

UNIVERSITY OF PUERTO RICO
BUSINESS LAW JOURNAL

VOLUME 3

2012

No. 1

EDITORIAL BOARD

Yarot T. Lafontaine Torres
Editor-in-Chief

Rafael E. González Ramos
Administrative & PR Editor

Ana D. Montañez Morales
Senior Administrative Editor

Felipe Rodríguez Lafontaine
Executive Director

Paola Medina Prieto
Articles Editor

Hector Orejuela Dávila
Content Development Editor

Enrique San Miguel Ruiz
Executive Editor

EDITORIAL STAFF

Daphne Calderón-Sitiriche
María del Mar Cintrón
Pedro Esparra Rosado
Roberto González
Sonia López del Valle
Manuel A. Martínez Gayol
Melisa Ortega

Brenda I. Piñero Carrasquillo
Annelise Rivera Rivero

Juan J. Charana Agudo
Germán Corcino Medina
Agustín González Cuadrado
Joan Hernández
Myrel Marín Cruz
Jorge Oquendo
Nicolás Pérez
Belmary Rivera Álvarez
Cristina S. Tamayo Pérez

Gustavo Torres Viera

Carlos A. Hann Commander
Online & Webpage Consultant

Ivonne Martínez Correa
Office Administrator

BOARD OF ADVISORS

Antonio Escudero Viera
Professor

Antonio García Padilla
Dean Emeritus

Hiram Meléndez Juarbe
Professor

UNIVERSITY OF PUERTO RICO
BUSINESS LAW JOURNAL

VOLUME 3

2012

No. 1

1

The International Insurance Center: Can Puerto Rico Become the New Vector in the Insurance Industry Triangle?

Juan Nadal Ferrería

29

El Conflicto entre Tradiciones Jurídicas en el Derecho Privado Comercial Puertorriqueño

Ana Cristina Gómez Pérez

58

El Vaso está Medio Lleno: Agro-ecología, Alimentación y El Futuro

Rafael A. Fernández Sosa

101

Relevancia de la Figura de Servidumbre de Equidad en el Desarrollo y Planificación de Puerto Rico Actual: El caso de Puerto Nuevo

Yasha N. Rodríguez Meléndez

111

Diferencias y Similitudes entre los Deberes de los Directores y Oficiales de una Corporación y los de los Socios dentro de una Sociedad

Pedro Esparra Rosado

124

The Good, The Bad, and the Volcker Rule?

Rafael E. González Ramos

THE INTERNATIONAL INSURANCE CENTER: CAN PUERTO RICO BECOME THE NEW VECTOR IN THE INSURANCE INDUSTRY TRIANGLE?

JUAN NADAL FERRERÍA*

I.	Introduction	1
II.	Puerto Rico's Insurance Industry and the Captive Insurance Business	3
III.	The Birth of the International Insurance Center: The Framework	4
IV.	Tale of the Tape: Puerto Rico vs. the Offshores and Vermont	6
V.	Puerto Rico's Natural and Not-So-Natural Advantages	11
VI.	The Latin American Market and the IIC: Puerto Rico's Niche	14
VII.	The Benefits of a Competitive IIC Scheme: Strengths and Challenges	16
VIII.	The Case for Increased Promotional Efforts with the D.E.D.C.	20
IX.	The IIC and Positive Externalities	21
X.	Charting a Course for the IIC: Goals, Expectations and a Warning	23
XI.	Conclusion	26

I. INTRODUCTION

With increased government support, Puerto Rico is poised to position itself as a leader in the international insurance industry in Latin America and elsewhere. There is, however, no easy path to the top. In this Article, I purport to evaluate the Commonwealth of Puerto Rico's International Insurance Center (henceforth "IIC") initiative. The Center is a concept that was brought forth in 2004 with Act No. 399,¹ which provides the legislative framework towards creating a bustling insurance and reinsurance trade center by providing advantageous fiscal incentives to the industry. Herein, I address the question of whether Puerto Rico, considering the competitiveness of its IIC law and corresponding regulations, can become a key vector in a market dominated by the State of Vermont, the Cayman Islands and Bermuda; three industry leaders which together constitute an industry-leading "Insurance Triangle." Furthermore, I examine the feasibility of positioning the Island as a major industry bridge between insurance centers in the United States and Europe and the blossoming Latin American market.

Undeniably, pushing Puerto Rico as a major industry player will not be a painless task and will pose substantial yet surmountable challenges. In Section

* University of Puerto Rico School of Law, J.D. 2011; University of Pennsylvania, M.P.A. 2008; University of Puerto Rico, B.A. 2006. The author would like to acknowledge the insightful comments by *Dean Emeritus* Antonio García Padilla to various drafts of this work. Additionally, the author thanks fellow editor Tzeitel Andino for her valuable comments and punctilious corrections.

¹ P.R. Laws. Ann. tit. 26, § 4301 (2007).

III of this work, I compare these jurisdictions with Puerto Rico in an attempt to establish a comprehensive blueprint for expediting the development of the international insurance industry in the Island. I attempt to succinctly address current and prospective market conditions and local efforts required towards reshaping said Triangle. The Island's goal of becoming the jurisdiction of choice for specialty insurers and reinsurers of US and non-US risks, as well as for Latin American offshore operations, is carefully examined in Section V, establishing a sensible outlook for said venture.²

Initiatives such as the IIC fit into the vision of positioning Puerto Rico as a thriving financial center, providing a multiplicity of services to international entities. Within said vision, both the International Banking Center³ and the IIC are bound to achieve common objectives and face common obstacles as well. Herein, I propose that the IIC is challenged not particularly by a bureaucratic mesh, but rather by promotional deficiencies that seem to encumber its development. Currently, a small office within the Office of the Commissioner of Insurance (henceforth "Insurance Commissioner"), an agency of the Commonwealth, runs the IIC with limited resources, as I discuss below.⁴

The strengthening of this initiative, and ultimately the International Banking Center, should not compete with, but rather supplement, government strategies embracing the life sciences industry. For instance, several pieces of legislation have been recently approved to support said goal of turning the Island into a biotechnology research and development center.⁵ As I discuss throughout this work, the IIC helps Puerto Rico diversify its economic development growth opportunities and positions the Island to reap a plethora of benefits if adequately supported. Amidst this discussion, we must also keep in mind that the service industry is clearly overcoming manufacturing as the Island's premier economic driver in recent years and is bound to grow as Puerto Rican businesses diversify their products and, more importantly, their markets.

² See PowerPoint: Ruben Gely and Ralph Rexach, *Puerto Rico Offshore Insurance Center* (October 2007), available at <http://www.rexachpico.com>, under "News".

³ See generally, Emiliano Trigo Fritz, *If You Build It, They Will Come: Creating a Latin American Financial Center in an American Overseas Territory* (July 2010) (unpublished manuscript, on file with author). Under Puerto Rico law, international banking entities can underwrite insurance. P.R. Laws. Ann. tit. 7 § 232j(a)(11) (2008).

⁴ OFICINA DE GERENCIA Y PRESUPUESTO, PRESUPUESTO RECOMENDADO 2010-2011, OFICINA DEL COMISIONADO DE SEGUROS, available at http://www.presupuesto.gobierno.pr/Tomo_II/comisionadoSeguros.htm (Last accessed Nov. 19, 2011). The Office of the Commissioner of Insurance was created by Act No. 263 of Aug. 13, 2008; P.R. Laws Ann. tit. 26 §§ 233-257.

⁵ See Act No. 73 (providing economic incentives for major manufacturers); Act No. 62 (promoting the development of agricultural biotech enterprises); Act No. 101 (providing tax exemption for research scientists within the context of academia); Act No. 214 (creating the Puerto Rico Science, Technology & Research Trust); Act No. 230 (creating and funding the University of Puerto Rico's Comprehensive Cancer Research Center) and several other initiatives promoting bioscience research such as the Molecular Science Complex and the Bioprocess Development & Training Complex.

II. PUERTO RICO'S INSURANCE INDUSTRY AND THE CAPTIVE INSURANCE BUSINESS

Puerto Rico has a vibrant insurance industry, directly employing over 9,000 workers in a variety of tasks.⁶ According to the Insurance Commissioner, the sector has been affected by the negative economic climate but the industry as a whole remains "very healthy."⁷ Puerto Rico's domestic market has a sizable presence of international insurers and reinsurers with a long history of doing business in the Island.⁸

Note that 15% of the revenue of the companies featured in Caribbean Business' latest Top 400 Puerto Rico-owned companies came from the insurance industry.⁹ In fact, leading health insurer Triple S is the top-ranked company, with revenue totaling \$1.9 billion.¹⁰ The entire industry, including foreign insurers, wrote \$9.8 billion in premiums in 2009, an increase of half a billion dollars from 2008.¹¹ By the end of 2010, the industry had surpassed the ten billion dollar milestone.¹² There are more than 250 authorized insurers in Puerto Rico.¹³

While throughout this work I attempt to concentrate on the promotional and legal aspects of the Center, it is important to explain the difference between captive insurance and traditional insurance. This is a recurring theme in the IIC scheme and of particular importance in understanding protected cells and other industry concepts. Captive insurance is one of the target businesses for the IIC, and what sets it apart from traditional insurance is that it is an insurer owned by its own insured.¹⁴ Many corporations create their own 'captive,' strongly relying on offshore markets to park their subsidiaries. Businesses are lured to creating captive insurers for several reasons. First, they help overcome the frequent unavailability of conventional insurance or situations where the company simply cannot afford the insurance offered.¹⁵ Second, they offer direct access to reinsurers. Other factors include avoidance of state regulation of unlicensed insurers, and of course, tax advantages.¹⁶ Companies may use a captive because traditional insurance does not fulfill their requirements with respect to quality of service, costs and types of risks covered.¹⁷ A pure captive, which cannot insure any risks other than those of its parent, affiliated companies and controlled unaffiliated businesses, is known in the insurance industry as a Class I insurer.

⁶ Carlos Antonio Otero, *Comisionado de Seguros defiende confianza en el sector*, EL VOCERO, Nov. 17, 2010, at 21.

⁷ *Id.*

⁸ *Why Puerto Rico?*, US CAPTIVE, April 2006, at 47.

⁹ José Alvarado and José L. Carmona, *Puerto Rico's private business leaders show resolve*, CARIBBEAN BUSINESS, Nov. 11, 2010, at S3.

¹⁰ *Id.* at S5-6. Triple S has said it is considering expanding into the Latin American market, particularly to countries such as Costa Rica, Panama, Colombia, and the Dominican Republic.

¹¹ *Id.*

¹² Joanisabel González, *Alegan solidez en el sector de seguros*, EL NUEVO DÍA, May 27, 2011, at 46.

¹³ *See supra* note 2.

¹⁴ EUGENE WOLLAN, HANDBOOK OF REINSURANCE LAW, § 18 (2003 Supplement).

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

¹⁷ JAN DASH AND HERMAN W. LIBURD, FREEDOM IN CAPTIVITY: THE CAPTIVE INSURANCE LEGISLATION OF NEVIS 1-2 (2009).

This Class system is illustrated in Table II below. An association captive can insure the risks of the parent and affiliated companies or its members, as well as those arising from its business transactions; it is known as a Class II insurer. The first captive under the IIC was finally established in 2009.¹⁸

Note that the IIC's possibilities are intertwined with Puerto Rico's primary tax jurisdiction. This is a unique feature amongst the United States and territories; the Island stands as a Commonwealth that is "foreign in a domestic sense."¹⁹ The industry benefits from this fiscal autonomy, which is an advantage that has long been the cornerstone of economic development initiatives in Puerto Rico. Undoubtedly, it will continue to be of paramount importance in attracting future business to the Center.

III. THE BIRTH OF THE INTERNATIONAL INSURANCE CENTER: THE FRAMEWORK

The IIC initiative was conceived, drafted and legislated under Gov. Sila M. Calderón (2001-2005) in 2004.²⁰ At the core of the IIC is a set of three regulations issued by the Insurance Commissioner. Rule 80 governs the operations of international insurers and reinsurers, setting minimum capital and surplus requirements, and premium ratios, among other standards.²¹ Rule 81 contains protected cell regulations and is discussed in Section VI of this paper.²² Rule 82 governs the operations of international insurer's holding companies, outlining its possible structures.²³ Act No. 400²⁴ incorporates the tax exemptions created by Act No. 399²⁵ (which created Chapter 41 of the Insurance Code) to the Internal Revenue Code of Puerto Rico of 1994.²⁶ This law emphasizes that one of the purposes of the IIC, particularly the tax incentives provided, is to generate well-paid, specialized jobs.²⁷

Gov. Aníbal Acevedo Vilá (2005-2009) succeeded Calderón and reaffirmed his commitment to the Center. In 2005, Acevedo Vilá estimated that

¹⁸ Puerto Rico licenses first captive, CAPTIVE REVIEW, Apr. 3, 2009, available at <http://www.captivereview.com/news/108031/article.shtml>. (Last accessed Nov. 19, 2011).

¹⁹ *Downes v. Bidwell*, 182 U.S. 244 (1901). As such, Puerto Rico corporations (and individuals) generally do not pay federal taxes.

²⁰ The Government of Puerto Rico retained Dallas-based Locke Lord Bissell & Liddell LLP as counsel during the drafting of the IIC regulations. Locke Lord Bissell & Liddell LLP, About the firm, <http://www.lockelord.com/intlinsreinstransregul/>.

²¹ P.R. REGS. OFFICE OF THE COMMISSIONER OF INSURANCE, REG. 7994 (2011) (henceforth referred to as "RULE 80").

²² P.R. REGS. OFFICE OF THE COMMISSIONER OF INSURANCE, REG. 6974 (2005) (henceforth referred to as "RULE 81").

²³ P.R. REGS. OFFICE OF THE COMMISSIONER OF INSURANCE, REG. 7508 (2008). (henceforth referred to as "RULE 82").

²⁴ Act No. 400 of Sept. 22, 2004; 2004 P.R. Laws 2050.

²⁵ Act No. 399 of Sept. 22, 2004; 2004 P.R. Laws 2015.

²⁶ P.R. Laws Ann. tit. 13, §§ 8001-9750 (1994).

²⁷ H. REPORT ON H.B. 4723, 7th Sess., (P.R. 2004). Note that the Internal Revenue Code of 1994 was repealed by the legislature. In its place, a tax reform was approved on January 2011, which fundamentally does not alter the IIC's tax structure. See, 2011 P.R. Laws No. 1.

the IIC would create roughly 3,000 jobs between 2005 and 2010.²⁸ In 2007, Larry Mirel, former commissioner of the Department of Insurance, Securities, & Banking for the District of Columbia, deemed plans to create the IIC as "excellent."²⁹ Mirel, however, emphasized the importance of a coherent implementation phase as a key driver towards the Center's success.³⁰ He identified three key drivers for Puerto Rico's potential success in its IIC endeavor: lack of federal taxation, use of both English and Spanish languages, and a service-oriented culture.³¹ The first three insurance companies created under the IIC began to operate during Acevedo Vilá's tenure.³² These were: Syndicate Re, Oceanus Re and American International Insurance Co., a Puerto Rico subsidiary of American International Group (AIG).³³ In late 2008, entities operating under the IIC scheme even created their own trade group, the Puerto Rico Offshore Insurers Association (PROINSURA).³⁴

In 2008, the Administration of Gov. Luis Fortuño (2009-) was voted into office. While his platform proposed several changes to the IIC, only in 2011 has the Administration moved to amend the IIC law,³⁵ except for the surtax imposed by Act No. 7 of 2009.³⁶ Currently, nine institutions operate under Act No. 399³⁷

²⁸ Governor seeks to create insurance center in P.R., CARIBBEAN BUSINESS, October 20, 2005, at 46.

²⁹ Pedro Valle Javier, Plans to create International Insurance Center here termed 'excellent', CARIBBEAN BUSINESS, October 27, 2005, at 33.

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.*

³² Gina M. Hernández, *International Insurance Center taking form ... slowly*, CARIBBEAN BUSINESS, June 28, 2007, at 42 (henceforth referred to as "IIC taking form"). Note that during the Acevedo Vilá Administration several changes were made to the Island's Insurance Code to ensure competitiveness. See, Gina M. Hernández, *Amendments to the Insurance Code in legislative pipeline*, CARIBBEAN BUSINESS, July 16, 2009, at 27. See also, Gina M. Hernández and Frances Ryan, *Puerto Rico Insurance Code undergoing major changes*, CARIBBEAN BUSINESS, September 6, 2007, at 28-29.

³³ *Id.* at 42.

³⁴ Nueva iniciativa en materia de seguros, EL NUEVO DÍA, December 9, 2008, <http://www.elnuevodia.com/Xstatic/endt/template/imprimir.aspx? id=502231&t=3>. See also, Aseguradoras internacionales crean asociación, BUSINESS NEWS AMERICAS, December 11, 2008, available at http://www.bnamicas.com/news/seguros/Aseguradoras_internacionales_crean_asociacion.

³⁵ 2011 P.R. Laws No. 98, H. BILL 3034, 4th Sess., (P.R. 2010), see also H. REPORT ON H. BILL 3034, 4th Sess., (P.R. 2010). The bill was also filed in the Senate as S. Bill 1899.

³⁶ See *infra* note 161. Rep. Antonio Silva-Delgado presented a fundamentally identical resolution ordering a legislative inquiry into the IIC's progress in both 2005 and 2009. However, after approval, no legislative report on the matter was ever filed. Curiously, both resolutions were assigned to the Treasury Committee that Silva has chaired in the past two legislative assemblies. See, H. RES. 153, 1st Sess., (P.R. 2005) and H. RES. 105, 1st Sess., (P.R. 2009).

³⁷ See *supra* note 25.

on the Island, with several more in the pipeline.³⁸ Together they generate \$116 million in bank deposits³⁹ and create roughly 250 total jobs.⁴⁰

Today, the insurance industry seems to be holding its own even under the precarious economic climate that has slowed growth to a standstill in the past few years.⁴¹ Almost ten billion dollars in premiums were subscribed during 2009, a \$507 million increase over 2008.⁴² Furthermore, insurance industry net earnings reached \$584 million, a \$130 million increase over 2008.⁴³ Not surprisingly, health insurance continues to lead in the retail insurance category in the Island.⁴⁴ Although local insurers are garnering an ever-higher market share,⁴⁵ consolidation is expected in the next few years due to the overall economic pressure.⁴⁶

IV. TALE OF THE TAPE: PUERTO RICO VS. THE OFFSHORES AND VERMONT

The captive insurance domicile market is highly competitive as there are dozens of international captive domiciles and, in the United States alone, 23 'onshore' domiciles.⁴⁷ Various jurisdictions, however, concentrate the bulk of the insurance and reinsurance captives. These include the State of Vermont, Bermuda and the Cayman Islands. These jurisdictions have led the way by offering the industry a favorable tax environment and a solid business climate. Bermuda is the home of the largest number of captives in the world, followed by

³⁸ Interview with Ruben Gely, Director, Puerto Rico International Insurance Center (Nov. 23, 2010). See also, Carlos Antonio Otero, *Espacio de crecimiento para aseguradoras foráneas*, EL VOCERO, August 24, 2010 (henceforth referred to as "Espacio de crecimiento") and Angeles Alvarado, *PR en vías de perder Centro Internacional de Seguros, Centro de Periodismo Investigativo*, May 3, 2011, available at http://cpipr.org/inicio/index.php?option=com_content&view=article&id=212:pr-en-vias-de-perder-centro-internacional-de-seguros&catid=58:actualidad&Itemid=105.

³⁹ Marian Díaz, *Imán para la inversión internacional en la Isla*, EL NUEVO DÍA (NEGOCIOS), May 29, 2011, at 9. Total assets of these institutions, however, exceeded 2 billion dollars: only a minuscule amount is actually deposited in Puerto Rico. There is, obviously, great potential for Puerto Rico's banking industry to pitch their services to insurers in order to garner a much higher rate of deposits.

⁴⁰ *Id.* Gely disputes this figure and alleges it is much lower, as he estimates the amount of jobs currently directly created by the IIC to be around twenty-five.

⁴¹ *The insurance industry weathers the financial storm*, CARIBBEAN BUSINESS, October 14, 2010, at 38.

⁴² *Id.*

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.* Ninety percent of the industry's growth was "traced directly to health insurance."

⁴⁵ See Gina M. Hernández and Carla Lewis, *Insurance industry remains solid; health carrying the weight*, CARIBBEAN BUSINESS, June 3, 2010, at 38 (noting that the increase of local participation in the insurance market increased: they subscribed \$572 million more than in 2008).

⁴⁶ José E. Maldonado, *Insurance industry financially sound despite tough challenges*, CARIBBEAN BUSINESS, February 19, 2009, at 15. But see, Joanisabel González, *Iniciativa educativa en seguros*, EL NUEVO DÍA (NEGOCIOS), at 12 (challenging the notion of Puerto Rico as a saturated market for insurance companies, stating that over 400,000 Puerto Ricans are uninsured and cites recent growth in said statistic, particularly in the context of health services).

⁴⁷ *Why Puerto Rico?*, *supra* note 8.

the Cayman Islands.⁴⁸ Vermont, the top 'onshore' jurisdiction, clocks in at third place.⁴⁹

Being the largest American captive insurance domicile,⁵⁰ Vermont hosts captives for almost half the companies that make up the Fortune 100 and more than half of the companies that make up the Dow 30.⁵¹ The State authorized its 900th captive in 2010.⁵²

Vermont may be highly relevant in the onshore market, but for the small Atlantic island of Bermuda, the impact of insurance in its much-smaller economy is unparalleled. Bermuda has more captives than anywhere else in the world; in fact, three quarters of the 100 largest U.S. companies have Bermuda captives.⁵³ Among the distinct advantages of Bermuda is the available capacity for catastrophe risks, the large underwriting talent, proximity and access that makes it easier to buy coverage, and a flexible market which strives to stay in the lead.⁵⁴ Its numbers are impressive indeed: the small island hosts more than \$130 billion in insurance capital and \$400 billion in insurance assets.⁵⁵ The market is focused on property and casualty insurance; however, Bermuda captives "write just about every coverage known to man."⁵⁶ The industry creates 1,700 direct jobs (over 2.6% of the total population) and nearly 10,000 indirect positions in the island.⁵⁷ Thus, this is not exactly a labor-intensive industry, which may be a reason for the Puerto Rico Center being an afterthought in the context of the government's macroeconomic strategy, ignoring the benefits of luring much-needed new capital to our shores. Said capital can be substantial: note that Bermuda's 68,265 inhabitants enjoy a Gross Domestic Product (GDP) per capita of \$69,900, one of the highest in the world.⁵⁸

⁴⁸ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, ISSUES PAPER ON THE REGULATION AND SUPERVISION OF CAPTIVE INSURANCE COMPANIES 50 (2006).

⁴⁹ *Id.* 'Onshore' within the context of the financial services and insurance industries mean traditional jurisdictions with no major tax advantages as compared to 'offshore' jurisdictions which are usually small and offer substantially competitive taxation schemes.

⁵⁰ Press Release, Vermont Captive, *Vermont Captive Insurance Surpasses 900 License Mark* (August 10, 2010), <http://www.vermontcaptive.com/press-room/news-releases/vermont-captive-insurance-surpasses-900-license-mark.html>.

⁵¹ *Id.*

⁵² *Id.*

⁵³ Roger Crombie, *Bermuda In-Depth Series (Part 2): Big and Small Rolled Into One*, RISK & INSURANCE, March 1 2008, available at <http://www.riskandinsurance.com/story.jsp?storyId=76641393>. Bermuda even has an NGO called Bermuda Foundation For Insurance Studies, which provides scholarships to students who want to join the industry. *Insurance is 'driving force of our economy'*, BERMUDA SUN, October 19, 2010, available at <http://bermudasun.bm/main.asp?SectionID=60&SubSectionID=932&ArticleID=48630>.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ C.I.A. WORLD FACTBOOK, Country Comparison: GDP - per capita (PPP), <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2004.html#bd>.

In similar fashion to Bermuda, situated in the Atlantic Ocean, the Cayman Islands are tiny Caribbean islands. Both jurisdictions' economies, instead of being driven by a large manufacturing base, are buoyed by the financial services industry, particularly the insurance sector. The Cayman Islands have a GDP per capita of \$43,800,⁵⁹ with a population of approximately 48,000, and its geographical area is roughly 1.5 times the size of the District of Columbia.⁶⁰ It is the top foreign jurisdiction for U.S.-held asset-backed securities, with \$119 billion.⁶¹ As a major international financial center, the Caymans attract a considerable volume of financial activity, including captive insurance.⁶² In 2008, the Caymans were home to almost 800 licensed captive insurance companies, with over \$34 billion in total assets and \$7.6 billion in premiums.⁶³ Despite a recently "turbulent and uncertain" world market, captive insurance has remained stable in the Caymans.⁶⁴ There have been few liquidations and a consistent number of new captives since the significant growth period in the early 2000's.⁶⁵ The Islands typically attract smaller captive insurance companies because of its lower capital requirements compared to some U.S. states.⁶⁶ Note, however, that the Caymans have been under fire from the U.S. Congress in recent years, as it tries to crack down on offshore tax havens, particularly during the Obama Administration.⁶⁷

In sum, both the Cayman Islands and Bermuda are offshore jurisdictions that have aptly lured enormous amounts of foreign capital to their havens, while the state of Vermont has remained a leader in the onshore sector.

What about Puerto Rico? We must note how the Island fares when compared to these industry giants. Under the IIC, interested international insurance entities have various alternatives to organize and operate within the IIC. These options include an international insurer holding company, an international insurer, or a branch of an international insurer.⁶⁸

As illustrated by Table I, Puerto Rico favorably compares in terms of income taxation with other competing jurisdictions. Tax benefits provided under

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ UNITED STATES GOVERNMENT GENERAL ACCOUNTABILITY OFFICE, CAYMAN ISLANDS: BUSINESS AND TAX ADVANTAGES ATTRACT U.S. PERSONS AND ENFORCEMENT CHALLENGES EXIST 7 (2008).

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.*

⁶³ *Id.* at 9.

⁶⁴ KPMG, CAPTIVE INSURANCE IN THE CAYMAN ISLANDS: STABILITY IN A WORLD OF UNCERTAINTY (2010).

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.* at 27.

⁶⁷ See Letter from Anthony Travers, Chairman, Cayman Finance, to Carl Levin, U.S. Sen. (July 27, 2010), available at <http://www.caymanfinances.com/Cayman-Finance-News/an-open-letter-to-sen-carl-levin.html> (denouncing attempts by the U.S. Congress to classify the Cayman Islands as a tax haven; asserting that the Islands comply with money-laundering regulations; and framing the 'offshore' issue as one within the purview of Congress, as creating, closing and modifying tax loopholes is fundamentally a legislative task of the United States and not of the Cayman Islands).

⁶⁸ OFFICE OF THE COMMISSIONER OF INSURANCE, WHAT IS THE INTERNATIONAL INSURANCE CENTER (2009), available at <http://www.ocs.gobierno.pr/ocspr/documents/international/What.pdf> (henceforth referred to as "WHAT IS THE INTERNATIONAL INSURANCE CENTER").

the IIC law in Puerto Rico are exemptions from income, real, personal property and municipal license taxes, dividend withholdings and branch profit taxes.⁶⁹ Furthermore, no tax returns need to be filed with the Puerto Rico Treasury Department.⁷⁰ Lastly, assets may be kept in foreign currencies.⁷¹

Table I. Tax Burden Comparison⁷²

JURISDICTION	INSURANCE COMPANY TAX	WITHHOLDING TAXES	US FEDERAL EXCISE TAX	TREATY
Bermuda	No	No	Yes	Yes
Cayman Islands	No	No	Yes	No
Vermont	Federal Tax (35%)	Yes	No	N/A
Puerto Rico ⁷³	No	No	Yes	No

In sum, capitalization requirements are comparable and competitive with the leading jurisdictions referenced herein. The IIC statute provides for five classes of insurers/reinsurers. Table II illustrates the different classes and their required deposits.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ See *supra* note 2.

⁷² WHAT IS THE INTERNATIONAL INSURANCE CENTER, *supra* note 68. See also, RULE 80 *supra* note 21.

⁷³ Note that Puerto Rico currently has a special temporary 5% tax. See *infra* note 161.

Table II. Insurer Classes and Required Deposits⁷⁴

CLASS	DESCRIPTION	MINIMUM CAPITAL SURPLUS	FEES PAYABLE TO THE IIC⁷⁵
Class I Pure Captive	This company may not insure any risks other than those of its parent, affiliated companies and/or controlled unaffiliated businesses.	\$500,000	\$1,100
Class II Association Captive	Can insure the risks of the parent and/or affiliated companies or its members, as well as those arising from its business transactions.	\$750,000	\$1,350
Class III Property Casualty	Can transact business for traditional insurance or reinsurance foreign risks in property & casualty, except life and disability. Can also underwrite high limit casualty and property catastrophe reinsurance.	\$1,500,000	\$2,850

⁷⁴ WHAT IS THE INTERNATIONAL INSURANCE CENTER, *supra* note 68.⁷⁵ *Id.* There is a basic application fee of \$750.00. Note that international insurers are also subject to an annual contribution based on their premium level.

Class IV Unrestricted Property/Casualty	Can transact business for traditional insurance and reinsurance foreign risks in property & casualty, including high limits within those categories. Cannot transact life and disability insurance.	\$100,000,000	\$25,350
Class V Unrestricted Life-Disability	Can transact business for traditional insurance and reinsurance foreign risks in life and disability.	\$750,000	\$1,100

Fees range from \$5,000 to \$75,000. For example, an insurer with no more than \$25 million in premiums written would pay \$5,000. The top category, comprised of those insurers with over \$250 million, would pay \$75,000.⁷⁶

V. PUERTO RICO'S NATURAL AND NOT-SO-NATURAL ADVANTAGES

Puerto Rico is blessed with a myriad of elements that support the IIC's business. Some are the result of legislative fiat, but others are out of the Island's control, such as the demise of secrecy. There is no doubt that secrecy, a long-time lure of traditional "offshore" banking entities, is no longer a key driver in making business decisions.⁷⁷ As the IRS and other tax agencies around the world have cracked down on tax evasion, the formerly appealing characteristic of so-called tax havens, idyllically located next to sandy beaches in Grand Turk or in the striking valleys of Switzerland, has been reduced in importance. This has leveled the playing field for jurisdictions such as Puerto Rico, which can offer offshore benefits with the security and stability of an onshore jurisdiction, and an inviting environment. Former tax havens such as Panama are in danger of losing their traditional 'secrecy' edge due to new treaties with the United States.⁷⁸

This demise of secrecy has been exemplified, and triggered in part, by congressional approval in 2010 of the Foreign Account Tax Compliance Act.⁷⁹

⁷⁶ RULE 80, *supra* note 21, at 6.

⁷⁷ See Ilianexis Vera Rosado, *Necesario convertir la Isla en un paraíso fiscal*, EL VOCERO, Dec. 8, 2010, at 29.

⁷⁸ *Fiscal paradise lost*, THE ECONOMIST, Dec. 7, 2010, <http://www.economist.com/node/21013707>.

⁷⁹ *Foreign Account Tax Compliance Act*, Pub. L. No. 111-147, 124 Stat. 71 (2010).

Said legislation deters investors from exploiting tax loopholes and using tax havens around the world.⁸⁰ It imposes a new 30% withholding tax on certain payments made to foreign financial institutions and non-financial foreign entities that refuse to identify US account holders and investors to the Internal Revenue Service.⁸¹ It does not matter whether the US person invests in US securities or receives the US source income directly.⁸²

Emiliano Trigo best summarizes Puerto Rico's newfound strength in the market of international financial centers:

A former handicap is now an opportunity. As OFCs [offshore financial centers] come under scrutiny Puerto Rico can distinguish itself from shadow banking systems by offering a tax neutral environment within the confines of a U.S. commonwealth. It also serves the United States well that offshore activity be realized within its purview; it strengthens its economic and political interest that offshore assets be stored in bank accounts that are part of the Federal Reserve System.⁸³

Another positive factor is that Puerto Rico has a solid rule-of-law culture and a comparatively efficient government, alongside with its currency being the US dollar. Together, these elements make the Island a safer bet when compared to several other domiciles. While Puerto Ricans may consider corruption a highly problematic aspect that affects our Island, the truth is that safeguards are now in place and the Island is successfully tackling the issue. The respected Transparency International Corruption Perceptions Index (CPI), where Puerto Rico stands competitively, confirms this.⁸⁴

Furthermore, according to the Global Competitiveness Report 2011-2012 issued by the World Economic Forum, the Island's economy remains highly competitive, particularly when evaluated within the context of the Americas, where it ranks as the fourth most competitive country after the United States, Canada, and Chile.⁸⁵ Some of Puerto Rico's strengths, as described by the report,

⁸⁰ For further discussion on this legislation, see Melissa A. Dizdarevic, *The FATCA Provisions of the Hire Act: Boldly Going Where No Withholding Has Gone Before*, 79 FORDHAM L. REV. 2967 (2011).

⁸¹ Michelle Bontems Graham, *International Estate Planning Strategies Leading Lawyers on Understanding Client Needs, Incorporating Foreign Assets, and Overcoming Tax Issues*, ASPATORE, October 2011, 2011 WL 5038770.

⁸² *Id.*

⁸³ See Trigo, *supra* note 3.

⁸⁴ CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX 2010, TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2010), available at <http://www.transparency.org/content/download/55725/890310>. Puerto Rico scored a 5.8 in the CPI, measured on a scale from 10 (very clean) to 0 (highly corrupt); this score was good for 33rd place out of 176 ranked countries. In the Americas, Puerto Rico ranked 6th, after Canada, Barbados, the United States, Chile and Uruguay. Note that neither Bermuda nor the Cayman Islands are listed as separate from the United Kingdom for purposes of this survey, and therefore, cannot be directly compared to Puerto Rico.

⁸⁵ KLAUS SCHWAB, ET AL., THE GLOBAL COMPETITIVENESS REPORT 2011-2012, WORLD ECONOMIC FORUM (2010), available at http://www.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2011-12.pdf. Again, neither the Cayman Islands nor Bermuda are listed. Puerto Rico is followed closely in the rankings by Panama, Brazil and Costa Rica. *Id.* at 15.

are capacity for innovation, extent of marketing tools, and a dynamic and sophisticated business sector.⁸⁶ The Island ranks 22 and 20 in availability and affordability of financial services, respectively.⁸⁷

However, while the Island moved up six places in the aggregated rankings compared to the previous year,⁸⁸ it is not ranked higher due to various reasons, including excessive government regulation and a burdensome labor law scheme.⁸⁹ However, even factoring for these challenges, Puerto Rico fares competitively due to its solid institutions: democracy, rule of law, and effective administrative oversight, particularly that which is exercised by Federal regulators.

The Island has had a significant measure of self-government since 1952. Since that year, power has peacefully changed hands among major parties seven times. Puerto Rico's relationship with the United States subjects the country's regulations to heightened Federal standards. Puerto Rico has the United States District Court for the District of Puerto Rico; its rulings are appealable to the United States Court of Appeals for the First Circuit and ultimately reviewable by the United States Supreme Court. Federal law enforcement agencies also operate in Puerto Rico, as do regulatory entities such as the Securities and Exchange Commission and the Federal Deposit Insurance Corporation. Furthermore, in terms of insurance expertise, it is pertinent to note that Puerto Rico is a member of the prestigious National Association of Insurance Commissioners ("NAIC"), and the Insurance Commissioner is also a participating member of the Association of Insurance Superintendents of Latin America ("ASSAL").⁹⁰ In sum, the IIC is not established in a seedy, lawless backwater, but on a respected and stable jurisdiction.

As I have described, there are several factors pointing to the strength of Puerto Rico as a solid domicile. Yet, while I do not feel that the current legislation that engendered IIC has failed competitively, the reality is that the current scheme has been underutilized, under promoted, and has not been as effective as it should have been.

There are several miscellaneous advantages Puerto Rico has over Bermuda and the Cayman Islands. Aside from the bilingual, highly skilled-and-trained workforce we have already mentioned, there is the advantage of having

⁸⁶ *Id.* at 300.

⁸⁷ *Id.* at 301.

⁸⁸ *Id.* at 15.

⁸⁹ *Id.* at 300; see Joanisabel González, *Mejor nota global para la isla*, EL NUEVO DÍA, September 10, 2010, at 36.

⁹⁰ WHAT IS THE INTERNATIONAL INSURANCE CENTER, *supra* note 68.

solid air access to the United States, particularly the East Coast, and fair access to European and Latin American markets, easing business travel constraints.⁹¹

The companies working under the IIC have stated a variety of reasons for doing business in Puerto Rico. Syndicate Re, for example, chose the Island for various factors such as its “flexible statute, responsive regulatory environment and widespread availability of support services.”⁹² Oceanus Re, also cites the flexibility of the Puerto Rico statute, and offers a variety of innovative products such as reinsurance programs for auto dealers, which lets them share in the underwriting profit and investment income on extended service contracts and other insurance products sold by them.⁹³ Others have even moved business to Puerto Rico from domiciles such as Bermuda and the Cayman Islands, seeking a safer environment.⁹⁴

VI. THE LATIN AMERICAN MARKET AND THE IIC: PUERTO RICO’S NICHE

IIC management has not been shy: they want to become a “logical portal” for those insurers and reinsurers wishing to enter the Latin American market.⁹⁵ The insurance and reinsurance industries in Latin America reflect low penetration, as discussed below.⁹⁶ Latin America has arguably weathered the financial crisis better than the rest of the world, with renewed growth after 2008.⁹⁷ In fact, the region is on pace to further expand its economy, fueled by Chinese and Indian appetite for raw materials and bolstered by improved economic management in the region.⁹⁸

The reality is that the global nature of the insurance and reinsurance markets generates a constant flow of investment ventures and general business development between countries and markets. If the past twenty years were defined by investments in “Lloyd’s [of London] and Bermuda,” there is no doubt that the next two decades will be about the emerging markets.⁹⁹ Experts are certain the Latin American markets are ripe with opportunity:

⁹¹ In April 2011, British Airways resumed twice weekly, one-stop service to London via Antigua. Major competitor Virgin Atlantic successfully started a seasonal route to London in 2009. In the Latin American front, Panama’s Copa Airlines has increased capacity on its twice-daily nonstops between San Juan and Panama City, and is expected to launch service to Bogotá, Colombia. See Frances Ryan, *Economic incentives secure new airlines and cruiselines for Puerto Rico*, CARIBBEAN BUSINESS, Nov. 25, 2010, at 18.

⁹² Press Release, International Insurance Center of Puerto Rico, *Office of the Commissioner of Insurance, SYNDICATE RE, A.I. NEW INSURANCE UNDERWRITING VENTURE - Authorized in Puerto Rico* (May 30, 2007) available at <http://www.ritcm.com/newsfiles/syndicaterepressrelease.pdf>.

⁹³ Donna Harris, *Reinsurance plan offers dealers tax advantages*, AUTOMOTIVE NEWS, April 8, 2007.

⁹⁴ Interview with Rubén Gely, *supra* note 33. Gely was referring to U.S. Commonwealth and Flagstone Re, respectively.

⁹⁵ WHAT IS THE INTERNATIONAL INSURANCE CENTER, *supra* note 68.

⁹⁶ *Why Puerto Rico?*, *supra* note 8.

⁹⁷ *Nobody’s backyard*, THE ECONOMIST, Sept. 9, 2010, at 13.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ CLYDE & CO., GOING GLOBAL 2010 | DEVELOPMENTS IN THE INSURANCE MARKETS AROUND THE WORLD 2 (2010).

Insurance penetration in Latin America, despite its recent growth, lags the trends of more developed markets of Europe or the US. It is a relatively small market taking into consideration its geographical size as compared to other markets, but demonstrates strong growth potential. It is also important to remember that regulation differs from market to market and most Latin American countries are still trying to develop stronger regulatory frameworks and regulators. So far, insurance regulators have not evolved as much as banking regulators but some countries have further to go than others.¹⁰⁰

There is great room for growth in the region. For example, Costa Rica and Brazil have just dismantled state monopolies for insurance and reinsurance, respectively.¹⁰¹ A recent Fitch Ratings report states that penetration rates for the insurance industry in Brazil will increase in the medium and longer term.¹⁰² Brazil's notoriously low participation of the insurance industry in its economy -- less than 4% of GDP -- is poised to grow despite the economic downturn.¹⁰³ While relatively small, the Brazilian insurance market is still the largest in Latin America.¹⁰⁴

A key Puerto Rican advantage is hosting an industry that understands its stateside counterparts, yet has access to a trained and educated workforce that possesses prized bilingual skills. However, our bilingual workforce will not, by itself, enable us to understand the Latin American insurance industry. The IIC should join forces with PROINSURA in order to study, support and execute strategic involvement in the Latin American market. In the end, the question of whether Puerto Rico can become a key player on it must be answered by our own domestic insurers and by the several international entities under the IIC that are making inroads in said market. The framework is already built.

There are encouraging signs towards developing business ventures in Latin America leveraging the IIC's potential. For example, Panama-owned Barents Re, announced plans to enter the IIC during 2011, further bolstering Puerto Rico's outreach to Latin America.¹⁰⁵ Fortunately, local insurers have started to expand into the Latin American market such as Cooperativa de Seguros Múltiples' venture into Uruguay.¹⁰⁶ Even Triple S has commented on their

¹⁰⁰ *Id.* at 8.

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² *Fitch: Brazilian Insurance Sector Poised for Further Growth in 2011*, BUSINESSWIRE, Dec. 6, 2010, available at <http://www.businesswire.com/news/home/20101206006437/en/Fitch-Brazilian-Insurance-Sector-Poised-Growth-2011>.

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Report: Panama's Barents Re eyeing PR market*, CARIBBEAN BUSINESS, Oct. 21, 2010, http://cbonlinepr.com/news03.php?nt_id=49730&ct_id=1&ct_name=1. Barents expects to obtain a reinsurance license in Puerto Rico soon and start operations in 2011. The company only does business in the Latin American region, focusing on mass-market insurance products, surety bonds and fiscal risks. The company was drawn by the size and potential of Puerto Rico's economy.

¹⁰⁶ See *Insurance industry financially sound despite tough challenges*, *supra* note 46.

interest in entering the Latin American market, mentioning Panama and Costa Rica, among others, as the likely candidates for new operations.¹⁰⁷

Finally, an encouraging sign is that entities doing business under the IIC are already working to adapt their products for the Latin American market, offering myriad specialized policies such as personal accident insurance as well as kidnap and ransom policies.¹⁰⁸

VII. THE BENEFITS OF A COMPETITIVE IIC SCHEME: STRENGTHS AND CHALLENGES

The New Progressive Party won the 2008 elections with a platform that included several proposals to shore up the IIC, but action has only been taken in 2011. The Insurance Commissioner is organized under the Governor's Office and does not belong to any constitutional department.¹⁰⁹ Today, the office oversees the entire insurance industry in Puerto Rico with 113 employees and an annual budget of roughly \$10 million.¹¹⁰ According to the director of the Center, the actual IIC office consists only of himself and another employee.¹¹¹ No specific budget other than their salaries is apportioned for the IIC.¹¹² Below, I discuss the need for increased allotment of government resources towards promoting the Center.

In addressing the competitiveness of Puerto Rico's legislation, IIC officers do not believe that capitalization requirements should be lowered to compete with jurisdictions such as Grand Cayman and Bermuda.¹¹³ Officers understand that increased capitalization standards transmit a sense of seriousness in the IIC's business that is appreciated by industry leaders and serves to "guard the door", thus avoiding troublemaking entities that can tarnish the Center's repute.¹¹⁴ That is, lower capitalization may result in busted captives, thus diminishing Puerto Rico's stature as a credible place to engage in the insurance trade.

Our current scheme already offers a variety of advantages that have not been reaped by entities. For example, the tax exemptions legislated in Act No. 399 includes property taxes, mostly imposed by municipalities.¹¹⁵ Therefore, international insurers may exploit this exemption in order to generate increased revenues by engaging in the real estate business in Puerto Rico, subject to other applicable regulations.

¹⁰⁷ Brenda Vázquez Colón, *Reportan crecimiento*, EL VOCERO, Mar. 13, 2011, at 35.

¹⁰⁸ Gina M. Hernández, *AIU Holdings rebranded as Chartis Insurance*, CARIBBEAN BUSINESS, October 22, 2009, at 34.

¹⁰⁹ OFICINA DEL COMISIONADO DE SEGUROS, *supra* note 4.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ Interview with Rubén Gely, *supra* note 38.

¹¹² *Id.*

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ See *supra* note 1, Art. 61.240 (13).

Another issue where entities can reap benefits under the IIC framework is the establishment of protected cell companies, regulated in Puerto Rico by Rule 81.¹¹⁶ These are a variation of the traditional rent-acaptive scheme.¹¹⁷ The protected cell captive offers more security to policyholders because it isolates each participant's assets and liabilities as if they were separate companies doing business with the core company.¹¹⁸ They are one of the most versatile ways for companies to manage their risks.¹¹⁹ Under the protected cell scheme, a holding company opens an international insurer, which in turn divides its business into several protected cells. Protected cell legislation is a relatively recent creation in offshore jurisdictions such as Gibraltar, Bermuda, the Cayman Islands, and Guernsey.¹²⁰ Some 'onshores' have also adopted it.¹²¹ While there are eleven entities in the IIC, three of these operate roughly forty protected cells.¹²²

The protected cell scheme provides for segregated accounting and separate insolvency provisions.¹²³ Another advantage of protected cells is that they may be securitized.¹²⁴ Protected cells can be combined with each other for investment purposes, without actually being integrated for accounting purposes.¹²⁵ Furthermore, the liabilities of each investor are kept separate and costs are reduced because there is no need for several boards or authorized representatives.¹²⁶

A particular benefit of the protected cell scheme is that it provides a vehicle for a relatively small company that could find the \$500,000 capitalization requirement for a Class 1 insurer rather onerous.¹²⁷ With the alternative of protected cells, these types of businesses can then maintain a cell under another insurer, perhaps a Class 3, until said cell can evolve and grow over time until finally complying with the requirements of a Class 1, thus maturing into an independent insurer.¹²⁸

¹¹⁶ RULE 81, *supra* note 22. All classes of insurers except Class 1 can use protected cells.

¹¹⁷ Rent-a-captives are defined as a form of captive serving businesses that are unable to capitalize a captive but are willing to assume a portion of their own risk and share in the underwriting profits and investment income; it is generally sponsored by insurers or reinsurers, which essentially "rent out" their capital for a fee. HANDBOOK OF INTERNATIONAL INSURANCE: BETWEEN GLOBAL DYNAMICS AND LOCAL CONTINGENCIES 952 (J. David Cummins and Bertrand Venard, eds., 2007).

