

Gaceta Judicial[®]

e-ISSN: 2737-6818

AÑO 27 ■ NÚMERO 421

EDICIÓN ESPECIAL SUPERINTENDENCIA DE BANCOS REPÚBLICA DOMINICANA



Regulación financiera
y seguridad jurídica en

LA ERA DIGITAL



TRABAJAS DURO PARA LOGRAR EL

ÉXITO

NO TE DEJES EMPUJAR AL

FRACASO

CUIDA TU DINERO,
UTILIZA ENTIDADES SUPERVISADAS

CONOCE MÁS EN
MISIONCENTINELA.COM

SB
SUPERINTENDENCIA
DE BANCOS
REPÚBLICA DOMINICANA


GOBIERNO DE LA
REPÚBLICA DOMINICANA





Esta edición especial aborda los desafíos de la regulación financiera y la seguridad jurídica en la era digital. Entre otros aspectos, se destacan los sandboxes regulatorios como espacios controlados que permiten a las empresas experimentar con nuevas tecnologías y modelos de negocios, la inclusión financiera como derecho fundamental implícito en la Constitución dominicana, los derechos de los usuarios del sistema financiero en entornos digitales, la gestión de riesgos por el uso de datos personales en el ámbito monetario y financiero, el fortalecimiento del rol de los miembros independientes en los consejos de las entidades de intermediación financiera, la apertura y autorización de nuevos servicios o productos financieros digitales en la República Dominicana, el régimen de autorización previa para la prestación de servicios financieros, la importancia del enfoque basado en riesgos de la supervisión bancaria, así como la libertad en un Estado regulador y garante.



ESCRIBEN EN ESTE NÚMERO:

Víctor Rafael Hernández-Mendible, María Elisa Holguín López, Miguel Eduardo Matos Tapia, Luisa Nuño, Margaret Santos Fernández, María A. Camilo Victoria, Juan Carlos Cassagne, Freymi Collado Morales, Sarah de León Perelló, Rafael R. Dickson Morales

En esta edición...

Gaceta Judicial®

Gaceta Judicial, la revista jurídica de interés general

e-ISSN: 2737-6818 • Año 27 • Número 421, noviembre 2023

- 5** Presentación
- 6** Segundo Congreso Académico Internacional sobre Derecho de la Regulación Monetaria y Financiera
- 8** El papel de la libertad en el Estado regulador y garante
Por Juan Carlos Cassagne
- 16** El fortalecimiento del rol de los miembros independientes en los consejos de las entidades de intermediación financiera
Por Sarah de León Perelló
- 24** La inclusión financiera como derecho fundamental implícito en la Constitución dominicana
Por Freymi Collado Morales
- 26** Los derechos de los usuarios del sistema financiero en entornos digitales
Por Víctor Rafael Hernández-Mendible y Margaret Santos Fernández
- 34** Apertura y autorización de nuevos servicios o productos financieros digitales en la República Dominicana: ¿Potestad reglada o discrecional de la AMF?
Por Rafael R. Dickson Morales
- 44** *Webwatchers*: Centinelas en la frontera digital de la seguridad monetaria
Por María A. Camilo Victoria
- 52** Regulación bancaria: Régimen de autorización previa para la prestación de servicios financieros
Por Luisa Nuño
- 58** Importancia del enfoque basado en riesgos para la labor de inteligencia de la Unidad de Análisis Financiero de la República Dominicana
Por María Elisa Holguín López
- 64** Los *sandboxes* regulatorios para la inclusión financiera
Por Miguel Eduardo Matos Tapia

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



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



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 ruiuz@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.



PRESENTACIÓN

DESAFÍOS DE LA REGULACIÓN FINANCIERA Y LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA ERA DIGITAL

En la era digital, los desafíos de la regulación financiera y la seguridad jurídica son significativos. La velocidad de las transacciones, la complejidad de las tecnologías emergentes y la globalización de las operaciones financieras plantean obstáculos para la creación efectiva de marcos regulatorios. La protección de datos y la ciberseguridad son preocupaciones actuales, ya que las amenazas digitales tienen la capacidad de afectar la integridad y la confianza en los sistemas financieros. La adaptación constante de la regulación es inminente para abordar estos desafíos y garantizar estabilidad y protección en el entorno financiero digital. 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 tercer año consecutivo nos satisface presentar esta edición especial de la revista *Gaceta Judicial* orientada a los desafíos de la regulación financiera y la seguridad jurídica en la era digital. 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 destacan los *sandboxes* regulatorios como espacios controlados que permiten a las empresas experimentar con nuevas tecnologías y modelos de negocios, la inclusión financiera como derecho fundamental implícito en la Constitución dominicana, los derechos de los usuarios del sistema financiero en entornos digitales, la gestión de riesgos que se presentan ante el uso de datos personales en el ámbito monetario y financiero, el fortalecimiento del rol de los miembros independientes en los consejos de las entidades de intermediación financiera, la potestad de la administración monetaria y financiera con respecto a la apertura y autorización de nuevos servicios o productos financieros digitales en la República Dominicana, el régimen de autorización previa para la prestación de servicios financieros, la importancia del enfoque basado en riesgos de la supervisión bancaria, y la libertad en un Estado regulador y garante.

Esta iniciativa se suma a una serie de congresos y foros que la Superintendencia de Bancos ha impulsado durante el último año en el marco de su agenda académica. 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.



SEGUNDO CONGRESO ACADÉMICO INTERNACIONAL SOBRE DERECHO DE LA REGULACIÓN MONETARIA Y FINANCIERA

El 29 de septiembre de 2023 se celebró el Segundo Congreso Académico Internacional sobre Derecho de la Regulación Monetaria y Financiera, en el auditorio de la Universidad Iberoamericana (UNIBE) con la colaboración de dicha universidad. Este evento se ha consolidado desde su primera edición –celebrada exitosamente el año pasado en alianza con la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) en la ciudad de Santiago de los Caballeros– como un compromiso de gran envergadura e importancia para la Superintendencia de Bancos, que promueve un relevante foro para el intercambio de conocimientos relativos al sector financiero que compete a toda la sociedad.

Para cumplir con la misión fijada desde su primera edición, orientada al fomento del conocimiento en la comunidad jurídica y a su desarrollo continuo, se contó nuevamente con expositores internacionales. Entre estos se destaca la participación de representantes de la Superintendencia Financiera de Colombia, de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP del Perú, del Banco Central de Brasil (participación virtual) y de la Oficina Regional de América Latina y el Caribe de la Alianza para la Inclusión

Financiera (AFI). De igual modo, participaron panelistas como los licenciados Mabel Cueto, Enmanuel Cedeño Brea y Omar Victoria, así como, de la Superintendencia de Bancos, Elbin Cuevas, Yulianna Ramón, Luz Marte, Carlos Rijo, James Pichardo, Inés Páez y Manuel Rodríguez.

En esta entrega se abordaron temas relativos a las conquistas y el estado actual del sistema financiero dominicano, a la justificación de la necesaria intervención y regulación de la Administración en el sistema, a las nuevas tendencias y herramientas para el control eficaz de riesgo, la protección de datos frente a la digitalización de los servicios bancarios y la dinamización constante de la inclusión e innovación financiera, con perspectivas locales y comparadas.

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 licenciados Mario Leslie, subconsultor jurídico, María Sansur y Miguel Matos, abogados de la Consultoría Jurídica.

YA ESTÁ DISPONIBLE

GUÍA BÁSICA DE FINANZAS PARA JÓVENES



DESCARGA Y APRENDE

 PRO
USUARIO

Juan Carlos Cassagne

Abogado y doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires, presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, académico honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.



EL PAPEL DE LA LIBERTAD EN EL ESTADO REGULADOR Y GARANTE*

1. LA FILOSOFÍA DE LA LIBERTAD

El tema de la libertad no solo plantea una cuestión metafísica. Atañe también al derecho y a su filosofía, a la economía y, en general, a la ciencia política, disciplinas todas ellas en las que ha sido objeto de numerosos estudios que han dado lugar a las más diversas concepciones teóricas¹.

En el cuadro de las teorías políticas sobresalen, por la influencia que han tenido en el plano de las acciones perseguidas por los diferentes tipos de Estado, tres orientaciones básicas, a saber: a) la tesis individualista de la libertad que la concibe como el poder de realizar lo que cada persona quiere², sin otro límite que el respeto por la libertad de los demás, b) las doctrinas negatorias de la libertad desarrolladas a partir del idealismo dialéctico de Hegel y el posterior materialismo, también dialéctico, de Marx, Engels y Lenin³ y, de un modo diferente, las llamadas teorías de la desesperación (Heidegger y Sartre) o las que desarrollan posturas nihilistas (Schopenhauer) que postulan la negación de la libertad humana⁴ y, finalmente, c) la dirección filosófico-cristiana que vincula la libertad con el bien último del hombre, con la responsabilidad y la verdad, considerando que se trata de la posibilidad de escoger libremente decisiones acordes con la dignidad de la persona humana, teniendo como límite el bien común⁵.

La filosofía cristiana no concibe la libertad para hacer el mal dado que este es un principio básico de la ley natural. La libertad del hombre, según el cristianismo, está orientada siempre al bien último que es Dios y en su concepción no cabe la presencia de una autonomía personal absoluta del hombre como postularon Kant y sus acólitos. Desde luego que, menos aún, la perspectiva cristiana puede aceptar las ideas que anidan en el fondo del materialismo histórico que implican la negación absoluta de la libertad humana.

Precisamente, en la filosofía cristiana se encuentra la raíz de la doctrina que recoge el artículo 19 de nuestra Constitución en cuanto consagra un ámbito de reserva de las libertades al prescribir que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”, fórmula que ha sido atribuida al Presbítero Sáenz⁶, formado en la Universidad de Charcas, en la que prevalecía la orientación marcada por Santo Tomás y la neoescolástica salmantina (Suárez).

La segunda parte del artículo 19 de la CN, cuando estatuye que “ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”, acoge la concepción libertaria sustentada por Montesquieu en *El espíritu de las leyes*, tal como lo hemos destacado con anterioridad⁷ con-

* Ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional en Derecho de la Regulación Monetaria y Financiera, Superintendencia De Bancos de la República Dominicana, 22-6-2022.

1 Véase: LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, t. III, Alfa, Buenos Aires, 1956, pp. 37 y ss.

2 En el campo de la filosofía y de la ciencia política no se han desarrollado, en general, concepciones que preconicen el individualismo absoluto en materia de libertad. Ha sido más bien en el campo económico en el que el liberalismo absoluto alcanzó su mayor auge.

3 Vid: RÍO, Manuel. *Estudio sobre la libertad humana*: Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1955, pp. 193 y ss.

4 *Ibid.*, pp. 211 y ss.

5 La doctrina social de la Iglesia ha seguido una línea uniforme y coherente. En tal sentido, cabe destacar lo expresado por Juan Pablo II en las encíclicas *Centesimus Annus* (punto 17) y *Veritatis Splendor* (puntos 31 y ss.), entre otras.

6 SAMPAY, Arturo E. *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975, pp. 11/12.

7 En nuestro libro *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 2.ª ed.: BdeF, Buenos Aires, 2016, con prólogo de Jesús González Pérez y recensión de Eduardo García de Enterría, pp. 266 y ss.



forme a la interpretación que, en su momento, hicieron autores ideológicamente tan opuestos como Duguit y Hauriou⁸.

En efecto, el artículo 5.º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que se ha reconocido como fuente de nuestro artículo 19 de la CN⁹, no se funda en la doctrina rousseauiana de la ley como voluntad general infalible, sino en la doctrina humanista de Montesquieu, cuya concepción de la ley comprende tanto la ley positiva como la ley natural. Para el gran bordelés, la libertad no consiste en hacer lo que se quiere, sino en el derecho de hacer lo que las leyes permiten.

En dicho precepto constitucional radica, precisamente, el fundamento constitucional positivo del principio de la interdicción de arbitrariedad que encierra el mandato negativo de dictar leyes o actos administrativos injustos (contrarios a la ley natural y al ordenamiento positivo)¹⁰.

2. SOBRE EL PAPEL DE LOS INTELLECTUALES DE CARA A LA CONCLUCIÓN DE LAS LIBERTADES

Albert Camus ha demostrado, como nadie hasta ahora, que la concepción política que inspiró a las inhumanas tiranías de la primera mitad del siglo XIX (Hitler, Mussolini y Stalin) tuvo origen en el nihilismo revolucionario, produciendo la fractura más violenta y sistemática que ha padecido la libertad del hombre.

Así, desde las entrañas del marxismo-leninista, como bien recuerda Camus en *El hombre rebelde*, Lenin introdujo una concepción “majestuosa” de las formas del poder estatal que suprime la libertad y niega todo principio y toda virtud. Paralelamente, propició un Estado superpoderoso cuya finalidad fundamental era realizar la igualdad humana a través de la lucha de clases. Quienes no piensen igual son considerados enemigos del régimen y condenados a sufrir toda clase de atropellos y vejámenes. El hombre pasó a ser un mero instrumento del poder que

8 HAURIUO, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*: Sirey, París, 1923, p. 91 y DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*: Boccard, París, 1923, p. 373.

9 Al respecto, es de sumo interés el análisis que hace Gelli, María Angélica, en su obra *Constitución de la Nación Argentina*. Anotada y comentada, 2.ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2003, pp. 183 y ss. donde destaca las diferencias entre las cláusulas de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (arts. 4 y 5) con nuestro artículo 19 de la CN y el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del precepto.

10 Vid nuestra obra *El principio de legalidad... cit.*, pp. 265 y ss.

resulta embaucado y manipulado al punto que se lo despoja de su personalidad en aras del partido o del líder. En ese contexto surgió la lógica amigo-enemigo, sostenida por Carl Schmitt, uno de los principales teóricos del nazismo, que aún hoy mantiene vigencia, particularmente en el llamado socialismo del siglo XXI.

La referida concepción precisa, para afianzarse en el poder, de un aparato político y de una propaganda basada en la mentira sistemática. Estas prácticas fueron llevadas a cabo, sistemáticamente, por el gobierno de Fidel Castro en Cuba y luego seguidas por Chávez y, a su muerte, por Maduro en Venezuela y también por Ortega en Nicaragua.

Estos sistemas instalados en Latinoamérica pretenden exportar una atípica guerra revolucionaria en todos los países para cambiar las estructuras existentes, sobre todo las que sustentan la protección de la propiedad privada y el capitalismo, a los que adjudican todos los males sociales. Aprovechan el enfrentamiento geopolítico entre Estados Unidos, Rusia y China, pese a que estos últimos Estados han dejado atrás la ideología comunista, acercándose al capitalismo, salvo para mantener la estructura de poder al interior del Estado.

Desde luego que no se pueden justificar tampoco las prácticas de las dictaduras de derecha que han gobernado en Latinoamérica, algunas veces como reacción al comunismo y otras, producto de la ambición de caudillos militares antidemocráticos sin escrúpulos. Pero lo cierto es que de ellas al fin y al cabo se ha salido porque el pueblo, aún con escasa participación en el poder, reacciona finalmente a favor de la democracia y termina luchando para desalojar al poder dictatorial. En muchos casos, se trató de oligarquías transitorias que, a la muerte del tirano o dictador, se transformaron en democracias.

En cambio, las dictaduras del socialismo del siglo XXI tienen vocación de eternidad y llegan al poder para suprimir las libertades y la propiedad privada en forma sistemática, transformando las estructuras del Estado en un sistema de amos y esclavos, en el que el hombre individual nada cuenta y es desplazado por la retórica figura del hombre colectivo. Tal fue una de las principales finalidades que buscaba el marxismo leninismo (Maritain).

La ideología nihilista que anida en esos procesos revolucionarios fue percibida lúcidamente por Camus, quien distinguió la revolución nihilista —que utiliza la violencia y aprueba el asesinato político— de la auténtica rebelión humana que proclama que la libertad constituye el “único valor imperecedero de la historia”. Esa fue la principal razón que justificó su desprecio hacia el aparato represivo que organizaban los regímenes socialistas totalitarios.

A su vez, la influencia que Gramsci iba a tener en el pensamiento post moderno, al reemplazar la lucha de clases por una alianza de entre las clases medias y el proletariado contra los llamados poderes de dominación (el capitalismo) y la potenciación del papel de los intelectuales en la política, provocó que estas

concepciones totalitarias utilizaran la democracia para acceder al poder.

Ese proceso condujo a la politización de muchos escritores simpatizantes de la izquierda progresista, no solo europeos sino de un conjunto nutrido de latinoamericanos, entre los que figuró inicialmente en forma activa, nuestro compatriota y pariente Julio Cortázar.

En el caso de este último escritor, a diferencia de García Márquez (comunista confeso), sus panegíricos a la dictadura cubana resultan inexplicables. Nada más pensar en su admiración por Camus y en el hecho de haber traducido la conferencia que este dio en una reunión internacional de escritores en 1948, en la que el Premio Nobel francés sostuvo que quienes cultivan las letras son testigos claves de la libertad para suponer que, en esa época al menos, estaba lejos de adherirse a la ideología totalitaria de Fidel Castro quien, como el Gran Inquisidor de la leyenda de Dostoievski, aniquiló las libertades del pueblo y justificó el asesinato político de sus adversarios.

La revolución cubana atrajo inicialmente a nuestro compatriota pese a haber reconocido que ignoraba la ideología del marxismo leninista. Le basta para justificar su adhesión a todos los males de Latinoamérica con cuestionar al imperialismo norteamericano. Vargas Llosa logró liberarse de ese yugo ideológico y hoy día es uno de los grandes defensores del capitalismo liberal y de la democracia. En cambio, Cortázar, *malgré* su ignorancia política filosófica, se convirtió en una suerte de agente propagandístico de la revolución castrista, no obstante alguna reacción esporádica en el caso de la prisión de un escritor a quien la dictadura cubana le hizo firmar una confesión vergonzosa de culpabilidad (el caso Padilla).

Pero ni la llamada “edad de la inocencia” ni el hecho de no participar activamente en la difusión de la revolución cubana a posteriori de su adhesión exculpan a Cortázar ante la historia de haber apoyado a un régimen enemigo de la democracia y de las libertades del hombre.

Fiel a la condición humana, Camus representa el polo opuesto de la ideología nihilista que predica la revolución cubana continuada hoy día, por el castrochavismo de Maduro en Venezuela, con el apoyo de las fuerzas políticas de izquierda que suelen simpatizar con los populismos latinoamericanos actuales.

En su pensamiento se advierte la primacía de la libertad en la inteligencia de que armoniza con la justicia social, así como otras ideas que propenden a exaltar la dignidad del hombre. Tal es el sentido de su pensamiento crítico sobre la revolución nihilista. Un extraño paraíso donde quienes lo habitan, huyen a millones y los que se quedan padecen una servidumbre indefinida en medio de la violencia y del terror.

3. EL DINAMISMO DEL DERECHO PÚBLICO

En el desarrollo dinámico que ha caracterizado nuestro derecho administrativo no suele ser común el análisis de las teorías prevalentes con el objetivo de comparar los conceptos, que han ido



asentándose a través de los años acerca de las funciones del Estado y la actividad administrativa, con la realidad que exhibe actualmente el derecho.

En América, sobre todo, hay quienes siguen utilizando antiguas categorías jurídicas como la del poder de policía, calificada de arcaizante¹¹, para aplicarlas a los problemas que se presentan en el mundo jurídico contemporáneo, sin tener en cuenta las diferencias de régimen jurídico, particularmente aquellas que provienen de los principios y de las nuevas técnicas que han surgido como consecuencia de los profundos cambios que se han operado en las relaciones entre la sociedad y el Estado. Se trata, en efecto, de un cambio radical.

De custodio del orden público y guardián de la seguridad, pasando por la posición de titular y gestor de la casi totalidad de los servicios que satisfacen necesidades públicas, el Estado, sin abdicar las funciones que tradicionalmente venía cumpliendo, se ha convertido, esencialmente, en un Estado regulador y garante, que establece reglas y controla, en forma permanente y prolonga-

da, la colaboración de los particulares en esas funciones, promoviendo, en el plano económico, la competencia en los mercados e impidiendo los excesos de los monopolios naturales¹², sin perjuicio de su intervención en el campo social.

En la evolución de las teorías que dominaron el derecho administrativo del siglo XIX sobresalen dos concepciones vinculadas estrechamente al concepto de poder público: la teoría francesa de la soberanía (desarrollada por Carre de Malberg) y la alemana del poder público (expuesta en la obra de Otto Mayer).

La similitud de ambas concepciones radicaba en la posición neutral que asumía el Estado en sus relaciones con la sociedad y sus componentes, principalmente en materia económica, así como en la finalidad de su objeto, focalizado en el mantenimiento del orden y de la seguridad pública.

En esa etapa histórica, la actuación del Estado, en materia de policía, estaba gobernada por las ideas del absolutismo y los derechos públicos de las personas no surgían de las leyes ni del derecho natural, sino de la autolimitación del propio poder estatal al

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 15.ª ed.: Thomson-Reuters, Madrid, 2017, p. 131.

12 Ver el artículo de Santiago Muñoz Machado "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", en MUÑOZ MACHADO, Santiago y ESTEVE PARDO, José (directores). *El derecho de la regulación económica*, t. I: Iustel-Fundación Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid, 2009, pp. 17 y ss., en la que hace una completa descripción de las diferentes concepciones hasta llegar al Estado regulador y garante.

que los ciudadanos estaban vinculados por un estricto deber de obediencia.

La situación de los derechos privados era diferente, ya que, en ese escenario, regían las reglas de los códigos civiles y las consecuentes garantías que protegían esos derechos ante los jueces.

Desde luego que la tónica apuntada fue la línea general seguida por las concepciones europeas del poder público, ya que, por diferentes razones, no se puede desconocer que el Estado intervino en el campo económico, aun cuando esas intervenciones fueran excepcionales y muchas veces transitorias o esporádicas.

Pero ambas teorías sucumbieron, total o parcialmente, debido a distintas causas. La crisis de la concepción de la policía administrativa tuvo mucho que ver con la ampliación de la actividad estatal, pues, al extenderse la intervención del Estado al ámbito de la economía privada, surgieron las policías especiales cuya regulación no podía llevarse a cabo solo con las técnicas de las medidas restrictivas de los derechos y conductas propias de la policía administrativa.

Las categorías clásicas abstractas que componen la estructura de las instituciones administrativas a través de las cuales se manifiesta la voluntad de la Administración (reglamentos, actos administrativos, contratos de la Administración etc.), al igual que las formas de acción que utilizaba la antigua policía (órdenes, autorizaciones, coacciones y sanciones), integran actualmente el conjunto de los poderes de regulación¹³, que actúan en la prosecución de otros fines como son la promoción de la competencia, o la apertura de nuevos mercados, o el ingreso de nuevos operadores a los sistemas de red y la prestación de servicios de interés general para la comunidad¹⁴.

De ese modo, por ejemplo, la autorización ha pasado a ser una figura clave en la regulación ya que, lejos de limitarse a levantar una condición puesta para el ejercicio de un derecho existente, se convirtió en una figura constitutiva de derechos que antes no existían ni estaban prohibidos, asumiendo un papel protagónico en la valoración de los riesgos, razonablemente permitidos (vgr. el riesgo ambiental)¹⁵, que no son los llamados riesgos cero.

Con todo, la noción de policía en España, al ser incorporada a la teoría de las formas de la actividad administrativa por Jordana de Pozas subsistió por algún tiempo hasta ser reemplazada por la teoría elaborada por Santi Romano de los actos de gravamen que, como es sabido, fue uno de los grandes cambios que, en su momento, introdujeron García de Enterría y Fernández, seguidos por buena parte de la doctrina española.

Paralelamente, en Francia, la teoría de la soberanía fue desplazada por la concepción del servicio público que, originada en Hauriou, alcanzó su máxima teorización bajo el signo socialista que le imprimieron Duguit y la escuela de Burdeos, que, aun cuando tuvo el mérito de haber diseñado el régimen jurídico del servicio público, dio base para justificar las posteriores nacionalizaciones de dichos servicios, clausurando el ciclo caracterizado por la primacía de la gestión privada.

El poder público constituía —junto con el servicio público— uno de los elementos de un derecho administrativo, integrado por una serie de poderes que primero fueron calificados de exorbitantes y, más tarde, como parte de un régimen administrativo integrado, conjuntamente, por prerrogativas y garantías que vinieron a compensar el ejercicio del poder público, originándose un sistema bastante equilibrado de protección de los derechos de las personas y empresas, cuya construcción, en Europa, ha sido obra fundamental de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés.

Al fracasar el Estado, como gestor y empresario en el mundo europeo y latinoamericano, se abrió el cauce para el desarrollo de un nuevo derecho administrativo.

Sin llegar al extremo de la tesis sostenida por la doctrina alemana, en el sentido de que el derecho administrativo se resume en la idea de regulación, es evidente que esta categoría, junto a la del servicio público, ha venido a constituir uno de los paradigmas centrales de la actividad administrativa, siendo un concepto que define la función del Estado, a raíz de los procesos de privatización o liberalización de la mayoría de los servicios públicos y actividades de interés general ocurridas en el mundo, al menos en los países que practican los principios de una economía libre o social de mercado y mantienen los postulados de un Estado de derecho, regido por normas y principios objetivos fundados en las leyes y no en la voluntad de los gobernantes. Entramos, así, en el Estado regulador y garante¹⁶, cuyos cimientos actualmente se conmueven a raíz de la pandemia producida por una variedad de coronavirus (covid-19), que afecta a la salud y a la economía de todos los habitantes del mundo.

4. UN NUEVO MODELO DE ESTADO: EL ESTADO REGULADOR Y GARANTE

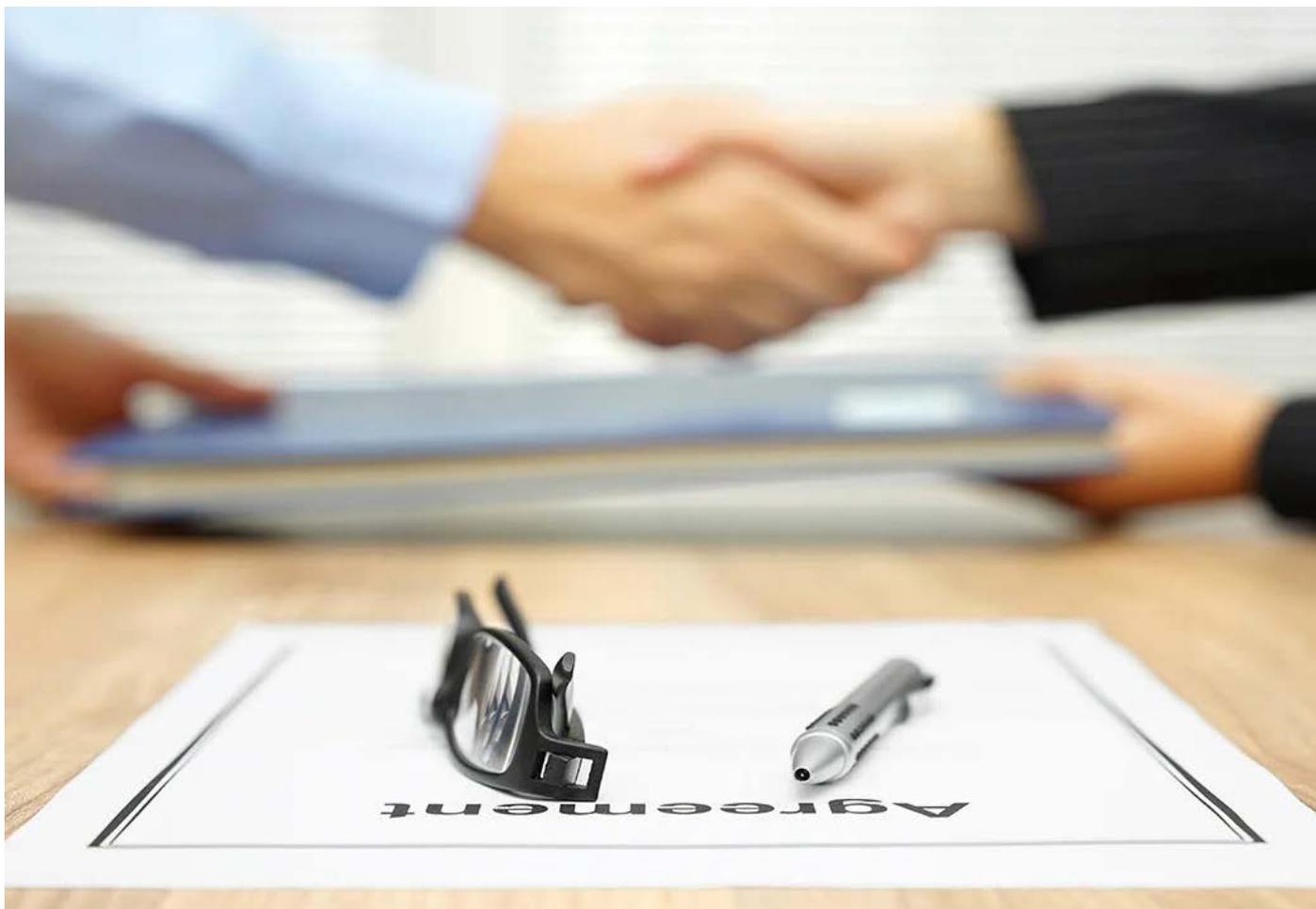
En línea con lo señalado, tanto en América como en Europa, el Estado de derecho decimonónico, basado en las ideas del liberalismo político y económico, fue parcialmente solapado por otro sistema, que puso el acento en lo social a través de una Administración de carácter prestacional, que culminó con

13 En Francia, si bien las reediciones de las obras clásicas siguen manteniendo el concepto de policía, alguna parte de la doctrina no lo utiliza; véase, por ejemplo, BRAIBANT, Guy y STIRN, Bernard. *Le droit administratif français*, 7.ª ed.: Dalloz, Paris, 2005, pp. 157 y ss.; ver también: TCHEN, Vincent. "L'impacte du droit communautaire sur la police administrative", en *Droit administratif européen* (dir. Jean Bernard Aubry y Dutheil de la Rochère, Jacqueline) : ed. Bruylant, Bruselas, 2007, pp. 997 y ss., en el lenguaje del derecho comunitario europeo no suele utilizarse el término policía.

14 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso...*, cit., t. II, pp. 162-164.

15 ESTEVE PARDO, José. *El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del derecho público*, en *El derecho de la regulación económica...*, cit., pp. 392 y ss.

16 En Alemania, la amplitud de la regulación, al incluir la función social del Estado (procura asistencial) es la que explica uno de los fundamentos del Estado garante, véase: Darnaculleta y Gardella M. Merce, "La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana", en *El derecho de la regulación económica...*, cit., t. I, pp. 349 y ss.



el reconocimiento de los llamados derechos de tercera y cuarta generación.

Mientras ese modelo de Estado social de derecho (basado en la concepción de Heller) acentuó el papel del Estado en la configuración y protección de los derechos sociales y en las prestaciones debidas a los ciudadanos, en estos últimos años ha surgido un nuevo arquetipo en el que la Administración, en definitiva el Estado, sin abandonar los objetivos antes señalados, se repliega del plano de la gestión de aquellos derechos, concentrándose en la función de garantizar y regular las prestaciones que satisfacen las necesidades colectivas, cuya actividad se adjudica de modo preferente a los sectores privados, lo que trasluce la aplicación del principio de subsidiariedad, aun cuando los ordenamientos no suelen atribuirle positividad a dicho principio, que no por ello deja de ser tal.

Así, de un modo escasamente percibido por el constitucionalismo social, se ha operado un cambio en los protagonistas del derecho público, potenciándose el rol de la sociedad que,

de mera espectadora de la realidad, pasa a gestionar a través del sector privado servicios y actividades de interés público relevantes, en colaboración estrecha con la Administración pública¹⁷.

Este proceso, que a pesar de las crisis económicas se ha llevado a cabo en la mayoría de los países pertenecientes a la cultura política occidental, responde a varias causas. En primer término, exhibe una doble faz axiológica, al implicar la defensa de los postulados clásicos en los que se fundaba el Estado de derecho liberal (principalmente el principio de separación de poderes, el de legalidad y la consagración de las libertades y derechos fundamentales), así como también de los derechos y principios consolidados por el constitucionalismo social, reconocidos en la mayoría de las constituciones sancionadas tras la Segunda Guerra Mundial que adoptaron el Estado social de derecho.

¿Cuáles fueron los motivos que dieron nacimiento al Estado regulador y garante¹⁸? Su origen obedeció a una serie de razones que iban desde las conocidas ineficiencias del sector público,

17 Resulta notable que el contenido de ese cambio en el modelo de Estado haya sido anticipado unos cuantos años antes por Germán J. Bidart Campos, en un libro prácticamente olvidado: *Marxismo y Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1979, especialmente pp. 90 y ss.

18 Véase: ESTEVE PARDO, José. *Estado garante. Idea y realidad*: INAP, Madrid, 2015, pp. 16 y ss.

los altos costos que generaban las prestaciones estatales y la política redistributiva que las orientaba, en un escenario caracterizado por el crecimiento demográfico, hasta la proyección de los efectos de la globalización de la economía¹⁹.

Ese conjunto de factores condujo a una fuerte competencia entre los actores económicos de los distintos países generando un mayor protagonismo de los sectores privados de la sociedad, que llevó a las respectivas Administraciones públicas a suprimir o aminorar las trabas burocráticas que afectaban el libre comercio e industria y las iniciativas privadas.

De esa manera, debido a la retirada del Estado en la gestión económica se reafirmó el dualismo sociedad-Estado que, según Messner²⁰, constituye uno de los principios jurídico-sociales de máxima relevancia en la medida que potencia los derechos pre-existentes derivados del orden natural (sobre todo la propiedad y las libertades), ampliándose el grado de participación en la economía de los individuos, empresas y demás cuerpos intermedios de la sociedad²¹.

Resulta paradójico que el nuevo Estado regulador y garante, lejos de abandonar su función social, procure alcanzar los mejores niveles de calidad y eficiencia de los servicios públicos, mediante la colaboración privada. Con todo, no es un repliegue absoluto, sino más bien una retirada instrumental²², ya que el Estado garantiza las prestaciones y servicios sociales mediante la función de control y vigilancia sobre los operadores privados a los que se les han transferido actividades antes atribuidas a la Administración. En ese contexto, comenzó a imponerse, asimismo, el principio de buena administración, al que cabe asignarle operatividad, pues se configura como un deber del Estado²³.

En la filosofía que anida en este proceso hay un retorno a la clásica concepción del bien común²⁴ que, aun cuando sea un producto medieval, luce ahora nuevamente en muchos de los Estados que han basado sus esquemas regulatorios y garantísticos en el principio de subsidiariedad. Hasta en el campo de la literatura se advirtió la necesidad del “desarme del Estado”, pues la prioridad no es la exaltación de este sino la integración de las diferencias y el equilibrio de las relaciones sociales mediante el fortalecimiento de la sociedad²⁵.

La principal dificultad que debe superar la concepción del Estado regulador y garante se encuentra en el carácter fragmentario y pluricéntrico de la sociedad actual, que refleja el desorden generado por las ideologías que han pretendido suplantarse la realidad por conjeturas dogmáticas. Al propio tiempo, se ha producido la aparición de líderes populistas que basan su acción en el conocido esquema schmittiano fundado en la oposición que resulta del axioma amigo-enemigo y en el decisionismo del Poder Ejecutivo.

En un plano opuesto transita el nuevo modelo de Estado que se apoya en la concepción del bien común en cuanto proporciona el fundamento real del fin que persigue el nuevo modelo y de las transformaciones que han ocurrido en el seno de la sociedad y del Estado.

