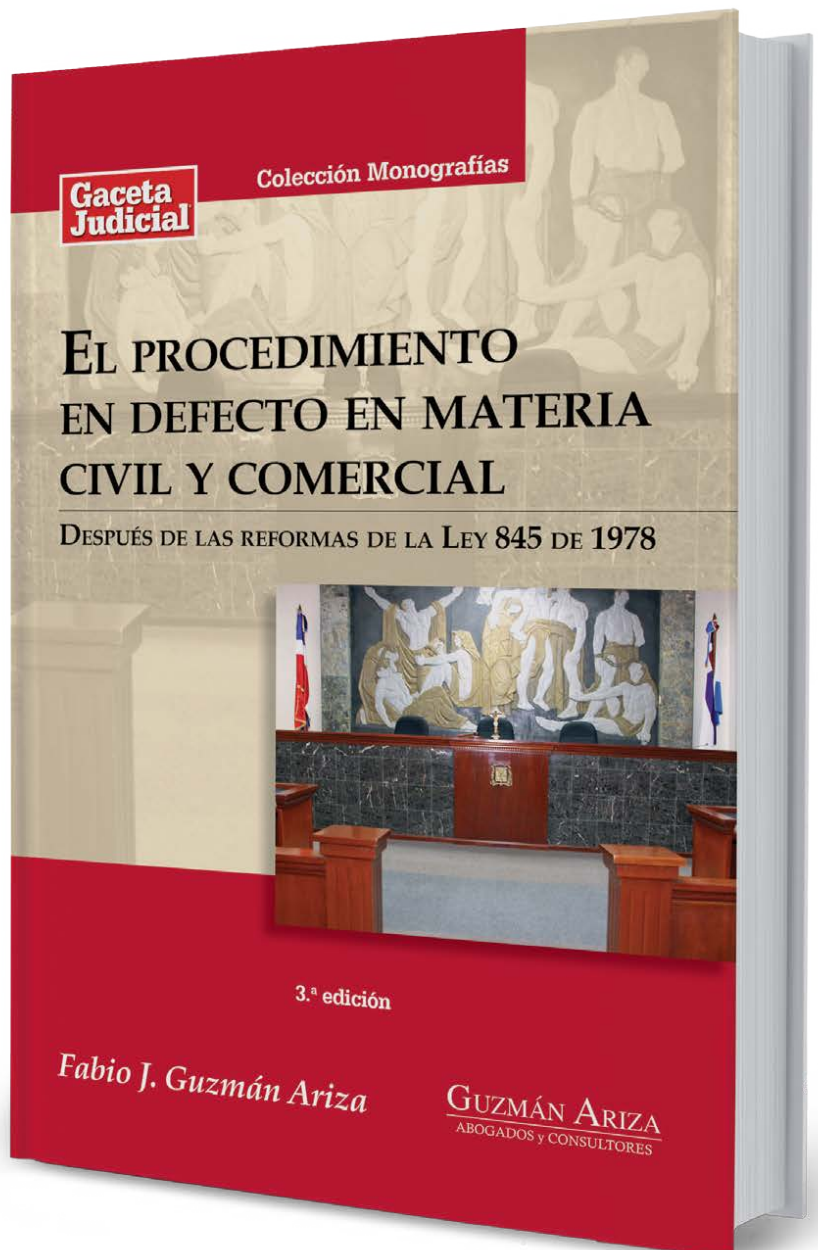
Edición 2020

**Haga sus
pedidos**

**809 540 3455
809 540 3014**

Pablo Casals núm. 12, edificio
Guzmán Ariza, 2.º piso,
ensanche Serrallés, Santo
Domingo 10125, R. D.
libreria@gacetajudicial.com.do

www.gacetajudicial.com.do



Jaime D. Genao

Abogado administrativista y experto en Análisis Económico del Derecho; especialista en regulación económica y en las normas ISO 37001 sobre sistemas de gestión antisoborno y 37301 sobre gestión de cumplimiento, especialista senior en la Superintendencia de Bancos de la República Dominicana.