¹¹⁸ *Id.* at 935.

¹¹⁹ Interview with Rubén Gely, *supra* note 38.

¹²⁰ NIGEL FEETHAM AND GRANT JONES, PROTECTED CELL COMPANIES: A GUIDE TO THEIR IMPLEMENTATION AND USE 3 (2008).

¹²¹ *Id.*

¹²² Interview with Rubén Gely, *supra* note 38. See also, *Imán para la inversión internacional en la Isla*, *supra* note 39.

¹²³ See Puerto Rico Offshore Insurance Center, *supra* note 2 at 30.

¹²⁴ *Id.* at 31. See RULE 81, *supra* note 22, Art. 5.

¹²⁵ RULE 81, *supra* note 22, Art. 8.

¹²⁶ Interview with Rubén Gely, *supra* note 38.

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ *Id.*

In Puerto Rico, only property and contingency risk may be insured through protected cells, as opposed to other jurisdictions that currently allow, for example, life and annuity risks.¹²⁹ As such, it is important to examine the feasibility of expanding the regulations in order to provide the benefits of this advantageous scheme to other types of risk.

In November 2010, the Fortuño Administration filed House Bill 3034, which proposed various amendments to Chapter 61 of the Insurance Code and corresponding sections of the Internal Revenue Code.¹³⁰ The Bill was approved by the legislature and signed by the Governor on June 20, 2011.¹³¹ The new law amends Article 61.260 of the Insurance Code, which outlines the powers of the Insurance Commissioner, so that the Commissioner's authority is expanded to combine and create other categories and designations aside from the five traditional classes of insurers, thus creating a more flexible framework.¹³²

Furthermore, the new law amends several provisions related to estate taxes and embargo procedures affecting benefits and monetary amounts received by International Insurers.¹³³ The purpose of these technical amendments is to effectively isolate said benefits received by an International Insurer from the local tax structure.¹³⁴ The IIC management team understands that premiums paid to International Insurers come from wealth generated from outside the Island; thus, applying Puerto Rico's taxes to them is detrimental to the business the Center strives to attract.¹³⁵ These amendments are the product of the Center's recent experience with insurer US Commonwealth. Said insurer is linked to a similar operation in the Cayman Island, where it enjoys a more competitive environment in this respect.¹³⁶ This entity had issues with current Puerto Rico laws. During the formation of the IIC legal framework, estate taxes and embargo procedures of amounts paid by non-residents were not correctly exempted.¹³⁷ However, perhaps the most important provision in the law is the establishment of tax-exemption decrees beginning in January 1, 2012, when the 5% special tax applied by Act No. 7 expires. I discuss this proposal in Section IX of this work.¹³⁸

Aside from local legislative action, another plausible alternative that would put Puerto Rico in a privileged position to favorably compete with Bermuda and Grand Cayman would be lobbying Congress to amend the Internal Revenue Code in order to exempt entities under the IIC from the United States

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ See 2011 P.R. Laws No. 98, *supra* note 35. The bill was also filed in the Senate as S. Bill 1899.

¹³¹ *Id.*

¹³² *Id.*

¹³³ Interview with Rubén Gely, *supra* note 38.

¹³⁴ *Id.* See also, José L. Carmona & Carlos Márquez, *Legislature revives Puerto Rico's International Insurance Center*, CARIBBEAN BUSINESS, May 19, 2011, at 2.

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ *Id.*

excise tax, particularly from the 1% tax on reinsurance premiums.¹³⁹ The amendment would simply establish Puerto Rico as a domestic domicile for purposes of the excise tax. Congress should be persuaded using the argument that it is better to bring all of these insurers and reinsurers onshore instead of abroad. As previously discussed, with the demise of secrecy as a factor for maintaining international financial and insurance centers, the main reason why insurers remain offshore is markedly generous tax treatment. By exempting Puerto Rico, Congress would help bring those captives onshore, where Federal agencies can better monitor and regulate them, while at the same time providing a huge shot in the arm for Puerto Rico's financial and insurance industries. However, I must warn the Island should push for this amendment with a coordinated lobbying effort, which is certain to be costly, particularly considering that offshore jurisdictions that may be affected will certainly also push to preserve the status quo.

The windfall from a potential exemption of Puerto Rico from the federal excise tax could be sizable because the Island would then have a superior tax structure, particularly for the reinsurance business. Even attracting a modest fraction of the billions of dollars deposited in other jurisdictions could have a considerable impact on our financial system. The Island has the potential to become not just a regional but also a world leader in this sector if the amendment is approved. We must remember Puerto Rico has a much larger and sophisticated financial infrastructure than jurisdictions such as Bermuda, elements which can be leveraged if a successful lobbying efforts result in excise tax exemption.

Another opportunity offered by the IIC which is of particular interest to local insurance companies is that it allows said companies to use the advantageous framework to create insurance outlets offering rent-a-captives.¹⁴⁰ As discussed elsewhere in this work, this helps companies lower costs in cases coverage would be too expensive or even unavailable elsewhere.

The IIC also presents a myriad of opportunities for asset managers, who can use it to provide alternative investment solutions to insurance companies. For example, they can help insurance companies receive regulatory approval,

¹³⁹ Currently, the Internal Revenue Code, section 4371 establishes the following: "There is hereby imposed, on each policy of insurance, indemnity bond, annuity contract, or policy of reinsurance issued by any foreign insurer or reinsurer, a tax at the following rates:

- (1) Casualty insurance and indemnity bonds 4 cents on each dollar, or fractional part thereof, of the premium paid on the policy of casualty insurance or the indemnity bond, if issued to or for, or in the name of, an insured as defined in section 4372 (d);
- (2) Life insurance, sickness, and accident policies, and annuity contracts 1 cent on each dollar, or fractional part thereof, of the premium paid on the policy of life, sickness, or accident insurance, or annuity contract; and
- (3) Reinsurance 1 cent on each dollar, or fractional part thereof, of the premium paid on the policy of reinsurance covering any of the contracts taxable under paragraph (1) or (2)." 26 U.S.C. 4371 (2011).

¹⁴⁰ See Interview with Rubén Gely, *supra* note 38. Rent-a-captive outlets run the operation of multiple captives out of a centralized local operation.

locate strategic joint venture partnerships, recommend reinsurance transactions, and assist in insurance executive searches.¹⁴¹ Mutual funds can benefit too. They may use an international insurer as an investment vehicle for portfolio diversification by region or by business sector, or they can enter into investment transactions in the securitization market.¹⁴²

In sum, I feel the current framework has been only mildly effective in luring industry players to Puerto Rico. However, I also feel that the statute, while competitive, is underpublicized. Puerto Rico must not be sated and satisfied. We have not failed, but both marketing elements and overarching market and industry factors have been hard-to-overcome hurdles for the IIC. The one-on-one marketing efforts carried forth by IIC officials have borne fruit, but not enough for the Center to assume a true industry-leading position, as I discuss below. The reality is that we offer a superb mix of both onshore and offshore domiciles, but we have to get our act together and speak with a single voice towards the industry, both local and foreign, ready to act and react to maintain our competitiveness.

VIII. THE CASE FOR INCREASED PROMOTIONAL EFFORTS WITH THE D.E.D.C.

There is no denying that Puerto Rico has, as discussed above, several characteristics that make it an ideal place to park a sizable international insurance business. However, while our legal framework, particularly taxation, competes favorably with other jurisdictions, the fact is that promotional efforts have been deficient. These efforts are key to creating market awareness in the appropriate sectors of the various strengths of the local IIC. The market largely ignores Puerto Rico's possibilities.¹⁴³ Even many local companies are not aware of them.¹⁴⁴ This visibility problem must be solved.

The NPP party platform for the 2008 election devotes roughly a page to the IIC.¹⁴⁵ The platform proposes, *inter alia*, transferring the promotional aspect of the IIC away from the regulator, the Insurance Commissioner ("Oficina del Comisionado de Seguros") to the Department of Economic Development and

¹⁴¹ WHAT IS THE INTERNATIONAL INSURANCE CENTER, *supra* note 68.

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ See *Espacio de crecimiento*, *supra* note 38.

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ PARTIDO NUEVO PROGRESISTA, PROGRAMA DE CAMBIO Y RECUPERACIÓN ECONÓMICA 57 (2008). The NPP platform proposed: recruiting first-class personnel for the IIC; revising the statutes to ensure competitiveness; allowing Class 1, Class 2 and Class 3 captives to underwrite domestic risk; reduce capitalization requirements in order to match competitive jurisdictions such as Bermuda and Vermont; and finally, create a support infrastructure to assist entities operating under the IIC and extending the benefits of the Industrial Incentives Act of 2008 to them. Note that the IIC initiative has bipartisan support, certainly a boon in a politically balkanized environment such as Puerto Rico. The original law was unanimously approved and enacted during the Calderón Administration (affiliated with the Popular Democratic Party) and, as discussed, the 2008 NPP platform, strives to support and strengthen the Center. Bipartisanship virtually ensures that the initiative will have government support regardless of the party in power after the 2012 elections and the years to come.

Commerce (“DEDC”). These proposals seek to avoid conflicts of interests derived from having the regulator handle promotional tasks for the IIC.¹⁴⁶ I understand this is a worthy idea. However, the mere transferring of promotional responsibility to the DEDC will not, *ipso facto*, ensure the building of an adequate apparatus for the IIC’s success.¹⁴⁷

Insurance, particularly international reinsurance and captives, is a highly technical industry managed by experts in very narrow topics. Promotional efforts for a venture such as the IIC are far more complex than placing a billboard at an airport or a couple of full-color advertisements in the New York Times. On a favorable note, however, there have been renewed joint marketing efforts featuring the IIC office and the DEDC since May 2010.¹⁴⁸ Positive signs in this area have recently emerged: the DEDC Secretary recently traveled to London alongside the Executive Director of the IIC in order to pitch the advantages of the local scheme to insurers and reinsurers based in the United Kingdom.¹⁴⁹ This is an encouraging event and signals the DEDC’s commitment to the insurance initiative. Hopefully, these joint ventures will continue in the future.

Nonetheless, these positive efforts are hindered by the lack of a marketing budget: the IIC office has no apportioned moneys for this purpose.¹⁵⁰ The IIC relies mostly on one-on-one marketing efforts. The DEDC should contract with experienced purveyors of these services and engage in intensified efforts in order to spell out our Center’s attributes to industry power brokers worldwide, while emphasizing Latin America, its natural niche market.¹⁵¹

IX. THE IIC AND POSITIVE EXTERNALITIES

Puerto Rico already has a sophisticated banking and financial service infrastructure. By having extensive back office functions already in place, entities doing business under the IIC can leverage their position in the Island by using high-quality local purveyors of various services such as accounting,

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ *IIC taking form*, *supra* note 32.

¹⁴⁸ Interview with Rubén Gely, *supra* note 33. The establishment of a joint IIC-DEDC marketing office was one of the issues “requiring immediate attention”, according to the Transition Report issued by the outgoing Commissioner in 2008. See Oficina del Comisionado de Seguros, Resumen Ejecutivo, Transición 2008, at 5. *See also*, Espacio de crecimiento, *supra* note 38.

¹⁴⁹ Joannisabel González, *La Isla busca negocios en Londres*, EL NUEVO DÍA, February 11, 2011, at 39 (chronicling a visit to London by DEDC Secretary José Pérez-Riera and IIC Executive Director Rubén Gely, where the Secretary stated their meetings were generally geared towards continuing negotiations with a major British insurer whose investment in the Puerto Rico IIC would be around \$400 million).

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ The OCI has recognized the importance of the DEDC in marketing efforts for the IIC; it has also recommended the appointment of a commission including representatives of the Puerto Rico financial and insurance sectors tasked with promoting the IIC where the OCI and the DEDC “lack access.” Statement of Dorelisso Juarbe Jiménez, Insurance Commissioner before the P.R. House of Representatives, May 19, 2005, discussing H. Res. 153, 1st Sess., (P.R. 2005).

underwriting, claims management, and information technology/technical support.

Currently, IIC entities can set up shop anywhere in the Island. A good idea would be encouraging IIC entities to locate in the same area. This idea has been discussed in the grander scheme of the International Banking Center.¹⁵²

While entities under the IIC do not have to celebrate an annual meeting in Puerto Rico, joint marketing efforts can be undertaken with the help of the Puerto Rico Tourism Company in order to attract conventions and industry symposia. Furthermore, the IIC can encourage executives of holding companies to celebrate meetings in Puerto Rico and bring forth valuable room-nights and expenses for ancillary services.

But all of the above are surpassed by the potential impact of the IIC's synergies with the Puerto Rico financial services industry. Perhaps as a sign of the times, the major players therein have been lukewarm at best towards promoting their business to IIC-registered entities.¹⁵³ It must be kept in mind that the IIC requires a level of minimum capital, which must be kept in Puerto Rico in various forms, not specifically bank deposits. Experts seem to agree that Puerto Rico's home-grown recession had its root in the local banks' accounting woes, which eventually resulted in huge losses that left the banks lacking capitalization and local investors perplexed as billions of dollars were lost in stocks and other securities tied to their performance.¹⁵⁴ Banking consolidation is expected to strengthen the financial services industry in the long term. However, the length of this term is still uncertain.¹⁵⁵

¹⁵² See Trigo, *supra* note 3.

¹⁵³ Interview with Rubén Gely, *supra* note 38. Gely notes the exception of UBS Financial Services, which has been actively and successfully pitching its products to IIC insurers and reinsurers. See also, *Why Puerto Rico?*, *supra* note 8 (featuring remarks from Miguel Ferrer, chief executive officer for UBS Financial Services in Puerto Rico, emphasizing the investment bank's commitment to the IIC and the belief that the center would have a positive impact on the entire financial local market "principally because of the increase in the liquidity standards of the local capital market and in the number of participants").

¹⁵⁴ Matthias Rieker, *Puerto Rican Hopes Ride on Bank Auction*, WALL ST. J., April 30, 2010, <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748703572504575214633956847.html>. The recession in Puerto Rico, which officially started in early 2006, was abetted by a banking crisis a year earlier. Loan sales between banks unraveled after auditors discovered massive accounting discrepancies related to the structure and valuation of complicated mortgage derivatives. Those derivatives racked many banks, which responded by curbing lending.

¹⁵⁵ CENTER FOR THE NEW ECONOMY, FISCAL SITUATION UPDATE, FISCAL YEAR 2010-2011 BUDGET, VOL. IV, No. 1, 4-5 (May 2010). In 2010, the Puerto Rico Commissioner of Financial Institutions closed three local banks: Eurobank, R-G Premier, and Westernbank. The Commissioner appointed the FDIC as receiver for the closed institutions. The FDIC, in turn, entered into separate "purchase and assumption" agreements with Oriental Bank, Scotiabank, and Banco Popular to acquire both assets and deposits, respectively, of each of the closed banks. Over \$17 billion in assets and roughly \$15 billion in deposits changed hands in this wellpublicized transaction.

Given the bumpy road facing local banks, any measure that encourages recapitalizing and replenishing the local banking industry's coffers will have a highly positive effect.¹⁵⁶ Local and foreign investors lost billions of dollars in equity during the banking crisis in the Island.¹⁵⁷ As Puerto Rican banks find themselves with fresh liquidity, they will again feel comfortable to turn around and open the floodgates to finance new construction projects and re-inject capital to businesses. This process is a *sine qua non* condition for jumpstarting the Island's troubled economy. However, this requires engaging in promotional maneuvers in order to sell their products to investors and lure them into placing their capital into brokered deposits or other instruments purveyed by Puerto Rican banks. In short, a marked increase in deposits in our banks will help restart the Island's languishing economic engine. Of course, the IIC shall not solve the problem of deposits by itself, but will undoubtedly help, constituting a sorely needed 'shore up' for the banking sector in the Island.

Insurance is not foreign parlance for Puerto Rico's banks. Since Congress passed the Gramm-Leach-Bliley Act¹⁵⁸ in 1999, banks were allowed to enter the insurance business. Banco Popular was the first in Puerto Rico to establish a subsidiary, Popular Insurance, which has successfully operated for the past ten years, experiencing continuous growth during said period.¹⁵⁹ While international insurance and reinsurance is different and more sophisticated than retail brokerage, reality beckons our financial sector to leverage its resources in order to nurture the vast opportunities that Act No. 399 offers and that have been left largely untapped, much to the chagrin of our Center (and our economy).

X. CHARTING A COURSE FOR THE IIC: GOALS, EXPECTATIONS AND A WARNING

Puerto Rico must establish clear targets for the IIC's development in order to pressure the DEDC for optimized marketing efforts. In this area, it is imperative to call for a results-based government approach. IIC management should be specific on how many captives it wants to attract, how many jobs (direct and indirect) it wants to create and how large a part of Puerto Rico's financial and general services industry it wants international insurance to become. IIC officers believe the Island can easily reach 50-60 entities, excluding protected cells.¹⁶⁰

The underlying objective of the Center is to foster the export of Puerto Rico's strong, developed insurance sector's products to Latin America. However, this has not been the case in the first few years of the Center, as the vast majority

¹⁵⁶ *Id.* at 4. The ratio of assets to capital for commercial banks in Puerto Rico declined from 15.45 to 12.9 in 2009. They also reported aggregate losses of \$567.4 million during 2009.

¹⁵⁷ John Marino, *Economy and government functioning*, CARIBBEAN BUSINESS, March 4, 2010, at 16. Puerto Rico stocks lost roughly \$19 billion in value in the years preceding 2009.

¹⁵⁸ Also known as the Financial Services Modernization Act of 1999, Pub. L. 106-102, 113 Stat. 1338 (1999).

¹⁵⁹ José L. Carmona, *Popular Insurance celebrates first decade in business*, CARIBBEAN BUSINESS, July 1, 2010, at 8.

¹⁶⁰ Interview with Rubén Gely, *supra* note 38.

of the entities working under Act No. 399 are foreign. The IIC strives to help local insurers bundle their expertise to pitch solid insurance and reinsurance products elsewhere. Logically, homegrown insurers are more likely to have their assets and create jobs in Puerto Rico than foreign firms, not to mention much less likely to leave the Island. With such a crowded market in Puerto Rico, an expansion into new jurisdictions is a logical step. Marketing the Center towards Latin America will certainly require an injection of cash by the government, but it is an investment that can pay off if carefully executed. While Latin America is known for its protectionist policies in terms of insurance, there is immense potential for reinsurance products in said market, as discussed above. Puerto Rico has the tools to bridge gaps and carve itself a niche market by looking south, where other jurisdictions may be at a disadvantage.

Finally, while the IIC has had its up and downs, it is important to mention the low blow suffered when controversial Act No. 7 of March 9, 2009 taxed otherwise exempt entities operating under Act No. 399.¹⁶¹ IIC insurers strongly opposed this tax, with PROINSURA leader Rafael Padial denouncing the measure as sending out "signals" of an "unstable" business environment.¹⁶² Act No. 7 amended the Puerto Rico Insurance Code to establish a special 5% tax on the net income of every International Insurer or International Insurer Holding Company.¹⁶³ The income subject to taxation is that derived from December 31, 2008 and before January 1, 2012.¹⁶⁴ The irony is that said tax barely collected \$3.5 million in FY 2010,¹⁶⁵ while badly damaging Puerto Rico's credibility in the international insurance industry. For a comparatively low figure, the government put the IIC's goodwill and credibility in question.

House Bill 3034, enacted into law as Act No. 98 of 2011, strives to contractually guarantee the tax regime that shall apply to international insurers operating under the IIC.¹⁶⁶ The law is an attempt to restore the Center's credibility in terms of taxation after Act No. 7's blow.¹⁶⁷ Its statement of motives predicates that without the stability provided by such a guarantee is would be very difficult to realize the investment potential that these entities can generate

¹⁶¹ Article 29A of Act No. 7 amended the Puerto Rico Insurance Code to establish the new tax. See 2009 P.R. Laws No. 7; see also JOINT REPORT ON H. BILL 1236, 1st Sess., (P.R. 2009).

¹⁶² Carlos Antonio Otero, *Impuesto 5% asusta aseguradoras foráneas*, EL VOCERO, Mar. 26, 2009, at 44. See also, *Impuesto podría alejar a las aseguradoras internacionales*, EL NUEVO DÍA, Mar. 26, 2009,

available at <http://www.elnuevodia.com/Xstatic/end1/template/imprimir.aspx?id=549546&t=3>.

Note that, at the time of these reports, PROINSURA stated the deposits brought to the Island's banking industry were over \$115 million.

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ Yanira Hernández Cabiya, *Pocos cesanteados por la Ley 7 se beneficiaron de ayudas disponibles*, EL NUEVO DÍA, Aug. 15, 2011, at 10.

¹⁶⁶ 2011 P.R. Laws No. 98, *supra* note 35.

¹⁶⁷ Joanisabel González, *Trato preferencial para la aseguradora internacional*, EL NUEVO DÍA, June 24, 2011, at 42.

under the IIC.¹⁶⁸ As such, the Fortuño Administration has implicitly acknowledged the mistake of the bait-and-switch policy enacted in 2009.

The new law provides for tax-exemption decrees in the form of a contract that would last fifteen years and would be granted alongside the certificate of authority typically required for these entities to operate under the IIC (current entities would be grandfathered in and automatically provided a decree).¹⁶⁹ It also empowers the Insurance Commissioner and the DEDC Secretary to require additional conditions to the international insurer, such as creating a fixed amount of employment or economic activity.¹⁷⁰

In order to establish this guarantee, the law permanently taxes international at a rate of 4% on the amount of net income exceeding \$1.2 million after December 31, 2011.¹⁷¹ Furthermore, the law enacts a 4% tax for protected cells (except those licensed under Class 5 insurers) after December 31, 2011. The current 5% tax expires on said date.¹⁷² The law's objective is to lower the tax imposed by Act No. 7, and still remain competitive, according to IIC management.¹⁷³ The regulators also note that the competitiveness of both Class 1 insurers and protected cells is preserved by way of the \$1.2 million exemption.¹⁷⁴ Protected cells are taxed under the law to avoid having them become a haven within the IIC with no tax burden whatsoever.¹⁷⁵ The decrees provided by this new law will not exempt any entities under the IIC from this permanent tax.¹⁷⁶

It is unclear how these new onerous taxes will affect the application and approval process for new insurers under the IIC scheme in the next few months.¹⁷⁷ Notwithstanding this arguably mild effort to rectify this issue and abjure its erred tax policy, the government still violated the age-old adage of standing by its taxation commitment and created negative buzz among industry insiders, and even those within the regulatory agency.¹⁷⁸ I feel Puerto Rico's "gentleman's word" on tax treatment should not be tarnished: it only helps project the Island as an unstable place to do business, as these companies make business decisions and projections based on planned tax burden for upcoming years that should be reliable and not subject to arbitrary changes. A bait-and-switch policy is poisonous to our economic development strategy. The

¹⁶⁸ *Id.*

¹⁶⁹ *Id. See also, Trato preferencial para la aseguradora internacional, supra note 167.*

¹⁷⁰ *Id.*

¹⁷¹ *Id.*

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ Interview with Rubén Gely, *supra* note 38.

¹⁷⁴ *Id.*

¹⁷⁵ *Id.*

¹⁷⁶ *Id.*

¹⁷⁷ Joannisabel González, *Optimismo y ajustes en la industria de seguros y la banca*, EL NUEVO DÍA, REV. NEG., Jan. 30, 2011, at 11.

¹⁷⁸ *Id. See also*, H. REPORT ON H.B. 1640, §1., (P.R. 2009).

government should keep its word and refrain from tampering with the IIC in order to restore credibility to this venture.

XI. CONCLUSION

A complex initiative such as an IIC is undoubtedly bound to require concerted effort in order for it to become an effective wealth creator. The multiplicity of positive externalities that this initiative can create outweighs the favorable tax treatments that these insurance entities get from Puerto Rico. The Center has the potential for employing thousands of Puerto Ricans while attracting veteran international industry professionals who can then, over time, engender a new cadre of Puerto Rican insurance experts in a variety of related fields, such as actuarial science. The reality is that, without comprehensive tax incentives, these companies would probably never set foot in Puerto Rico. The present IIC scheme requires legislative work but, fundamentally, calls for a dedicated administrative staff supported by a strong, professional marketing drive. This is a highly technical industry that calls for a very tailored, particular approach to selling our IIC.

Moreover, Puerto Rico must rise above the deeply political discourse that has plagued administrations of both major parties and undertake a comprehensive, results-based approach to government regulation and fiscal policy, with an emphasis on correctly using its taxing power and its support apparatus to nurture industry and expertise in sophisticated business sectors such as international insurance and reinsurance operations. Bipartisan support lends credibility and conveys a sense of security and stability that has distinguished leading jurisdictions in this industry. So far, the Fortuño Administration has shown mixed signals towards the Center's development, with increased promotional efforts but diminished competitive advantages due to onerous new taxes applying to IIC entities. Stability on taxation is a quintessentially sacred element that should only be tinkered with in close consultation with affected entities. That stability, plus a push towards striking the US excise tax on IIC entities would certainly bolster its competitiveness and thrust Puerto Rico into the forefront of the international insurance industry.

The Center is not intended to be, nor will be a panacea for bolstering Puerto Rico's economic growth. However, it has the unequivocal potential of creating well-paid, long-term employment while exposing the Island to industry professionals as a welcoming center of business. Moreover, its ultimate goal, enticing and guiding local insurers to transform their operations into sophisticated international entities, is bound to help diversify the island's economy while creating wealth. The potential positive effect of the IIC lies in fostering homegrown capital while at the same time attracting foreign insurance expertise to the island to create a true 'melting-pot' that results in a world-class industry, one that is but a newborn today.

Furthermore, the Center and the international insurance industry in general present an opportunity to quickly generate growth in the Island. Because

of the very nature of the business, there is no heavy machinery or costly technical investments to be made. Investment and deposits can trickle in a relatively short period of time - a highly valuable consideration given our current economic malaise.

Finally, while Puerto Rico can compete with Bermuda, Grand Cayman, Vermont and similar jurisdictions, the Island should focus its efforts on carving a niche market in Latin America for itself and converting itself into an industry axis. Indeed, a jurisdiction that learns to speak the language of South and North America as well as Europe would be unique. The IIC requires both the government and the private sector to pull their weight in order to make international insurance a driver for Puerto Rico's economy. The opportunity to redraw the insurance triangle and become a major player is in our hands.

EL CONFLICTO ENTRE TRADICIONES JURÍDICAS EN EL DERECHO PRIVADO COMERCIAL PUERTORRIQUEÑO

Ana Cristina Gómez Pérez*

I.	Diferencias estructurales entre el sistema civilista y el común	29
II.	Las fuentes del derecho en las organizaciones comerciales	31
	A. Mecanismos de creación, modificación y extinción	32
	B. Régimen de responsabilidad	33
	C. Regulación interna de la institución	35
III.	El contenido positivo de los negocios jurídicos y la ley de garantías mobiliarias.....	36
	A. La prenda	37
	B. Auto ejecución de las garantías mobiliarias	38
	1. Derecho civil	38
	2. <i>Common law</i>	40
	3. El Derecho local	43
IV.	La protección de los acreedores y la protección de los contratos	43
	A. Sistema civilista	43
	B. Derecho común	49
	C. Derecho local	52
V.	Registros públicos y los instrumentos negociables	52
	A. El respaldo material del instrumento	52
	B. El término para exigir la obligación	55
VI.	Consideraciones finales	56

I. Diferencias estructurales entre el sistema civilista y el común

En el derecho privado puertorriqueño coinciden el Derecho continental o *civil law* -Código civil,¹ la Ley Hipotecaria² y el Código de comercio³- con normas comerciales del *common law* o

* Profesora de la Escuela de Derecho. Doctora en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, LLM de la Universidad Carlos III de Madrid y JD de la Universidad de Puerto Rico.

¹ El Código civil español de 1889 se extiende a la Isla en 1890. Desde el cambio de soberanía de España a Estados Unidos, la Isla conservó el Código civil español. Lo anterior, gracias a la intervención de Herminio Díaz Navarro, Secretario de Justicia del gobierno militar en la Isla durante la transición. Ya que consideraba que, “la mayoría de nuestras leyes, que están codificadas, no son un sistema caprichoso, sino una colección de leyes que se ajustan una con la otra y forman en conjunto un sistema bastante completo”. (Traducción suplida). Herminio Díaz Navarro, *Reforms in the Civil and Criminal Codes*, en REPORT ON THE ISLAND OF PUERTO RICO, 284 (Henry K. Carroll ed., 1975).

²Para un análisis sobre la incorporación en la Isla de la Ley Hipotecaria española de 1861 y su posterior evolución, véase Eduardo Vázquez Bote, *La publicidad registral base de la seguridad jurídica del tráfico de bienes inmuebles: el Registro de la Propiedad como garantía de dicha seguridad*, 3 BARCO DE PAPEL 149 (2005) (crítica al derecho inmobiliario).

³Por orden del Real Decreto de 28 de enero de 1886 se extiende a Puerto Rico el Código de comercio vigente en España, el cual se revisa en 1932. En 1995 la Academia de Jurisprudencia y Legislación Puertorriqueña comisionó al

derecho común. Es por eso que, a través de este artículo se intenta efectuar un análisis de cómo se adaptan estas dos tradiciones jurídicas en algunas instituciones de Derecho privado comercial, como son las corporaciones, los instrumentos negociables, la protección a los acreedores y las garantías mobiliarias.⁴

Para efectos de esta investigación, se destacan tres diferencias que se pueden producir entre ambos sistemas: la primera es el distanciamiento entre la metodología jurídica abordada por el derecho común y el derecho civil para resolver un conflicto. La aplicación de las fuentes de Derecho por parte de los tribunales y la doctrina continental se caracterizan por su excesivo positivismo y su constante énfasis en la conceptualización y clasificación de las instituciones legales.⁵ Para un jurista continental, como el español, es fundamental la definición teórica de la figura jurídica para determinar los remedios y recursos que le aplican.⁶ Si bien parece un problema más teórico que práctico, tiene un importante efecto sobre la realidad operativa comercial. Entretanto, en el sistema comercial estadounidense las normas son dispuestas por un espectro más amplio que la ley la cual, a su vez incluye la jurisprudencia y la práctica financiera.⁷

En una segunda vertiente, se encuentran acercamientos distintos a la libertad contractual, siendo el Derecho continental *favor creditoris* y el derecho común *favor debitoris* en cuanto al tratamiento de sus acreedores. En un tercer aspecto, en el derecho civil y particularmente el español, los Registros públicos civiles y mercantiles son la espina medular en el funcionamiento de los negocios jurídicos. En contraste, en el sistema común los registros no gozan del mismo valor jurídico.

Para expresar con mayor claridad lo anteriormente aducido, se analizará cómo se traduce en diferentes negocios de materia comercial el enfrentamiento entre ambas tradiciones jurídicas y su resultado en el Derecho local. Para estudiar el primer punto, la doctrina de fuentes de Derecho, se abordarán dos casos: las organizaciones comerciales bajo la lupa de su conceptualización legal y las transacciones comerciales con la teoría de la confección contractual del negocio jurídico. En el segundo caso se aborda la protección de los acreedores sobre el patrimonio del deudor. Finalmente, para el tema de los Registros, se irá a las normas de instrumentos negociables.

catedrático Fernando Sánchez Calero a presentar un anteproyecto para un nuevo Código de comercio; su trabajo ha sido publicado y se encuentra en, Fernando Sánchez Calero, *Anteproyecto al Código de Comercio para Puerto Rico*, 7 REV. ACAD. PR JURIS. & LEGIS. 1 (2008).

⁴Este capítulo no pretende cubrir materias como compañías de inversión, fideicomisos, cooperativas y banca; ya que a pesar de que se encuentran incluidas en el tema general de Derecho mercantil su análisis podría afectar la profundidad del tema abordado.

⁵Para un estudio sistemático y filosófico, véase JOSÉ ANTONIO RAMOS PASCUA & MIGUEL ÁNGEL RODILLA GONZÁLEZ, *EL POSITIVISMO JURÍDICO A EXAMEN: ESTUDIOS EN HOMENAJE A JOSÉ DELGADO PINTO* (Universidad de Salamanca ed., 2006).

⁶Para un análisis filosófico sobre las doctrinas y tradiciones que se encuentran inmersas en el tema, puede verse José Antonio Ramos Pascua, *El positivismo jurídico en España: D. Pedro Dorado Montero*, 12 ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO 503 (1995).

⁷El 75% de las disputas comerciales en Estados Unidos se resuelven a partir de mediación o arbitraje privado fundado en la costumbre y práctica comercial. Para un estudio se recomienda consultar: JEROLD S. AUERBACH, *JUSTICA WITHOUT LAW?* 18 (Oxford University Press 1984). Véase además a José Cándido Paz-Ares, *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*, 4/2003 INDRET (2003), http://www.indret.com/pdf/162_es.pdf (última visita 15 de abril de 2008).

II. Las fuentes de derecho en las organizaciones comerciales

En el primer aspecto, las fuentes de Derecho para resolver conflictos jurídicos, se analizó el Derecho interno de dos estructuras jurídicas mercantiles: las sociedades y las corporaciones. Las primeras regidas por el Código de comercio español (Arts. 95 al 156)⁸ y las segundas, introducidas al derecho común mediante leyes especiales de los años 1902,⁹ 1911,¹⁰ 1956,¹¹ 1995¹² y finalmente, en el 2009.¹³

Las sociedades mercantiles tradicionales son descritas como un contrato. En palabras del profesor Díaz Olivo, “[l]a sociedad no es otra cosa que la operación de un negocio con varios propietarios y puede organizarse meramente con un acuerdo de voluntades”.¹⁴ Por su parte, las corporaciones son entidades creadas para “la promoción de cualquier negocio o propósito lícito” en el Art. 1.01 de la Ley de corporaciones de 2009.¹⁵

La teoría general de lo que representa cada institución ejerce un importante efecto sobre sus reglas de funcionamiento, destacándose los siguientes aspectos:

- A. Mecanismos de creación, modificación y extinción
- B. Régimen de responsabilidad
- C. Regulación interna de la institución

A. Mecanismos de creación, modificación y extinción

Se entiende que las sociedades mercantiles tradicionales son aquellas que existían en el Código de comercio antes de la reforma de 1995.¹⁶ Éstas son: 1) la regular en la cual se crea un negocio con aportaciones de unos individuos denominados como socios y aglutinados bajo un nombre colectivo; y 2) la *comanditaria*, una organización en la que se distinguen dos tipos de relaciones jurídicas, los comanditarios y los socios. Los primeros aportan capital económico y los socios se encargan de la gestión y explotación económica. Ambas instituciones se rigen por las siguientes normas:

1. Constitución. Para que sean tratadas jurídicamente como una estructura ajena a la personalidad de sus socios, es necesario que se eleve a escritura pública y se inscriba en el Registro mercantil.¹⁷

⁸10 LPRA §§ 1341-1469.

⁹Ley Núm. 1 de 1 de marzo de 1902. De acuerdo a las Actas de la Cámara de Delegados de la segunda sección: enero 1 de 1902 a marzo 1 de 1902, “Una Ley de corporaciones completamente equitativa tendría aliciente que atraería a la Isla intereses en metálico y sería además una fuente de rentas para todos”.

¹⁰Ley de Corporaciones, Ley Núm. 30 de 9 de marzo de 1911.

¹¹Ley General de Corporaciones, Ley Núm. 3 de 9 de enero de 1956, 14 LPRA §§ 1101 – 2507 (derogada 1995).

¹²Ley General de Corporaciones, Ley Núm. 144 de 10 de agosto de 1995, 14 LPRA §§ 2601-2728 (derogada 2009).

¹³Ley General de Corporaciones, Ley Núm. 164 de 6 de diciembre de 2009, 14 LPRA §§ 3501-4066 (2010).

¹⁴CARLOS DÍAZ OLIVO, CORPORACIONES 427 (Andrés Palomares ed., 1999).

¹⁵Ley General de Corporaciones, Ley Núm. 164 de 16 de diciembre de 2009, 14 LPRA §§ 3501-4066 (2010).

¹⁶Ley General de Corporaciones, Ley Núm. 144 de 1995, 14 LPRA §§ 2601-2728 (derogada 2009) (introduce las sociedades de responsabilidad limitada).

¹⁷10 LPRA § 1344.

2. Alteración y extinción de la sociedad. A no ser que haya pacto en contrario,¹⁸ la ley prevé como razones de extinción: la muerte o quiebra de cualquier socio colectivo, la demencia o inhabilitación del socio gestor, la pérdida entera del capital social, la quiebra social o que se cumpla el plazo pactado en la escritura de constitución.¹⁹ Para modificaciones al régimen jurídico o extinción por voluntad de los socios, es necesario que comparezcan todos en una escritura pública y se inscriba en el Registro mercantil.²⁰

En el derecho común, el notario público carece de la primacía que se le da en el mundo civilista.²¹ Resultado de lo anterior es que para crear una corporación no se requiere la comparecencia de sus inversores en un documento público. No obstante, sí es imprescindible que se solicite la incorporación ante los órganos administrativos correspondientes.²²

Similar a la sociedad, en la corporación se presentan supuestos legales de disolución como abuso o mal uso de las facultades o privilegios,²³ sanción penal,²⁴ incumplimiento en el pago de impuestos, insolvencia,²⁵ incumplimiento de órdenes del Tribunal²⁶ y no presentar los informes anuales.²⁷ Ahora bien, ninguna de estas disposiciones ata la continuidad de la compañía mercantil a la capacidad jurídica de sus inversores.

En otro escenario, la Ley permite la disolución de la corporación, por medio de un procedimiento iniciado con el acuerdo de una mayoría absoluta de los directores y una posterior ratificación de los accionistas que posean una mayoría²⁸ de las acciones en circulación con derecho al voto.²⁹

En resumen, cabe destacar el distanciamiento que se produce entre la creación, modificación y extinción de la sociedad y la corporación. La primera institución, fundada en la doctrina de contratos, tiene una importante dependencia del acuerdo absoluto de sus inversores y de su capacidad legal para subsistir. En contraste, la corporación luego de inscrita adquiere

¹⁸La interdicción civil de un socio gestor no produce la terminación del contrato social cuando en el contrato de sociedad los socios, además de convenir una prórroga indefinida del término del contrato, adoptan un pacto expreso mediante el cual la sociedad no se disolvería por el fallecimiento, demencia o inhabilitación de cualquiera de sus socios. Seraballs, Abella & Cia. v. Tribunal Superior, 94 DPR 490 (1967).

¹⁹Véase Seraballs, 94 DPR 490; CÓD. COM. PR art. 141, 10 LPRA § 1454 (2013).

²⁰10 LPRA § 1344; 10 LPRA § 1454. Además véase Sociedad Nido & Cia v. Registrador de la Propiedad de Guayama, 74 DPR 789 (1953). En Puerto Rico, la operación del Registro mercantil está atada a los Registros de bienes inmuebles y es casi nula, a pesar de la importancia que tiene para proteger los intereses de terceros.

²¹Véase Vicente Font Boix, *El notariado en los sistemas de derecho latino y anglosajón: El notariado latino en Inglaterra*, 22 ANALES DE LA ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO 57-228 (1980).

²²Véase el Art. 1.05 de la Ley de Corporaciones, 14 LPRA § 3505. La Ley dicta el contenido mínimo que tiene que contener dicha solicitud como el nombre de la entidad, los términos, el lugar de la oficina principal, la designación de un agente residente, la naturaleza de los negocios, entre otros.

²³Art. 9.13 de la Ley General de Corporaciones de 2009, 14 LPRA § 3713 (2010).

²⁴CÓD. PEN. PR art. 85, 33 LPRA § 4713 (2012).

²⁵Art. 5.22 de la Ley General de Corporaciones de 2009, 14 LPRA § 3602 (2010).

²⁶Art. 9.13 y 9.15 de Ley General de Corporaciones de 2009, 14 LPRA § 3713 y 3715 (2010).

²⁷Art. 15.02 de la Ley de General de Corporaciones de 2009, 14 LPRA § 3852 (2010).

²⁸Art. 9.03 de la Ley General de Corporaciones de 2009, 14 LPRA § 3703 (2010) (contempla un procedimiento para disolución cuando existen dos socios).

²⁹Art. 9.05 de la Ley General de Corporaciones de 2009, 14 LPRA § 3705 (2010).

caracteres propios que son ajenos a sus accionistas y está regida por la Ley.

B. Régimen de responsabilidad

Aunque la corporación y la sociedad mercantil comparten la característica de ser personas jurídicas,³⁰ no es equiparable su tratamiento jurídico. En el caso de la sociedad mercantil tradicional, los socios o inversores no gozan de la facultad de separación absoluta de su responsabilidad personal con las operaciones del negocio. En este tema en particular, el Código de comercio distingue entre:

- La sociedad regular; En el régimen de responsabilidad “los socios colectivos han de responder solidariamente y con toda su solvencia económica, al resultado de las operaciones”.³¹
- La sociedad comanditaria; El régimen de responsabilidad es ilimitado para todos los partícipes del negocio independientemente de su clasificación, tal y como lo manifestó el Tribunal Supremo en Vázquez v. Sánchez cuando indicó que “[e]sto significa que los socios colectivos, gestores o no de la compañía en comandita responden también solidariamente con sus bienes particulares de las operaciones de la sociedad”.³²

Estas soluciones son dispares a la corporación que está dotada de *personalidad jurídica propia*. Por lo tanto, la responsabilidad de la corporación es una completamente independiente de la de sus accionistas o inversores, lo que le permite a su propio nombre contratar, hipotecar, donar, demandar y ser demandada, entre otras cosas.³³ Además, como explicó el profesor Negrón Portillo, “[u]na de las cosas más importantes es lo que en el derecho corporativo se conoce por el principio de responsabilidad limitada. Esto significa que los accionistas de la corporación están, de ordinario, separados de la corporación en cuanto a responsabilidad se refiere”.³⁴ Por ende, los accionistas sólo son responsables por las deudas de la corporación hasta el valor de lo aportado.³⁵

Por ende, en materia de responsabilidad patrimonial de los inversores, la regla general es que la corporación es una entidad jurídica independiente y los accionistas sólo responden con su aportación inicial. Sin embargo, la sociedad mercantil tradicional es una puesta en común del

³⁰ CÓD. CIV. PR art. 28, 31 LPRA § 102.

³¹ Abella Hernández v. Tribunal Superior de Puerto Rico, 92 DPR 279 (1965). En contraste, si estamos ante un acreedor del socio, la sociedad mercantil se distancia de la civil en cuanto a que tiene una responsabilidad subsidiaria. Asociación de Propietarios v. Santa Bárbara Co., 112 DPR 33 (1982).

³² Vázquez v. Sánchez, 85 DPR 565 (1962). Ahora bien, esta sentencia segregó las acciones extracontractuales en las cuales hay responsabilidad solidaria absoluta y las contractuales a las que les aplica el Art. 156 del Código de comercio. “[L]os bienes particulares de los socios colectivos que no se incluyeron en el haber de la sociedad al formarse ésta, no podrán ser ejecutadas para el pago de las obligaciones contraídas por ella, sino después de haber hecho exclusión del haber social.” CÓD. COM. PR art. 156, 10 LPRA § 1469.

³³ Art. 2.02 de la Ley General de Corporaciones de 2009, 14 LPRA § 3713 (2010).

³⁴ LUIS M. NEGRÓN PORTILLO, DERECHO CORPORATIVO PUERTORRIQUEÑO 34 (2da ed. 1996).

³⁵ Es necesario resaltar que no siempre es así, ya que la Ley ofrece una alternativa para atar los patrimonios de los accionistas con las obligaciones de la corporación a través de un procedimiento judicial denominado como *descorrer el velo corporativo*. Esta acción consiste en probar que la entidad no se comportó de forma independiente, sino como un alter ego de sus socios. Casco Sales v. Gobierno Municipal de Barranquitas, 172 DPR 825 (2007); D.A.C.O. v. Alturas Florida Dev. Corp., 132 DPR 905 (1993); Fleming v. Toa Alta Dev. Corp., 96 DPR 240 (1968).

patrimonio de los socios y éstos responden personalmente por las obligaciones del negocio.

C. Regulación interna de la institución

En este punto cabe destacar los siguientes aspectos: (1) transferencia de las participaciones y (2) normas sobre juntas, acuerdos y votaciones. En el caso de la sociedad, la transmisión de las participaciones de los socios requiere consentimiento unánime.³⁶ En la corporación, en cambio, existe un sistema de libre transferencia de acciones.³⁷ Sólo se puede restringir su circulación, si así se ha previsto, en el certificado de incorporación, mediante acuerdo de los accionistas o cuando sea necesario para mantener la calificación de una entidad en particular.³⁸

La sociedad tiene amplia flexibilidad sobre las normas de juntas, acuerdos y votaciones. Igualmente, se rige por los acuerdos y estipulaciones de la escritura de constitución. Esto hace que en la sociedad regular cada socio posea similares facultades y derechos en proporción a su participación.³⁹ En cambio, en la sociedad comanditaria, los comanditarios no gozan de ningún poder real sobre la compañía.⁴⁰ Empero, las corporaciones tienen un sistema altamente regulado por la Ley,⁴¹ en donde las facultades de los accionistas difieren del régimen jurídico al que está sujeta la corporación.⁴²

En conclusión, en el mundo civilista la sociedad goza de la definición de contrato entre los inversores. El efecto de esta categorización es que la estructura interna depende de las disposiciones y acuerdos entre éstos. En la corporación, lo que procede para la resolución de conflictos es la Ley y en su ausencia procederá la equidad. Así lo expresó el Tribunal Supremo:

[A]unque la regla general en el Derecho corporativo es al efecto de que en ausencia de estatuto aplicable las cortes no tienen jurisdicción para disolver una corporación se han ido creando múltiples excepciones a la regla general, que ha restado importancia a la cuestión jurisdiccional y el énfasis se está moviendo hacia las circunstancias particulares de cada caso que puedan ameritar la intervención de los tribunales.⁴³

En una nota final, añado que para solucionar las diferencias de responsabilidad entre la sociedad y la corporación, se introdujo la sociedad de responsabilidad limitada. Esta institución de carácter

³⁶CÓD. COM. PR art. 120, 10 LPRA § 1379.

³⁷Las normas para traspasar las acciones se rigen por la Ley de Transacciones Comerciales, Ley Núm. 208 de 17 de agosto de 1995, 19 LPRA § 401-2207 (2010).