Esas transformaciones han sido tan grandes que han llegado a trastocar el sistema de las fuentes del derecho, a raíz de la caída de los dogmas de la centralidad y primacía de la ley y la consecuente prevalencia de los principios generales, potenciándose el papel de los jueces en la interpretación del derecho. De esa manera, el juez ha dejado de ser un mero aplicador de normas positivas, mediante la técnica de la subsunción, para convertirse en un protagonista creativo que fundamenta sus decisiones en la justicia del caso y en los principios generales del derecho.

5. LA LIBERTAD COMO DERECHO Y PRINCIPIO: LAS GARANTÍAS PROTECTORAS DE LA LIBERTAD

Al par que la libertad como derecho traduce el empoderamiento de una facultad de exigir su realización efectiva al Estado o a una persona privada (derecho subjetivo en el lenguaje moderno) es posible también concebir la libertad como un principio general del derecho²⁶, es decir, como un mandato positivo tendiente a realizarla y, también, como un mandato negativo que permite desencadenar acciones que impidan su violación de modo preventivo o reaccional.

En ese contexto, la libertad de ejercer comercio o industria puede verse afectada en el caso que a una empresa la Administración no le otorgue una autorización para funcionar cuando tiene derecho a que se le conceda conforme al ordenamiento o bien resultar dicha libertad violada en el supuesto de que la Adminis-

19 Ver al respecto: GAGLIARDO, Mariano. “Transformaciones sociales y crisis del derecho?”, Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley 11/01/2021. Comunicación del 24/4/2020, Cap. I punto 4 y ss., realiza un agudo análisis sobre las causas de la crisis que trasciende a la pandemia concluyendo que, a pesar de los aspectos negativos que exhibe el mundo en la actualidad, sobrevive el derecho fundado en la justicia.

20 MESSNER, Johannes. Ética social, política y económica a la luz del derecho natural: rialp, trad. del alemán, pp. 346-347.

21 Vid RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Estudios sobre la Constitución*: ed. La Ley, Madrid, 2002, pp. 295-297.

22 ESTEVE PARDO, José, *Estado garante...*, cit., pp. 3 y ss.

23 Ver: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *El ciudadano y el poder: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*: Reus, Madrid, 2012, pp. 11 y ss., GALLI BASUALDO, Martín. *La buena administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global*: Marcial Pons, Buenos Aires, 2019, pp. 39 y ss.; y también AZOULAL, Loïc. “Le principe de bonne administration”, en *Droit administratif européen...*, cit. p. 493 y ss.

24 La conexión entre el bien común y el principio de subsidiariedad es por demás evidente en la concepción tomista, véase nuestro *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2016, pp. 25 y ss. La doctrina española ha advertido su influencia en la concepción del Estado regulador y garante, véase: ESTEVE PARDO, José. *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*: Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 172-175.

25 Cfr. SALAS, Denis, CAMUS, Albert. *La rebelión justa*, trad. del francés, publicación del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, ed. Jusbaire, Buenos Aires, 2016, pp. 98-99.

26 MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 4.ª ed.: Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 290 y “El derecho a la libertad integral del ciudadano”, publicado en *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Serie I, n.º 9, pp. 81/85.

tración resuelva revocar sin causa justificada la autorización para realizar determinada actividad industrial o comercial.

En ambos ejemplos se estaría afectando el principio de la libertad integral²⁷, habida cuenta de que el sistema constitucional argentino está diseñado como un conjunto de principios y normas favorables a la libertad²⁸ (principio que confirma el preámbulo al asegurar los beneficios de la libertad para todos los habitantes) sin perjuicio de que, al propio tiempo, las personas afectadas puedan reclamar al Estado el ejercicio de sus derechos y el restablecimiento de las libertades conculcadas.

De otra parte, no hay que confundir derechos y principios con garantías que son los remedios instrumentales (de carácter procesal) para hacer efectivos los derechos, en sentido estricto o estrictísimo²⁹, tal como acontece con la acción de amparo que consagra el artículo 43 de la CN tanto con respecto a los derechos individuales (primera parte) como a los derechos de incidencia colectiva (segunda parte).

Esta última legitimación, llamada anómala o extraordinaria que el precepto constitucional estatuye a favor de los afectados, el defensor del pueblo y las asociaciones constituidas con la finalidad de propender a la protección del ambiente, la competencia, los derechos de usuarios y consumidores, así como, en general, los derechos de incidencia colectiva han abierto, por analogía³⁰, el cauce procesal de las acciones declarativas de inconstitucionalidad³¹.

Otra de las garantías procesales protege directamente la libertad personal como el *habeas corpus* o los derechos personales a través del *habeas data*.

En definitiva, la libertad no justifica el ejercicio abusivo de los derechos, pero tampoco legitima la intervención del Estado en campos propios de la actividad privada, cuya eficiencia en la gestión resulta superior a la que puede llevar a cabo el Estado.

El principio de proporcionalidad, como mandato vinculante y exigible a la Administración pública, recogido en la Acordada n.º 17 de la Corte Suprema del año 2019, puede marcar la legitimidad de la actuación del Estado en cuanto el desarrollo de su actividad.

La actividad estatal ha de observar siempre aquellos subprincipios que permiten aplicar la técnica de la ponderación, a saber: a) la idoneidad o adecuación entre el fin y el medio; b) la necesidad en cuanto no exista otro medio que restrinja en menor grado y alcance los derechos fundamentales y, finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto a través del balance equilibrado entre medios y fines.

BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS, Germán J. *Marxismo y Derecho Constitucional*: Ediar, Buenos Aires, 1979.

— *Tratado elemental del derecho constitucional argentino*, t. I: Ediar, Buenos Aires, 1989.

BRAIBANT, Guy y STIRN, Bernard. *Le droit administratif français*, 7.ª ed.: Dalloz, Paris, 2005.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 2.ª ed.: BdeF, Buenos Aires, 2016.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*: Boccard, París, 1923.

ESTEVE PARDO, José. *Estado garante. Idea y realidad*: INAP, Madrid, 2015.

— *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*: Marcial Pons, Madrid, 2013.

GALLI BASUALDO, Martín. *La buena administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global*: Marcial Pons, Buenos Aires, 2019.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 15.ª ed.: Thomson-Reuters, Madrid, 2017.

GELLI, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina. Anotada y comentada*, 2.ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2003.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*: Sirey, París, 1923.

LAPLACETTE, Carlos José. *Acciones declarativas de inconstitucionalidad*: La Ley, Buenos Aires, 2020.

LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, t. III, Alfa, Buenos Aires.

MARIENHOFF, Miguel S. "El derecho a la libertad integral del ciudadano", publicado en *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Serie I, n.º 9.

— *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 4.ª ed.: Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.

MUÑOZ MACHADO, Santiago y ESTEVE PARDO, José (directores). *El derecho de la regulación económica*, t. I: Lustel-Fundación Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid, 2009.

RÍO, Manuel. *Estudio sobre la libertad humana*: Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1955.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Estudios sobre la Constitución*: ed. La Ley, Madrid, 2002.

— *El ciudadano y el poder: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*: Reus, Madrid, 2012.

SALAS, Denis, CAMUS, Albert. *La rebelión justa*, trad. del francés, publicación del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, ed. Jusbaire, Buenos Aires, 2016.

SAMPAY, Arturo E. *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975.

TCHEN, Vincent. "L'impacte du droit communautaire sur la police administrative", en *Droit administratif européen* (dir. Jean Bernard Aubry y Dutheil de la Rochère, Jacqueline) : ed. Bruylant, Bruselas, 2007.

27 Marienhoff, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. I, p. 290 y su trabajo "El principio de la libertad...", cit., pp. 81 y ss.

28 BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado elemental del derecho constitucional argentino*, t. I: Ediar, Buenos Aires, 1989, pp. 251 y ss.

29 La terminología pertenece a Juan Francisco Linares y ha sido recogida por BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., t. I, p. 440.

30 Fallos 320:691; 332:111 y en el caso "Padec c/ Swiss Medical" de fecha 21/08/2013. La analogía que postulan dichos fallos es entre la acción del art. 322 del CPCCN y la prevista en el art. 43 de la CN.

31 Ampliar en LAPLACETTE, Carlos José. *Acciones declarativas de inconstitucionalidad*: La Ley, Buenos Aires, 2020, especialmente pp. 109 y ss.

Sarah de León Perelló

Abogada, máster en Derecho Internacional de los Negocios,
socia sénior de Headrick.
sdeleon@headrick.com.do



EL FORTALECIMIENTO DEL ROL DE LOS MIEMBROS INDEPENDIENTES EN LOS CONSEJOS DE LAS ENTIDADES DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA

RESUMEN:

Se aborda la importancia de los miembros independientes en los consejos de entidades de intermediación financiera y se ofrecen algunas sugerencias para el fortalecimiento de su rol.

PALABRAS CLAVES:

Gobierno corporativo, miembros independientes, independencia, diversidad, Reglamento de Gobierno Corporativo para Entidades de Intermediación Financiera, República Dominicana.

La regulación bancaria define el gobierno corporativo como el conjunto de principios y normas mínimas que rigen el diseño, integración e interacción entre el consejo, la alta gerencia, accionistas, empleados, partes vinculadas y otros grupos de interés de las entidades de intermediación financiera que procuran gestionar los conflictos, mitigar los riesgos de gestión y lograr un adecuado fortalecimiento de su administración¹. Como es sabido, el buen gobierno corporativo reviste aún mayor importancia en sectores como el de las entidades de intermediación financiera y adopta otros matices, pues entran en juego no solo los intereses de los accionistas, sino de los depositantes. En este sentido, el buen gobierno corporativo en el sector bancario constituye una herramienta esencial para mantener la confianza del público en el sector financiero, elemento clave para el funcionamiento de la economía².

Si bien es preciso acotar que, en términos generales, las entidades de intermediación financiera en la República Dominicana le llevan la delantera a otros sectores en materia de gobierno corporativo, siempre existen oportunidades para mejoras. En este sentido, uno de los principales retos a los que se enfrenta el sector bancario, en la práctica, es la necesidad de asegurar una verdadera independencia del consejo, y su falta de diversidad³.

El Reglamento sobre Gobierno Corporativo de 2015⁴, que modificó el anterior de 2007 y constituyó un gran avance en materia de buen gobierno corporativo, establece un conjunto de principios y lineamientos mínimos a fin de que cada entidad de intermediación financiera se aboque a la autorregulación mediante la adopción de un marco de gobierno corporativo. En dicho reglamento se aborda la importancia de la independencia del Consejo de Administración y la obligatoriedad de la designación de

1 Reglamento sobre Gobierno Corporativo dictado por la Junta Monetaria conforme a su Primera Resolución de fecha 15 de julio de 2015.

2 Ver SERNA, H., SUÁREZ, O. E., y RESTREPO, M. *Prácticas del buen gobierno corporativo en el sector financiero latinoamericano*: Colombia: Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN), 2007; ver COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA. *Principios de Gobierno Corporativo para Bancos*, 2015. Banco de Pagos Internacionales 2015. ISBN 978-92-9197-186-2 [en línea] https://www.bis.org/bcbs/publ/d328_es.pdf.

3 INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. *Informe sobre gobierno corporativo en la República Dominicana. Realidad y Perspectivas*. Junio de 2013 [en línea] <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/6a4fc743-eea1-42c5-9e71-b5e4dfa7804f/Informe+Sobre+Gobierno+Corporativo+en+la+Rep%C3%BAblica+Dominicana+-+Realidad+y+Perspectivas.pdf?MOD=AJPERES&CVID=kiJlrq;BARNAMANAGEMENTSCHOOL>. "Consejos de administración en República Dominicana: 10 retos para mejorar su funcionamiento y calidad de gobierno". [En línea] <https://barna.edu.do/wp-content/uploads/2017/12/Informe-CONSEJOS-RD.pdf>.

4 Reglamento sobre Gobierno Corporativo, ob. cit.



miembros independientes y miembros externos, entre otras disposiciones, así como requerimientos de programas de capacitación para los miembros del consejo y la evaluación del desempeño del Consejo de Administración. En ese mismo orden de ideas, mediante la Circular núm. 010/17, del 27 de noviembre de 2017, la Superintendencia de Bancos aprobó el Instructivo sobre Evaluación de Idoneidad de los Accionistas, Miembros del Consejo, Alta Gerencia, Personal Clave y Personal en General de las Entidades de Intermediación Financiera, que establece lineamientos, criterios y requerimientos mínimos que deben ser considerados para la evaluación de, entre otros, los miembros del consejo de instituciones bancarias.

En materia de buen gobierno corporativo es muy importante que el Consejo de la entidad de intermediación financiera pueda adoptar sus decisiones con la debida independencia requerida para ejercer su papel como máximo órgano de supervisión y control de la sociedad. La independencia y objetividad del Consejo de Administración ciertamente se mejora con la incorporación de miembros independientes, quienes desempeñan un papel pre-

ponderante no solo en las entidades de intermediación financiera, sino también en las empresas familiares. Es por ello que las entidades de intermediación financiera deben prestar especial atención a la selección de dichos miembros, y la autorregulación, mediante la adopción de sus respectivos marcos de gobierno corporativo y sanas prácticas de buen gobierno corporativo, en atención a su naturaleza, tamaño, complejidad y perfil de riesgos, a fin de fortalecer la figura del miembro de consejo independiente para que desempeñe realmente el rol que debe fungir.

I. DE LA INDEPENDENCIA DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

I.1 De los deberes fiduciarios de los miembros del consejo de administración de una sociedad anónima

Conforme a la Ley General de Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, núm. 479-08, y sus modificaciones (la “Ley de Sociedades”) los miembros del consejo de administración están sometidos a ciertos deberes fiduciarios. Se destaca el deber de lealtad⁵, y la independencia

5 Conforme Principios de Gobierno Corporativo para Bancos del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, ob cit., se define el deber de lealtad como el “Deber de los consejeros de actuar de buena fe en el interés de la sociedad. El deber de lealtad debe impedir que cada consejero actúe en interés propio, o en el interés de otro individuo o grupo, a expensas de la empresa y sus accionistas”.

es una de las obligaciones atadas a dicho deber. José Luis Taveras⁶ expresa que “el deber de lealtad supone que el administrador debe abstenerse de cualquier situación que pueda suscitar un conflicto de interés con la sociedad, evitando aprovecharse de esa condición para derivar ventajas en las oportunidades de negocios planteadas a la sociedad y que las conociera en razón de su cargo”. A su vez, las Recomendaciones de Basilea lo define como el deber de los consejeros de actuar de buena fe en el interés de la sociedad⁷.

En este sentido, la Ley de Sociedades establece que todo miembro del consejo de administración de una sociedad anónima tiene un deber de lealtad⁸ y de no competencia con la sociedad⁹, y la ley organiza un régimen de transparencia, control y sancionador respecto de las transacciones realizadas por los miembros del consejo de administración o sus vinculados con la sociedad, a fin de regular posibles conflictos de interés¹⁰. Asimismo, a los miembros del consejo de administración les está prohibido practicar actos contrarios al interés social y utilizar su cargo para obtener ventajas indebidas en su provecho o para terceros relacionados, en perjuicio del interés social¹¹. De igual modo, los miembros del consejo de administración tienen un deber de confidencialidad¹².

I.2 De la independencia de los miembros del consejo de administración

Conforme a Pitta Ferraz y Adhikari¹³, la independencia puede ser considerada como un estado mental que permite que un individuo exprese opiniones balanceadas en el mejor interés de las partes interesadas, dentro del marco de la ley, las regulaciones y las mejores prácticas.

El Reglamento sobre Gobierno Corporativo establece en su artículo 7, respecto de la independencia de los miembros del consejo, que las entidades de intermediación financiera deben garantizar una composición del consejo que permita la independencia de los miembros y que evite las influencias del presidente o de cualquier otro de sus miembros en la toma de decisiones de los demás integrantes. Dicha noción implica una actuación objetiva e independiente del miembro del consejo frente a los posibles conflictos de intereses¹⁴.

II. DE LOS MIEMBROS INDEPENDIENTES DEL CONSEJO DE LAS ENTIDADES DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA

2.1 Definición e importancia

A fin de coadyuvar a la independencia del consejo, es necesaria la designación de miembros independientes para crear un balance frente a los miembros ejecutivos, e incluso a los miembros externos no independientes, constituyéndose así en un verdadero sistema de contrapeso.

Conforme al Reglamento sobre Gobierno Corporativo, son miembros del consejo independientes los de reconocido prestigio profesional que puedan aportar su experiencia y conocimiento para la mejor gestión de la entidad de intermediación financiera y que no se encuentren incluidos dentro de las categorías de ejecutivos o no independientes; podrán ser elegidos de entre los accionistas con participación menor al tres por ciento del capital pagado dentro de la entidad, y que no realizan, ni han realizado, en los últimos dos años, trabajos remunerados o bajo contrato en la propia entidad ni en empresas con participación en ella.

Según las Recomendaciones de Basilea¹⁵, se define como consejero independiente “un miembro no ejecutivo del Consejo sin responsabilidades de gestión en el banco y que no se encuentra bajo ninguna otra influencia indebida, interna o externa, política o de propiedad, que le impidiera pronunciarse de manera objetiva sobre un asunto”.

Conforme a los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20¹⁶, “los miembros independientes del Consejo pueden contribuir de manera sustancial al proceso decisorio de este órgano y aportar un punto de vista objetivo a la evaluación de los resultados del mismo órgano y de la dirección. Además, pueden desempeñar un papel importante en aquellos ámbitos en los que los intereses de la dirección, la empresa y sus accionistas puedan colisionar, tales como la remuneración de los directivos, la planificación de la sucesión, los cambios del control corporativo, los mecanismos de defensa frente a las absorciones, las grandes adquisiciones y la función de auditoría. Para que puedan desempeñar este papel, es deseable que los Consejos declaren a quién consideran independiente y los criterios que lo justifican”.

El Reglamento sobre Gobierno Corporativo establece en su artículo 24 que los miembros independientes, además de repre-

6 TAVERAS, José Luis. “Los deberes fiduciarios de la gestión social”. *Gaceta Judicial*, núm. 252, año 11 (noviembre de 2007) [en línea] <https://www.gacetajudicial.com.do/derecho-comercial/deberes-fiduciarios-gestion-social.html>.

7 Principios de Gobierno Corporativo para Bancos del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea de Julio 2015, ob. cit.

8 Artículo 28 de la Ley de Sociedades: “Los administradores, gerentes y representantes de las sociedades deberán actuar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Serán responsables conforme a las reglas del derecho común, individual o solidariamente, según los casos, hacia la sociedad o hacia terceras personas, ya de las infracciones de la presente ley, ya de las faltas que hayan cometido en su gestión o por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión personal hacia los socios o terceros”.

9 Artículo 29 de la Ley de Sociedades: “Los administradores, gerentes y representantes no podrán participar, por cuenta propia o de terceros, en actividades comerciales que impliquen una competencia con la sociedad, salvo autorización expresa los socios. Tampoco podrán tomar o conservar interés directo o indirecto en cualquiera empresa, negocio o trato hecho con la sociedad, o por cuenta de ésta, a menos que hayan sido expresamente autorizados para ello por el órgano societario correspondiente, conforme las reglas aplicables al tipo societario de que se trate en las condiciones previstas en esta ley”.

10 Ver artículos 222 al 227, 479 y 480 de la Ley de Sociedades; ver DE LEÓN PERELLÓ, Sarah. “La regulación de conflictos de intereses en las sociedades anónimas”. *Revista Ritmo Económico*. Edición agosto 2021.

11 Artículo 227, párrafo I, Ley de Sociedades.

12 Artículo 229, Ley de Sociedades.

13 PITTA FERRAZ, Duarte y ADHIKARI, Manish. *Manual of corporate governance. Theory and practice for scholars, executive and non-executive directors*: 2021 ISBN-13:978-989-53061-1-4.

14 Artículo 5, literal h (Independencia y Objetividad) del Reglamento sobre Gobierno Corporativo, ob. cit.

15 Principios de Gobierno Corporativo para Bancos del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea de julio 2015, ob. cit.

16 OCDE. Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20: OCDE, París, 2016 [en línea] <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>.



sentar los intereses generales y difusos de la entidad de intermediación financiera, también representarán los intereses de los accionistas minoritarios y de los depositantes con cuentas de ahorros en las asociaciones de ahorros y préstamos (sepositantes asociados). Esto se debe a que se ha entendido que los miembros del consejo vinculados a los accionistas mayoritarios se inclinarían naturalmente hacia la protección de sus intereses, aunque todos los miembros del consejo, independientemente de su categoría, tengan como rol la defensa del interés social.

2.2 Proceso de selección y requisitos para ser miembro independiente

En su artículo 11 el Reglamento sobre Gobierno Corporativo establece los siguientes requisitos para ser miembro del consejo independiente, además de aquellos establecidos en la Ley Monetaria y Financiera, núm. 183-02, el Reglamento para Apertura y Funcionamiento de Entidades de Intermediación Financiera y sus Oficinas de Representación¹⁷ y los estatutos sociales de la entidad de intermediación financiera de que se trate:

a) no tener o haber tenido durante los últimos dos años relación de trabajo, comercial o contractual, de carácter significativo,

- directa o indirecta con la entidad de intermediación financiera ni los demás miembros del consejo o empresas vinculadas al grupo, cuyos intereses accionarios representen estos últimos;
- b) no haberse desempeñado como miembro del consejo interno o ejecutivo ni haber formado parte de la alta gerencia en los últimos dos años, ya sea en la entidad de intermediación financiera o en las empresas vinculadas;
- c) no ser cónyuge o tener relaciones de familiaridad o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad con otros miembros del consejo o con la alta gerencia de la entidad de intermediación financiera; y
- d) no ser consejero o alto ejecutivo de otra empresa que tenga vínculos a través de miembros del consejo no independientes en el consejo de la entidad de intermediación financiera.
- Asimismo, se establece que los miembros del consejo de una entidad de intermediación financiera no podrán formar parte del consejo u ocupar una posición en la alta gerencia de otra entidad de intermediación financiera nacional¹⁸.
- Como se puede apreciar, a través de los requisitos mínimos anteriores se vela por la independencia del miembro independiente del consejo.

17 Reglamento para Apertura y Funcionamiento de Entidades de Intermediación Financiera y sus Oficinas de Representación dictado conforme Primera Resolución de la Junta Monetaria de fecha 11 de mayo de 2004.

18 Artículo 12 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo, ob. cit.

En lo que respecta a los literales *a* y *b* del artículo 11 antes transcrito, consideramos que se precisa que el consejero independiente tenga una independencia no solo real, sino percibida, lo que a nuestro juicio sería cuestionable si se trata de una persona que haya mantenido una relación de larga data con la entidad de intermediación financiera o una entidad vinculada, aun hayan pasado los dos años mínimos. Es decir, se pudiere entender que por su posición mantenida en el pasado subsiste en dicho miembro (sea inclusive por un sentido de lealtad) un conflicto de interés que le obstaculiza para desempeñar su función independientemente o libre de influencias incompatibles con su clasificación como consejero independiente. Ahora bien, entendemos que el requerimiento establecido en el reglamento de un mínimo de dos años, el cual endureció lo establecido en el anterior reglamento, es adecuado como requerimiento mínimo, visto nuestro mercado y realidades, pues de lo contrario podría dificultarse encontrar candidatos que reúnan todas las condiciones necesarias para formar parte del consejo de una institución bancaria, en especial aquellas que conciernen a la necesidad de contar con los conocimientos técnicos requeridos. No obstante, es un tema sobre el cual cada entidad de intermediación financiera debe reflexionar y ponderar antes de la selección del candidato de que se trate.

Sumado al criterio de independencia, en el proceso de selección de los miembros independientes debe velarse porque este cumpla con el criterio de *fit and proper*, es decir, tener, i) las competencias para cumplir con el puesto, tales como cualificaciones formales, experiencia previa y trayectoria; y ii) la integridad e idoneidad, para lo que se analizan aspectos tales como antecedentes penales y cumplimiento de las leyes en materia de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, solvencia o posición financiera, prácticas de negocios cuestionables, expulsión o rechazo de colegios profesionales, entre otros¹⁹. En tal sentido, el artículo 22 del Reglamento para Apertura y Funcionamiento de Entidades de Intermediación Financiera, la Ley Monetaria y Financiera y el Instructivo sobre Evaluación de Idoneidad de los Accionistas, Miembros del Consejo, Alta Gerencia, Personal Clave y Personal en General de las Entidades de Intermediación Financiera, recogen los requisitos aplicables.

Además, las Recomendaciones de Basilea²⁰ establecen que en el proceso de selección se debe comprobar que los candidatos al consejo:

- (i) cuentan con los conocimientos, destrezas, experiencia y, especialmente en el caso de directores no ejecutivos, la independencia mental dadas sus responsabilidades en el Consejo y a la luz de la actividad y el perfil de riesgo del banco;
- (ii) cuentan con un historial de integridad y buena reputación;

- (iii) tienen suficiente tiempo para acometer sus responsabilidades; y
- (iv) tienen la habilidad de fomentar una buena interacción entre el Consejo y sus miembros.

2.3 Profesionalización

La Ley Monetaria y Financiera establece en su artículo 38, literal *f*, que por lo menos un 40 % de los miembros del consejo de directores o de administración deberán ser profesionales con experiencia en el área financiera o personas de acreditada experiencia en materia económica, financiera o empresarial. El Reglamento sobre Gobierno Corporativo deja a la autorregulación del reglamento interno o política del consejo los requisitos o competencias individuales necesarias para ejercer los distintos cargos dentro del consejo y establece que en él deberán establecerse, asimismo, programas de capacitación con el objetivo de que sus miembros adquieran y mantengan los conocimientos y habilidades necesarios para cumplir con sus responsabilidades.

Asimismo, el Reglamento sobre Gobierno Corporativo delega en el consejo de administración la responsabilidad de determinar los estándares profesionales requeridos a los miembros del consejo independientes²¹.

No obstante, el Instructivo sobre Evaluación de Idoneidad de los Accionistas, Miembros del Consejo, Alta Gerencia, Personal Clave y Personal en General de las Entidades de Intermediación Financiera dictado por la Superintendencia de Banco en 2017 recoge lineamientos sobre el particular conforme a los estándares internacionales.

Entendemos que en materia de los miembros independientes es donde se destaca aún más la necesidad de contar con personas que no solo por su independencia, sino por su capacidad, puedan aportar a las discusiones que se generan en el seno del consejo, debiendo abocarnos a una verdadera profesionalización de los miembros independientes del consejo. En este sentido, el miembro independiente debe estar en condiciones de aportar a la diversidad de conocimientos y experiencias en áreas relevantes para la entidad de que se trate, conforme a su tamaño y estructura²², que contribuyan al cumplimiento de los objetivos institucionales de la entidad y su adecuado desempeño. De igual modo, dicha diversidad de conocimientos y experiencias deberá ser estratégicamente seleccionada para los fines de la conformación de los distintos comités de los cuales formará parte, pues, conforme el Reglamento sobre Gobierno Corporativo, el comité de auditoría, el comité de nombramientos y remuneraciones y el comité de gestión integral de riesgos deberán ser siempre presididos por un miembro independiente.

19 BIS, "Fit and Proper Principles" [en línea] <https://www.bis.org/publ/bcbs47c4.pdf>.

20 Recomendación núm. 51, Principios de Gobierno Corporativo para Bancos del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea de julio 2015, ob. cit.

21 Artículo 14, literal *f*, del Reglamento sobre Gobierno Corporativo, ob. cit.

22 Ver artículo V (Cualificaciones de los Miembros del Consejo) del Instructivo sobre Evaluación de Idoneidad de los Accionistas, Miembros del Consejo, Alta Gerencia, Personal Clave y Personal en General de las Entidades de Intermediación Financiera dictado por la Superintendencia de Bancos conforme Circular núm. 010/17 de fecha 27 de noviembre de 2017.



2.4 Diversidad de género

Como tema al margen y conexas, llama poderosamente la atención la escasa participación de mujeres en los consejos de las entidades de intermediación financiera²³, inclusive como miembros independientes. El Informe sobre Gobierno Corporativo en la República Dominicana de la IFC²⁴ destaca la presencia femenina reducida en los consejos de administración. Conforme al panel de expertos de Barna Management School²⁵, “una de las asignaturas pendientes de muchos de los consejos de administra-

ción en República Dominicana es que sus miembros tengan perfiles diversos en cuanto a edades, experiencia profesional, sectores e incluso sexo”.

Si bien, en la opinión de la autora, la designación de los miembros del consejo de administración, sean independientes o no, no debe obedecer al género, sino a la demostrada capacidad para desempeñar dicha función, no menos cierto es que debe incentivarse la diversidad de género en el consejo. En este sentido, conforme a los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y

23 PEÑA, Melvin. “Más mujeres en el Consejo hacen al banco más rentable”. *Acento*, 30 de marzo de 2022. <https://acento.com.do/opinion/mas-mujeres-en-el-consejo-hacen-al-banco-mas-rentable-9047745.html>

24 International Finance Corporation, ob. cit.

25 Barna Management School, ob. cit.

del G20²⁶, se recomienda a los países que estudien medidas tales como objetivos voluntarios, obligaciones de información, cuotas de representación en el consejo e iniciativas privadas que mejoren la diversidad de género en el consejo y la alta dirección.

Entendemos que deben aplicarse igualmente políticas y criterios de diversidad de género en la selección del miembro independiente.

III. ALGUNAS RECOMENDACIONES PARA EL FORTALECIMIENTO DE LOS MIEMBROS INDEPENDIENTES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Entendemos que la normativa actual con sus principios y lineamientos mínimos es adecuada para las entidades de intermediación financiera, y que es a través de la autorregulación, es decir, mediante la adopción voluntaria de sus respectivos marcos de buen gobierno corporativo y sanas prácticas en la materia, que las entidades de intermediación financiera deben fortalecer la figura del miembro independiente del consejo, en atención a la naturaleza, tamaño, complejidad y perfil de riesgos de dichas instituciones, para que el consejo pueda desempeñar a cabalidad el rol que debe cumplir. Para esto, se presenta a continuación algunas sugerencias:

1. Asegurarse, a la hora de la selección del miembro independiente, que este sea verdaderamente independiente —tanto por su independencia real como la percibida externamente— y no que sea alguien que simplemente cumpla con los criterios mínimos de independencia exigidos por la normativa y cuyo rol se limite a cumplir un requerimiento legal, convirtiéndose entonces en un “falso independiente” o en un director pasivo.
2. Procurar mayor diversidad en la composición de sus consejos —lo que puede realizarse mediante la designación de los miembros independientes—, tanto en género, edad, orígenes y áreas de experiencia y especialización.
3. Se debe procurar una verdadera profesionalización de los miembros independientes para que estos, con sus conocimientos, experiencias, objetividad y profesionalismo, traigan aportes a las discusiones en el seno del consejo y no sean un mero director pasivo.
4. A la hora de seleccionar el miembro independiente se debe evaluar si dispone del tiempo que exige dicha función; en el desempeño de sus funciones, el miembro independiente debe invertir el tiempo necesario para la consecución del objeto de su rol.
5. A fin de atraer recursos valiosos, la retribución del miembro independiente deberá ser adecuada y justa, aunque siempre, tal y como establece el Reglamento de Buen Gobierno Corporativo, acorde con las buenas prácticas internacionales y ajustada, para reducir incentivos no razonables en la toma de riesgos indebidos.

BIBLIOGRAFÍA

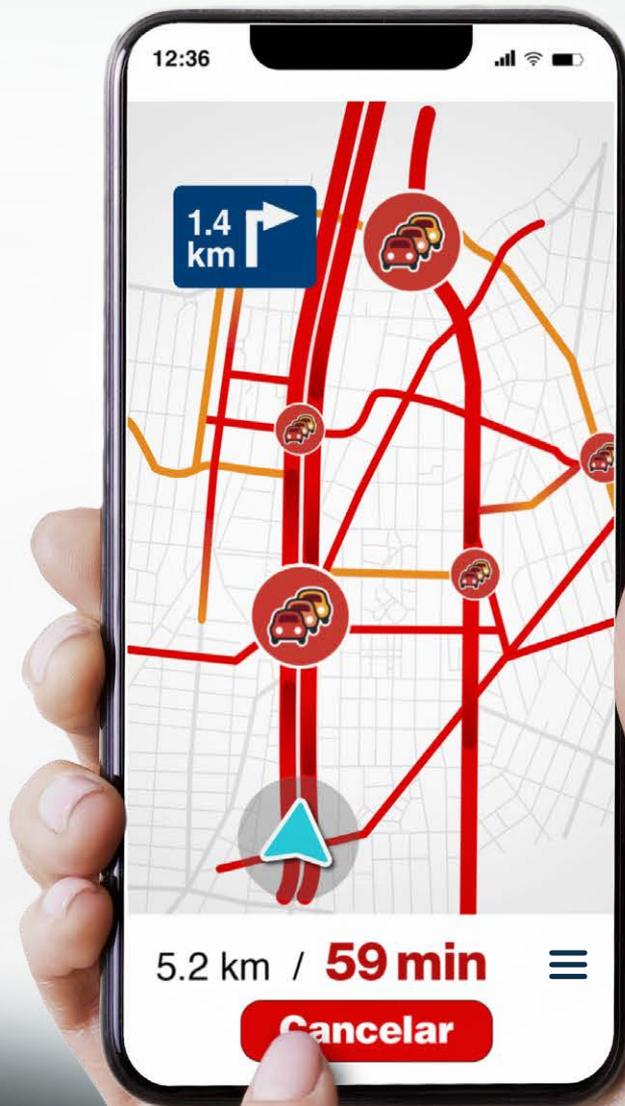
- BARNA MANAGEMENT SCHOOL. “Consejos de administración en República Dominicana: 10 retos para mejorar su funcionamiento y calidad de gobierno”. [En línea] <https://barna.edu.do/wp-content/uploads/2017/12/Informe-CONSEJOS-RD.pdf>.
- BIS. *Fit and Proper Principles Paper* (2019). [En línea] <https://www.bis.org/publ/bcbs47c4.pdf>.
- COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA. Principios de Gobierno Corporativo para Bancos, 2015. Banco de Pagos Internacionales 2015. ISBN 978-92-9197-186-2 [en línea] https://www.bis.org/bcbs/publ/d328_es.pdf.
- DE LEÓN PERELLÓ, Sarah. “La regulación de conflictos de intereses en las sociedades anónimas”. *Revista Ritmo Económico*. Edición agosto 2021.
- INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. *Informe sobre gobierno corporativo en la República Dominicana. Realidad y Perspectivas*. Junio de 2013 [en línea] <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/6a4fc743-eea1-42c5-9e71-b5e4dfa7804f/Informe+Sobre+Gobierno+Corporativo+en+la+Rep%C3%BAblica+Dominicana+-+Realidad+y+Perspectivas.pdf?MOD=AJPERES&CVID=kjllr.q>.
- LOGROÑO RODRÍGUEZ, Alfredo. “El gobierno corporativo en la República Dominicana: a la vanguardia de las mejores prácticas internacionales”. *Gaceta Judicial*, núm. 346 (octubre 2015).
- OCDE. Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20: OCDE, París, 2016 [en línea] <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>.
- PEÑA, Melvin. “Más mujeres en el consejo hacen al banco más rentable”. *Acento*, 30 de marzo de 2022 [en línea] <https://acento.com.do/opinion/mas-mujeres-en-el-consejo-hacen-al-banco-mas-rentable-9047745.html>.
- PITTA FERRAZ, Duarte y ADHIKARI, Manish. *Manual of corporate governance. Theory and practice for scholars, executive and non-executive directors*: 2021 ISBN-13:978-989-53061-1-4.
- REPÚBLICA DOMINICANA. Ley General de Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, núm. 479-08, y sus modificaciones.
- Ley Monetaria y Financiera Número 183-02.
- JUNTA MONETARIA. Reglamento para Apertura y Funcionamiento de Entidades de Intermediación Financiera y sus Oficinas de Representación dictado conforme. Primera Resolución del 11 de mayo de 2004; Reglamento sobre Gobierno Corporativo, Primera Resolución del 15 de julio de 2015.
- SUPERINTENDENCIA DE BANCOS DE LA REPÚBLICA DOMINICANA. *Instructivo sobre evaluación de idoneidad de los accionistas, miembros del consejo, alta gerencia, personal clave y personal en general de las entidades de intermediación financiera*. Circular núm. 010/17 de fecha 27 de noviembre de 2017.
- SERNA, H., SUÁREZ, O. E., y RESTREPO, M. *Prácticas del buen gobierno corporativo en el sector financiero latinoamericano*: Colombia: Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN), 2007.
- TAVERAS, José Luis. “Los deberes fiduciarios de la gestión social”. *Gaceta Judicial*, núm. 252, año 11 (noviembre de 2007) [en línea] <https://www.gacetajudicial.com.do/derecho-comercial/deberes-fiduciarios-gestion-social.html>.