jgenao@sb.gob.do



EL RIESGO DE VENALIDAD EN LA BANCA: INSTITUCIONALIZACIÓN DE UN MODELO DE PREVENCIÓN Y GESTIÓN DEL SOBORNO EN EL SECTOR FINANCIERO

RESUMEN:

La finalidad de este artículo es proporcionar al lector una visión sobre la importancia de la venalidad dentro del sector financiero. La confianza y la transparencia son los dos pilares fundamentales que sostienen a las entidades de intermediación financiera, por lo que reviste importancia crear estrategias y mecanismos que ayuden a detectar, monitorear, gestionar y corregir este tipo de prácticas para evitar los riesgos inherentes a la venalidad dentro del sistema bancario.

PALABRAS CLAVES:

Venalidad, sistema bancario, riesgo de soborno, sector financiero, prevención, modelo institucional, República Dominicana.

INTRODUCCIÓN

En la mayoría de las economías los bancos desempeñan un papel importante en la movilización del ahorro y la asignación de capital¹. De hecho, el crédito proporcionado por los bancos está en el centro del proceso de crecimiento económico². Con las crisis recientes, este tema llamó más la atención de investigadores y formuladores de políticas. Este aumento de los intereses se debe a que el sistema bancario es el sector más afectado en periodos de crisis. Al respecto, muchos estudios destacan que el desempeño de los bancos no depende únicamente de factores específicos del sistema bancario, sino que también depende de la calidad de las instituciones³. Mientras que el supervisor bancario lucha por establecer un entorno institucional que sirva de intermediario de manera más eficaz, la venalidad a menu-

do actúa como una fuerza que obstaculiza la actividad bancaria. La venalidad puede tomar diferentes formas en la actividad bancaria; cuando es generalizada, puede obstaculizar la intermediación eficiente del capital, obligando a algunos prestatarios sin conexiones bancarias a rechazar proyectos financieros sólidos, lo que puede reducir su crecimiento⁴, mientras que los prestatarios con tales vínculos pueden tener un acceso más fácil a la financiación⁵. Los prestatarios que tienen buenas conexiones en el sistema bancario pueden tener una tasa de incumplimiento más alta y, por lo tanto, una tasa de recuperación promedio más baja que los no conectados⁶. Como se reporta en numerosos estudios, la estabilidad del sistema bancario es una condición previa para la estabilidad económica y la base para un crecimiento sostenido⁷. Esta es la razón por la que los sistemas ban-

1 A., D.-K., & R., L. (1999). *Bank-Based and Market-Based Financial Systems: Cross-Country Comparisons: World Bank Working*. Washington: World Bank Group.
 2 M. S., B. A., N., S., & K., S. (2016). *The finance-growth nexus: Which factors can interfere?* New York: Palgrave Macmillan.
 3 H., H., & S. J., W. (2006). *Monetary policies for developing countries: the role of institutional quality*. J. Int. Econ.
 4 T., B., A., D.-K., & V., M. (2005). *Financial and legal constraints to firm growth: Does firm size matter?* New York: J. Finance.
 5 L., L. (2001). *Insider lending and bank ownership: the case of Russia*. Washington: J. Comp. Econ.
 6 R., L. P., F., L.-d. S., & G., Z. (2003). *Related lending*. J. Econ.
 7 P., A., G., A., A., B., & K., M. (2010). *Volatility and growth: credit constraints and the composition of investment*. J. Monetary Econ.



carior son el centro de atención de los responsables de toma de decisiones de todo el mundo.

