UNIVERSITY OF PUERTO RICO
BUSINESS LAW JOURNAL

VOLUME 4 | 2013 | NO. 2

EDITORIAL BOARD

Paola Medina Prieto
Editor-in-Chief

Rafael E. González Ramos
Executive Administrative Editor

Héctor J. Orejuela Dávila
Executive Articles Editor

Myrel Marín Cruz
Administrative Editor

Annelise Rivera Rivero
Articles Editor

Nicolás Pérez Martínez
Public Relations Editor

Juan Charana Agudo
Articles Selection Editor

Daphne Calderón-Sitiriche
Content Development Editor

EDITORIAL STAFF

Amanda Billoch Vázquez
Andrés Monseratte Mills
Belmarie Rivera
Cristina S. Tamayo Pérez
Dianne Cabán Arce
Roberto González del Río
Francisco Fuster Vigier
Elizabeth Barreto Abraham
Iván Santos Castaldo
Gustavo Torres Viera
Julián Pérez
Manijee Ashrafi
Mariana J. Torregrosa Junco
Maru Calderón Martínez
Paul Cortés
Pedro García
Valerie M. Blay Soler
Verónica Rolán Moll
Yasha Rodríguez

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 4 | 2013 | NO. 2

103 Derechos de los empleados a tiempo parcial: Un estudio comparativo de Puerto Rico, Estados Unidos, Chile, España e Inglaterra
Isa Mabel Santori Rodríguez

134 El fideicomiso público como herramienta de desarrollo económico: Una perspectiva histórica y de análisis de alternativas
Gustavo Torres Viera

189 La industria fílmica en Puerto Rico: Un análisis del derecho comparado y constitucional para fomenter la producción y exhibición del cine Puertorriqueño
Ana D. Montañez Morales

200 Derechos de autor en los servicios de transmisión por Internet
Annelise Rivera Rivero

228 Haute Couture Legislation: Tailor Made High Fashion Design Protection in the United States
Christine Quilichini

LA INDUSTRIA FÍLMICA EN PUERTO RICO: UN ANÁLISIS DEL DERECHO COMPARADO Y CONSTITUCIONAL PARA FOMENTAR LA PRODUCCIÓN Y EXHIBICIÓN DEL CINE PUERTORRIQUEÑO

ANA D. MONTAÑEZ MORALES, CPA, ESQ.*

I. Introducción 189
II. Trasfondo histórico del cine en Puerto Rico 190
III. Ley de Incentivos del 2011 192
IV. Industria fílmica internacional 193
V. Aspectos constitucionales 196
VI. Recomendaciones 198

"La libertad cultural constituye una parte fundamental del desarrollo humano puesto que para vivir una vida plena es importante poder elegir la identidad propia sin perder el respeto por los demás o verse excluido de otras alternativas".[1]

I. INTRODUCCIÓN

La industria fílmica es una muy singular, ya que históricamente ha sido parte esencial de la cultura de cada país pero también se ha utilizado como instrumento de desarrollo económico como parte de la industria del entretenimiento. "El cine es, fundamentalmente, una industria cultural y requiere, como el conjunto de nuestras industrias, de activas políticas públicas de estímulo y protección, propias de su doble especificidad: cultura e industria".[2] Es precisamente esa dicotomía entre la promoción de la cultura y la utilización de la industria como desarrollo económico lo que ha impulsado a nuestra legislatura a inclinarse más hacia el lado económico que a fomentar la producción y exhibición del cine puertorriqueño. A través de

---

*Ana Delia Montañez Morales es Contador Público Autorizado y Licenciada en Derecho por el Tribunal Supremo de Puerto Rico. Posee un bachillerato, Summa Cum Laude, en Contabilidad y un Juris Doctor, Magna Cum Laude, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

[1] Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre el Desarrollo Humano* (2004), disponible en: http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh2004/.

[2] Jorge Coscia, *Cuota de Pantalla, Un Paso Especial*, *en* EL ESTADO Y EL CINE ARGENTINO 19 (2004), disponible en: http://www.cinelatinoamericano.org/biblioteca/assets/docs/documento/Cuota%20de%20pantalla.pdf.

este escrito se examinará el trasfondo histórico del cine puertorriqueño y se analizará el derecho comparado y constitucional para plasmar recomendaciones viables a favor del desarrollo de la industria cinematográfica local.

II. TRASFONDO HISTÓRICO DEL CINE EN PUERTO RICO

La historia de la industria del cine en Puerto Rico comienza por la fundación de *La Sociedad Industrial de Cine de Puerto Rico* por Rafael Colorado en el año 1916.[3] Antes de ese periodo se realizaba cine, pero en su mayoría consistía generalmente de cortos noticiosos y esfuerzos independientes. Rafael Colorado logró producir algunas películas, como *Por la Hembra y Por el Gallo*, pero su esfuerzo por industrializar un cine puertorriqueño nunca llegó a rendir fruto. Luego de esa experiencia, Colorado se unió a Luis Lloréns Torres, Antonio Pérez Pierret y Nemesio Canales para dar paso a la creación de la *Tropical Film Company* en el 1917.[4] Allí se filmaron varias producciones como *Paloma del Monte*, *La Viuda se Quiere Casar* y *El Tesoro de Cofresí*, "cuyo trabajo comenzó a demostrar un cine con temática costumbrista y aspectos de nuestra idiosincrasia de pueblo".[5] Pero a inicios de la Primera Guerra Mundial, la participación de Estados Unidos en la guerra y la necesidad de producir películas a bajo costo obligó a la *Tropical Film Company* a cerrar operaciones.

Más adelante, según explica el autor Félix Manuel Lora, miembro de la Fundación del Nuevo Cine Latinoamericano, "en 1920 se instala *la Porto Rico Photoplays* cuyos inversionistas eran Enrique y Eduardo González. Sus producciones fueron *Amor tropical* (1921), *The Woman That Fooled Herlself* (1922) y *El hijo del desierto* (1922)".[6] Los esfuerzos de la *Photoplays* fueron, antes que nada, intentos infructuosos de convertir a la Isla en una plaza de filmación y en un centro de inversión fílmica.[7]

> Es a mediados de la década de los 60 que comienza la gran tragedia del cine nacional. Nuestros productores se embarcaron en las coproducciones de películas con diversos países. Esto trajo como consecuencia un atraso en el desarrollo de nuestro cine con temática

---

[3] ROBERTO RAMOS-PEREA, CINELIBRE: HISTORIA DESCONOCIDA Y MANIFIESTO POR UN CINE PUERTORRIQUEÑO INDEPENDIENTE Y LIBRE 6 (2008).