³⁸ Por ejemplo el fideicomiso de inversión en bienes raíces. Art. 6.02 de la Ley General de Corporaciones, 14 LPRA § 3622 (2010).

³⁹10 LPRA § 1365 (la teoría es similar a la de la copropiedad).

⁴⁰10 LPRA § 1396.

⁴¹Ley General de Corporaciones, Ley Núm. 164 de 16 de diciembre de 2009, 14 LPRA §§ 3501 – 4066 (2010).

⁴²Según el Art. 5.01 (a) de la Ley General de Corporaciones: Toda corporación podrá emitir una o más clases de acciones de capital corporativo o una o más series de cualquiera de ellos podrán ser acciones, con o sin valor par, y con derecho a voto, pleno o restringido, o sin derecho al voto y con tales denominaciones, preferencias y derechos relativos de participación, de opción u otros derechos especiales, según se haga constar en el certificado de incorporación. 14 LPRA § 3581 (2010).

⁴³Epstein v. F. & F. Mtg. Corp., 106 DPR 211 (1977).

mixto se comporta internamente como una sociedad y a nivel externo, es decir, en cuanto a responsabilidad de los socios,⁴⁴ como la corporación.

III. El contenido positivo de los negocios jurídicos y la ley de garantías mobiliarias

Originalmente, el tema de garantías mobiliarias era regulado en algunos aspectos por el Código civil y en otros, por el Código de comercio. En 1995, el legislador puertorriqueño incorporó una Ley de Transacciones Comerciales con características similares al *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos. Dicha norma modificó el régimen de las garantías en Puerto Rico.

Un primer elemento en que se distancian los sistemas jurídicos es en cuanto al número de garantías mobiliarias reconocidas. En el derecho civil clásico las garantías son sólo de dos tipos: la prenda, para bienes muebles tangibles,⁴⁵ y el préstamo con garantía, para títulos al portador.⁴⁶ Por su parte, la Ley de Garantías Mobiliarias amplía el espectro de garantías e incluye “toda transacción (independientemente de su forma) que tenga el propósito de crear un gravamen mobiliario sobre propiedad mueble o inmuebles”.⁴⁷

Además, los principales rasgos de las garantías del derecho civil son las restricciones a la libertad de contratación y la nulidad de la resolución extrajudicial de la garantía. En contraste, el régimen introducido en el 1995 amplía las facultades de los contratantes para diseñar el negocio de garantía e incentiva la disolución unilateral del contrato. Para analizar con mayor detenimiento lo anteriormente expresado, se acudirá primero al estudio de la autonomía contractual a partir del negocio típico de garantía civilista, la prenda, y se comparará la Ley de Transacciones Comerciales. En segundo lugar, para los recursos extrajudiciales, se abordarán los rasgos de identidad propios de ambos sistemas jurídicos. A continuación el análisis en detalle.

A. La prenda

La prenda es un contrato de garantía sobre bienes muebles. El Art. 1752 del Código civil discute sus requisitos esenciales:⁴⁸

1. Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.
2. Que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca.
3. Que las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto.
4. Y, según agrega el Art. 1762 del Código civil, que se transmita la posesión de la

⁴⁴Art. 8 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Ley Núm. 154 de 20 de agosto de 1996, 10 LPRA § 1867 (2010).

⁴⁵CÓD. CIV. PR arts. 1752 – 1772, 31 LPRA §§ 4957 – 5031.

⁴⁶CÓD. COM. PR art. 238, 10 LPRA §§ 1671 – 1675.

⁴⁷Ley de Transacciones Comerciales, Ley Núm. 208 de 17 de agosto de 1995, 19 LPRA § 401-2207 (2010).

⁴⁸CÓD. CIV. PR art. 1752, 31 LPRA § 4957.

cosa al acreedor o a un tercero.⁴⁹

De acuerdo al primer requisito, es esencial la pre-existencia de una obligación para que sea válida la garantía.⁵⁰ Es decir, se tiene que producir, al menos, un intercambio de dinero o la prestación de una obligación por parte del acreedor para que la garantía sea válida.⁵¹ Una solución distinta es adoptada por la Ley de Transacciones Comerciales que reconoce la efectividad de las garantías fundadas en obligaciones no prestadas. Éste es el caso de las líneas de crédito,⁵² un tipo de negocio que se constituye sin que se produzca un intercambio efectivo de dinero, sino la promesa de que a solicitud del deudor se efectuará la transmisión.

Con relación al segundo y tercer requisito, sobre capacidad para disponer la cosa, únicamente tiene la potestad jurídica para empeñar la cosa quien sea su titular de domino, de acuerdo con el Código civil.⁵³ En cambio, la Ley de Transacciones Comerciales discrepa de esta aproximación jurídica al validar transacciones garantizadas sobre cosas que no pertenezcan al deudor.⁵⁴

Finalmente, es característica esencial del contrato de prenda la transmisión del control físico de la cosa al acreedor pignoraticio o a un tercero. El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha expresado que “[l]a entrega de la cosa no es una consecuencia sino la esencia misma del contrato”.⁵⁵ De nuevo, esto contrasta con la Ley de Transacciones Comerciales que nos indica que el gravamen mobiliario es válido aunque se le permita al deudor mantener el uso o disposición de la cosa gravada.⁵⁶

Acorde con lo anterior, Puerto Rico intenta, mediante la Ley de Transacciones Comerciales, pasar del rudimentario contrato de prenda a un sistema más flexible en cuanto a la confección del negocio por parte de los contratantes.

B. Auto-ejecución de las garantías mobiliarias

⁴⁹ La prenda deberá ponerse en posesión del acreedor o de un tercero de común acuerdo para que sea válida. *In re Las Colinas, Inc.*, 294 F. Supp. 582 (1968), *revocada y devuelto el caso*, *In re Las Colinas, Inc.*, 426 F.2d 1005 (1970), *confirmada*, *In re Las Colinas, Inc.*, 453 F.2d 911 (1971).

⁵⁰ El Tribunal Supremo ha reiterado que en el caso de las obligaciones con garantía del Código civil se requiere que exista una obligación principal para que pueda subsistir la garantía. *Véase Liechty v. Descartes Sauri*, 109 DPR 496 (1980); *Gautier v. Registrador*, 24 DPR 704 (1917).

⁵¹ Todos los derechos de garantía civilistas son de naturaleza accesoria, en igual sentido se encuentra la hipoteca. Se reafirmó lo mismo en la siguiente cita, “[S]ino que vive al servicio del crédito, por ello no es concebible que la hipoteca pueda corresponder a persona distinta de la del crédito garantizado y por lo tanto, que pueda transferirse independiente del crédito”. JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, ESTUDIOS SOBRE DERECHO HIPOTECARIO 1446 (Editorial Pons 2da ed. 1989).

⁵² 19 LPRA § 2006.

⁵³ Tomada la enajenación en su significación más extensa, incluye prenda e hipoteca; por tanto, “el que no puede enajenar una cosa no la puede tampoco obligar ni sujetar con hipoteca”. *García v. Garzot*, 18 DPR 866 (1912).

⁵⁴ 19 LPRA § 2012.

⁵⁵ *Sierra v. Noble*, 29 DPR 650 (1921).

⁵⁶ Este tipo de gravamen es típico de la venta a plazos o *leasing* de vehículos de motor, en el cual el deudor disfruta del uso de la cosa mientras paga su deuda.

1. Derecho civil

La teoría general predicada por el Derecho continental estriba en que “los contratos se hacen para ser cumplidos (*pacta sunt servanda*)”.⁵⁷ Así, “[l]a validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.⁵⁸ Por ende, sólo los Tribunales de Derecho tienen la facultad jurídica para declarar el incumplimiento contractual y la eficacia de los recursos.⁵⁹ Ya que, según explica Martínez De Aguirre Aldaz, “el titular del poder al que está sujeto el responsable es el Estado y no el acreedor y, por tanto, quien tiene el poder de hacer efectiva tal sujeción, es decir realizar la responsabilidad, es el Estado”.⁶⁰

El resultado de lo anteriormente esbozado es que el Código civil declara nulos aquellos acuerdos que le reconocen a una de las partes la potestad de resolver el contrato unilateralmente.⁶¹ En materia de garantías mobiliarias esta prohibición es definida como pacto comisorio y se instrumenta como una restricción a cualquier tipo de disposición contractual que reconozca al acreedor el derecho a apropiarse unilateralmente⁶² de la cosa gravada (Art. 1771,⁶³ 1758,⁶⁴ 1780,⁶⁵

⁵⁷ JOSÉ M. GASTALDI, PACTO COMISORIO 2 (Editorial Hammurabi 1985).

⁵⁸ CÓD. CIV. PR art. 1208, 31 LPRA § 3373 (1930).

⁵⁹ El Art. 1077 del CÓD. CIV. PR, 31 LPRA § 3052, dispone que

[l]a facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las reciprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera con lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

⁶⁰ Rafael Martínez de Aguirre Aldaz, *Reflexiones sobre la responsabilidad patrimonial universal y la ejecución por deudas: naturaleza sustantiva y actuación procesal de la responsabilidad ex artículo 1991 del Código Civil*, 3 REV. DER. PROCESAL 631 (1998).

⁶¹ En el ordenamiento del derecho civil, este tipo de remedios extrajudiciales son vistos como violaciones a la prohibición del pacto comisorio. Sin embargo, como explica Boris Kozolchyk, *The OAS Model Law on Secured Transactions: A Comparative Analysis* 17, <http://siteresources.worldbank.org/GILD/ConferenceMaterial/20157943/Kozolchyk-Furnish%20-%20OAS%20-20FINAL.pdf> (última visita 3 de enero de 2012),

the Latin American law of remedies for breach of contracts is seriously hampered by the pactum-inspired assumption that the parties are not free to agree on the bases for a unilateral rescission of contracts. Consistent with the pactum's spirit of prohibition, all rescissions must be court-ordered. Needless to say, much economic waste is imposed upon contracting parties, especially when the goods involved are perishable or highly depreciable, by having to await a judicial determination that often takes years to obtain.

⁶² La contratación comercial en el derecho comparado. *Id.* en la pág. 404, “una secuela garantizadora y ejecutoria de la resolución extrajudicial del contrato de préstamo subyacente”.

⁶³ CÓD. CIV. PR art. 1771, 31 LPRA § 5030. Un acreedor prendario tiene dos medios para realizar su crédito en el caso de que no sea satisfecho oportunamente: (a) proceder judicialmente al cobro de la deuda y la ejecución de la prenda, y (b) proceder extrajudicialmente a la enajenación de la prenda en *pública subasta ante notario público* con citación del deudor y del dueño de la misma si fuere persona distinta de aquel. Banco Central y Economías v. Registrador, 111 DPR 773 (1981). Es potestativo del acreedor prendario el recurrir o no a la venta de la prenda ante notario, pero si opta por ello, viene obligado a seguir la ley, ateniéndose a las consecuencias de sus propios actos, siendo una de ellas la de la extinción de su crédito si se hace dueño de la prenda. Banco de Puerto Rico v. Arguinzoni, 53 DPR 667 (1938).

⁶⁴ CÓD. CIV. PR art. 1758, 31 LPRA § 5003, dispone que “[e]l acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas”.

⁶⁵ CÓD. CIV. PR art. 1780, 31 LPRA § 5048, declara “nulo el pacto autorizando al hipotecario para adjudicarse la finca del hipotecante por virtud de incumplimiento del contrato garantizado con la hipoteca”.

y 1784⁶⁶ del Código civil). El razonamiento de dicho precepto es que “resulta muchas veces injusto que el adquirente de un bien en tales condiciones, al no poder cumplir, pierda la cosa objeto del contrato y, además, lo que pagó por ella”.⁶⁷

2. Common law

En contraste, el Derecho angloamericano busca responder de forma flexible a uno de los problemas principales en los préstamos garantizados. Se trata de cuando al pasar del tiempo, el bien mueble colateral sufre un proceso paulatino de depreciación que, por lo general, es más acelerado que la amortización de la deuda. Si a esto se le añade un largo y costoso procedimiento judicial de ejecución forzosa, supone para el acreedor garantizado un mayor riesgo de insatisfacción de sus intereses. Para el deudor esto se traduce en un incremento del precio de la transacción.⁶⁸

Como señala Taylor, para solucionar la disyuntiva, se incentivan “las acciones privadas tomadas por esos interesados en la controversia para prevenir o resolver disputas sin asistencia oficial del gobierno o un tercero desinteresado”.⁶⁹ Este mecanismo de resolución extrajudicial⁷⁰ se instrumenta a través de dos vertientes jurídicas. La primera permite y consiste en reconocer la validez de las cláusulas contractuales en la resolución extrajudicial de los contratos y la segunda descansa en sancionar a los acreedores que abusan de sus derechos al ejercitar estas acciones.

Con relación a la primera vertiente, el Art. 9 del Código Uniforme de Comercio (en adelante UCC por sus siglas en inglés)⁷¹ intenta armonizar las legislaciones estatales en materia

⁶⁶CÓD. CIV. PR art. 1784, 31 L.P.R.A. § 5052 nos comunicó que, “[e]l acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble”.

⁶⁷ALBERTO BLANCO, CURSO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS 66 (Editorial Universitaria, Universidad de Puerto Rico 3era ed. 1977) (1947).

⁶⁸ Kozolchyk, *supra* nota 61.

It is well known that those who wish to compete in our increasingly global marketplace must keep the costs of their products or services as low as possible. It is not so well known that the high interest rates caused by commercial, legal and political risks disqualify many a hopeful competitor even in the most industrialized of Latin American nations. A Central Bank of Brazil 1999-2000 study estimated that fully one-third of the approximately 40 percent per annum interest rate paid by Brazilian commercial borrowers is attributable to legal uncertainties of collection.

⁶⁹Celia R. Taylor, *Self-Help in Contract Law: an Exploration and Proposal*, 33 WAKE FOREST L. REV. 841 (1998).

⁷⁰El origen moderno de la figura de resolución extrajudicial en el derecho común es el caso inglés *Kingston v. Preston*, 2 Doug. 689 (1773), que reconoce la validez de los actos unilaterales y extrajudiciales asumidos por una parte ante la infracción del pacto por la otra, ya que de esta manera se logran disminuir los costos y riesgos asociados con las acciones judiciales de incumplimiento de contrato. El sistema jurídico *post* independencia norteamericana, favorece el florecimiento de este remedio ante el número limitado de jueces y las largas distancias del País, lo que representaba -en ocasiones- que para cuando se obtenía una sentencia, el colateral había depreciado hasta tal punto, que no cubría ni los gastos de la ejecución. A. W. B. SIMPSON, *HISTORY OF COMMON LAW CONTRACT: THE RISE OF THE ACTION OF ASSUMPSIT* 123-125 (Clarendon Press 1975).

⁷¹U.C.C. §§ 9-101-709. En términos generales se intenta unificar los criterios para el ejercicio de los Derechos de garantía real mobiliaria o *security interest*, tal tipo de negocios es bastante amplio en los Estados Unidos porque se basan en un *numeros apertus*, esto incluye participación de titulaciones hipotecarias, los *factors' liens*, el *trust receipts*, las prendas industriales, la reserva de dominio agrarias, entre otros. El principal requisito exigido por la Ley es que el *security interest* “esté sujeto a publicidad por medio de una inscripción en un registro público de acceso fácil y poco

de *enforcement* o ejecución de los contratos en las transacciones aseguradas. Específicamente, dispone que para la validez del recurso de auto-ejecución o *self help* en bienes muebles tangibles, se requiere la perfección de los Derechos *in rem* de garantía⁷² mediante: su estipulación contractual,⁷³ inscripción en el registro correspondiente⁷⁴ y cumplimiento de los requisitos administrativos post contractuales.⁷⁵ En adición, se considera inválido cualquier relevo contractual de responsabilidad del acreedor por deficiencias en los requisitos antes expuestos.⁷⁶

Para la ejecución se requiere que se presente el tipo de incumplimiento previsto en el contrato para el recurso.⁷⁷ Como segundo requisito, el acreedor deberá notificar al deudor que iniciará el procedimiento de ejecución. Si el bien se encuentra en manos del deudor, debe efectuarse la posesión de la garantía “en el momento y de la forma razonable”.⁷⁸ Luego, según la Sec. 9-203 del UCC se requiere disponer del colateral de la forma más expedita posible.⁷⁹

Le corresponde al propio acreedor determinar preliminarmente si se ha efectuado o no un incumplimiento.⁸⁰ Una vez se establece el incumplimiento, el acreedor se encuentra legitimado para proceder a la ejecución de la garantía. Para efectuar la posesión del bien mueble dado en garantía, si se encuentra en manos del deudor, el acreedor tiene que desplegar una *diligencia razonable* y evitar cualquier tipo de *alteración a la paz*.⁸¹ Finalmente, una vez tenga en sus manos la garantía está obligado a asumir todos los gastos de conservación y preservación de la cosa.⁸² Así como disponer de ella de manera expedita, ya sea mediante la venta, cesión, *leasing*, entre

costoso o por medio de la posesión del acreedor garantizado” (Traducción suplida). Este artículo fue aprobado en mayo de 1998 por la *American Law Institute*, en julio de 1998 por *The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* y entró en vigor el primero de julio del 2001. La Sección 9 del UCC ha sido revisada y adaptada por los 50 Estados de Estados Unidos, así como por las Islas Vírgenes y parcialmente, por Puerto Rico.

⁷²U.C.C. §§ 9-109. Los Derechos de naturaleza *in rem* y *ad rem*, en Estados Unidos son *numerus apertus*. Igualmente, se pueden crear Derechos de garantía sobre cualquier tipo de bienes o servicios, siempre y cuando tengan valor en el mercado.

⁷³U.C.C. § 9-109 (d)(2)

⁷⁴U.C.C. § 9-301.

⁷⁵*Id.* Véase también Cohen, Johnson & Lyons, *What's in Store for the Wayward Lender: The Consequences of Failing to Comply with Revised Article 9*, 26 AM. BANKER INST. J. 26 (2003); Murray v. U.S. Bank Trust Nat'l Ass'n, 365 F3d. 1284 (11th Cir, 2004); Derecho de los Negocios, 2006 MAR 17 (186).

⁷⁶U.C.C. §§ 9-625-26.

⁷⁷En Smith v. Third National Bank, 1985 Tenn. App. LEXIS 3297 (Tenn. Ct. App. 1985) el Tribunal apelativo consideró que el acreedor garantizado actuó de buena fe al realizar un reposesión cuando el vehículo fue incautado por la policía con marihuana. Sin embargo, en ese caso el recurso es inválido porque sólo se había estipulado el mismo ante la falta de pago.

⁷⁸RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 183(1) (1965).

⁷⁹U.C.C. § 9-203.

⁸⁰Entre las situaciones que se han previsto como violación a las obligaciones contractuales del deudor, se encuentran el cumplimiento imperfecto de la obligación. Véase Cobb v. Midwest Recovery Bureau Co., 295 N.W.2d 232, 237 (Minn. 1980); In re Bagley, 6 B.R. 387, 390 (Bankr. N.D. Ga. 1980); Montgomery Enterprises, Inc. v. Atl. Nat'l Bank, 338 So. 2d 1078, 1081 (Fla. Dist. Ct. App. 1st Dist. 1976); Ford Motor Credit Co. v. Waters, 273 So. 2d 96, 100 (Fla. Dist. Ct. App. 1973); Pierce v. Leasing Int'l, Inc., 235 S.E.2d 752, 754 (Ga. Ct. App. 1972).

⁸¹Deavers v. Standridge, 144 Ga. App. 673, 675 (Ga. Ct. App. 1978). Los Tribunales han esgrimido que el término alteración a la paz tiene un significado mucho más amplio al ser utilizado en el Código de Comercio Uniforme (UCC) que el que generalmente se le atribuye en el derecho penal [E]l término “alteración a la paz” es un término general e incluye todas las violaciones a la paz u orden público o decoro. (traducción suplida).

⁸²U.C.C. § 9-207.

otros,⁸³ siempre y cuando, sea acorde con el uso acostumbrado del bien.⁸⁴

El estándar de conducta exigido al acreedor es el de *comercialmente razonable*⁸⁵ y su incumplimiento se sanciona a través de varias medidas. La primera es la imposibilidad de repetir por la diferencia entre lo obtenido económicoamente con la disposición del colateral y la satisfacción total de la deuda.⁸⁶ La segunda supone el responsabilizar al acreedor con daños punitivos⁸⁷ y la tercera, que sólo aplica en ciertos casos, se resume en el reembolso al deudor por los honorarios de abogado.⁸⁸

3. El Derecho local

La Ley local reconoce el recurso de posesión del colateral, permitiendo al acreedor la posibilidad de iniciar “sin incoar procedimiento judicial”,⁸⁹ en cuanto cumpla con preceptos similares a las disposiciones generales del UCC.

No obstante, dentro de la flexibilidad de este recurso, se presentan algunos problemas con la aplicación de la Ley. De acuerdo a la disposición en 19 LPRA § 2151, si son bienes inmuebles por incorporación se registran en el Registro de la Propiedad.⁹⁰ Todos los demás se registran en el Departamento de Estado. El problema es que escasamente se utilizan los libros del Registro de la Propiedad, ya que para inscribirse se necesita la calificación registral y este proceso puede tardar varios meses o años, lo cual no está acorde con las necesidades de las garantías muebles. En cuanto al Registro del Departamento de Estado, se presentan problemas de consulta sobre cuántos y cuáles gravámenes tiene un mismo bien. *and political risks disqualify many a hopeful competitor even in the most industrialized of Latin American nations. A Central Bank of Brazil 1999-2000 study estimated that fully one-third of the approximately 40 percent per annum interest rate paid by Brazilian commercial borrowers is attributable to legal uncertainties of collection.”*

⁸³U.C.C. §§ 9-504(1)-(2) & 9-207.

⁸⁴CÓD. CIV. LA art. 2681 (2005).

⁸⁵Lo que implica el criterio de diligencia de comercialmente razonable, es determinado por los tribunales de acuerdo a los hechos de cada caso. En este sentido, se ha interpretado que en la venta del colateral.

Whether a sale is commercially unreasonable is, like other questions about “reasonableness”, a fact-intensive inquiry; no magic set of procedures will immunize a sale from scrutiny. Consideration must be given to the totality of the circumstances surrounding the entire proceedings. The right enquiry is whether a particular method of sale was the commercially reasonable way to proceed under the particular circumstances with the particular equipment involved. And a party’s good faith may be taken into account in evaluating whether the sale was on the up-and-up. *In re Excello Press*, 890 F.2d 896, 905.

En cuanto al Derecho positivo, véase U.C.C. §§ 9-627 (2010) pues incluye un listado de actuaciones que violan este criterio, como por ejemplo, que al disponerse el bien no se obtenga un mejor precio por el mismo debido a circunstancias atribuibles al acreedor.

⁸⁶U.C.C. § 9-625(d).

⁸⁷U.C.C. § 9-625; 15 U.S.C. §1692 (1996).

⁸⁸Fair Debt Collection Practices Act, 15 U.S.C. §§ 1692-1692p (1996).

⁸⁹19 LPRA § 2203 (2010).

⁹⁰19 LPRA § 2151 (2010).

IV. La protección de los acreedores y la validez de los contratos

A. Sistema civilista

España, como sistema civilista, se rige por el sistema *favor debitoris*.⁹¹ Para explicarlo es necesario antes hacer alusión a un concepto fundamental: el patrimonio. Sin el ánimo de realizar un análisis completo de lo que el concepto de patrimonio implica en todo su alcance, por no ser tema de este artículo, hay que establecer las líneas maestras sobre las que se desenvuelve, en la medida en que pueda ayudar a desentrañar su significado y función.

La teoría general del patrimonio surge del movimiento socioeconómico del siglo XIX que intenta circunscribir la responsabilidad del deudor a la esfera civil y liberarlo de la responsabilidad penal (cárcel por deuda). De esta manera, el patrimonio nace, como una *proyección económica de la personalidad*. Este universo económico goza para los civilistas de los siguientes caracteres:

1. conjunto unitario de bienes y derechos,⁹²
2. susceptibles de una valoración económica,⁹³
3. sujetos a un régimen de responsabilidad y subrogación específica.⁹⁴

La construcción histórica inicia con afirmaciones de los franceses Aubray y Rau que postulaban que es un concepto indisoluble⁹⁵ -aunque no consustancial- con la personalidad. Esta teoría, denominada personalista por su carácter subjetivo, concluye que a toda persona le corresponde un patrimonio único, el cual es una unidad indivisible, diferente a los bienes y cargas que lo componen.

La hegemonía de la teoría personalista fue refutada por una segunda doctrina que desvirtúa

⁹¹El *Favor Debitoris* es el principio no escrito que impera en un ordenamiento determinado, que ante la ausencia de algún precepto legal o una laguna en el mismo, se inclina a favor de la protección de los intereses del deudor como la parte más débil del contrato. Aparece en el Siglo XVIII en Francia para eliminar los efectos penales del incumplimiento de las obligaciones y se extiende hasta la incorporación de algunos preceptos en el Código Napoleónico. Actualmente se interpreta que en España se extiende a las aplicaciones de los Arts. 1132, 1214, 1289, 1837 y 1339 del Código civil.

⁹²“Este tratamiento unitario lo tiene el patrimonio por razón de la responsabilidad, la gestión y la administración del conjunto de bienes”. José García García, *Teoría General del Patrimonio*, en ESTUDIOS JURÍDICOS EN HOMENAJE AL PROFESOR DIEZ PICAZO 581-610 (Antonio Cabanillas Sánchez ed., Editorial Civitas 2002).

⁹³Castán Tobeñas, *En torno a la teoría del Patrimonio* 1, 3 & 4 REVISTA DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN 38 (1950-1952), entiende que el patrimonio “es posible la valoración económica o estimación dineraria de los bienes y deudas (activo y pasivo) que forman su contenido. Quedan extraños al patrimonio los demás bienes y derechos; así los bienes de la personalidad y lo concerniente al estado civil de la persona”.

⁹⁴La Sentencia del Tribunal Supremo de España de 20 de noviembre de 1991, Sala de lo Civil (Ponente: Villagomez Rodil, A.), dispuso sobre el principio de subrogación real que “las nuevas fincas tienen la misma consideración que las antiguas”. En la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 17 de septiembre de 2001, Sala de lo Administrativo, se resolvió que “a efectos de tope de ingresos, no cabe considerar renta los incrementos patrimoniales por venta de acciones, pues al igual que ocurre con las plusvalías generadas por la venta de inmuebles, también en la venta de acciones lo que ocurre es que un elemento patrimonial es sustituido por otro”.

⁹⁵Bonelli, REVISTA DIR. CIV. 614 (1910). Lleva la teoría subjetiva incluso más lejos, refiriéndose al patrimonio como un sustituto de la persona. En cuyo caso, las obligaciones dejan de ser una relación entre personas, para convertirse en una relación entre patrimonios.

la unidad exclusiva entre patrimonio y sujeto. Influenciada por las corrientes pandectistas alemanas y la jurisprudencia de intereses, surge la denominada teoría de “patrimonio de destino”. Para sus principales expositores, Brinz⁹⁶ (1820-1887) y Bekker⁹⁷ (1827-1916), existen otros patrimonios distintos a los generales, en los cuales su unidad le confiere el fin (*pertinere ad aliquid*) y no la personalidad (*personnvermögen*). En esta situación, como afirmaba Bekker, se encuentran: el patrimonio de afectación independiente y el patrimonio de afectación dependiente.

El patrimonio de afectación independiente se caracteriza por la ausencia de sujeto. Su noción es, incluso, incompatible con él y se presenta en situaciones forzosamente transitorias en espera de que se señale un titular (p.e. patrimonio del ausente, *nasciturus*, herencia yacente, entre otros). El patrimonio de afectación dependiente, por su parte, coexiste con el personal y tiene una función determinada⁹⁸ (p.e. hipoteca legal, herencia aceptada a beneficio de inventario, el peculio del menor y sociedades mercantiles). La adjudicación de ese fin permitió que autores como Enneccerus expresaran que esos patrimonios respondían a “un interés de determinado fin y especialmente con referencia a la responsabilidad por deudas, son tratados en ciertos aspectos como un todo distinto del resto del patrimonio”.⁹⁹

Por consiguiente, según la teoría objetiva, es posible la existencia de varias entidades patrimoniales. El patrimonio de afectación tiene un tratamiento unitario e independiente en aras de su responsabilidad, sin que sea necesario que se transforme en una persona jurídica.

Al transpoliar estas teorías a la esfera de protección crediticia, surge que en los sistemas del *Civil law*, la mayoría de la doctrina interpreta que no se puede permitir que ciertos bienes o derechos formen un nuevo patrimonio inmune a los ataques de los acreedores de su constituyente, sin que sea previamente previsto por Ley.¹⁰⁰ Como ha puesto de relieve Arroyo Amayuelas, la creación de estas masas reguladas por la libertad individual “generalmente se niega, por considerar que el Art. 1911 Código civil es de Orden Público”.¹⁰¹

⁹⁶1 Brinz. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. (Erlangen 2da ed. modificada 1873).

⁹⁷1 Bekker. *System des heutigen Pandektenrechts* (Weimar 1886).

⁹⁸KARL LARENZ, TRATADO DE DERECHO CIVIL ALEMÁN 414 (Miguel Izquierdo trad., Endesa 1978). De acuerdo al autor “*la separación de las masas patrimoniales puede ser relevante para la administración del patrimonio, el poder de disposición del titular, la adjudicación de titulares y la responsabilidad de las deudas*”.

⁹⁹Véase L. ENNECCERUS, TRATADO DE DERECHO CIVIL 276 (Antonio Hernández Gil trad., Bosch 1955).

¹⁰⁰La generalidad de la doctrina entiende que es necesario la legalidad para reconocerle el carácter de patrimonio separado. Plantea Francisco Rivero Hernández, *Teoría General del Patrimonio*, en EL PATRIMONIO FAMILIAR, PROFESIONAL Y EMPRESARIAL. SUS PROTOCOLOS: CONSTITUCIÓN, GESTIÓN, RESPONSABILIDAD, CONTINUIDAD Y TRIBUTACIÓN 45-138, 83 (Martín Garrido Melero & Josep María Fugardo Estivill coords., Editorial Bosch 2005). “Únicamente hay patrimonio cuando y en cuanto un ordenamiento determinado lo considera y le da tratamiento como tal”. Esto se reafirma a través de Sergio Cámará Lapuente, *El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización europea*, en DERECHO PRIVADO EUROPEO 1108-1109 (Sergio Cámará Lapuente coord., Colex 2003), quien expresó “imposible que la autonomía de la voluntad privada forme un patrimonio autónomo en vulneración del principio de responsabilidad universal”.

¹⁰¹Esther Arroyo I Amayuelas, *Dos principios básicos para la incorporación del trust en España: El patrimonio de destino y la limitación de la responsabilidad*, en EL PATRIMONIO FAMILIAR, PROFESIONAL Y EMPRESARIAL. SUS PROTOCOLOS: CONSTITUCIÓN, GESTIÓN, RESPONSABILIDAD, CONTINUIDAD Y TRIBUTACIÓN 601-650, 629 (Martín Garrido Melero & Josep María Fugardo Estivill coords., Editorial Bosch 2005).

Esta interpretación se basa en la noción estricta del Orden Público¹⁰² como límite a la libertad contractual entre particulares¹⁰³ (Arts. 6 y 1255 del Código civil). Como expresa De Castro: “los legisladores franceses del *Code* inventaron la cláusula de Orden Público con la finalidad de poner un límite a la autonomía de la voluntad que el mismo Código reconocía y protegía”.¹⁰⁴

A pesar de las alusiones al Orden Público por el Código civil (Arts. 4, 11, 19, 530, 1207), el término no ha sido explicado por el legislador. Según Díez Picazo, el Orden Público consiste en el conjunto de “aquellas normas donde se cristalizan las convicciones básicas de un grupo humano respecto a su propia organización fundamental”.¹⁰⁵ Su “desconocimiento desnaturalizaría” el sistema jurídico. Por tanto, constituye un orden fundamental para la comunidad.

En definitiva, el Orden Público es el conjunto de normas de rango superior que rigen los pactos entre individuos y que actúa como límite a la autonomía de la voluntad.¹⁰⁶ En aras de excluir la trasgresión del interés público sanciona cualquier vulneración al principio de igualdad o lesión de los derechos fundamentales de los contratantes declarando *nulas* estas estipulaciones.¹⁰⁷ Al mismo tiempo, este conjunto de normas se conduce como un mecanismo para corregir y orientar el pacto y proteger los derechos de la parte más débil, ya fuese en el ámbito contractual o extracontractual.¹⁰⁸

¹⁰²Miguel José Izu Beloso, *Los conceptos de Orden Público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978*, 58 REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO ADMINISTRATIVO 237 (1988).

¹⁰³La relación entre la noción de Orden Público y la de autonomía de la voluntad es planteada inicialmente por el alemán Nipperdey bajo la denominación de la *Drittewirkung*. Dicha teoría afirmó que la protección de los derechos fundamentales del ser humano no sólo existen para el poder público, sino que regula las relaciones entre particulares. Consiste en la protección de los derechos constitucionales en los contratos, fijando parámetros a la libertad de pactos y capacidad de renunciar a dichos derechos (*Gestaltungsfreiheit*). Cuando se vulnera el principio de igualdad entre los contratantes, al afectado sólo le queda la vía de la impugnación por lesión a sus derechos fundamentales. En este caso, se planteó un problema sobre la capacidad que tienen los entes particulares para pactar válidamente renuncias a los derechos protegidos por la Constitución, es aquí donde interviene el Orden Público y sanciona esta actuación privada (Art. 6.2 y 1.255 del Código civil) al impedir, por estar fuera del comercio, la renuncia a cualquier derecho fundamental. Al mismo tiempo, se sanciona como nulo cualquier ejercicio abusivo de los derechos (Art. 7 del Código civil), pues se consideran como no válidos los contratos con condiciones discriminatorias para alguna de las partes. Tal y como ha sido planteado por Alfaro, intervienen como límites de la autonomía privada, el reconocimiento en la Constitución de los derechos fundamentales de la persona y específicamente en el mandato del Art.10.1 de CE sobre dignidad de la persona. Sobre la doctrina alemana y la introducción en España véase Alfaro, *Autonomía de la voluntad privada*. XLVI ANUARIO DE DERECHO CIVIL 121 (1993).

¹⁰⁴Federico de Castro, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la Competencia. El Orden Público. La protección del consumidor*. IV ANUARIO DE DERECHO CIVIL 1021, 1030-1031 (1982).

¹⁰⁵2-I LUIS DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL 746 (Editorial Tecnos, 1986).

¹⁰⁶Ángel Acedo Penco, *El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia*, 14-15 ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO 323-392 (Universidad de Extremadura 1996-1997). “Aspira a proteger a la comunidad de los ataques que sufren sus más esenciales valores, actuando en tal caso como límite a la autonomía de la voluntad”.

¹⁰⁷CÓD. CIV. PR art. 4, 31 LPRA § 4; Postura que ha sido respaldada por las Sentencia del Tribunal Constitucional de España, en adelante STS, 15 de abril, 1985 y la STS de 15 de abril, 1986 sobre acuerdos laborales que vulneren los principios Constitucionales.

¹⁰⁸La protección de los intereses de los más débiles justifica la intervención estatal en los acuerdos laborales, de consumidores y acreedores. En algunos casos a través de la sanción sustantiva como la nulidad de los contratos Art. VIII de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (1998, 7) (Catalunya) o mediante mecanismos

En materia de protección de acreedores, su denominación es Orden Público económico y se funda en la intervención de las normas superiores imperantes, en un momento determinado, para garantizar la seguridad en el tráfico jurídico. Además, actúa como mecanismo de protección del acreedor y sus intereses, pues se considera que no se encuentra en una situación de igualdad. Díez Picazo expresó, “[l]a creación de derechos reales afectan al Orden Público (económico), en tanto que constituye un freno a la libre circulación de bienes y hace sufrir a terceros cargas a cuyos nacimientos fueron ajenos y de las cuales ellos no van a obtener ninguna utilidad”.¹⁰⁹

Para compensar esta situación, se plantea el principio de responsabilidad universal, entendido como “la situación de sumisión del deudor y de su patrimonio al poder coactivo del acreedor con el fin de que éste logre la satisfacción de su interés en la obligación”.¹¹⁰ La dogmática recurre a este principio para justificar el sometimiento del patrimonio al principio de legalidad. “Las normas que lo regulan son imperativas, por razón de la seguridad jurídica - pues hay en el patrimonio y en su regulación intereses sociales que trasciende[n] a los de su titular”.¹¹¹ La seguridad jurídica requiere de la certeza que ofrece la normativa para garantizar el *favor debitoris*.¹¹² Esta postura fue asumida por autores como De Castro,¹¹³ Díez Picazo,¹¹⁴ Doral García¹¹⁵ y Prada González¹¹⁶ y ubica el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor como materia protegida por el Orden Público, que sólo puede ser alterada por disposición

procesales que permitan la acción colectiva de los interesados Arts. 71-98 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España (2000).

¹⁰⁹1 LUIS DÍEZ PICAZO & GULLÓN BALLESTEROS, SISTEMAS DE DERECHO CIVIL 49 (Editorial Tecnos 2003).

¹¹⁰2-I LUIS DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL 746 (Editorial Tecnos 1986).

¹¹¹Castán Tobeñas, *supra* nota 93, a la pág. 45-138.

¹¹²Antonio Bosh Carrera, *La admisión en nuestro derecho de patrimonios sin titular (la fiducia, el trust y los fideicomisos)*, en EL PATRIMONIO FAMILIAR, PROFESIONAL Y EMPRESARIAL. SUS PROTOCOLOS: CONSTITUCIÓN, GESTIÓN, RESPONSABILIDAD, CONTINUIDAD Y TRIBUTACIÓN 565-600, 595 (Martín Garrido Meler & Josep María Fugardo Estivill coords., Editorial Bosch 2005).

¹¹³Federico de Castro, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la Competencia. El Orden Público. La protección del consumidor*. IV ANUARIO DERECHO CIVIL 1021 (1982). En uno de sus últimos trabajos, el Profesor de Castro examinó el contenido del Orden Público a partir de su valoración histórica y social. Concluye fundamentalmente que se justifica la protección de ciertas clases sociales consideradas como las partes más débiles, como ocurre en el caso de la protección de los consumidores. Afirma además que por el carácter variable del Orden Público, permite que el ordenamiento se mueva al reconocimiento de que en ciertos contratos se permite la inclusión de exenciones a la responsabilidad. Como admite, en cuanto a los límites de la autonomía de la voluntad en cada momento de la historia la “balanza se puede inclinar hacia el uno o hacia el otro polo”.

¹¹⁴I LUIS DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL 131 (1995). El profesor Díez-Picazo entendió que aunque existe la posibilidad de que la autonomía privada pueda crear nuevos derechos reales atípicos, no basta para ello la simple voluntad, la mera libertad o la pura apetencia, sino que es necesario de que existan otros controles sociales, entre los cuales identifica: el objeto, la forma y la publicidad.

¹¹⁵Para JOSÉ ANTONIO DORAL, LA NOCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO CIVIL 62 (Ediciones Universidad de Navarra 1967), el Orden Público trabaja desde una doble esfera, la primera como mecanismo sancionador de los actos jurídicos al declararlos como nulos cuando no responden a los intereses sociales imperantes y al mismo tiempo les da validez a ciertos hechos jurídicos como mecanismo para proteger ciertos principios jurídicos.

¹¹⁶José María de Prada González, *Patrimonios adscritos a fines*, 19 REV. JUR. DEL NOTARIADO 149-202, 184 (1992). Este autor entiende que es necesario que el ordenamiento reconozca ciertos atributos jurídicos a la constitución del patrimonio, de manera que justifiquen su existencia. Aunque explica que no está claro en ninguna de las regulaciones relativas a patrimonios separados, las normas relativas a la responsabilidad del Art. 1911 del Código civil. Esto, en ocasiones, permite que el tema pueda ser regulado por la libertad particular.

legal.¹¹⁷

El acreedor se considera como una parte débil, debido a que el sistema es deficiente en la provisión de recursos, que permitan la efectiva ejecución de sus intereses en el patrimonio del deudor. Por lo tanto, requiere de la previsión de otros recursos sustantivos que garanticen la satisfacción de su crédito. Esos remedios, según fueron previstos por el Derecho histórico¹¹⁸ civil, requieren de la nulidad de actos voluntarios que menoscaban la responsabilidad universal.¹¹⁹

En conclusión, la responsabilidad universal se interpreta como materia del Orden Público económico en ausencia de otros recursos procesales o sustantivos que permitan al acreedor la completa satisfacción de la deuda. También impide que se puedan reconocer cómo válidos, en el ordenamiento civilista clásico, negocios fiduciarios, como el *trust*, que permiten el diseño de un patrimonio separado por parte de su constituyente.¹²⁰

B. Derecho común

En contrapartida, los sistemas fundados en el *favor creditoris*, como Estados Unidos, se plantean otro tipo de remedios legales para proteger a los acreedores. Explica Lupoi que:

Equity does not recognize typified procedures remedies, and has not, therefore, developed a theory of actions, but Roman Law concepts, which extend dolus to any phase of the legal relationship, and exception to any kind of injustice, seem to mirror the framework which equity has developed in the course of the centuries.¹²¹

En las jurisdicciones del *Common law*, opera la *actio pauliana*, gobernada por los principios generales implantados por el *English Statutes of Frauds*, adoptado por el parlamento inglés en 1677 y que aún opera en casi todas sus jurisdicciones del *Common law*.¹²² Esta regulación establece que sean declaradas nulas las transmisiones fraudulentas que fueron hechas con la intención de ocultar o defraudar a los acreedores. Su efecto es retornar al patrimonio del deudor el bien transferido. Además, dispone de una serie de actos denominados *badges of fraud*, en los que se presumen como actos con ánimos fraudulentos, cuando:

¹¹⁷CÓD. CIV. PR art. 1811, 31 LPRA § 5171.

¹¹⁸La remisión de las teorías generales de los contratos desarrollada para interpretar el Código Civil Napoleónico. En su redacción original el artículo que disponía sobre el Orden Público era el núm. 9 y establecía que, “la infracción de las leyes que interesan al público no podrá ser amparada ni por convenios ni por desestimación”.

¹¹⁹El problema principal de esta interpretación reside en que “ningún texto jurídico ofrece una definición del contenido de la libertad de disposición; y los intentos doctrinales dirigidos a tal fin remiten a nociones como “la autonomía de la voluntad”, o “el orden público”, incurriendo en un círculo tautológico que nada aclara”. La anulación del laudo arbitral en la ley de 23 de diciembre de 2003, de arbitraje, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=93> (última visita 1 de octubre de 2006).

¹²⁰3-II PUIG BRUTAU, FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL 464 (Editorial Bosch 1988). “Al derecho continental le falta, por su propia estructura, la posibilidad de atribuir al fiduciario una propiedad que sea plena y, al mismo tiempo, el interés patrimonial en el mismo objeto le corresponda a otro titular”.

¹²¹MAURIZIO LUPOI, TRUST: A COMPARATIVE STUDY 20 (Cambridge University Press 2000).

¹²²En Estados Unidos las regulaciones sobre fraude son reguladas por el *Uniform Fraudulent Transfer Act* (UFTA) y el *Uniform Fraudulent Conveyance Act* (UFCA) y por las mínimas variaciones de estas regulaciones en los estados.

1. Se realiza una transmisión a un *relative*.¹²³
2. El deudor mantiene el control o posesión de la propiedad transferida,
3. La transmisión se realizó en secreto.
4. El deudor ha sido demandado o tiene pendiente una reclamación anterior a la transmisión.¹²⁴
5. El deudor dispone de todo o una parte sustancial de sus activos.¹²⁵
6. El deudor se oculta de sus acreedores.
7. El deudor oculta o remueve sus activos.

¹²³El término *relative* para mayor concreción y economía del lenguaje se entiende para efectos del Uniform Fraudulent Transfer Act:

Insider includes: (i) if the debtor is an individual, (A) a relative of the debtor or of a general partner of the debtor; (B) a partnership in which the debtor is a general partner; (C) a general partner in a partnership described in clause (B); or (D) a corporation of which the debtor is a director, officer, or person in control; (ii) if the debtor is a corporation, (A) a director of the debtor; (B) an officer of the debtor; (C) a person in control of the debtor; (D) a partnership in which the debtor is a general partner; (E) a general partner in a partnership described in clause (D); or (F) a relative of a general partner, director, officer, or person in control of the debtor; (iii) if the debtor is a partnership, (A) a general partner in the debtor; (B) a relative of a general partner in, a general partner of, or a person in control of the debtor; (C) another partnership in which the debtor is a general partner; (D) a general partner in a partnership described in clause (C); or (E) a person in control of the debtor; (iv) an affiliate, or an insider of an affiliate as if the affiliate were the debtor; and (v) a managing agent of the debtor.

Son particularmente sospechosas las transmisiones realizadas a miembros de la familia, según explica el Tribunal Apelativo del Segundo Circuito en *Feist v. Druckerman*, 70 F.2d 333, 334 (2do Cir. 1934):

In view of the false statement of (the insolvent) as to a vital matter and in view also of the transfer of property to his wife and son, all within six months of the filing of the petition in bankruptcy, there is some reason to hold that an inference of ‘actual intent’ to defraud creditors ‘as distinguished from intent presumed in law,’ should be drawn and that accordingly the conveyance.

¹²⁴En *In re Portnoy*, 201 B.R. 685 (1996), el deudor constituyó un *offshore trust* con sus activos, luego de que en una acción por incumplimiento en contra de su corporación se incluyera su patrimonio personal como parte de la masa sobre la que se ejecutaría la Sentencia. El deudor intentó declararse insolvente por falta de activos y el acreedor le solicitó al Tribunal que considerara su interés en equidad en el *trust* y no admitiera el procedimiento de concurso. El Tribunal resolvió a favor del acreedor, pues consideró probada la intención. Al igual, en *In re Stephan Jay Lawrence*, 238 B.R. 498 (1999), el deudor luego de una decisión arbitral que lo condenó a pagar una compensación equivalente a unos US \$20 millones, constituyó un *offshore trust*. El Tribunal Concursal declaró que la única intención en la creación del *trust* fue la de defraudar. Ordenó al *settlor* que repatriara los activos del *trust*. Ante la imposibilidad de esta operación lo condenó a prisión por desacato.

