



**Fianza Judicatum
Solvi.
Impedimento a la
Inversión Extranjera
Primera Parte**

Por: Lic. Marcos Peña Rodríguez

Marcos Peña Rodríguez

Autorizado a ejercer como abogado en el año 1990.

Educación: Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (Licenciatura en Derecho, Cum laude, 1989). King's College, Universidad de Londres (Maestría en Derecho Comercial Internacional, 1994).

Experiencia: Catedrático de Procedimiento Civil, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. Catedrático de Litigios Internacionales, Universidad APEC (UNAPEC). Secretario de la Junta de Directores de la Asociación Dominicana de Abogados Empresariales, 1996-1998.

Co-autor: "Consideraciones sobre la Ejecución Provisional de las Sentencias", 1989.

Miembro: Colegio de Abogados de la República Dominicana, The British Institute of International and Comparative Law, Federal Communications Bar Association, Asociación Dominicana de Abogados Empresariales.

Idiomas: Español e inglés.

Fianza Judicatum Solvi. Impedimento a la Inversión Extranjera.

Primera Parte

I. INTRODUCCIÓN.

Nuestro coloquio del mes de enero es con la finalidad de analizar el tema de la denominada fianza judicatum solvi y cómo la misma afecta la inversión extranjera en la República Dominicana.

En primer lugar veremos brevemente, en qué consiste la fianza judicatum solvi; la razón de su existencia; la evolución que ha tenido en la República Dominicana; el estado actual de nuestra legislación: materias y tribunales en los que aplica, cuando no es exigible; situación actual en Francia; comentario sobre la última decisión en la materia dictada por la Suprema Corte de Justicia y las posiciones que la misma ha generado; y comentario a una decisión de la Corte Europea de Justicia.

Esto, espero que nos dé el marco teórico para pasar a Georges Santoni quien les ilustrará sobre los problemas prácticos de la fianza, necesidad para su abrogación y se les presentará con un borrador de un anteproyecto de ley que hemos preparado y que esperamos sea discutido aquí y sometido a la próxima legislatura o sea considerado por las comisiones revisoras de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil dominicanos.

Luego de esta introducción, entremos pues en materia.

II. QUÉ ES LA FIANZA JUDICATUM SOLVI. JUSTIFICACIÓN.

La Fianza Judicatum Solvi no es más que una garantía exigida al extranjero transeúnte que sea demandante o interviniente forzoso.

La finalidad histórica de la fianza es garantizar a una de las partes el cumplimiento de las obligaciones que en su favor se generan, por la actuación de la otra. Con la Judicatum Solvi se persigue garantizar al demandado dominicano y por asimilación al extranjero residente o con domicilio autorizado, que las costas que origine el proceso y los posibles daños y perjuicios que genere la acción del extranjero transeúnte, serán resarcidos en caso de que el demandado obtenga ganancia de causa y además dicho extranjero sea condenado por requerimiento del demandado, a pagar a éste los daños y perjuicios que su acción temeraria le haya ocasionado.

Y alegadamente se justifica porque un extranjero transeúnte no posee en principio, bienes en la República Dominicana que puedan reparar al do-

minicano. Y por tanto, le es cuesta arriba perseguir al extranjero en su jurisdicción, lo que implica obtención de exequátur para la sentencia condenatoria. El peligro que sería permitir a extranjeros inescrupulosos e insolventes, demandar irresponsablemente en territorio dominicano a los nacionales, queda conjurado con esta disposición [parece que en esa época no se vislumbraba el nacimiento de una clase de litigantes dominicanos igualmente inescrupulosos e insolventes].

Sin embargo, el carácter de la fianza es netamente privado, por lo que queda al demandado solicitarla o no. El Juez no puede imponerla de oficio.

En la actualidad, el artículo 16 del Código Civil y los artículos 166 y 167 del Código de Procedimiento Civil, completados por los artículos 517 al 522 del Código de Procedimiento Civil y 2018, 2019 y 2041 del Código Civil configuran el marco jurídico de la fianza.

Estas disposiciones establecen básicamente que: 1. El extranjero transeúnte, demandante o interviniente forzoso, en caso de que sea exigido por el demandado dominicano, debe prestar una fianza para garantizar las costas y los daños y perjuicios; 2. Esta fianza es exigible en todas las materias y por ante todas las jurisdicciones; 3. El que demuestre tener bienes inmuebles o haber depositado la cuantía de la fianza en el erario, queda liberado. Pero no siempre ha sido así.

III. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.

Antes de la reforma del 1919 la fianza era exigida a todo extranjero demandante sin importar que fuere o no transeúnte. La Orden Ejecutiva No. 295 del 21 de mayo de 1919 que modifica los artículos 16 del Código Civil y 166 y 167 del Código de Procedimiento Civil, especificó que el extranjero debía ser transeúnte, excluyendo además del ámbito de aplicación de la ley, aquellos casos que se conocieran por ante los Juzgados de Paz.

Posteriormente, la Ley 845 del 15 de julio de 1978 modifica nueva vez el artículo 16 del Código Civil, dejando intacto los artículos 166 y 167 del Código de Procedimiento Civil.

Con esta nueva disposición, se amplía la cobertura de la fianza, incluyéndose la materia comercial, extendiendo además este requisito a todas las jurisdicciones. Por otro lado, para hacer este artículo cónsono con los relativos a la materia, del Código de Procedimiento Civil, se señala que el extranjero puede ser demandante principal o interviniente voluntario.

La modificación de 1978 tiene efectos múltiples. Por un lado, abroga tácitamente el artículo 423 del Código de Procedimiento Civil, que exceptuaba a la materia comercial de la fianza y la parte del artículo 166 del mismo Código, que excluía los casos conocidos por los Juzgados de Paz.

En Francia, país de origen de nuestra legislación, por leyes de 1972 y 1975, este requisito fué derogado.

IV. SITUACIÓN ACTUAL.

La situación actualmente se puede resumir en lo siguiente:

1. La Fianza Judicatum Solvi se exige en todas las materias y por ante todas las jurisdicciones, incluyendo los Juzgados de Paz;

2. Según ha interpretado la Suprema Corte de Justicia, puede ser solicitada incluso en grado de apelación y en grado de casación cuando el extranjero recurrente fue demandante original.

3. Entre otros casos, la fianza no aplica: (A) si el extranjero reside legalmente en el país, porque tiene domicilio establecido autorizado por el Poder Ejecutivo si es una compañía, o residencia si es una persona física. En sentencia de 1932, nuestra Suprema Corte de Justicia señaló que el hecho de que un extranjero estuviese residiendo en el país por cierto tiempo, lo liberaba de ese requisito. Entendemos que dicha sentencia no menciona la necesidad de obtención de documento oficial de residencia, entre otras cosas, porque la Ley de Migración data del año 1939; (B) si posee bienes inmuebles suficientes para garantizar la suma fijada por el tribunal o ha consignado una suma equivalente en el erario; (C) si el demandado es también extranjero transeúnte; (D) si el extranjero es demandante reconventionalmente; (E) si el extranjero es nacional de un país que ha ratificado el Código de Bustamante; y ahora, según la Cámara de Tierras, Laboral, Contencioso-Administrativo y Contencioso-Tributario de la Suprema Corte de Justicia; (F) si se trata de un asunto laboral.

Se discute el hecho de que el extranjero cambie de estatus en el curso del proceso, sea por cambiar de nacionalidad o haber salido de su patrimonio los bienes que demuestran su solvencia. Por considerarse la fianza de carácter provisional, se entiende que puede exigirse luego del cambio o simplemente eliminarse, dependiendo de las circunstancias.

Ahora pasamos a la fianza en materia laboral, que merece unos breves comentarios.

V. SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, DE FECHA 17 DE SEPTIEMBRE DE 1997.

La sentencia de la Suprema Corte de Justicia del 17 de septiembre de 1997 es sin lugar a dudas, innovadora.

Esta decisión descarta la fianza judicatum solvi en materia laboral, porque: (A) según el principio IV del Código de Trabajo, las leyes laborales tienen carácter territorial y aplican sin distinción a nacionales y extranjeros; (B) el principio VII del mismo Código, prohíbe cualquier discriminación; (C) el Código Laboral es una ley posterior al artículo 16 del Código Civil y por tanto queda derogado implícitamente para esta materia; (D) la contratación de un extranjero transeúnte constituye una falta a las normas legales vigentes y el empleador, habiendo hecho esto, no puede luego aprovecharse de la falta come-

tida en perjuicio del trabajador; (E) el artículo 729 del Código de Trabajo consagra la liberación de los impuestos y demás gravámenes en esta materia, por lo que la fianza *judicatum solvi* es un requisito oneroso para el trabajador extranjero; y (F) porque permitir la aplicación de la fianza sería fomentar la contratación de este tipo de trabajadores.