26 OCDE, ob. cit..

VALORAMOS TU TIEMPO



CERTIFICACIONES
Y DOCUMENTOS
LEGALES
SIN TAPONES Y SIN
MOVILIZARTE



[SB.GOB.DO/SERVICIOS](https://sb.gob.do/servicios)

AHORA LIBRE DE COSTO

Freymi Collado Morales

Especialista senior de Sanciones en la Superintendencia de Bancos de la República Dominicana, magíster en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, máster en Finanzas Corporativas por la Escuela Europea de Dirección y Empresa (Madrid, España).

freymicollado@gmail.com



LA INCLUSIÓN FINANCIERA COMO DERECHO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO EN LA CONSTITUCIÓN DOMINICANA

RESUMEN:

En los últimos años han proliferado, tanto desde el sector público como sector privado, las iniciativas tendentes a garantizar una mayor inclusión financiera. El objetivo del presente trabajo es mirar más allá de la moda del momento y reflexionar en torno a una posible *ius* fundamentalidad de la inclusión financiera a partir de la Constitución de 2010. En ese sentido, expondremos cómo la inclusión financiera requiere de un especial grado de atención y protección de parte del Estado debido a su vínculo con la dignidad humana, los principios constitucionales que orientan el régimen económico y los derechos fundamentales expresamente reconocidos en el texto constitucional.

PALABRAS CLAVES:

Derechos fundamentales, derechos implícitos, inclusión financiera, derecho constitucional, República Dominicana.

I. EXORDIO: LA INCLUSIÓN FINANCIERA MÁS ALLÁ DE LA MODA

Una búsqueda rápida en la pestaña de noticias de Google revela que *inclusión financiera* es el tema del momento en cuanto a tópicos relacionados con el sector financiero¹. En los últimos años, tanto el sector público como el sector privado han centrado su atención en una serie de iniciativas que buscan no solo garantizar el acceso a la banca para la mayor cantidad de personas a través de cuentas de ahorro, sino también promover el crédito responsable, asegurar una mejor calidad y flexibilidad en los productos ofrecidos por las instituciones financieras y elevar el nivel de educación financiera de los usuarios de productos financieros.

Colocar la inclusión financiera en el *spotlight* es un acierto que admite poca discusión. Tal como se establece en el reporte *Servicios financieros para el desarrollo*, elaborado por la Corporación Andina

de Fomento (CAF), fomentar estas medidas tendentes a garantizar el acceso, uso, calidad y satisfacción vinculada a los servicios financieros “constituye un factor decisivo para impulsar el desarrollo económico y el bienestar de la sociedad”².

En este contexto, las iniciativas destinadas a promover la inclusión financiera son cruciales por dos razones fundamentales. La primera, porque, como recogen diversos estudios, tienen un impacto considerable en el desarrollo de actores claves para crecimiento económico del país, como las micro-, pequeñas y medianas empresas (mipymes), así como en la inclusión de grupos y minorías históricamente excluidos, como las mujeres, las personas con discapacidad o las áreas empobrecidas. La segunda es que la prestación de servicios financieros involucra varios derechos fundamentales con reconocimiento constitucional expreso, tales como el derecho a la privacidad y a la protección de datos en

¹ Sobre la incidencia actual de los temas e iniciativas relacionados con la inclusión financiera, ver COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). Caracterización de la inclusión financiera en la República Dominicana con una perspectiva territorial y de género: Ciudad de México, 2023.

² CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF). Servicios Financieros para el desarrollo: promoviendo el acceso en América Latina: Bogotá, abril, 2021.



sus distintas manifestaciones (artículo 44, numeral 2 de la CRD³), el derecho a la libertad de empresa (artículo 50 de la CRD), la propiedad (artículo 51 de la CRD), los derechos del consumidor (artículo 53 de la CRD) e incluso se puede mencionar el derecho a la educación, ya que el artículo 63, numeral 1, de la CRD hace referencia a la “formación integral del ser humano”, lo que incluye necesariamente la formación en temas relacionados con las finanzas.

Es precisamente debido al papel central que desempeña la inclusión financiera en la realización de los valores y principios reconocidos en el texto constitucional, y a la influencia de ciertos derechos fundamentales en la prestación de los servicios financieros, que debemos mirar más allá de la moda y preguntarnos legítimamente si estamos frente a un derecho fundamental implícito en la Constitución dominicana. Ese es, precisamente, el objetivo central de esta breve reflexión, la cual se estructura en torno a dos preguntas fundamentales: ¿Es posible afirmar que la inclusión financiera está configurada como un derecho fundamental implícito en la Constitución dominicana? En caso afirmativo, ¿cuáles serían las implicaciones de reconocer el carácter de derecho fundamental implícito de la inclusión financiera?

Para abordar estas preguntas hemos dividido este trabajo en tres secciones específicas. En primer lugar, presentaremos algunas ideas relevantes en torno a la teoría de los derechos implícitos. En segundo lugar, analizaremos los distintos criterios que nos permiten considerar la inclusión financiera como un derecho fundamental implícito. En tercer lugar, expondremos algunas implicaciones que deben tenerse en cuenta si admitimos que la inclusión financiera tiene el carácter de un derecho fundamental implícito. Por último, presentaremos una breve reflexión final, a modo de conclusión, sobre las ideas expuestas.

II. ALGUNAS IDEAS RELEVANTES SOBRE LOS DERECHOS IMPLÍCITOS

El artículo 74, numeral 1, de la Constitución establece claramente que los derechos consagrados en el texto constitucional no son limitativos y, por lo tanto, no excluyen otros derechos de igual naturaleza. Como afirma Germán Bidart Campos, la cláusula de los derechos implícitos construye un puente hacia la *iusfilosofía* que se “desembaraza” de la rigidez y formalidad típica del positivismo⁴. De esta manera, esta cláusula representa un vestigio del *iusnaturalismo*, la afirmación de que hay un “algo” más

³ Constitución de la República Dominicana, proclamada el 13 de junio de 2015.

⁴ BIDART CAMPOS, Germán J. “Los derechos ‘no enumerados’ en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional”. Derecho y Sociedad, núm. 18, p. 260. En esa misma línea, ver MEDRANO, Anibal Medrano en FUNDACIÓN INSTITUCIONALIDAD Y JUSTICIA (FINJUS). Constitución comentada: Santo Domingo, 2015.

allá del ordenamiento jurídico que tiene una naturaleza objetiva y trascendente que lo sustenta y justifica. Esto es lo que permite plantear una lógica de derechos *in numerus apertus*⁵ que no se agota con el catálogo expresamente consagrado en el texto de la Constitución, sino que más bien amplía el corpus constitucional⁶.

Al igual que los derechos fundamentales explícitos, los derechos implícitos se encuentran íntimamente relacionados con la dignidad humana, la forma democrática de gobierno y los valores y principios que fundamentan y dan sentido a todo el sistema. Por lo tanto, un determinado “silencio normativo” no supone en ningún escenario un “silencio axiológico”⁷. Para Humberto Nogueira Alcalá, la teoría detrás de los derechos implícitos recupera el valor primordial de los derechos fundamentales, que no son una mera concesión de las normas positivas, sino que son independientes de estas y, en última instancia, las fundamentan y justifican⁸. En consecuencia, es lo fundamental para respaldar la existencia de los derechos es su dimensión moral⁹, que se basa en la naturaleza humana.

La existencia de derechos más allá de lo establecido en la norma positiva se justifica por la necesidad de abordar los “nuevos desafíos universales” que surgen de la evolución de la conciencia social, el avance científico, tecnológico y las transformaciones culturales¹⁰. La inclusión de esta cláusula de derechos no enumerados busca evitar que las normas fundamentales queden estancadas en un momento particular debido al olvido o la ignorancia del constituyente¹¹. En otras palabras, sirven como un “antídoto contra el anquilosamiento” del ordenamiento jurídico-constitucional, evitando así la necesidad de reformas constantes en la Constitución¹².

Es por este motivo que los derechos implícitos han desempeñado un papel central en los avances sociales. Gonzalo Candía Falcon destaca cómo en la década de los sesenta los derechos implícitos jugaron un papel fundamental en el reconocimiento jurisprudencial de ciertas demandas sociales que no estaban explícitamente contempladas en el texto de la Constitución de los Estados Unidos¹³. Así, los derechos no especificados se convierten en una ven-

tana que permite la circulación de los aires que siempre traen consigo los nuevos tiempos.

En cuanto a su concretización, los derechos implícitos pueden adoptar dos formas: los “derechos nuevos” y los “contenidos nuevos en derechos viejos”¹⁴. De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú podemos colegir las particularidades de estos dos grupos de derechos implícitos. Los “derechos nuevos” serían aquellos que se derivan directamente de valores como la dignidad humana y del Estado social y democrático de derecho¹⁵. Por otro lado, es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho que, aunque se pueda considerar parte de este, es susceptible de ser configurado de manera independiente; en este último escenario estamos frente a “contenidos implícitos” que se desprenden de los “derechos preexistentes”, es decir, aquellos que cuentan con reconocimiento constitucional explícito¹⁶.

En el contexto de la determinación de los derechos implícitos, la labor interpretativa del juez resulta mucho más intensa que cuando se trata de interpretar los derechos fundamentales expresamente reconocidos en el texto constitucional¹⁷. A diferencia de lo que ocurre con los derechos explícitos, en el caso de los derechos implícitos la discusión sobre su fundamentalidad se convierte en un punto ineludible. En los primeros (derechos explícitos), la fundamentalidad se sustenta, principalmente, en criterios formales: se consideran fundamentales los derechos expresamente reconocidos en el texto constitucional¹⁸. En los segundos (derechos implícitos), al no contar con reconocimiento constitucional explícito, es necesario abordar, como paso previo, el problema de su justificación y determinación. De esta forma, antes de abordar las implicaciones prácticas de los derechos implícitos es necesario responder la siguiente interrogante: ¿qué fundamenta la necesidad de elevar un determinado derecho subjetivo al nivel constitucional? Lo que a fin de cuentas implica responder la pregunta ¿qué determina la condición fundamental de un derecho subjetivo¹⁹?

5 MEDRANO, Aníbal Medrano, en FUNDACIÓN INSTITUCIONALIDAD Y JUSTICIA (FINJUS). *Constitución comentada*: Santo Domingo, 2015, p. 219.

6 JORGE PRATS, Eduardo. *Derecho constitucional*, 2.ª ed.: Santo Domingo, Ius Novum, 2012, vol. II, p. 49.

7 BIDART CAMPOS, Germán J., ob. cit., p. 261.

8 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”. *Ius et Praxis*, año 13, núm. 2, p. 252.

9 FERNÁNDEZ POSTIGO, José Chávez. “De la tesis de la doble naturaleza de Alexy a un ‘iusnaturalismo moderado’: una propuesta de comprensión de los derechos fundamentales implícitos a partir de la jurisprudencia constitucional de Perú y Chile”. *Revista chilena de derecho*, vol. 46, núm. 1 (2019), p. 180. En esa línea de pensamiento, Germán Bidart Campos afirma que esa dimensión axiológica que fundamenta el ordenamiento jurídico permite que se puedan configurar derechos implícitos aún si no existe una cláusula o artículo expreso en la constitución que así lo establezca. Ver BIDART CAMPOS, Germán J., ob. cit., p. 259.

10 MIRANDA BONILLA, Haideer. “Los derechos innominados en la jurisprudencia de la Sala Constitucional”. *Revista Judicial del Poder Judicial de Costa Rica*, núm. 27, p. 224.

11 BIDART CAMPOS, Germán J., ob. cit., p. 260. En esa misma tesitura, ver: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Ob. Cit.* p. 250

12 BIDART CAMPOS, Germán J., ob. cit., pp. 260 y 261.

13 CANDIA FALCÓN, Gonzalo. “Analizando la tesis de los derechos implícitos: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad Rol no. 2.408-2013 de 6 de marzo de 2014”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Chile*, año 21, núm. 1, (2014), p. 504.

14 BIDART CAMPOS, Germán J., ob. cit., p. 256. En el mismo sentido, ver MIRANDA BONILLA, Haideer, ob. cit., p. 225.

15 Perú. Tribunal Constitucional. Exp. núm. 06534-2006-PA/TC, 15 de noviembre de 2007.

16 Perú. Tribunal Constitucional. Exp. núm. 0895-2001-AA/TC, 19 de agosto de 2002.

17 Para Gonzalo Candía Falcon, los derechos implícitos no son consecuencia de un acto de interpretación judicial, sino una construcción normativa del juez constitucional. Sobre el particular, ver CANDIA FALCÓN, Gonzalo, ob. cit., p. 498.

18 Respecto de esta definición estrictamente de los derechos fundamentales, podemos referir a CHINCHILLA HERRERA, Tulio. “¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?”. *Estudios de derecho*, vol. LVI y JORGE PRATS, Eduardo. *Derecho constitucional*, ob. cit.

19 La discusión de la fundamentalidad puede plantearse de igual forma respecto de los derechos fundamentales expresamente reconocidos en el texto constitucional. Sin embargo, tal y como expone Luigi Ferrajoli, esta definición formalista presenta ventajas, ya que prescinde de circunstancias de hecho, lo que permite abordar la discusión bajo parámetros objetivos que trascienden las fronteras de un ordenamiento jurídico particular. Sobre esto, ver FERRAJOLI, Luigi. “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*: Madrid, Trotta, 2009, p. 21.



La fundamentalidad, como nos recuerda Nogueira Alcalá, es un criterio fundamentalmente material o sustantivo²⁰. De este modo, en la configuración de la fundamentalidad y contenido de los derechos implícitos, las consideraciones acerca de valores como la dignidad, la libertad, la igualdad y la justicia adquieren un rol central en la discusión. Esto requiere una atención especial. La concretización de derechos fundamentales implícitos a partir del texto constitucional implica otorgar un mayor margen de actuación a las valoraciones y consideraciones personales de los jueces, quienes pueden terminar ampliando el catálogo constitucional al incorporar nuevos derechos que se derivan de criterios tan abstractos como “justicia” o “dignidad”. Esto conlleva, como sostiene Francisco Laporta, un riesgo importante para uno de los mayores logros de la civilización: el Estado de derecho²¹.

En este contexto, si pretendemos argumentar que la inclusión financiera se configura como un derecho fundamental implícito en virtud del texto de la Constitución de 2010, debemos considerar dos dimensiones fundamentales: una de naturaleza material, relacionada con los valores y principios que sustentan todo el ordenamiento jurídico, y otra de carácter formal, vinculada a las nociones de seguridad jurídica y a la dimensión institucional de los dere-

chos, que asegura que estos puedan tener las mismas consecuencias prácticas que los derechos explícitos²².

Para lograr esta conjunción entre la dimensión formal y material que debe caracterizar a los derechos implícitos, podemos establecer una serie de criterios que nos permitan determinar esa “igual naturaleza” a la que hace referencia el artículo 74, numeral 1, de la Constitución. A partir de lo expuesto por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, tanto a nivel nacional como comparado, podemos afirmar que existen tres criterios para evaluar la fundamentalidad de los derechos implícitos: a) su grado de vinculación con la dignidad humana, b) su derivación de los valores y principios constitucionalmente reconocidos, y c) su relación con los derechos fundamentales expresamente reconocidos en el texto constitucional.

Si bien el propósito de este trabajo no abarca todas las implicaciones prácticas de la dignidad humana como valor, principio y derecho fundamental, podemos destacar que, en el contexto de nuestro análisis, la dignidad humana puede ser considerada desde dos perspectivas: en primer lugar, en el sentido kantiano del término, como una prohibición de instrumentalización de la persona; en segundo lugar —y es la perspectiva que nos interesa en

20 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, ob. cit., 250.

21 LAPORTA, Francisco. “La creación judicial y el concepto de derecho implícito”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 6 (2002), p. 134.

22 FERNÁNDEZ POSTIGO, José Chávez, ob. cit., p. 178.

esta reflexión—, como un bien necesario en términos de justicia que resulta esencial para el perfeccionamiento y florecimiento de la persona²³. Desde esta última perspectiva, la dignidad se convierte en un bien esencial inherente a la condición humana, indispensable para el pleno desarrollo y crecimiento de la persona²⁴.

Plantear la dignidad desde esta perspectiva activa —como un bien necesario para el pleno desarrollo de la persona— implica asignar al Estado una serie de deberes concretos de protección, lo que se traduce en una obligación particular de adoptar medidas positivas y prestacionales que eliminen los obstáculos que impiden el desarrollo de la dignidad humana y que creen las condiciones que permitan el goce y ejercicio pleno de dicha dignidad a través de la satisfacción de las necesidades existenciales²⁵.

Bajo este enfoque, sostenido por la jurisprudencia constitucional comparada, la persona se convierte en el centro y razón de ser de todo el sistema, y su dignidad no solo se presenta como el valor supremo que justifica la existencia del Estado²⁶, sino que también fundamenta todos los derechos que habilita el ordenamiento jurídico²⁷. En consecuencia, no sería coherente considerar la existencia de un derecho fundamental implícito cuyo ejercicio resulte contrario a la dignidad humana²⁸.

La noción de dignidad está estrechamente vinculada al segundo criterio de fundamentalidad que debemos considerar al delimitar o construir un derecho implícito: su desvinculación con los principios constitucionales. En su comentario al artículo 74, numeral 1, de la Constitución, la magistrada Alba Beard, siguiendo las ideas de Luis Sáenz, propone una definición de los derechos implícitos centrada en este segundo criterio. Según la magistrada Beard, los derechos no enumerados son atributos fundamentales que se desprenden de los “principios esenciales que el ordenamiento constitucional reconoce como cláusulas abiertas”²⁹.

Siguiendo esta línea de pensamiento, el Tribunal Constitucional de Chile sostiene que los principios y valores consagrados en el texto constitucional no son meras declaraciones programáticas, sino mandatos expresos tanto para gobernantes como para gobernados, y poseen una fuerza obligatoria que impregna toda la Constitución con una finalidad humanística³⁰. En consecuencia, a partir de estos principios constitucionalmente reconocidos se pueden construir auténticos derechos exigibles frente al Estado³¹.

El último criterio de fundamentalidad que debemos considerar en relación con los derechos implícitos es su conexión con los derechos fundamentales que cuentan con reconocimiento constitucional expreso. Según Gonzalo Candía Falcon, los derechos positivados en el texto constitucional establecen un límite sustantivo para la creación de derechos implícitos a partir de ellos³². Desde otra perspectiva, la fundamentalidad de un derecho no enumerado en la Constitución se puede sostener en la medida en que su concretización involucre otros derechos fundamentales que sí cuenten con reconocimiento constitucional expreso.

Ejemplos tanto en la jurisprudencia constitucional comparada como en la de nuestro Tribunal Constitucional respaldan la existencia de derechos implícitos basados en su relación con derechos positivados. Ese es el caso del derecho al agua potable reconocido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, basado en los derechos fundamentales a la salud, la vida, el medio ambiente sano, la alimentación y la vivienda digna³³. En el caso dominicano, el Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho fundamental implícito a la debida motivación a partir de las garantías de la tutela judicial efectiva y el debido proceso consagradas en el artículo 69 constitucional³⁴.

Un aspecto final para considerar antes de analizar la inclusión financiera como derecho fundamental implícito en la Constitución dominicana, según los tres criterios previamente mencionados, es la cuestión de la necesidad de protección. No hemos incluido la necesidad de protección como un criterio para determinar la fundamentalidad de un derecho implícito, ya que consideramos que esto generaría una paradoja en la que se confundiría la consecuencia con la causa. Dicho de forma sencilla: el hecho de que los derechos fundamentales requieran protección se deriva de su fundamentalidad, por tanto, la necesidad de protección es una consecuencia de la fundamentalidad y no una causa. De esta forma, a partir del reconocimiento de su fundamentalidad, la autoridad tiene la obligación de reconocer y garantizar mecanismos eficientes de protección³⁵.

Tulio Chinchilla Herrera identifica seis supergarantías que se derivan del carácter fundamental de un derecho particular: a) su carácter vinculante frente a todos los poderes públicos, b) su aplicación directa por parte de jueces y órganos administrativos, c) la garantía de reserva de ley, d) la definición de un contenido esen-

23 Ibid., p. 191.

24 En esa misma línea de pensamiento, ver las ideas de BIDART CAMPOS, Germán J., ob. cit., pp. 259 y ss. y MIRANDA BONILLA, Haideer, ob. cit., p. 227.

25 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, ob. cit., p. 249.

26 Costa Rica, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, núm. 2004-4626, 30 de abril de 2004.

27 Perú. Tribunal Constitucional. Exp. núm. 2273-2005-PHC/TC, 20 de abril de 2006.

28 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *loc. cit.*

29 BEARD MARCOS, Alba Luisa. “Comentarios a los artículos 73 y 74”, en *La Constitución de la República Dominicana comentada por los jueces y juezas del Poder Judicial*: Santo Domingo, Escuela Nacional de la Judicatura, 2023, t. I, p. 860.

30 Chile, Tribunal Constitucional, Rol núm. 2454-13-INA, 13 de mayo de 2014.

31 En la sentencia TC/0322/14, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana ha reconocido el derecho fundamental implícito a la buena administración a partir de los principios de la Administración pública recogidos en el artículo 138 del texto constitucional. Sobre el particular, ver TC/0322/14, 22 de diciembre de 2014, en línea, www.tribunalconstitucional.gob.do/sentencias.do [consulta: 14 de septiembre de 2023].

32 CANDIA FALCÓN, Gonzalo, ob. cit., p. 517.

33 Costa Rica, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, núm. 2003-4654, 27 de mayo de 2003.

34 TC/0920/18, 10 de diciembre de 2018, en línea, www.tribunalconstitucional.gob.do/Sentencias.do [consulta: 14 de septiembre de 2023].

35 FERNÁNDEZ POSTIGO, José Chávez, ob. cit., p. 296.



cial que sirve de límite frente al Poder Legislativo, e) la creación de una acción sencilla y expedita para reclamar protección cuando el derecho resulta arbitrariamente lesionado, y f) la existencia de límites al poder constituyente derivado para abolirlos, restringirlos o disminuir su protección³⁶.

Teniendo en cuenta estas ideas generales acerca de la naturaleza de los derechos innominados y los criterios que deben evaluarse para respaldar su fundamentalidad, en el próximo apartado abordaremos la siguiente pregunta: ¿Es posible sostener que la inclusión financiera es un derecho fundamental implícito, teniendo en cuenta los valores, principios y derechos reconocidos en la Constitución de 2010?

III. LA INCLUSIÓN FINANCIERA BAJO LA LUPA: ¿SE TRATA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO?

Antes de adentrarnos en el análisis de la inclusión financiera a través de los criterios mencionados en la sección anterior es fundamental, como paso inicial, definir con precisión a qué nos referimos con “inclusión financiera”. Más allá de las definiciones simplistas que la equiparan con la simple bancarización (entendida como el acceso a servicios financieros formales), la realidad es que la inclusión financiera es un fenómeno mucho más complejo y abarcador. En este sentido, la conceptualización que mejor engloba todas las facetas de la inclusión financiera es la propuesta en la Estrategia Nacional de Inclusión Financiera, que la define de la siguiente manera:

loba todas las facetas de la inclusión financiera es la propuesta en la Estrategia Nacional de Inclusión Financiera, que la define de la siguiente manera:

Tener acceso y uso a una gama completa de productos y servicios financieros de manera conveniente, asequible e informado, a través de infraestructuras innovadoras, bajo una regulación adecuada que garantice la protección del consumidor, el trato justo y promueva la educación financiera para mejorar las capacidades y bienestar financieros de todos los segmentos de la población³⁷.

Siguiendo lo establecido en esta estrategia, la inclusión financiera se desglosa en cuatro dimensiones claves: disponibilidad y acceso, uso, calidad/adaptación y bienestar/satisfacción, tal como se resume en el gráfico siguiente³⁸:

En este sentido, podemos afirmar que la inclusión financiera es un fenómeno mucho más amplio que simplemente el acceso a productos financieros. Desde esta perspectiva, hablar de inclusión financiera implica considerar la calidad de los servicios, la información y educación para los usuarios, así como la flexibilidad de los productos para satisfacer las necesidades de los sectores a los que se dirigen. Como señala la doctrina, no toda inclusión financiera produce automáticamente efectos positivos en el bienestar³⁹. Con esto en mente, podemos adentrarnos en el análisis de la importancia de la inclusión financiera desde la óptica de la dignidad huma-

36 CHINCHILLA HERRERA, Tulio, ob. cit., pp. 49 y ss.

37 COMISIÓN DE INCLUSIÓN FINANCIERA. *Estrategia Nacional de Inclusión financiera 2022-2030*: Santo Domingo, 2022, p. 2.

38 Fuente: COMISIÓN DE INCLUSIÓN FINANCIERA, *ibid.*, p. 23.

39 GUSTAVO CANO, C., PILAR ESGUERRA, M., et al. “Acceso a servicios financieros en Colombia”. *Borradores de Economía*, núm. 776 (2013), p. 2.

na, su relación con los principios consagrados en la Constitución y su vinculación con los derechos expresamente reconocidos en el texto constitucional.

Respecto a la dignidad humana, el artículo 8 de la Constitución, dentro del contexto de la cláusula del Estado social y democrático de derecho, establece que es función esencial del Estado proteger los derechos de la persona, respetar su dignidad y proporcionar los medios que le permitan desarrollarse de manera equitativa, igualitaria y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y justicia social. En el citado artículo, el constituyente rescató esa dimensión de la dignidad humana que mencionamos anteriormente, relacionada con el crecimiento integral de las personas. Por lo tanto, la pregunta fundamental que guía nuestro análisis es la siguiente: ¿De qué forma se relaciona la inclusión financiera con esa dimensión de la dignidad humana que busca el desarrollo de las personas?

La respuesta a esta pregunta no proviene de un análisis de lo expuesto por la doctrina, sino de la verificación de las conclusiones de los estudios y reportes que han abordado este tema. En primer lugar, podemos referir las conclusiones del extenso estudio titulado “The Foundations of Financial Inclusion”, elaborado por el Banco Mundial (con datos de 123 países y entrevistas a alrededor de 124000 individuos), donde se destaca que la inclusión financiera puede generar numerosos beneficios para las personas. Los datos presentados revelan que el uso de cuentas formales impulsa la inclusión de grupos económicamente desfavorecidos y de las zonas rurales⁴⁰. La conclusión es clara: una mayor inclusión financiera conduce a resultados positivos en el desarrollo de las personas.

Por otro lado, el estudio denominado “Caracterización de la inclusión financiera en la República Dominicana desde una perspectiva territorial y de género”, realizado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), presenta cómo las iniciativas para la inclusión financiera podrían contribuir a reducir las brechas de género que relegan a las mujeres a roles domésticos en lugar de permitir su participación en sectores productivos⁴¹. El enfoque en la inclusión de género es un área aún poco explorada, considerando que, según los resultados presentados en el mencionado estudio, el 56 % de las mujeres dominicanas aún no tienen acceso a servicios bancarios⁴².

Del mismo modo, podemos referirnos a los aspectos analizados en el “Informe sobre Inclusión Financiera y Laboral de Personas con Discapacidad en el sector bancario”, elaborado por la Superintendencia de Bancos de la República Dominicana. En este informe se destacan medidas de inclusión destinadas a garantizar un tra-

to equitativo a las personas con discapacidad, ya sea visual, auditiva, motora o incluso cognitiva. Estas medidas pueden mejorar significativamente la calidad de vida de este grupo y promover su participación en la sociedad⁴³. Las acciones que se pueden tomar en este ámbito son tan variadas como facilitar el acceso a las sucursales de las entidades de intermediación financiera (accesibilidad física) o mejorar las herramientas de uso y accesibilidad de los canales digitales (accesibilidad digital)⁴⁴.

A partir de las conclusiones de los estudios e informes previamente citados, podemos afirmar que las medidas que buscan asegurar un mayor acceso a los servicios financieros, promover el desarrollo de productos adaptables a las necesidades reales de los grupos a los que están destinados (especialmente aquellos históricamente excluidos), mejorar la calidad de los productos y fomentar un mayor nivel de formación de los usuarios tienen un impacto indiscutible en el desarrollo integral de las personas, lo que supone una estrecha relación con el valor supremo de la dignidad humana.

En cuanto al grado de conexión de las iniciativas de inclusión financiera con los principios que permean el texto constitucional, podemos hacer varias precisiones. El artículo 217 de la Constitución establece que el régimen económico se orienta hacia la promoción del desarrollo humano y se basa en el crecimiento económico, la redistribución de la riqueza, la justicia social, la equidad y la cohesión social y territorial. Por otro lado, el artículo 222 de la Constitución establece que el Estado fomenta la integración del sector informal, impulsa el desarrollo de las mipymes y otras formas de asociación comunitaria con el fin de crear condiciones que permitan acceder al financiamiento, la asistencia técnica y la capacitación adecuada. Ambos artículos de la Constitución tienen una redacción claramente principiológica. En ambos casos se apela a principios de justicia y cohesión social, y en el caso particular del artículo 222 se establece la obligación del Estado de tomar medidas que promuevan la inclusión financiera y el crecimiento de los sectores productivos.

El informe de la Corporación Andina de Fomento (CAF) se acerca a esta idea de correlación entre el desarrollo económico y la actividad realizada desde el sector financiero. En el documento mencionado se establece que el acceso a los servicios financieros es un factor importante para el desarrollo, considerando aspectos como el valor agregado de la intermediación financiera al impulsar el crecimiento de las empresas mediante la canalización del ahorro público, la satisfacción de las necesidades de acceso al crédito de las familias y la facilitación de las transacciones a través de los medios de pago⁴⁵. Además, los bancos e intermediarios finan-

40 THE WORLD BANK. *The foundations of the financial inclusion*: Washington, 2012, p. 35.

41 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). *Caracterización de la inclusión financiera en la República Dominicana con una perspectiva territorial y de género*: Ciudad de México, 2023, p. 63.

42 *Ibid.* p. 19.

43 SUPERINTENDENCIA DE BANCOS DE LA REPÚBLICA DOMINICANA. *Informe sobre inclusión financiera y laboral de personas con discapacidad en el sector bancario al 31 de julio 2021*: Santo Domingo, 2021, p. 12.

44 *Ibid.* pp. 18 y ss.

45 CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO. *Servicios financieros para el desarrollo: promoviendo el acceso en América Latina*: Bogotá, 2011, p. 19.



cieros aportan valor mediante la actividad que realizan, valor que se refleja en la utilización de nuevas tecnologías para la captación de recursos, la generación de información sobre nuevas oportunidades de inversión, el monitoreo de la ejecución de los planes de inversión y la promoción de incentivos para que los proyectos se completen y los créditos sean cancelados⁴⁶.

Todos estos beneficios vinculados con el desarrollo de la actividad financiera tienen un impacto innegable en la concreción de los principios recogidos en los artículos 217 y 222 de la Constitución. Por tanto, podemos afirmar que la inclusión financiera está estrechamente relacionada con los principios que el constituyente ha establecido expresamente como orientadores y fundamentales para el régimen económico.

Un último aspecto por considerar en relación con la *ius* fundamentalidad de la inclusión financiera es su relación con otros derechos fundamentales. En ese contexto, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que la actividad financiera y bancaria implica el respeto y la protección de ciertos derechos fundamentales expresamente reconocidos, como el derecho a la igualdad de trato, la iniciativa privada y la libertad económica. Esto implica que el ejercicio de la actividad financiera debe ser razonable, proporcional y adecuado a las obligaciones que se derivan de la cláusula del Estado social y democrático de derecho⁴⁷.

Además de lo establecido por la jurisprudencia constitucional en Colombia, como mencionamos al inicio de este trabajo, las iniciativas de inclusión financiera están estrechamente relacionadas con derechos como la igualdad, la intimidad y el honor de las personas (en lo que respecta a los aspectos vinculados al manejo y acceso de la información), la libertad de empresa, la propiedad y la educación. Todos estos derechos convergen o se ven de alguna manera afectados por las medidas e iniciativas de inclusión financiera. Por lo tanto, podemos argumentar la existencia de un derecho fundamental implícito a la inclusión financiera que abarca, desde la perspectiva de la actividad financiera, todos los derechos fundamentales previamente mencionados, los cuales, es importante recordar, cuentan con un reconocimiento explícito en la Constitución.

Siguiendo las ideas de Javier Hervada, José Chávez-Fernández Postigo propone el concepto de los derechos naturales subsiguientes, entendidos como aquellos que emergen de situaciones creadas por el ser humano⁴⁸. A partir de esta definición y del análisis de los criterios presentados en este apartado, podemos sostener la siguiente premisa: la inclusión financiera constituye un derecho natural subsiguiente, pues se desprende de una situación creada por el ser humano que tiene un vínculo con el valor supremo de la dignidad humana, concretiza los principios constitucionales

46 *Ibid.*, p. 23.

47 Colombia, Corte Constitucional, T-585/13, 29 de agosto de 2013.

48 FERNÁNDEZ POSTIGO, José Chávez, ob. cit., p. 297.

que orientan el régimen económico y guarda relación con derechos fundamentales expresamente reconocidos en el texto constitucional.

IV. ALGUNAS IMPLICACIONES DEL RECONOCIMIENTO DE LA INCLUSIÓN FINANCIERA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO

Reconocer la *ius* fundamentalidad de la inclusión financiera implica aceptar que los aspectos relacionados con la prestación de los servicios financieros a los usuarios requieren una protección reforzada por parte del Estado. Ahora bien, es crucial tener en cuenta que la propia complejidad de la actividad financiera nos obliga a abordar con cuidado extremo la forma en la que se concretarían las garantías esenciales de una inclusión financiera entendida como derecho fundamental implícito.

La Corte Constitucional de Colombia, si bien no ha reconocido la inclusión financiera como un derecho fundamental implícito en su totalidad, sí cuenta con algunas sentencias que plantean cuestiones relevantes en cuanto a los mecanismos de protección de los derechos fundamentales que confluyen en la prestación de los servicios financieros. A continuación, a modo de resumen, destacamos algunos de los criterios centrales sostenidos por la mencionada jurisdicción constitucional.

En primer lugar, la jurisprudencia constitucional colombiana ha llegado al punto de “declarar” la actividad bancaria como un servicio público. Desde esa perspectiva, la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que la “autonomía de la voluntad contractual” de las entidades de intermediación financiera está más restringida que la de otros particulares, “pues se encuentra especialmente limitada debido a la función que desempeñan, la especialidad de la actividad que prestan y su condición de instrumento para garantizar derechos individuales”⁴⁹. Entre los factores que limitan la autonomía de la voluntad privada de las entidades de intermediación financiera se incluyen i) la naturaleza especial de la actividad que prestan, ii) la circunstancia de ser el crédito y el ahorro instrumentos necesarios para garantizar derechos de las personas, iii) la prohibición de abusar de los derechos propios, iv) la prevalencia del interés público, v) la vigencia del principio de solidaridad y vi) las exigencias de la buena fe⁵⁰.