¹²⁵En Inglaterra el caso *In re Simms*, 2 Ch 22 20, January 17, 28 February 1930, indicó que: “The transfer by a debtor of substantially the whole of his property, whether by way of charge or by way of sale, constitutes an act of bankruptcy, if the necessary consequence of the transfer will be to defeat or delay his creditors.”

8. El valor adquirido mediante *consideration*¹²⁶ por el deudor es irrazonable¹²⁷ en consideración con el valor del activo transferido.

9. El deudor era insolvente al momento de realizar el acto de disposición.

10. La concurrencia del acto de la transferencia y del incumplimiento sustancial de las obligaciones del deudor.

Uno de los puntos más importantes es que el *English Statutes of Frauds* no distingue entre los acreedores presentes o futuros.¹²⁸

C. Derecho local

Aunque el Tribunal Supremo de Puerto Rico en Díaz Aponte v. Comunidad San José,¹²⁹ validó la teoría patrimonial atada al Art. 1811 del Código civil,¹³⁰ la protección de los intereses de los acreedores ante las declaraciones de insolvencia de los deudores se instrumenta a partir de la

¹²⁶El *Uniform Fraudulent Transfer Act* declara:

Fair consideration is given for property or obligation: (a) When, in exchange for such property or obligation, as a fair equivalent therefor and in good faith, property is conveyed or an antecedent debt is satisfied; or (b) When such property or obligation is received in good faith to secure a present advance or antecedent debt in amount not disproportionately small as compared with the value of the property or obligation obtained.

Unif. Fraudulent Transfer Act §3

Sobre lo que puede ser considerado como *fair consideration*, el Tribunal Federal de Apelaciones para el Tercer Circuito dispuso en que:

[i]n the District Court and in argument here some point was made that the assignment itself recited as consideration the payment of \$ 1 from Taub to Freitag. But clearly this was not meant to be and was not in fact the sole consideration for the assignment. The inclusion of the traditional nominal consideration may add nothing to the legal effect of the agreement, but it certainly does not detract. The agreement recites that it is in consideration of ‘one dollar in hand paid’ and in consideration of ‘mutual promises, covenants, and agreements herein made and to be kept.

Freitag v. Strand of Atlantic City, 205 F.2d 778 (3er Cir. 1953)

En el caso del trust se estableció que no era necesario que existiera *fair consideration* para que el negocio se considerara efectivo. El hecho de que el “settlor” reciba compensación por la transmisión es inmaterial. Hallowell Sav. v. Ticomb, 96 Me. 62 (Sup. Ct. Me. 1901). Puesto que por lo general el *trust*, surge como un acto de liberalidad del disponente donde no recibe por lo general ninguna compensación.

¹²⁷ Freitag v. Strand of Atlantic City, 205 F.2d 778, 784 (3er Cir. 1953):

Were the promises of Taub fair consideration for the assignment by Freitag? An executory promise may be very valuable. It may be ‘property’ and ‘fair consideration’ within the meaning of the Act. Moreover, the bona fides of the exchange must be determined in the light of the value of the property conveyed as well as the promise for which it was exchanged.

¹²⁸ La principal diferencia entre las jurisdicciones que tiene el Estatuto de Elizabeth y las que tienen *Uniform Fraudulent Conveyance/Transfer Act* es el periodo en que el acreedor tiene para presentar su reclamación. Mientras que el Estatuto de Elizabeth no reconoce ningún tiempo límite, el *Uniform Act* reconoce un periodo de cuatro años desde la realización de la transacción o un año desde el momento en que se conoce que se efectuó.

¹²⁹ Díaz Aponte v. Comunidad San José, 130 DPR 782 (1992).

¹³⁰ A través del Art. 1811 del CÓD. CIV. PR, 31 LPRA § 5171, se incorporó a nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial. El principio de la responsabilidad patrimonial “no es más que el término final de una larga evolución ... [respecto a] la condición del deudor, [que] ha sustituido la ejecución de la persona por la ejecución de sus bienes”.

Ley federal de quiebras.¹³¹ Por lo tanto, independientemente de la teoría de validez de patrimonios separados *ex lege*, nuestro sistema se rige por el *favor debitoris* y se reconoce el fideicomiso como forma de creación de universos económicos regidos por la autonomía de la voluntad.¹³²

V. Los registros públicos y los instrumentos negociables

Para explicar cómo influyen los registros en los sistemas civilistas, se recurre a su efecto en negocios jurídicos tal como los instrumentos negociables. Bajo esta premisa, se analizarán en dos situaciones las diferencias jurídicas entre ambos sistemas y su efecto en el Derecho local. La primera situación comprende los requisitos esenciales para la existencia del instrumento y la protección del tercero; y la segunda, las obligaciones exigibles a la presentación y el Registro de Bienes Inmuebles.

A. El respaldo material del instrumento

De nuevo, el *English Statutes of Frauds* tiene una notable influencia en el desarrollo de las Leyes de instrumentos negociables en el *Common law*. Una de sus principales premisas jurídicas es el *parol evidence rule*, que dispone que cierto tipo de acuerdos, como las promesas de pago, necesitan consignarse por escrito para poder ser exigibles.

En Estados Unidos, esta disposición permea el tratamiento otorgado a los instrumentos negociables en el artículo 3 del Código Uniforme de Comercio (UCC), el cual fue adoptado en Puerto Rico en 1995.¹³³ Según la Ley local de transacciones comerciales, un instrumento negociable es “una promesa o una orden incondicional de pagar una cantidad específica de dinero, con o sin intereses u otros cargos descritos en la promesa u orden”.¹³⁴

Lo antes dicho no es otra cosa que una promesa u orden efectuada por escrito, para pagar una cantidad de dinero a un individuo particular o a cualquiera que esté en posesión del documento de cobro. Esta promesa tiene que ser incondicional.¹³⁵ Esto significa que no puede estar sujeta a condiciones suspensivas o resolutorias, ni algún otro compromiso o instrucción por parte de la persona que promete.¹³⁶ Además, se exige que sea emitida por una cantidad de dinero fija, con o sin intereses u otros cargos,¹³⁷ pagaderos a quien porta el documento (portador)¹³⁸ o a un individuo

¹³¹ U.S. CONST. art. 1 § 8, cl. 4.

¹³² La Ley de fideicomisos puertorriqueña de 1925 es una copia de la Ley panameña de Alfaro. Su desarrollo jurídico presentó como una “institución de caracteres particulares que incorpora los principios del Trust anglosajón e intenta armonizarlos con nuestra tradición civilista”. Alvarez v. Sec. Hacienda, 78 DPR 412, 419-420 (1955).

¹³³ Ley de Transacciones Comerciales, Ley Núm. 208 de 17 de agosto de 1995 §§ 5-101, 19 LPRA § 401-2207 (enmendada en 21 de diciembre de 1995, Ley Núm. 244). Esta ley modificó la Ley Uniforme de Instrumentos Negociables que fue incluida en el Código de Comercio en 1932.

¹³⁴ *Id.* § 2-104, 19 LPRA § 504. Traducción del Artículo 3 del UCC § 3-104 (2010), “Negotiable Instruments: (a) negotiable instrument means an unconditional promise or order to pay a fixed amount of money, with or without interest or other charges described in the promise or order.”

¹³⁵ *Id.* § 2-106, 19 LPRA § 506.

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Id.* § 2-112, 19 LPRA § 512.

¹³⁸ Muñiz Figueroa v. Agosto Alicea, 118 DPR 753 (1987). Un documento pagadero al portador se negocia con la mera

determinado (orden),¹³⁹ y pagaderos a la presentación o a una fecha determinada.¹⁴⁰

De sus elementos jurídicos, se destacan, la exigencia de que sea por escrito y una protección jurídica a quien porta de buena fe el documento. El sistema norteamericano busca garantizar el tráfico económico y el cumplimiento de las obligaciones respaldadas por instrumentos negociables mediante una robusta protección al tenedor de buena fe. Esta protección es tan amplia que aun cuando la obligación principal se hubiese extinguido por pago,¹⁴¹ el tenedor que de buena fe confía en la autenticidad del documento podrá requerir el pago, sin que el deudor pueda levantar la defensa de extinción de la obligación.¹⁴²

Por otro lado, en España al igual que en Puerto Rico, la existencia de los contratos no depende de su forma.¹⁴³ En el ámbito de instrumentos negociables o títulos-valor¹⁴⁴ se mantiene la teoría de libertad de forma contractual y adopta un modelo novedoso de representación en el país Ibérico: las anotaciones en cuenta.¹⁴⁵ Este sistema busca la *desincorporación*¹⁴⁶ o *desmaterialización*¹⁴⁷ del instrumento y no protege a aquel tenedor de buena fe, sino a todos aquellos que confiaron en la exactitud del registro y adquieren su derecho de quien aparece como su titular.¹⁴⁸

En resumen, en el Derecho local, luego de la Ley de 1995, predominan las disposiciones del derecho común en materia de instrumentos negociables. Esto, no sólo se percibe en las características propias del instrumento, como el requisito de estar por escrito, sino también en

entrega, sin necesidad de endoso, por lo que la identificación del tenedor es indiferente.

¹³⁹ Ley de Transacciones Comerciales Ley Núm. 208 de 17 de agosto de 1995, § 2-109, 19 LPRA § 509 (2010).

¹⁴⁰ *Id.* § 2-108, 19 LPRA 508.

¹⁴¹ A no ser que la liberación provenga del Tribunal de Quiebras.

¹⁴² Ley de Transacciones Comerciales Ley Núm. 208 de 17 de agosto de 1995, § 2-302, 19 LPRA § 602 (2010).

¹⁴³ Es curioso que el Art. 82 del CÓD. COM. PR, 10 LPRA §1302, limitó el carácter probatorio de los contratos que excedan más de \$300.00 dólares cuando no son consagrados en un documento. Lo anterior, como explicó el Tribunal Supremo en Vila & Hnos., Inc. v. Owens Illinois, 117 DPR 825 (1986) citando a Garrigues implicó que si una de las partes alega la inexistencia del contrato por falta de forma, no procede su reclamación. Empero, si lo que se alega es una inexistencia absoluta del contrato, las partes no podrán acudir a prueba testifical para demostrar su existencia.

¹⁴⁴ Los títulos-valor han sufrido una copiosa formulación y reformulación legislativa en el ámbito español. Entre las normas dispuestas al respecto se encuentran el Decreto de 25 de abril de 1974, el Real Decreto de 3 de abril de 1987, la Ley 24/1988, de 28 de julio, el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, la Ley 19/1989, de 25 de julio, entre otras. Fue con la introducción de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (modificada por la Ley 22/2003, de 9 de julio Concursal) que se crean títulos particulares para el mercado hipotecario que “se emitirán y comercializarán con la denominación de Certificados de Transmisión Hipotecaria (C.T.H.)” (Ley 44/2002, Art. 15), con una estructura similar a la del pagaré en nuestro ordenamiento.

¹⁴⁵ Representación de valores por medio de anotaciones en cuenta, Art XI (R.D. 1992, 116) (España)(R.D. 1992, 116) (España). Sobre representación de valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles (Boletín Oficial del Estado, de 20 de febrero de 1992).

¹⁴⁶ José Cándido Paz-Ares Rodríguez, *La desincorporación de los títulos-valor (El marco conceptual de la anotación en cuenta)*, en EL NUEVO MERCADO DE VALORES: SEMINARIO SOBRE EL NUEVO DERECHO ESPAÑOL Y EUROPEO DEL MERCADO DE VALORES 90-99 (Colegios Notariales de España 1995).

¹⁴⁷ Las anotaciones de cuenta son el mecanismo técnico idóneo para la negociabilidad de las acciones en la bolsa. Sobre estudios de evolución del concepto puede consultarse Fernando Zunzunegui Pastor, *El valor anotado en cuenta y su régimen jurídico*, 56 REVISTA DE DERECHO BANCARIO Y BURSATIL 825 (1994).

¹⁴⁸ Representación de valores por medio de anotaciones en cuenta, Art. XI & XII (R.D. 1992, 116) (España) (R.D. 1992, 116) (España). La Ley establece tres tipos de registros: el del servicio de compensaciones y liquidaciones de valores, el de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Registro mercantil.

proteger a quien se encuentre en posesión del documento. Esto implica un sacrificio a otras disposiciones como el poderoso tercero registral de la Ley Hipotecaria.¹⁴⁹

B. El término para exigir la obligación

Un segundo aspecto es el término para exigir la obligación. Los instrumentos negociables pueden respaldar obligaciones exigibles a un término específico o cuando los solicite el acreedor. Estas últimas se denominan como exigibles *a la presentación*¹⁵⁰ y se crean por disposición expresa en el documento o cuando, como explica Lawrence: “The general intention of the parties to create demand instrument when they do not state a payment day. In other word, the demand nature of the instrument is implicit in the absence of express language creating an inference to the contrary”.¹⁵¹

Es necesario aclarar que, a diferencia de Estados Unidos, en España no existen títulos-valor exigibles a la presentación o, como se denominan en ese país, a primer requerimiento.¹⁵² Este tipo de obligaciones sólo se reconoce para cartas de patrocinio o confort, seguros de caución o pólizas de cobertura de riesgo de operaciones bancarias.

Al intentar reconciliar tales discrepancias en el ordenamiento local, el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha efectuado expresiones que requieren ser analizadas con cautela. En *Westernbank v. Registradora*¹⁵³ y su reconsideración,¹⁵⁴ nuestro alto foro acudió a la jurisprudencia y doctrina española para resolver un asunto relativo a incongruencias presentadas entre el instrumento negociable y la escritura de hipoteca. Este se resolvió por la teoría Registral, según se expone en el análisis del término para el año 2007-2008,¹⁵⁵ a pesar de que la Ley Hipotecaria local proviene de España. Al estar envuelto un asunto de instrumentos negociables exigibles a la presentación, no corresponde buscar la solución en dicho ordenamiento, ya que la misma Ley Hipotecaria le da supremacía a la Ley de Instrumentos Negociables.¹⁵⁶ Por lo que la sentencia “es contraria a Derecho y tiene una importante incidencia en el tráfico del negocio hipotecario en la Isla”.¹⁵⁷

VI. CONSIDERACIONES FINALES

¹⁴⁹ Ley Hipotecaria del Registro y de la Propiedad de 1979, Ley Núm. 198 del 8 de agosto de 1979, 30 LPRA § 2462 (1979 & Supl. 2008).

¹⁵⁰ Véase UCC § 3-108. Véase también STEPHEN C. VELTRI, THE ABCS OF THE UCC 19 (Section of Business Law, American Bar Association 2004).

¹⁵¹ WILLIAM H. LAWRENCE, UNDERSTANDING NEGOTIABLE INSTRUMENTS AND PAYMENT SYSTEM 32 (LexisNexis 2002).

¹⁵² Véase María Luisa de Pablo Varona, *Las garantías a primera demanda*, en CUADERNOS DE DERECHO Y COMERCIO 77-110, 79 (1999); Véase también Klaus Jochen Albiz Dohrmann, *Las bases dogmáticas de las garantías bancarias*, 72 REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO 636 (1996).

¹⁵³ *Westernbank v. Registradora*, 172 DPR 71 (2007).

¹⁵⁴ *Westernbank v. Registradora*, 174 DPR 779 (2008).

¹⁵⁵ Ana Cristina Gómez Pérez, *El Tribunal Supremo de Puerto Rico: Análisis del Término 2007-2008: Artículo: Derecho Registral Inmobiliario*, 78 REV. JUR. U.P.R. 411 (2009).

¹⁵⁶ Ley Hipotecaria del Registro y de la Propiedad de 1979, Ley Núm. 198 del 8 de agosto de 1979, 30 LPRA § 2462 (1979 & Supl. 2008).

¹⁵⁷ Gómez Pérez, *supra* nota 155.

Varias conclusiones se pueden percibir del enfrentamiento entre los sistemas jurídicos en Puerto Rico. La primera conclusión, sobre la discrepancia entre las fuentes de derecho se puede observar, al estudiar las organizaciones comerciales. Mientras la sociedad es conceptualizada como un *contrato* con amplia dependencia a la capacidad de los socios, la corporación se presenta más como una entidad jurídica con normas de gobierno interno que le permiten superar las desavenencias de sus accionistas. El régimen de responsabilidad es también otro punto de distanciamiento. En la sociedad tradicional los socios no pueden separarse de las obligaciones sociales, lo que contrasta con la corporación que se erige como una organización independiente con su propio sistema de responsabilidad. Finalmente, la jurisprudencia puede modelar las lagunas legales que se presenten en la corporación, lo cual le está vedado en la sociedad.

Sobre la misma premisa, las fuentes de derecho y la excesiva conceptualización del derecho civil, nos encontramos con que, en el Derecho civil, las transacciones comerciales las partes tienen poca maniobrabilidad para diseñar las relaciones garantizadas, siendo siempre necesario adaptarse a las figuras reguladas por el Derecho positivo. En contraste, la Ley de Transacciones Comerciales de raigambre en el derecho común, valida cualquier tipo de negocio confeccionado entre las partes y permite de esa forma que sea la práctica comercial quien modele este tipo de relaciones garantizadas en el ordenamiento.

La segunda conclusión se presenta al estudiar el curioso caso de Puerto Rico, en el cual subsisten el sistema civilista (*favor debitoris*) y el sistema común (*favor creditoris*). El sistema civilista está configurado por la protección de los acreedores como la parte contractual más débil, lo que invalida *ab initio* transmisiones a patrimonios separados al margen de la ley. Mientras que el sistema común implica que los recursos se encuentran dispuestos a favor de absoluta libertad contractual y la protección de los acreedores, sólo luego de la declaración de quiebra. No obstante, son los Tribunales de Quiebras Federales en donde se ejercitan los recursos en contra del deudor insolvente. Por lo tanto, es la doctrina del *Common law* la que prevalece en el tema.

Por último, las normas de instrumentos negociables presentan un interesante caso de estudio en materia de diferencias estructurales de los sistemas. En el derecho común se ha presentado una notada importancia a la existencia física del título y la protección a su portador. En contrapartida, en el derecho civilista hay una tendencia a su desmaterialización y a la protección de la fe pública en los registros. Esta discrepancia ha planteado interesantes conflictos en el ámbito local, los cuales tienen que ser resueltos por las teorías de derecho común.

Al analizar las premisas fundamentales de ambos ordenamientos y contrastarlas con lo que ocurre en el ordenamiento local, se presenta un interesante panorama. Por un lado, se mantienen las disposiciones clásicas del derecho civilista, como los Códigos y la Ley Hipotecaria. Por el otro lado, todas ellas se han visto afectadas por la introducción de leyes mercantiles provenientes de Estados Unidos. Alteraciones al sistema que han puesto en duda la rotunda aseveración de que Puerto Rico es una jurisdicción civilista.

EL VASO ESTÁ MEDIO LLENO: AGRO-ECOLOGÍA, ALIMENTACIÓN Y EL FUTURO

RAFAEL FERNÁNDEZ SOSA*

I.	Introducción.....	53
II.	ONU: Disponibilidad, Desarrollo económico y sostenibilidad.....	54
III.	El costo de hacer maíz: La agricultura convencional en contexto.....	59
	A. Estado de Situación de la Industria.....	59
	B. Daños a la Salud.....	63
IV.	Soltando los viejos demonios: Pasado y presente del agro en Puerto Rico.....	64
V.	No está fácil: La realidad de la producción local.....	69
VI.	El camino: La agricultura ecológica para Puerto Rico.....	73
VII.	La propuesta: Finca agro-ecológica económicamente rentable.....	80
VIII.	Conclusión.....	85

Despite a significant growth in food production over the past half-century, one of the most important challenges facing society today is how to feed an expected population of some nine billion by the middle of the 20th century. To meet the expected demand for food without significant increases in prices, it has been estimated that we need to produce 70 - 100 percent more food, in light of the growing impacts of climate change and concerns over energy security. It will also require finding new ways to remedy inequalities in access to food.

-Jules Pretty, et al.¹

Agroecology [is] a mode of agricultural development which not only shows strong conceptual connections with the right to food but has proven results for fast progressing the concretization of this human right for many vulnerable groups in various countries and environments. Moreover, agroecology delivers advantages that are complementary to better known conventional approaches such as breeding high-yielding varieties. And it strongly contributes to the broader economic development.

-Olivier De Schutter²

* Rafael Fernández Sosa. Universidad de Puerto Rico, Facultad de Derecho J.D. 2011. Universidad de Michigan, Ann Arbor. B.B.A. 2006. El autor quisiera agradecer a todos los agricultores, agricultoras, y propulsores de la agricultura del País, que tan gentilmente lo recibieron en sus casas y fincas y le demostraron que sí se puede hacer agricultura en Puerto Rico. Gracias también al Lcdo. Carlos Baralt por el apoyo y los valiosos comentarios y a Nicole Rivera, por su generosa colaboración en la etapa de pre-edición.

¹ Jules N. Pretty, William J. Sutherland & Jacqueline A. Ashby, *The Top 100 Questions of Importance to the Future of Global Agriculture*, 8 INT'L J. OF AGRIC. SUSTAINABILITY, no. 4, 219, 220 (2010).

² De Schutter, Special Rapporteur on the Right to Food, *Report Submitted by the Special Rapporteur on the Right to Food*, ¶ 2, U.N. Doc. A/HRC/16/49, (Dec. 20, 2010).

I. INTRODUCCIÓN

La situación alimentaria en Puerto Rico está marcada por la dependencia extrema en importaciones de alimentos y la predominancia de establecimientos de comida rápida, los cuales han protagonizado una alarmante epidemia de obesidad y problemas de salud pública. El sector agrícola se ha postergado, con una producción mínima. Esto nos coloca en una posición muy vulnerable ante un panorama alimentario problemático e incierto. Sin embargo, este cuadro no genera gran preocupación en el liderato político del país ni en la mayoría de la población. Por ello, este artículo tiene dos propósitos fundamentales: primero, llenar el vacío de información existente haciendo una exposición detallada del estado de la agricultura y la alimentación a nivel local y mundial; y segundo, proponer la viabilidad e idoneidad de un modelo alternativo - el de la finca agro-ecológica - económicamente rentable, como vehículo para enfrentar las deficiencias que caracterizan al sistema agro-alimentario puertorriqueño que habremos descrito.

El análisis conlleva como marco conceptual la discusión de los tres objetivos principales establecidos por la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, “las Naciones Unidas” o “la ONU”) para que toda cadena de alimentos garantice el derecho a la alimentación, contrastando ello con la situación actual en la Isla. Éste hace manifiesto, no sólo nuestra incapacidad alimentaria, sino también de las serias dificultades que experimenta el sistema global de abastecimiento y producción de alimentos del cual dependemos: un complejo agro-industrial basado en el uso extensivo de químicos y combustibles fósiles que conlleva costos ambientales y sociales significativos. Hay quienes cuestionan la capacidad de este sistema para lidiar con los retos que presentan la crisis energética y una población que llegará a nueve mil millones en el 2045.

Aplicar el esquema comparativo nos obliga a impugnar la ausencia de una política pública coherente a nivel local. Proyectos dudosos como la permute de terrenos de la Estación Experimental de Gurabo para proyectos de energía eólica en tierras agrícolas de gran importancia, demuestran falta de compromiso y dirección. Es igualmente cuestionable la promoción de la producción de semillas transgénicas para la exportación en nuestros mejores terrenos. Todo lo anterior implora a la búsqueda de soluciones acertadas en un estudio objetivo del problema alimentario y las necesidades ambientales, económicas, sociales y de salud del País.

Luego, como solución a la crisis alimentaria en Puerto Rico, nos suscribimos a un modelo alternativo: el de la agricultura ecológica o agroecología. Éste ha sido adoptado por las Naciones Unidas así como por un creciente y diverso número de expertos y organizaciones internacionales y no-gubernamentales. Como parte de ese debate, estudiaremos la insaciable demanda por productos orgánicos, tanto a nivel local como internacional, y las ventajas que le proveen al agricultor puertorriqueño.

Nuestra propuesta de la finca agro-ecológica, económicamente rentable, está basada en la idea de que la rentabilidad económica tiene que ser el punto de partida para la planificación de cualquier emprendimiento agrícola o propuesta agro-alimentaria. Además, incorpora una visión práctica e integrada del ordenamiento agrícola existente. Asimismo, la propuesta busca aprovechar las ventajas que otorga el derecho corporativo en el desarrollo de estrategias sofisticadas de manejo de riesgo.

Todos estos ingredientes se unen para producir un modelo replicable, exitoso y sobre todo apto

de potencializar el paradigma agrícola basado en la agro-ecología y las oportunidades para mercadear productos orgánicos a nivel local e internacional. Será mediante esta dinámica - de finca en finca - mediante la producción consistente, que Puerto Rico podrá transformar su realidad agro-alimentaria.

II. ONU: DISPONIBILIDAD, DESARROLLO ECONÓMICO Y SOSTENIBILIDAD

Las deficiencias y retos del sistema alimentario afectan una de las necesidades más fundamentales del ser humano: la alimentación. Dicha necesidad ha sido reconocida como derecho al incorporarse dentro de la Carta de Derecho Humanos y otros tratados de Derecho Internacional. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha delegado en el Reportero Especial sobre el Derecho a la Alimentación la responsabilidad de establecer las obligaciones mínimas exigidas a cada estado. El último informe, con fecha del 20 de diciembre del 2010, dispone los objetivos básicos, así como un camino sensible para su realización.³ Por primera vez la ONU incorpora la agro-ecología como parte de su agenda alimentaria.

El derecho a la alimentación requiere proveer a todo individuo la posibilidad de obtener alimentos; sea a través de sus propios esfuerzos de producción o extracción, o mediante la compra de estos.⁴ A tono con esta premisa y con obligaciones asumidas por los estados en tratados internacionales referentes al derecho a la alimentación, los sistemas alimentarios deben cumplir tres propósitos principales: disponibilidad, desarrollo económico y sostenibilidad. Estos objetivos proveen el estándar jurídico al cual compararemos la situación local. Por lo tanto, antes de entrar a discutir la situación de Puerto Rico es necesario hacer una aproximación inicial al funcionamiento del esquema global.

En primer lugar, tiene que haber alimento disponible para todos. Es decir, la oferta tiene que igualar la demanda. La oferta no es cualquier alimento; la seguridad alimentaria implica proveer alimentos sanos y nutritivos que le permitan al individuo vivir una vida activa y saludable.⁵ De entrada advertimos que el sistema actual no cumple con este requisito; hecho que debe ser punto de partida de cualquier propuesta alimentaria, ya sea a nivel local o global. Mientras que una de cada de siete personas en el mundo sufren de malnutrición, igual número están en sobrepeso.⁶ Existe alimento para toda la población, pero las deficiencias estructurales impiden su acceso. Para empezar, el 50% de la producción mundial de cereales, cantidad que pudiese cubrir la necesidad calórica de 3.5 billones de personas, es usada como alimento de animales para consumo humano.⁷ Por otro lado, ineficiencias en el sistema generan desperdicios masivos de comida, equivalentes a entre 30% y 40% del alimento producido.⁸ En el caso de los países en vías de desarrollo, las pérdidas de frutas y vegetales se atribuyen principalmente a la falta de almacenamiento adecuado, aunque cosechas no realizadas y pérdidas a causa de plagas y patógenos, también juegan un papel

³ *Id.*

⁴ *Id.* en la pág. 4.

⁵ *Trade, Foreign Policy, Diplomacy, and Health Glossary: Food Security,* WHO, <http://www.who.int/trade/glossary/story028/en/> (última visita 9 de enero de 2012).

⁶ H. Charles J. Godfray et al, *The Future of the Global Food System*, 365 PHIL. TRANS. R. SOC. B 2769, 2769 (2010).

⁷ De Schutter, *supra* nota 2, a la pág. 4.

⁸ H. Charles J. Godfray et al., *Food Security: The Challenge of Feeding 9 Billion People*, 327 SCI., 812, 816 (2010).

importante.⁹

Por otra parte, en países desarrollados las pérdidas son mayormente post-compra; precipitadas por pobres hábitos de consumo, fruto de un sistema ineficiente en el uso de recursos. Este fenómeno ha exhibido alzas dramáticas en años recientes.¹⁰ Acostumbrado a comida relativamente barata, el consumidor tiene pocos incentivos para evitar el desperdicio, mientras que su alta expectativa de calidad comestible provoca que muchos detallistas eliminen productos con pocos desperfectos cosméticos.¹¹ La industria también posibilita el desperdicio basándose en ofertas tipo *super-sized* o agrandadas y *compre una, llévese una gratis* como estrategias de mercadeo.¹² La sobre-dependencia en las fechas de expiración dentro del tema de la inocuidad del alimento, producto de litigación excesiva, resulta en que se elimine comida que aún se puede consumir.¹³ Esta mirada al escenario global muestra el elemento de disfuncionalidad que acompaña al sistema alimentario.

El segundo objetivo está relacionado a otros derechos que vinculan a los estados y se refieren a uno de los grandes problemas de la humanidad y factores determinantes de calidad de vida: la pobreza. El sistema alimentario debe desarrollarse de manera que sea capaz de mejorar la calidad de vida de los pequeños terratenientes y campesinos. En la actualidad, el hambre se atribuye no a la insuficiencia en la oferta si no a la pobreza. Por lo tanto, incrementar los ingresos de los más pobres es la mejor manera de combatirla.¹⁴ Datos del Banco Mundial revelan que alzas del Producto Nacional Bruto (“PNB”) originadas en la agricultura son por lo menos doblemente más efectivas en reducir la pobreza, que aquellas originadas por otros medios.¹⁵ A su vez, los efectos multiplicadores son más altos cuando son desencadenados por ingresos mayores de pequeños terratenientes,¹⁶ frente a grandes latifundios, donde usualmente son gastados en bienes importados y pocas veces permean el comercio local.¹⁷ Únicamente apoyando el pleno desarrollo agro-económico de este grupo se podrá romper el ciclo vicioso que es la pobreza,¹⁸ y tener alguna posibilidad de cumplir con el objetivo del Desarrollo del Milenio de la ONU de reducir la misma a la mitad para el 2015 al igual que con otras obligaciones internacionales.¹⁹

En tercer lugar, tanto la agricultura como la cadena de alimentos tienen que ser sostenibles. Es decir, no pueden comprometer las necesidades futuras de alimentación por cumplir con las actuales.²⁰ La sostenibilidad implica el uso de recursos a un ritmo que no sobrepase la capacidad del planeta de re-emplazarlos, o regenerarlos.²¹ En tanto, la dependencia en insumos no-renewables, a pesar de que sean necesarios a corto plazo, en períodos de transición es, por

⁹ De Schutter, *supra* nota 2, en la pág. 4.

¹⁰ Godfray et al., *supra* nota 8, en la pág. 816.

¹¹ *Id.*

¹² *Id.*

¹³ *Id.*

¹⁴ De Schutter, *supra* nota 2, en la pág. 5.

¹⁵ *Id.* en la pág. 6.

¹⁶ *Id.* en la pág. 5.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Pretty et al., *supra* nota 1, en la pág. 220.

²⁰ De Schutter, *supra* nota 2, en la pág. 5.

²¹ Godfray et al., *supra* nota 8, en la pág. 814.

definición, insostenible.²² Ya es reconocido que el sistema actual no satisface este estándar, conllevando externalidades significativas que incluyen la emisión de gases de invernadero, la contaminación de cuerpos de agua y acuíferos por la escorrentía de químicos, agotamiento de fuentes de agua por sobreuso, degradación de suelos y pérdida de bio-diversidad, entre otros perjuicios ambientales.²³ Esta combinación de factores crea una cadena de problemas que requieren la transformación radical de la agricultura mundial - y la manera que el alimento es producido, almacenado, procesado y distribuido - en una escala similar a los que se ocurrieron en la Revolución Industrial y Agrícola del siglo XVIII y XIX y la Revolución Verde del siglo XX.²⁴ El propósito no es meramente maximizar el rendimiento de la alimentación, sino optimizarlo a través de un complejo panorama de producción, desarrollo rural, protección ambiental y justicia social.²⁵ La crisis alimentaria del 2008 - marcada por alzas dramáticas en los precios de alimentos y disturbios civiles alrededor del mundo - dejó entrever los resultados que el esquema actual produce y los riesgos que la humanidad enfrenta, eventos que serán comunes en este volátil periodo.²⁶

Regresando a nuestra discusión sobre Puerto Rico, vemos que los tres objetivos establecidos por la ONU están muy lejos de nuestra realidad. El País no está exento de las dificultades alimentarias experimentadas alrededor del mundo, un hecho camuflado por su desarrollo económico-histórico y la estrecha relación comercial con los Estados Unidos. Al igual que muchos otros países, Puerto Rico tiene que importar la gran mayoría de los alimentos que sus residentes consumen. Esta dependencia es una muy marcada, de más del 80% del consumo,²⁷ y que probablemente se acerca a un 90% o 92% del consumo.²⁸ Por lo tanto debemos partir del siguiente entendimiento básico: el sistema alimentario en Puerto Rico no cumple con los objetivos que establece la ONU para garantizar el derecho a la alimentación ya que la disponibilidad de alimentos locales es mínima, supliendo entre un 8% y 10% del consumo.²⁹

La huella de carbón resultante de los 4,400 kilómetros que en promedio navega cada pieza de alimento que llega a la Isla es insostenible.³⁰ Esto mantiene la disponibilidad y costo del alimento a la merced de la variabilidad en los suministros de petróleo y los mercados internacionales. Durante la década pasada, la Dra. Vivian Carro intuía:

[I]f there is no local production there is no leverage to control the price of imports and given the instability of global markets, this does not foretell greater availability of these items at a lower price in Puerto Rico, which in the process is losing completely the minimum food security it had managed to retain.³¹

²² *Id.*

²³ *Id.*

²⁴ *Id.* en la pág 812.

²⁵ Pretty et al., *supra* nota 1, en la pág 221.

²⁶ Godfray et al., *supra* nota 8, en la pág. 812.

²⁷ Myrna Comas Pagán & Julia Sagebien, *Robustecer la cadena de suministro ante el cambio climático*, 84 HARV. BUS. REV. AMÉRICA LATINA, no. 10, 34, 41 (2009).

²⁸ SADHU GOVARDHAN, ORO VERDE: SECURING THE FUTURE OF OUR FOOD, Introducción (Antillian University Press 2007).

²⁹ *Id.*

³⁰ Comas & Sagebien, *supra* nota 27, en la pág. 42.

³¹ Vivian Carro Figueroa, *Agricultural decline and food import dependency in Puerto Rico: A historical perspective on the outcomes of post-war farm and food policies*, 30 CARIBB. STUD., no. 2, 77, 99 (2002).

El riesgo siempre latente de desastres naturales como huracanes y terremotos,³² añade una variante preocupante.³³ Los expertos estiman que de paralizarse el puerto de San Juan, por donde entra virtualmente todo producto a la isla, sólo habría víveres para catorce días.³⁴ La experiencia de escasez que significó el paso del huracán Georges, que dejó al puerto fuera de servicio por una semana, expuso esta vulnerabilidad.³⁵ Por último, recordemos que la disponibilidad de alimento - de acuerdo a la ONU - también requiere su calidad y salubridad.³⁶ La cadena alimentaria de Puerto Rico está basada en el consumo de productos procesados obtenidos en supermercados y establecimientos de comida rápida, que son en general de pobre calidad nutricional y conllevan perjuicios considerables a la salud pública.³⁷ De acuerdo a un estudio, casi 26% de los niños puertorriqueños están sobre peso³⁸ y se estima que para el año 2040, un 80% de la población puertorriqueña estará obesa o en riesgo de obesidad.³⁹

La inseguridad alimentaria de Puerto Rico fluye de su incapacidad de forjar un sector productor durante la segunda mitad del siglo XX. Es de esperarse, pues que el desarrollo económico a raíz de la agricultura, particularmente para los productores pequeños y medianos, sea pobre y que tampoco cumpla con el segundo objetivo establecido por la ONU.

Puerto Rico se destaca por tener uno de los porcentajes más bajos de agricultura como porcentaje total de su economía en el mundo.⁴⁰ Del 1950 al 1980 el porcentaje de terrenos dedicados a la agricultura se redujo de un 82% a un 48%.⁴¹ Esta tendencia ha continuado pues del 2002 al 2007 se registró una merma de aproximadamente 19%.⁴² Correlativamente, los pueblos del centro montañoso de la Isla, que tradicionalmente han dependido de economías agrarias, son de los más pobres de la Isla.⁴³

Por último, el tercer objetivo que establece la ONU requiere la utilización de prácticas que no comprometan la capacidad productiva actual y futura de los suelos. El gobierno de Puerto Rico ha basado su estrategia agrícola, así como la orientación de sus programas de investigación y educación, en el modelo convencional a partir del uso de químicos. Esto a pesar del gran arraigo de técnicas sustentables en el modelo productivo tradicional, ejemplificado por el café cultivado a

³² Dr. Wilson González, *Riesgos Ambientales*, EL NUEVO DÍA, 12 abril 2010, en la pág. 76.

³³ Carro Figueroa, *supra* nota 31.

³⁴ Comas & Sagebien, *supra* nota 27, en la pág. 42.

³⁵ *Id.*

³⁶ *Trade, Foreign Policy*, *supra* nota 5.

³⁷ Una encuesta de la firma AC Nielsen del 2005 reveló que 87% de los entrevistados frecuentaban estos establecimientos a menudo, otro estudio del 1996 de *Caribbean Business*, encontró que en promedio una familia hacia 5.7 visitas semanales a estos establecimientos. Taína Rosa, *Puerto Rico's Appetit for Convenience*, CARIBBEAN BUSINESS, 28 de julio de 2005, en la pág. 14.

³⁸ *Id.*

³⁹ Gerardo Alvarado, *Una isla de obesos*, EL NUEVO DÍA, 13 marzo 2010, en la pág. 35.

⁴⁰ Govardhan, *supra* nota 28, introducción.

⁴¹ AMY GUPTILL, INFERTILE GROUND: THE STRUGGLE FOR A NEW PUERTO RICAN FOOD SYSTEM, EN THE FIGHT OVER FOOD: PRODUCERS, CONSUMERS, AND ACTIVISTS CHALLENGE THE GLOBAL FOOD SYSTEM, 209 (Wynne Wright & Gerard Middendorf eds., 2008).

⁴² U.S.D.A., 2007 *Census of Agriculture, Farms, Land in Farms, Farms by Size, Tenure of Principal Operator, and Type of Organization*, Table 1, disponible en http://www.agcensus.usda.gov/Publications/2007/Full_Report/Puerto_Rico/index.asp

⁴³ Sandra Caquías Cruz, *Pueblos que pasan las de Caín*, EL NUEVO DÍA, 24 abril 2011, en la pág. 23.

sombra, en las haciendas del siglo diecinueve.⁴⁴ Como resultado, la poca agricultura que se practica en Puerto Rico no es sostenible.

En tiempos recientes el gobierno ha estableciendo como política pública atraer a compañías multinacionales del campo de la biotecnología para que desarrollen proyectos de experimentación y producción de semillas genéticamente modificadas para la exportación.⁴⁵ Un desarrollo elogiado por el principal periódico del país⁴⁶ y apoyado por ambos partidos políticos principales.⁴⁷ Este sector ha encontrado en Puerto Rico las condiciones políticas y climatológicas idóneas para su crecimiento y en poco tiempo han elevado su producción a seis mil cuerdas.⁴⁸ Este hecho ha puesto a nuestra jurisdicción entre las primeras cinco jurisdicciones en todos los Estados Unidos en pruebas de campo de estos productos genéticamente modificados.⁴⁹

Sin embargo, esta tendencia tiene serias consecuencias ambientales que no se justifican, como lo son la degradación ambiental, la proliferación de plagas resistentes a químicos y la contaminación genética, entre otras. También actúa en contra de la seguridad alimentaria del país, acaparando terrenos de alto valor agrícola que pudiesen producir alimentos para el consumo local, y hace a Puerto Rico cómplice de uno de los temas más controversiales y problemáticos del debate alimentario.⁵⁰ Los organismos genéticamente modificados (en adelante, “OGMs”) son prohibidos o severamente limitados en más de treinta países, entre estos los países que componen la Unión Europea, Australia y Japón.⁵¹ En los Estados Unidos se autorizó el uso de OGM sin estudios independientes, utilizando únicamente los estudios de las mismas corporaciones.⁵² Por otro lado, las diez compañías más grandes de semillas controlan sobre dos tercios del mercado mundial.⁵³ Una sola - Monsanto - es dueña de las patentes de 87% de las semillas genéticamente modificadas, lo que llevó al Departamento de Justicia a lanzar una investigación de prácticas monopolísticas.⁵⁴ De acuerdo al Departamento de Agricultura de los Estados Unidos al 2009, 93% de la soja, 93%

⁴⁴ NELSON ÁLVAREZ FEBLES, ET. AL., LA TIERRA VIVA: MANUAL DE AGRICULTURA ECOLÓGICA 164 (Fideicomiso de Conservación 2010) (1994).

⁴⁵ Ley de Promoción y Desarrollo de Empresas de Biotecnología Agrícola de Puerto Rico, Ley Núm. 62 de 10 de agosto de 2009, 5 LPRA §§ 4701-4706 (2009), disponible en <http://www.lexjuris.com/lexlex/Leyes2009/lex12009062.htm>; Para más información véase también: Eliván Martínez, *El Experimento Caribeño de Monsanto*, CENTRO DE PERIODISMO INVESTIGATIVO, 18 de noviembre de 2011, Disponible en: http://cpipr.org/inicio/index.php?option=com_content&view=article&id=268:borinquen-paraiso-de-monsanto&catid=58:actualidad&Itemid=105

⁴⁶ Aura N. Alfaro, *Germina la Innovación*, EL NUEVO DÍA, 7 de febrero de 2010, en la pág.8, sección Negocios Domingo.

⁴⁷ Carmelo Ruiz Marrero, *Puerto Rico: La Bio-Isla*, ECOPORTAL.NET (2 de Febrero del 2009), http://www.ecoportal.net/Temas_Especiales/Transgenicos/puerto_rico_la_bio_isla.

⁴⁸ Eliván Martínez, *supra*, nota 45.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ Para un resumen de la literatura *peer-reviewed* sobre el tema: *About GMOs: Frequently Asked Questions*, NON GMO PROJECT, <http://www.nongmoproject.org/industry/about-gmos/> (última visita 10 de enero de 2012); Véase también <http://www.nongmoproject.org/common/about-gmos/gm-crops-just-the-science/>.

⁵¹ *Id.*

⁵² *Id.*

⁵³ *Who owns nature? Corporate Power and the Final Frontier in the Commoditization of Life*, ETC GROUP (NOVIEMBRE 2008), <http://www.etcgroup.org/en/node/707>.

⁵⁴ Carey Gillam, *DuPont Urges U.S. to Curb Monsanto Seed Monopoly*, REUTERS (8 de enero de 2010), <http://www.reuters.com/article/2010/01/08/monsanto-antitrust-idUSN087196620100108>.

del algodón y 86% del maíz crecido en los Estados Unidos es genéticamente modificado.⁵⁵ En estos momentos las dudas sobre la salubridad⁵⁶ de estos organismos así como de la solidez de los resultados de campo vis-a-vis las promesas de las compañías persisten.⁵⁷ Por último, ha surgido un movimiento para exigir que los alimentos que contengan estos elementos sean etiquetados como tal, lo que sus creadores se niegan a hacer.⁵⁸ De acuerdo al Grocery Manufacturer's Association, el 80% de los productos procesados en los Estados Unidos y Canadá obtenidos en supermercados contienen OGMs.⁵⁹

III. EL COSTO DE HACER MAÍZ: LA AGRICULTURA CONVENCIONAL EN CONTEXTO

A. Estado de situación de la industria

No se puede separar la política pública en torno a la agricultura en Puerto Rico del amplio ordenamiento que rige el sistema mundial de abastecimiento de alimentos. La producción de semillas genéticamente modificadas coloca a la Isla en el comienzo de una larga y compleja cadena agro-industrial. Este sistema toma un limitado número de semillas (principalmente de maíz, trigo y soja), le añaden gran cantidad de derivados de combustibles fósiles (fertilizante, pesticidas, herbicidas y fungicidas) y las cosechan con maquinaria pesada. En lo que respecta al maíz, este luego se traslada a uno de dos lugares, 60%⁶⁰ va a alguno de los miles de *Centralized Animal Feeding Operations* (C.A.F.O.),⁶¹ donde se convierten en el alimento de los treinta y cinco millones de vacas,⁶² cien millones de cerdos⁶³ y ocho mil millones de pollos⁶⁴ que se matan cada año en los Estados Unidos. El restante 40% se transforman en productos procesados, que se consumen en establecimientos de comida rápida y supermercados.⁶⁵

El primer eslabón de esta cadena que lleva alimento a las mesas es el maíz. Se dice que la cadena alimenticia está cimentada sobre una base de maíz por razones prácticas, históricas y económicas. El mismo es cultivado y cosechado en cantidades tan prodigiosas que ha venido a

⁵⁵ *About GMOs*, *supra* nota 50.

⁵⁶ David Derbyshire, *Fears Grow as Study Shows Genetically Modified Crops can Cause Liver and Kidney Damage*, DAILY MAIL UK (21 de enero de 2010), <http://www.dailymail.co.uk/news/article-1244824/Fears-grow-study-shows-genetically-modified-crops-cause-liver-kidneydamage.html>.

⁵⁷ Véase, Simon L Zeller et al., *Transgene x Environment Interactions in Genetically Modified Wheat*, PLOS ONE (12 de julio de 2010), <http://www.plosone.org/article/info:doi/10.1371/journal.pone.0011405>.

⁵⁸ Véase, www.nongmoproject.com.

⁵⁹ Emily Main, *How Common is Genetically Altered Food?*, RODALE NEWS, 4 de octubre de 2010. <http://www.rodale.com/genetically-modified-organisms-foods>.

⁶⁰ MICHAEL POLLAN, OMNIVORE'S DILEMMA: A NATURAL HISTORY OF FOUR MEALS 64 (Penguin Press 2006).

⁶¹ <http://www.epa.gov/region7/water/cafo/index.htm> (De acuerdo a la Agencia de Protección Ambiental (EPA) estos son: "agricultural operations where animals are kept and raised in confined situations. CAFO's congregate animals, feed, manure and urine, dead animals, and production operations on a small land area. Feed is brought to the animals rather than the animals grazing or otherwise seeking feed in pastures, fields, or on rangeland").