[4] Félix Manuel Lora Robles, *Historia del cine en Puerto Rico*, PORTAL DEL CINE Y EL AUDIOVISUAL LATINOAMERICANO Y CARIBEÑO, http://www.cinelatinoamericano.org/texto.aspx?cod=799.

[5] Marisel Flores Carrión, *Cuarenta Años de Cine Puertorriqueño*, PUERTO RICO EN BREVE (2009), http://www.preb.com/devisita/marisel.htm.

[6] Lora Robles, *supra* nota 4.

[7] Flores Carrión, *supra* nota 5.

> nacional. En las primeras coproducciones se utilizó personal técnico y elenco artístico compuesto mayormente por extranjeros.
>
> La influencia del estilo mexicano en el tipo de películas que se hizo en Puerto Rico durante este periodo fue grande y finalmente, debido a la repetición de fórmulas y a la propia caída del cine mexicano, entre otras causas, se dio el colapso de la producción fílmica.[8]

En el 1974 se creó la Fundación del Instituto de Cine, bajo la Ley de la Corporación para el Desarrollo del Cine en Puerto Rico.[9] Sin embargo, no fue hasta el 1992 que se creó la Corporación de Cine de Puerto Rico junto a varios incentivos industriales para que corporaciones extranjeras que filmaran en Puerto Rico.[10] Actualmente, la Corporación para el Desarrollo de las Artes, Ciencias e Industria Cinematográfica de Puerto Rico, oficina adscrita al Departamento de Desarrollo Económico y Comercio, es la encargada de ofrecer los incentivos a las producciones hechas en la Isla.[11]

Desde que se legisló para incentivar la inversión en la producción de cine en Puerto Rico, estas industrias han generado aproximadamente $481 millones de dólares en actividad económica en la Isla.[12]

> El nivel de rendimiento económico generado por estas industrias también ha reflejado un crecimiento continuo año tras año, habiendo crecido aproximadamente 300% entre el año 2000 y el año 2009. En el 2009 solamente, $22 millones de dólares en créditos generaron $118 millones de dólares en actividad económica total en las industrias de cine y la televisión.[13]

Durante el año 2010 se filmaron en la Isla doce (12) proyectos fílmicos generando más de 17,258 empleos directos e indirectos, y 22,671 cuartos de hotel por noche.[14] Este crecimiento en la industria llevó a la

---

[8] *Id.*

[9] Ley de la Corporación para el Desarrollo del Cine en Puerto Rico, Ley Núm. 27 de 22 de agosto de 1974 (derogada).

[10] RAMOS-PEREA, *supra* nota 3, en la pág. 23.

[11] Ley de la Corporación para el Desarrollo de las Artes, Ciencias e Industria Cinematográfica de Puerto Rico, Ley Núm. 121 de 17 de agosto de 2001, 23 LPRA §§ 592-599a (2012).

[12] Exposición de motivos, Ley de Incentivos Económicos para la Industria Fílmica, Ley Núm. 27 de 4 de marzo de 2011, 23 LPRA §§ 11001-11008c (2012).

[13] *Id.*

[14] Comunicado de prensa, Departamento de Desarrollo Económico y Comercio, Pérez Riera Celebra Aprobación Nueva de Cine (24 de enero de 2011), *disponible en* http://www.gobierno.pr/NR/rdon lyres/FD5BD4AC-8C09-46D3-8DDE-C2E33D48F32F/0/CP_INCENTIVOS_CINE.pdf.

Asamblea Legislativa a promulgar en el 2011 una nueva ley de incentivos para la industria cinematográfica.

III. LEY DE INCENTIVOS DEL 2011

Conocida como La Ley de Incentivos Económicos para la Industria Fílmica, la Ley 27 del 4 de marzo de 2011 (en adelante, la "Ley 27"),[15] fue promulgada con el objetivo de aumentar la producción de proyectos fílmicos en Puerto Rico y, según el entonces Secretario del Departamento de Desarrollo Económico y Comercio de Puerto Rico, "mejorar nuestra competitividad con una nueva estructura de incentivos de producción de proyectos fílmicos, a la par con otras jurisdicciones que compiten con nosotros para atraer proyectos y toda la actividad económica asociada a los mismos".[16]

Asimismo, la exposición de motivos de la Ley 27 declara que su fin es promover el desarrollo continuo de nuestra industria cinematográfica, atraer capital extranjero y propiciar el desarrollo económico y bienestar social de Puerto Rico. Este objetivo se logra a través de incentivos como la otorgación de un crédito contributivo de cuarenta por ciento (40%) por los pagos realizados a talento residente de Puerto Rico y de veinte por ciento (20%) a los no-residentes de Puerto Rico, lo que incentiva a generar empleos en la Isla.[17] Para cualificar para estos créditos contributivos, se requiere un mínimo de gastos de producción de $100,000 por proyecto y $50,000 en el caso de cortometrajes.[18] Un proyecto fílmico, bajo esta ley, incluye: largometrajes, cortometrajes, documentales, series, miniseries, anuncios, vídeos musicales, proyectos de televisión y grabaciones de espectáculos en vivo.[19]

Además de los incentivos de producción fílmica, la Ley 27 incluye incentivos para el desarrollo de infraestructura. Estos incentivos consisten en un crédito de veinticinco por ciento (25%) en el costo de desarrollo o expansión de un estudio, laboratorio, facilidades para la transmisión internacional de imágenes televisivas u otros medios, u otras facilidades permanentes para realizar proyectos fílmicos, cuyos presupuestos de costos directos excedan $5,000,000.[20]

---

[15] *Véase* Ley de Incentivos Económicos para la Industria Fílmica, Ley Núm. 27 de 4 de marzo de 2011, 23 LPRA §§ 11001-11008c (2012).

[16] *Puerto Rico aprobará una ley para incentivar industria cine*, HOY DIGITAL, 25 de enero de 2011, http://www.hoy.com.do/economia/2011/1/25/359519/Puerto-Rico-aprobara-una-ley-para-incentivar-industria-cine.

[17] Art. 7.3 de la Ley de Incentivos Económicos para la Industria Fílmica, 23 LPRA § 11006b.

[18] Art. 4.1 de la Ley de Incentivos Económicos para la Industria Fílmica, 23 LPRA § 11003.