Desde un marco más amplio se ha desarrollado una extensa literatura sobre los efectos adversos de la venalidad en diferentes aspectos de la economía⁸. Sin embargo, la literatura sobre la relación entre la venalidad y la solidez/estabilidad de los bancos no es abundante. Los estudios que investigan el impacto de la venalidad en los sistemas bancarios consideran tanto la venalidad de los funcionarios bancarios (factor endógeno) como la venalidad en el Poder Judicial y en las instituciones (factor exógeno). El factor endógeno de la venalidad para los bancos afecta tanto la oferta como la demanda de financiación bancaria. Por el lado de la oferta, la teoría muestra que la venalidad en la banca se manifiesta muchas veces a través de la aceptación de sobornos a cambio de tratar favorablemente las solicitudes de préstamos de alto riesgo. Por el lado de la demanda, los morosos susceptibles de venalidad

pueden intentar dar sobornos para reducir sus sanciones, aumentando así la probabilidad de impago de préstamos⁹. Señalan que, durante la crisis de la década de 1990 en Rusia, los prestatarios se vieron obligados a dar grandes cantidades de dinero a los funcionarios de los bancos para obtener préstamos. De manera similar, en China, en 2005¹⁰ se reportaron 461 casos de fraude bancario.

La venalidad en los préstamos bancarios también puede surgir, tal y como sucedió en países como Camboya e Indonesia, donde funcionarios usaban su poder para inducir a los ejecutivos de los bancos a desviar el flujo de fondos hacia los prestatarios relacionados con ellos, con el fin de maximizar sus propias ganancias políticas en lugar de la buena voluntad de la nación¹¹. Este es particularmente el caso de venalidad que más afecta a las entidades de intermediación financiera de todo el mundo que no enfocan medidas preventivas para mitigar o gestionar los riesgos de venalidad o soborno en sus organizaciones.

8 M., S., M.S., B. A., & A., T. (1999). *Corruption and public spending on education and health*. Appl. Econ. Lett.

9 R. K., G., & I., H. (2011). *Economy-wide corruption and bad loans in banking: international evidence*.

10 Barth et al. 2008.

11 M., L., & G., S. (2000). *Corruption and institutions in Russia*. Eur. J. Political Econ.

Cualquiera que sea su forma, la venalidad en la industria bancaria puede, en última instancia, obstaculizar la asignación eficiente de capital y socavar el crecimiento económico. Por ejemplo, la venalidad por parte de los ejecutivos bancarios puede disminuir los préstamos bancarios a través de los montos adicionales de los fondos obtenidos por venalidad para otorgar crédito, montos que actúan como costos adicionales para los prestatarios. Por lo tanto, los prestatarios sin conexiones pueden asignar fondos valiosos para establecer vínculos en otras áreas, mientras que los prestatarios conectados con fácil acceso al crédito bancario tienen menos probabilidades de invertir fondos de manera eficiente¹².

La evidencia de este efecto negativo es reportada por una extensa encuesta de más de 9000 empresas en ochenta países, como se detalla en la Encuesta Mundial de Entorno Empresarial (WBES) realizada por el Banco Mundial. En esta encuesta se preguntó a los gerentes de las empresas si la venalidad por parte de los ejecutivos bancarios era un obstáculo para el crecimiento de sus negocios. Con base en esta encuesta, Batra¹³ informa que entre el 20 % y el 30 % de las empresas fuera de los países de la OCDE consideran que la venalidad de los ejecutivos bancarios es un obstáculo importante o moderado para obtener crédito. Beck *et al.*¹⁴ encuentran una relación negativa entre la venalidad y los préstamos bancarios, incluso si la “venalidad de los ejecutivos bancarios que informaron fue calificada como solo un obstáculo menor” en los préstamos. Señalaron que la mitad de las firmas encuestadas no encontraron en la venalidad de los ejecutivos bancarios un obstáculo determinante para los préstamos bancarios. Esta observación se interpretó mediante la hipótesis de “engrasar las ruedas” de un marco bancario institucional deficiente. El posible efecto positivo de “engrasar las ruedas” puede ayudar a reducir los costos causados por actividades burocráticas redundantes, aumentando así los préstamos bancarios; por lo tanto, la inversión y, potencialmente, el crecimiento. Sin embargo, la venalidad sigue siendo dañina en otros lugares¹⁵. Esta hipótesis considera que el mal funcionamiento de las instituciones constituye un gran obstáculo para la inversión y el crecimiento que una dosis de dinero “engrasante” puede ayudar a evitar¹⁶. De lo contrario, el incentivo para dar sobornos aumenta para los prestatarios cuyas solicitudes de préstamo tienen más probabilidades de ser rechazadas, cuando los bancos son muy reacios al riesgo y no