⁶² *Livestock Slaughter 2010 Summary*, U.S.D.A./N.A.S.S., en la pág. 6, (abril 2011), disponible en <http://usda.mannlib.cornell.edu/MannUsda/viewDocumentInfo.do?documentID=1097>.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Poultry Slaughter 2010 Summary*, U.S.D.A./N.A.S.S., en la pág. 2, (febrero 2011), disponible en <http://usda.mannlib.cornell.edu/MannUsda/viewDocumentInfo.do?documentID=1497>.

⁶⁵ POLLAN, *supra* nota 60.

dominar la cadena de valor alimentaria, orientando su producción a aquellos que puedan ser desarrollados a partir de éste.⁶⁶ La comida procesada ha sido la respuesta del sistema al problema que representa los diez mil millones de *bushels*⁶⁷ que se producen anualmente en los Estados Unidos. Esto es un problema, porque su producción excede por mucho lo que puede naturalmente consumir el mercado norteamericano, lo que resulta en una búsqueda de usos y compradores, la *raison d'être* del conglomerado agro-industrial. La mina del maíz es esencial para resolver otra exigencia del sistema impuesta por los mercados de valores: que las ganancias de la industria crezcan más rápido que las de la población.⁶⁸

Este resultado tan disfuncional era de esperarse y proviene de una de las más sagradas esferas de la política pública norteamericana.⁶⁹ La política agrícola de los Estados Unidos en los últimos cuarenta años ha estado orientada a producir la cantidad máxima de los llamados cultivos básicos (*commodity crops*). El gobierno le otorga a cada agricultor un subsidio ilimitado a todo lo que éste cosecha.⁷⁰ Invariablemente, este sistema crea un espiral de sobreproducción, introduciendo economías que ignoran preceptos clásicos de oferta y demanda, y acaban lacerando las economías de las unidades agrícolas como fue el caso de Crisis Granjera (*Farm Crisis*) de los 1980s.⁷¹ Como explica el *Naylor Curve*:⁷²

Farmers facing lower prices have only one option if they want to be able to maintain their standard of living, pay their [b]ills, and service their debt, and that is to produce more. (...) If the price of corn falls, the only way to stay even is to sell more corn. Naylor says that farmers desperate to boost yield end up degrading their land, plowing and planting marginal land, applying more nitrogen - anything to squeeze a few more bushels from the soil. Yet the more bushels each farmer produces, the lower the prices go, giving another turn to the perverse spiral of overproduction.

La llamada Revolución Verde estableció su garra sobre la manera de producir alimentos en las décadas que siguieron a la Segunda Guerra Mundial y consolidó su dominio a finales del siglo XX y el comienzo del actual. Entre los elementos que se dieron para configurar el sistema, la figura del presidente Nixon es importante.⁷³ Durante su incumbencia se eliminó la política pública de

⁶⁶ *Id.* en la pág. 62.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.* en la pág 117.

⁶⁹ Véase <http://farm.ewg.org/summary.php>, del Environmental Working Group para una introducción muy buena de este complejo tema. Esta ONG estima que del 1995 al 2009, se pasó casi un cuarto de un billón de dólares al sector.

⁷⁰ Pollan, *supra* nota 60, en la pág. 61. El Departamento de Agricultura Federal provee dos subsidios directos. Uno, de \$0.28 el *bushel* no importa el precio del mercado y el segundo, si el precio esta por debajo del precio oficial establecido (*target price* o *loan rate*) equivalente a la diferencia entre el *loan rate* y el precio obtenido.

⁷¹ Bob McBride, *Broken Heartland: Farm Crisis in the Midwest*, THE NATION (8 de febrero de 1986), en las págs. 132-133.

⁷² Pollan, *supra* nota 60, en la pág. 54.

⁷³ Pollan, *supra* nota 60, en las págs. 51-52, (En el 1973 este se enfrentó a una auténtica crisis alimenticia. La inflación récord en la cesta básica resultó en titulares como, “*Why a Food Scare in a Land of Plenty?*,” protestas de amas de casa en supermercados, e inclusive eventos tan insólitos como la aparición de carne de caballo en algunos establecimientos. Esto llevó a Nixon a instruir a su Secretario de Agricultura, Earl Butz, un agro-economista de la Universidad de Purdue, a resolver, reinventar e industrializar el sistema alimentario norteamericano. El plan de Butz se basaba en cultivos básicos (*commodities*) baratos, eliminando el sistema de precios mínimos, préstamos y reservas de granos de la era del Nuevo Trato Roosevelt que aseguraba la estabilidad de precios y mercados tanto en buenos

control de precios y estabilidad en los mercados del Nuevo Trato a favor de la *comoditización* y la producción en monocultivos e impulsó agresivamente la industrialización del sector. Poco a poco las fincas se fueron haciendo más grandes y fueron reduciendo la diversidad de su producción.⁷⁴ Eventualmente, lo que tenía más sentido era tener fincas dedicadas exclusivamente a la crianza de animales: los engordes a corral (*feedlots*).⁷⁵

La mono-cultivación de los componentes de la finca fluyó naturalmente de su industrialización. Este proceso a su vez coincidió con el surgimiento y consolidación de la industria de comida rápida como jugador dominante en el sistema. El empuje por la eficiencia, la automatización y la minimización de costos, comenzó a instalarse en todos los sectores de la producción de alimentos.⁷⁶ Las cadenas de restaurantes “de comida rápida” (*fast foods*) se fueron convirtiendo en el mayor comprador de carne, papas, lechuga y tomate del mundo. Por ejemplo, en la actualidad cuatro compañías controlan el 80% del procesamiento bovino (en los 1970s los primeros cinco tenían sólo el 25%), y sólo trece mataderos se encargan de casi toda la carne del país (de 10,000 en los 1970s).⁷⁷

En las fincas, la historia se repite; del 1900 al 2000, el número de fincas disminuyó por un 63% mientras que el tamaño por unidad promedio creció en un 67% y la distribución de cultivos se redujo de cinco a uno.⁷⁸ No es de sorprender que el *Environmental Working Group* (E.W.G.), reportara que del 1995 al 2009, el 10% de las fincas que más subsidios federales agrícolas recibieron, se llevaron el 74% de los fondos distribuidos.⁷⁹ Por otro lado y como mencionado anteriormente, diez compañías de semillas controlan sobre dos tercios del mercado mundial.⁸⁰ Recordemos que una sola - Monsanto - es dueña de las patentes de 87% de las semillas genéticamente modificadas, hecho que llevó al Departamento de Justicia a lanzar una investigación de prácticas monopolísticas.⁸¹ En fin, la industrialización y la proliferación de mercados de comida rápida dentro de la cadena alimentaria - procesos a la vez conjuntos y paralelos- cambiaron todo.

Al colocar el sistema agro-industrial en contexto, hay que examinar su dependencia en el petróleo, otros combustibles fósiles y la huella de carbón resultante. El modelo agrícola-industrial a base de agro-químicos que domina el 99.1% de los terrenos cultivados mundialmente⁸² es inútil sin los insumos derivados de fuentes fósiles, los cuales forman parte integral de todos sus principales procesos: siembra, control de plagas, irrigación y cosecha. Por otro lado, la difusa

(con mecanismos que desincentivaban la entrada de productos a mercados en picada) como malos tiempos (le aseguraban un precio mínimo) y proveía seguridad a las fincas familiares que predominaban. En las palabras de Butz, los agricultores tenían que “go flat out to grow a hell of a lot of corn” y “get big or get out ...”

⁷⁴ *Id.* en la pág. 34 (Coincidientemente, Iowa importa hoy 80% de su comida).

⁷⁵ *Id.* en la pág. 39.

⁷⁶ ERIC SCHLOSSER, *FAST FOOD NATION: THE DARK SIDE OF THE ALL-AMERICAN MEAL* (Houghton Mifflin 2001).

⁷⁷ *FOOD INC.* (Magnolia Pictures 2008).

⁷⁸ Carolyn Dimitri et al., *The 20th Century Transformation of U.S. Agriculture and Farm Policy*, U.S.D.A., disponible en <http://www.ers.usda.gov/publications/eib3/eib3.htm>.

⁷⁹ *2011 Farm Subsidy Database: United States Summary Information*, ENVIRONMENTAL WORKING GROUP, <http://farm.ewg.org/region.php?fips=00000>.

⁸⁰ *Who owns nature? Corporate Power and the Final Frontier in the Commoditization of Life*, ETC GROUP (NOVIEMBRE 2008), <http://www.etcgroup.org/en/node/707>.

⁸¹ Carey Gillam, *DuPont urges U.S. to curb Monsanto seed monopoly*, REUTERS (8 de enero 2010).

⁸² F.I.B.L. & I.F.O.A.M., *THE WORLD OF ORGANIC AGRICULTURES: STATISTICS AND EMERGING TRENDS 2011* (Willer H. & Kilcher L. eds. 2011), disponible en <http://www.organicworld.net/yearbook-2011.html>.

configuración geográfica de las cadenas de suministro significa que el producto promedio viaja largas distancias antes de llegar a su destino final. El sistema alimentario es el segundo sector económico que más combustibles fósiles consume: 19%.⁸³ Consecuentemente, es el sector que más contribuye gases de invernadero, con un total de 37% de las emisiones de los Estados Unidos.⁸⁴ A esto, también se le añade el carbón emitido cada vez que se tala y ara la tierra antes de cultivar, lo que resulta en la liberación de grandes cantidades de monóxido de carbono hasta ese momento inertes.

Por los pasados sesenta años la disponibilidad de energía y petróleo a bajo costo permitió la expansión sin precedente de este modelo, propiciando en la mayoría del mundo una era de alimentos a precios accesibles.⁸⁵ Sin embargo, hoy en día esto ya no es sostenible. Nos encontramos en lo que se conoce como el “punto de *peak oil*”, donde la demanda mundial de petróleo excede el ritmo de nuevos descubrimientos de yacimientos y la capacidad de producción del mismo.⁸⁶ Según los expertos, este hecho alimenta la ineludible tendencia en el alza de precios de los combustibles.⁸⁷ En fin, las alzas en precios (*price shocks*) afectarán tanto a consumidores como agricultores, quienes verán sus costos de producción elevarse drásticamente, algo que ya se manifiesta en Puerto Rico, donde se han triplicado y cuadriplicado.⁸⁸

El modelo de agricultura convencional también tiene serios efectos en el balance ecológico de sus entornos. Como describe el Dr. Miguel Altieri, profesor de la Universidad de California en Berkeley, la agricultura convencional degrada paulatinamente los terrenos al punto de dejarlos sin nutrientes e infértilles.⁸⁹ Estos terrenos se quedan con una composición mineral que imposibilita la creación de vida mientras se liquida toda la biodiversidad y los balances de control de especies y plagas relacionados; y posibilita mecanismos de resistencia genética a pesticidas.⁹⁰ Algunos de estos últimos indicios ya se notan detrás de la misteriosa extinción de abejas, *colony collapse disorder*,⁹¹ y de la continua pérdida de cosechas por causa de enfermedades a pesar de todos los plaguicidas utilizados.⁹² El voraz consumo de agua será otra bandera roja que se manifestará mientras sigan disminuyendo sus niveles freáticos.⁹³ Muchos de estos químicos son aplicados en exceso y acaban en los cuerpos de agua subterráneos y de superficie, donde se estima que han contaminado hasta un 25% de los pozos de agua potable en los Estados Unidos.⁹⁴ Mientras tanto,

⁸³ Martin C. Heller & Gregory A. Keoleian, Life cycle-based sustainability indicators for assessment of the U.S. Food System (Center for Sustainable Systems, University of Michigan 2000).

⁸⁴ Rachel Oliver, *All About: Food and Fossil Fuels*, CNN.COM-ASIA (17 de marzo de 2008), <http://edition.cnn.com/2008/WORLD/asiapcf/03/16/eco.food.miles>.

⁸⁵ Godfray et al., *supra* nota 6.

⁸⁶ Véase Nick Hodge, 2015 *End of the Oil Age*, ENERGY AND CAPITAL (1 de julio de 2011), <http://www.energyandcapital.com/articles/2015-end-of-the-oil-age/1609>.

⁸⁷ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, WORLD ENERGY OUTLOOK 2010: EXECUTIVE SUMMARY 8 (2010), disponible en <http://www.worldenergyoutlook.org>.

⁸⁸ Aura N. Alfaro, *No vamos a llorar bajo un palo de mango*, EL NUEVO DÍA, 21 de marzo de 2010, en la pág. 13.

⁸⁹ Miguel A. Altieri, *Modern Agriculture: Ecological impacts and the possibilities for truly sustainable farming*, DIVISION OF INSECT BIOLOGY, UNIVERSITY OF CALIFORNIA, BERKELEY, http://www.cnr.berkeley.edu/~agroeco3/modern_agriculture; Véase también ENVIRONMENTAL WORKING GROUP, *Soil Erosion in Corn Belt Is Much Worse Than Official Estimates*, (13 de abril de 2011), <http://www.ewg.org/release/soil-erosion-corn-belt-much-worse-official-estimates>.

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ Reed M. Johnson et al., *Pesticides and honeybee toxicity*, 41 APIDIOLOGIE 312 (2010).

⁹² Altieri, *supra* en la nota 89, estima éstas en un 20% o 30% en la mayoría de los cultivos.

⁹³ *Id.*

⁹⁴ *Id.*

en los lagos y océanos, se van creando las notorias zonas muertas (*dead zones*), donde las algas aprovechan el fertilizante para crecer y terminan acaparando todo el oxígeno disponible y liquidando todo rastro de vida marina, como ocurre en las cercanías del Río Mississippi en el Golfo de México.⁹⁵

B. Daños a la Salud

Como si no fuera poco, el planeta Tierra no es el único que sufre las consecuencias del sistema alimentario actual, sino que también sufre la salud pública.⁹⁶ La República de la Gordura - *The Republic of Fat* - ya es un hecho.⁹⁷ Tres de cada cinco estadounidenses están sobrepeso y uno de cada cinco es obeso.⁹⁸ De acuerdo a un estudio publicado en el *Journal of the American Medical Association*, uno de cada tres niños nacidos hoy en día le tocará vivir con diabetes.⁹⁹ La obesidad, de acuerdo al gobierno estadounidense, es una epidemia; costándole al sistema de salud unos \$90 mil millones al año.¹⁰⁰ Queda por mencionar la salubridad de los alimentos producidos a costa de los químicos. Este punto preocupa por la falta de claridad a las muchas preguntas que lo rodean, preguntas que ya han pasado de una opinión de un pequeño grupo a sostenerse por grupos organizados. El bipartita *President's Cancer Report*,¹⁰¹ avaló el consumo de productos orgánicos, declarando:

Nearly 1,400 pesticides have been registered (i.e., approved) by the Environmental Protection Agency (EPA) for agricultural and nonagricultural use. Exposure to these chemicals has been linked to brain/central nervous system (CNS), breast, colon, lung, ovarian (female spouses), pancreatic, kidney, testicular, and stomach cancers, as well as Hodgkin and non-Hodgkin lymphoma, multiple myeloma, and soft tissue sarcoma. Pesticide-exposed farmers, pesticide applicators, crop duster pilots, and manufacturers also have been found to have elevated rates of prostate cancer, melanoma, other skin cancers, and cancer of the lip.¹⁰²

Por otro lado, están los costos que se atribuyen a enfermedades causadas por alimentos contaminados en los Estados Unidos, los cuales fluyen de los riesgos de salubridad inherentes a las operaciones masivas de manejo y matanza,¹⁰³ que definen la producción de carne industrial alimentada por el maíz. Cada año mueren cerca de 5,000 personas y hay 325,000 hospitalizaciones a raíz de alimentos contaminados, lo que causa pérdidas de productividad y gastos ascendentes

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ Pollan, *supra* nota 60, en las págs. 100-133; véase también KELLY D. BROWNELL & KATHERINE BATTLE HORGAN, FOOD FIGHT: THE INSIDE STORY OF THE FOOD INDUSTRY, AMERICA'S OBESITY CRISIS, AND WHAT WE CAN DO ABOUT IT (Contemporary Books, 2004); GREG CRITSER, FAT LAND: HOW AMERICANS BECAME THE FATTEST PEOPLE IN THE WORLD (Houghton Mifflin, 2003).

⁹⁷ Pollan, *supra* nota 60, en la pág. 101.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ Véase <http://deainfo.nci.nih.gov/advisory/pcp/index.htm> (Panel de expertos - dos de los cuales deben ser científicos o médicos distinguidos - nombrados por el presidente para reportar con relación al National Cancer Program).

¹⁰² President's Cancer Panel, *Reducing Environmental Cancer Risk, 2008-2009 ANNUAL REPORT*, 79, disponible en <http://deainfo.nci.nih.gov/ADVISORY/pcp/annualReports/index.htm>.

¹⁰³ Véase <http://www.pbs.org/now/shows/250/meat-packing.html>.

entre \$5 y \$6 mil millones anuales.¹⁰⁴ Los C.A.F.O. representan las condiciones idóneas para el desarrollo de bacterias peligrosas como el E. Coli y enfermedades como la enfermedad de vacas locas (*Mad Cow Disease*) con el potencial de ser transmitidas a los seres humanos.

Uno pensaría que la consolidación que acompañó el crecimiento voraz de este sub-sector y el protagonismo que adquirieron las plantas masivas (el porcentaje de la producción total de este tipo de operación incrementó de un 38% en el 1977 a un 88% en el 1997)¹⁰⁵ hubiese resultado en un mayor grado de inocuidad, al poder concentrar el monitoreo en menos localidades. Sin embargo, ha ocurrido lo opuesto. El sistema está altamente fragmentado - quince agencias cuentan con jurisdicción - resultando en supervisión inconsistente, coordinación inefectiva y uso de recursos inefficientes.¹⁰⁶ Esto llevó al Government Accountability Office a clasificar el sistema de monitoreo como problemático, añadiéndolo a la lista de programas de alto riesgo en necesidad de una transformación a base amplia.¹⁰⁷ Hasta recientemente, el United States Department of Agriculture ("USDA"), la agencia encargada de velar por la salubridad de los alimentos no tenía jurisdicción para detener operaciones responsables de muertes por productos contaminados.¹⁰⁸ Consecuentemente, la reciente ley alimentaria del presidente Obama, el Food Safety Modernization Act,¹⁰⁹ es un paso en la dirección correcta, proveyéndole algo de garras jurisdiccionales al USDA.

IV. SOLTANDO LOS VIEJOS DEMONIOS: PASADO Y PRESENTE DEL AGRO EN PUERTO RICO

Hasta ahora, hemos visto los problemas principales a nivel mundial y de los Estados Unidos. El modelo agrícola adoptado en Puerto Rico lo hace partícipe de un sistema global y nacional plagado de deficiencias que crea serios cuestionamientos. Esto, de por sí justifica el desarrollo de un modelo alternativo. Ahora bien, si esta transformación ha de realizarse, deberá partir de un entendimiento claro de los desarrollos históricos que han llevado a Puerto Rico a su estado actual. Construyendo únicamente sobre estas experiencias se podrá evitar los errores del pasado, a la vez que se aprovechan los elementos positivos de las raíces agrícolas de Puerto Rico.

En términos alimentarios, Puerto Rico siempre ha sido un lugar que importa lo que consume y exporta lo que produce.¹¹⁰ Durante sus 400 años bajo dominio español tuvo una economía agraria basada en la producción de los cultivos comerciales codiciados por los mercados europeos: café, tabaco y caña de azúcar.¹¹¹ Se producían más de la mitad de los alimentos que se consumían pero grandes cantidades de arroz, habichuelas y bacalao traídos de ultramar eran necesarias para

¹⁰⁴ *Foodborne Diseases*, NATIONAL INSTITUTE OF ALLERGY AND INFECTIOUS DISEASE, <http://www.niaid.nih.gov/topics/foodborne/pages/default.aspx>.

¹⁰⁵ James M. MacDonald et al., *Consolidation in U.S. Meatpacking*, U.S.D.A. ECONOMIC RESEARCH SERVICE, disponible en <http://www.ers.usda.gov/Publications/AER785/>.

¹⁰⁶ U.S. GOV'T Accountability Office, GAO-07-449T, FEDERAL OVERSIGHT OF FOOD SAFETY: HIGH RISK DESIGNATION CAN BRING NEEDED ATTENTION TO FRAGMENTED SYSTEM 9 (2007), disponible en www.gao.gov/new.items/d07449t.pdf.

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ FDA Food Safety Modernization Act, 21 U.S.C. §§ 2201-2252 (2011), disponible en <http://www.fda.gov/Food/FoodSafety/fsma/default.htm>.

¹¹⁰ Guptill, *supra* nota 41, en las pág. 205.

¹¹¹ Govardharan, *supra* nota 28, Introducción.

complementar los farináceos y el maíz que se sembraban localmente.¹¹² Las condiciones para los productores independientes eran difíciles principalmente por la continua expansión de los hacendados de café y las centrales azucareras, las cuales restringían el acceso a la tierra.¹¹³ Curiosamente, a los márgenes de la economía formal se configuró un vibrante sector productor cuyos clientes principales eran los barcos piratas que surcaban el Caribe.¹¹⁴

La conquista militar de los estadounidenses en el 1898 no alteró mucho nuestro panorama alimentario o económico, aunque marcó el inicio de una era de profundos cambios. La estrategia económica implementada en estos primeros años construía sobre lo existente: plantaciones azucareras en los valles costaneros, café y tabaco en las montañas, con especial énfasis en el azúcar. Intencionalmente o no, o como consecuencia inevitable de su proyecto a gran escala, desapareció casi por completo la industria cafetalera. De ser aclamado como el mejor del mundo y ser responsable por el 60% de las exportaciones en el 1897, nuestra industria cafetalera decayó a componer sólo un 3%, para el 1927.¹¹⁵ Las barreras tarifarias que definían los contornos del comercio estadounidense, hacían todos sus mercados inaccesibles. En ese mismo periodo, la caña de azúcar subió de un 22% a un 53% de las exportaciones locales.¹¹⁶

De otra parte, las condiciones difíciles que imperaban en la producción independiente empeoraron.¹¹⁷ Las altas tasas de intereses combinadas con un crédito virtualmente inaccesible y una moneda depreciada, cuyo propósito era liquidar cualquier rastro del poderío español, obligaron a muchos propietarios a vender sus tierras y unirse a la fuerza laboral.¹¹⁸ De esa manera se cumplió una de las metas estratégicas iniciales en la Isla: crear completa dependencia económica de Washington. Para el 1900, 62% de todo el comercio que se daba en Puerto Rico era con los Estados Unidos - de solo un 19% dos años antes.¹¹⁹

En lo alimentario, a pesar de todo lo que estaba en su contra, Puerto Rico todavía producía una proporción significativa de sus alimentos. Esto se debía a que la economía y la población seguían siendo primordialmente rurales y persistía la agricultura de subsistencia. Para el 1938 la Isla todavía producía 65% de la comida que consumía.¹²⁰ La segunda mitad del siglo XX se caracterizó por estar enmarcada en el proyecto político, económico y social del Estado Libre Asociado. Lo que proponía Luis Muñoz Marín (en adelante, “LLM”) era bastante revolucionario. Principalmente, el programa *Manos a la Obra* u *Operation Bootstrap* consistía en atraer empresas extranjeras para que se establecieran en la Isla y contrataran a puertorriqueños con el incentivo de pagar poco o ningún impuesto local y/o federal.¹²¹ En adición a la cantidad sustancial de empleos que se esperaba que generara, la idea era que del mismo surgiera un sector nativo de valor añadido que proveyera los bienes y servicios que estas industrias requerirían.¹²²

¹¹² Carro Figueroa, *supra* nota 31, en la pág. 83.

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ Guptill, *supra* nota 41, en la pág. 206.

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ *Id.* en la pág. 207.

¹²² Guptill, *supra* nota 41, en la pág. 207.

Para el sector agrícola que históricamente había sostenido a Puerto Rico, Manos a la Obra y el proyecto de industrialización en el cual estaba enmarcado, implicó su abandono y el estilo de vida agraria que lo acompañaba. Weisskoff argumenta lo siguiente:

The decline of Puerto Rican agriculture is, on the one hand, simple to understand: apart from occasional rhetoric, the commonwealth was never committed to sustaining or modernizing the farm sector. Its land policy, which in the early 1940s had promised to enforce the five-hundred-acre limitation and break up the large, absentee plantations, had become anachronistic by the late 1950s. It is somewhat ironic that policies enacted or neglected by the political party, whose slogan was "bread, land, and liberty," resulted in massive land abandonment and the destruction of agriculture.¹²³

La apuesta en la industria por encima de la agricultura trajo a Puerto Rico un crecimiento y un mejoramiento en los índices económicos y sociales sin precedente, pero no logró todo lo que sus estrategas se propusieron, porque, según describe Weisskoff, Manos a la Obra se basaba en dos premisas erróneas. Por un lado, los trabajadores agrícolas podían ser acaparados por las recién establecidas manufactureras, y por otro, la industria crearía empleos suficientes para asimilarlos a todos.¹²⁴ Si bien fueron exitosos en eliminar el sector agrícola, los empleos creados fueron solo una fracción de los perdidos.¹²⁵ Este desbalance entre creación y destrucción de empleos es una de las causas del crónico desempleo y bajísima participación laboral que hasta el día de hoy siguen latentes en Puerto Rico.¹²⁶

La falta de compromiso del gobierno con la agricultura durante el apogeo de la industrialización entre la década de los cincuentas a la década de los setentas la enterró. Desde antes de llegar a La Fortaleza, LMM empezaba a fallar - con su reforma agraria.¹²⁷ Para principios de los años cincuenta, uno de los problemas básicos era el alto costo de los alimentos. Sin embargo, era evidente que las políticas agrícolas implementadas no estaban estimulando la producción local lo suficiente como para resolver estos déficits.¹²⁸ En vez de optar por tomar las medidas que los expertos recomendaban para encarar estas deficiencias a través del sector agrícola, el liderato del País se decidió por tomar la vía más fácil, pero desacertada a largo plazo, la introducción de los

¹²³ RICHARD WEISSKOFF, FACTORIES AND FOOD STAMPS: THE PUERTO RICO MODEL OF DEVELOPMENT 136 (Johns Hopkins University Press 1985).

¹²⁴ *Id.* en la pág 132.

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ Según las cifras del Departamento de Trabajo para agosto de 2011 la participación laboral era de 39.7%. José G. García, *Un incentivo para no trabajar*, EL NUEVO DÍA, 16 de octubre de 2011. Revista de Negocios, págs., 12-13

¹²⁷ Carro Figueroa, *supra* nota 31, en la pág. 93 (Estos primeros pasos fallidos datan del 1941, cuando bajo la administración de Tugwell y liderato de LMM en el Senado PPD se aprobó la Ley de las 500 cuerdas. El propósito del proyecto era romper los grandes latifundios azucareros corporativos y darles esas tierras a agricultores nativos. Con esto se esperaba que se potenciara un sector de producción local que abaratara los altos costos de alimentos de la Isla. Pero, la mayoría de los analistas coinciden que su verdadero propósito fue político: aunar el apoyo del pueblo a favor del PPD y darle legitimidad para emprender al país en el proyecto de la industrialización. La realidad fue que a poco cambió la estructura del sector o el dominio de los intereses corporativos sobre la tierra productiva. Las fincas de sobre 500 cuerdas se reorganizaron como *proportional profit farms* que seguían beneficiando a sus colonos y administradores azucareros. Tampoco se expropiaron todos los latifundios. Por otro lado, no había manera que las pocas parcelas distribuidas llegaran a formar una producción significativa).

¹²⁸ *Id.* en la pág. 94.

supermercados y las ayudas federales alimentarias.¹²⁹

El desarrollo del supermercado es importante dentro del declive del sector agrícola porque permitió que se proveyera la gran cantidad de alimento que la abundancia económica y los nuevos cupones federales demandaba sin tener que depender de los productores locales.¹³⁰ Inclusive, los productos locales más comunes en la mesa puertorriqueña, como la batata, yuca y el plátano, se podían comprar en el mercado mundial.¹³¹ Esto logró desencadenar la demanda de la producción local, algo que nunca se ha recuperado. Weiskoff explica:

[T]he supermarket as a capitalist enterprise earns profits only when large masses of tidy, pre-packaged and processed foods pass through its checkout counter. The profitable enterprise cuts its costs by importing large quantities of standardized produce - onions, potatoes, rice, fruits - readily accessible from the U.S. supplier. The supermarket operation, at least as it is presently carried out by the Grand Union and Pueblo chains, is not an agency for the selection, sorting, trading and promotion of indigenous food. It is not a marketing board for the local farmer.¹³²

En Puerto Rico escaseaban productores comerciales que pudieran acogerse a estos estrictos requisitos.¹³³ Esto también introdujo el elemento del competidor extranjero, con el cual el local estaba en desventaja. Por otro lado, la mayoría de los productores medianos y pequeños existentes tenían que vender a través de intermediarios - una tendencia que continua hasta hoy - lo cual paulatinamente fue degradando sus márgenes de ganancias y relegándolos a un rol secundario.¹³⁴

El éxito de los supermercados no ocurrió en un vacío; fue parte de un grupo de factores transformacionales que se alimentaban mutuamente. Uno de estos factores fue la *americanización* de la dieta puertorriqueña que acompañó el crecimiento económico y el avance en los índices de calidad de vida. Esto se evidenció en el alza marcada del consumo de proteína (carne, cerdo, huevos y leche), alimentos procesados y la reducción en el consumo de viandas.¹³⁵ La nueva demanda fue suplida por los supermercados, lo que consolidó su posición dominante en el sistema alimentario de Puerto Rico.¹³⁶

Estos cambios en el perfil alimentario se agudizaron aún más después de 1974, cuando Puerto Rico ingresó por primera vez en el National Food Stamp Program (N.F.S.P.), lo que en su momento representó en términos de dólares, el programa federal más significativo introducido a la Isla.¹³⁷ El N.F.S.P. y su sucesor, el Programa de Asistencia Nutricional (PAN) han tenido efectos en casi todos los sectores de la economía.¹³⁸ Las ventas de comida en casi todos los renglones subieron un 20%, con una alza notable en alimentos procesados, como las sopas y vegetales enlatados, los

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ WEISSKOFF, *supra* nota 123, en la pág 139.

¹³¹ Carro Figueroa, *supra* nota 31, en la pág. 96.

¹³² WEISSKOFF, *supra* nota 123, en la pág. 140.

¹³³ Carro Figueroa, *supra* nota 31, en la pág. 96.

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ *Id.* en la pág. 84.

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ *Id.*

cuales pasaron de ser usados ocasionalmente a que fuesen usados todos los días.¹³⁹ Finalmente, el factor que más trascendencia ha tenido en la alimentación - profundizando las tendencias de la americanización y la dependencia en productos del exterior - es el protagonismo que han asumido los establecimientos de comida rápida y las cadenas de restaurantes estadounidenses en la dieta puertorriqueña. Hoy existen más de 2,000 locales de comida rápida, que generan ganancias de más de mil millones de dólares anuales para sus matrices.¹⁴⁰ Una encuesta de la firma AC Nielsen del 2005 reveló que 87% de los entrevistados frecuentaban estos establecimientos a menudo. Otro estudio del 1996 del *Caribbean Business*, encontró que en promedio una familia hacía 5.7 visitas semanales a estos establecimientos.¹⁴¹

Ya expuesto el trasfondo histórico de la base agrícola y alimentaria de Puerto Rico, falta hacer un inventario de la producción agrícola existente. La producción agrícola en Puerto Rico, (según las estadísticas del censo del Departamento de Agricultura Federal correspondientes al 2007) aporta \$515 millones al PNB.¹⁴² Esto representa menos del 1% del PNB del país, que totaliza \$59.5 mil millones, según estadísticas de la Junta de Planificación.¹⁴³ Si subdividimos las aportaciones del sector agrícola en Puerto Rico, observaremos que el primer lugar es ocupado por la industria ganadera. Dicha industria aporta al PNB \$296 millones, lo que representa más del 57% de la contribución agrícola total y de los cuales a su vez, \$184 millones provienen del subsector lácteo y \$63 millones de la ganadería.¹⁴⁴ En cuanto al sector de siembras, sobresale el plátano con una producción de casi \$45 millones.¹⁴⁵ El área de los ornamentales, donde el Censo incluye las fincas pertenecientes a multinacionales que se dedican a la producción de semillas transgénicas, le sigue con \$44.6 millones.¹⁴⁶ Es importante resaltar que el cultivo de grama no está comprendido dentro del U.S.D.A. en la categoría de ornamentales pero, si lo incluyéramos, la categoría contribuiría más de \$10 millones al PNB, siendo la cosecha de más valor, ya que ésta genera por sí sola casi \$14 millones. El siguiente cultivo en orden de aportación monetaria es el café con \$41.7 millones.¹⁴⁷ Todas las hortalizas, mientras tanto, aportan en conjunto \$35 millones.¹⁴⁸ Por último, los farináceos, totalizan poco menos de \$7 millones anuales.¹⁴⁹

Estas estadísticas muestran lo que hoy es la agricultura en Puerto Rico. En primer lugar, se observa el protagonismo casi absoluto de los lácteos, derivado posiblemente de la estricta reglamentación de precios que el gobierno le otorga al sector, lo que le brinda una estabilidad no disponible para el resto.¹⁵⁰ Este es uno de los pocos aspectos positivos, aunque sus recientes luchas

¹³⁹ *Id.* en la pág. 85.

¹⁴⁰ Taína Rosa, *supra* nota 37.

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² U.S.D.A., 2007 *Census of Agriculture, Summary of Market Value of Agricultural Products Sold*, Tabla 81, disponible en http://www.agcensus.usda.gov/Publications/2007/Full_Report/Census_by_State/Puerto_Rico/index.asp.

¹⁴³ *Statistical Appendix of the Economic Report for the Governor and Legislative Assembly*, GOVERNMENT DEVELOPMENT BANK OF PUERTO RICO (2011), disponible en <http://www.gdbpur.com/economy/statistical-appendix.html>.

¹⁴⁴ U.S.D.A., *supra* nota 142.

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ Véase http://www.microjuris.com/mjpr/reglamentos/is/reg_lista_regs.cfm?AgencyID=713.

en los tribunales para aumentar el precio en el mercado podrían revelar que inclusive la industria lechera no está tan sólida como se pensaba.¹⁵¹ La producción de carne, especialmente la de pollo, también ha sido apoyada ampliamente por el Estado históricamente¹⁵² y en tiempos recientes,¹⁵³ aunque su futuro también es problemático.¹⁵⁴

Adicionalmente, se debe notar que la producción de cosecha alimentaria demuestra unos números menores a los que se producen en la cafetalera como en la producción de ornamentales. El plátano es el único que goza de alguna significancia, lo que igualmente se debe a protecciones gubernamentales. En este caso hay restricciones fitosanitarias del Departamento de Agricultura Federal que se supone prohíban las importaciones del exterior.¹⁵⁵

El otro producto con algo de aporte es el café, el cual ha sido impulsado históricamente con medidas protecciónistas y reglamentación de precios y lo continúa siendo.¹⁵⁶ Al igual que el resto de las categorías su desempeño ha sido pobre - de acuerdo a un estimado se perdió el 50% de la cosecha, valorada en \$25 millones el año pasado.¹⁵⁷ No obstante, los productos de los cuales la dieta de la familia puertorriqueña depende - hortalizas, verduras y farináceos - la historia ha sido la opuesta y su poco respaldo se ha traducido en una pobre producción.

V. NO ESTÁ FÁCIL: LA REALIDAD DE LA PRODUCCIÓN LOCAL

Ya inmersos en la estructura agrícola de Puerto Rico, vale la pena hacer unos breves apuntes sobre las condiciones que enfrentan los agricultores y que dificultan la operación de las agro-empresas, haciendo al sector uno poco atractivo para la inversión. Esto es relevante al propósito del artículo: resolver las deficiencias alimentarias y agrícolas por medio del modelo agro-ecológico, dado que esta propuesta deberá encarar los retos que caracterizan la producción actual.

El costo de la mano de obra, aunque muchas veces identificado como uno de los principales problemas,¹⁵⁸ es más bien una desventaja competitiva en relación con productores regionales con los cuales se compite. Lo que sí es un problema es la poca disponibilidad de trabajadores dispuestos y hábiles.¹⁵⁹ Cuando la economía de Puerto Rico era mayormente agrícola esto no era un problema. Sin embargo, el proyecto de la industrialización movilizó estas manos diestras a otros haberes, por lo que fueron desapareciendo los conocimientos y destrezas. De igual manera, hay otros dos factores. En primer lugar, se ha inculcado en el colectivo la idea de que el trabajo agrícola es inferior, ocasionando su menosprecio. Segundo, la dependencia en las asistencias gubernamentales se convierte en una alternativa mucho más atractiva que el trabajo agrícola.

¹⁵¹ Ileanaxis Vera Rosado, *Vuelven los ganaderos al Tribunal Federal*, EL VOCERO, 21 de diciembre de 2010, en la pág 32.

¹⁵² Carro Figueroa, *supra* nota 31, en la pág. 97.

¹⁵³ Antonio R. Gómez, *Viabilizan reapertura de planta de los elaboradores de pollos Canto Alegre y Picú*, PRIMERA HORA, 20 de julio de 2010, en la pág.41.

¹⁵⁴ Andrea Martínez, *Se quedan en el aire los pollos*, EL NUEVO DÍA, 26 de mayo de 2011, en la pág.45.

¹⁵⁵ Carro Figueroa, *supra* nota 31, en la pág. 88.

¹⁵⁶ *Id.*

¹⁵⁷ Andrea Martínez, *Aguda crisis en la industria del café*, EL NUEVO DÍA, 17 de febrero de 2011, en la pág. 26.

¹⁵⁸ WEISKOFF, *supra* nota 123, en la pág. 140.

¹⁵⁹ Entrevistas a Max Pérez, Ingeniero y Agricultor, Presidente del Instituto de Permacultura de Puerto Rico (7 de enero de 2010); Jorge Torres, Agrónomo, dueño y operador de Agro-Jet Farms, Inc. (4 de febrero de 2010 Guayanilla, Puerto Rico).

La insostenibilidad económica y el pobre desempeño del sector se deben a otros factores.¹⁶⁰ La insostenibilidad está relacionada con la manera en que la cadena de suplido de alimentos en la Isla hace una pobre distribución de ganancia; desfavoreciendo al agricultor y causando el progresivo deterioro de sus márgenes. La cadena que eslabona al agricultor con el distribuidor, al distribuidor con el detallista y al detallista con el consumidor, favorece el que estos últimos tres se apropien de mayor valor económico con poco riesgo. Mientras que el productor asume el mayor riesgo, es el que menos ganancia se lleva, el más vulnerable y el de menor poder de negociación en el eslabón.

El primer factor que complica las economías del productor tiene que ver con la naturaleza misma del tiempo en el que ocurren las transferencias de capital y de *cash*. Para comenzar un ciclo de producción, el agricultor tiene que invertir una cantidad considerable de recursos que no recupera hasta una vez terminado el proceso de cosecha. Durante este intervalo la inversión de recursos disminuye, pero continúa mientras surgen factores incontrolables que pueden afectar su margen de ganancias. Hay fluctuaciones significativas en precios y condiciones del mercado, así como cambios en patrones climáticos y desastres naturales. También pueden afectar adversamente sus finanzas las fluctuaciones negativas en el rendimiento y calidad de su cosecha. Por otra parte, la corta durabilidad o caducidad de muchos de los productos agrícolas, hace que el agricultor tenga que vender sus productos a precios desfavorables ya que no puede darse el lujo de mantener su producción en inventario hasta que surjan mejores precios.

El agricultor igualmente enfrenta el mercadeo de su producto desde una posición de desigualdad de condiciones. Esto es causado por el monopolio ejercido por los compradores importadores/distribuidores¹⁶¹ (en adelante, I/Ds) y los detallistas; al igual que la competencia del producto importado. La concentración de poder adquisitivo favorece a los I/Ds en la negociación de precios y, por consiguiente, en perjuicio de los márgenes de ganancia de los productores agrícolas. Ya que existen pocos lugares donde el agricultor pueda mercadear directamente al consumidor,¹⁶² éste se ve obligado a depender del sistema de intermediarios. Normalmente, el precio alrededor del cual giran las negociaciones entre agricultor y el I/D se establece usando como base el costo de importar el producto de otro país. En esta relación comercial los I/Ds siempre se llevarán un margen de ganancia. Por ende, hay que resaltar el papel que juega el producto importado en la cadena de suplido, al establecer el precio tope (*price ceiling*). Estos productores extranjeros obran sin sujetarse a las restricciones ambientales exigidas por el gobierno federal, y tienen acceso a mano de obra y terrenos a un costo relativamente menor que el agricultor local.

Aparte del I/D, otra figura clave en el esquema es el transportista que se dedica a recoger productos en las fincas para luego venderlos al detal o traspasarlos a los mismos I/Ds, a otros transportistas, plazeros o supermercados. Históricamente, los transportistas han sido el enlace entre

¹⁶⁰ Esta sección fluye mayormente de una extensa entrevista del 5 de febrero de 2010, Santa Isabel, Puerto Rico a la corredora (*broker*) agrícola y agrónoma Frances Carbonell, que cuenta con más de 25 años de experiencia en la industria agrícola, tanto en el sector gubernamental como en el sector privado de importadores y distribuidores.

¹⁶¹ *Id.* Tres compañías: Hill Brothers, Caribbean Produce y el Jibarito, controlan el 85% del mercado y cumplen ambas funciones.

¹⁶² Guptill, *supra* nota 41; Vivian Carro Figueroa & Amy Guptill, *Emerging Farmers Markets and the Globalization of Food Retailing: A Perspective from Puerto Rico*, en REMAKING THE NORTH AMERICAN FOOD SYSTEM: STRATEGIES FOR SUSTAINABILITY 260-276 (Thomas A. Lyson & C. Clare Hinrichs eds., University of Nebraska Press 2007).

agricultor y detallista.¹⁶³ En su gran mayoría son figuras independientes que se llevan un margen de ganancia consistente. Finalmente, existe un jugador que, si bien no juega un papel significativo a nivel macro, busca nivelar la operación del mercado a favor del agricultor. El agente de mercadeo o *broker* se encarga de recibir el producto en sus facilidades de almacén y venderlo a cualquiera de los otros jugadores. El agente le facilita la vida al agricultor al mercadearle su producto y al atar su ganancia a un porcentaje fijo de la venta, asegurando que el precio del producto sea el más alto posible.

El interés en que los precios corrientes del mercado sean bajos es otro elemento clave que desfavorece al agricultor. Esto explica la ocurrencia frecuente de guerras de precios o *price wars*¹⁶⁴ entre los participantes del mercado. Irónicamente, como comentó la agrónoma Francés Carbonell, algunas de estas guerras son comenzadas por los mismos agricultores. Al supermercado no le importa si el precio del agricultor es bajo o alto, pues se lleva siempre un margen mínimo, dado que tiene mayor facilidad de traspasarle sus costos al consumidor, facultad de la cual productor agrícola no goza.

Por otra parte, si bien es cierto que la estructura del mercado está constituida desfavorablemente para el agricultor, también refleja las fallas del modelo tradicional de mercadeo de productos agrícolas y la inhabilidad del estado de integrar a los agricultores dentro de este paradigma.

Otro factor que dificulta la producción agrícola, esta relacionado con la reforma agraria y sus consecuencias. El Gobierno, a través de la Autoridad de Tierras, es propietario de una proporción importante de la tierra agrícola productiva de la Isla¹⁶⁵ y por mandato de su ley orgánica tiene la obligación de:

[A]segurar a los individuos la conservación de sus tierras, ayudar a la formación de nuevos agricultores, facilitar el aprovechamiento de las tierras para el mayor bien público bajo planes de producción eficiente y económica, incluyendo la elaboración industrial de productos agrícolas, proveer medios para que los agregados y moradores de arrabales puedan adquirir predios de terrenos en los cuales enclavar sus viviendas y para efectuar todos los actos conducentes al más científico, económico y eficiente disfrute de las tierras por el pueblo de Puerto Rico.¹⁶⁶

Lo que pudiese ser el rol positivo que fluye de tan importante encargo legislativo para el sector, se convierte en uno que le juega en contra. Escuché múltiples historias de agro-empresarios frustrados - por un proceso de arrendamiento de tierras burocrático y que rechaza proyectos innovadores en ausencia de cualquier alternativa de uso.¹⁶⁷ Dicha experiencia también fue

¹⁶³ Carro Figueroa, *supra* nota 31, en la pág. 96.

¹⁶⁴ Práctica que consiste en vender un bien o servicio a un precio menor de lo económico viable con el propósito de acaparar una mayor partida del mercado.

¹⁶⁵ Autoridad de Tierras de Puerto Rico, Sobre Nosotros, http://autoridaddetierras.com/index.php?option=com_content&view=article&id=46&Itemid=28.

¹⁶⁶ Ley de Tierras de Puerto Rico, Ley Núm. 26 del 12 de abril de 1941, según enmendada, 28 LPRA § 247 (1946).

¹⁶⁷ Entrevista a Josué Maldonado, Ingeniero y Agricultor, propulsor de un proyecto de porqueriza (3 febrero 2010) Cidra, Puerto Rico; Max Pérez *supra* nota 158.

compartida por agrónomos de la misma entidad que lamentaban esta realidad.¹⁶⁸

Otro de los principales desestabilizadores de las economías de la finca es el alza vertiginosa en el costo de los insumos de producción. Este detalle está atado a las fallas sistémicas de la agricultura convencional que domina la producción local y obliga al agricultor a depender de una gran cantidad de químicos derivados de fuentes fósiles. Esto, a su vez, crea un círculo vicioso de inversión y asunción de deuda para lograr niveles de rendimiento aceptables, que a largo plazo aniquilan la capacidad productiva de sus terrenos y dificulta la rentabilidad de sus negocios. La maquinaria - tractores, vehículos y máquinas de recogido - es otro de los costos significativos de la finca y también dependen del uso de petróleo. Martex Farms, una de las principales agro-empresas del país ha visto sus costos cuadriplicarse en este renglón - un alza común entre todos los productores.¹⁶⁹

El próximo problema es de origen reciente y está directamente atado al deterioro económico y social traído por la recesión de la última década. El robo agrícola ha pasado de ser una molestia a un problema serio, especialmente en las áreas productivas del sur de Puerto Rico.¹⁷⁰ Esta situación llegó a las primeras planas de los rotativos del país, con el asesinato de un ladrón agrícola en plena finca por parte del agricultor. Para uno de mis entrevistados - el agricultor Jorge Torres, quien posee y trabaja un predio de treinta cuerdas en Guayanilla - éste es el problema más grande que tiene la agricultura.¹⁷¹ Torres me relató cómo en el 2009 había perdido más de la mitad de su cosecha de aguacate por robos, pérdida que estimó en miles de dólares.¹⁷² Hasta hace poco era muy difícil resolver este problema por la ausencia de un régimen legal; el poco valor nominal de cada robo independiente lo convertía en un delito menor con penas indulgentes.¹⁷³ Pero finalmente el incidente mencionado provocó que la legislatura tomara acción, tipificando el robo agrícola dentro del Código Penal.¹⁷⁴ Aunque las penas severas por sí solas no serán suficientes, es evidente que el robo agrícola está afectando al sector.