[19] *Id.*

[20] Art. 2.2(s) de la Ley de Incentivos Económicos para la Industria Fílmica, 23 LPRA § 11001a(s)

Estos incentivos promueven la generación de empleos a residentes de Puerto Rico, ya que existe el doble del crédito contributivo por los gastos incurridos en el pago a talento residente en comparación al talento no-residente. Además, se promueve el desarrollo y construcción de facilidades para realizar proyectos fílmicos, lo que generaría empleos en la construcción de las facilidades, y más adelante, "proveerá a Puerto Rico la plataforma necesaria para atraer y acomodar productores y artistas de cine locales, nacionales e internacionales, y motivará a tales productores y artistas a realizar sus películas en Puerto Rico".[21]

Sin embargo, la Ley 27 no promueve la producción local debido a que el tratamiento contributivo preferencial está limitado a operadores de estudios cuyo presupuesto de operaciones sea igual o mayor de $50,000,000.[22] Por lo tanto, aunque esta Ley resulta ser efectiva como un instrumento de desarrollo económico para Puerto Rico y como base para la experiencia y empleo de los ciudadanos que se dedican a la industria cinematográfica, no promueve el desarrollo de la producción y exhibición del cine local. Según analizaremos en la próxima sección, a pesar de que estamos a la vanguardia en otorgar beneficios contributivos para atraer inversionistas extranjeros, no hay legislación para promover el desarrollo de la producción local y, asimismo, de la exhibición de las películas locales. Por tal razón, examinaremos el derecho comparado y leyes de fomento a la industria del cine de varios países en Latinoamérica y Europa para luego analizar su aplicación en nuestra industria.

IV. INDUSTRIA FÍLMICA INTERNACIONAL

Generalmente, la legislación puertorriqueña en relación a la industria fílmica ha sido adaptada de otros estados de la unión americana. Según dispone el Informe de la Ley 27 de la Cámara de Representantes, la misma pretende equiparar a la Isla con estados como Nuevo México.[23] El mercado mundial del cine se encuentra liderado por los Estados Unidos, quien ostenta los primeros puestos de las películas más vistas mundialmente.[24] Definitivamente, Estados Unidos no tiene que legislar para fomentar su industria. Por consiguiente, tenemos que acudir a países vecinos de

---

[21] Exposición de motivos, Ley de Incentivos Económicos para la Industria Fílmica, Ley Núm. 27 de 4 de marzo de 2011, 23 LPRA §§ 11001-11008c (2012).

[22] Art. 2.2(g) de la Ley de Incentivos Económicos para la Industria Fílmica, 23 LPRA § 11001a(g).

[23] COMISIÓN DE DESARROLLO ECONÓMICO, PLANIFICACIÓN, COMERCIO, INDUSTRIA Y TELECOMUNICACIONES DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES, INFORME SOBRE EL P. DEL S. 1833, 7 (2010), *disponible en* http://www.oslpr.org/files/docs/%7BFC508FEA-6843-40E1-9029-FCA071DD3D85%7D.doc.

[24] MARTÍN RAPOSO, EL DESAFÍO DE FOMENTAR Y CONSOLIDAR LA INDUSTRIA CINEMATOGRÁFICA, Universidad de Palermo, *disponible en* http://www.palermo.edu/economicas/ciem2/pdf/Desafiodeaumentarla_participacionnacional_v5.pdf.

Latinoamérica, como la República Dominicana y Argentina, los cuales se distinguen por su fuerte industria de cine, o a países europeos como España, el cual posee extensa legislación de fomento para el cine.

Internacionalmente la industria del cine es reconocida como parte importante de la cultura de cada país y se han creado medidas para proteger y fomentarla como una industria local. Por ejemplo, la "Ley para el Fomento de la Actividad Cinematográfica en la República Dominicana"[25] dispone lo siguiente:

> Que la actividad cinematográfica y audiovisual constituye una expresión cultural generadora de identidad e impacto social, al tiempo que representa una industria cultural de especiales características económicas; . . . Que sin los incentivos y el apoyo del Estado, la producción de películas nacionales resulta de gran dificultad económica y técnica, enfrentando profundas barreras estructurales que afectan su competitividad con otros productos audiovisuales en el ámbito interno y en el exterior. Por tanto, se requiere de acciones conjuntas con instituciones públicas y privadas, con el fin de garantizar su funcionalidad y eficacia como industria cultural y creativa de gran impacto económico, social y educativo.[26]

Por tal razón, muchos países han creado entes gubernamentales especializados en el fomento de la producción de cine local.[27] En el caso de Puerto Rico, en virtud de la Ley 121-2001,[28]se creó la Corporación para el Desarrollo de las Artes, Ciencias e Industria Cinematográfica de Puerto Rico, adscrita al Departamento de Desarrollo Económico y Comercio (DDEC), con el propósito de fomentar la expansión y desarrollo del cine puertorriqueño, al diseñar nuevas alternativas de financiamiento. Con la creación de la mencionada Corporación, se demuestra la importancia que tiene la industria de cine en la Isla, aunque, según hemos visto, la legislación adoptada ha sido mayormente para incentivar la inversión extranjera y no para fomentar el desarrollo de la producción local.

> Para proteger al cine como industria, los estados que quieren tener una industria cinematográfica y audiovisual activa han desarrollado

---

[25] Ley Núm. 108-10 de 18 de noviembre de 2010, Ley para el Fomento de la Actividad Cinematográfica en la República Dominicana.

[26] *Id.* Arts. 3, 4.

[27] *Véase id.*; Ley Núm. 17.741 de 14 de mayo de 1968, Ley de fomento y regulación de la actividad cinematográfica (Arg. 1968); Ley Núm. 15 de 9 de julio de 2001, Ley de fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual (BOE A 2001, 13268) (España 2001).

[28] Ley de la Corporación para el Desarrollo de las Artes, Ciencias e Industria Cinematográfica de Puerto Rico, Ley Núm. 121 de 17 de agosto de 2001, 23 LPRA §§ 592-599a (2012).

> diferentes maneras de fomento. Con excepción de Estados Unidos, China y la India, que como controlan sus mercados o, en el caso de Hollywood, el mercado mundial, el resto de los países del mundo que tienen industria cinematográfica, como Francia, España e Italia, subsidian sus cines.[29]

Además de la creación de instituciones y fondos gubernamentales, muchos países en Latinoamérica y Europa han creado políticas de fomento del cine propias, no excluyentes del cine extranjero.[30] La mayoría de estos países han implementado lo que se conoce como la "cuota pantalla", que significa imponer un porcentaje mínimo de exhibición de producción local.[31] La Ley de Argentina define la cuota de pantalla como "la cantidad mínima de películas nacionales que deben exhibir obligatoriamente las empresas que por cualquier medio o sistema exhiban películas en un periodo determinado".[32] Es una medida de los estados para proteger su cinematografía en el mercado.[33]

Inclusive, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 de la Organización Mundial del Comercio (World Trade Organization),[34] exceptúa explícitamente las cuotas de pantalla de cine del Artículo III de este Acuerdo, el cual prohíbe toda forma de discriminación entre los productos nacionales y los extranjeros, con el propósito de permitirlas explícitamente. La medida de cuotas de pantallas de cine puede ser una estrategia para fomentar la exhibición del cine puertorriqueño. Sin embargo, Puerto Rico no forma parte de los contratantes de la Organización Mundial del Comercio y se encuentra cobijado bajo la Constitución de los Estados Unidos. Por consiguiente, examinaremos los aspectos constitucionales fundamentales que pueden afectar la imposición de medidas que protejan la producción y exhibición de cine local.