Si bien estamos de acuerdo con la solución de la Suprema Corte de Justicia, no compartimos alguno de sus razonamientos.

La territorialidad de las leyes no implica que el extranjero deba beneficiarse de alguna disposición que beneficie a dominicanos. Implica que mientras esté en territorio dominicano, debe atenerse a las leyes de la República y que las acciones lanzadas en la República Dominicana deben serlo bajo las obligaciones que impone la ley del país. Una de ellas es el requisito de la fianza *judicatum solvi*.

Por otro lado, somos de opinión que la discriminación que sanciona el principio VII debe quedar limitada a la esfera de las relaciones laborales y no extenderse al ejercicio de la acción, que tiene netamente un carácter procedimental, donde disposiciones supletorias, como los artículos 166 y 167 del Código de procedimiento Civil, deben regir.

En adición, el artículo 729 del Código de Trabajo, se refiere a documentos específicos que quedan liberados de gravámenes, no al ejercicio de acciones, por lo que no puede entenderse como contrario al requisito de la *judicatum solvi*. De extenderse a otras cargas onerosas para las partes, lo cual veríamos con muy buenos ojos, debemos entender que este artículo debe tener supremacía sobre la disposición del mismo Código contenida en el artículo 539 sobre la consignación del duplo de las condenaciones, para evitar la ejecución de las sentencias que se presta en la generalidad de los casos al chantaje contra los empleadores.

Descartando entonces estas disposiciones mencionadas en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia, cabría entonces admitir que el razonamiento de ley posterior también debe ser descartado.

Sin embargo, el alegato de que “nadie puede prevalerse de su propia falta”, en equidad, pudiera tener mayor asidero y por tanto debe considerarse que el dominicano que contrató ilegalmente a un extranjero sin la documentación migratoria correspondiente, implícitamente ha renunciado a aprovecharse de esta disposición.

Es preciso apuntar que se ha comentado en la prensa, que debido a que el demandante era haitiano en este caso y Haití suscribió y ratificó el Código de Bustamante, éste estaba liberado de prestar la fianza. Sin embargo, Haití si bien suscribió y ratificó la Convención, hizo reservas a los artículos que se refieren a la fianza del demandante, por lo que un nacional de ese país no puede aprovecharse de la misma.

Debemos finalmente señalar que el criterio de la Suprema Corte de Justicia es hasta cierto punto un reflejo de lo que es el criterio internacional. Y debemos pasar a comentar una sentencia de la Corte Europea de Justicia de fecha 20 de marzo de 1997 que trata este tema.

VI. SENTENCIA DE LA CORTE EUROPEA DE JUSTICIA.

A la Corte le fue enviada para su decisión la cuestión de saber si el requisito de la fianza judicatum solvi, en la legislación alemana aplicaba a demandantes extranjeros en Alemania y que fueran miembros de la Comunidad.

La Corte declaró que el requisito de la Fianza Judicatum Solvi no aplicaba, por lo siguiente : (A) porque bajo el Tratado de Roma, queda prohibida la discriminación en base a la nacionalidad, en todos los sentidos y en Alemania no se requería de los alemanes la prestación de ningún tipo de garantía, aún en caso en que el alemán no residiera en el país o no tuviere bienes en él; (B) porque el acceso a la justicia es un corolario necesario que se desprende del principio de la libertad de movimiento (ya sea de bienes, servicios o personas); y finalmente; (C) porque la imposición de una garantía no es consistente con el principio de proporcionalidad. Muestra de ello es que el alemán, aún siendo insolvente, no debe prestar garantía.

Esta decisión, la opinión expresada por la Suprema Corte de Justicia dominicana y los pasos adelantados en otras jurisdicciones, hacen evidente que la derogación de la fianza es una consecuencia necesaria del momento que están viviendo nuestros países y, en el caso particular de la República Dominicana, una consecuencia necesaria de la dilación que ocurre por solicitud.

Muchas Gracias