VI. EL CAMINO: LA AGRICULTURA ECOLÓGICA PARA PUERTO RICO

Si bien este cuadro de producción es retante al establecimiento de emprendimientos agrícolas en Puerto Rico, no tiene porqué definir su futuro alimentario. Lo que sí hace manifiesto es la necesidad de adoptar un sistema de producción y mercadeo alternativo al modelo actual. Todavía poco conocida en Puerto Rico, la agro-ecología tiene el potencial de transformar su situación agro-alimentaria. En las palabras de De Schutter: "*Agroecology is a coherent concept for designing future farming systems as it is strongly rooted both in science and practice, and because it shows strong connections with the principles of the right to adequate food.*"¹⁷⁵ La misma ya es apoyada por un creciente y diverso grupo de expertos,¹⁷⁶ así como de organizaciones internacionales que

¹⁶⁸ Cuya identidad se protegerá para evadir cualquier tipo de represalia. Entrevistas hechas por vía telefónica 18 de marzo 2010.

¹⁶⁹ Alfaro, *supra* nota 88.

¹⁷⁰ Aura N. Alfaro, *Se roban hasta los aguacates*, EL NUEVO DÍA, 2 de octubre de 2008, en la 18.

¹⁷¹ Entrevista a Jorge Torres, *supra* nota 158.

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ *Id.*

¹⁷⁴ CÓD. PEN. PR art. 206, 33 LPRA § 4834 (2010).

¹⁷⁵ De Schutter, *supra* nota 2, en la pág. 7.

¹⁷⁶ *Id.* en la pág. 6.

incluyen la F.A.O., U.N.E.P. y *Biodiversity International*.¹⁷⁷ Estas se han desarrollado con éxito en los Estados Unidos, Brasil, Alemania y Francia,¹⁷⁸ así como en países en vías de desarrollo.¹⁷⁹ La principal ventaja de la agro-ecología es su capacidad para resolver integradamente los tres objetivos alimentarios de la ONU - disponibilidad, desarrollo económico y sostenibilidad.

La agro-ecología,¹⁸⁰ se refiere tanto a una ciencia como a un conjunto de prácticas,¹⁸¹ y surgió de la convergencia de dos disciplinas científicas: la agronomía y la ecología.¹⁸² Como ciencia, estudia la aplicación de principios ecológicos al diseño de agro-sistemas sostenibles.¹⁸³ Como conjunto de prácticas, está basado en la idea de que la naturaleza y sus ciclos regenerativos proveen el modelo superior para el funcionamiento de sistemas agrícolas y persigue asimilarlos.¹⁸⁴ La agro-ecología envuelve el cuidado celoso de la fertilidad y nutrición de los suelos a través de medios orgánicos y abonos verdes y el rechazo al uso de químicos.¹⁸⁵ Igualmente, persigue el diseño de micro-ecosistemas en balance los cuales son resistentes a los embates de la naturaleza. Fincas donde todas las especies cumplen algún propósito y los insectos y las enfermedades son, en palabras de Sir Albert Howard - uno de sus padres fundadores -, los censores de la naturaleza, indicando cuáles variedades y estrategias son apropiadas para cada lugar.¹⁸⁶ Por otra parte, la agro-ecología busca reciclar todos los recursos internos de la finca, así como aprovechar la energía de fuentes renovables, para minimizar su huella de carbón y acercarse a la autosuficiencia.¹⁸⁷ Finalmente, la producción agro-ecológica no está ajena a su entorno ambiental, social, cultural y global.¹⁸⁸ El agricultor holístico, tomando la visión de Saddhu Govardhanan, “*realizes his role in and responsibility towards society and nature, based on a highly evolved ecological understanding of the environment he works in, as well as an understanding of nature in general, combined with a sound realization of his own individual nature.*”¹⁸⁹

La agro-ecológica ha desarrollado la pericia técnica y científica para reproducir sus resultados en cualquier parte del mundo, convirtiéndose en el catalizador de un amplio movimiento social y comercial de trascendencia histórica. Se ha destacado por su capacidad de distribuir ese conocimiento de la mano de organizaciones de campesinos y pequeños terratenientes, sin requerir

¹⁷⁷ *Id.*

¹⁷⁸ *Id.*

¹⁷⁹ *Id.* (Un estudio comprehensivo que evaluó el impacto de 286 proyectos agro-ecológicos en 57 países, encontró que estas intervenciones incrementaron la productividad en 12.6 millones de fincas, con un alza promedio en cosechas de 79% y un mejoramiento claro en servicios ambientales críticos).

¹⁸⁰ Véase Kimberly Kindy & Lyndsey Layton, *Purity of Federal ‘Organic’ Label is Questioned*, WASHINGTON POST, 3 de julio de 2009, disponible en <http://www.washingtonpost.com/wpdyn/content/article/2009/07/02/AR2009070203365.html> (Se utiliza el concepto de agricultura ecológica, y no agricultura orgánica por varias razones. Esta última se refiere a un sistema de producción certificada según las normas de alguno de los organismos oficiales. Aunque esto garantiza un producto libre de químicos no asegura la aplicación del enfoque comprehensivo que envuelve la agro-ecología. Por otro lado, estas certificaciones - particularmente la USDA - han generado mucha controversia).

¹⁸¹ De Schutter, *supra* nota 2, en la pág. 6.

¹⁸² *Id.*

¹⁸³ *Id.*

¹⁸⁴ Álvarez Febrez, *supra* nota 44, en las págs. 15-16.

¹⁸⁵ *Id.*

¹⁸⁶ Pollan, *supra* nota 60, en las págs. 149-150.

¹⁸⁷ Álvarez Febrez, *supra* nota 44, en las págs. 15-16.

¹⁸⁸ *Id.*

¹⁸⁹ Govardhan, *supra* nota 28, en la pág. 270.

la intervención del estado o el conglomerado agro-alimentario.¹⁹⁰ También se ha caracterizado por el restablecimiento de cadenas de alimentos locales, con todos sus beneficios económicos, ambientales y sociales.¹⁹¹ Los mercados agrícolas y esquemas de agricultura patrocinada por la comunidad o C.S.A's¹⁹² logran una distribución de riesgo y valor más equitativa para todas las partes envueltas. Esto explica porque el número de mercados agrícolas se haya casi duplicado, de 1,755 a 3,137 del 1996 al 2006.¹⁹³

Está comprobado que el modelo agro-ecológico produce rendimientos iguales o superiores a los de la agricultura convencional, pero con pocos o ninguno de los costos ambientales, sociales, energéticos o de salud.¹⁹⁴ Estudio tras estudio ha demostrado que los poli-cultivos ecológicos no sólo son más productivos, sino menos propensos a enfermedades y plagas.¹⁹⁵ La superioridad nutricional del producto también es respaldada sólidamente por la ciencia, tanto en su contenido vitamínico, como el de los importantes antioxidantes y omega ácidos.¹⁹⁶ Naturalmente, estos productos están libres de remanentes químicos que persisten en todos los productos convencionales. ¿Cuál es el resultado neto de todos estos atributos? De acuerdo con datos del Departamento de Agricultura federal, estas fincas son en promedio más rentables que sus contrapartes convencionales.¹⁹⁷

Puerto Rico presenta un entorno fértil para implementar la agroecología. Se advierte que las

¹⁹⁰ De Schutter, *supra* nota 2, en la pág. 14., citando a A. Degrande, et al., *Mechanisms for Scaling-Up Tree Domestication: How Grassroots Organizations Become Agents of Change*, ICRAF (2006) pág. 6; E. Holt-Giménez, *Campesino a campesino: voices from Latin America's farmer to farmer movement for sustainable agriculture*, Oakland, Food First Books (2006); P. Rosset et al., *Revolución agroecológica: El Movimiento de Campesino a Campesino de la ANAP en Cuba*, HAVANA, LA VIA CAMPESINA Y ANAP (2010).

¹⁹¹ Véase, <http://blogs.usda.gov/2010/11/16/access-to-nutritious-locally-grown-food-on-the-rise/>.

¹⁹² Véase, <http://siembratresvidas.blogspot.com>

Los CSAs unen a miembros de la comunidad con agricultores en una relación de apoyo mutuo durante cada temporada de cosecha. Los miembros de la comunidad le patrocinan al agricultor una quota de temporada para así cubrir los gastos de producción. Como beneficio de su apoyo, aquellos participantes reciben una porción equitativa de cada cosecha semanal de la temporada. Este arreglo mutuamente benéfico le provee el alimento más fresco y sostenible posible al miembro de la comunidad y le garantiza al agricultor el apoyo fiscal que necesita.

¹⁹³ Pollan, *supra* nota 60 en la pág. 248.

¹⁹⁴ Véase, Catherine Badgley et al., *Organic Agriculture and the Global Food Supply*, 22 RENEWABLE AGRICULTURE AND FOOD SYSTEMS 86 (2007); MIGUEL A ALTIERI, AGROECOLOGY: THE SCIENCE OF SUSTAINABLE AGRICULTURE (2da ed., Westview Press 1995); Miguel A. Altieri, *The Ecological Role of Biodiversity in Agroecosystems*, 74 AGRIC. ECOSYST. & ENVIRO. 19 (1999); David Tilman, *The Greening of the Green Revolution*, NATURE, 19 de noviembre de 1998, en la pág. 211; Martin S. Wolfe, *Crop Strength Through Diversity*, NATURE, 17 de agosto de 2000, en la pág. 681.

¹⁹⁵ *Id.*

¹⁹⁶ Véase Charles M. Benbrook, *Elevating Antioxidant Levels in Food Through Organic Farming and Food Processing: An Organic Center State of Science Review*, ORGANIC CENTER FOR EDUCATION AND PROMOTION (2005); Danny K. Asami et al., *Comparison of the Total Phenolic and Ascorbic Acid Content of Freeze-Dried and Air-Dried Marionberry, Strawberry, and Corn Grown Using Conventional, Organic, and Sustainable Agricultural Practices*, 51 J. AGRIC. FOOD CHEM. 1237 (2003); Marina Carbonaro et al., *Modulation of Antioxidant Compounds in Organic vs Conventional Fruit (Peach, Prunus Persica L., and Pear, Pyrus Communis L.)*, 50 AGRIC. FOOD CHEM. 5458 (2002); Marina Carbonaro & Maria Mattera, *Polyphenoloxidase Activity and Polyphenol Levels in Organically and Conventionally Grown Peaches (Prunus persica L., cv. Regina bianca) and Pear (Pyrus communis L., cv. Williams)*, 72 FOOD CHEMISTRY 419 (2001).

¹⁹⁷ U.S.D.A. *Census Shows Profitability of Organic Farming*, RODALE INSTITUTE (19 de marzo de 2010), http://www.rodaleinstitute.org/20100319/nf_USDA-census-shows-profitability-of-organic-farming.

virtudes de esta propuesta encaran directamente los principales problemas de su sector agrícola y que ya existe un ecosistema de recursos y oportunidades de mercado que facilita el desarrollo de estos emprendimientos. La agro-ecología le provee al agricultor la posibilidad de forjar relaciones directas con nuevos clientes a través de mecanismos de distribución a domicilio como el *Departamento de la Comida*¹⁹⁸ y mercados agrícolas, como el de la Placita Roosevelt, Ventana al Mar,¹⁹⁹ y restaurantes como *Verde Mesa*, *Peace N'Loaf*²⁰⁰ y *Veggie Garden*.²⁰¹ Esto obvia la necesidad de depender en el andamiaje tradicional de distribuidores, camioneros y detallistas. Los canales tradicionales también le estarán disponibles, pero en todo caso, con unos márgenes de ganancia mayores que los convencionales. El consumidor local e internacional está dispuesto a pagar un precio más alto por la superioridad del producto: el *boom* orgánico es una realidad.²⁰² Globalmente el mercado totaliza \$51 mil millones.²⁰³ En Puerto Rico, desafortunadamente, escasean las estadísticas oficiales, pero sí se sabe que la oferta no es suficiente para satisfacer la demanda.²⁰⁴ Los costos de producción, a pesar de lo que se reporta son iguales o menores a los de la producción agrícola convencional. Tanto como 15% menos, de acuerdo a un estudio comparativo a largo plazo del Rodale Institute.²⁰⁵ Diferencia que se magnifica a largo plazo, como factor de costos de derivados de petróleo ascendentes. Esto se debe a que la agro-ecología elimina la dependencia en los insumos químicos; remplazándolos por nutrientes suplidos por la misma finca.

Si bien es cierto que la agro-ecología puede ser exigente en su requerimiento de mano de obra, se ha encontrado que esto es un factor característico del comienzo de las operaciones.²⁰⁶ Sin embargo, esto podría ser una virtud en el escenario de Puerto Rico donde abunda el desempleo y atraer a grupos desocupados a la fuerza laboral redundaría en beneficios multisectoriales.²⁰⁷ Organizaciones de campesinos declaran que la agroecología es más atractiva para trabajar que otros modelos por el uso de árboles y la sombra que proveen así como la ausencia del olor y toxicidad de químicos.²⁰⁸ La experiencia anécdota de los agricultores locales es que la misma es enriquecedora y alimenta el espíritu.²⁰⁹

¹⁹⁸ Este innovador esquema de agricultura patrocinada por la comunidad facilita el acceso a estos alimentos, permitiéndole al consumidor consciente apoyar y co-participar de fincas ecológicas como Blanco-Negro-Verde (<http://blancnegroverde.com/>). El Departamento es el único intermediario y se lleva una módica comisión por orquestar la operación, <http://www.eldepartamentodelacomida.com/>.

¹⁹⁹ Inter News Service, *Miles visitan el mercado urbano en la Ventana al Mar de Condado*, PRIMERA HORA, 7 de noviembre de 2010, en la pág. 34.

²⁰⁰ PEACE N'LOAF PIZZERIA, <http://www.peacenloaf.com/>.

²⁰¹ VEGGIE GARDEN, <http://www.goveggiegarden.com/>.

²⁰² Andrea Martínez, *Oro verde sin explotar*, EL NUEVO DÍA, 17 de abril de 2011, Revista de Negocios Domingo, 8-13.

²⁰³ *Organic Agriculture Worldwide: Key results from the global survey on organic agriculture 2010*, RESEARCH INSTITUTE OF ORGANIC AGRICULTURE F.I.B.L. & I.F.O.A.M., disponible en <http://www.organic-world.net/2010-presentations.html>.

²⁰⁴ Martínez, *supra* nota 202.

²⁰⁵ David Pimentel et al., *Organic and Conventional Farming Systems: Environmental and Economic Issues*, 55 BIOSCIENCE 573, Núm. 7, 576 (2005).

²⁰⁶ De Schutter, *supra* nota 2.

²⁰⁷ *Id.* en la pág. 11.

²⁰⁸ *Id.*

²⁰⁹ Asociación Nacional de Derecho Ambiental, Conferencia en la UPR Escuela de Derecho durante la Jornada Ambiental 2011: Mesa redonda: Conversatorio con agricultores orgánicos sobre las políticas públicas agrarias en Puerto Rico (2 de abril de 2011).

Por último, se ha demostrado que se pueden generar considerables ganancias - \$50,000 en sólo una cuerda de terreno - mercadeando productos de alta calidad sin tener que ser propietario de este.²¹⁰ Como propone la investigadora Ann Guptill: Among Caribbean islands, Puerto Rico is perhaps best positioned for organics, because agricultural production declined rapidly after World War II, leaving extensive agricultural acreage that has never been treated with agrochemicals while a modern transportation and energy infrastructure was created.²¹¹

En Puerto Rico, tanto en lugares urbanos como rurales, abundan terrenos desocupados. La disponibilidad de espacio para cultivar no es un factor limitativo. La finca agro-ecológica tiene dos importantes cualidades, adaptabilidad y capacidad de crecer en escala, que le permiten funcionar en micro-climas de todo tipo y en escenarios que van desde huertos comunitarios a operaciones comerciales de gran tamaño. Funcionando como celdas productivas distribuidas a lo largo y ancho de la Isla, estas fincas agroecológicas tienen el potencial de revolucionar la realidad alimentaria de Puerto Rico.

Un comprometido grupo de agricultores ecológicos, activistas y consumidores, en su mayoría jóvenes y/o personas con poca trayectoria en la agricultura, han superado sabotaje, divisiones internas y amplia resistencia multi-sectorial²¹² para establecer las bases de esta transformación.²¹³ Este incipiente sector ha probado la viabilidad del modelo agro-ecológico en Puerto Rico. También ha desarrollado una serie de bienes comunes - tangibles e intangibles - que serán claves para lograr una trascendencia real.

Entre las recomendaciones generales para adelantar la agro-ecología como vehículo de cambio alimentario, se enfatiza la provisión de bienes comunes como los servicios de extensión e investigación, facilidades de almacenamiento, acceso a mercados, educación y el apoyo a organizaciones de agricultores y cooperativas. Esto es precisamente el rol que - con independencia del estado - ha asumido la Organización Boricua,²¹⁴ el organismo que agrupa a los agricultores agro-ecológicos del País y la Cooperativa Madre Tierra,²¹⁵ quien administra el principal mercado para productos ecológicos de Puerto Rico en la Placita Roosevelt en San Juan.²¹⁶ Éstos ofrecen talleres de producción agro-ecológica comercial y brigadas de trabajo a nuevas fincas. También ha establecido su propia certificación orgánica y lidera esfuerzos mediáticos y de educación, entre otros. De esa manera han creado una plataforma de apoyo para que individuos sin experiencia en la agricultura ecológica se lancen al reto de la producción y para que los consumidores rechacen el establecimiento agro-industrial de las cadenas de supermercados y restaurantes de comida rápida a favor de la agricultura puertorriqueña ecológica.

²¹⁰ SPIN stands for S-mall P-lot IN-tensive, SPIN FARMING.COM, <http://www.spinfarming.com/whatsSpin/>.

²¹¹ Guptill, *supra* nota 41, en la pág. 204.

²¹² Véase *Id.* (Se enfoca en las dificultades por establecer un modelo alternativo de agricultura en la isla); Guptill & Carro Figueroa, *supra* nota 162.

²¹³ Véase <http://agricultoresoverdepr.blogspot.com/> para un directorio actualizado de agricultores y recursos agro-ecológicos de Puerto Rico.

²¹⁴ Véase ORGANIZACIÓN BORICUA DE AGRICULTURA ECO-ORGÁNICA, <http://www.organizacionboricua.org>.

²¹⁵ Véase COOPERATIVA ORGÁNICA MADRE TIERRA, <http://www.coopmadretierra.com/>.

²¹⁶ Bárbara J. Figueroa Rosa, *De todo en el mercado orgánico de la Placita Roosevelt*, PRIMERA HORA, 19 de junio de 2011, en la pág. 18.

Este rechazo o retirada (*opting out*), un elemento al que uno de los grandes líderes del movimiento - Joel Salatin de la finca Polyface Farms²¹⁷ en Virginia - se refiere continuamente, merece atención. El sector orgánico es simultáneamente un movimiento y un negocio, dejando entrever como el alimento ha venido a tomar dimensiones que van mucho más allá de satisfacer el apetito. Michael Pollan captura esto efectivamente en la descripción que hace de los clientes de Salatin:

Many of the Polyface customers I met (though by no means all of them) had come to see their decision to buy a chicken from a local farmer rather than from Wal-Mart as a kind of civic act, even a form of protest. A protest of what exactly is harder to pin down, and each person might put it a little differently, but the customers I met at Polyface had gone to some trouble and expense to opt-out - of the supermarket, of the fast-food nation, and, standing behind that, of a globalized industrial agriculture. Their talk of distrusting Wal-Mart, resenting the abuse of animals in farm factories, insisting on knowing who was growing their food, and wanting to keep their food dollars in town - all this suggested that for many of these people spending a little more for a dozen eggs was a decision inflected by a politics, however tentative or inchoate.²¹⁸

Si bien Boricua y Madre Tierra han tomado la batuta, otros grupos merecen atención por su contribución a la transformación agro-alimentaria. El Instituto de Permacultura de Puerto Rico,²¹⁹ lleva varios años ofreciendo certificaciones de este modelo de producción ecológico, así como talleres de sustentabilidad comunitaria. Sus actividades también han posibilitado el surgimiento de una comunidad activa de perma-culturistas. Éstos organizan jornadas de intercambio de semillas y cosecha, y cuentan con una sólida presencia virtual, la cual facilita la distribución de conocimiento.

Aunque ha tomado mucho tiempo, el aparato estatal agrícola ha reconocido el potencial de la agricultura ecológica, iniciando una serie de proyectos e investigaciones a su favor. Poco a poco, individuos visionarios dentro del Colegio de Ciencias Agrícolas del Recinto de Mayagüez de la Universidad de Puerto Rico (en adelante, “Colegio”), han ido cambiando paradigmas institucionales para avanzar la agenda progresista de la agricultura sostenible. Este desarrollo no puede pasar desapercibido entre los entes vinculados con la agro-ecología, quienes deben ver a estos actores institucionales como aliados estratégicos en la misión agro-alimentaria.

Un hecho a veces desconocido en Puerto Rico es que gran parte del apoyo a la agricultura del País proviene del Colegio. Bajo su manto recaen las unidades de Extensión Agrícola, que están encargadas de orientar a los agricultores en todos los aspectos relacionados a su producción. Las distintas estaciones Experimentales Agrícolas, llevan a cabo investigaciones orientadas a resolver problemas que afectan la agricultura en Puerto Rico y hacerla más efectiva. En último lugar, el Colegio entrena a los futuros agrónomos y agricultores.

Los inicios de este cambio se perciben en dos proyectos, el de la Estación Experimental de

²¹⁷ Véase POLYFACE INC., <http://www.polyfacefarms.com/>.

²¹⁸ Pollan, *supra* nota 60, en la pág. 254.

²¹⁹ Véase PERMA CULTURA PUERTO RICO, <http://www.permaculturapuertorico.org/html/index.asp>.

Gurabo y el de Lajas. La Estación Experimental de Gurabo cuenta con uno de los primeros y pocos predios certificados como orgánicos por la U.S.D.A. en la Isla, el cual se utiliza para desarrollar variedades de hortalizas aptas al clima de Puerto Rico, así como otros experimentos orgánicos.²²⁰ Es importante mencionar que es de interés nacional que se derrote la permute de sus terrenos propuestas por el alcalde y avalada por la Legislatura.²²¹

Por su parte, la Estación Experimental de Lajas ha comenzado un proyecto en colaboración con el Servicio de Conservación de Suelos del U.S.D.A., quien proveyó muchos de sus fondos, con el propósito de: [F]omentar las prácticas agrícolas de manejo orgánico en Puerto Rico a través de un programa de producción de semillas orgánicas, pruebas de variedades de hortalizas bajo manejo orgánico, un huerto orgánico demostrativo, hojas informativas y un sitio web dedicado a la agricultura orgánica en Puerto Rico.²²²

Es de especial importancia lo relacionado a las semillas. Una encuesta hecha en el año 2009 a agricultores ecológicos reveló que la adquisición de semillas orgánicas adaptadas a las condiciones particulares de Puerto Rico era uno de los principales retos para incrementar la producción.²²³ Será necesario - para que este desarrollo llegue a su máximo potencial - que los agricultores ecológicos reciproquen esta apertura, aprovechando sus recursos y peritaje y retroalimentando el proceso de investigación.

Fuera del aparato del Colegio y de la influencia histórica de la agroindustria, el recinto de la Universidad de Puerto Rico en Utuado (en adelante, “UPR-Utuado”) ha consolidado un grupo interdisciplinario que “integra la investigación, extensión y educación, para promover y apoyar el desarrollo de la agroecológica en Puerto Rico y el Caribe”.²²⁴ Éste ofrece un grado asociado en agro-ecología, y cuenta con una finca/laboratorio donde estudiantes y profesores perfeccionan técnicas de café de sombra intercalado y otros cultivos. Han recibido becas federales para estudiar la secuestación de carbón en suelos, así como alternativas ecológicas para de manejo de hierbajos. A través de estas actividades y su integración al movimiento agroecológico local, la UPR-Utuado está forjando un vehículo cuyo impacto ya se está sintiendo.

VII. AGRO-ECOLOGÍA COMO VEHÍCULO DE DESARROLLO SOCIAL

Por otro lado, la agro-ecología provee un vehículo para el cambio social a través del huerto comunitario. A través de estos proyectos, se construyen importantes valores como el sentido de apoderamiento, la autogestión y suficiencia, y el desarrollo integral. La lucha del South Central Community Garden en Los Ángeles, el huerto comunitario más grande de los Estados Unidos, por proteger sus terrenos de la confiscación por intereses comerciales, ilustra estas sinergias

²²⁰ También organiza el festival del Huerto Casero, el cual es atendido por miles de personas, con el propósito de educar y movilizar a la población en los temas de auto-gestión y soberanía alimentaria, agricultura ecológica y nutrición, <http://www.festivaldelhuertocasero.com/>.

²²¹ Cynthia López Cabán, *Amenazada la Estación Experimental agrícola de la UPR en Gurabo*, EL NUEVO DÍA, 24 de junio de 2011 en la pág. 22.

²²² Véase AGRICULTURA ORGÁNICA, <http://prorganico.info/>.

²²³ Bérénice Bois, *Investigación para identificar que gestiones a nivel local son necesarias para fortalecer la emergente comunidad de pequeños agricultores ecológicos en Puerto Rico*, ENITAB - FOVI (2009).

²²⁴ Véase AGROECOLOGÍA UPR UTUADO, <https://sites.google.com/a/upr.edu/agroecologia/>.

positivas.²²⁵ Puerto Rico tiene la fortuna de contar con múltiples proyectos exitosos de este tipo que son replicables.

El Huerto, Vivero y Bosque Urbano de Capetillo, un innovador proyecto nacido de una alianza multi-sectorial, demuestra el potencial de la agro-ecología para convertirse en catalítico de transformación comunitaria.²²⁶ Bosque Urbano es el fruto del trabajo en conjunto entre la Universidad de Puerto Rico, a través de CAUCE,²²⁷ la Fundación Toyota y el Departamento de Recursos Naturales, así como la diócesis católica del área, quien donó los terrenos y se ha convertido en un baluarte de la comunidad de Capetillo. El mismo ofrece: verduras y hortalizas orgánicas, estudios supervisados en un edificio que se ha convertido en centro comunal y en un valioso espacio recreativo y de contacto con la naturaleza. Los niños y jóvenes también aprenden lecciones de agricultura y nutrición mientras colaboran en todas las actividades del huerto. Ellos mismos administran la cooperativa que gestiona las operaciones del proyecto y en el proceso van desarrollando capacidades de organización y liderazgo. Cabe destacar que el envolvimiento de la comunidad ha sido un factor crítico en su éxito. Como si fuera poco, ellos mismos han asumido el objetivo de reclamar un predio de 1.5 cuerdas adyacentes a la propiedad, con el objetivo de ampliar el área del Bosque Urbano. Por último, sus líderes han asumido un rol educativo para su comunidad, ofreciendo talleres de agricultura ecológica y visitas guiadas, así como de capacitación y liderazgo comunitario.

Otra comunidad hizo algo similar con un terreno abandonado en el área de *Ocean Park* en San Juan. Frustrados por la ausencia de alimento local, un grupo de vecinos consiguió el consentimiento del dueño de un terreno baldío para cultivarlo ecológicamente a través del modelo *French-Intensive*. Liderado por su fundadora, Susan Fairbanks, el *Bucaré Urban Garden*,²²⁸ lleva dos años en producción. Vecinos de todas las edades colaboran en su mantenimiento y se alimentan saludablemente, mejorando su calidad de vida. ¿Por qué no existen más huertos comunitarios como éste?

El Proyecto Escolar “Agricultura en Armonía con el Medio Ambiente” de la Escuela Botijas Núm. 1 de Orocovis demuestra los efectos positivos del huerto comunitario en un escenario educacional.²²⁹ Cada semestre, estudiantes de diferentes grados llevan a cabo una siembra en un predio aledaño a la escuela. El huerto se convierte en un salón de clases viviente para el aprendizaje integrado de agricultura, biología y ecología, así como de cooperación, el valor del trabajo y el amor por la tierra. Su coordinadora y profesora, la agrónoma Dalma Cartagena, ha visto estos resultados replicarse una y otra vez, en los diez años que lleva administrando el proyecto. Sin embargo, el apoyo económico de la División de Educación Agrícola del Departamento de Educación, bajo cuyos auspicios está el programa, ha sido inconsistente, lo que ha obligado a recurrir a fondos privados para sufragar gastos operacionales.²³⁰

²²⁵ Véase SOUTH CENTRAL FARMERS, <http://www.southcentralfarmers.com/>; The Garden (Black Valley Films 2008) disponible en www.thegardenmovie.com.

²²⁶ Véase HUERTO, VIVERO Y BOSQUE URBANO COMUNITARIO DE CAPETILLO, <http://huertocapetillo.wordpress.com>.

²²⁷ Véase CENTRO DE ACCIÓN, URBANA, COMUNITARIA Y EMPRESARIAL DE RÍO PIEDRAS, <http://cauce.uprrp.edu>.

²²⁸ Véase MEMOIRS OF THE BUSCARÉ URBAN GARDEN, <http://bucareurbangarden.blogspot.com>.

²²⁹ Véase Perla S. Curbelo Santiago, *Escuela en Orocovis recibe donativo para continuar huerto escolar*, AGROCHIC.COM, <http://www.agrochic.com/2011/06/escuela-en-orocovis-recibedonativo.html> (última visita 13 de enero de 2012).

²³⁰ Asociación Nacional de Derecho Ambiental, Conferencia en la UPR Escuela de Derecho durante la Jornada

VIII. LA PROPUESTA: FINCA AGRO-ECOLÓGICA ECONÓMICAMENTE RENTABLE

La transición hacia un sector agrícola productivo, sostenible y que mejore la calidad de vida de las comunidades, tiene que ser la finca agroecológica, económicamente rentable. Aunque los beneficios de este modelo empiezan con lo económico, darle este enfoque provee un instrumento útil para medir su rendimiento y la posibilidad de perfeccionar un vehículo efectivo y replicable en cualquier parte de Puerto Rico. Por otro lado, lograr que cada finca individual *pueda* ser rentable, es la única manera que este sector podrá atraer las inversiones, recursos y talento que requiere para cumplir su acometida. La ciudad de Philadelphia, renombrada por sus avances en esta área, ha hecho este tipo de producción - estilo *SPIN Farming*²³¹ - la base de su estrategia de alimentación y sustentabilidad.²³² El modelo tiene tres componentes:

1. Implementación de mejores prácticas agro-ecológicas;
2. Acceso a mercados orgánicos de alta rentabilidad; y
3. Manejo de riesgo y maximización de potencial económico.

Los primeros dos componentes se refieren a aprovechar los bienes públicos y redes existentes para lograr acceso a los mercados que justifican su valor. El último componente está relacionado a la incorporación de competencias básicas de derecho corporativo y administración de riesgo. Aunque la mayoría de los agricultores exhiben un dominio impresionante de todas las materias empresariales relacionadas a sus fincas, es un área que se puede reforzar.

Para empezar, debe ser una práctica común la incorporación de los emprendimientos agro-ecológicos y la protección del patrimonio personal que esto conlleva.²³³ Los productores agrícolas se exponen a una serie de escenarios legales que lo justifican. La incorporación provee otros beneficios en materia contributiva que pueden marcar la diferencia para asegurar la sostenibilidad económica a largo plazo o lograr el rendimiento de capital. También facilita la obtención de capital de inversión, proveyendo flexibilidad y libre transferibilidad de intereses propietarios.²³⁴ Sin embargo, la corporación no necesariamente es el vehículo más adecuado para todo proyecto. Figuras como la corporación propiedad de trabajadores, basada en el modelo de Mondragón,²³⁵ la corporación sin fines de lucro y el fideicomiso de tierras,²³⁶ entre otras, se ajustan mejor a escenarios cooperativos o propósitos sociales. En el modelo agro-ecológico no hay una solución perfecta.

Ambiental 2011: Formas de organización para financiar y desarrollar proyectos de agricultura sustentable: cooperativas, corporaciones especiales de trabajadores y fideicomisos de tierra (2 de abril de 2011).

²³¹ SPIN, *supra* nota 210; Urban Partners, *Farming in Philadelphia: Feasibility Analysis and Next Steps*, INSTITUTE FOR INNOVATIONS IN LOCAL FARMING (Diciembre 2007), disponible en http://www.spinfarming.com/common/pdfs/STF_Inst_for_Innovations_in_Local_Farming_Study_Dec07.pdf.

²³² Food System Planning, D.V.R.P.C., <http://www.dvrpc.org/Food/>.

²³³ CARLOS DÍAZ OLIVO, CORPORACIONES 446 (Publicaciones Puertorriqueñas 2005).

²³⁴ *Id.*

²³⁵ Véase <http://www.mcc.es/>

²³⁶ Véase *Frequently Asked Questions*, NATIONAL C.L.T. NETWORK, <http://www.cltnetwork.org/index.php?fuseaction=Blog dspBlogPost&postID=28> (en el contexto local, aplicado a las comunidades del Caño Martín Peña, *El Fideicomiso de la Tierra del Caño Martín Peña: Corolario de un Modelo de Participación Comunitaria en Marcha*, 68 REV. COL. ABOG. PR 794 (2007)).

Maximizar el potencial económico implica aprovechar todos los incentivos gubernamentales agrícolas disponibles, algo que es frecuentemente ignorado por el sector agro-ecológico. Aunque es impresionante que el sector haya crecido independiente sin sacarle el máximo provecho a dichos incentivos, en este momento es prudente adoptar una actitud pragmática respecto a todo lo que pueda adelantar la causa alimentaria y agro-ecológica en Puerto Rico. Se advierte igualmente, la existencia de programas locales y federales en áreas de gran necesidad como las de seguros, financiamiento, asesoría ambiental así como de beneficios económicos y contributivos.

En primer lugar, están los incentivos del gobierno local, los cuales se proveen a través del Departamento de Agricultura (DAPR) y en los que apliquen, el Departamento de Hacienda. Quizás los beneficios más importantes disponibles al agricultor son de tipo contributivo. Éstos se acceden a través de la certificación de agricultor o corporación agrícola bonafide, establecida por la Ley de Incentivos Contributivos Agrícolas de Puerto Rico.²³⁷ El agricultor bonafide recibe una exención contributiva - sin tope - equivalente al 90% de sus ingresos brutos devengados.²³⁸ Esto se puede hacer como individuo, al demostrar que 50% o más de sus ganancias provienen de fines agrícolas o como corporación, cumpliendo con el mismo requisito. La legislación ofrece al agricultor bonafide exenciones de: pago de arbitrios o IVU en la compra de equipo agrícola,²³⁹ pago de contribuciones sobre propiedades muebles e inmuebles (CRIM) dedicadas a la producción,²⁴⁰ arbitrios municipales,²⁴¹ sellos de Hacienda y cargos en el Registro de la Propiedad relacionados a la propiedad.²⁴² Otro incentivo de esta legislación son sus disposiciones para la atracción de capital. La misma otorga créditos contributivos - cedibles - equivalentes al 50% de la inversión.²⁴³ También ofrece una concesión de créditos por concepto de pérdidas a razón de venta o permuta de la inversión tomada.²⁴⁴

La misma ley faculta otro importante paquete de incentivos: el Programa de Inversiones Agrícolas (en adelante, "PIA"). Consiste de un fondo anual de \$15 millones de dólares que iguala hasta el 50% de la inversión del agricultor, o \$250,000 en proyectos de tecnología, maquinaria, energía renovable y mercadeo, entre otros.²⁴⁵ Para acceder al mismo hay que presentar al DAPR una propuesta que incluya por lo menos dos cotizaciones del equipo o la inversión. De acuerdo al DAPR en el pasado año fiscal aprobaron más del 70% de las solicitudes presentadas.²⁴⁶

También está disponible el subsidio salarial, que trata de palear uno de los costos más significativos para los agricultores.²⁴⁷ La Ley 46 de 1989, mejor conocida como la Ley del

²³⁷ Ley de Incentivos Contributivos Agrícolas de Puerto Rico, Ley Núm. 225 del 1 de diciembre de 1995, según enmendada, 13 LPRA §§ 10401-10410 (2004).

²³⁸Id. 13 LPRA § 10407.

²³⁹Id. 13 LPRA § 10404.

²⁴⁰Id. 13 LPRA § 10405.

²⁴¹Id. 13 LPRA § 10406.

²⁴²Id. 13 LPRA § 10405.

²⁴³Id. 13 LPRA § 10408.

²⁴⁴ Id. 13 LPRA § 10408.

²⁴⁵ Ley de Fondo Capital de Inversión de Puerto Rico, Ley Número 3 del 6 de octubre de 1987, según enmendada, 7 LPRA §§ 1241-1260(a).

²⁴⁶ Aura N. Alfaro, *Incentivos Millonarios para el Agro*, EL NUEVO DÍA, 4 de marzo de 2010, en la pág. 51.

²⁴⁷ Ley para Establecer el Programa de Subsidio Salarial a los Agricultores Elegibles, Ley Núm. 46 del 5 de agosto de 1989, según enmendada, 29 LPRA §§ 2031-2040 (2008).

Subsidio Laboral, provee para que el DAPR cubra el 30% del salario mínimo federal vigente, que equivale a \$2.72 por hora trabajada a agricultores y corporaciones bonafide que generen menos de \$500,000 anuales a la vez que impone un salario mínimo inferior al vigente en otros sectores, equivalente a \$5.25 la hora.²⁴⁸ Por otro lado, la Ley 42 de 1971 provee un bono anual de hasta \$235.00 por empleado.²⁴⁹ Continuando la lista de incentivos, están los vales de abono que se ofrecen para apoyar la producción de ciertos productos bajo el programa de técnicas de precisión agrícola.²⁵⁰ Éstos incluyen al café (\$30 por quintal) al igual que el plátano, ñame, yautía y Yuca, estos últimos a razón de \$150 por cuerda.²⁵¹ El DAPR permite que los vales se utilicen tanto para abonos orgánicos como químicos.²⁵²

Llegando al tema del financiamiento, hay que reconocer el importante rol que desempeña el Banco de Desarrollo Económico (BDEPR).²⁵³ La naturaleza riesgosa del sector lo hace uno de alto riesgo para la banca convencional y cerrándole esta vía. El BDEPR ofrece préstamos agrícolas a términos razonables, adoptando una política de apoyo activa. También cuenta con programas específicos para mujeres y agro-empresarios jóvenes.²⁵⁴ Falta por mencionar el programa de seguros agrícolas local. Dicho programa está orientado al modelo convencional y no se ajusta del todo al poli-cultivo intercalado orgánico pero el gobierno las requiere para acogerse a los beneficios de agricultor *bonafide*.²⁵⁵ La práctica común es complementarlas con las pólizas federales.

Las carteras de incentivos y programas del USDA completan el cuadro de apoyo que tiene la agricultura en Puerto Rico. Los agricultores entrevistados hablaron favorablemente de los mismos y enfatizaron como ventaja significativa el hecho de que estén ajenos a la política partidista que de una manera u otra afecta a toda dependencia del gobierno local.²⁵⁶ El gobierno federal ofrece una amplia sombrilla de programas, muchos de ellos en áreas indispensables como financiamiento, manejo de riesgo, y protección de suelos.

El Farm Service Agency (en adelante, “FSA”), es otro proveedor de un grupo de programas establecidos.²⁵⁷ Entre los más importantes que caen bajo su jurisdicción están ciertos aspectos del manejo de riesgo agrícola como las ayudas provistas en caso de desastres naturales y condiciones

²⁴⁸ *Id.*

²⁴⁹ Ley de Bono Anual a los Trabajadores Agrícolas, Ley Núm. 42 del 19 de junio de 1971, según enmendada, 29 LPRA §§ 510-510(k) (2009).

²⁵⁰ Ley Núm. 5 del 6 de abril del 1994. Véase “Reglamento para regir programa de técnicas de precisión agrícola” disponible en: <http://www2.pr.gov/agencias/Agricultura/Incentivos/Documents/TecnicasdePrecision7782.pdf>

²⁵¹ *Id.*

²⁵² Ley para Establecer el Programa de Subsidio Salarial a los Agricultores Elegibles, Ley Núm. 46 del 5 de agosto de 1989, según enmendada, 29 LPRA §§ 2031-2040.

²⁵³ Véase Crédito agrícola, BANCO DE DESARROLLO ECONÓMICO DE PR, <http://www.bdepr.org/bdepr/creditoagricola.php>.

²⁵⁴ Véase Crédito agrícola: Mujer y joven agro empresario, BANCO DE DESARROLLO ECONÓMICO DE PR, <http://www.bdepr.org/bdepr/mujerjovenagro.php>.

²⁵⁵ Ley de Seguros Agrícolas de Puerto Rico, Ley Núm. 12 de 12 de diciembre del 1966. Para una introducción general al tema véase Myrna Coma Pagán, *Seguros Agrícolas: Lo que debes saber*. Disponible en: <http://academic.uprm.edu/mcomas/HTMLobj-108/Segurosagric.pdf>

²⁵⁶ Entrevista Pérez et al., *supra* nota 158.

²⁵⁷ Véase A Message from the State Executive Director, U.S.D.A. FARM SERVICE AGENCY, <http://www.apfo.usda.gov/FSA/stateoffapp? mystate=pr&area=home&subject=landing&topic=landing>.

climatológicas.²⁵⁸ El Emergency Conservation Program (ECP) provee asistencia técnica y económica para rehabilitar terrenos agrícolas afectados por eventos extremos.²⁵⁹ Por su parte, el Conservation Reserve Program (CRP) del FSA incentiva prácticas que protejan terrenos en áreas sensibles.²⁶⁰ También ofrece sus propios préstamos federales - a través de su Farm Loans Program.²⁶¹ Aunque su red de apoyo está mayormente orientada a la agricultura convencional, tienen ciertos programas y recursos que se pueden aprovechar para beneficio de la agricultura agro-ecológica. De interés especial son las ayudas económicas ofrecidas a agricultores para amilanar los costos de certificación orgánica de sus fincas.²⁶²

El Federal Crop Insurance Corporation (FCIC) bajo el Risk Management Agency (RMA) del USDA es la agencia encargada de administrar los seguros agrícolas a nivel federal y de autorizar a las aseguradoras que ofrecen las pólizas.²⁶³ Es importante mencionar que obtener estos seguros es requisito para obtener los incentivos federales.²⁶⁴ El RMA ha expandido la cobertura disponible para cosechas orgánicas a un número considerable de productos.²⁶⁵

A su vez, están los beneficios y asesoramiento ofrecidos por el *Natural Resources Conservation Service* (NRCS) adscrito al USDA, para promover prácticas cónsonas con la conservación de suelos y protección de ecosistemas dentro del contexto de la producción agrícola.²⁶⁶ A través de distintos programas enmarcados en la ley agrícola estadounidense, mejor conocida como el Farm Bill del 2008 y legislación previa, el NRCS otorga incentivos económicos a aquellos agricultores que se comprometan a adoptar ciertas prácticas o emprendan proyectos específicos recomendados por la agencia.²⁶⁷ A través del Environmental Quality Incentives Program (EQIP), que provee la mayor proporción de ayudas, la agencia subscribe contratos con productores con valores anuales que van desde cientos de dólares hasta \$20,000 y \$30,000.²⁶⁸ También están disponibles los fondos del *Conservation Stewardship Program* (CSP), que de manera similar otorgan ayuda financiera a productores que adopten prácticas integradas de conservación como la de rotación de cosechas.²⁶⁹ Cabe mencionar que el EQIP Organic Initiative, que concede ayudas de hasta \$20,000 anuales, a agricultores orgánicos certificados o aquellos interesados en convertirse en agricultores orgánicos para sufragar costos transicionales y

²⁵⁸ *Id.*

²⁵⁹ Véase *Conservation Programs: Emergency Conservation Program*, U.S.D.A. FARM SERVICE AGENCY, <http://www.fsa.usda.gov/FSA/webapp?area=home&subject=copr&topic=ecp>.

²⁶⁰ Véase *Conservation Programs: Conservation Reserve Program*, U.S.D.A. FARM SERVICE AGENCY, <http://www.fsa.usda.gov/FSA/webapp?area=home&subject=copr&topic=crp>.

²⁶¹ Véase *Farm Loan Programs*, U.S.D.A. FARM SERVICE AGENCY, <http://www.fsa.usda.gov/FSA/webapp?area=home&subject=fmlp&topic=landing>.

²⁶² Véase *National Organic Certification Cost-Share Program*, U.S.D.A., http://attra.ncat.org/guide/n_z/organic_certification.html

²⁶³ Véase *Crop Policies and Pilots*, U.S.D.A. RISK MANAGEMENT AGENCY, <http://www.rma.usda.gov/policies/>.

²⁶⁴ Myrna Comas Pagán, *supra* nota 27 en la pág. 5.

²⁶⁵ William J. Murphy, *Organic Crops and the Federal Crop Insurance Program*, U.S.D.A. REPORT TO CONGRESS, disponible en www.farm-risk-plans.usda.gov/pdf/organic_producers.pdf.

²⁶⁶ Entrevista Pérez et al., *supra* nota 158 (Fue muy productiva la experiencia entrevistando a uno de sus agentes, al igual que la retroalimentación recibida de los agricultores en relación al peritaje y servicio de los agentes del NRCS).

²⁶⁷ Véase *N.R.C.S. Conservation Programs*, U.S.D.A. NATURAL RESOURCES CONSERVATION SERVICE, <http://www.nrcs.usda.gov/programs/>.

²⁶⁸ Entrevista con Javier Medina, Director región Arecibo, Vía Telefónica (27 enero 2010).