---

[29] Coscia, *supra* nota 2, en la pág. 21.
[30] *Id*.
[31] Art. 24 de la Ley Núm. 108-10 de 18 de noviembre de 2010, Ley para el Fomento de la Actividad Cinematográfica en la República Dominicana, República Dominicana (2010); Art. 7 de la Ley Núm. 15 de 9 de julio de 2001, Ley de fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual (BOE A 2001, 13268) (España 2001); Art. 10 de la Ley Núm. 24.377 de 19 de octubre de 1994, Ley de Cine Argentina (Arg. 1994).
[32] Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales, Resolución Núm. 1076/2012 de 28 de mayo de 2012, Art. 1 (2012), *disponible en* http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/198398/norma.htm
[33] Coscia, *supra* nota 2.
[34] General Agreementon Tariffs and Trade, Oct. 30, 1974, 61 Stat. A-11, 55 U.N.T.S. 194, § IV.

V. ASPECTOS CONSTITUCIONALES

La sección 14 de la Ley Foraker[35] establece que las leyes de los Estados Unidos que no sean localmente inaplicables deberán tener la misma fuerza en Puerto Rico, con la excepción de las leyes de rentas internas, las cuales no tendrán fuerza ni vigor en Puerto Rico. Esta sección se mantuvo en la Ley Jones[36] y posteriormente en la Ley de Relaciones Federales.[37] En 1927, la sección 3 de la Ley Jones fue enmendada para incluir lo que se conoce como "la Enmienda Butler", la cual le confirió un poder a Puerto Rico de imponer tributaciones sobre los productos que vinieran del extranjero o de Estados Unidos, siempre y cuando no se discriminara en contra de esos productos o a favor de productos locales.[38] Por lo tanto, se puede debatir si la Enmienda Butler haría inconstitucional la imposición de una cuota de pantalla de cine puertorriqueño, ya que, como tal, no es un impuesto a la exhibición de películas extranjeras, pero ciertamente discrimina a favor de la producción local.

La cláusula de comercio interestatal de la Constitución de Estados Unidos,[39] establece que el Congreso tendrá la facultad de imponer y recaudar contribuciones, derechos, impuestos y arbitrios, y reglamentar el comercio con naciones extranjeras, así como entre los estados y las tribus indias. Aún en ausencia de legislación federal expresa, por jurisprudencia se ha aplicado esta cláusula en su estado "durmiente" en Puerto Rico.[40] Se han incorporado cuatro requisitos jurisprudenciales para analizar si un impuesto estatal es válido: (1) que exista un nexo sustancial entre la actividad sujeta a la contribución y el estado que la impone; (2) que la contribución esté distribuida o proporcionada equitativamente; (3) que la contribución en cuestión no discrimine contra el comercio interestatal; ya sea de su faz o en su aplicación y, (4) que la contribución esté relacionada apropiadamente con los servicios provistos por el estado.[41] A tales efectos, aplicando esta doctrina, se ha establecido que Puerto Rico puede imponer contribuciones a compañías extranjeras sobre derechos intangibles de autor y licencias para distribuir películas.[42]

---

[35] Foraker Act, ch. 191, 31 Stat.77, Art. 14 (1900).
[36] Jones Act, 64 Pub. L. No. 368, 39 Stat. 951 (1917).
[37] 48 U.S.C. 734 (1955); Puerto Rican Federal Relations Act, 64 Stat. 319 (1950).
[38] Jones Act, ch. 145, 39 Stat. 951, § 3 (1917).
[39] U.S. CONST. art. I, § 8.
[40] Trailer Marine Transp. Corp. v. Rivera Vázquez, 977 F.2d 1 (1st Cir. 1992).
[41] Iberia v. Secretario de Hacienda, 135 DPR 57 (1993); Columbia Pictures Industries v. Secretario de Hacienda, 114 DPR 749 (1983); Int'l Harvester Co. v. Secretario de Hacienda, 114 DPR 281 (1983); Complete Auto Transit, Inc. v. Brady, 430 U.S. 274 (1977).
[42] *Columbia Pictures*, 114 DPR en la pág. 749.

En *Trailer Marine Transport v. Rivera Vázquez*,[43] el Primer Circuito del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos estableció que la cláusula de comercio interestatal aplica a Puerto Rico en su estado durmiente. En este caso, la Administración de Compensaciones por Accidentes de Automóviles (en adelante, "ACAA") estableció un impuesto, adicional al que le cobraba anualmente a todo conductor, a las compañías que transportan bienes en *trailers* que no sobrepasaban un máximo de treinta (30) días en Puerto Rico. Trailer Marine Transport, una compañía de transportación marítima, alegó que el impuesto adicional cobrado por la ACAA violaba la cláusula de comercio interestatal por ser discriminatorio. El tribunal decidió que el impuesto era discriminatorio porque los *trailers* que llegaban del extranjero eran los que permanecían en la Isla por menos de 30 días y por ende sus dueños terminaban pagando más que los dueños de *trailers* locales que permanecían en Puerto Rico todo el año. Por ende, el Primer Circuito estableció que la medida era inconstitucional, ya que la discriminación no era justificable.

El caso más destacado y reciente sobre este tema es *Asociación Puertorriqueña de Importadores de Cerveza v. Estado Libre Asociado*.[44] Este caso es importante ya que no se trata de un impuesto, sino de una exención contributiva que beneficia a una cervecería local. Los demandantes alegaron que la ley que enmendó el Código de Rentas Internas y le concedió una exención contributiva escalonada a toda cervecería cuya producción total no excediera cierta cantidad era discriminatoria por beneficiar a la industria local. El tribunal analizó toda la jurisprudencia local y federal sobre la aplicación de la doctrina relativa al estado durmiente de la cláusula de comercio y determinó que la ley no era discriminatoria de su faz, ya que su propósito era garantizar que las cervecerías de menor producción –independientemente de su lugar de procedencia– pudieran absorber la contribución impuesta. Si aplicamos este caso a la imposición de una cuota pantalla para proteger la industria del cine local, la misma puede resultar constitucional, ya que no sería un impuesto como tal sino un requisito de exhibir una cantidad mínima de películas nacionales.