están dispuestos a otorgar crédito. Cuando aumente la aversión al riesgo de los bancos, también aumentarán los incentivos para obtener préstamos a través de sobornos. Sin embargo, esta observación no significa que esté vinculada a ganancias en bienestar. Según Weill¹⁷, la sugerencia de Stiglitz y Weiss¹⁸ es consistente con la percepción de que la venalidad puede aumentar la oferta de crédito al apoyar la asunción de riesgos de los bancos, lo que a su vez aumenta la proporción de préstamos ‘malos’ en los balances de los bancos. Como los prestatarios de alto riesgo (prestatarios “malos”) están más dispuestos a pagar tasas de interés más altas, todos los prestatarios con incentivos para pagar un soborno para obtener crédito deberían ser malos prestatarios (el problema de selección adversa). Lizal y Kocenda¹⁹ encontraron que la venalidad en la República Checa aumentó el volumen de préstamos incobrables y llevó a los bancos al colapso. Además, al utilizar datos microeconómicos para analizar el efecto de la venalidad en la asunción de riesgos de los bancos en las economías emergentes durante el período 2000-2012, se demuestra²⁰ que los bancos en economías corruptas toman más riesgos y tienen más préstamos improductivos. En un contexto similar, y utilizando datos macroeconómicos de 76 países, tanto menos desarrollados como desarrollados, durante el período 2002-2004, Park²¹ proporciona evidencia de que la venalidad desvía la asignación de fondos bancarios de proyectos de bajo riesgo a proyectos de alto riesgo y, por lo tanto, exacerba los problemas de préstamos incobrables en el sistema bancario, lo que a su vez conduce a un menor crecimiento económico.

Según Park²², la venalidad fue uno de los factores que contribuyeron a la crisis financiera mundial de 2008 por su efecto adverso en los balances de los bancos. Bhargava y Bolongaita²³ argumentan que durante las crisis financieras de Asia oriental de 1997-1998 se consideró que la venalidad predominante era un factor contribuyente. Otros estudios proporcionan evidencia de que la venalidad reduce indirectamente la solidez de los bancos a través de varios canales. Según Swaleheen²⁴, la venalidad reduce tanto los incentivos como la capacidad de ahorrar, disminuyendo así la tasa de ahorro nacional bruto. Muestra que la venalidad afecta adversamente la tasa de ahorro a través del canal de la tasa de interés real. En la misma línea de pensamiento, Weill²⁵ utiliza datos a nivel bancario y muestra que la venalidad afecta los préstamos bancarios en Rusia. Informa que su efecto perjudicial solo

12 J., H., & Lin C., M. Y. (2011). *Media ownership, concentration and corruption in bank lending*.

13 G., B., D., K., & A., S. (2004). *The Firms Speak: What the World Business Environment Survey Tells us about Constraints on the Private Sector Development*. Washington: World Bank.

14 2006, p. 938.

15 G., D., & A., ob. cit.

16 LEVINE, R. (1999). *Law, finance and economic growth*. London: Journal of Financial Intermediation.

17 L., W. (2011). *Does corruption hamper bank lending? macro and micro evidence*. Washington: Empir. Econ.

18 J., S., & A., W. (1981). *Credit rationing in markets with imperfect information*. Amer. Econ. Rev.

19 L., L., & E., K. (2001). *State of corruption in transition: Case of the Czech Republic*. Emerg. Mark. Rev.

20 M., C., B. N., J., R., W., & J., W. (2015). *Corruption and bank risk-taking: Evidence from emerging economies*. Emerg. Mark. Rev.