Siguiendo esa línea de pensamiento, en la sentencia T-585/13, la corte estableció que “el principio de la universalidad del ahorro exige que la falta de aceptación de clientes responda a criterios objetivos y razonables que impliquen un riesgo para la solvencia y estabilidad patrimonial de las entidades financieras”⁵¹. Ahora bien, la corte también ha señalado que esto no significa que el Estado deba promover el desequilibrio económico en la actividad

financiera. Por lo tanto, el reconocimiento de la actividad financiera como un servicio público no conlleva la exigencia de aprobar créditos de manera instantánea o la apertura de cuentas sin considerar los factores de riesgo asociados con el cliente que solicita el producto o servicio⁵².

En el caso dominicano sería incorrecto afirmar que la actividad bancaria (y, por ende, las medidas de inclusión financiera relacionadas con ella) es un servicio público. Esto se debe a que el artículo 147 de la Constitución establece que los servicios públicos deben ser declarados como tales por ley. En este contexto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 de la Ley núm. 183-02, Monetaria y Financiera, solo el sistema de pagos y compensación de cheques está expresamente designado como un servicio público. No obstante, podemos afirmar que reconocer la inclusión financiera como un derecho implícito implica el reconocimiento de la actividad financiera como un servicio de interés general, que obliga a los agentes y proveedores de servicios a facilitar el acceso a los productos financieros y a rechazarlos únicamente cuando existan factores de riesgo que pongan en peligro la estabilidad de la entidad o del sistema financiero. En este esquema, la intervención del Estado regulador es esencial e imprescindible.

Finalmente, la jurisprudencia constitucional colombiana ha determinado que la acción de tutela es formalmente procedente en contra de las entidades que brindan servicios de carácter financiero⁵³. Del mismo modo, la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido la existencia del *habeas data* financiero, orientado a proteger los derechos de los usuarios en relación con la información y los datos que las entidades de intermediación financiera recopilan de estos. La corte subrayó que la necesidad de establecer un *habeas data* financiero se deriva del hecho de que la información financiera “puede afectar de manera grave y, en ocasiones, irreversible a los individuos a los que se refiere”. Esto conlleva la imposición de límites razonables a su manejo y uso, a fin de preservar los derechos a la intimidad, honra y buen nombre de los asociados⁵⁴.

El enfoque adoptado por la jurisprudencia colombiana puede ser aplicado en el contexto dominicano. Como mencionamos anteriormente, reconocer la fundamentalidad de la inclusión financiera implica que las entidades de intermediación financiera solo deben denegar el acceso a productos financieros básicos relacionados con el ahorro o el crédito en aquellos casos en los que la aceptación del cliente represente un riesgo para la estabilidad y solvencia de la entidad o el sistema. Partiendo de esta premisa, un potencial usuario financiero puede presentar una acción de amparo cuando se le niega el acceso a estos productos financieros básicos, vulnerando de manera arbitraria los derechos fundamentales vin-

49 Colombia, Corte Constitucional, SU-157/99, 10 de marzo de 1999.

50 Colombia, Corte Constitucional, T-585/13, 29 de agosto de 2013.

51 *Idem*.

52 Colombia, Corte Constitucional, SU-157/99, 10 de marzo de 1999.

53 *Idem*.

54 Colombia, Corte Constitucional, C-282/21, 25 de agosto de 2021. La corte ponderó elementos como el derecho al olvido del dato financiero negativo, así como la necesidad del sistema financiero de contar con informaciones que le permitan una adecuada gestión de los riesgos.

culados a la prestación de servicios financieros. En este contexto, el juez de amparo estaría obligado a verificar si el rechazo de la entidad financiera se basa en criterios objetivos y razonables relacionados con factores de riesgo asociados al posible cliente o si, por el contrario, constituye simplemente una violación arbitraria al acceso de un producto financiero, con la consiguiente vulneración de los derechos fundamentales conexos a la actividad financiera.

V. REFLEXIÓN FINAL

A pesar de las ideas previamente expuestas en este trabajo, es importante reconocer que decir que la inclusión financiera constituye un derecho fundamental implícito en el marco de la Constitución dominicana plantea desafíos tanto teóricos como prácticos. Para avanzar en la dirección de la premisa sostenida a lo largo de esta reflexión es necesario desarrollar una jurisprudencia constitucional que aborde los derechos vinculados a la actividad financiera. En este sentido, queda pendiente determinar si el eventual enfoque que adoptaría el Tribunal Constitucional sería conservador (reconociendo simplemente la necesidad de proteger los derechos fundamentales en el contexto de la actividad financiera sin profundizar en consideraciones sobre particularidades que requerirían una atención especial en este ámbito) o mucho más progresista, llegando a afirmar que la inclusión financiera constituye un derecho independiente sobre el cual se puede fundamentar su carácter fundamental a partir del contenido de la Constitución.

No obstante, lo que resulta innegable es que impulsar, tanto en el ámbito teórico como en la práctica, iniciativas y medidas orientadas a garantizar una mayor inclusión financiera representa la herramienta más efectiva para fortalecer y consolidar ese auténtico derecho constitucional de la lucha contra la pobreza⁵⁵.

BIBLIOGRAFÍA

- BEARD MARCOS, Alba Luisa. "Comentarios a los artículos 73 y 74", en *La Constitución de la República Dominicana comentada por los jueces y juezas del Poder Judicial*: Santo Domingo, Escuela Nacional de la Judicatura, 2023, t. I.
- BIDART CAMPOS, Germán J. "Los derechos 'no enumerados' en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional". *Derecho y Sociedad*, núm. 18.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo. "Analizando la tesis de los derechos implícitos: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad Rol no. 2.408-2013 de 6 de marzo de 2014". *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Chile*, año 21, núm. 1, (2014).
- "Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una reflexión a la luz de la noción de Estado de derecho". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, núm. 3 (2015).
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio. "¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?". *Estudios de derecho*, vol. LVI.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). *Caracterización de la inclusión financiera en la República Dominicana con una perspectiva territorial y de género*: Ciudad de México, 2023.
- CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF). *Servicios financieros para el desarrollo: promoviendo el acceso en América Latina*: Bogotá, 2021.
- FERNÁNDEZ POSTIGO, José Chávez. "De la tesis de la doble naturaleza de Alexy a un 'iusnaturalismo moderado': una propuesta de comprensión de los derechos fundamentales implícitos a partir de la jurisprudencia constitucional de Perú y Chile". *Revista chilena de derecho*, vol. 46, núm. 1 (2019).
- "La tesis hervadiana de los derechos naturales subsiguientes y la doctrina de los 'derechos implícitos' en la jurisprudencia de la Corte IDH". *Persona y Derecho*, vol. 87 (2022).
- FERRAJOLI, Luigi. "Derechos fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*: Madrid, Trotta, 2009.
- GUSTAVO CANO, C., PILAR ESGUERRA, M., et al. "Acceso a servicios financieros en Colombia". *Borradores de Economía*, núm. 776 (2013).
- JORGE PRATS, Eduardo. *Derecho constitucional*, 2.ª ed.: Santo Domingo, Ius Novum, 2012, vol. II.
- "Ferrajoli en Santo Domingo". *Acento*. [en línea] <https://acento.com.do/opinion/ferrajoli-en-santo-domingo-8151440.html> [consulta de fecha 14 de septiembre de 2023].
- "Un escéptico frente a la Constitución social". *Acento* [en línea] <https://acento.com.do/opinion/escptico-frente-la-constitucion-social-8362950.html> [consulta de fecha 14 de septiembre de 2023].
- LAPORTA, Francisco. "La creación judicial y el concepto de derecho implícito". *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 6 (2002).
- MEDRANO, Aníbal, en FUNDACIÓN INSTITUCIONALIDAD Y JUSTICIA (FINJUS). *Constitución comentada*: Santo Domingo, 2015.
- MIRANDA BONILLA, Haideer. "Los derechos innominados en la jurisprudencia de la Sala Constitucional". *Revista Judicial del Poder Judicial de Costa Rica*, núm. 27.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización". *Ius et Praxis*, año 13, núm. 2.
- SUPERINTENDENCIA DE BANCOS DE LA REPÚBLICA DOMINICANA. *Informe sobre inclusión financiera y laboral de personas con discapacidad en el sector bancario al 31 de julio 2021*: Santo Domingo, 2021.
- THE WORLD BANK. *The foundations of the financial inclusion*: Washington, 2012.
- Chile, Tribunal Constitucional, rol núm. 2454-13-INA, 13 de mayo de 2014.
- Colombia, Corte Constitucional, SU-157/99, 10 de marzo de 1999; C-282/21, 25 de agosto de 2021; T-585/13, 29 de agosto de 2013.
- Costa Rica, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, núm. 2003-4654, 27 de mayo de 2003; núm. 2004-4626, 30 de abril de 2004.
- Perú. Tribunal Constitucional. Exp. núm. 0895-2001-AA/TC, 19 de agosto de 2002; 2273-2005-PHC/TC, 20 de abril de 2006; 06534-2006-PA/TC, 15 de noviembre de 2007.
- TC/0322/14, 22 de diciembre de 2014, en línea, www.tribunalconstitucional.gob.do/sentencias.do [consulta: 14 de septiembre de 2023].
- TC/0920/18, 10 de diciembre de 2018, en línea, www.tribunalconstitucional.gob.do/Sentencias.do [consulta: 14 de septiembre de 2023].

55 La idea de un "derecho constitucional de la lucha contra la pobreza" ha sido planteada por el profesor Eduardo Jorge Prats, siguiendo las ideas de Luigi Ferrajoli. Sobre el particular, ver: JORGE PRATS, Eduardo. "Ferrajoli en Santo Domingo". *Acento*. [en línea] <https://acento.com.do/opinion/ferrajoli-en-santo-domingo-8151440.html> [consulta de fecha 14 de septiembre de 2023] y JORGE PRATS, Eduardo. "Un escéptico frente a la Constitución social". *Acento* [en línea] <https://acento.com.do/opinion/escptico-frente-la-constitucion-social-8362950.html> [consulta de fecha 14 de septiembre de 2023].

Víctor Rafael Hernández-Mendible

Doctor en Derecho por la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela), posdoctor por el Mediterranea International Centre for Human Rights Research (MICHR), Reggio Calabria (Italia), director del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila y profesor en las maestrías de Derecho de la PUCMM.

victor@hernandezmendible.com



Margaret Santos Fernández

Magíster en Derecho de los Mercados Financieros y en Derecho Administrativo y Regulación Económica, abogada en Jorge Prats, Abogados & Consultores, docente de Derecho Procesal Administrativo y Tributario, a nivel de maestría, en la Universidad APEC.

msf-94@hotmail.com



LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS DEL SISTEMA FINANCIERO EN ENTORNOS DIGITALES

RESUMEN:

Se analizan los derechos de los consumidores y los usuarios del sistema financiero y la incidencia que han tenido los entornos digitales frente a las prerrogativas de estos sujetos especiales. Así pues, desde una perspectiva local y comparada, se examinan los aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales que conciernen al asunto estudiado, para lo cual se hará hincapié en los criterios judiciales que propician una mayor protección a los derechos de los consumidores y los usuarios financieros en el entorno digital.

PALABRAS CLAVES:

Derechos, consumidores y usuarios, sistema financiero, entornos digitales, jurisprudencia.

I. INTRODUCCIÓN

En este tiempo de inicio de la cuarta revolución industrial¹, el mundo experimenta varias transiciones en los ámbitos energéticos (de las fuentes de energías fósiles a fuentes de energías renovables), ecológicos (de las acciones de mitigación y adaptación al cambio climático a las acciones para lograr la neutralidad carbónica), tecnológicos (de las tecnologías analógicas a las tecnologías disruptivas), empresariales (de las personas por la robótica y la inteligencia artificial), laborales (de la prestación presencial en la empresa por la prestación remota, desde casa o el teletrabajo) y económicos (de la economía lineal a la economía circular), que no se excluyen, ni se sustituyen, sino que se complementan y tienen un común denominador en la digitalización.

La digitalización constituye el proceso en virtud del cual las actividades que surgieron y se desarrollaron en el mundo analógi-

co y en soporte físico son transformadas o transferidas al formato del mundo digital y se desarrollan en entornos virtuales.

Cuando se traslada este proceso técnico a la economía, se observa que al introducirse la transformación digital en la empresa se modifican la organización, la dirección, la producción de bienes o la prestación de servicios, la gestión de los *stocks*, la comercialización, así como el acceso, el consumo o el uso por las personas y la atención posventa, en los entornos digitales.

La empresa puede transformarse de analógica a digital mediante la conversión de los procesos de elaboración y transferencia de documentos (firma electrónica, código QR, correos electrónicos y WhatsApp, etc.), los procedimientos de comunicación (páginas web, redes sociales y chatbot), el desarrollo de un nuevo modelo de negocio en línea (compraventa, alquiler o arrendamiento de bienes, transacciones por internet, otorgamiento y cancelación de créditos, etc.), la producción automati-

1 SCHWAB, K. *La cuarta revolución industrial*: Debate, Barcelona, 2016.



zada de bienes o servicios, todo lo que conlleva un cambio de cultura corporativa y de las personas que laboran en ella.

Se trata de una empresa 4.0², que experimenta la transformación digital y se caracteriza por el intercambio comercial a través de redes digitales, la interconectividad, la automatización, la intangibilidad de sus principales activos, la gestión de los datos instantáneamente, en tiempo real —su recopilación en grandes volúmenes (*big data*) y su análisis o procesamiento por algoritmos (IA)—, para generar nuevos productos en este entorno que se ponen a la disposición de los clientes, introduciendo así novedades en la oferta y la demanda.

En el mercado financiero, la empresa 4.0 introduce “un cambio de modelo de negocio, un cambio estructural mucho más profundo impulsado por tres elementos: i) nuevas tecnologías exponenciales, que hoy se combinan para producir un tipo de negocio y de transaccionalidad diferente; ii) nuevos tipos de clientes a los que el sector sirve; y iii) nuevos entrantes (*fintech* y grandes campeones digitales) que han emergido con el objetivo de competir por todo el negocio bancario o por los segmentos de valor más atractivos”³.

Lo anterior pone en evidencia que la transformación digital ha revolucionado diferentes ámbitos del mercado financie-

ro, desde la producción y las estrategias comerciales, pasando por los negocios, hasta alcanzar la regulación. En efecto, la dinámica de los actores del sistema financiero se ha enrutado hacia un nuevo contexto, entornos digitales, lo que ha impactado significativamente la forma de interacción entre los sujetos del sector y la diversidad de productos ofrecidos, generando la tendencia de implementar tecnologías en la producción de bienes y servicios financieros. Por consiguiente, tanto los usuarios como los operadores de servicios se enfrentan a una gran transformación operativa y jurídica. Entre las modificaciones que ha experimentado el sector financiero se pueden mencionar a título enunciativo las siguientes:

1. la simplificación del acceso tanto a los sistemas como a las plataformas y la facilidad de contratación de los servicios financieros mediante dispositivos remotos fijos o móviles;
2. las transacciones y las transferencias de dinero, facilitando los pagos sin tener que portar dinero en físico;
3. el funcionamiento las 24 horas durante los siete días de la semana, es decir, fuera de las horas de atención presencial al público y desde cualquier lugar;
4. mayor eficiencia de los costos de transacción, al eliminar los desplazamientos físicos, la reducción de los tiempos de espe-

² El primero en emplear el concepto industria 4.0 fue el gobierno alemán, que la definió como “una organización de los procesos de producción basada en la tecnología y en dispositivos que se comunican entre ellos de forma autónoma a lo largo de la cadena de valor”. BLANCO, R., FONTRONDONA, J., y POVEDA, C. *La industria 4.0: el estado de la cuestión*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2017. <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/406/BLANCO,%20FONTRONDONA%20Y%20POVEDA.pdf>.

³ FONCILLA GARCÍA, B. “El sector financiero ante el reto digital”, en *La economía digital en España ICE*, núm. 898, 2017, p. 26.

- ra en las oficinas de las entidades y la disminución de la atención por empleados y de la utilización de papel, tinta y consumo de electricidad;
5. se aligera la gestión dentro de la entidad, simplificando el volumen de trámites y agilizando los tiempos de toma de decisiones;
 6. se permite el acceso a la información en tiempo real, lo que beneficia a los depositantes al ser notificados de las consignaciones que reciben, de los pagos que tengan domiciliados en sus cuentas, de las compras o transferencias que realicen, así como de las interrupciones temporales de los servicios en línea;
 7. la seguridad digital (ciberseguridad) de la propiedad de los datos y la protección de aquellos que suministran los depositantes, de los documentos que se suscriben entre la entidad y los clientes, que deben estar garantizados mediante la verificación de identidad a través de varias contraseñas personalizadas de acceso;
 8. se produce un mejoramiento de la oferta de los bienes y los servicios al introducir nuevos productos al mercado;
 9. la intercomunicación entre los representantes de la entidad y los clientes permite una trazabilidad segura y confiable, en especial en caso de potenciales desavenencias;
 10. la entidad conoce mejor las necesidades de los clientes, a través del empleo de *cookies* e inteligencia artificial, y tiene la posibilidad de adaptar sus productos y servicios a las preferencias de sus depositantes.

En ese sentido, es necesario evaluar la protección de los consumidores y los usuarios —aunque existe diferencia conceptual entre aquellos y estos, se equiparan a los efectos de este trabajo— del sistema financiero en los entornos digitales, ya que como personas gozan de una serie de derechos subjetivos (fundamentales y de reconocimiento legal), que deben ser protegidos en el ecosistema financiero. Si bien los canales digitales conllevan diversas ventajas que fomentan tanto el acceso a los servicios financieros como la vertiginosa eficiencia y agilidad en las operaciones comerciales, también esto comporta riesgos que pueden convertirse en nuevos escenarios de exclusión que vulneren gravemente los derechos fundamentales de los consumidores y los usuarios financieros⁴.

A partir de estas afirmaciones es pertinente examinar los criterios de protección de los derechos de los consumidores y los usuarios del sistema financiero para determinar si otorgan mayor y mejor tutela a estos derechos en la era digital.

En virtud de esto, se presenta un análisis sobre los derechos de los usuarios del sistema financiero en entornos digitales, a la luz de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina dominicana y comparada, para lo cual se abordarán los siguientes temas: los

derechos de los usuarios en el sistema financiero (II), la posible incidencia de los entornos digitales en los derechos de los usuarios (III), la jurisprudencia garantista de los derechos de los usuarios (IV), y las consideraciones finales (V).

II. LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS EN EL SISTEMA FINANCIERO

Los derechos generales de los consumidores y los usuarios son los siguientes: a) el derecho de acceso a los bienes y servicios financieros; b) el derecho a que el suministro de los bienes y la prestación de los servicios sean de calidad; c) el derecho a elegir los bienes y servicios financieros que necesitan; d) el derecho a la información veraz, adecuada y oportuna; e) el derecho a la participación en la regulación del sector financiero; y, f) el derecho a la reparación integral y efectiva como consecuencia del daño experimentado por la violación de sus derechos.

Estos derechos experimentan su mayor proyección a partir del último tercio del siglo XX, oportunidad en que se comenzaron a promover varios documentos internacionales destinados a brindar protección a los consumidores y los usuarios, algunos de los cuales se mencionarán sucintamente, atendiendo a los espacios geográficos en que se produjeron y según su sucesión cronológica.

2.1. En el contexto internacional

El primer pronunciamiento de cobertura mundial lo realizó la Organización de las Naciones Unidas cuando aprobó la Resolución 39/248, del 16 de abril de 1985, que estableció las directrices de este organismo global para la protección a los consumidores como cuestión temática para orientar las políticas y leyes de los Estados miembros⁵. En esencia se reconocen los derechos a la protección frente a los riesgos de salud y seguridad, la protección de los intereses económicos de los consumidores, el acceso de estos a la información adecuada, la educación del consumidor, la posibilidad de reparación efectiva por los daños y la libertad de constituir grupos u organizaciones para la defensa de sus derechos.

Más recientemente, con motivo de los treinta años de aquella histórica resolución, la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 70/186, del 22 de diciembre de 2015, que estableció las nuevas directrices de las Naciones Unidas para la protección al consumidor, que ha sido distribuida a partir del día 4 de febrero de 2016⁶.

En esta resolución se pueden destacar, dentro de las noventa y nueve directrices, tres concretas en materia de servicios financieros, sin perjuicio de las referencias generales a la protección de los derechos de los consumidores.

Es así como se indica que los Estados deben promover los intereses del consumidor, particularmente en los países en desarrollo

4 LAGUNA DE PAZ, J. C. "Regulación y supervisión financiera en la nueva economía digital global". *Revista de Administración Pública*, núm. 220, CEPC, Madrid, 2023, pp. 273 y 276.

5 ONU, Resolución 39/248, del 16 de abril de 1985, ampliada por el Consejo Económico y Social mediante Resolución 1999/7, del 26 de julio de 1999.

6 ONU, Resolución 70/186, del 22 de diciembre de 2015, http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d186_es.pdf.



y para ello deberán dar prioridad, cuando proceda, a lo relacionado con la salud del consumidor —como los alimentos, el agua, los productos farmacéuticos—, la energía y los servicios públicos, así como abordar los aspectos específicos de turismo. Estos deben adoptar o mantener políticas para asegurar el control de calidad de los productos, medios de distribución adecuados y seguros, sistemas internacionales normalizados de etiquetado e información, y programas de educación e investigación en estos ámbitos, todo ello conforme a lo establecido en las directrices⁷.

En concreto, en lo que respecta a los servicios financieros los Estados deben establecer y promover lo siguiente: a) las políticas para la regulación y la aplicación efectiva de la protección del consumidor de servicios financieros; b) los órganos de supervisión deberán contar con la autoridad y los recursos necesarios para cumplir su misión; c) los controles y los medios seguros para proteger los activos de los consumidores, incluidos los depósitos; d) las mejores estrategias de educación financiera, que promuevan la adquisición de los conocimientos básicos en la materia; e) que se brinde un trato justo y una divulgación adecuada de la información, velando porque las instituciones financieras también se hagan responsables y rindan cuentas de los actos de sus agentes autorizados; f) la actuación responsable de los pres-

tadores de servicios financieros y sus agentes autorizados, en lo concerniente a la concesión responsable de préstamos y la venta de productos que se ajusten a las necesidades y los medios del consumidor; g) los controles apropiados para la protección de los datos financieros del consumidor, contra el fraude y el abuso, entre otros; h) un marco normativo que promueva la eficiencia, en función de los costos y la transparencia de las remesas, con la finalidad de que los consumidores dispongan de información clara sobre el precio y el envío de los fondos que se han de transferir, los tipos de cambio, los cargos y otros costos ligados a las transferencias de dinero, así como la reparación correspondiente en caso de que las operaciones no se realicen⁸.

Los Estados deben adoptar las medidas relativas a la inclusión y la educación financiera, así como a la protección de los consumidores, en cuanto al acceso y la utilización de servicios financieros⁹.

Además, se exhorta a los Estados a examinar las directrices y normas internacionales sobre servicios financieros y considerar la posibilidad de adaptarlas a las circunstancias propias, económicas, sociales y ambientales para que puedan aplicarlas. Con la finalidad de alcanzar tal objetivo, los Estados pueden estudiar los Principios de Alto Nivel relativos a la Protección del Consumidor de Servicios Financieros de la Organización de Cooperación

7 Directriz núm. 69 de la Resolución 70/186.

8 Directriz núm. 66 de la Resolución 70/186.

9 Directriz núm. 67 de la Resolución 70/186.

y Desarrollo Económicos y el Grupo de los 20, así como los Principios para la Inclusión Financiera Innovadora del Grupo de los 20 y las Buenas Prácticas para la Protección al Consumidor Financiero del Banco Mundial¹⁰.

Estas directrices específicas en materia de servicios financieros son fundamentales para la construcción del Estatuto de los consumidores y los usuarios.

2.2. En el contexto nacional

Los derechos de los consumidores gozan de rango constitucional en virtud del artículo 53 de la Constitución dominicana¹¹. Este bien jurídico es tutelable, principalmente, con la finalidad “de mitigar los efectos perniciosos de la desigualdad económica existente entre los usuarios y los proveedores y así proteger los derechos fundamentales de la parte débil en esta relación”¹². En tal sentido, se han instituido diversos textos especiales en sectores regulados, siendo específicamente el marco jurídico de protección de los usuarios de los bienes y servicios financieros el articulado a partir de los artículos 52 y 53 de la Ley Monetaria y Financiera, del Reglamento de Protección al Usuario de los Productos y Servicios Financieros¹³ y de las instrucciones dadas por la Superintendencia Financiera a través de las respectivas circulares.

Resulta llamativo que la norma sectorial opera en favor de un sujeto calificado: el usuario financiero, que es “toda 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”¹⁴. Y es que los derechos de los consumidores financieros difieren del tradicional derecho de consumo¹⁵, pues existe una prevalencia de la regulación especial frente a la general, excepto cuando la general resulta más favorable. En el ámbito financiero son aplicables los principios *in dubio pro consumitore* y de favorabilidad¹⁶, los cuales se sustentan en el derecho de igualdad real de los consumidores¹⁷.

Asimismo, el artículo 4 del Reglamento de Usuarios Financieros dispone los siguientes principios rectores del sistema regulatorio: la contratación justa; el derecho a reclamación; el equilibrio entre protección de los usuarios y provisión de servicios financieros a costos accesibles; la libre elección; la publicidad-difusión; las reglas de interpretación; la transparencia, el trato equitativo, no discriminatorio o abusivo; y el trato igualitario a los usuarios discapacitados.

En ese contexto, el régimen financiero dispone de dos mecanismos de protección del usuario: el primero mediante la protección indirecta a través de las normas generales que regulan el sector y que, al asegurar la estabilidad, seguridad y sostenibilidad de este, protegen al usuario; el segundo constituye un sistema de protección directa, que se concretiza en las vías internas que posee el usuario para ejercer el derecho a la defensa de sus intereses particulares¹⁸.

Dentro del amplio catálogo de derechos subjetivos de los usuarios de los bienes y los servicios financieros se destacan el derecho a recibir información, documentos de interés y orientación, contratar libremente, presentar quejas y reclamaciones, obtener respuestas a sus reclamaciones en el plazo legal previsto, solicitar la modificación o finalización de un producto o servicio, rectificar la situación que origina la reclamación, acceder a la información que se genere sobre él y las que son reportadas, así como solicitar la rectificación y eliminación de errores o información desactualizada, obtener mejoras en las condiciones de los productos o los servicios y obtener la liberalización de las garantías constituidas, entre otros¹⁹.

De igual forma, la Superintendencia de Bancos tiene la obligación de dar a conocer de manera oportuna los derechos y las obligaciones de los usuarios²⁰. De ahí que desde enero de 2022 puso en vigencia la carta de derechos y deberes de este grupo, en la que se enumeran trece pautas que deben ser provistas a los usuarios de manera física y digital. Por otro lado, mediante la Circular núm. 004/22 se estableció el protocolo para la protección y uso adecuado de los datos personales de los usuarios en los procesos de venta y mercadeo de productos y servicios financieros²¹.

Tal como se puede apreciar, la regulación de la protección de los derechos de los consumidores y los usuarios de los bienes y los servicios financieros en los entornos físicos o analógicos luce bastante amplia. Establecido lo anterior, corresponde ver si esta protección resulta igualmente eficaz en el escenario de los entornos digitales.

III. LA POSIBLE INCIDENCIA DE LOS ENTORNOS DIGITALES EN LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS

Tras delimitar los derechos de los usuarios financieros se hace necesario puntualizar que la economía digital ha cambiado la estructura del sector. La manera de acceder a los servicios finan-

10 Directriz núm. 68 de la Resolución 70/186.

11 Artículo 53 de la Constitución.

12 Artículos 1, 2 y 135 de la Ley 358-05 y 74.4 de la Constitución. Ver SCJ, 1.º Sala, 3 de febrero de 2016, núm. 18, B. J. 1263.

13 Reglamento de Protección al Usuario de los Productos y Servicios Financieros, dictado por Junta Monetaria el 5 de febrero de 2015 y modificado el 30 de septiembre de 2015.

14 Artículo 5, literal o, del Reglamento de Protección al Usuario de los Productos y Servicios Financieros.

15 PUELLO VERAS, Y. *La responsabilidad derivada de la publicidad engañosa en la oferta de servicios bancarios en la República Dominicana*. Tesis de posgrado (PUCMM, Santo Domingo, 2019), p. 30.

16 SCJ, 1.º Sala, 28 de febrero de 2023, núm. SCJ-PS-23-0354 B. J. 1347.

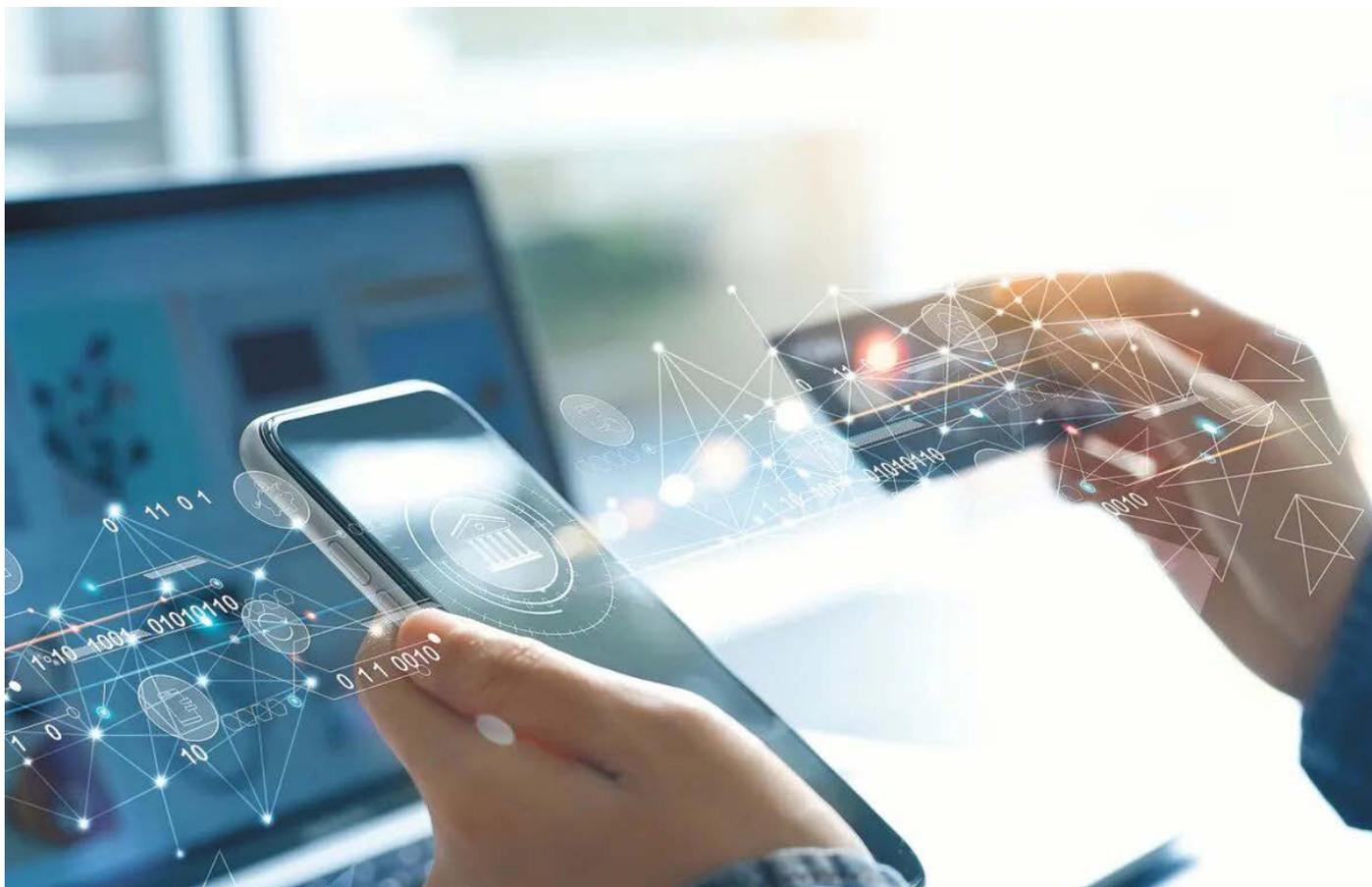
17 SCJ, 1.º Sala, 3 de febrero de 2016, núm. 18, B. J. 1263.

18 JORGE PRATS, E., y VICTORIA CONTRERAS, O. *Derecho de la regulación monetaria y financiera*, 2.ª ed.: Ius Novum, Santo Domingo, 2012, pp. 269 y 270.

19 Artículo 6 del Reglamento de Protección al Usuario de los Productos y Servicios Financieros.

20 Artículo 12 del Reglamento de usuarios financieros.

21 Artículo 1 de la Circular núm. 004/22. Derechos a recibir solo aquellas comunicaciones solicitadas, pudiendo en consecuencia requerir que se abstengan de realizar contactos no autorizados; rechazar las no solicitadas; revocar el consentimiento otorgado para la recepción de comunicaciones no solicitadas; solicitar bloquear sus datos e informaciones del banco de datos aptos para fines promocionales o similares; presentar reclamación por ante la EIF; presentar su reclamación o queja ante Prouuario; acceder a la vía judicial.



cieros, la diversificación de productos financieros, la proliferación de nuevos actores, la renovación de los tradicionales y las tendencias de los entornos digitales suponen un cambio paradigmático para este mercado y, con esto, los derechos de los consumidores financieros también se enfrentan a los desafíos y oportunidades asociados con la era digital²².

En esa vertiente, la incidencia de la tecnología disminuye las barreras de acceso al mercado²³, generando, entre otras bondades, la estrecha unión entre las entidades de intermediación financiera y las *fintech* para fines de pagos digitales (*paytech*), negociación de facturas (*factoring*), cumplimiento regulatorio (*regtech*), *onboarding digital*, entre otras. Asimismo, ha facilitado el acceso a los servicios financieros en cualquier momento y lugar, puesto que, en varios casos, la adquisición de productos u otros trámites pueden efectuarse de manera digital o semiautomatizada, lo que significa una ventaja para quienes tienen limitaciones para acudir a los establecimientos físicos y, concomitantemente, eficiente-

za el uso de recursos, como el tiempo y los costos que acarrea la presencialidad²⁴.

En el contexto dominicano, la gama de productos y participantes del sistema financiero se ha acrecentado, ante novedades como una entidad totalmente digital (neobanco), tarjetas prepagadas, cuentas de pago electrónico, entidades de pago electrónico (EPE)²⁵. De esto se infiere que el espectro financiero digital se ha extendido considerablemente, mostrando un aumento de usuarios en línea personal, a través de la aplicación móvil en un 34 % con relación al año 2021, y una reducción del uso de sucursales del 41.5 % en el año 2021 a 35 % en 2022²⁶. Asimismo, en determinadas entidades los usuarios tienen la posibilidad de presentar reclamaciones y recibir respuestas a través de los canales alternos, lo cual robustece el ejercicio del derecho de reclamación al bifurcarse los medios usados para estos fines²⁷.

En contraposición, los entornos digitales muestran problemas frente a los derechos de los consumidores financie-

22 LAGUNA DE PAZ, J. C. "Retos de la regulación y supervisión financiera en la nueva economía digital global". *Gaceta Judicial*, año 26, núm. 411 (octubre 2022), pp. pp. 8-18.

23 *Ibid.*, p. 8.

24 Superintendencia de Bancos. *Ranking de Digitalización del sector bancario dominicano 2022*, Santo Domingo, 2022, p. 9.