De igual modo, resulta importante destacar la existencia en nuestra jurisdicción de la Ley de Nuestra Música Puertorriqueña.[45] La exposición de motivos de esta ley expresa que "[e]s común observar cómo géneros extranjeros acaparan la programación de conciertos y actividades musicales, dejando evidentemente rezagados a géneros que desde tiempos remotos nos

---

[43] *Trailer Marine*, 977 F.2d en la pág. 1.

[44] Asociación Puertorriqueña de Importadores de Cerveza, Inc. v. Estado Libre Asociado de Puerto Rico, 171 DPR 140 (2007).

[45] Ley de Nuestra Música Puertorriqueña, Ley Núm. 223 de 21 de agosto de 2004, 3 LPRA §§ 871-875.

identifican como pueblo y que deleitan el espíritu de nuestra población".[46] La Ley establece que:

> En toda fiesta patronal, festival artístico o cualquier otro evento musical en el cual haya variedad de géneros musicales y que la Rama Ejecutiva o cualquier corporación pública o un municipio, aporten la totalidad del costo de la actividad o diez mil (10,000) dólares o más, la correspondiente dependencia gubernamental deberá y estará obligada a reservar una participación justa y razonable a los diferentes exponentes de la música autóctona puertorriqueña.[47]

El Artículo 3 dispone que el treinta por ciento (30%) del presupuesto destinado a la contratación de músicos en actividades con financiamiento público mayor de $10,000 debe ser reservado a los exponentes de la música autóctona puertorriqueña. En gran medida, esta ley puede ser considerada una cuota y se puede equiparar a la cuota de pantalla de cine, ya que busca proteger la música puertorriqueña imponiendo un requisito porcentual de música autóctona que debe presentarse en actividades costeadas con financiamiento público. Existe la diferencia en que la cuota de pantalla impuesta internacionalmente aplica a cualquier tipo de salas de cine, mayormente entidades privadas, mientras que la cuota musical que establece la Ley de Nuestra Música Puertorriqueña aplica solamente a actividades financiadas por el gobierno. De todas maneras, la cuota de pantalla podría superar el escrutinio constitucional al determinarse que no es un impuesto, es una regulación cuyo propósito es fomentar el desarrollo de cine local, el cual se ha visto en desventaja en comparación a industrias extranjeras de mayor producción, según se resolvió en *Asociación Puertorriqueña de Importadores de Cerveza*.

VI. RECOMENDACIONES

El primer paso para respaldar la industria fílmica puertorriqueña, además de la otorgación de financiamiento público, debe ser la promoción de las bellas artes desde temprana edad. Se tiene que crear una visión dual del cine como herramienta de desarrollo económico, pero también como parte esencial de nuestra cultura. Por lo tanto, según el análisis realizado sobre el derecho constitucional aplicable a la protección y fomento de industrias locales, y el estudio de leyes internacionales creadas para fomentar las industrias fílmicas nacionales, procedemos a plasmar propuestas factibles para el fomento y desarrollo de la industria cinematográfica puertorriqueña.

---

[46] Exposición de Motivos, Ley de Nuestra Música Puertorriqueña, Ley Núm. 223 de 21 de agosto de 2004, 3 LPRA §§ 871-875.

[47] Art. 2 de la Ley Núm. 223 de 21 de agosto de 2004, 3 LPRA § 871.

En la fase de la producción sería viable disminuir el requisito de inversión inicial para que productores locales y estudiantes se puedan beneficiar de los incentivos contributivos otorgados por el gobierno. Bajo la Ley 27 del año 2011, se otorga un crédito de 25% por el costo de desarrollo de infraestructura de $5,000,000 o más.[48] Una posible medida sería otorgar un crédito-reembolso de 10% por el costo de infraestructura de $500,000. Asimismo, también se pueden aplicar las tasas preferenciales a estudios locales pequeños, eliminándoles el requisito de $50,000,000 de presupuesto operacional a los productores puertorriqueños. Estas medidas superarían el escrutinio constitucional establecido, pues tratan del fomento de nuestra industria que se encuentra en desventaja y no de discrimen al producto extranjero.

Por otro lado, una posible medida para fomentar la producción y exhibición de películas puertorriqueñas es aplicar una cuota de pantalla a favor del cine local en Puerto Rico pero de una forma voluntaria, y otorgar un crédito contributivo a las salas de cine que cumplan con el porciento o cuota establecida. De esta manera, no se discriminaría contra la producción extranjera, según establecido por la cláusula de comercio interestatal, pero se fomentaría la exhibición de películas puertorriqueñas. Esta medida lograría que películas producidas localmente, que no tengan como fin único el generar ingresos, tengan acceso al público en general.

Además del crédito contributivo otorgado a los cines que cumplan con la cuota, se puede crear una exención del impuesto de ventas y uso (IVU) a las taquillas de películas locales. De esta manera se incentivaría al público a auspiciar el cine puertorriqueño, y por medio de la cuota se fomentaría la producción de películas de calidad sin tener como objetivo principal la venta de taquillas. Con estas medidas, progresivamente, iremos resolviendo la dicotomía de la industria fílmica puertorriqueña como industria económica y cultural.

[48] 23 LPRA § 11006b.

DERECHOS DE AUTOR EN LOS SERVICIOS DE TRANSMISIÓN POR INTERNET

ANNELISE RIVERA RIVERO*

I. Introducción 201
II. Pandora, Spotify y Slacker Radio 202
A. Pandora 202
B. Slacker Radio 203
C. Spotify 204
III. Derechos de autor 205
A. Derechos de autor en general 205
B. Infracción de derechos de autor a través del Internet 208
C. Defensas ante una alegación de infracción a derechos de autor hecha a través del Internet 209
1. La doctrina del uso justificado 209
2. La doctrina de la primera venta 211
3. Uso indebido de los derechos de autor 211
4. Audio Home Recording Act 212
D. Ley de derechos de autor en las transmisiones de música por Internet 213
E. Derechos exclusivos aplicables a transmisiones de música por Internet 213
1. El derecho a reproducción 214
2. El derecho a ejecutar la obra musical públicamente 215
3. El derecho a ejecutar las grabaciones de sonido por medio de transmisiones digitales 216
F. Digital Millenium Copyright Act 219
IV. Pasos a seguir para la transmisión legal de música 222

---

* Annelise Rivera Rivero actualmente cursa su tercer año en la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y obtuvo su título universitario en Mercadotecnia en la Facultad de Administración de Empresas del recinto de Rio Piedras de la Universidad de Puerto Rico
La autora quisiera extender sus más sinceros agradecimientos a las y los editores del University of Puerto Rico Business Law Journal, por sus comentarios y dirección durante el proceso de redacción de este artículo.