21 J., P. (2012). *Corruption, soundness of the banking sector and economic growth: a cross-country study*. J. Int. Money Financ.

22 *Ibid.*, p. 908.

23 V. K., B., & E. P., B. (2004). *Challenging Corruption in Asia Case Studies and a Framework for Action*, Vol. 15069. World Bank Publications.

24 M. U., S. (2008). *Corruption and saving in a panel of countries*. J. Macroecon.

25 *Loc. cit.*



se refleja en los préstamos a empresas y hogares, y no en los préstamos al gobierno. Del mismo modo, Boudriga *et al.*²⁶ muestran que los índices más bajos de morosidad están asociados con una menor venalidad, una mejor aplicación de la ley y más libertad de expresión y rendición de cuentas.

La implementación de un sistema de gestión antisoborno y el seguimiento de trámites de autorización ayudan a controlar y fiscalizar el riesgo de venalidad dentro de la organización, a través del trabajo de monitoreo de cumplimiento a las normas establecidas dentro de la organización, al análisis de los reportes de incumplimiento de las políticas internas escaladas por los departamentos supervisores o auditoría interna, y, más que todo, a través del reporte de cualquier miembro de la organización que haya sido provisto de información o sido testigo de un acto de venalidad y a través de los canales de denuncias correspondientes²⁷.

Para implementar un sistema de gestión antisoborno adecuado conforme a la naturaleza del negocio de una entidad de intermediación financiera, se debe tomar en cuenta lo siguiente:

- a) La voluntad de los órganos de gobierno (gobiernos corporativos) para establecer, empoderar y proporcionar de las herramientas suficientes para desarrollar e implementar un sistema de gestión adecuado a las exigencias del negocio.
- b) El compromiso de la alta dirección (directorio ejecutivo) para reportar, remitir y contribuir con las exigencias permitidas por el órgano de gobierno para las auditorías e inspecciones correspondientes.
- c) Programar un cronograma de trabajo a corto, mediano y largo plazo a fin de establecer las actividades que se ejecutarán para contribuir con las operaciones de forma eficiente.

26 A., B., N., B., & S., J. (2009). *Banking supervision and nonperforming loans: a cross-country analysis*. J. Financ. Econ. Policy.

27 ROY, A. (2007). Canberra: Int. J. Business and Globalisation.

- d) Proporcionar recursos suficientes para operar el sistema de gestión, tomando en cuenta la optimización de los recursos que ya se tienen para desarrollar las actividades.
- e) Observar la experiencia y resultados de otra entidad que haya tenido éxito en la implementación, tomándolo como *benchmark* y recordando que cada entidad es distinta, aunque el rublo de acción sea el mismo.
- f) Crear un sistema de documentación de las actividades realizadas; esto ayuda a crear un registro de todo lo ejecutado, además de servir como herramienta para revisar el cambio sistemático del proyecto. Es por ello que solo se debe documentar lo estrictamente necesario.
- g) Evaluar continuamente el avance del proyecto con el fin de monitorear la planificación atribuida a él, reduciendo cambios nimios para evitar ajustes significativos posteriores.
- h) Involucrar a todos los departamentos al análisis, documentación, reportes y cualquier objetivo estratégico que se pretenda definir.

Para implementar un sistema de gestión antisoborno en una EIF, además de los parámetros mencionados, se tiene que tomar en cuenta el contexto de la organización (cómo han estado lidiando con el problema), el entorno cultural (cómo se comportan dentro de la organización) y la disposición corporativa (compromiso esperado de la implementación del sistema). Todo esto sumado a una serie de actividades que se necesite realizar en el transcurso de la implementación del sistema, tales como los siguientes:

Capacitación y formación: Todos los empleados de la organización deben estar empoderados con los conocimientos necesarios sobre la nueva metodología de trabajo y las modificaciones a los procedimientos de las operaciones. Esto debe empezar a hacerse durante la implementación del sistema de gestión.