25 SANTANA DUVAL, I. Las soluciones innovadoras de la banca dominicana: características y diferencias. Productos financieros. *Prousuario*. Blog (28 de noviembre de 2022) [en línea]. Disponible en bit.ly/3sdw2zi.

26 Superintendencia de Bancos, ob. cit., 2022.

27 *Ibid.*

ros. Según la Encuesta Nacional de Inclusión Financiera de República Dominicana, a pesar de que en el 77.5 % de hogares encuestados se posee un celular y el 78.5 % de estos tienen acceso a internet, temen vincularse con el acceso a servicios financieros²⁸. A esto se suman las personas que carecen de medios tecnológicos para utilizarlos, el riesgo de que se adopten decisiones irracionales por la inmediatez de lo digital, el conflicto de identificar los grupos vulnerables²⁹, el analfabetismo financiero y digital, los ciberataques y los fraudes de alta tecnología³⁰.

Es conveniente señalar que algunos de los obstáculos de la digitalización financiera son las deficiencias de conectividad, la brecha digital, los retos de ciberseguridad, el miedo a la tecnología (tecnofobia), la preferencia por el uso de efectivo, las interrupciones en los servicios digitales, las brechas de confidencialidad y los robos de datos del consumidor financiero con maniobras como el *phishing*³¹. De igual forma, los datos personales guardan una relevancia fundamental en los entornos digitales, pues si bien suministrarlos podría influir positivamente en la adquisición de productos, también pone en riesgo la privacidad y la posibilidad de prácticas de discriminación de precios, donde la disposición de pago prime sobre el valor real de lo solicitado³².

En otro orden, la doctrina más calificada sostiene que “la innovación digital no debe comportar la exclusión financiera de sectores o colectivos”³³ debido a que es una forma de exclusión social que afecta a los segmentos más vulnerables de la población. En el país se ha identificado que los financieramente excluidos son personas de bajos recursos o ingresos impredecibles, en condiciones laborales de incertidumbre, inestables e informales y con niveles educativos por debajo del nivel medio. Estos grupos están compuestos usualmente por jóvenes y envejecientes y, con afectación mayor, las mujeres³⁴.

En cuanto a los consumidores que son adultos mayores, estos son hipervulnerables por su propia condición de no poseer gran destreza tecnológica frente a la complejidad y rapidez del espacio digital. Un ejemplo de esto lo refiere la doctrina científica española, que ha advertido sobre cómo el cierre de varias sucursales ha restringido el acceso a los servicios bancarios a este grupo etario de personas, quienes tienen preferencia y optan por los canales tradicionales por ser los que se ajustan mejor a sus capacidades y necesidades³⁵.

A diferencia del escenario descrito, los entornos digitales pueden ayudar a cerrar la brecha de acceso a servicios financieros de las personas con discapacidad. Ejemplo de esto es que algunas entidades dominicanas disponen de canales como el chat para PCD auditivas, aplicación de citas por videoconferencias para asistencia de personal con lenguaje de señas, disposición de ajustes de paletas de colores para personas daltónicas, cajeros automáticos con lectura táctil en código braille, multilinguaje, asistencia auditiva y contraste de colores³⁶.

A nivel local existen hitos trascendentales en favor de los entornos digitales como la Agenda Digital 2030, que contempla el sistema de identidad digital³⁷, y, en apoyo a dicha agenda, el gobierno dominicano firmó un memorándum de entendimiento con una compañía global de tecnología para fortalecer la transformación digital³⁸.

Por otro lado, la Comisión de Inclusión Financiera ha trazado la Estrategia Nacional de Inclusión Financiera (2022-2030). En este orden, la Junta Monetaria ha emitido los Reglamentos de Seguridad Cibernética y de la Información y de Sistemas de Pagos. De igual modo, la Administración Monetaria y Financiera tiene como iniciativa el Protocolo de Tratamiento a Usuarios Vulnerables y el Hub de Innovación Financiera, bajo la dirección de diversos reguladores³⁹. De su lado, la Superintendencia de Bancos ha tomado medidas para permitir e incentivar la transformación digital. En ese contexto ha emitido las Circulares SB núm. 005/22, que aprueba el Instructivo sobre Debida Diligencia, y núm. 011/22 sobre *Onboarding* digital de productos y servicios financieros; además, ha creado ProUsuario Digital, campañas educativas, entre otras iniciativas importantes⁴⁰.

IV. LA JURISPRUDENCIA GARANTISTA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

En el Estado social y democrático del derecho corresponde a los órganos del Poder Judicial administrar justicia mediante la expedición de las respectivas sentencias, así como hacer ejecutar lo sentenciado.

Ahora bien, ni en el orden jurídico universal de la Organización de las Naciones Unidas ni en el orden jurídico regional de la Organización de Estados Americanos se han instaurado tribunales con competencia para brindar protección a los derechos de los consumidores o los usuarios de los servicios financieros en entornos físicos o analógicos y mucho menos digitales. No obs-

28 Comisión de Inclusión Financiera. *Encuesta Nacional de Inclusión Financiera*. Banco Central de República Dominicana, Santo Domingo, 2019.

29 ARCE CAICEDO, E. “La protección al consumidor financiero en la era digital”, en *La reinversión financiera en la era digital 2022*: Capítulo 9, Colombia, 2022.

30 OZILI, P. K. “Impact of digital finance on financial inclusion and stability”. *Borsa Istanbul Review*, 18(4), 2018, pp. 329-340.

31 ABA. *Desarrollo de la banca digital en República Dominicana y sus perspectivas*. Santo Domingo, 2023.

32 Laguna de Paz, J. C., ob. cit., p.17.

33 *Ibid.*, p. 18.

34 Comisión de Inclusión Financiera. *Estrategia Nacional de Inclusión Financiera*, Santo Domingo, 2022-2030, Banco Central de la República Dominicana, Santo Domingo, 2022, p. 49.

35 SÁNCHEZ-VENTURA, I. “Hipervulnerabilidad del consumidor mayor en el mercado financiero”. España, 23 de mayo de 2023 [en línea]. Disponible en bit.ly/30LHmKF.

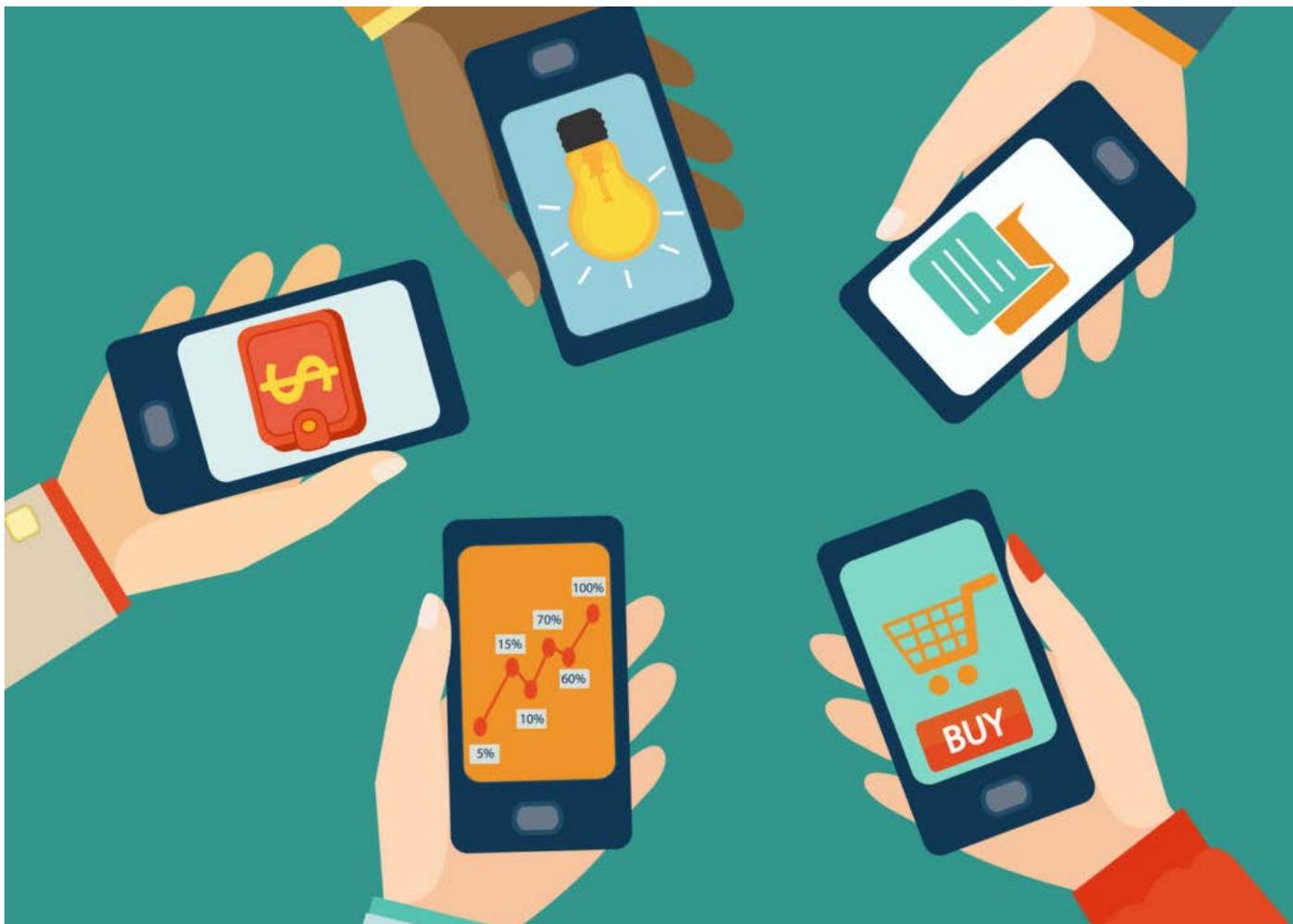
36 Superintendencia de Bancos. *Informe sobre inclusión financiera y laboral de personas con discapacidad en el sector bancario al 31 de julio 2021*, Santo Domingo, 2021.

37 LIZ, A. GARCÍA, D. y MELO, M. *La inclusión financiera en República Dominicana y el ecosistema fintech: ¿qué habilitadores de políticas hace falta promover?* Instituto OMG, Santo Domingo, 2023, p.16.

38 El acuerdo procura acelerar la agenda digital aprovechando la experiencia de Mastercard en innovación de pagos, infraestructura digital, seguridad y soluciones de fraude cibernético.

39 Comisión de Inclusión Financiera, *Estrategia Nacional de Inclusión Financiera para el periodo 2022-2030*, Banco Central de República Dominicana, Santo Domingo, 2022.

40 Superintendencia de Bancos, *Memorial institucional 2022*, Santo Domingo, 2022.



tante, existe una sólida jurisprudencia de parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo que se hará una sucinta referencia a algunos casos representativos en materia de protección de los derechos de consumidores y usuarios.

4.1. Los criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴¹ y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴² son los instrumentos jurídicos que le sirven de sustento a la Nueva Agenda del Consumidor 2020-2025⁴³, que comprende cinco ámbitos principales y prioritarios: 1) respeto a la transición ecológica, para que los consumidores dispongan de bienes o servicios sostenibles; 2) en relación con la transición digital, que los consumidores estén igualmente protegidos en línea, como fuera de línea; 3) en cuanto a la tutela y respeto de los derechos de los consumi-

res, se pretende que todos disfruten plenamente de los derechos y que no sean afectados por las prácticas comerciales en línea; 4) considerando las necesidades específicas de determinados grupos de consumidores vulnerables (menores, adultos mayores y personas con discapacidad), que todos puedan disfrutar plenamente de sus derechos; 5) finalmente, el desarrollo de la cooperación internacional para fomentar una protección de alto nivel, de los consumidores en el extranjero.

Esta agenda se orienta a reconocer la importancia de la protección de los derechos de los consumidores en el entorno físico, pero también reconoce la obligación de reconocimiento y protección de los derechos en el entorno digital.

Con respecto al desarrollo jurisprudencial, le ha correspondido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea ir construyendo los criterios en el entorno físico, que con las respectivas adaptaciones pueden servir de orientación —fuera de las fron-

41 Artículo 12 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

42 Artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

43 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Nueva Agenda del Consumidor 2020-2025, de 13 de noviembre de 2020, https://commission.europa.eu/topics/consumers_es#:~:text=La%20Nueva%20Agenda%20del%20Consumidor,los%20derechos%20de%20los%20consumidores.

teras europeas— para aplicarlos no solamente en este entorno, sino también en el digital. Algunos de estos criterios son los siguientes:

- Los consumidores deben disponer de información correcta, neutra y objetiva⁴⁴.
- Están prohibidas las prácticas agresivas de los anuncios publicitarios que hacen creer a los destinatarios que se han ganado un premio, cuando en realidad para recibirlo deben pagar por bienes o servicios relacionados, un suplemento y las tasas⁴⁵.
- Constituye competencia desleal que una empresa indique a sus clientes que se exponen a sufrir un perjuicio económico en caso de que cambien de empresa proveedora⁴⁶.
- Sobre la venta por correspondencia, se ha señalado que el consumidor que ejerce su derecho de rescisión no está obligado a indemnizar al proveedor por el uso del bien, salvo si lo ha usado de forma poco razonable. La eficacia del derecho de rescisión se desvirtuaría si el consumidor tuviese que pagar una indemnización compensatoria por haber simplemente examinado y probado el bien adquirido por correspondencia⁴⁷.
- Un consumidor que celebra un contrato de préstamo durante una visita que le hace un agente comercial a domicilio no pierde su derecho de renuncia cuando no ha sido informado de la existencia de este derecho. Él podrá ejercerlo después de cinco años a partir de que se entere de que tenía derecho a renunciar, pese a que la entidad no le informó de ello en el momento de celebrar el contrato⁴⁸.
- Cuando una entidad no ha informado al consumidor de su derecho a renunciar al contrato de préstamo celebrado durante una visita a domicilio, la entidad debe asumir los riesgos inherentes al negocio de que se trate⁴⁹.
- Si una institución financiera concede un préstamo en divisas, debe facilitar al prestatario la información suficiente para que este pueda tomar decisiones fundadas y prudentes respecto a los riesgos que asume⁵⁰.
- El consumidor está eximido de toda obligación de pagar las prestaciones realizadas en ejecución de un contrato celebrado fuera del establecimiento cuando el comerciante de que se trate no le haya transmitido la información completa y el consumidor haya ejercitado su derecho de desistimiento una vez ejecutado dicho contrato⁵¹.

4.2. La inexistencia de criterios jurisprudenciales de los tribunales de la República Dominicana

A pesar de los grandes avances normativos, tecnológicos y estratégicos acerca de los derechos de los usuarios en el entorno digital, estos no se han reflejado en la proliferación de una amplia línea jurisprudencial —que, aunque exigua, existe respecto a la regulación de los derechos de los consumidores en el entorno físico⁵²—, especialmente por la novedad y la falta de casos relacionados con el entorno digital.

Por lo tanto, es una tarea pendiente de los órganos jurisdiccionales —en la medida en que se sometan a su consideración los casos— el desarrollo de precedentes judiciales que garanticen una mayor y mejor tutela de los derechos de los usuarios financieros en el referido entorno. Ello deberá hacerse a partir de los principios, valores y normas constitucionales como la dignidad humana, la igualdad, la protección de los adultos mayores, de las personas con discapacidad, los derechos generales y especiales de los consumidores, la intimidad y la protección de datos, cuya garantía efectiva constituye una de las funciones esenciales del Estado y uno de los fundamentos del régimen económico en el entorno digital.

V. CONSIDERACIONES FINALES

A primera vista se puede apreciar que los derechos de los usuarios financieros se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico dominicano, considerando que el Estado ha adoptado medidas legislativas, políticas, reglamentarias, ejecutivas y jurisdiccionales para resguardarlos en los entornos físicos e incipientemente en los entornos digitales. Estos últimos, si bien favorecen el desarrollo de los mercados financieros y la inclusión de grupos de personas vulnerables, también traen consigo retos que ameritan el correspondiente tratamiento por parte de las autoridades.

Uno de estos es prestarles atención a los consumidores más vulnerables, por no estar en condiciones de migrar de los servicios físicos o analógicos a los servicios digitales, en atención a razones económicas (pobreza multidimensional), filosóficas (neoluditas), religiosas (estilo *amish*), geográficas (habitar en zonas escasamente desarrolladas digitalmente), educativas (analfabetismo tecnológico), culturales (comunidades indígenas o aborígenes) y etarias (no pertenecer a la generación de los nati-

44 TJUE, sentencia de 4 de junio de 2015, Teekanne, C-195/14; TJUE, sentencia de 17 de diciembre de 2015, Neptune Distribution, C-157/14.

45 TJUE, sentencia de 18 de octubre de 2012, Purely Creative, C-428/11.

46 TJUE, sentencia de 3 de octubre de 2013, Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, C-59/12.

47 TJUE, sentencia de 3 de septiembre de 2009, Pia Messner, C-489/07.

48 TJUE, sentencia de 13 de diciembre de 2001, Heiningner, C-481/99.

49 TJUE, sentencia de 25 de octubre de 2005, Schulte, C-350/03 y C-229/04.

50 TJUE, sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andrić y otros, C-186/16.

51 TJUE, sentencia de 17 de mayo de 2023, D.C. y H.J., C-97/22.

52 TC, 0048/13, 9 de abril de 2013, sobre una acción directa de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 143 de la Ley núm. 358-05 General de Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario; TC, 0010/15, 20 de febrero de 2015, sobre una acción directa de inconstitucionalidad contra la Resolución núm. 22/13, expedida por el Ministerio de Industria y Comercio; TC, 0080/19, 21 de mayo de 2019, recaída sobre el recurso de revisión constitucional de sentencia dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia el 23 de diciembre de 2015; TC, 0084/20, 28 de febrero de 2020, sobre la acción directa de inconstitucionalidad contra el artículo 143 de la Ley núm. 350-05, General de Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario; TC, sentencia 0317/21, de 22 de septiembre de 2021, que se pronuncia sobre la acción directa de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley núm. 358-05, de Protección General de Derechos del Consumidor o Usuario; TC, 0112/22, 12 de abril de 2022, que decidió la acción directa de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley núm. 483-64, sobre Venta Condicional de Bienes Muebles.

vos digitales⁵³), ya que los entornos digitales se modulan como un índice para medir el progreso de las sociedades y de allí el deber de estar atentos para no generar un efecto pernicioso que podría traducirse en la exclusión ante la digitalización.

Partiendo de lo anterior se debe apostar por incentivar el I+D+i⁵⁴ en la digitalización del sector financiero y, sin prescindir de los logros alcanzados para la protección de los derechos de los consumidores y los usuarios en el marco de los esquemas tradicionales, continuar mejorando la educación en general y en especial la financiera, procurando evitar su exclusión de los servicios financieros.

Se puede considerar que en el país se ha proyectado una protección horizontal de los derechos de los usuarios del sistema financiero mediante una intervención atinada por parte de los órganos administrativos y el gobierno central, aunque están pendientes los pronunciamientos de los tribunales ante la escasez de conflictos planteados en las instancias jurisdiccionales.

El vertiginoso desarrollo digital lleva a considerar que la tecnología en el sector financiero avanza en trenes de alta velocidad y el ordenamiento jurídico galopa a caballo al momento de salvaguardar los derechos de los consumidores y los usuarios de los bienes y servicios financieros.

Por tal razón, las personas que utilizan los servicios financieros digitales y que contratan con o a través de plataformas en línea requieren una actualización del régimen jurídico general de los contratos para que, además del reconocimiento de la condición de consumidores y usuarios⁵⁵, se tengan en consideración las condiciones particulares de cada una, en la búsqueda tanto de equilibrar las diferencias que pueden derivarse de la brecha digital existente entre estos como de garantizar sus derechos⁵⁶, entre otros, el derecho a elegir los medios de interacción presencial en el espacio físico de la entidad, atendidos por un agente comercial, o la atención remota por las plataformas, con o sin la intervención del agente comercial, en el entorno digital.

De allí que el reto tanto del Estado social y democrático de derecho como de la economía social de mercado⁵⁷, en este momento de grandes cambios, sea asegurar que la dignidad humana y los derechos fundamentales no sean sacrificados en el altar de la transformación digital⁵⁸, sino que los órganos que ejercen el poder público puedan garantizar la efectividad de los derechos fundamentales —entre otros, a la privacidad, la protección de datos personales y el requerimiento del consentimiento previo, libre e informado, respecto al uso que se dará a tales datos por sus titulares—, así como los demás derechos de reconocimiento legal, en las relaciones comerciales entre las entidades de intermediación financiera con los consumidores y los usua-

rios, tanto en el entorno físico como en los emergentes entornos digitales, sin discriminación ni exclusión.

BIBLIOGRAFÍA

- ABA. *Desarrollo de la banca digital en República Dominicana y sus perspectivas*: Santo Domingo, 2023.
- ALONSO PÉREZ, M. T. "La evolución del concepto de consumidor como consecuencia del desarrollo de los servicios digitales y de las plataformas de intermediación". *Rev. Bolív. de Derecho*, núm. 34 (julio 2022).
- ARCE CAICEDO, E. "La protección al consumidor financiero en la era digital", en *La reinversión financiera en la era digital 2022*: Capítulo 9, Colombia, 2022.
- ASOCIACIÓN DE SUPERVISORES BANCARIOS DE LAS AMÉRICAS (ASBA) Y BID LAB. *La protección al consumidor en el nuevo entorno de innovación tecnológica financiera: Consideraciones de regulación y supervisión*, 2020.
- BLANCO, R., FONTRODONA, J., y POVEDA, C. *La industria 4.0: el estado de la cuestión*: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2017.
- FONCILLA GARCÍA, B. "El sector financiero ante el reto digital", en *La economía digital en España ICE*, n.º 898, 2017.
- JORGE PRATS, E., y VICTORIA CONTRERAS, O. *Derecho de la regulación monetaria y financiera*, 2.ª ed.: lus Novum, Santo Domingo, 2012.
- LAGUNA DE PAZ, J. C. "Regulación y supervisión financiera en la nueva economía digital global". *Revista de Administración Pública*, núm. 220, CEPC, Madrid, 2023.
- "Retos de la regulación y supervisión financiera en la nueva economía digital global". *Gaceta Judicial*, año 26, núm. 411 (octubre 2022).
- LAZÁNYI K. y BILAN, Y. "Generation Z on the Labour Market-Do They Trust Others Within Their Workplace?". *Polish Journal of Management Studies*, vol. 16, núm. 1 (2017).
- LIZ, A. GARCÍA, D. y MELO, M. *La inclusión financiera en República Dominicana y el ecosistema fintech: ¿qué habilitadores de políticas hace falta promover?* Instituto OMG, Santo Domingo, 2023.
- OZILI, P. K. "Impact of digital finance on financial inclusion and stability". *Borsa Istanbul Review*, 18(4), 2018.
- PUELLO VERAS, Y. *La responsabilidad derivada de la publicidad engañosa en la oferta de servicios bancarios en la República Dominicana*. Tesis de posgrado (PUCMM, Santo Domingo, 2019).
- SÁNCHEZ-VENTURA, I. "Hipervulnerabilidad del consumidor mayor en el mercado financiero". España, 23 de mayo de 2023 [en línea]. Disponible en bit.ly/30LHmKF.
- SANTANA DUVAL, I. Las soluciones innovadoras de la banca dominicana: características y diferencias. *Productos financieros. Prousuario*. Blog (28 de noviembre de 2022) [en línea].
- VILAPLANA, F., y STEIN, G. "Digitalización y personas". *Revista Empresa y Humanismo*, Vol. XXIII, núm. 1 (2020).

53 LAZÁNYI K. y BILAN, Y. "Generation Z on the Labour Market-Do They Trust Others Within Their Workplace?". *Polish Journal of Management Studies*, vol. 16, núm. 1 (2017), pp. 78-93.

54 Objetivo específico 3.3.4.2 de la Ley núm. 1-12, de Estrategia Nacional de Desarrollo.

55 ALONSO PÉREZ, M. T. "La evolución del concepto de consumidor como consecuencia del desarrollo de los servicios digitales y de las plataformas de intermediación". *Rev. Bolív. de Derecho*, núm. 34 (julio 2022), pp. 578-579.

56 Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas (ASBA) y BID Lab. *La protección al consumidor en el nuevo entorno de innovación tecnológica financiera: Consideraciones de regulación y supervisión*, junio, 2020, p. 33.

57 TC, 0027/12, 5 de julio de 2012, sobre una acción de inconstitucionalidad incoada contra la Resolución núm. 64-95, de la Secretaría de Estado de Industria y Comercio; TC, 0317/21, 22 de septiembre de 2021, que se pronuncia sobre una acción directa de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley núm. 358-05, de Protección General de Derechos del Consumidor o Usuario.

58 VILAPLANA, F., y STEIN, G. "Digitalización y personas". *Revista Empresa y Humanismo*, Vol. XXIII, núm. 1 (2020), p. 132.

Rafael R. Dickson Morales

Consultor y asesor legal en el ámbito público y privado; doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad de La Coruña, España; Maestría en Derecho Comparado e Internacional de los Negocios por las Universidades Savoie y Pierre Mendes, docente y conferencista.



APERTURA Y AUTORIZACIÓN DE NUEVOS SERVICIOS O PRODUCTOS FINANCIEROS DIGITALES EN LA REPÚBLICA DOMINICANA: ¿POTESTAD REGLADA O DISCRECIONAL DE LA AMF?

RESUMEN:

Las entidades de intermediación financiera (EIF) se encuentran en constante innovación y requieren cada vez más de nuevos servicios y productos que sean digitales o utilicen las tecnologías. Si esos nuevos servicios financieros no se encuentran dentro del catálogo de servicios que establece la normativa, requerirían una autorización administrativa para que estas entidades los puedan ofrecer al público. ¿Sería esta autorización discrecional o reglada? El interés de este trabajo es precisamente presentar una respuesta al respecto.

PALABRAS CLAVES:

Autorización previa, entidades de intermediación financiera, nuevos servicios y productos financieros, tecnología financiera (*fintech*), *onboarding* digital, potestad discrecional y reglada, regulación bancaria, República Dominicana.

1. INTRODUCCIÓN

En este escrito pretendo abordar cuestiones jurídicas prácticas sobre las facultades y potestades de la Administración Monetaria y Financiera respecto a la autorización previa de los nuevos productos financieros de las entidades de intermediación financiera, haciendo un mayor énfasis en los servicios digitales.

No es controvertido establecer que en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en la regulación del sector bancario, existe un régimen de autorización previa y catálogos de servicios que pueden realizar las EIF, los cuales pueden ser ampliados. En ese sentido, como afirmó el filósofo español Miguel de Unamuno, “el progreso consiste en renovarse”, en los últimos dos años, producto de la pandemia de covid-19, el sector bancario ha tenido que transformarse y ser resiliente, apoyándose cada vez más en las nuevas tecnologías para implementar soluciones innova-

doras que les permita a las EIF seguir siendo entidades competitivas en un mercado global y tecnológico.

La relación de las EIF, sus servicios y productos, con la tecnología es incuestionable. El sector bancario ha visto cómo los canales digitales han ido adquiriendo cada vez más relevancia, impulsando a la banca tradicional a requerir ciertas transformaciones para relacionarse con los usuarios, así como con la futura cotidianidad. El desarrollo de la *fintech*¹ es un claro ejemplo de la combinación tecnológica y financiera aplicada a los servicios financieros.

Para mayor claridad dividiré este breve trabajo de la siguiente manera: iniciaré (2) haciendo algunas precisiones sobre los aspectos generales concernientes al régimen de autorización previa y nuevos productos (3); luego expondré mi opinión con respecto a la naturaleza de las potestades de la AMF en relación

¹ El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea ha definido la *fintech* como “innovaciones financieras propiciadas por la tecnología que podrían dar a lugar a nuevos modelos de negocio, aplicaciones, procesos o productos con un efecto sustancial sobre los mercados y las instituciones financieras y la prestación de servicios financieros”.



a la autorización previa para nuevos servicios y productos de las EIF; finalmente (4), haré algunas reflexiones finales.

2. ASPECTOS GENERALES DEL RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN PREVIA Y NUEVOS PRODUCTOS

La Constitución dominicana establece un marco jurídico muy general con respecto al régimen monetario y financiero. De estas disposiciones es importante resaltar que el artículo 223 de esta norma suprema determina que “la regulación del sistema monetario y financiero de la Nación corresponde a la Junta Monetaria como órgano superior del Banco Central”.

Ahora bien, la regulación concreta del sistema monetario y financiero de la República Dominicana se encuentra establecida esencialmente en el artículo 1, literal *c* de la Ley 183-02, del 3 de diciembre del año 2002, que aprueba la Ley Monetaria y Financiera (en lo adelante “Ley 183-02”), que dispone:

La regulación del sistema monetario y financiero se regirá exclusivamente por la Constitución de la República y esta Ley. Los Reglamentos que para su desarrollo dicte la Junta Monetaria, y los Instructivos, que subordinados jerárquicamente a

los Reglamentos que dicte la Junta Monetaria, dicten el Banco Central y la Superintendencia de Bancos en el área de sus respectivas competencias. Serán de aplicación supletoria en los asuntos no previstos específicamente en las anteriores normas, las disposiciones generales del Derecho Administrativo y en su defecto las del Derecho Común.

A pesar de que la Constitución dominicana no hace referencia expresa a la Superintendencia de Bancos como órgano que forma parte del sistema monetario y financiero, el artículo 5 de la Ley 183-02 configura la estructura de la AMF, indicando: “La Administración Monetaria y Financiera está compuesta por la Junta Monetaria, el Banco Central y la Superintendencia de Bancos, siendo la Junta Monetaria el órgano superior de ambas entidades”. Asimismo, las facultades y potestades de cada una de esas entidades y órganos se encuentran establecidas en la Constitución dominicana, pero con mayor especificación en la Ley 183-02.

La AMF goza de autonomía funcional, organizativa y presupuestaria, y debe implementar los instrumentos de política monetaria, regulación, supervisión y control de las operaciones de las

EIF². Es por esto que la AMF tiene la facultad de regular e implementar el régimen de previa autorización administrativa y sujeción a supervisión continua que dispone el artículo 3 de la Ley 183-02, al cual deben someterse todas las EIF para su apertura y funcionamiento.

De los órganos que componen la AMF, solamente la Junta Monetaria y la Superintendencia de Bancos intervienen en el procedimiento de autorización administrativa de las EIF. Por un lado, la Junta Monetaria, como órgano regulador supremo del sector monetario y financiero, tiene la facultad de otorgar y revocar la autorización para funcionar como entidad de intermediación financiera, según el artículo 9 de la Ley 183-02.

Por otro lado, de acuerdo con la Ley 183-02, la Superintendencia de Bancos tiene el deber de proponer las autorizaciones o revocaciones de las EIF que deba evaluar la Junta Monetaria. Asimismo, la Resolución JM040511-01, del 11 de mayo de 2004, que crea el Reglamento para la apertura y funcionamiento de EIF, establece que le corresponde a la Superintendencia de Bancos evaluar las solicitudes de autorización de apertura y funcionamiento de las EIF, sucursales de bancos extranjeros y oficinas de representación, y determinar si las informaciones contenidas en los documentos depositados reúnen los requisitos legales establecidos en las leyes dominicanas y el referido reglamento, así como si las condiciones económicas, técnicas y morales de los accionistas solicitantes cumplen con los requisitos de la ley para el tipo de entidad que se pretende abrir³.

Los resultados de la evaluación de la Superintendencia de Bancos descrita se remiten a la Junta Monetaria para que esta última pueda utilizarla de fundamento a la hora de tomar una decisión con respecto a la apertura o autorización de las EIF.

Por otro lado, la Ley 183-02⁴, así como el Reglamento interno de la Junta Monetaria, establecen que este será el órgano competente para ampliar las operaciones y servicios de las EIF y determinar la naturaleza de nuevos instrumentos u operaciones que surjan como consecuencia de nuevas prácticas y que puedan ser realizados por las EIF.

3. NATURALEZA DE LAS POTESTADES DE LA AMF RESPECTO DE LA AUTORIZACIÓN PREVIA PARA NUEVOS SERVICIOS Y PRODUCTOS FINANCIEROS DE LAS EIF

La Administración pública, incluyendo la AMF, se encuentra sujeta al estricto cumplimiento del principio de juridicidad derivado del orden constitucional que rige el Estado social y democrático de derecho. En ese sentido, en el ejercicio del poder público, no existe actividad pública o funcionario que tenga plena libertad para ejercer sus funciones, las cuales se hallan debidamente establecidas en el ordenamiento jurídico.

No obstante, como las actividades que cumple la Administración pública son múltiples y crecientes, la ley no siempre logra determinar los límites precisos dentro de los cuales debe actuar en su quehacer cotidiano. Es por ello, entonces, que el ordenamiento jurídico distingue dos tipos de potestades administrativas: las regladas y las discrecionales. Dentro del marco de este trabajo me interesa determinar cuál tipo de potestad tiene la AMF cuando una EIF le solicita nuevos productos o servicios. ¿Sería reglada o discrecional?

La potestad reglada es aquella que se halla debidamente normada por el ordenamiento jurídico; en consecuencia, es la misma ley la que determina cuál es la autoridad que debe actuar, en qué momento y la forma en que ha de proceder. Por lo tanto, no cabe duda de que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva, por tanto:

El ejercicio de las potestades regladas reduce a la Administración a la constatación (ascertamiento, en el expresivo concepto italiano) del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado (...). La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo⁵.

Por el contrario, la potestad discrecional otorga un margen de libertad de apreciación de la autoridad que le permite realizar una valoración un tanto subjetiva y válida al ejercer sus potestades en casos concretos. Ahora bien, el margen de libertad del que goza la Administración pública en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extralegal, sino, por el contrario, consignado por la ley, de tal suerte que, como bien lo anotaba el maestro del derecho administrativo García de Enterría, no hay discrecionalidad al margen de la ley, sino justamente solo en virtud de la ley y en la medida en que la ley haya dispuesto.

La discrecionalidad no constituye una potestad extralegal, sino más bien el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de una determinada función; vale decir que la potestad discrecional es tal solo cuando la norma legal lo determina de esa manera. En consecuencia, la discrecionalidad no puede ser total, sino parcial, pues debe observar y respetar determinados elementos que la ley señala.

Por otra parte, la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado, porque, aunque en principio parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales —que son reglados— para que se considere como tal. Dichos elementos son la existencia misma de la potes-

² Artículos 3 y 5 de la Ley 183-02, del 3 de diciembre de 2002, que aprueba la Ley Monetaria y Financiera.

³ Artículo 20 de la Resolución JM040511-01, del 11 de mayo de 2004, que crea el Reglamento para la apertura y funcionamiento de las entidades de intermediación financiera.

⁴ Al respecto se pueden consultar los artículos 40, 43 y 75 de la Ley núm. 183-02, del 3 de diciembre de 2002, que aprueba la Ley Monetaria y Financiera.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Tomo I: Editorial Thomson, Madrid, España, 2005, p. 461.



tad, su ejercicio dentro de una determinada extensión, la competencia de un órgano determinado, y el fin, caracterizado porque toda potestad pública está conferida para la consecución de finalidades públicas.

En concreto, “la potestad discrecional de la Administración en la producción de actos no reglados por el Derecho Administrativo únicamente se justifica en la presunción de racionalidad con que aquélla se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos y valores a tener en cuenta en su decisión, de tal suerte que la actividad discrecional no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue”⁶.

Antes de que existiera la Ley 183-02, la Junta Monetaria verificaba, mediante las investigaciones que consideraba necesario efectuar, que el interés público y las condiciones económi-

cas generales y legales justificaban que se concediera la autorización⁷. De lo anterior se desprendía una evaluación de oportunidad y criterios discrecionales para emitir una autorización. Este régimen desapareció con la Ley 183-02, que dispuso en su artículo 35, literal *a*, que para actuar como EIF “deberá obtenerse la autorización previa de la Junta Monetaria, que solo podrá ser denegada por razones de legalidad y no de oportunidad”.