V. Análisis de la Ley de Derechos de Autor aplicada a Pandora, Spotify y Slacker Radio 224
A. Pandora y Slacker Radio 225
B. Spotify 226
VI. Conclusión 227

I. INTRODUCCIÓN

La evolución de la tecnología ha llevado a un aumento en los servicios que se ofrecen a través del Internet al igual que a un aumento en la regulación de los mismos. Uno de los servicios que ha cobrado mucho auge en los pasados años ha sido el servicio de transmisión de música a través del Internet. Este tipo de herramienta ha causado una gran cantidad de controversias y consecuentemente, ha sido objeto de una vasta legislación por parte del Congreso de los Estados Unidos con el fin de regular la utilización de música que está sujeta a los derechos de autor.

Es por esta razón que para este escrito se ha decidido investigar y discutir qué disposiciones de la Ley de Derechos de Autor aplican a sistemas como Pandora, Slacker Radio y Spotify, los cuales se especializan en la transmisión de música a través del Internet. Los mismos son sumamente populares y en esencia, ofrecen servicios similares con sus respectivas ventajas y desventajas.

Discutiremos cómo funciona el sistema de estas compañías y cómo derivan ingresos de sus operaciones. A su vez, reseñaremos la oferta de estos programas a cambio de una membresía con un pago mensual en contraposición a lo que se ofrece gratuitamente y qué límites, si alguno, tienen estos servicios gratis vis-a-vis los servicios por los que sí cobran.

Dentro del análisis de estos sistemas, delimitaremos qué licencias son necesarias para que estas compañías puedan ofrecer sus servicios gratuitos transmisión de música y aquellos servicios por los que cobran. Además, mencionaremos el proceso necesario para obtener las licencias que hacen posible el poder ofrecer los mismos. La concesión de licencias tiene varios requisitos, entre ellos el pago de regalías las cuales también analizaremos dentro del ámbito de estos sistemas.

Finalmente, nos enfocaremos en el desarrollo histórico de la Ley de Derechos de Autor y su evolución, a tono con los avances de la tecnología y las decisiones jurisprudenciales, para luego aplicar las disposiciones de la Ley en el análisis de estos sistemas.

II. PANDORA, SPOTIFY Y SLACKER RADIO

La música es distribuida a través del Internet primordialmente de dos maneras. Una de ellas es lo que se conoce como el *streaming*, y consiste de transmisiones similares a las hechas por la radio. La segunda forma es a través de las descargas, las cuales son transmisiones que incluyen el envío de archivos de computadora que contienen sonidos que pueden ser reproducidos en computadoras, tocadores portátiles y dispositivos inalámbricos.[1]

Las compañías que se discutirán en este escrito ofrecen el servicio de *streaming*. En estas transmisiones, no se crea una copia permanente en la computadora del recipiente y la calidad de sonido es más pobre que la de un disco compacto.

Antes de comenzar a discutir la Ley de Derechos de Autor y su aplicación a los servicios de transmisión de música por Internet, presentaremos una pequeña introducción de las compañías que fueron escogidas para ser discutidas en este escrito.

A. Pandora

Pandora es un servicio de recomendación y transmisión de música a través del Internet que selecciona música similar a las canciones o artistas ingresados por sus usuarios utilizando lo que ellos denominaron el *Music Genome Project*. El programa funciona entrando el título de una canción o artista para que Pandora automáticamente le provea al usuario una transmisión de música similar a la canción o artista que se entró.[2] El usuario luego ofrece retroalimentación positiva o negativa de las canciones escogidas por el servicio; la cual será tomada en consideración para futuras selecciones. Por esta razón, Pandora no está clasificada como una estación de radio por Internet. A su vez, el hecho de que no haya una persona que escoja la música le impide ostentar dicha categoría.

Pandora ofrece un servicio gratuito que es patricinado por los anuncios que se exhiben en la página web y los comerciales que se presentan entre las canciones. Además, existe un límite de seis (6) canciones que se pueden saltar por hora por cada estación y un límite total de doce (12)

---

[1] Cydney A. Tune, *Licensing Music on the Internet,* ENT. & SPORTS LAW, Summer 2004, at 2, *disponible en* http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/Licensing%20Music%20on%20the%20internet_ABA%20Tune%2004-13-06.pdf (traducción suplida).

[2] Rick Sanders, *You Are on Pandora, Ladies and Gentlemen: Part 10 of our Online Music Services Series*, AARON SANDERS LAW (Sept. 8, 2011), http://www.aaronsanderslaw.com/blog/you-are-on-pandora-ladies-and-gentlemen-part-10-of-our-online-music-services-series (última visita el 5 de noviembre de 2011) (traducción suplida).

canciones que se pueden saltar dentro de un período de veinticuatro (24) horas.[3]

Una particularidad del servicio gratuito es que una vez se añade una canción en específico, en raras ocasiones se escuchará de inmediato, aunque sí podría salir subsiguientemente. Por otro lado, no puede precisarse cuál será la próxima canción que se escuchará. El programa sí permite saltar a la siguiente canción, pero no repetirla. Todas estas limitaciones surgen debido a la licencia que tiene Pandora para transmitir la música.

Pandora además ofrece un servicio llamado Pandora One, por el cual cobra una tarifa anual y presenta varias ventajas al compararse con el servicio gratuito. Entre éstas se encuentra el acceso a audio de alta calidad, la eliminación de anuncios, la opción de saltar una mayor cantidad de canciones en comparación con el servicio gratuito, entre otras.[4]

Pandora no obtiene las licencias de la música que tocan directamente con los tenedores del derecho de autor dado ya que opera bajo la licencia estatutaria de *webcasters*. Esta licencia será discutida más a fondo en el escrito.[5]

B. Slacker Radio

Slacker Radio es un servicio de transmisión de música por Internet que permite a sus usuarios crear y compartir estaciones de música personalizadas. Los usuarios pueden utilizar una serie de estaciones que se encuentran ya programadas en el sistema o pueden crear estaciones utilizando el título de la canción o el nombre del artista que el usuario desea escuchar.