Balancear la documentación y las competencias: Las competencias del personal de la organización deben estar íntimamente relacionadas con las habilidades adquiridas y ser proporcionales a la información suministrada.

Comunicación estratégica: Se debe crear una estrategia de comunicación corporativa que busque difundir inteligentemente el proceso de implementación de la norma ISO 37001.

Evaluación continua y posterior del proceso de implementación: Tal y como hemos establecido, no se puede dejar de lado el monitoreo evaluativo de los procesos de gestión, debido a que son ideados e implementados por humanos y siempre necesitarán retroalimentación para identificar oportunidades o realizar cambios para su innovación y adaptación a los nuevos estándares.

La norma ISO 37001:2016 tiene un alcance amplio en varios aspectos de cualquier organización; se aplica a cualquier departamento o rublo de acción de cualquier entidad sin importar su naturaleza, ya sea una institución, empresa, organismo internacional, multinacional u ONG. Esta norma busca velar por el cumplimiento de los códigos de ética, legislaciones pertinentes

y políticas de integridad en el negocio, tratando el riesgo del factor humano como principal amenaza dentro de la organización y mitigando el riesgo a través de canales de denuncia, identificación y corrección de los actos constituidos como actos de soborno.

La estructura de la norma antisoborno tiene para su implementación las mismas exigencias de cualquier sistema de gestión:

- la elaboración y aprobación de una política antisoborno para la organización;
- definir los conceptos esenciales, como el soborno, los procesos de instrucción y corrección dentro de la política antisoborno;
- establecer el compromiso de las obligaciones y la responsabilidad asumida con la política antisoborno;
- difundir por los canales correspondientes la institucionalización de la política antisoborno a todo el personal, accionistas, socios y *stakeholders*;
- designar a un responsable de la implementación, seguimiento y evaluación de la política antisoborno;
- empoderar al responsable de la política antisoborno ante la alta dirección;
- establecer jornadas de difusión de la política antisoborno, así como también ofrecer formación al respecto;

Esta norma es una herramienta que puede ayudar a las organizaciones a disminuir su riesgo reputacional y a conservar su credibilidad delante de sus usuarios, pero será eficaz solo cuando haya una implicación real del órgano de gobierno, junta directiva o principales ejecutivos. De nada sirve implementar el sistema solo con el fin de lograr el valor de *marketing*, sin ningún objetivo productivo para el plan estratégico organizacional. Para ser realmente efectivos, es necesario cambiar la mentalidad y cultura de la venalidad en todo su conjunto dentro de la organización. El éxito de la lucha contra la venalidad empresarial dependerá de un monitoreo constante y de la creación de una cultura de prevención y principios éticos que ayude a detectar la venalidad y conduzca su denuncia hacia el órgano responsable de implementar las correcciones oportunas.

BIBLIOGRAFÍA

- A., B., N., B., & S., J. (2009). *Banking supervision and nonperforming loans: a cross-country analysis*. J. Financ. Econ. Policy.
- A., D.-K., & R., L. (1999). *Bank-Based and Market-Based Financial Systems: Cross-Country Comparisons: World Bank Working*. Washington: World Bank Group.
- ALBERRO, I., Henderson, M., & Yúnez, N. (2016). *Inclusión financiera en México: Retos y perspectivas*. DF : UNAM.
- G., B., D., K., & A., S. (2004). *The Firms Speak: What the World Business Environment Survey Tells us about Constraints on the Private Sector Development*. Washington: World Bank.
- H., H., & S.J., W. (2006). *Monetary policies for developing countries: the role of institutional quality*. J. Int. Econ.
- ISO 37001:2016. (2016). *Sistema de Gestión Antisoborno*. Ginebra: Publications - ISO.