Como indican los profesores Jorge Prats y Victoria:

Consecuentemente, de acuerdo a las disposiciones de la LMF, se está en presencia de una potestad reglada de la Administración. Con este nuevo modelo, el ejercicio de la actividad de intermediación financiera deja de verse como un servicio público para ser concebido como un servicio privado con incidencia pública⁸.

En definitiva, queda claro que para el inicio de operaciones de una EIF se requiere una autorización previa de la Junta Monetaria, siendo esta una potestad reglada, lo que implica que, si el soli-

6 Sentencia del Tribunal Supremo español 1999.

7 Disposiciones contenidas en la derogada Ley General de Bancos núm. 708, del 14 de abril de 1965.

8 JORGE PRATS, Eduardo y VICTORIA, Omar. *Derecho de la regulación monetaria y financiera*: Editorial Ius Novum, Santo Domingo, 2012, p. 147.

citante reúne todos los requisitos normativos y regulatorios vigentes, su solicitud no podría ser denegada. Ahora bien, ¿qué sucede con la autorización de nuevos servicios o productos por las EIF?, ¿seguiría siendo una potestad reglada o discrecional?

De acuerdo con la normativa dominicana, las EIF solo pueden ofrecer los servicios financieros que están en la Ley 183-02 y el Reglamento para la apertura y funcionamiento de EIF, identificados para cada tipo de EIF. Una de las facultades de la Junta Monetaria, en virtud del Reglamento Interno de esta última, es ampliar las operaciones y servicios de las EIF como consecuencia del surgimiento de nuevas prácticas bancarias⁹. Es decir, se requerirá la autorización de la Junta Monetaria para brindar nuevos servicios financieros, por intermedio de la Superintendencia de Bancos, que las enviará estableciendo su opinión sobre la solicitud realizada¹⁰.

Asimismo, para cada tipo de EIF la Ley otorga a la Junta Monetaria una potestad reglamentaria interpretativa que le permite determinar la naturaleza de nuevos instrumentos u operaciones e incluirlos, a consecuencia de nuevas prácticas, como parte de los catálogos de operaciones¹¹. En principio, parecería que para nuevos servicios o productos existe una única limitación contenida en el artículo 45 de la Ley 183-02, que detalla las operaciones prohibidas para los bancos múltiples y entidades de crédito, así como otras operaciones prohibidas para las EIF.

Me parece que existe un desafío y una oportunidad para el sistema bancario dominicano en lo que respecta a la autorización de nuevos servicios financieros digitales o aquellos que tengan un alto componente tecnológico y disruptivo con incidencia global en cuanto a su autorización, regulación y supervisión, como serían servicios de *e-wallets*¹² y criptomonedas¹³, por mencionar algunos ejemplos.

A diferencia de lo que ocurre con la autorización de operación de una EIF, para lo cual la Ley 183-02 es específica al establecer una potestad reglada para estos fines, en el caso de nuevos servicios parecería que se decanta con una posición más discrecional. Esto se debe a dos razones: en primer lugar, no se establecen reglamentariamente los requisitos que deberán cumplir las EIF para la autorización de nuevos servicios, por lo que existe un margen mucho mayor de apreciación respecto de la solicitud del nuevo servicio o producto.

En segundo lugar, el Reglamento para la apertura y funcionamiento de EIF, con respecto a las operaciones de los bancos múltiples, entidades de crédito y asociaciones de ahorros y préstamos, establece que estas podrán “realizar operaciones y servicios que demanden las nuevas prácticas bancarias en la forma que regla-

mentariamente se determine” y le otorga expresamente a la AMF una potestad reglamentaria interpretativa para establecer las operaciones y servicios que surjan por el desarrollo del sector financiero, como nuevos servicios financieros, y determinar su naturaleza mediante una Resolución de la Junta Monetaria, sin que exista en el Reglamento Interno de la Junta Monetaria, ni en el de apertura y funcionamiento de las EIF, o en la misma Ley 183-02 cuestiones sobre requisitos que deberán exigirse o si es necesario algún estudio o análisis para autorizar o no la solicitud de nuevo servicio.

Sin embargo, el Reglamento para la apertura y funcionamiento de EIF dispone que la Junta Monetaria deberá autorizar los nuevos servicios de manera general y no discriminatoria; específicamente, el párrafo del artículo 28 establece lo siguiente:

Las operaciones y servicios no previstos por los Artículos del 40 al 43 de la Ley arriba indicados, que surjan como producto de la dinámica del sector financiero, serán establecidos mediante Resolución de la Junta Monetaria. Las mismas no podrán establecerse de manera discriminatoria, sino de manera general, abarcando todo el sector de banca múltiple o todas las entidades de crédito, las asociaciones de ahorros y préstamos y/o todos los intermediarios financieros en su conjunto, según corresponda.

En todo caso, lo que creo que no debe ser cuestionado es que, ante cualquier solicitud de nuevos servicios, la AMF debe razonar y motivar ampliamente su decisión, a fin de que no sea considerada arbitraria, tomando en consideración que la regulación debe ser mejorada en cuanto a servicios o productos financieros nuevos, especialmente para los digitales.

En el caso de las asociaciones de ahorros y préstamos, el párrafo del artículo 75 de la Ley 183-02, sobre las operaciones que podrían realizar las asociaciones, establece: “La Junta Monetaria podrá ampliar las operaciones que realizan las Asociaciones de Ahorros y Préstamos...”. En este caso, parecería que el legislador optó por una potestad discrecional y no reglada. Creo que, dada su naturaleza mutua y no accionaria, el enfoque pudiera ser más prudencial o conservador, pero no creo que deba ser completamente discrecional.

No obstante, creo que es cada vez más necesario, especialmente para la técnica legislativa, el uso de los términos *podrá* y *deberá* cuando se trata de actuaciones regladas. Una reciente decisión del Tribunal Supremo¹⁴ español se pronuncia al respecto al indicar que:

9 Artículo 4 del Reglamento Interno de la Junta Monetaria.

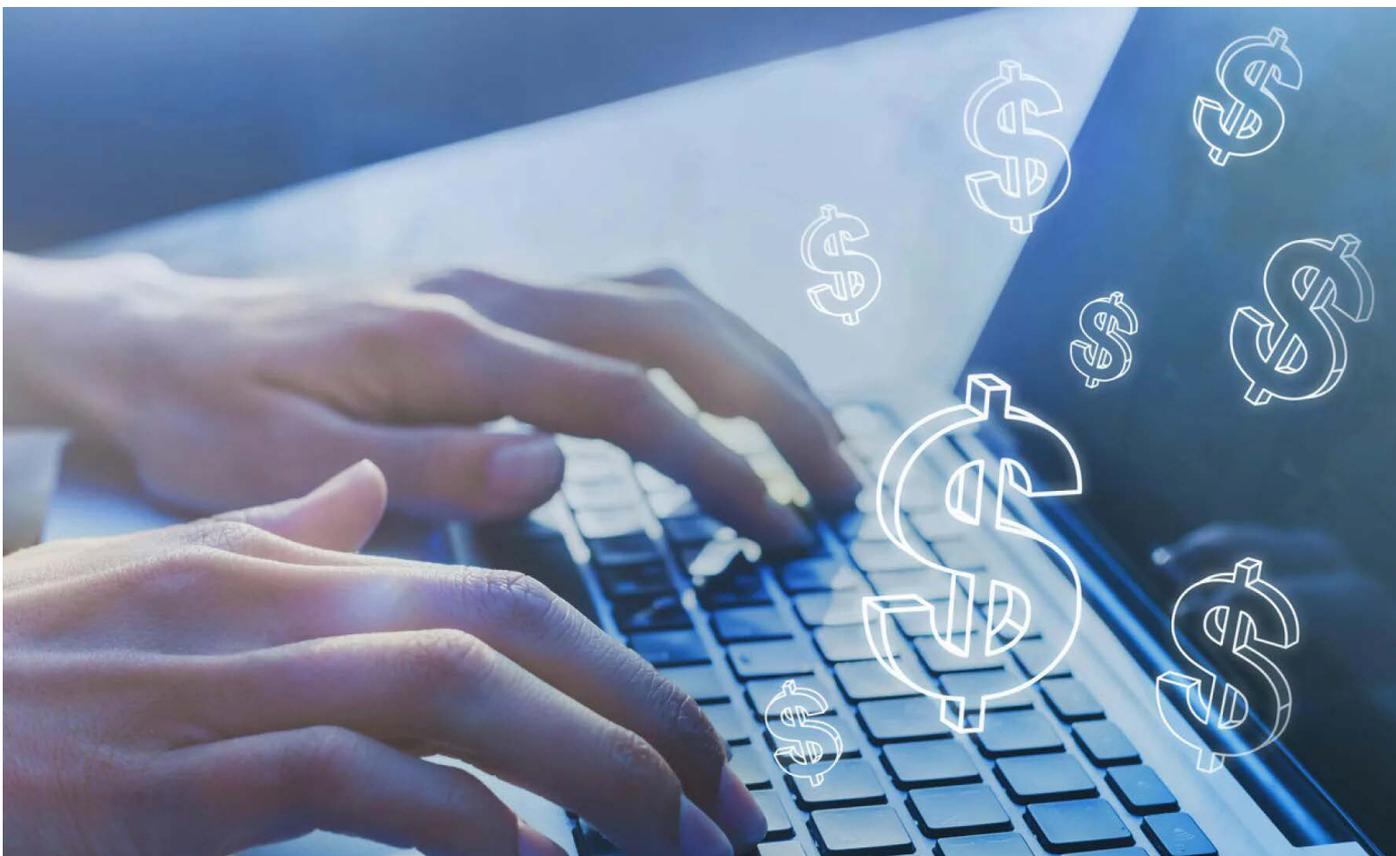
10 Artículo 47 de la Resolución JM040511-01, *ibid*.

11 Artículos 40, 42, 43 y 75 de la Ley núm. 183-02.

12 Típicamente conocida como cartera digital o monedero electrónico, es un método de pago basado en el concepto de cartera tradicional, pero condicionado al sistema digital. Ahí se almacenan los datos de las tarjetas de crédito o débito y de las cuentas bancarias del usuario, pero también todos los documentos que acreditan las compras o las reservas, como por ejemplo las entradas a conciertos, los billetes de avión, las suscripciones, etcétera.

13 Las *cryptocurrencies* o criptomonedas es como se conoce a las monedas virtuales no emitidas por Estados y que dan luz verde a la realización de pagos en línea sin intermediarios, utilizando la criptografía como medio de pago seguro.

14 Sentencia de la Sala tercera del Tribunal Supremo español de fecha 30 de mayo de 2022.



Es este uno de los casos en los que el empleo del término «podrá» en un precepto puede resultar equívoco. Así, desde hace tiempo la jurisprudencia de esta Sala -puede verse en este sentido la sentencia de la Sección 5ª de 20 de mayo de 2003 (casación 6531/1998, F.J. 3ª), en la que se citan sentencias anteriores de 7 de diciembre de 1981, 19 de diciembre de 1986, 17 de mayo de 1987, 21 de mayo de 1987 y 22 de diciembre de 1987)- ha puesto de manifiesto que en ocasiones en los textos legales se emplean expresiones inadecuadas, señalando esa misma jurisprudencia que cuando un acto administrativo es reglado no procede usar la expresión «podrá» sino «deberá».

Pues bien, en esa misma línea de razonamiento, atendiendo a la finalidad de la norma legal que ahora estamos examinando (artículo 45.2 Ley 40/2015), debe entenderse que cuando utiliza la expresión «... podrá superponer un sello electrónico...» no está aludiendo a una opción entre dos o más alternativas posibles e indistintas sino que se refiere a una actuación que habrá de emprenderse, o no, en función de que concurren determinadas circunstancias. Si estas concurren la Administración deberá actuar como se indica; en otro caso, no será necesario. De ahí que la utilización del término «podrá» habrá de entenderse como «deberá» si concurre el supuesto previsto en la norma.

Recientemente, la Superintendencia de Bancos emitió la Circular SB Núm. 011/12 sobre el *Onboarding* digital de productos y servicios financieros (en lo adelante “Circular 011/22”), como una regulación innovadora basada en el avance de las tecnologías del sistema financiero, con la finalidad de facilitar las nuevas formas de comercio electrónico y de introducir el *onboarding* digital en el sistema monetario y financiero de nuestro país.

La Circular 011/22 permite que las EIF puedan vincular clientes mediante mecanismos semiautomatizados o automatizados que no requieran interacción presencial con el personal de la institución. Asimismo, el *onboarding digital* podrá ser utilizado por los clientes ya vinculados a la EIF que quieran adquirir nuevos productos o servicios. La idea fundamental del *onboarding* digital es que las EIF puedan crear toda una estructura digital que permita a los clientes adquirir servicios, solicitar información, cancelar productos o realizar cualquier actuación únicamente a través de medios electrónicos, eliminando la necesidad de trasladarse a una sucursal de la EIF.

La Superintendencia de Bancos, mediante la Circular 011/22, establece una serie de requisitos que deben cumplir las EIF para poder ofrecer los servicios financieros mediante el *onboarding* digital, que van dirigidos a salvaguardar los procedimientos que deben cumplir las EIF para la vinculación de un nuevo cliente, pero a través de medios electrónicos; es decir, los procesos

para conocer el origen de los fondos del cliente, identificación y autenticación del cliente, el proceso de firma de los contratos, por mencionar algunos.

El *onboarding* digital es posible actualmente por el desarrollo de la inteligencia artificial, que permite crear herramientas de análisis de datos y por ende la obtención de más información sobre las necesidades del cliente, que finalmente facilita la prestación de servicios personalizados, e incluso hace posible el auto-servicio de algunos productos financieros. Sobre esto, el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea ha establecido que “en el marco de la modernización y la transformación digital de la banca tradicional, la mayoría de estos servicios respaldan el escenario de mejores bancos, en el que las entidades utilizan el análisis avanzado de datos para investigar las necesidades de los clientes, prestar servicios en tiempo real y mejorar su gestión de riesgos”¹⁵.

Asimismo, continúan afirmando que “muchos agregadores de datos brindan a los clientes la posibilidad de gestionar distintas cuentas financieras en una única plataforma, a menudo con una necesidad limitada de contacto directo con los diversos proveedores de servicios financieros”¹⁶. ¿Qué es lo que se pretende lograr con la implementación del *onboarding* digital en las EIF?: brindar servicios financieros y captar clientes nuevos sin la necesidad de interacción física partiendo del análisis de datos de los clientes.

La Superintendencia de Bancos ha establecido mediante la referida Circular 011/22 los requisitos para tales fines. El numeral 11 de la Circular 011/22 dispone la necesidad de que las EIF lleven a cabo un proceso ante la Superintendencia de Bancos para poder implementar el *onboarding* digital: “Las EIF que decidan implementar el proceso de *onboarding* digital para vincular nuevos clientes deberán contar con la no objeción previa de la Superintendencia de Bancos, debiendo remitir las informaciones y documentos requeridos por la normativa vigente”.

En ese sentido, aquellas EIF que cumplan con dichos requisitos serían autorizadas a implementar el *onboarding* digital, siendo así una actuación reglada por la Superintendencia de Bancos con respecto a la implementación de una nueva forma de prestación de servicios.

Me parece que en la normativa actual para nuevos servicios o productos no queda claro qué tipo de potestad aplicaría la AMF. Particularmente, creo que debería ser potestad reglada, con ciertas matizaciones. Solo cuando la debida diligencia o estudios técnicos bien fundados establezcan conclusiones contrarias al servicio solicitado, debería ser rechazado. Lo anterior tiene una relevancia actual para los servicios financieros a través de medios digitales.

Como no se tiene claro cómo funcionarían algunos servicios o productos digitales o con altos componentes tecnológicos, incluso con inteligencia artificial, la matización de la potes-

tad reglada pudiera ser una solución efectiva bajo los principios de razonabilidad, motivación y oportunidad. En ese caso, a través de la razonabilidad administrativa se manifiesta la obligación de que la AMF mantenga una debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido¹⁷. La debida motivación reconduce la norma a partir desde qué es tomado en consideración, cuáles razones de derecho son fundamentadas y cómo esto es plasmado en la ley. Finalmente, entiendo necesaria la aplicación del criterio de oportunidad, puesto que pone en evidencia la relevancia de la utilidad de la norma, analizando los riesgos para el sistema bancario sobre el nuevo servicio o producto. La utilización de los medios digitales o plataformas electrónicas en el sistema financiero y bancario es una realidad que se incrementará cada vez más, por lo que no es posible seguir postergando su aplicación, pero al mismo tiempo su regulación y supervisión.

4. REFLEXIONES FINALES

En primer lugar, creo que la República Dominicana tiene un marco legal adecuado en lo que respecta al sistema tradicional de la actividad bancaria. Ahora bien, para servicios y productos digitales existe una gran oportunidad de mejora regulatoria para adecuar a los nuevos tiempos requerimientos novedosos de nuevos servicios y productos financieros digitales. Sobre este aspecto, reflexiono sobre si fuese posible una solicitud de una autorización de una EIF completamente digital. ¿Cómo sería su proceso de autorización, y supervisión continua? Me parece que al respecto existen más interrogantes —que pueden ser una interesante línea de investigación— que soluciones legales concretas.

En segundo lugar, aunque la legislación monetaria y financiera incluye la posibilidad de que la Junta Monetaria autorice la prestación de nuevos productos o servicios financieros que se derivan de nuevas tecnologías en el mercado, es necesaria una delimitación más clara de los requisitos que sean pertinentes para habilitar o permitir la prestación de nuevos servicios financieros, en especial cuando se usen nuevas tecnologías (inteligencia artificial, entre otras), que no necesariamente tienen una regulación precisa y robusta en nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, existen oportunidades de mejora con respecto al establecimiento de criterios objetivos que deban ser tomados en cuenta por la AMF para ampliar las operaciones o servicios de las EIF, y para autorizar la prestación de nuevos servicios financieros. Asimismo, establecer los requisitos y estudios que debe presentar la EIF ante la AMF para considerar una solicitud de nuevo servicios financieros; por ejemplo, establecer el beneficio que de este servicio para los usuarios, el impacto que puede tener en el desarrollo del sector monetario y financiero, un análisis de ries-

¹⁵ Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. *Implicaciones de los avances en tecnofinanzas (fintech)* para los bancos y supervisores de bancos. 2018.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ LUCCHETTI, Alfieri B. “Algunos alcances en la aplicación del principio de razonabilidad de las decisiones administrativas”. *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 7 (2009) [en línea] <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/articulo/view/14044>.



gos de su implementación, la seguridad de esos servicios e impacto para los usuarios, por mencionar algunos.

Por último, creo que la potestad de la AMF respecto de la autorización de nuevos servicios y productos financieros debería ser reglada, pero que debe existir cierto margen de apreciación, debidamente reglado en la normativa, para servicios y productos innovadores digitales y con alcance global. Esto es debido a todas las implicaciones que conllevarían estos tipos de servicios; en esos casos la prudencia puede ser un buen aliado, sin que disminuya el interés de las EIF de continuar innovando para beneficio de los usuarios. En definitiva, de lo que se trata es de poder crear una sinergia efectiva entre la autorización de nuevos servicios y productos digitales de manera ágil, razonable y motivada sin contraer la innovación, pero con la debida prudencia para ciertos productos o servicios que no tienen una certeza de cómo funcionarían.

En esos casos, el monitoreo constante es recomendable para hacer rápidamente los ajustes y cambios normativos necesarios en lo que respecta a la autorización y supervisión por el regulador de nuevos modelos para prestar y gestionar servicios financieros innovadores y digitales. Por ello, las autorizaciones por etapas y segmentadas para nuevos servicios y productos digitales parece una opción razonable. El reto que tiene la Superintendencia de Bancos sobre este y otros temas vinculados con las tecnologías es desafiante, pero actualmente existe un extraordinario equipo humano y técnico para obtener unos resultados de calidad en

beneficio de los usuarios y de la estabilidad del sistema financiero nacional.

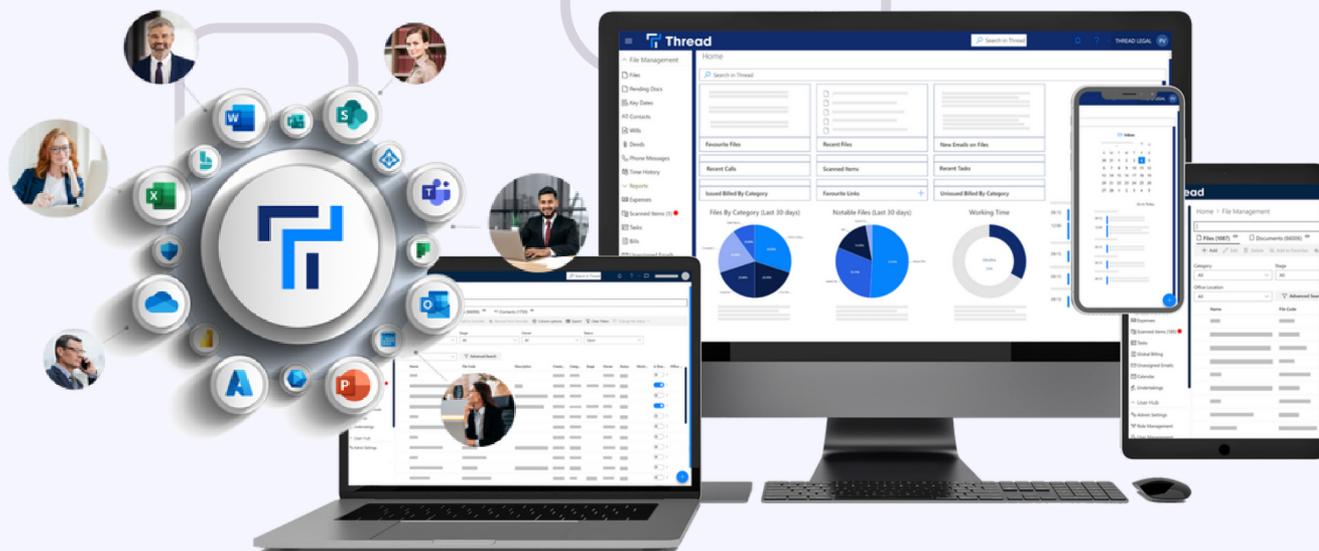
BIBLIOGRAFÍA

- COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA. *Implicaciones de los avances en tecnofinanzas (fintech)* para los bancos y supervisores de bancos. 2018.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo. Tomo I*: Editorial Thomson, Madrid, España, 2005.
- JORGE PRATS, Eduardo y VICTORIA, Omar. *Derecho de la regulación monetaria y financiera*: Editorial Ius Novum, Santo Domingo, 2012.
- LUCCHETTI, Alfieri B. "Algunos alcances en la aplicación del principio de razonabilidad de las decisiones administrativas". *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 7 (2009) <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14044>.
- REPÚBLICA DOMINICANA. Constitución de la República Dominicana. G. O. 10805, 2015.
- Ley 183-02, del 3 de diciembre de 2002, que aprueba la Ley Monetaria y Financiera.
- Ley General de Bancos, núm. 708, del 14 de abril de 1965 (derogada).
- JUNTA MONETARIA. Reglamento Interno de la Junta Monetaria, actualizado en fecha 12 de noviembre de 2007.
- Resolución JM040511-01, del 11 de mayo de 2004, que crea el *Reglamento para la apertura y funcionamiento de las entidades de intermediación financieras*.



Software de Gestión de Casos Legales para Abogados

Únase al grupo de Abogados Estelares en la República Dominicana usando Thread Software.



Es hora de transformar su práctica legal, y alcanzar nuevos niveles de Productividad! Descubra los beneficios de trabajar con un Software Legal de calidad internacional.

Thread Legal Software es la **herramienta #1 en la República Dominicana** para abogados y profesionales legales que usan Microsoft 365, que desean ejecutar una práctica y gestión legal más eficiente y rentable, y alcanzar nuevos niveles de productividad, a través de ¡Las herramientas que aman y con las que ya están familiarizados!

Hecho en Irlanda pero con soporte e implementación local en la República Dominicana!

¿Qué obtiene con Thread?

- Gestión de casos nativa de la nube
- Informes de inteligencia empresarial
- Funciones de seguimiento del tiempo
- Tableros personalizados de tareas y productividad
- Plantillas legales automatizadas
- Generador de paquetes ilimitado
- Intercambio seguro de documentos
- Firmas digitales
- Seguridad de Microsoft Azure



**20%
OFF**

Regálate unas vacaciones sin estrés con nuestra promoción de fin de año: **20% de descuento sobre el precio de suscripción de Thread Software! ***

*Promoción Sujeta a Contrato, y válida para nuevos suscriptores hasta el 24 de diciembre de 2023

¡No más plataformas obsoletas!

Obtenga una solución de software de gestión de casos legales COMPLETA totalmente basada en la nube a prueba del futuro y con una interfaz moderna y con las últimas características específicamente creadas para el Área Legal. Navegue por el mundo digital totalmente respaldado por una solución de gestión de casos segura, confiable y rentable.

Escanea el código QR y agenda una cita con nuestro **SOCIO LOCAL HOY!**



 www.threadsoftware.com

 Global: [+1 656 207 5044](tel:+16562075044)



Get it from
**Microsoft Azure
Marketplace**

María A. Camilo Victoria

Abogada, especialista sénior del Departamento de Sanciones de la Superintendencia de Bancos de la República Dominicana.
marialecamilo95@gmail.com
mcamilo@sb.gob.do



WEBWATCHERS: CENTINELAS EN LA FRONTERA DIGITAL DE LA SEGURIDAD MONETARIA

RESUMEN:

Se analiza la correcta gestión de riesgos como factor clave para garantizar la protección de la información financiera y personal de los usuarios y la confianza en las entidades de intermediación financiera.

PALABRAS CLAVES:

Regulación, datos personales, gestión de riesgos, privacidad, EIF, protección, sector financiero.

I. GESTIÓN DEL RIESGO EN LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

En el plano legal y regulatorio de la gestión de datos personales dentro del sector financiero, el riesgo se presenta como un factor omnipresente y dinámico. Es el director silencioso en el teatro de las operaciones financieras, influyendo en la ejecución de las acciones planeadas, guiando a veces hacia el éxito, aunque en otras desvíe hacia resultados no deseados. Este riesgo es como una variante legal, un componente que, aunque no siempre visible, tiene el poder de transformar escenarios, redefinir estrategias y remodelar objetivos. De un modo metafórico, es un actor en la gran obra de la administración financiera, y su papel es esencial para determinar el curso de las actividades, así como su alineación con las normas y regulaciones establecidas.

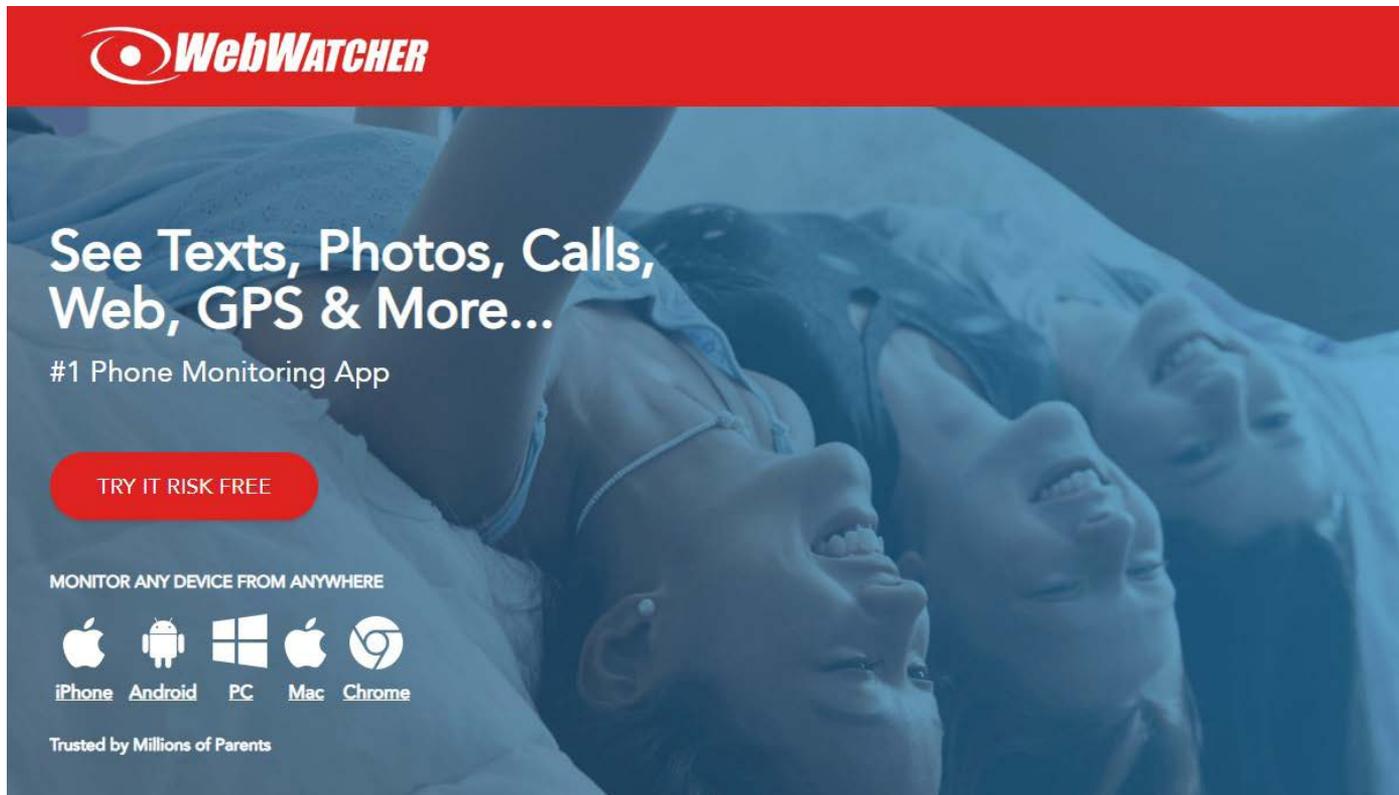
Todo esto parece confirmar que, en el panorama de este teatro jurídico, las leyes y regulaciones actúan como guiones y directoras, trazando el camino para una actuación coherente y segura, en la que los datos personales son tratados con el máximo cuidado y protección. Las acciones sistematizadas y organizadas son los actores comprometidos que llevan a cabo sus roles con precisión,

siguiendo el guion legal para mitigar las posibles consecuencias adversas y asegurando que el factor riesgo sea manejado con habilidad legal y reguladora.

Quienes brindan servicios financieros manejan una mezcla de datos personales, desde información financiera básica hasta aspectos más sensibles como historiales crediticios y patrones de gasto, y tienen que centrar sus esfuerzos en identificar¹, evaluar y mitigar los riesgos asociados con la recopilación y procesamiento de tales datos. Es esencial analizar de manera detallada las implicaciones de cómo y por qué estos datos son utilizados, así como considerar los potenciales efectos discriminatorios y amenazas cibernéticas que pueden emanar de un uso indebido o acceso no autorizado a estos datos (*big data*).

Para una evaluación de riesgo efectiva es necesario considerar cómo las posibles violaciones de datos personales afectarían a las personas involucradas, teniendo en cuenta la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos, así como el potencial uso inadecuado de la información. Esto implica visualizar y analizar diferentes escenarios de violación de datos para identificar los posibles daños y cómo estos podrían afectar de manera

1 Vid. Organización de los Estados Americanos (OEA). *Desafíos del riesgo cibernético en el sector financiero para Colombia y América Latina*, 2019, p. 15.



WebWATCHER

See Texts, Photos, Calls,
Web, GPS & More...

#1 Phone Monitoring App

TRY IT RISK FREE

MONITOR ANY DEVICE FROM ANYWHERE







iPhone Android PC Mac Chrome

Trusted by Millions of Parents

permanente los derechos y libertades de los usuarios. Además, es vital entender los riesgos asociados no solo con las violaciones de datos, sino también con las medidas técnicas implementadas para mitigar estos riesgos, como la seudonimización y los problemas técnicos en los sistemas que manejan dichas informaciones.

Es por lo anterior que una estrategia de gestión de riesgos firme y comprensiva es fundamental para garantizar la protección de los datos personales en el sector financiero, asegurando que se minimicen las vulnerabilidades y se utilicen adecuadamente las implicaciones de las violaciones de datos en línea con los objetivos organizacionales y las expectativas de privacidad y seguridad de los usuarios financieros susceptibles de ser afectados.

II. RIESGOS EMERGENTES Y RESIDUALES

Como se ha indicado, parte del ejercicio valorativo de la manifestación de este escenario pudiera demostrarse en la posible violación de datos en el sector financiero, un riesgo emergente que puede tener graves consecuencias para los derechos de los usuarios financieros. Algunos ejemplos de estas manifestaciones serían los siguientes:

- **Robo de datos de tarjetas de crédito y consecuencias:** Un ataque cibernético que resulta en el robo de datos de tarjetas de crédito de una institución financiera puede causar consecuencias graves para los usuarios financieros afectados, tales como

cargos no autorizados y daño a su historial crediticio, afectando futuras solicitudes de crédito y préstamos.

- **Exposición de historiales de préstamos y consecuencias:** Un error de seguridad puede exponer los historiales de préstamos de clientes, llevando a la discriminación en futuras solicitudes de crédito y daño a su reputación financiera debido a la revelación no autorizada de detalles sensibles relacionados con deudas y pagos pasados.
- **Fuga de información de inversiones y consecuencias:** La fuga de datos relacionados con las inversiones de los clientes, como detalles de carteras y estrategias, debido a una brecha de seguridad, puede aumentar el riesgo de pérdidas financieras significativas. Los usuarios pueden enfrentar inversiones no autorizadas y manipulación de sus carteras, y perder la confianza en las instituciones y asesores financieros.
- **Acceso no autorizado a datos de seguros y consecuencias:** Los ataques cibernéticos pueden permitir el acceso no autorizado a datos vitales de seguros, resultando en la posibilidad de estafas de seguros y uso indebido de información personal y médica, complicando la obtención de futuras coberturas de seguros debido a la exposición indebida de antecedentes.
- **Pérdida de identidad financiera y consecuencias:** Las brechas de seguridad que causa la pérdida de información de identidad financiera, como números cédulas y datos biométricos, pueden conducir a un robo de identidad financiera extenso. Esto podría resultar en la apertura fraudulenta de cuentas,

adquisición no autorizada de préstamos y destrucción del crédito de las víctimas, cuya recuperación puede ser un proceso extenso y oneroso.

Phishing: Una amenaza sofisticada

La protección de datos no solo se centra en la defensa contra amenazas, sino también en mantener un equilibrio que permita aprovechar el análisis de datos para mejorar los servicios financieros, asegurando al mismo tiempo el respeto a los derechos fundamentales de los usuarios. Es un escenario de constantes desafíos, en que la amenaza del crimen cibernético, incluyendo tácticas como el *phishing*, coexiste con la promesa de una industria financiera más equitativa y segura en la era digital, siempre que se apliquen las medidas de protección adecuadas.

En cuanto a lo que se pudiera referir al riesgo residual, resulta necesario detenernos en las tácticas del *phishing* como amenaza del crimen cibernético. Nuestro país, al igual que en muchos otros, se ha visto afectado por la propagación de *phishing*², una forma insidiosa que ha arrojado a la nación caribeña en el contexto de delitos financieros. Esta forma de cibercrimen ha evolucionado y se ha adaptado a las realidades digitales de la República Dominicana, presentando desafíos significativos tanto para las instituciones financieras como para los ciudadanos. Los estafadores utilizan técnicas de ingeniería social³ para hacer que los mensajes parezcan legítimos, incluso personalizando los correos electrónicos con información precisa sobre el destinatario. Esto hace que sea aún más difícil para las personas discernir entre correos electrónicos genuinos y fraudulentos.