El servicio de música básico es bien similar al de Pandora. Es un reproductor de música vía a través de servicio web que ofrece estaciones pre programadas por *DJs*, basadas en sus vastos conocimientos y en sus preferencias personales. Esta se van modificando de acuerdo a si al usuario le gustan o no las canciones tocadas en cierta estación.[6] Al igual que Pandora, no se pueden tocar canciones específicas a petición del usuario, pero sí

---

[3] PANDORA, http://help.pandora.com/customer/portal/articles/24601-skip-limit (última visita 14 de noviembre de 2011).

[4] PANDORA VS. PANDORA ONE, http://help.pandora.com/customer/portal/articles/167873-pandora-vs-pandora-one (última visita 14 de noviembre de 2011).

[5] *Véase* Rick Sanders, *Overview of the New Online Music Services: Part 3 of Our Online Music Service Series*, AARON SANDERS LAW (Aug. 11, 2011), http://www.aaronsanderslaw.com/blog/overview-of-the-new-online-music-services-part-3-of-our-online-music-service-series (última visita 6 de noviembre de 2011) (traducción suplida).

[6] SLACKER RADIO, http://www.slacker.com/company/about.jsp (última visita 14 de noviembre de 2011).

pueden escuchar canciones según los distintos géneros de música. El servicio básico que ofrece Slacker Radio es gratuito y se mantiene gracias al pago de los anuncios de la página web. Las limitaciones al servicio gratuito incluyen un máximo de seis (6) saltos de canción por cada sesión y unos comerciales breves entre canciones.[7]

Slacker Radio ofrece un servicio Plus y un servicio Premium por los cuales hay que pagar una tarifa mensual. El servicio Plus requiere una subscripción a Slacker Radio y le provee al usuario beneficios tales como los saltos de canciones sin límite alguno, acceso a las letras de las canciones, y la eliminación de anuncios. El servicio de radio Premium requiere subscripción a Slacker Radio y ofrece lo mismo que el servicio Plus, pero con una ventaja adicional: completo acceso a la biblioteca de canciones de Slacker Radio a petición del usuario, permitiendo que éste pueda escuchar la canción que guste cuando desee.[8]

C. Spotify

Spotify es un servicio de difusión multimedia en tiempo real, también conocido como *streaming*, basado en el manejo de derechos digitales, o DMR por sus siglas en inglés, los cuales se encargan de prevenir el uso de contenido sin autorización. Spotify le permite a los usuarios seleccionar música proveniente de una variedad de disqueras independientes o mayoritarias.

El *software* de Spotify le da a sus usuarios la ilusión de que su colección de música personal y el amplio catálogo de Spotify se han combinado. Lo que hace el programa es tocar las canciones del usuario si éstas están en su computadora, y la misma, transmite canciones del catálogo de Spotify cuando el usuario no la tiene. En realidad, las transmisiones de Spotify son descargas continuas que se guardan en el dispositivo del usuario en un archivo encriptado. El *software* del cliente descifra y vuelve a encriptar las canciones mientras las reproduce.[9]

Spotify ofrece tres tipos de cuentas: la cuenta gratuita, Spotify Unlimited y Spotify Premium. La cuenta gratuita permite la transmisión de música solamente a través de una computadora y contiene anuncios en el *software* de Spotify. A su vez, limita la cantidad de tiempo para poder escuchar música. Spotify Unlimited ofrece el mismo servicio que el Spotify gratuito salvo que no tiene límite de tiempo para escuchar la música que

---

[7] *Véase* Michael Arrington, *New Music Service Slacker Has (very) Broad Ambitions*, TECH CRUNCH (Mar. 14, 2007), http://techcrunch.com/2007/03/14/new-music-service-slacker-has-very-broad-ambitions (última visita 14 de noviembre de 2011) (traducción suplida).

[8] SLACKER RADIO, https://store.slacker.com/store/Subscriptions.do?source=site-footer (última visita 14 de noviembre de 2011).

[9] *Véase* Sanders, *supra* nota 2.

desee el usuario ni presenta anuncios. Spotify Premium es igual que Spotify Unlimited pero con ventajas adicionales. Primero, permite el uso de Spotify en dispositivos móviles, y segundo, tiene una modalidad que no requiere el uso de Internet, lo que quiere decir que los archivos de música están guardados en el dispositivo para su reproducción a petición del usuario. Los servicios de Spotify Unlimited y Spotify Premium requieren el pago de una tarifa mensual.[10]

Spotify genera ingresos gracias al pago de suscripciones, anuncios en el reproductor de Spotify para los que no están suscritos y la compra de música a comerciantes asociados. Spotify ha obtenido las licencias del contenido de sus transmisiones directamente de los tenedores del derecho de autor.[11]

Según las cualidades que poseen los sistemas de estas compañías, a continuación discutiremos de lo que es la Propiedad Intelectual y la Ley de Derechos de Autor, a tono con las disposiciones y enmiendas que aplican a los servicios que brindan las compañías anteriormente mencionadas. Finalmente aplicaremos las disposiciones de la Ley de Derechos de Autor, según enmendada, a los servicios antes mencionados.

III. DERECHOS DE AUTOR

A. Derechos de autor en general

La Propiedad Intelectual consiste en los derechos legales que resultan de la actividad intelectual en el campo industrial, científico, literario y artístico. Es el derecho que hace posible un interés propietario sobre las creaciones de la mente. La propiedad intelectual busca salvaguardar a creadores y otros productores de bienes y servicios intelectuales, proveyéndoles ciertos derechos, por un tiempo limitado, para controlar el uso de lo producido. Tradicionalmente, la Propiedad Intelectual se divide en dos ramas: la propiedad industrial y los derechos de autor. Cuando se habla de propiedad industrial nos referimos a la protección que se le brinda a las invenciones por medio de patentes, la protección de ciertos intereses comerciales por medio de la ley de marcas y la ley que protege los diseños industriales.[12] En este escrito nos concentraremos en la rama de los derechos de autor.

---

[10] SPOTIFY, http://www.spotify.com/us/get-spotify/overview/ (última visita 13 de noviembre de 2011).
[11] *Véase* Sanders, *supra* nota 5.
[12] *Véase* WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, INTRODUCTION TO INTELLECTUAL PROPERTY 3 (1997).