- J., H., & Lin C., M. Y. (2011). *Media ownership, concentration and corruption in bank lending*.
- J., P. (2012). *Corruption, soundness of the banking sector and economic growth: a cross-country study*. J. Int. Money Financ.
- J., S., & A., W. (1981). *Credit rationing in markets with imperfect information*. Amer. Econ. Rev.
- L., L. (2001). *Insider lending and bank ownership: the case of Russia*. Washington: J. Comp. Econ.
- L., L., & E., K. (2001). *State of corruption in transition: Case of the czech Republic*. Emerg. Mark. Rev.
- L., W. (2011). *Does corruption hamper bank lending? macro and micro evidence*. Washington: Empir. Econ.
- LAGUNA DE PAZ, J. C. (2009). *Servicios de Interés Económico General*. Valladolid: Editorial Aranzadi.
- LEVINE, R. (1999). *Law, finance and economic growth*. London: Journal of Financial Intermediation.
- M., C., B.N., J., R., W., & J., W. (2015). *Corruption and bank risk-taking: Evidence from emerging economies*. Emerg. Mark. Rev.
- M., L., & G., S. (2000). *Corruption and institutions in Russia*. Eur. J. Political Econ.
- M., S., M.S., B. A., & A., T. (1999). *Corruption and public spending on education and health*. Appl. Econ. Lett.
- M.S., B. A., N., S., & K., S. (2016). *The finance-growth nexus: Which factors can interfere?* New York: Palgrave Macmillan.
- M.U., S. (2008). *Corruption and saving in a panel of countries*. J. Macroecon.
- P., A., G., A., A., B., & K., M. (2010). *Volatility and growth: credit constraints and the composition of investment*. J. Monetary Econ.
- R., L. P., F., L.-d. S., & G., Z. (2003). *Related lending*. J. Econ.
- R. K., G., & I., H. (2011). *Economy-wide corruption and bad loans in banking: international evidence*.
- REALINI, C., & Mehta, K. (2015). *Financial Inclusion at the Bottom of the Pyramid*. New York: Columbia University.
- ROY, A. (2007). *Corruption in business: management theory and practice*. Canberra: Int. J. Business and Globalisation.
- T., B., A., D.-K., & V., M. (2005). *Financial and legal constraints to firm growth: Does firm size matter?* New York: J. Finance.
- V. K., B., & E.P., B. (2004). *Challenging Corruption in Asia Case Studies and a Framework for Action, Vol. 15069*. World Bank Publications.