Importancia de proteger las cuentas financieras en línea

La importancia de la protección de las cuentas financieras en línea no debe subestimarse. La digitalización de los servicios financieros ha facilitado el acceso a nuestras cuentas y transacciones, pero también ha ampliado la superficie de ataque para los cibercriminales. Algunas de las razones por las que es crucial proteger nuestras cuentas financieras en línea se deben a la concurrencia de delitos como estos:

- Robo de fondos: Si un atacante obtiene acceso a sus cuentas financieras en línea, puede realizar transferencias no autorizadas de dinero, lo que podría resultar en la pérdida de fondos significativos.

- Robo de identidad: Los cibercriminales pueden utilizar la información robada para cometer fraudes o robar la identidad de la víctima, lo que puede tener graves consecuencias financieras y legales.
- Pérdida de privacidad: La información financiera es altamente sensible y privada. Su exposición puede afectar negativamente su privacidad y su capacidad para mantener sus asuntos financieros en secreto.
- Reputación en riesgo: Si su cuenta financiera se ve comprometida, su reputación financiera también podría verse afectada, lo que puede dificultar la obtención de préstamos o la realización de transacciones financieras futuras⁴.

La protección de cuentas financieras en línea requiere vigilancia constante y una comprensión sólida de las amenazas cibernéticas actuales. Al tomar medidas proactivas para salvaguardar sus datos y ser consciente de los riesgos, puede disfrutar de los beneficios de la era digital sin poner en peligro su seguridad financiera.

III. MECANISMOS DE MITIGACIÓN DE RIESGOS

En todos los escenarios mencionados, las violaciones de datos financieros tienen el potencial de producir un impacto duradero en los usuarios. Podrían experimentar problemas financieros, pérdida de confianza en las instituciones financieras y, en casos extremos, la destrucción de su propia identidad financiera. Es por esto que la prevención y la respuesta adecuada a las violaciones de datos son esenciales para proteger a los usuarios financieros en un entorno digital cada vez más complejo y conectado. Cabe destacar que los tribunales de otras jurisdicciones han manejado casos en los que las instituciones financieras han sido llevadas a juicio debido a brechas de seguridad que resultaron en la exposición de datos de clientes⁵. Incluso, en algunos casos se ha encontrado que las instituciones financieras son responsables si no han tomado medidas razonables para proteger los datos de los clientes.

Ahora bien, a pesar de la presencia notable de riesgos emergentes, existen varias estrategias eficaces para minimizarlos. Para esto, es esencial llevar a cabo la implementación de estas tácticas de manera oportuna y adecuada, siempre de conformidad con las leyes y regulaciones vigentes⁶. Al adherirse a estos protocolos y

2 ARAB NEWS. (11 de septiembre de 2017). "A recent statistic released by the National Cyber Security Center (NCSC) at the Ministry of the Interior stated that the phishing emails in Saudi Arabia have exceeded 26 million emails in the past few years. According to NCSC, attackers have deliberately sent fake e-mails (7z. or zip.) containing attached malicious software (Locky Ransomware). NCSC also confirmed that it had sent technical reports, hacking indicators and recommendations to all the entities registered with the NCSC, and advised them to take caution of these phishing e-mails and other hacking techniques". Traducción: "Una estadística reciente publicada por el Centro Nacional de Seguridad Cibernética (NCSC) del Ministerio del Interior declaró que los correos electrónicos de *phishing* en Arabia Saudita han superado los 26 millones de correos electrónicos en el pasado, pocos años. Según el NCSC, los atacantes han enviado deliberadamente correos electrónicos falsos (7z. o zip.) que contienen *software* malicioso adjunto (*locky ransomware*). El NCSC también confirmó que había enviado informes técnicos, indicadores de piratería y recomendaciones a todos los entidades registradas en el NCSC y les aconsejó que tuvieran cuidado con estos correos electrónicos de *phishing* y otras técnicas de piratería". – NOTICIAS ÁRABES Publicado el 11 de septiembre de 2017. Disponible en www.sciencepubco.com/index.php/IJET.

3 Uso de correos electrónicos, mensajes de texto o sitios web falsificados que se asemejan a los de instituciones financieras legítimas para engañar a los usuarios y obtener información personal confidencial, como contraseñas, números de tarjetas de crédito o información de cuentas bancarias.

4 *Cibercrimen y delitos informáticos: los nuevos tipos penales en la era de internet*. Erreius, 2018. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/09/doctrina46963.pdf>. (Consultado en 29/9/2023).

5 Tras una importante brecha de seguridad, Capital One enfrentó litigios significativos. Los tribunales examinaron las medidas de seguridad implementadas por la empresa y cómo estas afectaron la magnitud de la brecha. (Brecha Seguridad El Banco Capital One | INCIBE-CERT | INCIBE, consultado en fecha 1/10/2023).

6 Ley núm. 183-02, Monetaria y Financiera – Ley núm. 172-13, de Protección de Datos Personales, entre otras disposiciones aplicables.



estrategias, se refuerza considerablemente la resiliencia del sector financiero, potenciando su capacidad para resistir y gestionar eficazmente las amenazas cibernéticas.

Primero es fundamental establecer protocolos sólidos para la gestión y almacenamiento seguro de datos, garantizando que la información financiera y personal esté protegida contra accesos no autorizados. Esto incluye la aplicación de tecnologías de encriptación avanzada, *firewalls* y otros mecanismos de seguridad que restrinjan el acceso solo a usuarios autorizados. Además, las instituciones financieras deben adoptar un enfoque proactivo hacia la ciberseguridad mediante la identificación y evaluación constante de posibles riesgos y vulnerabilidades. Es vital realizar auditorías y pruebas de inserción periódicas para evaluar la eficacia de las medidas de seguridad implementadas y realizar ajustes según sea necesario.

Por otra parte, la cooperación y colaboración entre diferentes actores del sector financiero también es crucial, ya que compartir información sobre amenazas y mejores prácticas puede facilitar una respuesta más rápida y efectiva ante incidentes de seguridad, minimizando así su impacto. Del mismo modo, la capacitación continua de los colaboradores y usuarios respecto a las mejores prácticas de seguridad también es esencial, pues fomentar una cultura de seguridad consciente puede ayudar a prevenir incidentes causados por error humano y aumentar la capacidad de identificar y responder a amenazas potenciales.

A estas medidas se adhiere el mantenimiento de una comunicación clara y transparente con los usuarios en caso de una brecha

de seguridad, proporcionándoles la información y el apoyo necesario para mitigar los posibles impactos negativos, como el robo de identidad o fraudes financieros.

Minimizar los peligros asociados con el *phishing* y proteger las cuentas digitales para salvaguardar a los usuarios financieros es de vital importancia. Un aspecto fundamental de esta protección es la educación y sensibilización de los usuarios respecto a las técnicas más comunes de ciberestafas. Es esencial dotar a los usuarios del conocimiento suficiente para reconocer y manejar eficazmente correos electrónicos, mensajes y sitios web maliciosos, promoviendo una actitud de alerta y cuidado.

En el terreno tecnológico, la autenticación de dos factores (2FA) se destaca como una estrategia vital. Este método mejora la seguridad, ya que solicita no solo las credenciales de usuario, sino también una confirmación adicional, generalmente a través de un dispositivo móvil, asegurando así un nivel sólido de protección. Además, es fundamental implementar tecnologías progresivas, como filtros avanzados de correo electrónico que puedan identificar y bloquear intentos de *phishing* y favorecer conexiones seguras y páginas de inicio de sesión protegidas para mantener la confidencialidad de la información de los usuarios.

Asimismo, el ámbito financiero debe adoptar medidas proactivas, asegurándose de que los sistemas y *softwares* estén constantemente actualizados para evitar vulnerabilidades que puedan ser aprovechadas por ciberdelincuentes. Implementar un sistema que monitoree las transacciones en tiempo real es igualmente impor-

tante para detectar y neutralizar rápidamente cualquier actividad sospechosa o inusual.

De modo que, implementando estrategias de mitigación de riesgos coherentes y alineadas con las regulaciones legales, las instituciones financieras pueden proteger de manera efectiva los datos personales y financieros de sus clientes, preservando su confianza e integridad dentro del entorno digital. Si bien un ataque exitoso puede desencadenar consecuencias devastadoras tanto para usuarios como para las propias instituciones, no menos cierto es que la gestión de riesgos se ha sofisticado, incluyendo medidas como encriptación, autenticación de doble factor y la formación continua del personal, asegurando una defensa robusta y planes de contingencia efectivos.

IV. MARCO LEGAL EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

Redirigiéndonos a la situación actual de la República Dominicana, hoy en día se ha establecido una base legal sólida dedicada a la protección de datos personales y la seguridad financiera para defender los intereses de los usuarios. La estructura de esta protección legal descansa principalmente en dos leyes cruciales: i) la Ley núm. 183-02, Monetaria y Financiera⁷, y ii) la Ley núm. 173-12, de Protección de Datos Personales, ambas fortalecidas y complementadas por diversas ordenanzas y regulaciones adicionales que contribuyen a reforzar el marco legal existente. La interacción entre estas dos legislaciones crea un entorno fortalecido para la protección de los datos de los usuarios financieros; a través de la aplicación conjunta de estas leyes, se fomenta una cultura de integridad y confidencialidad dentro de las instituciones financieras, asegurando que la información personal se maneje con la debida diligencia y protección. Al mismo tiempo, las leyes fomentan la adopción de estrategias proactivas para identificar y mitigar riesgos potenciales que puedan comprometer la seguridad de los datos personales.

La cooperación entre estas legislaciones también promueve un nivel más alto de supervisión y cumplimiento; las autoridades reguladoras tienen la capacidad de monitorear, evaluar y, si es necesario, sancionar a las entidades que no cumplen con las normas de protección de datos. De manera particular, la Superintendencia de Bancos de la República Dominicana, en su calidad de órgano supervisor del sistema financiero nacional, ha demostrado su ejercicio proactivo constante basado en su enfoque para garantizar una sólida protección a los usuarios financieros. Por mencionar algunas, entre las acciones y medidas significativas que la Superintendencia ha implementado se encuentran las que siguen:

- Primero, en el ámbito de regulaciones y normativas, se ha priorizado el desarrollo y actualización de regulaciones y estándares de seguridad que las entidades financieras deben acatar⁸, asegurando la integridad de la información y fondos de los usuarios. Este marco normativo es continuamente supervisado y monitoreado a través de inspecciones periódicas y evaluaciones constantes de riesgo, garantizando la adherencia a las leyes y la identificación proactiva de potenciales vulnerabilidades.
- Además, se promueve la educación y concienciación financiera, impulsando iniciativas educativas y asegurando que las instituciones proporcionen información clara y precisa a los consumidores, fortaleciendo así su conocimiento y capacidad de autodefensa contra fraudes. Para fomentar una cultura de responsabilidad y transparencia, se han establecido canales efectivos de denuncias, permitiendo a los usuarios reportar irregularidades y asegurando que sus inquietudes sean atendidas con diligencia y justicia.
- Finalmente, se fomenta la innovación y la adaptabilidad tecnológica, promoviendo la adopción de tecnologías que mejoren la protección al usuario y manteniendo una respuesta ágil ante los emergentes desafíos globales en materia de tecnología y ciberseguridad⁹. Este enfoque integral y multifacético garantiza una infraestructura financiera resiliente, capaz de proteger eficazmente los intereses y datos de los usuarios financieros.

CONCLUSIÓN

La protección de datos ha emergido como un pilar crítico en el funcionamiento y la sustentabilidad del sector financiero integral. Mientras nos adentramos más profundamente en la era digital, se ha vuelto imperativo examinar cómo las leyes y regulaciones se están moldeando para responder a los riesgos que la misma protección de datos plantea en las transacciones financieras y la gestión de datos. Esto no solo está reformulando las operaciones y transacciones financieras, sino que también incide en la transparencia respecto a la administración de datos personales y financieros. Los usuarios son cada vez más conscientes y cautelosos sobre quién tiene control de su información personal y acceso ella. En este contexto, la transparencia emerge como una necesidad crucial, pues las entidades financieras deben ser claras y abiertas sobre cómo se manejan, almacenan y protegen los datos de los clientes.

Desde la perspectiva legal, hay una necesidad palpable de continuar adaptando y desarrollando las leyes y regulaciones existentes para garantizar que estén alineadas con la mitigación de los

7 Artículo 56. Sistema de Información de Riesgos, Secreto Bancario y Cuentas Abandonadas. a) Información de Riesgos. La Superintendencia de Bancos establecerá un Sistema de Información de Riesgos en el que obligatoriamente participarán todas las entidades sujetas a regulación, mediante el suministro de la información que sea precisa para garantizar la veracidad y exactitud de los datos referentes a los deudores, con el nivel de desagregación que sea necesario y las clasificaciones de deudores que se estimen necesarias para poder clasificar los créditos de forma homogénea. Tal sistema de información de riesgos garantizará, en todo caso, el uso limitado de la base de datos por parte de dichas entidades, a los solos efectos de conocer los riesgos de los potenciales clientes(...) Asimismo, establecerá los mecanismos necesarios para garantizar un correcto tratamiento de los datos personales que impidan la utilización de los mismos, para fines distintos de aquellos para los que sirve el sistema, y en particular para fines que puedan considerarse competencia desleal entre entidades de intermediación financiera.

8 Superintendencia de Bancos de la República Dominicana. *Circular 0004/22 sobre establecimiento de protocolo para la protección y uso adecuado de los datos personales de los usuarios en los procesos de venta y mercadeo de productos y servicios financieros*, 2022.

9 RODRÍGUEZ, S. "Estrategias de protección de datos en instituciones financieras". *Revista de Derecho y Tecnología*, 15(3), (2021), pp. 23-45.



riesgos que puede conllevar la protección de datos personales. Es esencial mantener la continuidad de un marco legal fortalecido que permita proteger a instituciones y usuarios contra amenazas cibernéticas, asegurando así la integridad, confidencialidad y seguridad de la información financiera en un mundo cada vez más digitalizado.

El sector financiero necesita mantenerse siempre un paso adelante, asegurándose de que todos sus sistemas y aplicaciones estén al día para prevenir posibles explotaciones por parte de ciberdelincuentes. Es crucial implementar un sistema que supervise continuamente las transacciones, permitiendo detectar y mitigar rápidamente cualquier actividad inusual o sospechosa.

Por su parte, las regulaciones futuras pueden desempeñar un papel fundamental en la delineación de responsabilidades y obligaciones de las entidades financieras respecto a la gestión de riesgos cibernéticos. La perspectiva legal también resalta las posibles ramificaciones para las entidades que no logran asegurar adecuadamente los datos y la información financiera, lo que incluye potenciales sanciones legales y daño reputacional.

Finalmente, adaptarse a la dinámica cambiante de las amenazas cibernéticas requiere de una constante evolución de estrategias y tácticas de defensa. Así, las instituciones financieras, respaldadas por un marco legal sólido y adaptativo, pueden asegurarse de mantener la integridad, confidencialidad y disponibilidad de la información financiera de los usuarios. Así, con una visión proactiva, estratégica y legalmente fundamentada, podemos esperar construir un escenario financiero en el que la ciberseguridad no sea vista simplemente como una necesidad operacional, sino como un elemento vital que contribuye a la confianza, estabilidad y prosperidad de la economía digital global.

BIBLIOGRAFÍA

- Cibercrimen y delitos informáticos: los nuevos tipos penales en la era de internet* (suplemento especial): Erreius, 2020. ISBN 978-987-4405-56-2.
- GARCÍA, M., y RODRÍGUEZ, P. "Impacto de las violaciones de datos en los consumidores y las organizaciones". *Journal of Cybersecurity Research*, 4(1) (2023).
- GRUPO DE EXPERTOS ENCARGADO DE REALIZAR UN ESTUDIO EXHAUSTIVO SOBRE EL DELITO CIBERNÉTICO. Recopilación de todas las conclusiones y recomendaciones preliminares sugeridas por los Estados Miembros durante las reuniones del Grupo de Expertos encargado de realizar un estudio exhaustivo sobre el delito cibernético celebradas en 2018, 2019 y 2020 (UNODC/CCPCJ/EG.4/2021/CRP.1). Viena, 2021.
- INSTITUTO NACIONAL DE CIBERSEGURIDAD. *Guía para la gestión y evaluación de riesgos en el sector financiero*, 2022. Disponible en <https://www.incibe.es/guia-gestion-riesgos>.
- KHAN, S., y ALGHATHBAR, K. "Cyber crime in the kingdom of Saudi Arabia: The case of phishing". *African Journal of Business Management*, 4(17), (2010).
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Desafíos del riesgo cibernético en el sector financiero para Colombia y América Latina*, 2019.
- PÉREZ, L. *Ciberseguridad y protección de datos. Estrategias y desafíos*: Tecnologías Editoriales, Madrid, 2021.
- REPÚBLICA DOMINICANA. Ley núm. 172-13 de Protección de Datos Personales de la República Dominicana.
- Ley núm. 183-02, Monetaria y Financiera, del 21 de noviembre de 2002.
- Superintendencia de Bancos de la República Dominicana. *Circular 0004/22 sobre establecimiento de protocolo para la protección y uso adecuado de los datos personales de los usuarios en los procesos de venta y mercadeo de productos y servicios financieros*, 2022.
- SMITH, A., y JOHNSON, B. "Evaluación de la vulnerabilidad de los datos personales en instituciones financieras". *Revista de Seguridad Cibernética*, 15(3), 200-215 (2022).

Luisa Nuño
Abogada.
lnuno60@gmail.com



REGULACIÓN BANCARIA: RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN PREVIA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS

RESUMEN:

La prestación de servicios financieros constituye una actividad regulada, sujeta a un régimen de autorización previa para garantizar la adecuada gestión de los riesgos. Se requiere la adopción de normas prudenciales adecuadas y la verificación de que la entidad sea controlada por accionistas, consejeros y ejecutivos idóneos que evidencien competencias técnicas necesarias, así como el carácter ético que asegure la sostenibilidad de las operaciones bancarias.

PALABRAS CLAVES:

Regulación bancaria, licencia, autorización previa, supervisión bancaria, administración de riesgos, solvencia, requerimientos de capital, idoneidad de accionistas y consejeros, República Dominicana.

INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN PREVIA

La intermediación financiera es una actividad económica altamente sensible y, por tanto, debe estar sujeta a una regulación especial. Esto implica una supervisión estrecha y continua, puesto que la intermediación consiste en la captación habitual de fondos del público para cederlos a terceros¹. Es decir, se toman los ahorros de la población para destinarlos al otorgamiento de préstamos a clientes, sin que los depositantes tengan control alguno sobre dichas operaciones de financiamiento.

Claramente, estamos en presencia de una actividad que requiere una adecuada mitigación de varios riesgos asociados. En ese sentido, varios autores coinciden en señalar que la finalidad de la regulación bancaria es la protección de los clientes e inversores, así como procurar la estabilidad del sistema financiero y que, por tanto, debe ser vista como parte del derecho de riesgos de la actividad bancaria².

En esta misma línea, en su Guía de Principios para una Efectiva Regulación y Supervisión, la Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas sostiene:

La regulación de entidades financieras tiene tres tipos de motivaciones: 1) proteger a los consumidores; 2) asegurar el funcionamiento eficiente de los mercados, y 3) preservar la estabilidad del sistema financiero. La regulación orientada a proteger a los consumidores generalmente busca prevenir abusos a los derechos de los clientes, e incluye normas de transparencia, gobierno corporativo y otras reglas de conducta de mercado³.

Dicho lo anterior, conviene señalar que el alcance y objeto de la regulación y supervisión bancaria se encuentra claramente plasmado en nuestro derecho positivo:

¹ Ver artículo 3, literal b, de la Ley 183-02 del 20 de noviembre de 2002, que aprueba la Ley Monetaria y Financiera en la República Dominicana.

² GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. "Fundamento y características de la regulación bancaria", en *Derecho de la regulación económica. Tomo X – Sistema bancario* (dirigido por Santiago Muñoz Machado y Juan Manuel Vega Serrano; coord., M.ª José Bobes Sánchez): Madrid, Iustel, 2013, pp.15-135.

³ Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas (ASBA). *Guía de principios para una efectiva regulación y supervisión de las operaciones de microfinanzas*, 2010. [En línea] Disponible en <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Gu%C3%ADa-de-principios-para-una-efectiva-regulaci%C3%B3n-y-supervisi%C3%B3n-de-las-operaciones-de-microfinanzas.pdf>.



La regulación del sistema monetario y financiero en todo el territorio de la República Dominicana se lleva a cabo exclusivamente por la Administración Monetaria y Financiera. La regulación del sistema comprende la fijación de políticas, reglamentación, ejecución, supervisión y aplicación de sanciones, en los términos establecidos en esta Ley y en los Reglamentos dictados para su desarrollo⁴.

A pesar de que la legislación positiva de la República Dominicana se ha ocupado de delimitar claramente el ámbito y los poderes de los órganos reguladores y supervisores del sistema financiero, dado que en la historia de la regulación económica se ha debatido el alcance y los poderes de las agencias reguladoras⁵, es importante mencionar que desde el 2010 la Constitución dominicana dedica un título al régimen de lo monetario y financiero. Se le reconoce de esta forma base constitucional a la Junta Monetaria como órgano regulador de lo monetario y financiero. Asimismo, se establece que no podrá modificarse el régimen legal de la banca si no a propuesta de la Junta Monetaria o con la aprobación de esta, salvo que la modificación cuen-

te con el voto favorable de una mayoría cualificada de las cámaras legislativas⁶.

Habiendo ya sentado las bases legales y constitucionales de la regulación y la supervisión bancaria, vale decir que el régimen de autorización previa constituye una salvaguarda desde la perspectiva prudencial propia del manejo de riesgos. Se procura que el supervisor bancario esté en capacidad de proyectar que la entidad autorizada para ingresar al mercado financiero tendrá a corto, mediano y largo plazo un buen desenvolvimiento en sus operaciones.

La finalidad del licenciamiento previo de la actividad bancaria radica precisamente en la prevención de situaciones que pudieran afectar negativamente al sistema monetario y financiero, tales como deficiencias de capital, control de entidades en manos de accionistas y de un equipo gerencial no idóneo, riesgos excesivos o debilidades en los lineamientos para su monitoreo, control y mitigación, entre otros.

Cabe decir que nada garantiza que una vez otorgada la licencia las entidades autorizadas mantengan las acciones adecuadas y consistentes con las condiciones demostradas durante el proceso de autorización. No obstante, el régimen de autorización pre-

4 Ver artículo 1, literal *b*, de la Ley 183-02.

5 MUÑOZ MACHADO, Santiago. "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", en *Derecho de la regulación económica. Tomo I – Fundamentos e instituciones de la regulación* (dirigido por Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo): Madrid, Iustel, 2009, pp. 15-234.

6 Ver artículos 223-232 de la Constitución dominicana.

via sirve de filtro para evitar la entrada a entidades que sean claramente inviables.

ÁMBITO Y ALCANCE DE LA SUPERVISIÓN

La doctrina en materia de supervisión bancaria sostiene:

El otorgamiento de licencias para operar resulta coherente con la supervisión continua, como quiera que se convierte en requisitos mínimos de funcionamiento y su observancia en algunos casos como la disposición de capital mínimo puede acarrear medidas de intervención como la toma de posesión y eventual liquidación y otras veces acarrea el retiro de los administradores⁷.

Tal y como afirman Ernesto Livacic y Sebastián Sáez, es necesario que el regulador y el supervisor bancario estén legalmente facultados para establecer los criterios de aprobación y que tengan además la posibilidad de rechazar las solicitudes que no cumplan con estos requisitos. Agregan dichos autores que:

Las autorizaciones deben, como mínimo, considerar la estructura de propiedad del banco, la idoneidad de sus directores y la alta gerencia, evaluar el plan de operaciones y los controles internos de la administración, las proyecciones de sus resultados, así como la base de capital⁸.

En esa misma línea, la profesora Rosa Lastra, al analizar los modelos de regulación financiera, sostiene que la cuestión de qué regular se refiere tanto al tipo de entidades o instituciones que deben incluirse dentro de la regulación como a las medidas que serán tomadas para mitigar riesgos y las líneas de defensa que la entidad debe definir para resistir una crisis⁹.

En el país, el enfoque del modelo de supervisión está organizado por sectores supervisados, de ahí que el régimen de autorización previa ejercido por la Junta Monetaria esté delimitado a las entidades de intermediación financiera y no involucre otros actores que, si bien son parte de los mercados financieros, tienen sus propios entes reguladores y supervisores. Esta realidad obliga a una coordinación correcta de competencias, tal y como lo dispone la Ley Monetaria y Financiera, coordinación que se pone de relevancia especialmente ante la estructuración de grupos o centros financieros que operan en el país y que inciden en diversos mercados.

En cuanto a la potestad del regulador dominicano al momento de dictar el acto administrativo de licencia para operar como ente de intermediación financiera, vale decir que se trata de una potestad reglada, pues la normativa se encarga de detallar el ejercicio. En ese sentido, la licencia solo puede ser denegada cuando el soli-

citante no cumpla con los requisitos legales. Evidentemente, siempre habrá un margen de apreciación, por parte de los entes reguladores y supervisores, de los presupuestos que componen los requerimientos legales.

Dicho lo anterior, vale destacar que las mejores prácticas recomiendan que concurren criterios formales para rechazar una solicitud y que se permita la reintroducción cuando se hayan regularizado las causas de la denegación. Es importante evitar que se esgriman razones de oportunidad para denegar la autorización y cuidar que el proceso de licenciamiento no genere obstáculo alguno a la sana competencia en el sector bancario.

Revisando la normativa bancaria dominicana, puede sostenerse que el país cuenta con un régimen analítico y robusto de aprobación previa, al tenor de lo dispuesto por los artículos 3 y 35 al 39 de la Ley Monetaria y Financiera. Estos textos legales son desarrollados al tenor del Reglamento de Apertura y Funcionamiento de Entidades de Intermediación Financiera dictado por la Junta Monetaria el 11 de mayo de 2004 y complementados por el Reglamento de Gobierno Corporativo, el Instructivo de Idoneidad y otras normativas del sector.

REQUERIMIENTOS DE CAPITAL Y ESTRUCTURA DE PROPIEDAD Y CONTROL

En cuanto a capital mínimo, el artículo 38 de la Ley Monetaria y Financiera exige que los bancos múltiples y las entidades de crédito posean el capital pagado mínimo que se establezca reglamentariamente, respetando siempre los parámetros previstos legalmente. En la actualidad, los mínimos de capital aplicables van desde RD\$ 275 000 000.00 para los bancos múltiples hasta los RD\$ 17 000 000.00 para las asociaciones de ahorros y préstamos, cifras estas que son susceptibles de ajustes por inflación.

Asimismo, las autoridades se han acogido a las mejores prácticas al requerir a los solicitantes datos que aporten información relevante sobre la situación financiera de la entidad, tales como especificación de los supuestos económicos, tipo de cambio, tasas de interés y tasa de crecimiento económico. Además, se incluye dentro de los aspectos objeto de la autorización previa supuestos operacionales como precios para los productos y servicios, tamaño estimado de las operaciones, estimación de número de clientes, de gastos financieros y de administración, entre otros.

Otro aspecto que debe ser considerado por el supervisor para la evaluación previa al licenciamiento es el relativo a la estructura de propiedad y control. Es importante conocer la forma en que la entidad solicitante distribuye la participación accionaria de cada uno de los socios que la integran o que forman parte del grupo financiero, si fuera el caso. A este respecto, la legislación nacional prevé que las entidades de intermediación tienen que ser socie-

7 ROJAS RADA, Doyller Andrés. "La implementación de los principios de supervisión bancaria del Comité de Basilea en la República de Colombia". *Revista Maestría de Derecho Económico*, Bogotá, número 4 (enero-diciembre 2008) 11-61, disponible en <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/revmaescom/information/readers>.

8 LIVACIC, Ernesto y SÁEZ, Sebastián. *La supervisión bancaria en América Latina en los noventa*: Santiago de Chile, Unidad de Estudios Especiales Secretaría Ejecutiva de la CEPAL, 2000.

9 LASTRA, Rosa. "Modelos de regulación financiera en el derecho comparado: Organización de la supervisión por funciones twin piks y organización por sectores supervisados; reunión o separación de funciones en el Banco Central", en *Derecho de la regulación económica*, ob. cit., pp. 261-284.



dades anónimas, sus acciones deben ser nominativas y el capital debe ser enteramente suscrito y pagado en numerario. Asimismo, se requieren evidencias que documenten la realidad y procedencia de los fondos, todo conforme al desarrollo normativo de la prevención de lavado, que es un área que tiene una especial incidencia en el sector financiero.

La ley exige la presentación de la lista de accionistas para así identificar aquellos que posean el tres por ciento o más del capital social, ya que son considerados accionistas relevantes y, por tanto, son objeto de especial escrutinio. Asimismo, durante el proceso de licenciamiento el supervisor analiza las relaciones de estos accionistas relevantes con otras sociedades a las que pudieran estar vinculados para evitar posibles conflictos de interés. Se procura evitar que la entidad otorgue financiamiento inadecuado a empresas vinculadas.

IDONEIDAD DE LOS ACCIONISTAS, CONSEJEROS Y ALTA DIRECCIÓN DE LA ENTIDAD

Debido a las peculiaridades de la banca y la asimetría de información que suele darse especialmente en este negocio, las mejores prácticas a nivel internacional han identificado la necesidad de que durante el proceso de licenciamiento se analice el carácter idóneo tanto de los accionistas como de los miembros del consejo y de los altos mandos gerenciales, procurando aptitud no solo desde el punto de vista patrimonial, sino también en el aspecto moral.

En el aspecto patrimonial, la normativa bancaria local requiere que durante el proceso de solicitud de la licencia bancaria se presente una declaración patrimonial certificada por un auditor y copia certificada de la última declaración de impuestos de los accionistas, a fin de demostrar que se cuenta con el capital suficiente para afrontar cualquier requerimiento de aportes. En este sentido, el artículo 37 de la Ley Monetaria y Financiera prevé que el patrimonio consolidado de los accionistas sea igual o superior al monto del capital mínimo requerido para la entidad.

Asimismo, para evidenciar el carácter moral de los accionistas se deben aportar certificaciones de no antecedentes penales o judiciales, así como referencias bancarias y comerciales de los socios. Es también buena práctica verificar que estos no figuren en ninguna lista de control y ver los antecedentes crediticios. Para el caso de accionistas extranjeros se recomienda verificar con los supervisores del país de origen si existe algún historial de sanciones administrativas o alguna situación negativa que deba conocerse.

Estos requerimientos están en consonancia con lo dictado por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, principal referente de mejores prácticas bancarias a nivel mundial, el cual ha considerado incluir los aspectos de gobierno corporativo en sus recomendaciones y estándares de supervisión. En torno al tema, el Comité ha desarrollado varios principios entre los cuales cabe destacar que:

Los consejeros deben ser y permanecer aptos, a título individual y colectivo, para el desempeño de sus cargos. Deben comprender su papel de vigilancia y gobierno corporativo y ser capaces de pronunciarse de manera resuelta y objetiva sobre los asuntos del banco¹⁰.

En aplicación del principio antes referido, el supervisor bancario verificará que tanto los miembros del consejo como de la alta gerencia posean una adecuada formación académica en materias tales como análisis financiero, mercado de valores, gestión de riesgos, tecnologías de la información, entre otras. Los consejeros deben ser seleccionados mediante un proceso riguroso que acredite aptitud e independencia de sus miembros.

Autores como Antonio Romero Mora y Alfredo Oñoro Carrascal, al estudiar el tema del gobierno corporativo de las entidades de intermediación financiera nos refieren al Libro Verde de la Comisión Europea sobre Gobierno Corporativo y destacan entre sus propuestas la limitación del número de consejos a los que se pueda pertenecer, requerir mayor experiencia a los consejeros y evaluar el nivel de experiencia, así como reforzar la función de gestión de riesgo otorgándole el mismo nivel que a la gestión financiera, separar las funciones del principal ejecutivo de la entidad respecto de las del presidente del consejo, entre otras¹¹.

En el caso dominicano, vemos reflejados algunos de estos lineamientos en el Reglamento sobre Gobierno Corporativo dictado por la Junta Monetaria el 2 de julio de 2015, el cual dedica el título II del capítulo I a los Principios para la Adopción e Implementación de un Buen Marco de Gobierno Corporativo. En consecuencia, podemos destacar las previsiones respecto de la calificación y competencia, la independencia y el manejo de conflictos de interés de los consejeros, así como lo relativo a la gestión de riesgos, control interno y transparencia de su gestión.

PLAN ESTRATÉGICO Y OPERATIVO: CONTROLES INTERNOS Y ADMINISTRACIÓN DE RIESGOS

Como parte de la evaluación para otorgar la licencia bancaria, los entes supervisores y reguladores observarán la capacidad del solicitante para gestionar los riesgos. Para estos fines, se analizará el plan estratégico y operativo con que cuenta el solicitante, así como las políticas de administración de riesgos que se han definido para hacer frente a los riesgos asociados a la actividad bancaria.

Se trata de un aspecto de capital importancia debido a que la regulación financiera va de la mano con el derecho de riesgos. Esta vinculación adquiere aún más relevancia en el proceso de transformación digital que vivimos, el cual sin duda alguna implica gestionar adecuadamente los riesgos de la innovación tecnológica,

al cual habremos de sumar los distintos riesgos que se han identificado en la actividad bancaria.

Refiriéndose a la tipificación de los riesgos bancarios, Jorge García Andrade, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá, nos habla de una diversidad de riesgos bancarios que deben ser gestionados¹² y cuya administración habrá de estar reflejada de alguna forma en el plan estratégico y operativo del solicitante. Nos referimos a riesgo de crédito, riesgo de tipo de interés, riesgo de mercado, riesgo de cambio, riesgo de liquidez, riesgo operativo, riesgo reputacional y a la concentración de riesgos que puede tener lugar cuando se financia un proyecto de gran envergadura o aquella que se da en determinados sectores.

En la regulación dominicana, el Reglamento de Apertura y Funcionamiento de Entidades de Intermediación Financiera, dictado por la Junta Monetaria el 11 de mayo de 2004, prevé que al solicitar la licencia para operar se presente un estudio de factibilidad del proyecto, en el que deberán analizarse el entorno del sistema financiero, incluyendo las perspectivas legal, regulatoria y económica, así como el desempeño del sector.

En un documento presentado por la Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas, sobre autorización de licencias bancarias¹³, se incluyen dentro de las mejores prácticas la definición de responsabilidad y niveles de autoridad de los ejecutivos encargados de la administración de los riesgos, especialmente todo lo relativo a riesgo tecnológico y ciberseguridad. Asimismo, se hace hincapié en la necesidad de que el solicitante cuente con manuales operativos, políticas y procesos de gobierno interno, que incluyan planes de continuidad del negocio ante posibles fallos operacionales.

Otro aspecto que cuidar por parte del solicitante y del supervisor son las políticas y procesos de prevención de lavado de activos. La intermediación financiera se fundamenta en la confianza y los riesgos asociados al tema de lavado implican sin duda una gran afectación en la reputación de la entidad y, en consecuencia, deben ser gestionados con buen sentido de prudencia y gran esmero.

Para cerrar este acápite, vale la pena hacer mención del principio de prudencia bancaria, pues con base en este debe gestionarse el riesgo. A este respecto, la doctrina nos dice:

La regulación bancaria está informada por el principio de prudencia en su acepción más estricta, esto es como auténtico principio que recorre el contenido de la potestad normativa. En cuanto tal principio supone que el ordenamiento impone soluciones restrictivas o especialmente garantistas para la gestión de riesgos incluso si la incertidumbre impide que la información disponible sea concluyente al respecto¹⁴.