²⁶⁹ http://www.nrcs.usda.gov/programs/new_csp/csp.html.

operacionales.²⁷⁰ Finalmente, entidades e individuos como agricultores, organizaciones educativas y de la comunidad que adopten medidas innovadoras para adelantar las causas principales del NRSC son elegibles para los Conservation Innovation Grants (CIG) otorgados competitivamente mediante propuestas.²⁷¹ Por ultimo, cabe mencionar el Puerto Rico Farm Credit y el USDA Rural Development, que son otras fuentes de financiamiento para agricultores.²⁷²

Hay que añadir a esta discusión los beneficios económicos obtenidos a través del aprovechamiento de fuentes de energía renovables y la orientación de las operaciones hacia la sostenibilidad, un ingrediente fundamental del modelo agrícola propuesto.²⁷³ En la finca agro-ecológica no existe el concepto de la basura; siendo por diseño “zero-waste”.²⁷⁴ Todo lo que se produce es un recurso productivo. Un ejemplo sencillo es la composta. Esta es creada por medio del proceso de descomposición de materia orgánica y es añadida al terreno para promover la actividad microbólica necesaria para un suelo saludable y productivo. Lo que en otro escenario conllevaría costos y energía para su disposición, se recicla en su lugar de origen, enriqueciendo la cadena de valor.

La sostenibilidad está inscrita en la genética agro-ecológica, y en este aspecto debe ser usada como referencia. La sostenibilidad debe ser parte integral del proceso de diseño y no algo que se resuelve con, por ejemplo, paneles fotovoltaicos. La tecnología y los paneles fotovoltaicos *son importantes* pero no son una panacea. Este enfoque elimina al costo como impedimento de adopción y provee los beneficios más trascendentales. De hecho, muchas de las alternativas, como la producción de biodiesel con aceite de cocinar usado, pueden desarrollarse con una mínima inversión. Los recolectores de agua de lluvia son otro mecanismo de bajo costo que ahorra dinero y tiene utilidad en casos de sequía. Por otro lado, agro-empresas que tengan consumo que lo justifique, deben considerar la variedad de fuentes renovables disponibles, como alternativa a las costosas y volátiles tarifas provenientes de fuentes fósiles de la Autoridad de Energía Eléctrica (AEE). La energía solar, eólica e hidro-eléctrica, entre otras, funciona en contextos de producción distribuida a pequeña escala, proveyéndole al usuario la oportunidad de independizarse de la AEE y acercarse a la auto-suficiencia. Si se aprovechan los beneficios contributivos que concede el Departamento de Hacienda y la reventa de energía a la AEE, muchos de los proyectos se hacen más atractivos.²⁷⁵

Hay múltiples fuentes de fondos federales y locales para este tipo de proyecto - los cuales se hacen más necesarios mientras la escala y envergadura incrementan. El Fondo de Inversiones Agrícolas del DAPR previamente mencionado acepta y promueve propuestas con estos fines. El

²⁷⁰Véase News, U.S.D.A. NATURAL RESOURCES CONSERVATION SERVICE, http://www.nrcs.usda.gov/news/releases/2010/organic_funding.html; Programs, U.S.D.A. NATURAL RESOURCES CONSERVATION SERVICE, <http://www.nrcs.usda.gov/programs/equip/organic/index.html>.

²⁷¹Conservation Innovation Grants, U.S.D.A. NATURAL RESOURCES CONSERVATION SERVICE, <http://www.nrcs.usda.gov/technical/cig/index.html>.

²⁷²Véase Loans, U.S.D.A. RURAL DEVELOPMENT, http://www.rurdev.usda.gov/RD_Loans.html.

²⁷³Véase Clean Energy Farming: Cutting Costs, Improving Efficiencies, Harnessing Renewables, SUSTAINABLE AGRICULTURE, RESEARCH AND EDUCATION BULLETIN (feb. 2008), disponible en <http://www.rodaleinstitute.org/20090311/gw2>.

²⁷⁴Véase ZERO WASTE ALLIANCE, <http://www.zerowaste.org/>.

²⁷⁵Véase DATABASE OF STATE INCENTIVES FOR RENEWABLES & EFFICIENCY, http://www.dsireusa.org/incentives/incentive.cfm?Incentive_Code=PR02R&re=1&ee=1.

recién creado Fondo Verde que administrará la Administración de Asuntos Energéticos (AAE) otorgará \$19 millones en subvenciones este año exclusivamente para energía renovable.²⁷⁶ La división de desarrollo rural de la USDA es otra fuente importante, la cual provee préstamos, garantías de préstamos, concesiones o “grants”, entre otros beneficios para el desarrollo y comercialización de fuentes de energía renovable.²⁷⁷

IX. CONCLUSIÓN

La situación en Puerto Rico requiere una transformación alimentaria basada en el modelo de la finca agro-ecológica y económicamente rentable. La agro-ecología se proyecta en este momento de crisis alimentaria como la única alternativa sensible, probada y de consenso mayoritario. Puerto Rico cuenta con todos los elementos naturales, institucionales e individuales para lograrlo: un ecosistema de apoyo agro-ecológico, mercados orgánicos rentables y una amplia sombrilla de beneficios e incentivos gubernamentales. Por último, la posibilidad de incorporar estrategias corporativas de manejo de riesgo y maximización de ingresos obliga a cuestionar el paradigma pesimista predominante en relación a la agricultura en Puerto Rico.

La sólida aportación del sector es sólo una chispa de lo que puede ser, tanto para la alimentación como la economía en general. Como documentó Saddhu Govardharan en su guía de agro-ecología y soberanía alimentaria para Puerto Rico, *Oro Verde: Securing the Future of Our Food*, existen una diversa gama de rubros productivos que se pueden desarrollar a partir de la finca ecológica. Las posibilidades comerciales dentro de la gran variedad de cultivos que se dan en nuestros ecosistemas - desde granos, vegetales, frutos nativos y exóticos, nueces, hierbas medicinales, especias, bambúes - y la multitud de derivados o usos directos que se pueden producir sustentablemente son extraordinarias.²⁷⁸

A nivel local, el nicho está firmemente establecido y satisfacer la creciente demanda va a ser un reto decisivo. Aunque lo local es suficiente y debe ser prioritario, el sector de exportación también tiene un enorme potencial - la demanda de los grandes motores del mercado global orgánico, Estados Unidos y Europa, se espera que mantengan su acelerado crecimiento. Las áreas de animales criados sustentable y humanamente para consumo, tanto de lácteos, como de carne y huevos - también presentan un mercado formidable.²⁷⁹ Por otro lado, existe una necesidad apremiante de desarrollar proyectos de energía y fertilizante a partir de desperdicios orgánicos - biomasa, biogás y compostaje - que son complementarios a la finca agroecológica.²⁸⁰

Una crítica lanzada frecuentemente a los agricultores ecológicos es que sus productos son muy costosos y que siempre serán un lujo de la clase adinerada. Si bien es verdad que el producto

²⁷⁶Ley de Incentivos de Energía Verde, Ley Núm. 83 de 19 de julio de 2010. Véase http://www.aaepr.net/content.asp?cn_id=29.

²⁷⁷Rural Development Energy Programs, U.S.D.A. RURAL DEVELOPMENT, <http://www.rurdev.usda.gov/Energy.html> (última visita 12 de enero de 2012).

²⁷⁸Govardharan, *supra* nota 28, en las págs. 281-285 (lo estima en múltiples miles de millones anuales).

²⁷⁹Véase The Grass-Fed Revolution, Margot Roosevelt, Time, 11 junio del 2006 <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1200759,00.html>

²⁸⁰Véase Jose L. Alsina, Basura Cero para crear empleos, CORRIENTEVERDE.COM, <http://www.corrienteverde.com/basura%20cero%C20para%C20crear%20empleos.html>

orgánico es más caro²⁸¹ que el convencional, sus beneficios directos e indirectos lo justifican. Por otro lado, son los productos procesados los que están valorizados dishonestamente. Añadirle todos sus costos - humanos y ambientales - los hace mucho más caros. No obstante, la crítica tiene algo de mérito. El sector tiene que hacer sus productos más accesibles a una proporción mayor de la población. Esto implica consolidar las prácticas agrícolas y comerciales, disminuyendo sus costos de producción y de venta. También, tienen que asumir la importante labor de educar al pueblo sobre la situación alimentaria y su impacto sobre ellos y de esa manera darle las herramientas para tomar decisiones informadas. No sólo para que consuman productos agro-ecológicos, pero para que también los siembren.

Esta batalla se ganará en las fincas, demostrando mediante la producción consistente, la superioridad y viabilidad del modelo agroecológico. La documentación de costos, rendimientos y mejores prácticas será crucial en convencer a potenciales agricultores, particularmente los convencionales, así como empresarios e inversionistas, en adoptarla. La finca agro-ecológica económicamente rentable se puede convertir en este vehículo.

El camino está preparado para que las fincas agro-ecológicas se conviertan en un modelo replicable y efectivo para liderar la revolución alimentaria que el País tanto pide y necesita. Estas fincas, donde la seguridad alimentaria, el desarrollo económico y la protección del medio ambiente se cultivan conjuntamente, proveen espacios de esperanza dentro de todo lo que no es pero que puede ser. ¿Qué estamos esperando?

²⁸¹ Véase Martínez, *supra* nota 202 (Alrededor de 30% más caro, analizando una caja del *Departamento de Comida*, versus las alternativas convencionales, no “tres o cuatro veces más caro” como declaró el presidente de la Asociación de Agricultores).

**RELEVANCIA DE LA FIGURA EN EQUIDAD EN EL DESARROLLO Y PLANIFICACIÓN
DEL PUERTO RICO ACTUAL: EL CASO DE PUERTO NUEVO**

YASHA N. RODRÍGUEZ MELÉNDEZ*

I.	Introducción.....	102
II.	La figura jurídica de servidumbre en equidad	102
III.	El caso de Puerto Nuevo	106
IV.	El urbanismo y los cambios radicales y significativos	108
V.	Conclusión.....	109

* Candidata a *Juris Doctor* de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, mayo 2013; Doctorado en Arqueología y Preservación Histórica de la Universidad de Cornell; Maestría en Arqueología y Preservación Histórica de la Universidad de Cornell; Maestría en Antropología y Arqueología de la Universidad Estatal de Arizona; Bachillerato en Artes, *Magna Cum Laude*, en Antropología de la Universidad de Cornell

I. INTRODUCCIÓN

La figura jurídica de servidumbre en equidad fue importada del ordenamiento angloamericano e integrada al nuestro como una figura válida y con carácter real. Las servidumbres en equidad inscritas han sido tratadas por la jurisprudencia como un derecho real oponible a terceros que actúa en pro del bienestar de la comunidad y a las que se obligan voluntariamente las partes presentes y futuras. Aunque la jurisprudencia alude a métodos para la extinción de las servidumbres en equidad, tales como obtener el consenso unánime de los propietarios en la comunidad gravada o la existencia de cambios radicales y significativos en el entorno inmediato, la opinión sostenida es que estos gravámenes son beneficiosos y deben ser avalados mientras cumplan ciertos requisitos de validez.

Sin embargo, en algunos casos la servidumbre en equidad pudiera convertirse en un obstáculo al interés público y perder pertinencia. El paradigma de sostenibilidad, promovido actualmente por la planificación urbana, integra consideraciones sociales, económicas, ambientales y físicosespaciales. Este paradigma hace imperativo el examen de la relevancia de esta figura jurídica en pro de un bien común que va más allá del beneficio de los propietarios de la comunidad en cuestión. Este escrito pretende examinar el caso de Puerto Nuevo, considerado en su momento de diseño como un desarrollo moderno e innovador, y demostrar la necesidad de considerar la eliminación de las servidumbres en equidad para promover un desarrollo sostenible a tono con las necesidades actuales de los residentes y ciudadanos del área metropolitana.

II. LA FIGURA JURÍDICA DE SERVIDUMBRE EN EQUIDAD

Según discutido por varios autores,¹ la figura jurídica de servidumbre en equidad fue importada del Derecho Común (*Common Law*). A esta figura se le otorgó en Inglaterra un uso personalísimo que impedía a un adquiriente posterior ignorar las restricciones impuestas al adquiriente vendedor en un contrato original.² La servidumbre en equidad fue utilizada por primera vez en la jurisprudencia puertorriqueña a principios del siglo XX en *Glines v. Matta*. En este caso el Tribunal Supremo de Puerto Rico (en adelante *TSPR*) resolvió que las condiciones restrictivas a las que voluntariamente se obligó el primer comprador son oponibles a futuros

¹ Véase LUIS RAFAEL RIVERA RIVERA, DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO PUERTORRIQUEÑO (2da ed. 2002); Michael J. Godreau & Ana Isabel García Saul, Sumario, *Servidumbres y conservación*, 67 REV. JUR. UPR 249 (1998); Fermín L. Arraiza Navas & José R. Roqué Velázquez, *Las servidumbres en equidad, las defensas en equidad y el Registro de la Propiedad en el Derecho puertorriqueño*, 32 REV. JURÍDICA U. INTER. P.R. 35 (1997); Javier Vázquez Morales, *Por su procedencia: El desarrollo de las servidumbres de equidad en Puerto Rico*, 33 REV. JURÍDICA U. INTER. P.R. 387 (1999).

² Véase *Tulk v. Morhay*, 41 Eng. Rep. 1143 (Ch 1848), (Se imponen condiciones restrictivas al comprador y se resuelve si éstas obligan al posterior comprador que adquirió conociendo las mismas).

adquirientes de la propiedad por ser gravámenes en la propiedad con carácter real.³ Con esto, el TSPR creó un nuevo derecho cónsono con la teoría *numerus apertus* prevaleciente en nuestro sistema. Esta teoría admite la posibilidad de crear derechos reales fuera de los existentes en el Código Civil de Puerto Rico (en adelante *CCPR*) (i.e., derechos innominados).⁴

Los gravámenes en la servidumbre en equidad son impuestos en todas las parcelas aún cuando están en manos de un solo propietario. Cada parcela actúa, a la vez, como predio sirviente y predio dominante.⁵ La restricción es inseparable de la parcela sin diferenciar entre presentes y futuros adquirentes quienes se obligan voluntariamente a respetar la servidumbre en equidad. Debido a que estos gravámenes pueden ser entendidos como obligaciones negativas, la servidumbre en equidad es vista como una modalidad de servidumbre. Según PUIG BRUTAU, el Código Civil español -del cual nace en gran parte nuestro *CCPR*- admite las obligaciones de no hacer vía las servidumbres positivas y las negativas.⁶ Del mismo modo las admite el *CCPR*. La servidumbre en equidad cobra vida cuando ingresa al Registro de la Propiedad⁷ convirtiéndose entonces en un derecho real *erga omnes*.⁸

La servidumbre en equidad no se ha codificado en el *CCPR* ni ha sido añadida a la Ley Hipotecaria. Sin embargo, en el artículo 38.1 del Reglamento General para la Ejecución de la Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad se hace referencia a ésta. Su integración, definición y desarrollo son evidentes en nuestra jurisprudencia. En *Glines v. Matta* se define como las restricciones y condiciones que limitan el uso de terrenos -que operan a beneficio de los presentes y futuros propietarios- mediante las cuales se imponen cargas o gravámenes especiales como parte de un

³ *Glines v. Matta*, 19 DPR 409 (1913) (El TSPR dilucida un caso sobre limitaciones de construcción impuestas a la urbanización Miramar en Santurce. La adquiriente alega que no le aplican las limitaciones de construcción a las que se obligó el primer adquiriente. El Tribunal resuelve que sí le aplican).

⁴ *Lund v. Registrador*, 102 DPR 295 (1974).

⁵ 2 JOSÉ RAMÓN VÉLEZ TORRES, CURSO DE DERECHO CIVIL: LOS DERECHOS REALES 136 (1ra reimpresión 1995).

⁶ 3-II JOSÉ PUIG BRUTAU, FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL 397 (2da. ed., 1979); Véase III JOSÉ PUIG BRUTAU, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL 274-275 (1989).

⁷ El Art. 38.1 del Reglamento General para la Ejecución de la Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad especifica que deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad las servidumbres en equidad. Véase Reglamento General para la Ejecución de la Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad, Núm. 2674, según enmendado, Departamento de Justicia, 8 de agosto de 1980, art. 38.1. Según LUIS RAFAEL RIVERA RIVERA existe un debate sobre la naturaleza de su inscripción. El mismo consiste en que por un lado el TSPR le asigna una naturaleza real a la servidumbre en equidad pero por el otro parece indicar que la inscripción en el Registro de la Propiedad resulta necesaria para afectar a los dueños originales y posteriores. Véase LUIS RAFAEL RIVERA RIVERA, *supra* nota 1, en las págs. 49-50; El Reglamento fue creado a raíz de la Ley Hipotecaria de 1979. Véase Ley Hipotecaria de Puerto Rico, Núm. 198-1979, 30 LPRA §§ 2001-2821, § 2003, aprobada el 8 de agosto de 1979.

⁸ Asoc. Vecinos Villa Caparra v. Iglesia Católica, 117 DPR 346 (1986); Baldrich v. Registrador, 77 DPR 739 (1954).

plan general para el desarrollo y la preservación de una urbanización residencial.⁹ El Tribunal añadió que mediante una servidumbre de tal clase, el dueño de una propiedad para urbanizarse puede constituir por sí solo un gravamen sobre su fundo propio.¹⁰

La jurisprudencia indica, además, que para ser calificada como válida la servidumbre en equidad tiene que cumplir con ciertos requisitos. Ésta ha de ser razonable, lícita, tiene que estar ligada a un plan general de desarrollo, ha de actuar en pro de un beneficio determinado y debe estar inscrita en el Registro de la Propiedad.¹¹ Al cumplir con estos requisitos puede entenderse entonces que cumple con los principios de legalidad y publicidad registral.¹² El TSPR ha declarado que cuando son razonables y válidamente constituidas, las servidumbres en equidad han de ser mantenidas. Por esto, cuando futuros adquirientes se han obligado a ellas voluntariamente, no pueden luego tratar de desvincularse.¹³ Además, se ha establecido que la obtención de un permiso gubernativo en contra de lo permitido por la servidumbre en equidad no invalida dicha servidumbre.¹⁴

A falta de un término determinado, la servidumbre en equidad es perpetua. Los tribunales han establecido que su erradicación solo es posible en situaciones específicas como la confusión de todos los predios en uno al ser adquiridos todos por un solo individuo; el convenio entre todos los propietarios; el abandono; la expropiación forzosa; y los cambios radicales en el entorno inmediato.¹⁵

Las situaciones que pueden dar pie a la extinción de una servidumbre en equidad también son de interés en este escrito. El TSPR aclaró que los cambios que pueden extinguir o modificar una servidumbre en equidad tienen que ser radicales, permanentes e impedir sustancialmente los beneficios establecidos. Dichos cambios deben tener las siguientes consecuencias: (1) convertir la restricción en una carga irrazonable y opresiva para el dueño; (2) destruir el valor que de otro modo tendría la restricción de los predios dominantes; (3) frustrar por completo y permanentemente el propósito u objeto de la restricción; y (4) afectar la totalidad de los solares dentro del área gravada.¹⁶

Por lo general, las servidumbres en equidad se establecen para asegurar que se mantengan características urbanas y/o arquitectónicas en el desarrollo. Desarrollos

⁹ Véase *Glies v. Matta*, 19 DPR 409, 416 (1913).

¹⁰ Asoc. Vecinos Huyke v. Banco Santander, 157 DPR 521, 535 (2002).

¹¹ Asoc. Vecinos Huyke v. Banco Santander, 157 DPR 521, 535 (2002) y *Lawton v. Rodríguez*, 35 DPR 487, 494 (1926).

¹² *Parkville Sur v. Díaz Luciano*, 159 DPR 374, 384-386 (2003).

¹³ *Parkville Sur v. Díaz Luciano*, 159 DPR 374, 385 (2003); *Colón v. San Patricio*, 81 DPR 242 (1959); y *Lawton v. Rodríguez*, 35 DPR 487, 535-536 (1926).

¹⁴ *Rodríguez v. Twin Towers Corp*, 102 DPR 355 (1974); véase además *Parkville Sur v. Díaz Luciano Díaz*, 159 DPR 374 (2003); Asoc. Res Urb. Muñoz Rivera, Inc. v. Junta de Apelaciones Sobre Lotificaciones, KLRA 08-00081 (2003) (TA, San Juan); y *Colón v. San Patricio*, 81 DPR 242 (1959).

¹⁵ Asoc. Vecinos Villa Caparra v. Iglesia Católica, 117 DPR 346 (1986) y *Colón v. San Patricio*, 81 DPR 242 (1959). Véase además *Godreau & García Saúl*, *supra* nota 1, a la pág. 304.

¹⁶ Asoc. Vecinos Villa Caparra v. Iglesia Católica, 117 DPR 346 (1986); *Colón v. San Patricio*, 81 DPR 242 (1959); *Macatee v. Biascochea*, 37 DPR 1 (1927); véase también la discusión en *Carrión v. Lawton*, 44 DPR 463 (1933) y *Lawton v. Rodríguez*, 35 DPR 487 (1926).

urbanos como Floral Park (ca.1930), Roosevelt¹⁷ (1936), Huyke (1946), Puerto Nuevo (1948), Hyde Park¹⁸ (1950), Reparto Baldrich (ca.1950), y Parkville¹⁹ (1963), por mencionar algunos, están condicionados por restricciones inscritas en el Registro de la Propiedad. Estos tipos de desarrollos, construidos a principios del siglo XX, diferían de los centros urbanos tradicionales e incorporaban una nueva visión de modernidad en la que imperaba la meta de proveer una mejor calidad de vida. Los gravámenes habían de asegurar un beneficio común ligado al uso residencial. Por esto, en su diseño incorporaban una baja densidad, casas unifamiliares seguras, infraestructura, áreas verdes y públicas y otras amenidades.

En torno a tales gravámenes, el tribunal se ha expresado de la siguiente manera:

Se reconoce que las cláusulas restrictivas que gravan las urbanizaciones residenciales tienen como finalidad preservar el valor, la belleza, la comodidad y la seguridad del reparto residencial, al limitar las facultades de los futuros adquirientes de los solares y de las viviendas en cuanto a hacer obras nuevas, efectuar cambios en las ya hechas y delimitar los usos a los que se puede destinar una propiedad.²⁰

Sin embargo, hemos de reconocer que este es un discurso valorativo y que los valores y necesidades de la sociedad cambian con el tiempo. La ciudad, al ser una manifestación concreta de la sociabilidad del ser humano, también cambia con el tiempo aunque usualmente en retraso a los cambios sociales y tecnológicos.²¹

Puesto que la sociedad y su entorno evolucionan, hemos de re-evaluar los paradigmas del desarrollo urbano y sus discursos legales. Además hemos de reconocer que el patrón suburbano de vivienda auspiciado por la política pública del siglo XX y que promueve desarrollos de casas unifamiliares, baja densidad, separación de usos/funciones urbanas, y que consecuentemente obliga al traslado en automóvil, ya no es sostenible. Algunas urbanizaciones construidas bajo tal

¹⁷ La Urbanización Eleanor Roosevelt fue construida en Hato Rey por la *Puerto Rico Reconstruction Administration* (P.R.R.A.) para tratar de remediar la falta de vivienda apropiada y proveer casas individuales (a diferencia del Falansterio). En el 1938, la Ley de Vivienda de Puerto Rico y la Autoridad sobre Hogares de Puerto Rico (que en 1958 pasaría a ser la Corporación de Renovación Urbana y Vivienda, y eventualmente el Departamento de Vivienda) fueron establecidas. También fueron establecidas autoridades locales en los municipios de San Juan, Río Piedras, Arecibo, Mayagüez, y Ponce. Estas autoridades comenzaron la construcción de vivienda pública de bajo costo. Véase 3 ANÍBAL SEPÚLVEDA RIVERA, PUERTO RICO URBANO: ATLAS HISTÓRICO DE LA CIUDAD PUERTORRIQUEÑA 33 (2004).

¹⁸ La urbanización Hyde Park, construida en barrio el Palmar en el municipio de Río Piedras, fue gravada con restricciones de construcción que incluían, entre otras cosas, la construcción de casas de concreto armado o bloques exclusivamente para uso residencial. Véase Registro de la Propiedad de San Juan, Puerto Rico, Folio 227, Tomo 174.

¹⁹ La urbanización Parkville, en el municipio de Guaynabo, está gravada con servidumbres en equidad inscritas en 1963 y que incluyen limitaciones como el uso exclusivo residencial, la prohibición de actividades nocivas y ofensivas, entre otras. Véase Parkville Sur v Díaz Luciano, 159 DPR 374, (2003).

²⁰ Parkville Sur v. Díaz Luciano, 159 DPR 374 (2003).

²¹ BRIAN GOODALL, THE ECONOMICS OF URBAN AREAS 205 (1972).

modelo han preservado una baja densidad y un uso mayormente residencial.²² Otras urbanizaciones han sufrido una transformación social y económica junto con alteraciones de las estructuras originales y apropiación de espacios privados y públicos. Como consecuencia, ya no se preserva el desarrollo original y el actual estado de las cosas no provee valor, belleza, comodidad, ni seguridad. Tal es el caso de Puerto Nuevo.

III. EL CASO DE PUERTO NUEVO

La necesidad de proveer vivienda, la abundancia de terreno, así como la decadencia de la agricultura, y el deseo de erradicar los arrabales,²³ propiciaron en la década del 1920 el desarrollo de vivienda pública a bajo costo por parte del Gobierno.²⁴ Los terrenos disponibles, entre los que figuraban muchas fincas agrícolas, fueron urbanizados y muchas instituciones gubernamentales fueron creadas para lograr este objetivo.²⁵ Puerto Nuevo constituyó el primer ejemplo de un programa de desarrollo privado de proporción masiva proveyendo 7,000 hogares dirigidos a albergar 50,000 personas.

Concebido por Leonard Darlington Long,²⁶ Puerto Nuevo pretendía materializar la visión de una urbanización con casas unifamiliares de bajo costo construidas en concreto y provistas de infraestructura (i.e., pluvial y eléctrica).²⁷ Sólo Long podía vislumbrar un programa de construcción tan ambicioso. Habiendo ya construido Caparra Heights, la *Everlasting Development Corporation*, compañía de Long, adquiere unas fincas²⁸ en el barrio Monacillos de la entonces municipalidad de Río Piedras para desarrollar la urbanización Puerto Nuevo. Contando con el aval y patrocinio del entonces gobernador Jesús T. Pinero, con financiamiento del Banco de

Fomento de Puerto Rico, con la *Federal Housing Administration* asegurando las hipotecas, y la aprobación del plano²⁹ por la recién creada Junta de Planificación,

²² Tal es el caso de Baldrich y University Gardens.

²³ Véase Luz Marie Rodríguez, *¡Atajar el arrabal! Arquitectura y cambio social en la vivienda pública de San Juan!* en ENRIQUE VIVONI, SAN JUAN SIEMPRE NUEVO: ARQUITECTURA Y MODERNIZACIÓN EN EL SIGLO XX 74-117 (2000).

²⁴ Tal fue el caso de Barrio Obrero en 1921 bajo la Comisión de Hogares Seguros (véase Rodríguez, *supra* nota 23, pág. 84) y la urbanización Eleonor Roosevelt construida en 1937 por la *Puerto Rico Reconstruction Administation*. Véase Rodríguez, *supra* nota 23, a la pág. 95.

²⁵ Por ejemplo, la Autoridad de Fuentes Fluviales fue creada en 1941, la Corporación de Fomento Industrial en 1943 y la Junta de Urbanización y Planificación en 1942 (ésta última pasaría a ser la Junta de Planes y eventualmente la Junta de Planificación), y la Autoridad de Acueductos y Alcantarillados en 1945.

²⁶ El estadounidense Long fue también desarrollador de Caparra Heights (previo a Puerto Nuevo) y los edificios Darlington en San Juan y Ponce.

²⁷ El proyecto masivo de construcción de viviendas de bajo costo fue posible gracias a que Long industrializó el proceso de producción, aligerándolo y abaratándolo, construyendo en masa, fabricando moldes para secciones de las casas, utilizando las ventanas Miami, entre otros. Véase SEPÚLVEDA RIVERA, *supra* nota 17, a la pág. 66.

²⁸ Algunas de las fincas luego agrupadas eran de dominio del gobierno federal, otras de miembros de la sucesión Luis Rubert Catala. Registro de la Propiedad de San Juan, Puerto Rico, Folio 235 del Tomo 239 y Folio 151 del Tomo 236.

²⁹ Registro de la Propiedad de San Juan, Puerto Rico, Folio 159, Tomo 335 aprobado el 3 de febrero de 1948.

Urbanización y Zonificación de Puerto Rico, Puerto Nuevo se comenzó a construir y mercadear.³⁰

El Registro de la Propiedad da fe de la agrupación, adquisición y otros detalles en este proceso a través del cual se logra el desarrollo urbano del sector. A partir de la venta del primer solar, se relacionaron extensamente los solares siendo todos gravados con las mismas servidumbres en equidad. Estas condiciones incluyen especificaciones en las que se le impone uso residencial único y exclusivo a todos los solares, con excepción de unas áreas para un parque y un centro comercial. También se impone la limitación de las residencias a solo dos plantas y un garaje, y que ninguna edificación ha de utilizarse como residencia temporera, exceptuando aquellos cuartos para sirvientes. Se especifica además que las condiciones y restricciones podrán ser alteradas, modificadas o cambiadas en cualquier tiempo por consentimiento escrito de los dueños de todos los solares, de los dueños tenedores, si alguno, de todas las hipotecas sobre cualquiera de dichos solares y de la *Federal Housing Administration*.³¹ Puerto Nuevo se configuró, según la intención del desarrollador y del gobierno de turno, como un desarrollo masivo de casas unifamiliares de concreto, de un nivel, con patios, parque, escuelas y áreas limitadas de comercio. Este desarrollo fue intensamente mercadeado.

En los últimos cincuenta años, Puerto Nuevo ha sufrido el deterioro físico de sus estructuras e infraestructura, el incremento en residentes no propietarios y un alza en la criminalidad.³² Muchas de las estructuras han sido subdivididas para albergar más individuos que lo inicialmente proyectado. Se han edificado estructuras en los patios para crear apartamentos adicionales y muchas marquesinas han sido cerradas. Las aceras y lotes donde se han demolido estructuras son utilizadas como estacionamiento por los residentes del sector y por los comercios que se acomodan a lo largo de sus avenidas, aún cuando éstas también fueron originalmente diseñadas para uso exclusivamente residencial. Asimismo, los parques han sido parcialmente usurpados por estructuras y monopolizados para usos institucionales, privando a la comunidad del uso de las áreas abiertas.

De la misma forma, muchas de las residencias del lugar no son ocupadas por los propietarios sino a razón de alquiler. Esto es contrario a lo que imponían las limitaciones originales de uso no temporero. Todo esto ha afectado la comunidad de forma permanente y significativa. En su momento, el desarrollo fue visto como uno ejemplar y gravado con servidumbres en equidad para garantizar la visión del desarrollador en cuanto a las características arquitectónicas y suburbanas. Dicha visión era avalada y compartida por el Gobierno. En aquel entonces, Puerto Nuevo fue desarrollado en terrenos agrícolas en las afueras de lo que comprendía el centro

³⁰ El desarrollo Puerto Nuevo incluía casas de concreto armado en un estilo *moderno*, según descrito en *Puerto Rico Ilustrado*, 3 de diciembre de 1949, pág. 133. El periódico *El Mundo* publicó anuncios de mercadeo e incluso fotografías de la primera familia en mudarse al desarrollo (circa 1948). Fuente: Biblioteca Digital de la Universidad de Puerto Rico.

³¹ Folio 1 del Tomo 245 de Río Piedras, Finca 2597, Registro de la Propiedad, San Juan, Puerto Rico.

³² Las estadísticas disponibles reflejan una alta incidencia de delitos como apropiación ilegal, robo, y escalamiento. Por esto, la zona figura entre los tres sectores dentro del municipio de San Juan con mayor incidencia de estos delitos. Datos provistos por la División de Estadísticas de la Criminalidad del Cuartel General de la Policía, San Juan, Puerto Rico, 2011.

metropolitano.

Puerto Nuevo sentó precedentes en términos urbanos dando paso a desarrollos dispersos distanciados de la urbe sin ponderar los resultados a largo plazo.³³ Actualmente se encuentra en una ubicación céntrica y ventajosa, arropado por el área metropolitana. El desarrollo original, presentado en las campañas publicitarias como un sueño realizado para las familias jóvenes que aspiraban al buen vivir, presenta hoy cambios radicales, significativos y permanentes que afectan el sector a tal grado que los beneficios prometidos alguna vez están ausentes.

IV. EL URBANISMO Y LOS CAMBIOS RADICALES Y SIGNIFICATIVOS

A la luz del caso de Puerto Nuevo, se puede afirmar que el problema reside en el impacto acumulativo que tienen las restricciones perpetuas en sectores urbanos cuyo diseño y entorno se han transformado significativamente. Si bien la política pública del siglo pasado resaltaba un paradigma de desarrollo de grandes extensiones de terreno para uso residencial de baja densidad, organizado a base de la separación de usos y funciones urbanas, el esquema de desarrollo urbano en la isla se ve en la necesidad de evolucionar hacia programas de re-desarrollos urbanos sostenibles, densos y polifuncionales.

En repetidas ocasiones, el Tribunal ha sostenido la validez de las servidumbres en equidad. Sin embargo, ha aclarado que cambios radicales y permanentes que afecten a los pobladores y que impidan los beneficios establecidos originalmente, podrían justificar la erradicación de una servidumbre en equidad. Además, está claro que si por virtud de los cambios radicales es imposible lograr el propósito que tenía la servidumbre en equidad, ésta quedaría modificada o extinguida.³⁴ No obstante, aún no se ha resuelto un caso en el que se haya dado la extinción de una servidumbre en equidad. Esto quizás porque los casos presentan a uno o varios propietarios yendo en contra de lo que el resto de los propietarios entienden debe respetarse.

Aún cuando Puerto Nuevo ha mantenido un carácter mayormente residencial en el interior de sus sectores, los volúmenes y la arquitectura del desarrollo residencial original se hace irreconocible debido a las múltiples transformaciones, ampliaciones, y modificaciones acontecidas durante más de cuatro décadas. Los espacios de patios y aceras casi han desaparecido. Puerto Nuevo también ha sufrido cambios que afectan de manera adversa el bienestar, la comodidad y la seguridad que una vez fueron ofrecidos a la sociedad.³⁵ Además de los cambios radicales a las estructuras y espacios originales, han surgido cambios notables en el entorno inmediato.

³³ SEPÚLVEDA RIVERA, *supra* nota 17, a la pág. 67.

³⁴ Asoc Vecinos Huyke v. Banco Santander, 157 DPR 521 (2002).

³⁵ Como acertadamente señalan otros autores, las servidumbres en equidad son muy populares y consideradas "parte de los intereses de nuestra sociedad que busca proteger la característica residencial original de la urbanización, en un ambiente de bienestar, comodidad y seguridad para toda la familia". Vázquez Morales, *supra* nota 2, a la pág. 409.

Los cambios experimentados en Puerto Nuevo son significativos en la medida que afectan al sector desvirtuando las características del proyecto original, frustrando el propósito de las restricciones originales y destruyendo su valor. Ya se ha presentado un proyecto de re-desarrollo, enmarcado en un esquema de participación ciudadana, a representantes gubernamentales. Este proyecto está orientado a lograr un uso óptimo del terreno y el bienestar social de los residentes y propietarios existentes y futuros.³⁶ Si bien la disciplina de planificación ha estado reconceptualizando el crecimiento y desarrollo de la ciudad, la política pública y los tribunales no han integrado aún estos paradigmas en la reevaluación de la servidumbre en equidad, a la luz de las necesidades sociales, económicas y ambientales del Puerto Rico actual.

V. CONCLUSIÓN

Este escrito no pretende argumentar en contra de la servidumbre en equidad como figura jurídica, pero sí a favor de la extinción de esta en sectores donde ya no tiene valor y actúa en detrimento de los propietarios, residentes y demás pobladores. Lo que se pretende es crear conciencia sobre la necesidad de reevaluar la perpetuidad de las servidumbres en equidad en áreas como Puerto Nuevo en donde se puede identificar: el abandono,³⁷ los cambios significativos dentro del área restringida y su entorno, la frustración del propósito original de las servidumbres³⁸ y un devalúo de los beneficios anteriormente promulgados.

En pro de beneficios sociales y económicos³⁹ y por consideraciones ambientales, se propone que en casos como el de Puerto Nuevo se revalúen las consecuencias de la servidumbre en equidad. Puerto Nuevo fue parte de una visión que pretendía acabar con los arrabales y proveer vivienda asequible y una mejor calidad de vida. Hoy en día, dicho sector ha perdido su integridad histórica y se ha convertido en un área que no provee a sus residentes lo que hace más de cincuenta años prometió. Las servidumbres en equidad, impuestas para mantener la visión original y ligada a lo que se entendía era un desarrollo urbano óptimo, han sido desvirtuadas y presentan obstáculos a nuevos modelos de desarrollo.

Una alternativa a este problema es la acción legislativa o judicial para la extinción de algunas cláusulas de la servidumbre en equidad y abrirle así el paso a proyectos innovadores que, aunque sean mayormente residenciales, puedan diseñarse de acuerdo con las necesidades actuales. Me refiero a proyectos que avancen la agenda

³⁶ Luis Enrique Ramos Santiago, *Towards an Urban and Sustainable Puerto Nuevo*. Tesis de Maestría en Planificación, Universidad de Puerto Rico, San Juan (2009). (Disponible en la biblioteca de la Escuela de Planificación de la Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras. También disponible en *University Microfilms International*).

³⁷ Es visible es el hecho de que se han violentado muchas de las limitaciones y restricciones, como el volumen, las fachadas, el uso de espacios privados y públicos, y donde el uso ha cambiado a un uso que, aunque residencial, es en gran parte de alquiler temporero.

³⁸ Es notable en el hecho de que las casas ya no son unifamiliares y que los residentes ya no gozan de los espacios comunales ni el carácter original del desarrollo.

³⁹ Los beneficios sociales y económicos pueden resumirse en una mejor calidad de vida para los residentes presentes y futuros y en un alza de valor de las propiedades de los ciudadanos.

de sostenibilidad y justicia social y propicien procesos de planificación participativa. De la misma forma que la sociedad evoluciona y el derecho responde, la ciudad como reflejo de la sociedad también evoluciona y el derecho debe responder.

DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LOS DEBERES DE LOS DIRECTORES Y OFICIALES DE UNA CORPORACIÓN Y LOS DE LOS SOCIOS DENTRO DE UNA SOCIEDAD

PEDRO ESPARRA ROSADO*

I. Introducción.....	1
II. Definición general de conceptos	2
III. Socios: responsabilidades y deberes	3
IV. Oficiales y directores: responsabilidades y deberes	7
V. Conclusión.....	11

I. INTRODUCCIÓN

Existen distintas maneras de hacer negocios. Cada una de éstas está cobijada por leyes y posee sus ventajas y desventajas. En Puerto Rico, las principales alternativas para organizar una empresa son: el negocio individual, la sociedad y la corporación. “Tanto la corporación como la sociedad tienen, a su vez, distintas categorías o modalidades”.¹ Como dice el Prof. Díaz Olivo:

La manera más sencilla de operar una empresa es el negocio individual. Éste surge o existe cuando la empresa es poseída por una sola persona. En el negocio individual no existe distinción o separación entre los asuntos del negocio y los asuntos personales del propietario, aun cuando se mantengan libros o registros separados.²

Cuando hay más de un propietario se requiere una mayor estructura. “La sociedad es entonces la extensión lógica del negocio individual cuando hay más de un dueño en la empresa. La sociedad no es otra cosa que la operación de un negocio con varios propietarios y puede organizarse meramente con el acuerdo de voluntades”.³ El Artículo 1556 del Código Civil define la sociedad como “el contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes, o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias”.⁴

* Contador Público Autorizado; Senior Manager, Deloitte & Touche LLP en San Juan, Puerto Rico; y Candidato a Juris Doctor, Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, 2012.

¹ CARLOS DÍAZ OLIVO, CORPORACIONES 420 (1999).

² *Id.* a la pág. 422.

³ *Id.* a la pág. 427.

⁴ Artículo 1556 del Código de Comercio, 31 LPRA § 4311.

La corporación es otra alternativa para la organización de negocios, la cual brinda mejores garantías. Es definida por el Prof. Díaz Olivo como:

[U]na organización empresarial a la que el Estado le reconoce una personalidad jurídica propia, separada de la de sus miembros o titulares, quienes responderán de las resultas de la actividad de la organización hasta el monto de su inversión en la misma, pero no con sus bienes personales. La corporación se caracteriza por los siguientes elementos: personalidad jurídica propia, responsabilidad limitada, gerencia centralizada, libre transferibilidad de intereses y existencia perpetua.⁵⁵

Cada tipo de organización empresarial posee sus protagonistas. En una sociedad son los socios quienes asumen un papel protagónico. Es por ello que el Artículo 1572 del Código Civil dispone que “cada socio es deudor a la sociedad de lo que ha prometido aportar a ella”.⁶ El Código Civil también establece que “el socio nombrado administrador en el contrato social puede ejercer todos los actos administrativos sin embargo de la oposición de sus compañeros, a no ser que proceda de mala fe, y su poder es irrevocable sin causa legítima”.⁷

En cambio, dentro de la corporación el protagonismo se da de forma distinta. “Las personas interesadas en convertirse en dueñas o propietarias de una corporación logran su propósito mediante la adquisición o compra de acciones de capital”.⁸ Estas acciones representarán un interés propietario sobre la corporación. A diferencia de los miembros de una sociedad, los accionistas de la corporación, aun cuando son los propietarios de la empresa, no la dirigen ni la administran. La razón es que los accionistas delegan las funciones de dirección y administración de los asuntos diarios de la entidad a un grupo de personas que éstos seleccionan y a quienes llaman directores y oficiales.⁹

II. DEFINICIÓN GENERAL DE CONCEPTOS

Para poder entender cabalmente el escrito es indispensable comenzar con una definición general de los conceptos a los que haré referencia. La responsabilidad es una obligación. La palabra obligación muchas veces se emplea como equivalente a deber y, concretamente, a deber jurídico. Este último es un concepto más amplio que el de obligación. Deber jurídico se refiere a la necesidad de respetar las leyes, y, de manera más determinada, es la necesidad, impuesta por el ordenamiento legal, de observar determinado comportamiento frente a otras

⁵ DÍAZ OLIVO, *supra* nota 1, a la pág. 11.

⁶ 31 LPRA § 4343.

⁷ 31 LPRA § 4354.

⁸ DÍAZ OLIVO, *supra* nota 1, a la pág. 12.

⁹ *Id.*

personas.¹⁰ “Es la adaptación de la conducta libre a un mandato superior, en interés de la convivencia social”.¹¹

Un deber es estar obligado a algo por la ley divina, natural o positiva. Es tener obligación de corresponder a alguien.¹² El deber de fiducia puede entenderse como la obligación de una parte a comportarse de cierta manera o llevar a cabo ciertas tareas dada la confianza que se ha depositado en su persona. El deber de fiducia exige cuidado, diligencia, honestidad, lealtad y buena fe con respecto al negocio y sus participantes. Éste constituye la condición *sine qua non* en los negocios que posibilita la unión de personas para la creación de empresas. Los principales deberes fiduciarios son los de lealtad (*duty of loyalty*) y los de diligencia o cuidado (*duty of care*).

Lealtad se define como legalidad, verdad y realidad.¹³ En términos simples, por el deber de lealtad se entiende que una persona no promoverá sus propios intereses a costa de los intereses de otra persona o entidad.¹⁴ “Por deber de diligencia se entiende aquel cuidado, prudencia, esmero, destreza, meticulosidad y celo con que los directores deben ejercer sus cargos”.¹⁵

No muy distante de los conceptos definidos se encuentran los principios de buena fe y competencia justa, los cuales son esenciales al mundo empresarial. El principio de la buena fe (*good faith*) les impone a las personas el deber de obrar correctamente, como lo haría una persona honorable y diligente. El concepto de competencia justa (*fair dealing*) requiere que diversas partes puedan llevar a cabo negocios de manera leal sin faltarle a los deberes o al respeto que debe imperar entre unos y otros.¹⁶

III. SOCIOS: RESPONSABILIDADES Y DEBERES

Como se mencionó anteriormente, hay distintas categorías o modalidades para constituir una sociedad. Las responsabilidades y deberes de los socios van a variar de acuerdo al tipo de sociedad y a las gestiones que se les hayan encomendado. Sin embargo, existen deberes generales aplicables a todo tipo de socio en todo tipo de sociedad:

It is generally recognized that partners owe the highest duties of loyalty, care, fairness, and honesty to the partnership and their copartners ... The

¹⁰ Véase 2-I JOSÉ PUIG BRUTAU, FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL 5 (4ta ed., 1988).

¹¹ *Id.*

¹² Definición de *deber*, DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=deber.

¹³ Definición de *lealtad*, DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=lealtad.

¹⁴ Véase L.M. NEGRÓN PORTILLO, DERECHO CORPORATIVO PUERTORRIQUEÑO 219 (2da. ed. 1996).

¹⁵ *Id.* a la pág. 213.

¹⁶ Véase ALAN PALMITER & FRANK PARTNOY, CORPORATIONS: A CONTEMPORARY APPROACH 750 (2010).

issue typically is one of delineating the scope of these duties. Although some overlap is inevitable, the partners' fiduciary duty can be broken down into three elements: (1) the duty of loyalty; (2) the duty of good faith and fair dealing; and (3) the duty of full disclosure.¹⁷

Así, por ejemplo, un socio gerente en una empresa conjunta (*joint venture*) tiene un deber fiduciario de informar al otro socio cuando surge una oportunidad de negocio luego que termina el *joint venture*. En *Meinhard v. Salmon*, el Juez Benjamin Cardozo consideró que Salmon, como socio que administraba, era agente y le debía a Meinhard, como socio inversionista, un deber fiduciario que incluía el deber de informarle de la oportunidad de contratar un arrendamiento nuevo. Igual que en las empresas de riesgo compartido, los socios se deben mutuamente el más alto deber de lealtad. Meinhard había confiado en Salmon, como socio administrador, para llevar a cabo las más sanas decisiones y gestiones de negocio, lo que incluía el deber de informar.¹⁸ Esta decisión amplió los deberes fiduciarios más allá de los derechos en virtud de un contrato al establecer que, en tal relación, la lealtad es indivisible y desinteresada. Además estableció que, para que surja una violación del deber fiduciario, no tiene que haber fraude o mala fe intencional:

Joint adventurers, like copartners, owe to one another, while the enterprise continues the duty of the finest loyalty. Many forms of conduct permissible in a workaday world for those acting at arm's length are forbidden to those bound by fiduciary ties. A trustee is held to something stricter than the morals of the marketplace. Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behavior. As to this there has developed a tradition that is unbending and inveterate. Uncompromising rigidity has been the attitude of courts of equity when petitioned to undermine the rule of undivided loyalty by the "disintegrating erosion" of particular expectations Only thus has the level of conduct for fiduciaries been kept at a level higher than that trodden by the crowd. It will not consciously be lowered by any judgment of this court.¹⁹

Los socios son los gestores natos de la entidad. Esto significa que los socios tienen derecho a participar en el manejo y dirección del negocio.²⁰ "Es posible encomendar la administración de la sociedad a uno o a algunos de los socios".²¹ Según establece el Artículo 108 del Código de Comercio, en esta situación, la autoridad del socio administrador es similar a la de un mandatario y los restantes

¹⁷ J. WILLIAM CALLISON & MAUREEN SULLIVAN, PARTNERSHIP LAW AND PRACTICE: GENERAL AND LIMITED PARTNERSHIPS, Chapter 12: Fiduciary Duties of Partners (2010).