MANUAL DE DERECHO DE AUTOR DOMINICANO

Édynson Alarcón

2.^a edición

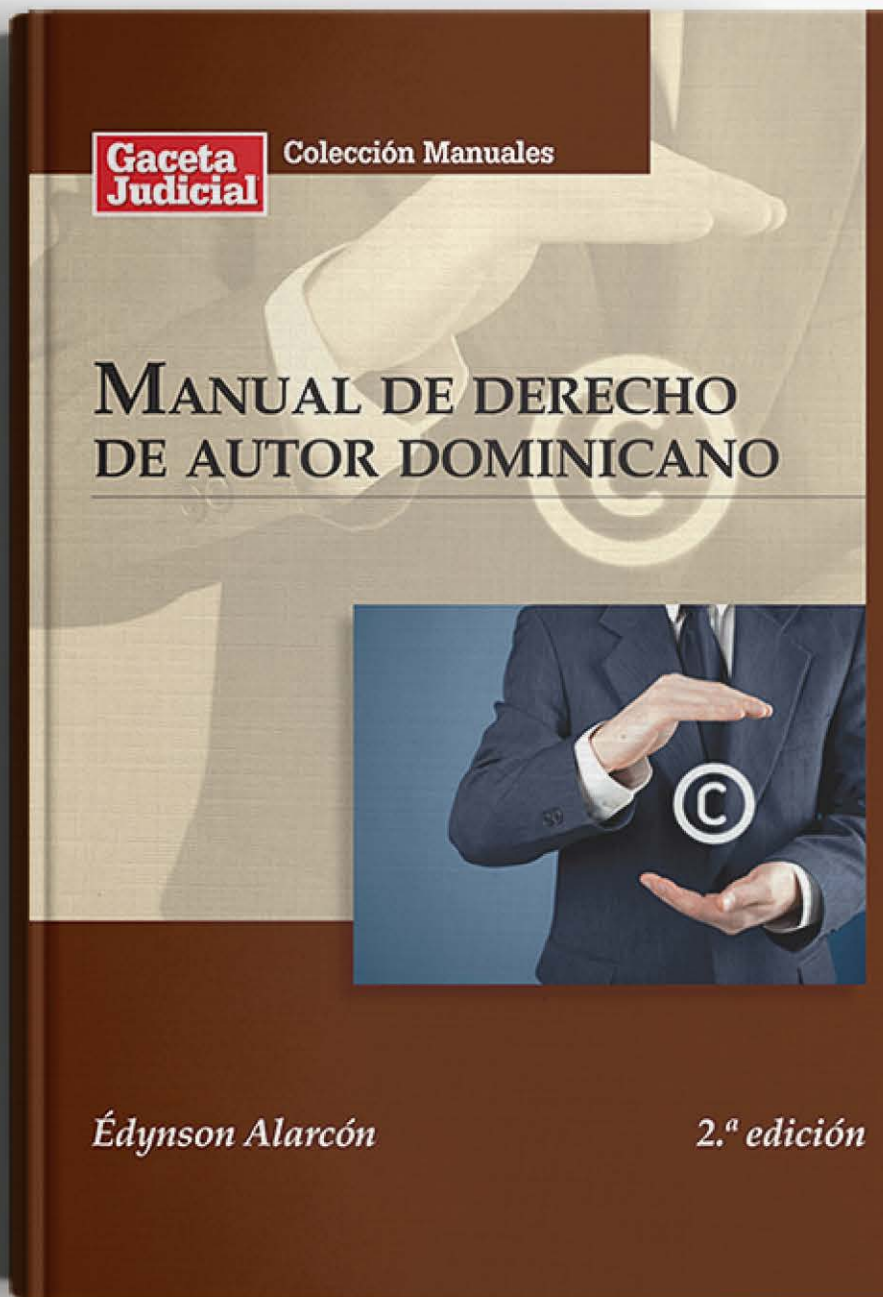
**Haga sus
pedidos**

809 540 3455

809 540 3014

Pablo Casals núm. 12, edificio
Guzmán Ariza, 2.º piso,
ensanche Serrallés, Santo
Domingo 10125, R. D.
libreria@gacetajudicial.com.do

www.gacetajudicial.com.do



Édynson Alarcón

2.^a edición

Todas sus consultas a su medida

LEXLATA^{MR}

al alcance de sus manos

Disfrute desde ya del exclusivo servicio Lexlata^{MR}, ahora en la práctica modalidad de pago individual por consulta realizada. Tenga siempre a la mano los más completos contenidos jurídicos, con todo el respaldo y prestigio de Gaceta Judicial, la publicación jurídica líder en la República Dominicana.

Precio por consulta
RD\$ 1,000.00 más imp.

**Gaceta
Judicial**
Mucho más que una revista

Calle Pablo Casals No. 12 esq. El Callao, Reparto Serrallés.
Edificio Guzmán Ariza, 2do. piso, Santo Domingo, R.D.
809 540 3455 | Fax: 809-540-3401 | www.gacetajudicial.com.do



**TODO EL RIESGO
LO ASUMES TÚ**

CUANDO UTILIZAS
INSTITUCIONES FINANCIERAS
NO SUPERVISADAS

SB 75 AÑOS

SUPERINTENDENCIA
DE BANCOS
REPÚBLICA DOMINICANA