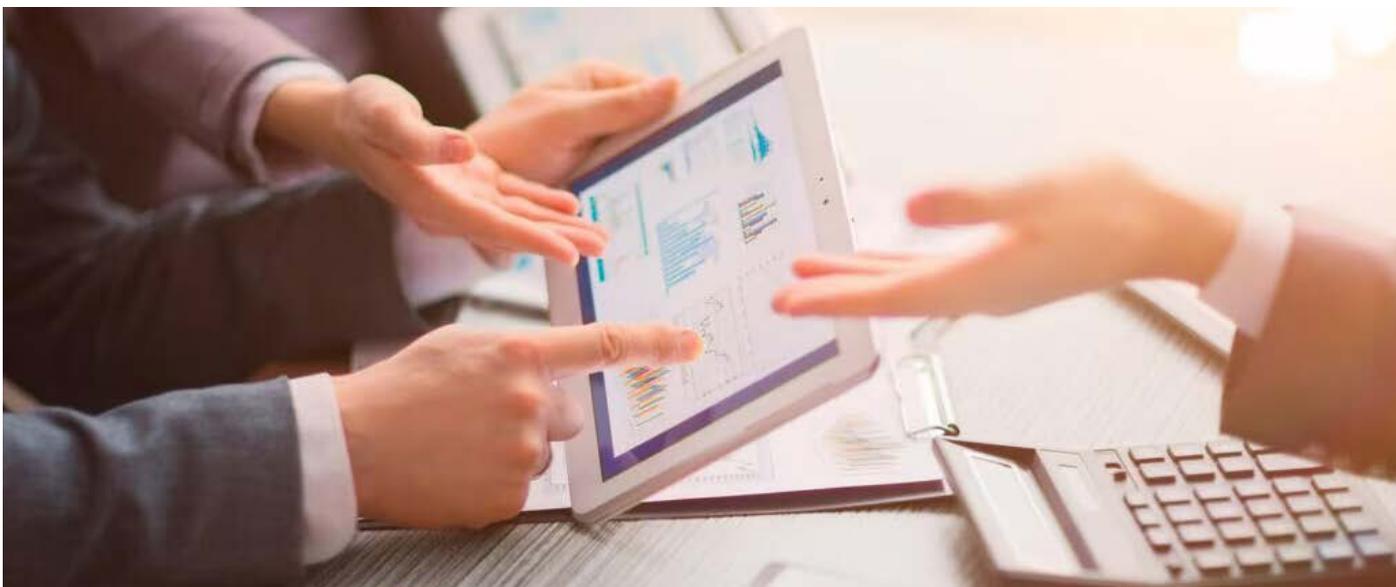
10 Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. *Principios de gobierno corporativo para bancos*, 2015 [en línea]. Disponible en https://www.bis.org/bcbs/publ/d328_es.pdf.

11 Romero Mora, Antonio y Oñoro Carrascal, Alfredo. "Gobierno corporativo", en *Derecho de la regulación económica*, ob. cit., pp. 395-444.

12 GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. "Fundamento y características de la regulación bancaria", en *Derecho de la regulación económica*, ob. cit., pp. 15-135.

13 Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas (ASBA). *Autorización de licencias bancarias*, 2009 (México: D.F.). Disponible en <http://www.asbasupervision.com/es/bibli-publicaciones-asba/i-1-grupos-de-trabajo/754-gt14-1/file>.

14 GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge, *loc. cit.*



CONCLUSIONES

Puede decirse que la República Dominicana cuenta con un marco legal adecuado y que ha demostrado buen manejo de los procesos de licenciamiento y posterior supervisión continuada de las entidades de intermediación financiera, tal y como lo demuestra el hecho de que hemos logrado sortear las crisis financieras que nos ha tocado enfrentar.

Como retos para el futuro, cabe señalar que el desarrollo del mercado de valores, así como la vinculación entre los entes de intermediación financiera y los participantes del mercado, nos obliga a fortalecer la coordinación entre los supervisores. De este modo, se capturan sinergias y se logra una mejor gestión de todo el sistema, tomando en cuenta la prestación de servicios financieros tanto en el mercado bancario como en el mercado de capitales.

De igual forma, la transformación digital nos debe llevar a replantear los procesos de aprobación previa de productos y servicios en el entorno virtual, procurando un buen balance entre la seguridad que requiere el sistema y la agilidad que se espera de los procesos digitales. Una buena práctica en este sentido es la aprobación escalonada de las solicitudes, estableciendo en una primera fase ciertas restricciones que luego se van liberando en fases posteriores tomando en cuenta la experiencia previa.

Vale decir que las autoridades dominicanas han ido dando algunos pasos importantes en torno a la transformación digital de la banca; sin embargo, hay importantes retos en cuanto a la adecuación de la legislación para ponerla a tono con los procesos digitales, por lo que deberán irse produciendo las adecuaciones normativas de lugar.

BIBLIOGRAFÍA

ASOCIACIÓN DE SUPERVISORES BANCARIOS DE LAS AMÉRICAS (ASBA). *Autorización de licencias bancarias*, 2009 (México: D.F.), Disponible en <http://www.asbasu-pervision.com/es/bibli-publicaciones-asba/i-1-grupos-de-trabajo/754-gt14-1/file>.

— *Guía de principios para una efectiva regulación y supervisión de las operaciones de microfinanzas*, 2010. [En línea] Disponible en <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Gu%C3%ADa-de-principios-para-una-efectiva-regulaci%C3%B3n-y-supervi%C3%B3n-de-las-operaciones-de-microfinanzas.pdf>.

COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA. *Principios de gobierno corporativo para bancos*, 2015. [En línea] disponible en https://www.bis.org/bcbs/publ/d328_es.pdf.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge; VEGA SERRANO, Juan Manuel; GUTIÉRREZ ALONSO, Juan J., y otros. *Derecho de la regulación económica. Tomo X – Sistema bancario* (dirigido por Santiago Muñoz Machado y Juan Manuel Vega Serrano; coord. M.^a José Bobes Sánchez): Madrid, Lustel, 2013.

LIVACIC, Ernesto y SÁEZ, Sebastián. *La supervisión bancaria en América Latina en los noventa*: Santiago de Chile, Unidad de Estudios Especiales Secretaría Ejecutiva de la CEPAL, 2000.

MUÑOZ MACHADO, Santiago; Sarmiento, Daniel; Esteve Pardo, José y otros. *Derecho de la regulación económica. Tomo I – Fundamentos e instituciones de la regulación* (dirigido por Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo): Madrid, Lustel, 2009.

REPÚBLICA DOMINICANA. Constitución de la República Dominicana. G. O. 10805, 2015.

— Ley Monetaria y Financiera, núm. 183-02. G. O. 10187, 2002.

— JUNTA MONETARIA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA. Reglamento sobre gobierno corporativo, 2 de julio de 2015.

— SUPERINTENDENCIA DE BANCOS DE LA REPUBLICA DOMINICANA. Circular núm. 010/17, 27 de noviembre de 2017, que establece el *Instructivo sobre evaluación de idoneidad de los accionistas, miembros del consejo, alta gerencia, personal clave y personal en general de las entidades de intermediación financiera*.

ROJAS RADA, Doyller Andrés. "La implementación de los principios de supervisión bancaria del Comité de Basilea en la República de Colombia". *Revista Maestría de Derecho Económico*, Bogotá, número 4 (enero-diciembre 2008) 11-61, disponible en <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/revmaes-com/information/readers>.

María Elisa Holguín López

Licenciada en Derecho, *magna cum laude*, por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra; tiene estudios en la Universidad Panthéon-Assas, París II, Francia, Diploma Superior Universitario en Derecho Privado Francés, Europeo e Internacional.



IMPORTANCIA DEL ENFOQUE BASADO EN RIESGOS PARA LA LABOR DE INTELIGENCIA DE LA UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

RESUMEN:

Se explica en qué consiste el enfoque basado en riesgos (EBR), el estándar internacional y las disposiciones nacionales en la materia (que recogen el estándar adecuado a nuestro ordenamiento jurídico nacional), cuyo conocimiento es esencial tanto para el sector público como para el sector privado, siendo este último el corazón mismo del sistema.

PALABRAS CLAVES:

Autoridades competentes, debida diligencia, sujetos obligados, enfoque basado en riesgos, lavado de activos, prevención, Grupo de Acción Financiera, Unidad de Análisis Financiero, República Dominicana.

A través de estas líneas daremos una mirada general al EBR para la prevención del lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento a la proliferación de armas de destrucción masiva, desde las herramientas para mitigar los riesgos hasta el resultado que produce un buen abordaje de la gestión de riesgos para la labor de inteligencia financiera que realiza la Unidad de Análisis Financiero de la República Dominicana (UAF-RD).

Para identificar, analizar, evaluar y comprender los riesgos de lavado de activos, del financiamiento del terrorismo y del financiamiento a la proliferación de armas de destrucción masiva (en lo adelante LA/FT/PADM) es importante que las entidades representadas por los sujetos obligados, así como las autoridades de supervisión, trabajen sus actuaciones sobre la base de los riesgos que podrían surgir dentro de su actividad económica.

Para ello, el Grupo de Acción Financiera (GAFI) establece estándares internacionales que sirven como guía para garantizar una debida identificación de estos riesgos, como es el caso de la Recomendación 1 (R.1.) que establece, en síntesis, que el enfoque basado en riesgo tiene el propósito de asegurar que las medidas para prevenir o mitigar el lavado de activos (LA) y el financiamiento del terrorismo (FT) sean proporcionales a los riesgos

identificados, así como también que esta identificación permita la asignación de recursos eficaces para prevenir el LA/FT.

En ese sentido, los países deben establecer un plan de acción que abarque todos los sectores en su conjunto, tomando en consideración las necesidades detectadas, la cultura, la historia, el contexto del negocio de la entidad, la estructura organizativa, así como los riesgos detectados en el proceso de la evaluación.

Es importante destacar que el resultado de esta evaluación delimita nuestro plan de acción y, por lo tanto, nuestro accionar se basará en los riesgos precisos que han sido levantados, de manera que seamos eficaces en su abordaje y tratamiento.

Sin embargo, y dado que no todos los riesgos son tratados de la misma forma, cada uno de ellos se abordará en la justa medida en que fuere necesario, a fin de mitigarlos de una manera eficaz y oportuna. Desde siempre los recursos con los que contamos tienen una naturaleza limitada, por lo que este proceso nos permite hacer un uso eficaz y de calidad en aquellos temas que representan más riesgos para nosotros, bien sea como país, como entidad gubernamental o como sociedad o empresa del sector privado.

De lo anterior surge la interrogante ¿qué es el EBR? En términos llanos, es la metodología que nos permite aplicar medi-



das proporcionales y razonables a los riesgos que hemos identificado y medido previamente, cuyo resultado será único e individual para cada entidad que lo aplique. De aquí se desprende que cada riesgo tendrá una distinción propia en su tratamiento, tanto en el alcance como en la frecuencia y en la profundidad, a raíz del resultado de la evaluación de los riesgos que se ha realizado.

El EBR nos permitirá diseñar un plan que no sea propio ni estandarizado a cada entidad, por lo que podremos tomar las decisiones adecuadas o más razonables ante los hechos y situaciones que hemos analizado, enfocando nuestro accionar en dicho sentido y asignando los recursos adecuados para una debida mitigación de estos riesgos, que van desde el capital humano, recursos monetarios, tiempo, entre otros.

Por cuanto el EBR se aplica en la supervisión bancaria a los sujetos obligados, se aplica a la coordinación del sistema nacional que lleva a cabo la UAF-RD, a la creación de políticas públicas que sobre el sistema dictan el Estado y el Comité Nacional contra Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (CONCLAFIT) y, en general, lo aplicamos a cada una de nuestras organizaciones. Esta es la vía para garantizar que nuestros recursos están

siendo usados adecuadamente para abordar los riesgos de manera eficiente.

Entonces, ¿cómo podemos mitigar estos riesgos? Una de las herramientas empleadas para la mitigación de los riesgos es la debida diligencia en relación con los clientes y toda parte interesada en una relación comercial o contractual.

Para prevenir, debemos tener conocimiento; si no tenemos conocimiento, no podemos prevenir. De ahí la importancia de ejecutar a conciencia el proceso que todos conocemos como la debida diligencia. Pero ¿cuál es el objetivo de la debida diligencia? Se trata de una iniciativa para combatir el mal uso del sistema financiero por el crimen organizado y los delincuentes. Al mismo tiempo, es un proceso que nos permite detectar actividades financieras sospechosas e inusuales, potencialmente susceptibles de lavado de activos. Una de las herramientas más efectivas para llevar a cabo la debida diligencia es el formulario “Conozca su cliente”, o KYC por sus siglas en inglés. El KYC contempla una tarea ardua para cumplir con éxito este proceso de verificación de identidad real de los usuarios de servicios financieros, de manera que pueda afirmarse con exactitud que la identificación



del cliente sea verídica y no se corresponda con ningún tipo de infracción precedente al LA, al LA y el FT.

Para la debida diligencia del cliente, el GAFI establece que las instituciones financieras emprendan estas medidas cuando:

- establecen relaciones comerciales.
- realizan transacciones ocasionales: (i) por encima del umbral aplicable designado; o (ii) que están ante transferencias de la Recomendación 16;
- existe una sospecha de LA o FT;
- la institución financiera tiene dudas sobre la veracidad o idoneidad de los datos de identificación del cliente obtenidos previamente.

Ahora bien, una vez conocemos nuestros riesgos hechos a la medida (de acuerdo a la naturaleza, tamaño y complejidad de cada sector) y tenemos controles de mitigación, se nos hace más fácil poder identificar, de forma más precisa (aunque no absoluta), cuándo estamos frente una operación sospechosa, inusual, insólita, susceptible de ser un canal para el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo o el financiamiento de la proliferación de armas, dado que, al momento de evaluar la operación sobre la base de nuestra matriz de riesgo, nos va a detonar una alerta que nos dice, en principio, que estamos frente a una “operación sospechosa” y por ende se abre la vía para la elaboración y remisión de un reporte ante la UAF-RD.

Es importante resaltar, en este punto, que el artículo 63 de la Ley núm. 155-17 establece que los sujetos obligados, así como sus directores, funcionarios y empleados, no podrán revelar a terceros el hecho de que se ha remitido información a la UAF o a la

autoridad competente, o que se está examinando alguna operación por sospecha de vinculación al LA/FT.

Asimismo, el artículo 69, literal *h*, de la citada ley establece que será considerado una infracción grave el incumplimiento de la obligación de adoptar, por parte del sujeto obligado, las medidas adecuadas para mantener la confidencialidad sobre la identidad de los empleados, directivos o agentes que hayan realizado un reporte a la autoridad competente, a la UAF o a los órganos de control interno.

En tal sentido, en la medida en que la entidad tiene sus riesgos identificados, cuenta con una cultura y un programa de cumplimiento acorde con las normativas propias de su sector, así como con la designación de un oficial de cumplimiento que reúna las habilidades, competencias y cualidades propias del puesto, la elaboración de reportes de operaciones sospechosas (ROS) serán más asertivos y eficaces para la labor de inteligencia y análisis de la UAF-RD.

Sin embargo, vale destacar que la UAF-RD no hace uso exclusivo de las informaciones contenidas en el reporte, dado que también revisa distintas fuentes de información, abiertas y cerradas, así como el levantamiento de información de entidades homólogas y determinantes.

Asimismo, es de suma importancia para la continuidad de la labor de análisis e inteligencia que lleva a cabo la institución el seguir concientizando a los sujetos obligados para que elaboren reportes de operaciones sospechosas apegados a los estándares y requisitos de calidad correspondiente. De esta manera, al momento de realizar el cruce de información podremos contar con información confiable y oportuna que nos permita continuar elaborando informes robustos y que puedan funcionar como un punto de partida de los procesos investigativos de las distintas autoridades competentes, así como producir estadísticas y estudios sectoriales con información cada vez más legítima que pueda ser de utilidad para todos los sectores, tanto financieros como no financieros, a favor de la lucha contra el LA/FT/PADM.

Cada entidad pública o privada desempeña un papel preponderante en la lucha contra estos flagelos; cada entidad aporta su conocimiento y sus recursos en este combate. Debemos, como sociedad, actuar en conjunto, en un esfuerzo combinado y continuo, para la madurez y el fortalecimiento del sistema preventivo. De ahí la relevancia de hacerlo bajo el EBR, que nos permite aunar y concentrar esfuerzos.

BIBLIOGRAFÍA

GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA. *40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera*. Recomendación 1 y sus notas interpretativas. Disponible en <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/407-fatf-recomendacion-1-evaluacion-de-riesgos-y-aplicacion-de-un-enfoque-basado-en-riesgo>.

REPÚBLICA DOMINICANA. Ley núm. 155-17, *Contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo*, que deroga la Ley núm. 72-02, sobre el Lavado de Activos Provenientes del Tráfico Ilícito de Drogas, del 7 de junio de 2002.

VALORAMOS TU TIEMPO

TRAMITA TUS CERTIFICACIONES
Y TUS DOCUMENTOS LEGALES DESDE
LA “COMODIDAD” DE TU HOGAR



[SB.GOB.DO/SERVICIOS](https://sb.gob.do/servicios)

AHORA LIBRE DE COSTO

Miguel Eduardo Matos Tapia

Abogado Jr. de la Consultoría Jurídica de la Superintendencia de Bancos de la República Dominicana, cursa una maestría en Derecho Administrativo y Regulación Económica.



LOS *SANDBOXES* REGULATORIOS PARA LA INCLUSIÓN FINANCIERA

RESUMEN:

Los *sandboxes* regulatorios son espacios controlados que permiten a las empresas experimentar con nuevas tecnologías y modelos de negocios sin estar sujetas a las regulaciones típicas de las agencias reguladoras. Este instrumento facilita la innovación y contribuye a la inclusión financiera, especialmente en países en desarrollo. De igual manera, en este artículo se destacan los desafíos que se presentan en materias como la protección del consumidor y por la falta de normas claras.

PALABRAS CLAVES:

Sandboxes regulatorios, inclusión financiera, productos y servicios financieros, consumidor, República Dominicana.

I. ¿QUE SON LOS *SANDBOXES* REGULATORIOS?

Con el avance de las tecnofinanzas (*fintech*) en estos últimos tiempos se ha generado a escala global toda una revolución tecnológica dentro del mundo de los mercados financieros y sobre la forma en que estos mercados ofertan productos y servicios mediante el uso de plataformas tecnológicas, los macrodatos y la inteligencia artificial. Tales herramientas son constantemente utilizadas por las empresas emergentes (*startups*) para la creación de nuevos modelos de negocios que ofertan estos productos.

Esto trae consigo la necesidad de que el Estado regule estos servicios y coopere con quienes los proveen. Así, en el primer caso, a partir de su concepción como Estado garante avalaría que la prestación privada se desarrolle en condiciones de igualdad y universalidad; en el segundo, promovería a su vez la equidad y la inclusión financiera, como parte de la iniciativa privada que posee el conocimiento especializado en innovaciones. La importancia de las tecnologías que viabilizan servicios financieros, como bien lo expresa el profesor José Ignacio Hernández¹, pudiera encontrarse en casos como los neobancos (conocidos en inglés como *challenger banks*),

los cuales operan en la virtualidad a través de la aplicación de tecnologías que innovan en la forma de prestar servicios e impactan en la reducción de costos de transacción.

Una de estas formas de trabajo en equipo entre el Estado garante-prestacional y el sector privado es la utilización de la figura de los *sandboxes* regulatorios. Esta es definida como espacios controlados donde se le permite a empresas experimentar con nuevas tecnologías y modelos de negocio sin estar sujetos a las restricciones regulatorias típicas del organismo supervisor. Es decir, las empresas innovadoras podrán probar y experimentar dentro de un espacio que opera fuera del sistema, pero garantizando, al mismo tiempo, productos o servicios dentro del mercado regulado que puedan asegurar protección a los consumidores financieros y a su vez garantizar la integridad del sistema².

La forma en la que estos funcionan es similar a los laboratorios de ciencias, donde los científicos realizan experimentos en un entorno seguro. Generalmente, esta figura está diseñada para ser una alternativa más rápida al proceso de regulación y supervisión tradicional que llevan a cabo las agencias reguladoras, ya que

1 HERNÁNDEZ G., J. "Sanboxes y fintech en el derecho administrativo económico en América Latina", 2022, p. 6.

2 Punto igual levantado en el informe *Regulatory sandboxes and fintech labs: a global overview* de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).



permite que ese experimento temporal (generalmente entre seis meses y dos años) se haga antes del deber de cumplir con todas las regulaciones y requisitos normativos aplicables y reciban una especie de asesoría u orientación regulatoria para que los productos o servicios financieros en prueba sean desarrollados observando requisitos normativos relevantes.

Sin desmérito de lo anterior, la mejora en la comprensión de estos temas y de la optimización de recursos tecnológicos dentro del sector ha permitido que los *sandboxes* regulatorios no solo ofrezcan bondades dentro de este, sino que a su vez han viabilizado la concreción de otras acciones: 1) la depuración y mejoras de marcos regulatorios; 2) desarrollo *ex ante* de un sistema de diagnóstico de riesgos; y 3) mejoras en temas de reportería y acceso a información consolidada.

II. ¿QUÉ ES LA INCLUSIÓN FINANCIERA?

El concepto de inclusión financiera es definido por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) como “[e]l uso y acceso

de servicios financieros formales bajo una regulación apropiada que garantice esquemas de protección al consumidor y promueva la educación financiera para mejorar las capacidades financieras de todos los segmentos de la población”³. Se refiere a la capacidad que tienen las personas —tanto físicas como jurídicas— de utilizar servicios financieros formales de manera asequible y en condiciones justas y transparentes.

De igual manera, este concepto también ha sido abordado por la Superintendencia de Bancos de la República Dominicana, haciendo uso de la definición dada por los autores Fernando de Olloqui, Gabriela Andrade y Diego Herrera, quienes la definen como el acceso a servicios financieros (crédito, ahorro, seguros, servicios de pagos y transferencia) formales y de calidad, y su uso por parte de hogares y empresas en el marco de estabilidad financiera para el sistema y los usuarios⁴.

En ese orden, es una herramienta que coadyuva a aumentar la calidad de vida de las personas y habilita el acceso a derechos humanos y su ejercicio, pudiendo tener especial influencia en la

3 MÉXICO. COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES. “Inclusión Financiera CNBV”, 2016, disponible en <https://www.gob.mx/cnbv/articulos/inclusion-financiera-cnbv> [consulta el 7 de julio de 2023], México, 2016.

4 SUPERINTENDENCIA DE BANCOS DE LA REPÚBLICA DOMINICANA. “La inclusión financiera en la República Dominicana”, 2020. Disponible en <https://sb.gob.do/media/qnub0cfh/la-inclusion-financiera-en-republica-dominicana.pdf>, p. 63.

disminución de las tasas de pobreza, en la reducción de los niveles de desigualdad social, en el crecimiento económico y en la calidad de los empleos.

Ejemplo de esto es México, quienes mediante la *Alianza del sector privado para promover la inclusión financiera*⁵ se permitieron visualizar los actores y las barreras de la inclusión financiera en dicho país, presentándose buenas prácticas para el logro de materializar cuatro iniciativas colaborativas en provecho de la inclusión financiera: 1) acceso y uso de servicios financieros de pymes con foco en mujeres; 2) acceso y uso de servicios financieros de aseguramiento, ahorro e inversión para mujeres; 3) acceso y uso de servicios financieros de pymes con foco en el espacio digital y de seguros; y 4) acceso y uso de nuevas tecnologías para pagos digitales con foco en zonas rurales.

III. LOS SANDBOXES REGULATORIOS EN LA INCLUSIÓN FINANCIERA

Como ya hemos dicho, en los últimos años los *sandboxes* regulatorios han ganado popularidad como una forma de fomentar la inclusión financiera —especialmente en países en desarrollo en los que muchas personas no tienen acceso a servicios financieros elementales—, lo cual permite tener un impacto significativo para los innovadores que puedan desarrollar productos y servicios transformadores, traducándose esto a su vez en la satisfacción de las necesidades de los consumidores, quienes no tenían las condiciones para acceder al sistema.

Muestra de esto han sido empresas que han utilizado espacios controlados (*sandboxes*) para desarrollar servicios financieros que permitan a los consumidores realizar transacciones financieras básicas, como transferencias de dinero y pagos de facturas, mediante plataformas tecnológicas a un clic de sus teléfonos móviles. Tales servicios pueden ser particularmente valiosos para las personas que viven en zonas rurales o remotas donde el acceso tradicional a los servicios financieros son escasos, y que por igual no son ajenos a los efectos de la brecha digital que existe en la mayoría de esos países en vías de desarrollo.

De igual manera, también mediante la referida figura, se puede ayudar a las empresas a desarrollar productos y servicios que sean más accesibles para los consumidores de bajos ingresos. Por ejemplo, las empresas pueden utilizar *sandboxes* regulatorios para desarrollar productos de microcrédito que permitan a las personas tomar préstamos pequeños para iniciar negocios o hacer frente a emergencias o para ampliar el alcance de cobertura de productos y servicios financieros mediante subagentes bancarios.

He de mencionar que, aunque los *sandboxes* regulatorios pueden ser una herramienta valiosa para fomentar la inclusión financiera, también hay desafíos y riesgos asociados con su uso. Uno de los desafíos claves es lograr garantizar que los consumidores financieros estén protegidos mientras los innovadores experimentan en

el “laboratorio”; para esto, evidentemente, los grandes protagonistas deberán ser los organismos supervisores y reguladores, quienes también podrán montarse en esta ola de nuevas tecnologías aplicadas a sus funciones.

Críticos han argumentado que los *sandboxes* regulatorios pueden carcomer la protección del consumidor al permitir que las empresas eviten ciertas regulaciones importantes. Por ejemplo⁶, se argumenta sobre el costo que estos generan para la administración de los recursos y para la administración de riesgos —como es el caso del riesgo del consumidor—, generándose así una especie de zona gris de la figura que pudiera afectar la protección efectiva de los consumidores.

Otros elementos que debemos tomar en cuenta para un logro efectivo del objeto de los *sandboxes* regulatorios es la posible falta de normas y regulaciones claras que dificulten la evaluación de los productos y servicios financieros que se están probando, lo que puede ocasionar incertidumbre para todas las partes envueltas en la arenera. También se generan preocupaciones sobre temas de privacidad y protección de datos y posibles configuraciones de competencia desleal, dado que las empresas que participan dentro del espacio de prueba pudieran obtener ventajas competitivas frente a aquellas que no lo hacen. A esto los autores mencionados suelen llamarlo *regulatory privilege*.

IV. PANORAMA LOCAL

Los innovadores financieros dentro del sector regulado de la República Dominicana se han embarcado dentro del auge de comercio electrónico como una forma de ofrecer productos y servicios a los usuarios financieros. A pesar de esto, y aunque en los últimos tiempos hemos dado pasos considerables sobre nuevas formas de ofrecer productos y servicios, el marco regulatorio actual no se encuentra alineado con las nuevas tendencias tecnológicas, lo que genera obstáculos a la capacidad de que estas empresas innoven dentro del mercado.

Las normas sectoriales que regulan los mercados financieros de la República Dominicana no distinguen del catálogo de productos y servicios tradicionalmente conocidos de los ambientes de pruebas que permitan innovar dentro del sistema; por lo tanto, no se da espacio para la innovación. Además, como es conocido, la tecnología y los servicios siempre van un paso por delante de la regulación, por lo que los entes reguladores naturalmente no comprenden *a priori* estas nuevas tecnologías y se dificulta poder formar un estándar aceptable para proteger los derechos de los consumidores. Dicho esto, y a pesar de los elementos de zona gris que se deben considerar frente a la implementación de *sandboxes* regulatorios para la inclusión financiera, ciertamente se pueden vislumbrar más bondades que pueden ser reforzadas por regulaciones que estén acorde con la realidad de los mercados. Para lograr esto, y como bien menciona el abogado Omar Victoria, es esencial

5 PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). “Informe de resultados alianza del sector privado para promover la inclusión financiera en México”. México, 2022, p. 27.

6 KNIGHT, B., MITCHELL, T., “The sandbox Paradox, balancing the need to facilitate innovation with the risk of regulatory privilege”. Mercatus Center George Mason University, disponible en *The Sandbox Paradox: Balancing the need to facilitate innovation with the risk of regulatory privilege* | Mercatus Center, pp. 19-24. Traducción libre.



establecer un marco normativo que permita la creación y regulación de *sandboxes* regulatorios⁷. Esto permitiría al país posicionarse a la vanguardia en materia de innovación y hacer frente a la competencia tecnológica.

Es necesario recordar que por aplicación del artículo 3, literal a⁸, de la Ley núm. 183-02, Monetaria y Financiera, la intermediación financiera está sometida al régimen de previa autorización por parte de la Administración Monetaria y Financiera, por lo tanto los nuevos productos y servicios ofrecidos por las entidades de intermediación financiera junto a los emprendedores deberán contar con tal autorización. Esto es importante, dado que la figura de los *sandboxes* regulatorios, precisamente en ese esquema de autorización previa de productos y servicios financieros, permiten dentro de espacios controlados que los participantes del mercado desarrollen y experimenten con nuevas tecnologías y posteriormente conseguir la debida autorización para ofrecer los productos o servicios a nivel general.

En el año 2022 fue establecido por primera vez en la República Dominicana el Hub de Innovación Financiera de la República

Dominicana, el cual es un facilitador de innovación, tradicionalmente conocido como *innovation hub*, que procura facilitar aclaraciones regulatorias y guiar a empresas innovadoras —reguladas o no reguladas— en la navegación por el marco normativo existente y mediante el intercambio de información y consulta entre las empresas innovadoras y distintos reguladores del mercado⁹.

Cabe aclarar que los *hub* de innovación en modo alguno deben ser considerados como *sandboxes* regulatorio, aunque ambos confluyen. En el primero de los casos, las empresas innovadoras pueden tener acercamiento con el *hub* para realizar ciertas aclaraciones sobre dudas regulatorias, y perfectamente luego —y si es factible— acudir a *sandboxes* regulatorio para la experimentación con los productos y servicios financieros que ofrecer al mercado.

Por último, cabe destacar la carta circular núm. 011/2022, del 24 de junio del 2022, por parte de la Superintendencia de Bancos “sobre el *onboarding* digital de los productos y servicios financieros”, la cual desarrolla la figura de la inclusión financiera mediante la incorporación del *onboarding* digital de productos y servicios financieros¹⁰.

7 VICTORIA, Omar. “Un arenero financiero”, 2020, disponible en: <https://acento.com.do/opinion/un-arenero-financiero-8893321.html>.

8 Modelo de Autorización. La intermediación financiera está sometida al régimen de previa autorización administrativa y sujeción a supervisión continua, en los términos establecidos en esta Ley. La intermediación financiera sólo podrá ser llevada a cabo por las entidades de intermediación financiera a que se refiere esta Ley.

9 BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). “*Sandboxes* regulatorios, *hubs* de innovación y más innovaciones regulatorias en América Latina y el Caribe: una aproximación”, 2021, p. 16.

10 SUPERINTENDENCIA DE BANCOS DE LA REPÚBLICA DOMINICANA. “Carta circular núm. 011/2022 sobre el *onboarding* digital de productos y servicios financieros”, 2022.



CONCLUSIÓN

Los *sandboxes* regulatorios y su relación con la inclusión financiera es una de las nuevas tendencias de la revolución tecnológica de los mercados financieros que permiten a las empresas y a los reguladores experimentar con productos y servicios financieros innovadores que sirven para atender las necesidades del mercado.

Este facilitador de innovación opera como una verdadera especie de alianza público-privada, en la que el Estado y el sector privado trabajan juntos en el desarrollo de espacios controlados que permiten a las empresas experimentar sin estar sujetas a las restricciones regulatorias típicas y no solo ofrecer ventajas dentro del sistema, sino que también han permitido la clarificación y mejoras de marcos regulatorios, el desarrollo de un sistema de diagnóstico de riesgos y la mejora de la reportería.

Además, la inclusión financiera es otro aspecto importante en el que los *sandboxes* regulatorios pueden ayudar, ya que el acceso y uso de servicios financieros formales, de manera asequible y transparente, es una herramienta que ayuda a aumentar la calidad de vida de las personas, reducir la pobreza y mejorar la economía en general.

En general, los *sandboxes* regulatorios son un tema de debate en el mundo regulatorio y financiero, y se espera que continúen siendo una herramienta importante para equilibrar la innovación y la regulación de los nuevos tiempos, en los que resulta importante que los reguladores del mercado aborden estos desafíos y riesgos de manera efectiva para asegurar que se promueva la inclusión financiera de manera responsable y sostenible.

BIBLIOGRAFÍA

- BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). "Sandboxes regulatorios, hubs de innovación y más innovaciones regulatorias en América Latina y el Caribe: una aproximación", 2021.
- HERNÁNDEZ G., J. "Sanboxes y fintech en el derecho administrativo económico en América Latina", 2022.
- KNIGHT, B., MITCHELL, T., "The sandbox Paradox, balancing the need to facilitate innovation with de risk of regulatory privilege". *Mercurus Center George Mason University*, disponible en *The Sandbox Paradox: Balancing the need to facilitate innovation with the risk of regulatory privilege* | Mercurus Center.
- MÉXICO. COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES. "Inclusión Financiera CNBV", 2016, disponible en <https://www.gob.mx/cnbv/articulos/inclusion-financiera-cnbv> [consulta el 7 de julio de 2023].
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). "Informe de resultados alianza del sector privado para promover la inclusión financiera en México". México, 2022.
- REPÚBLICA DOMINICANA. Ley núm. 183-02, Monetaria y Financiera, del 21 de noviembre de 2002.
- SUPERINTENDENCIA DE BANCOS. "Carta circular núm. 011/2022 sobre el onboarding digital de productos y servicios financieros", 2022.
- SUPERINTENDENCIA DE BANCOS. "La inclusión financiera en la República Dominicana", 2020. Disponible en <https://sb.gob.do/media/qnub0cfn/la-inclusion-financiera-en-republica-dominicana.pdf>.
- ROBINSON, S., ALTKEMPER, S., *et al.* "The regulatory Fintech sanbox: a global overview", *s/f. PDP Journals*, disponible en <https://www.pdpjournals.com/overview-compliance-and-risk-journal>.
- VICTORIA, Omar. "Un arenero financiero", 2020, disponible en: <https://acento.com.do/opinion/un-arenero-financiero-8893321.html>.



MAPA DE PUNTOS DE ACCESO BANCARIO

Encuentra sucursales,
cajeros automáticos
y subagentes donde
quiera que estés.

prouuario.gob.do/consultas

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*



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



PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA GUBERNAMENTAL

Módulo I- Fundamentos de la planificación estratégica.

Módulo II- Etapas de la planificación estratégica I.

Módulo III- Etapas de la planificación estratégica II.

Módulo IV- Planes operativos anuales.

Módulo V- Construcción de KPI's.

Módulo VI- Modelos para la toma de decisiones estratégicas.

EXPOSITORES:

Christopher de la Cruz,
Yavelis Cruz,
Flabia Berroa,
Tania de León.

COORDINADORA:

Tania de León.

RD\$ 9,000.00

Incluye certificado de participación
y material de apoyo

MARTES, desde el 13 de febrero hasta el 2 de abril
de 2024 (menos el martes 27 de febrero por ser feriado).

6:00 p. m. a 9:00 p. m.

Plataforma digital ZOOM PRO-DATACURSOS GACETA JUDICIAL

**Gaceta
Judicial**

LEXI

LEGAL, RISK &
MANAGEMENT SOLUTIONS