¹⁸ Véase *Meinhard v. Salmon*, 164 N.E. 545 (N.Y., 1928).

¹⁹ *Id.* a la pág. 546.

²⁰ Artículo 106 del Código de Comercio, 10 LPRA §1365.

²¹ Véase DÍAZ OLIVO, *supra* nota 1, a la pág. 431.

socios no deberán contrariar ni entorpecer sus gestiones.²² El Código de Comercio en su Artículo 105 también establece que los socios no autorizados a usar la firma social no obligarán con sus actos y contratos a la sociedad. La responsabilidad por estos actos recaerá exclusivamente sobre el socio que los realizó.²³ Estos artículos demuestran que la responsabilidad, en muchas instancias, va a depender de los deberes delegados a un socio.

En la sociedad regular, de haber varios socios gestores, sin especificar las facultades de cada uno, la administración de la sociedad será colectiva. En este caso, las obligaciones de los socios incluirán: (1) rendir cuentas e informar el resultado de la gestión; (2) desarrollar la actividad de acuerdo con las instrucciones; (3) comunicar a la sociedad las noticias que interesen para el buen éxito de los negocios; y (4) abonar interés por fondos a los que diera inversión distinta a la gestión.²⁴ El Código de Comercio dispone que:

[s]i el socio al que se le encomienda la administración la mal utilizara y la gestión resultara en perjuicio de la masa común, los demás socios podrán nombrar un coadministrador para que intervenga en todas las operaciones de la empresa. También, podrán solicitar al tribunal la rescisión del contrato de sociedad, respecto a este socio, si se prueba el perjuicio a la masa común.²⁵

Es evidente la responsabilidad que recae sobre los socios cuando están administrando el negocio. Cada uno de los socios le debe lealtad al otro y no podrá llevar a cabo actuaciones en perjuicio de los demás. En el caso de los socios industriales de una sociedad regular o colectiva, el Código de Comercio dispone ciertas reglas especiales, pues éstos no podrán ocuparse de negociación de especie alguna, salvo que se les permitiere expresamente. Si lo hicieran sin autorización, los socios capitalistas podrán excluirlos de la sociedad.²⁶

“Si la sociedad no tuviere género de comercio determinado, los socios no podrán efectuar operaciones por cuenta propia sin el consentimiento de la sociedad. Los socios no podrán negar su consentimiento sin antes acreditar que éste resultará en el perjuicio efectivo y manifiesto de la empresa”.²⁷ Si la sociedad tuviese género de comercio determinado, los socios podrán efectuar por su cuenta cualquier otra operación mercantil que no pertenezca a la especie de negocios a la que se dedica la sociedad, a menos que exista un pacto en contrario.²⁸

²² Artículo 108 del Código de Comercio, 10 LPRA § 1367.

²³ Artículo 105 del Código de Comercio, 10 LPRA § 1364.

²⁴ DÍAZ OLIVO, *supra* nota 1, a la pág. 431.

²⁵ Artículo 109 del Código de Comercio, 10 LPRA § 1368.

²⁶ Artículo 115 del Código de Comercio, 10 LPRA § 1374.

²⁷ DÍAZ OLIVO, *supra* nota 1, a la pág. 433.

²⁸ Artículos 113 y 114 del Código de Comercio, 10 LPRA §§ 1372-1373.

Estas secciones del Código de Comercio evidencian que un socio siempre debe actuar guiado por la buena fe. Debe buscar y enaltecer la competencia justa y divulgar la información relacionada con los negocios que va a realizar por su cuenta (*full disclosure*) con el fin de garantizar que los intereses de la sociedad no se verán lesionados. Esto es similar al deber de lealtad que se le impone a los oficiales y directores de una corporación.

En la sociedad comanditaria, que es la forma de organización intermedia entre la sociedad regular y la corporación, existen dos tipos de socios: los regulares (o colectivos) y los comanditarios. Los primeros responden a las obligaciones de la sociedad de manera ilimitada. Para los segundos, la responsabilidad se limita a su inversión en la sociedad.²⁹ Al igual que los socios colectivos, según establece en el Artículo 121 Código de Comercio, el socio comanditario está obligado a indemnizar a la sociedad por los daños ocasionados por el abuso de sus facultades o por negligencia grave.³⁰ Esto también se compara con el deber de diligencia impuesto a los oficiales y directores de una corporación.

En la sociedad de responsabilidad limitada se establece el principio general de que los socios no responden con su patrimonio personal, más allá de su aportación, por las deudas y obligaciones de la sociedad o de otro socio, que surjan como consecuencia de error, omisión, negligencia, incompetencia o actos ilícitos cometidos por otro socio, empleado o agente de la sociedad.³¹ Sin embargo, existe una excepción y es en el caso de que, al ocurrir el acto, el socio estuviese involucrado, directamente o a través de cualquier persona bajo su supervisión y control directo, en la actividad que ocasionare el daño a tercero. El socio también podrá ser responsable cuando estuviere sobre aviso o tuviese conocimiento del acto que ocasionó daño a tercero. Así las cosas, todo socio que con su conducta le cause daños y perjuicios a la sociedad será responsable ante ésta.³²

No debe confundirse esta imposición de responsabilidad a los socios con el principio general de responsabilidad limitada que caracteriza a las Sociedades de Responsabilidad Limitada. La limitación de responsabilidad es con respecto a terceras personas, no para con los socios entre si.³³ Esta última oración demuestra que existe responsabilidad de los socios para con otros socios. Aquí hay similitud con el deber de cuidado y diligencia impuesto en la corporación. En el caso *Latta v. Kilbourn*, la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció de manera sucinta el alcance del deber fiduciario de los socios hacia su sociedad:

[It is] well settled that one partner cannot, directly or indirectly, use partnership assets for his own benefit; that he cannot, in conducting the

²⁹ DÍAZ OLIVO, *supra* nota 1, a la pág. 434.

³⁰ Artículo 121 del Código de Comercio, 10 LPRA § 1380.

³¹ DÍAZ OLIVO, *supra* nota 1, a la pág. 437.

³² Artículo 1577 del Código Civil, 31 LPRA § 4348.

³³ DÍAZ OLIVO, *supra* nota 1, a la pág. 442.

business of a partnership, take any profit clandestinely for himself; that he cannot carry on the business of the partnership for his private advantage; that he cannot carry on another business in competition or rivalry with that of the firm, thereby depriving it of the benefit of his time, skill, and fidelity without being accountable to his copartners for any profit that may accrue to him therefrom; that he cannot be permitted to secure for himself that which it is his duty to obtain, if at all, for the firm of which he is a member; nor can he avail himself of knowledge or information which may be properly regarded as the property of the partnership, in the sense that it is available or useful to the firm for any purpose within the scope of the partnership business.³⁴

No empece a lo anterior, es importante mencionar que, aunque no es la norma, existen jurisdicciones en las que pueden imponerse reglas particulares al funcionamiento de los distintos tipos de sociedad. Así las cosas, podríamos tener sociedades cuyos socios no tendrían ningún deber específico más allá de los establecidos en los acuerdos de la sociedad. En *Red Sea Gaming*, el Tribunal Apelativo de Texas estableció lo siguiente:

Michael Block and Block Trust ... two of the limited partners in the Bourbon Street Hotel partnership ... owed no fiduciary duty, or duties of loyalty, care, or good faith and fair dealing to the Red Sea Plaintiffs, one a general partner and the other a limited partner, because Texas partnership statutes do not impose those duties on limited partners ... Limited partners owe no duties to the partnership or the other partners, other than those in the agreement. The Texas Revised Limited Partnership Act describes the duties of a general partner to a limited partnership and other partners. The Texas Revised Limited Partnership Act has no section that even mentions a duty of a limited partner to the partnership or other partners. This omission means there is no statutory duty.³⁵

IV. OFICIALES Y DIRECTORES: RESPONSABILIDADES Y DEBERES

En Puerto Rico, las corporaciones podrán establecerse al amparo de la Ley General de Corporaciones para la realización o promoción de cualquier negocio o propósito lícito.³⁶ La corporación, por ser una entidad legal con personalidad jurídica propia, puede poseer propiedades, contratar, responder por daños y perjuicios, demandar y ser demandada, entre otras cosas. Está constituida por un

³⁴ *Latta v. Kilbourn*, 150 U.S. 524 (1893).

³⁵ *Red Sea Gaming, Inc. v. Block Investments (Nevada) Co.*, 338 S.W.3d 562, (Tex. App. El Paso 2010). La petición para la revisión de la decisión del Tribunal de Apelaciones de Texas fue rechazada por el Tribunal Supremo de Texas el 1 de abril de 2011.

³⁶ Art. 1.01(B) de la Ley General de Corporaciones del 2009 (en adelante, Ley General de Corporaciones), Ley Núm. 164 del 16 de diciembre de 2009, 14 LPRA §§ 3501-3508.

grupo de personas, incluyendo suplidores de dinero y labor, quienes trabajan juntos para obtener el mejor rendimiento de sus inversiones.³⁷

Uno de los principios fundamentales que caracteriza a los entes corporativos es la gerencia centralizada.³⁸ La autoridad y los poderes que la Ley General de Corporaciones, el certificado de incorporación o los estatutos les reconocen a las corporaciones son conferidos, no a los propietarios de la entidad (sus accionistas), sino a sus directores y oficiales. De esta forma, los negocios y asuntos de la corporación son dirigidos por la Junta de Directores, salvo se disponga otra cosa en el certificado de incorporación o en la propia Ley General de Corporaciones.³⁹

La Junta de Directores es el organismo que da dirección a una entidad al establecer la política administrativa y financiera, las directrices y las guías para el funcionamiento de la corporación. La función diaria está en manos de los oficiales, quienes trabajan bajo la supervisión de la Junta de Directores, así como empleados, agentes y contratistas que tenga la corporación.⁴⁰ Los oficiales son los ejecutivos de la corporación que, de ordinario, manejan los asuntos cotidianos.

Por ser los directores y oficiales gestores de negocios ajenos, sus poderes se ejercerán en beneficio de los accionistas de la corporación, para la gestión prudente de sus negocios y para promover sus objetivos y propósitos. Con esta encomienda, el legislador esbozó las tres obligaciones principales de los administradores corporativos: (1) la obligación de actuar dentro del marco de su autoridad o de forma intra-vires, (2) el deber de diligencia y (3) la obligación de lealtad.⁴¹ Como expone Negrón Portillo:

[e]n el derecho corporativo se entiende que los directores están en una relación de fiducia con la corporación. Esto significa que en ellos se depositó una fe y confianza que deben corresponder con actos en pro de los mejores intereses de la corporación. Esta fiducia se entiende que es hacia la corporación como entidad y los accionistas como colectivo, pero no hacia un accionista en particular.⁴²

Esto podría destacarse como una diferencia con la sociedad, en la que un socio podría tener deberes para con otro socio particular. En *Francis v. United Jersey Bank* quedó establecido lo siguiente:

Los directores no son meros ornamentos, sino que son parte esencial del esquema de *Corporate Governance*. No existe un deber fiduciario abstracto, sino que se tiene que analizar en el contexto de sus acreedores específicos. En términos

³⁷ ALAN PALMITER & FRANK PARTNOY ALAN PALMITER & FRANK PARTNOY, *supra* nota 16, a la pág. 28.

³⁸ Art. 2.03 de la Ley General de Corporaciones.

³⁹ Art. 4.01 de la Ley General de Corporaciones.

⁴⁰ NEGRÓN PORTILLO, *supra* nota 14, a la pág. 147.

⁴¹ DÍAZ OLIVO, *supra* nota 1, a la pág. 67

⁴² NEGRÓN PORTILLO, *supra* nota 14, a la pág. 212.

generales, la relación entre el director y los accionistas, la empresa y/u oficiales, es una de fiducia. Los accionistas tienen el derecho a esperar que los directores, ejerzan una supervisión y control razonable sobre las políticas y las prácticas de la corporación. La integridad institucional de la corporación va a depender de que los directores ejecuten sus funciones adecuadamente.⁴³

Los oficiales y agentes también tienen obligaciones hacia la corporación. Sin embargo, en su caso, el grado de lealtad, obligación o cuidado que deben observar va a depender de las funciones delegadas y la posición jerárquica que ocupen.⁴⁴ Mientras más altos en la jerarquía estén dentro de la estructura organizacional del negocio, mayor será el grado de responsabilidad y la expectativa de cumplimiento con los deberes de fiducia. Tomando esto último en consideración, se puede deducir que la alta expectativa de cumplimiento y de responsabilidad para con los deberes fiduciarios recae sobre los directores.

El deber de fiducia busca proteger a quien delegó autoridad de la pereza y deslealtad de quien ejercita dicha autoridad. En el complejo mundo actual, es inevitable que surjan conflictos cuando las personas cumplen diferentes papeles en una empresa. La pregunta es: ¿cómo sabemos específicamente cuáles son los deberes fiduciarios dentro de una empresa? La respuesta no es una estática. Los deberes van a existir hasta donde las partes los hayan estipulado. Las partes, en este caso accionistas, directores y oficiales, deben establecer sus propias reglas. Como se ha mencionado, los deberes de fiducia incluyen: cuidado, diligencia, honestidad y lealtad. En la medida en que se cumpla con los deberes de fiducia, se estará en mejor posición de evitar problemas de conflicto de interés. Más allá de las obligaciones pactadas, hay unos principios generales que cuya observación se exige en todo momento.

En el caso de *Remillard Brick Co. v. Remillard-Dandini Co.*, el tribunal resolvió que los directores guardan una relación de fiducia hacia la corporación y hacia todos los accionistas.⁴⁵ Así las cosas, los directores les deben a todos, incluyendo a los accionistas minoritarios, lealtad y cuidado y deben cumplir sus obligaciones para el bienestar común. En el transcurso del derecho corporativo, se ha establecido como principio básico que un director no puede, a costas de la corporación, usar su posición para generar un ingreso injusto. En otras palabras, no debe recibir una ventaja personal sin el conocimiento y consentimiento de todos los afectados. Si decide entrar en algún tipo de negocio en su carácter personal, deberá informarlo a las partes correspondientes y asegurarse de que, al llevar a cabo el negocio, ni la corporación ni sus accionistas sufrirán consecuencias adversas. Este deber o responsabilidad es muy similar al impuesto a los socios cuando deciden llevar a cabo un negocio paralelo a los asuntos de la sociedad. Así quedó resuelto en el caso *Meinhard v. Salmon*.⁴⁶

⁴³ *Francis v. United Jersey Bank*, 87 N.J. 15, 432 A.2d. 814 (1981) (Traducción suplida).

⁴⁴ NEGRÓN PORTILLO, *supra* nota 14, a la pág. 212.

⁴⁵ *Remillard Brick Co. v. Remillard-Dandini Co.*, 109 Cal. App. 2d, 405, 241 P.2d 66 (1952).

⁴⁶ *Meinhard v. Salmon*, 164 N.E. 545 (N.Y. 1928).

La Ley General de Corporaciones establece claramente las obligaciones de los directores y oficiales en el desempeño de sus funciones. Ellos están obligados a dedicar, a los asuntos de la corporación y al desempeño de sus funciones, la atención y cuidado que en una posición similar y, ante circunstancias análogas, desempeñaría un director u oficial responsable y competente al ejercer de buena fe su juicio comercial.⁴⁷ Sólo la negligencia crasa en el desempeño de las obligaciones y deberes antes reseñados conllevará responsabilidad.⁴⁸ Los directores y oficiales deben prestar una atención detallada y ser prudentes en las decisiones que tomen. Además, deben anteponer los intereses de la corporación ante los suyos propios.

Los directores, oficiales y accionistas mayoritarios, cuando tengan intereses personales en asuntos que afecten la corporación, estarán sujetos al deber de lealtad que los obliga a actuar de forma justa con relación a los asuntos corporativos.⁴⁹ Las cortes han desarrollado una regla de abstención bajo la cual tendrán deferencia ante el juicio de la Junta de Directores cuando no haya conflicto de interés ni falta de atención debida en la toma de decisiones. A esta regla se le conoce como el *Business Judgment Rule* (BJR). El BJR presume que las decisiones de la Junta de Directores son informadas, que tienen un propósito de negocio racional y que son independientes y desinteresadas.⁵⁰

Así también lo reconoce la Ley General de Corporaciones. Un miembro de la Junta de Directores o un miembro de cualquier comité designado por la Junta de Directores estará completamente protegido y exento de responsabilidad, en el desempeño de sus funciones, al confiar de buena fe en los récords de la corporación. Estará también exento al confiar en la información, opiniones, informes o ponencias presentadas a la corporación por cualquiera de los oficiales o empleados de la corporación, o comités de la junta de directores, o por cualquier otra persona, sobre los asuntos que el miembro razonablemente crea que están dentro del ámbito de la competencia profesional o experta de dicha persona que fue seleccionada con cuidado razonable por o para la corporación.⁵¹

Por otro lado, ser accionista de una corporación generalmente no conlleva ningún tipo de deber fiduciario. Esto contrasta con los deberes impuestos a los socios. Sólo existe una excepción: cuando el accionista ejerce control sobre la entidad. Dicho control estará determinado, principalmente, por la cantidad de acciones que posea. En este caso, los accionistas mayoritarios tienen deberes de fiducia para con los accionistas minoritarios. Esto es así para salvaguardar los intereses de aquellos accionistas que, por no poseer control, podrían verse afectados por las decisiones tomadas por otros. Esto es usual en la relación matriz-subsidiaria. La imposición de este deber en este tipo de circunstancias es similar al

⁴⁷ Art. 4.03 de la Ley General de Corporaciones.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ Art. 4.04 de la Ley General de Corporaciones.

⁵⁰ ALAN PALMITER & FRANK PARTNOY, *supra* nota 16, Capítulo 18.

⁵¹ Art. 4.01(l) de la Ley General de Corporaciones.

deber impuesto a los socios que componen una sociedad. En el caso de *In re ALH Holdings LLC* se estableció lo siguiente:

Under Delaware law, the duty of loyalty mandates that the best interest of the corporation and its shareholders takes precedence over any interest possessed by a director, officer or controlling shareholder and not shared by the stockholders generally; essentially any corporate decision which directly or indirectly confers a benefit upon a participating director can implicate the broadly construed duty of loyalty.⁵²

V. CONCLUSIÓN

Los deberes de fiducia incluyen: el deber de diligencia o cuidado y el deber de lealtad. Los protagonistas de los negocios también tienen otros deberes, como el de evitar el conflicto de interés y el de divulgar información sobre relaciones de negocio personales y prospectivas internamente. Estos últimos son relevantes en situaciones en las que el llevar a cabo una transacción pudiera acarrear competencia con el negocio o entidad con la cual se tienen deberes fiduciarios.

Aunque la sociedad como tipo de organización para hacer negocios ha caído en desuso, sus deberes de fiducia se han extendido a la corporación. En ambas entidades, los encargados de llevar a cabo los negocios deben actuar con diligencia, cuidado y lealtad. Sólo de esta manera podrán evitar responsabilidad en caso de que posteriormente los negocios no resulten como se esperaba. Habrá buenas probabilidades de prevalecer ante las reclamaciones que otros levanten si se actúa teniendo presente los deberes fiduciarios.

En la sociedad, los deberes de fiducia le aplican a los socios o dueños del negocio. Estos tienen deberes de fiducia entre sí. En el caso de las corporaciones, y como regla general, los deberes fiduciarios aplican principalmente a los oficiales y directores. Éstos, aunque no son los dueños del negocio, han sido delegados con la responsabilidad de manejarlo y administrarlo. Los oficiales y directores tendrán los deberes para con la corporación (que tiene personalidad jurídica propia) y los accionistas. Cuando existan accionistas ejerciendo control (mayoritarios), entonces se activará una excepción y éstos tendrán deberes fiduciarios para con los accionistas minoritarios. Surge la similitud con la sociedad cuando se activa la excepción. En este último caso, lo que se busca en ambas entidades es evitar el atropello de quienes tienen menos poder.

Aun cuando no funcione el negocio, en la corporación existe protección si se desplegó cuidado y diligencia. En estos casos se protege a los directores bajo la doctrina del BJR. No existe una doctrina similar para la sociedad que sea tan reconocida, aunque existen tipos de sociedades que le garantizan responsabilidad limitada a los socios en ciertas circunstancias. Por otro lado, con el paso de los años algunas jurisdicciones han desarrollado estatutos con el propósito de que no se les

⁵² *In re ALH Holdings LLC*, 675 F. Supp. 2d 462 (D. Del. 2009).

impongan a los socios deberes más allá de los establecidos en el contrato de sociedad. Esto busca dejar sin efecto cualquier expectativa que se podría crear respecto al comportamiento de una persona al entrar en una relación de negocio.

En conclusión, es necesario que todas las partes involucradas cumplan sus responsabilidades y lleven a cabo los deberes que se les hayan delegado para garantizar el éxito del negocio. Esto es vital, sin importar el tipo de organización empresarial que se haya seleccionado. Aunque existen deberes generales, al determinar si se dejó de cumplir con un deber esencial, también tendrán peso los acuerdos establecidos al inicio de la relación empresarial, la estructura jerárquica puesta en vigor, la jurisdicción donde se desarrolló el negocio y las leyes aplicables.

THE GOOD, THE BAD, AND THE VOLKER RULE?¹

RAFAEL E. GONZÁLEZ RAMOS^{a1}

I.	Introduction.....	0
II.	The Dodd-Frank Act and the Volcker Rule.....	1
A.	Prohibitions	2
B.	Requirements, Regulations and Limits	2
C.	Permitted Activities	4
III.	The Expected Consequences and Some Comments.....	6
IV.	Conclusion	10

"I may not understand modern financial attitudes, but I don't think a bank wants to be conducting financial activities that will be revealed as simply skirting the law."

-Paul A. Volcker²

I. INTRODUCTION

Between 2007 and 2009 occurred what some call “the worst economic episode of financial distress since 1930’s.”³ It was the consequence of a large number of banks, among them the so called too big to fail, and intermediaries who shifted risks by exploiting loopholes in the capital regulation framework to invest in highly leveraged investments. The main targets of these investments were real estate, commercial real estate and consumer credit instruments. The guarantees offered by the government and the fact that many financial institutions that where too big to fail also contributed to the excessive risk taken by these entities.⁴

As a result of these events, the Congress of the United States of America enacted the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2009 (henceforth “Dodd-Frank Act”).⁵

^{a1} J.D. Candidate University of Puerto Rico Law School, 2013; Certified Compensation Professional (C.C.P.).

¹ Title adapted from THE GOOD, THE BAD AND THE UGLY (UNITED ARTISTS, 1966).

² Floyd Norris, *Volcker Rule May Work, Even if Vague*, N.Y. TIMES, January 21, 2011, at B1.

³ Matthew Richardson, Roy C. Smith & Ingo Walter, *Large Banks and the Volcker Rule, in REGULATING WALL STREET. THE DODD-FRANK ACT AND THE NEW ARCHITECTURE OF GLOBAL FINANCE* 184 (Viral V. Acharya, Thomas F. Cooley, Matthew P. Richardson & Indigo Walter eds., John Wiley & Sons, Inc., 2010).

⁴ *Id.*

⁵ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. 111-203, 124 Stat. 1376-2223 (2010).

This law pretends to regulate and control the activities that conform the financial system of the United States and prevent future crises because of certain financial practices which may put in risk the economy of the country. As part of the law, we find the Volcker Rule, which pretends to limit the investing activities, among others, in which some financial and non-financial institutions may participate. This work intends to: (1) describe the Volcker Rule in general terms and (2) mention the possible consequences the Volcker Rule may have in the financial sector of the United States and internationally.

II. THE DODD-FRANK ACT AND THE VOLCKER RULE

The Volcker Rule, named after the former Federal Reserve Chairman Paul Volcker, was not proposed at the original presentation of the Dodd-Frank Act.⁶ It was added in January 2010⁷ with the objective of providing some restrictions to banks activities, protect consumers and taxpayers, and create conscience of the severe consequences of the law in Wall Street.⁸

Paul A. Volcker, from a long time ago, has advocated that:

[T]he scope of any implicit federal guarantee be limited to a relatively small number of important banking institutions and to core banking functions, rather than extended across the spectrum of financial intermediaries and risky activities. In exchange for the banking safety net, Volcker recommends that banks be allowed to engage in the full range of commercial and investments banking functions as financial intermediaries, but not permitted to engage in such nonbanking activities as proprietary trading, principal investing, commodity speculation, and hedge fund and private equity fund management.⁹

⁶ *Id.*

⁷ For the announcement of the addition of the Volcker Rule read Barack Obama, Remarks of the President on Financial Reform, The White House Office of the Press Secretary (Jan. 21, 2010), <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-financial-reform>. See also: Obama's 'Volcker Rule' shifts power away from Geithner, THE WASHINGTON POST (Jan. 22, 2010), <http://www.washingtonpost.com/wpdyn/content/article/2010/01/21/AR2010012104935.html>.

⁸ David Cho & Binyamin Appelbaum, *Obama's 'Volcker Rule' shifts power away from Geithner*, *The Washington Post* (Jan. 22, 2010), <http://www.washingtonpost.com/wpdyn/content/article/2010/01/21/AR2010012104935.html>.

⁹ MATTHEW RICHARDSON, ROY C. SMITH & INGO WALTER, *supra* note 3, at 198.

Simplified, it means that if the government and taxpayers are backing up few important, large, complex financial institutions, why do they will incur in greater risk because of the backup guarantee? Section 619 of the Dodd-Frank Act,¹⁰ deals with this situation and it describes the requirements, prohibitions and exceptions.¹¹

A. Prohibitions

The Volcker rule imposes two main prohibitions on banking entities: (1) engage in proprietary trading; and (2) acquire or retain any equity, partnership, or other ownership interest in or sponsor a hedge fund or a private equity fund.¹² Also, the rule imposes a prohibition on the size of financial companies¹³ through mergers if the firm's combined liabilities surpass ten percent (10%) of the aggregate consolidated liabilities of all financial companies in the United States at the end of the calendar year preceding the transaction.¹⁴

B. Requirements, Regulations and Limits

As we noted before, the Volcker rule imposes new limitations to banking and non-banking entities. The rule also seek to impose capital and quantitative limits on the proprietary trading, hedge funds and private equity funds to certain ed supervised non-financial companies.¹⁵ On the other hand, pertinent banking agencies (ex. SEC, CFTC, among others) are required to:

[A]dopt rules imposing additional capital requirements and quantitative limitations, including diversification requirements,

¹⁰ Dodd-Frank Act, § 619.

¹¹ CCH ATTORNEY-EDITOR STAFF, DODD-FRANK WALL STREET REFORM AND CONSUMER PROTECTION ACT: LAW, EXPLANATION AND ANALYSIS 228-230 (Wolters Kluwer Law & Business, 2010).

¹² Bank Holding Company Act of 1956 (BHCA), 12 U.S.C. § 13(a)(1) as added by the Dodd-Frank Act, Pub. L. 111-203, § 619, 124 Stat. 1376-2223. See CCH ATTORNEY-EDITOR STAFF, supra note 11, at 229; MATTHEW RICHARDSON, ROY C. SMITH & INGO WALTER, supra note 3, at 201-205.

¹³ A "financial company" according to the Dodd-Frank Act is defined as: "(1) an insured depository institution; (2) a bank holding company; (3) a company that controls an insured depository institution; (4) a nonbank financial company supervised by the Federal Reserve; and a foreign bank or company that is treated as a bank holding company". CCH-EDITOR STAFF, supra note 11, at 238; BHCA Act § 14(B).

¹⁴ Bank Holding Company Act of 1956 (BHCA), 12 U.S.C. § 14(b) as added by Dodd-Frank Act § 622. See CCH ATTORNEY-EDITOR STAFF, supra note 11, at 238; American Bankers Association, §6.10, Nationwide Liability Concentration Limit for Acquisitions, http://www.aba.com/RegReform/RR6_10.htm.

¹⁵ Bank Holding Company Act of 1956, 12 U.S.C. § 13(a)(2) as added by Dodd-Frank Act § 619. See CCH ATTORNEY-EDITOR STAFF, supra note 11, at 229, 233.

regarding the permitted activities if the agencies determine that additional capital and quantitative limitations are appropriate to protect the safety and soundness of banking entities engaged in any permitted activity.¹⁶

Also, according to the American Bankers Association (henceforth “ABA”), the appropriate Federal banking agencies are directed to make bank holding companies (henceforth “BHC’s”), as well as security loans holding companies (henceforth “SLHC’s”), to meet countercyclical capital requirements. Also, the ABA states a complete new standard for SLHC’s. If the Fed determines so, the SLHC’s will be required to adhere to a countercyclical capital requirement and to operate, jointly, with section 171 of the Dodd-Frank Act, which imposes a five (5) year term to meet the capital requirements which cannot be:

(1) less than the generally applicable leverage capital requirements, which must serve as a floor for any capital requirements the agency may require or (2) quantitative lower than the generally applicable leverage capital requirements in effect for the insured depository institutions as of the date of enactment (citations omitted).¹⁷

In other words, SLHC’s leverage standards cannot be lower than any insured banking institution. There are other limitations, which we will discuss in the next section. To conclude this part, is important to mention that the regulations (and studies) directed by the United States Congress to the respective Federal banking agencies in all the scenarios described above have to determine whether the general prohibitions mentioned:

[(1)] promote safety and soundness of banking entities; [(2)] protect taxpayers; [(3)] limit the inappropriate transfer of federal subsidies, such as deposit insurance and liquidity facilities; [(4)] reduce conflicts of interest between banking entities and nonbank financial companies and their customers; [(5)] limit activities that have caused undue risk or loss in banking entities and nonbank financial companies; [(6)] appropriately accommodate

¹⁶ Bank Holding Company Act of 1956, 12 U.S.C. § 13(d)(4)(B)(iii) as added by Dodd-Frank § 619; CCH ATTORNEY-EDITOR STAFF, *supra* note 11, at 233.

¹⁷ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. 111-203, § 171(b)(s), 124 Stat. 1376-2223; CCH ATTORNEY-EDITOR STAFF, *supra* note 11, at 89-90. See American Bankers Association, § 6.17, Capital Requirements for BHCs and SLHCs and Insured Depository Institutions, http://www.aba.com/RegReform/RR6_17.htm.

the business of insurance within an insurance company while protecting the safety and soundness of a banking entity which is affiliated with that insurance company; [(7)] raise the cost of credit or other financial services; and [(8)] appropriately time the divesture of illiquid assets.¹⁸

Once the studies are completed, recommendations will be made to agencies in the development of their regulations.¹⁹ It is important to note that the Dodd-Frank Act stresses in the consistency and comparableness of the rules in order to avoid advantages or imposing disadvantages on companies affected by the prohibitions.²⁰

C. Permitted Activities

The Dodd-Frank Act has some exceptions for the prohibitions mentioned above. Activities permitted include the acquisition, purchasing, selling, or disposal, by banking and non-banking institutions, of governmental obligations such as:

(1) obligations of the United States [of America] and its agencies; (2) obligations, participations or other instruments of or issued by the government -sponsored enterprises- Fannie Mae and Freddie Mac, as well the mortgage guarantor Ginnie Mae, the [F]ederal Home Loan Banks, the Federal Agricultural Mortgage Corporation (Farmer Mac) or institutions chartered under the Farm Credit Act of 1971; and obligations of any [S]tate government or one of its political subdivisions. (Citations omitted).²¹

Other activities allowed are: the purchase, sale, acquisition, or disposition of any security, derivative, contract of sale a commodity for future delivery or option on any security, derivative or contract (securities and instruments).²²

¹⁸ Bank Holding Company Act of 1956 (BHCA), 12 U.S.C. § 13(b)(2)(B)(ii) as added by Dodd-Frank Act § 619 (2)(B)(ii). See CCH ATTORNEY-EDITOR STAFF, *supra* note 11, at 229-30. (Citations omitted).

¹⁹ CCH ATTORNEY-EDITOR STAFF, *supra* note 11, at 230.

²⁰ Bank Holding Company Act of 1956, 12 U.S.C. § 13(b)(1)(A)-(G) as added by Dodd-Frank Act § 619 (1)(A)-(G). See CCH ATTORNEY-EDITOR STAFF *supra* note 11, at 229-30.

²¹ CCH ATTORNEY-EDITOR STAFF, *supra* note 11, at 231. Numeration added by the author. See Bank Holding Company Act of 1956, 12 U.S.C. § 13 (d)(1)(D), as added by Dodd-Frank Act §619; MATTHEW RICHARDSON, ROY C. SMITH & INGO WALTER *supra* note 3, at 199.

²² CCH ATTORNEY-EDITOR STAFF, *supra* note 11, at 231. See MATTHEW RICHARDSON, ROY C. SMITH & INGO WALTER *supra* note 3, at 199. (Citations omitted).

These activities must “(1) be conducted in connection with underwriting or market making-related activities; and (...) (2) be designed not to exceed the reasonably expected near term demands of clients, customers or counterparties”.²³ The purchase, sale, acquisition or disposition of any security or instrument is also permitted if the activity is on behalf of its customers.²⁴

Also, a banking entity may participate in the sale or purchase of securities and instruments by insurance companies and its affiliates if used for the insurance company’s general account.²⁵ Those activities are permitted if they fulfill the following requisites:

- (1) the transaction complies with the laws, regulations and written guidance of the jurisdiction in which the insurance company is domiciled; and (2) the appropriate Federal banking agencies, after consultation with the Financial Stability Oversight Council and the relevant insurance commissioners, have not jointly determined, after notice and soundness of the banking entity or the financial stability of the United States [of America].²⁶

On the other hand, certain risk mitigating hedging activities are permitted for banking entities if done “in connection with and related to a banking entity’s individual or aggregated positions, contracts or other holdings and designed to reduce the specific risks to the banking entity in connection with and related to those positions, contracts or other holdings” (citations omitted).²⁷ Investments in small business investments companies and those designed to promote the public welfare are also permitted.²⁸

Likewise, organizing and offering a private equity or hedge fund is permitted but subject to various limitations.²⁹ The activity includes “(1) serving as general partner, managing member or trustee of the fund; and (2) selecting and

²³ CCH ATTORNEY-EDITOR STAFF, *supra* note 11, at 231. Numeration added by the author. See Bank Holding Company Act of 1956, 12 U.S.C. § 13(d)(1) (D) as added by Dodd-Frank Act § 619; MATTHEW RICHARDSON, ROY C. SMITH & INGO WALTER *supra* note 3, at 199.

²⁴ CCH ATTORNEY-EDITOR STAFF, *supra* note 11, at 231. See Bank Holding Company Act of 1956, 12 U.S.C. § 13(d)(1) (D) as added by Dodd-Frank Act § 619.

²⁵ C.C.H. ATTORNEY-EDITOR STAFF, *supra* note 11, at 231.

²⁶ Id. (citations omitted). See Bank Holding Company Act of 1956, 12 U.S.C. § 13 (d)(1) (F) as added by Dodd-Frank Act § 619.

²⁷ Id. at 231. See Bank Holding Company Act of 1956, 12 U.S.C. § 13(d)(1) (C) as added by Dodd-Frank Act § 619.

²⁸ Id. at 232. See Bank Holding Company Act of 1956, 12 U.S.C. § 13(d)(1) (E) as added by Dodd-Frank Act § 619.

²⁹ 12 U.S.C § 1851 (d) (1) (G) (i)-(viii) as added by Dodd-Frank Act § 619.

controlling a majority of the directors, trustees or management of the fund" (citations omitted).³⁰

III. THE EXPECTED CONSEQUENCES AND SOME COMMENTS

Many aspects of the Volcker Rule are not in effect because the law has not fully entered in vigor or the respective Federal agencies have not issued the rules yet. So, we cannot properly talk about consequences, but we may talk about possible ones.

Matthew Richardson, Roy C. Smith & Ingo Walter argue that the Dodd-Frank Act fails to limit some activities which, in fact, presents systemic risk. They mention that "activities based solely in revenue such as asset management, advisory roles, or brokerage services"³¹ at first sight may not be seen as systemic in nature but if analyzed more in deep, they do. The first example used by the authors is asset management. The authors mention that since the asset management revenues respond to the value of underlying assets management, any market risk of these activities will pass to the system through the value of the asset management business. The other example they use to illustrate this point is the activities that are a combination of capital and fee-based activities.

The authors' mention that the majority of the revenues derived from this model arises from the spread between buying and selling securities. When the seller finds a buyer, the seller is exposed to idiosyncratic and market risks. To mitigate these risks, the seller may hedge the macro or aggregate risk of it. The systemic risk, they explain, emerge from the impact of a systemic crisis on the franchise value of the seller business. In other words, over the counter (O.T.C.) derivatives and other security markets could suffer losses from a systemic event because of the collateral function of hedging.³² Another point argued by Matthew Richardson, Roy C. Smith & Ingo Walter is that the "one size fits all" idea of the rule may result ineffective, because of the variations, complexities and particularities of the institutions.³³

Another possibility is the fact that United States based banks could lose some leadership in the international financial markets because of the higher costs compared to foreign banks. Because of this situation, some predict that United States banks will be sold to foreigners as bankers migrate to outside markets. Accordingly, large complex financial institutions (LCFI's) will still be there, but

³⁰ *Id.*

³¹ MATTHEW RICHARDSON, ROY C. SMITH & INGO WALTER, *supra* note 3, at 193.

³² *Id.*

³³ *Id.*

outside of the oversight of the United States' regulatory scope. The systemic risk will still be there.³⁴ Matthew Richardson, Roy C. Smith & Ingo Walter argue that, although it may be a possibility, foreign markets are no better positioned than United States markets to serve as lenders of last resort. They add that “[i]t seems doubtful that taxpayers in these countries would be rushing to provide unpriced or underpriced guaranties for their universal banks to gain global market share.”³⁵ Some sectors, such as banking associations and investment firms, argue, on the other hand, that restricting some activities that create value may be detrimental to the financial system. This may be true in the sense that diversifying investments reduce the firm-specific risks but not market-wide risks.³⁶

Another interesting consequence may emanate from a gray area created by the definition of “proprietary trading.” The Dodd-Frank Act defines proprietary trading as follows:

[W]hen used with respect to a banking entity or non-bank financial company supervised by the Board, means engaging as a principal for the trading account of the banking entity or nonbank financial company supervised by the Board in any transaction to purchase or sell, or otherwise acquire or dispose of, any security, any derivative, any contract of sale of a commodity for future delivery, any option on any such security, derivative or contract, or any other security or financial instrument that the appropriate Federal banking agencies, the Securities and Exchange Commission, and the Commodity Futures Trading Commission may, by rule as provided in subsection (b)(2), determine.³⁷

This definition suggests an exclusion of customer-related trading and hedging, but due to the nature of the trading business, you cannot trace a hard line between customer related and entity related trading and hedging. Matthew Richardson, Roy C. Smith & Ingo Walter illustrate on this point with the following example:

³⁴ *Id.* at 94.

³⁵ *Id.*

³⁶ See *Id.* at 194-95; Financial Services Forum, “Volcker Rule is the Wrong Response to the Financial Crisis” (May 28, 2010), <http://www.financialservicesforum.org/index.php/forum-blog/839-volcker-rule-is-the-wrong-response-to-the-financial-crisis.html>.

³⁷ Dodd-Frank Act § 619 (h)(4).

[W]hen a LCFI's acts as an intermediary between buyers and sellers, especially for less liquid securities, the firm will often be exposed to one side of the transaction. In fact, a number of normal market-and client-oriented transactions, such as trading in foreign exchange, fixed-income securities, and derivatives, as well as services like bridge financing[,] prime brokerage, and the like, might result in the firm technically trading on its own account but doing so to serve client needs.³⁸

The authors suggest that this situation invites to manipulation. In the first manipulation scheme, we may see a financial entity accumulating a large exposure in a given type of security or derivative because of the expectation of a huge demand.³⁹ In this case, the company may be exposing to the risk of serving customer needs, true or false, and incurring in risk because of it. Market studies may be used to justify such a demand. We think, in this case, reasonability and proof must be the key to determine the reasonability of the risk exposure. On the other hand, the authors explain that identical trades with different ends are nearly impossible.⁴⁰ Also, and related to proprietary trading, the Dodd-Frank Act defines “proprietary trading account” as:

[A]ny trading account used for acquiring or taking positions in the securities and instruments described in paragraph (4) principally for the purpose of selling in the near term (or otherwise with the intent to resell in order to profit from short-term price movements), and any such other accounts as the appropriate Federal banking agencies, the Securities and Exchange Commission, and the Commodity Futures Trading Commission may, by rule as provided in subsection (b)(2) determine.⁴¹

According to Matthew Richardson, Roy C. Smith & Ingo Walter, this description “reads like a green light for continuing carry trades … which result dangerous for financial institutions with government guarantees.”⁴²

Other problematic definitions are “hedge fund” and “sponsor”. The ABA present that those definitions, read broadly, may affect traditional banking

³⁸ MATTHEW RICHARDSON, ROY C. SMITH & INGO WALTER, *supra* note 3, at 201.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ Dodd-Frank Act § 619 (h)(6).

⁴² MATTHEW RICHARDSON, ROY C. SMITH & INGO WALTER, *supra* note 3, at 203-04.

activities. This action goes against the real intention of the law, which is, focus on the significant conflict of interest issues and not to interfere with day to day and traditional banking activities.⁴³

Finally, loopholes have been found in the law. According to Paul Salmon, there are two loopholes in the law. The first one is that “the Volcker rule seems to apply only to depositary institutions: if you do not take deposits, then you are exempt.”⁴⁴ In response, he establishes that as long as the banking entities may fund themselves in the wholesale market and “lend money in things like the syndicated loan market, the entities are banks, and they should be subject to rules like Volcker’s which applies to banks”.⁴⁵ The second loophole is that “it seems that banks might be allowed to continue to own hedge funds, private-equity funds, money-market funds, and the like, just so long as these investments are maintained for clients, with clients’ money, rather than being vehicles for the investment of the bank’s own capital.”⁴⁶ In other words, “a bank might say that it has no exposure to such things, and that all the risk lies with its investing clients. But that is never, ever true.”⁴⁷

Another loophole is the one reviewed by The Financial Times in which “the Volcker rule does not apply to bank’s “principal investments,” or long term direct purchases of securities, companies and property assets.”⁴⁸ The before-mentioned loophole may find its genesis on the definition of proprietary trading, which focuses in short-term accounts. This interpretation is incorrect because; (1) the definition does not speak in categorical terms, especially when it says “principally for the purpose of selling in the near term,”⁴⁹ so it does not exclude long term trading accounts; and (2) the law provides authority to Federal banking regulators to determine the types of accounts covered.⁵⁰

⁴³ Anonymous, American Bankers Association Urges Regulators Not to Read Volcker Rule Definitions of “Hedge Fund” and “Sponsor” Too Broadly, HEDGE FUNDS AND PRIVATE EQUITY. New York: Nov 19, 2010. Vol. 4, Issue 9, 8-9(2).

⁴⁴ Felix Salmon, The Volcker Rule’s Loopholes in <http://blogs.reuters.com/felix-salmon/2010/02/03/the-volcker-rules-loopholes/> February 3 2010 (last visited on March 17, 2011).

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.* Emphasis in the original.

⁴⁸ *Volcker Rule: Wall Street Reportedly Already Finding Loopholes*, http://www.huffingtonpost.com/2010/11/11/volcker-rule-wall-street-_n_782339.html, November 11, 2010. Updated January 11, 2011 (last visited on March 17, 2011).

⁴⁹ Dodd-Frank Act, *supra*, §619 (h)(6). Emphasis supplied.

⁵⁰ *Id.*

IV. CONCLUSION

The Volcker Rule is a good approach to protect the United States financial market and taxpayers, as well as international financial markets and taxpayers. The savage capitalism developed in financial markets, and in the economy in general, needs limitations to balance the leverage between the institutions and the investors, as well as the common taxpayer and the financial markets. Also, institutions that depend on governmental guarantee and/or represent a huge risk for economic stability require to be monitored constantly in order to detect possible sources of and avoid large-scale financial failures, like the ones in the 1930's and the 2007-2009 crisis.

Avoiding all legal and social issues is a high standard for any law. Our legal system is based on a reactive approach, meaning, it regulates things that have already happened. The Dodd-Frank Act is possibly the result of years of development of a broad legislative action. The financial crisis of 2007-2009 is the stimulus of the avalanche. Although not bulletproof, we consider it is a big, good start to protect the stability of the financial system.

We think that the Volcker Rule will be subject to constant revision and changes. At first, financial entities will circumscribe to its content, but loopholes, like the one mentioned above, will start to appear and be exploited. On the other hand, we must consider the rule's impact on the economy, which may require some adjustment on the rule in order to make it fit to current and future economic circumstances.

Another important factor is its universal applicability. We think the rule will have to be a more customized, on a case by case basis, because of the circumstances and particularities of the different types of financial, and banking entities it will regulate, in order to comply with the objective it was enacted: to control, yes, but to create stability and fairness.

Globalization will be a determinant factor in the real implementation of the rule. The fierce competition in the financial markets, as well as the emerging economies, may dictate the extent of the limitations of the rule in the United States. It will be ideal to regulate international financial markets in order to make them more secure for investments, but we must see the disposition of international players to renounce to the competitive advantage, inside and outside the United States that may represent a more regulated and limited United States players. We do not mean that the United States financial industry will fall, but that it will reinvent itself. New breaches will appear, new loopholes will be discovered, and new opportunities will be exploited.