La Ley federal de Derechos de Autor proviene del Artículo 1, Sección 8, Cláusula 8 de la Constitución de los Estados Unidos la cual le otorga al Congreso la facultad de fomentar el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurándole a los autores e inventores, por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivas obras y descubrimientos.[13] Los derechos de autor son una forma de protección provista por las leyes de Estados Unidos a los autores de obras originales de autoría, incluyendo las obras literarias, dramáticas, musicales y artísticas.[14] La clasificación de la obra determinará cuál de las protecciones está disponible bajo el derecho de autor. Ésta protección se extiende tanto a obras publicadas como a obras no publicadas.[15]

El estatuto que define y regula lo que son los derechos de autor en Estados Unidos y Puerto Rico es el *Copyright Act of 1976* (en adelante, "*Copyright Act*"). Éste dispone que la protección de derechos de autor subsiste en obras originales de autoría fijadas en cualquier medio de expresión, ahora conocidos o posteriormente desarrollados, a través del cual puedan ser percibidos, reproducidos, o de otra manera comunicados, ya sea directamente o con la ayuda de una máquina u objeto.[16] Esto significa que, a partir de la vigencia del *Copyright Act* en enero de 1978, todas las obras de autoría fijadas en un medio tangible de expresión y, si éstas están bajo lo considerado como derechos de autor, están cobijadas por la jurisdicción exclusiva del *Copyright Act* sin importar si el trabajo fue creado antes o después de esa fecha y sin importar si fue publicada o no.[17]

El objetivo de proveer la protección de derechos de autor es el impulsar la creación y distribución de obras de autoría originales, dándole a los autores la capacidad de explotar el valor económico de sus creaciones. Dado a que la sociedad en general se beneficia de la creación de obras literarias, artísticas, musicales y otras obras de autoría, la ley le provee a los autores el derecho a prevenir que otras personas utilicen sus obras sin pagar por ese privilegio.[18]

De acuerdo al *Copyright Act*, el registro del derecho de autor es voluntario y puede hacerse en cualquier momento dentro del término de protección. No es un requisito asegurar un derecho de autor por medio del registro del mismo, ya que el derecho de autor se asegura automáticamente una vez la obra se crea. Para efectos de la ley, se considera creada la obra

---

[13] U.S. CONST. art. I, §8, cl. 8.
[14] *Véase* Copyright Law of the United States, 17 U.S.C. § 102(a).
[15] *Véase* UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, COPYRIGHT BASICS 2 (2012), *disponible en* http://www.copyright.gov/circs/circ1.pdf (última visita 24 de octubre de 2011).
[16] *Véase* Copyright Act of 1976, Pub. L. No. 94-553, 90 Stat. 2541 (1976).
[17] 17 U.S.C. § 104 (a)-(b).
[18] MARGARET JANE RADIN, JOHN A. ROTHCHILD & GREGORY M. SILVERMAN, INTELLECTUAL PROPERTY AND THE INTERNET 184-85 (2004).

cuando ésta se fija en una copia o fonograbación por primera vez. Sin embargo, el registro del derecho de autor es importante ya que es un prerrequisito para ciertos remedios si se infringe el derecho registrado.[19] Una copia es un objeto material del cual una obra puede ser leída o visualmente percibida ya sea directamente o con la ayuda de una maquina u objeto. Una fonograbación es un objeto material que encarna fijaciones de sonidos.[20]

Adicional a la fijación de la obra, se exige originalidad para la protección del derecho de autor. En el caso de *Feist Publications v. Rural Telephone Service,* el Tribunal Supremo de Estados Unidos dispuso que para caer bajo la protección de derechos de autor, una obra debe ser original del autor, o sea, que la obra fue creada independientemente y por el autor, y que la obra posea un nivel mínimo de creatividad.[21] Cuando se habla de originalidad no quiere decir que tiene que ser novel.

El dueño de un derecho de autor tiene el derecho exclusivo de reproducir, distribuir, ejecutar o interpretar, exhibir, licenciar y preparar trabajos derivativos basados en una obra protegida por los derechos de autor.[22] Aquella persona que ejerza cualquiera de estos derechos sin el permiso de quien ostenta la titularidad del mismo comete una infracción al derecho de autor y queda sujeto al pago de daños y al remedio de un interdicto.[23]

Aunque no es un requisito bajo la ley federal, el uso del *notice of copyright* o mención de reserva de los derechos de autor, puede ser de beneficio dado a que sirve para informar al público de que la obra está protegida por los derechos de autor. Además, identifica al dueño de los derechos de autor y muestra el año de su primera publicación.[24] En caso de que los derechos de una obra se infrinjan, si aparece una mención de reserva de los derechos de autor en la copia publicada o en las copias a las cuales tenía acceso el demandado en un caso de violación a derechos de autor, esa mención le restará valor al plantemiento de la defensa a los efectos de que tuvo lugar una infracción inocente. Esto no podrá ser atenuante en la concesión de una indemnización al titular de los derechos de autor, según la

---

[19] 17 U.S.C. § 412.

[20] *Véase* UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, COPYRIGHT BASICS 2 (2012), *disponible en* http://www.copyright.gov/circs/circ1.pdf, *supra* nota 15, en la pág. 3, (última visita 24 de octubre de 2011).

[21] Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991).

[22] 17 U.S.C. § 106.

[23] 17 U.S.C. § 105(a).

[24] 17 U.S.C. § 401(a)-(b).

disposición de ley.[25] Una infracción inocente ocurre cuando el que viola el derecho no se percata de que la obra estaba protegida.[26]

El tiempo de protección de los derechos de autor va a variar de acuerdo a si la obra fue creada antes, en, o después del primero de enero de 1978. Las obras creadas en, o después de esa fecha, existen desde el momento de su creación y de ordinario, se le provee un término de protección equivalente a la vida del autor más setenta (70) años luego de su muerte.[27] En el caso de los trabajos creados o preparados por dos o más autores en conjunto, la protección durará setenta (70) años adicionales, luego de la muerte del último autor sobreviviente.[28] La protección para las obras *made for hire* y las hechas anónimamente o bajo pseudónimo es de 95 años a partir de su publicación o ciento veinte (120) años a partir su creación, cualquiera de las opciones que sea la más corta.[29] Las obras creadas antes del 1978 se han cobijado bajo la protección federal de derechos de autor y la duración de la protección es igual a aquella que se le provee a las obras creadas en, o después del primero de enero del 1978.[30]

B. Infracción de derechos de autor a través del Internet

Una persona que, sin autorización, ejercita uno de los derechos exclusivos del tenedor de los derechos de autor, o autoriza a otra persona a hacerlo, responderá por ser infractor directo de los mismos. Un reclamo por violación directa a derechos de autor surge cuando una persona viola uno de los derechos exclusivos que provee la sección 106 del título 17 del U.S.C. Se viola directamente un derecho de autor cuando se reproduce, adapta, distribuye, exhibe públicamente o se ejecuta o interpreta públicamente la obra sujeta a derechos de autor de otro sin la debida autorización.[31]

Son culpables de infracción indirecta o contribuyente los que, con conocimiento de que sus actos, violan, inducen o materialmente contribuyen a la violación de derechos de autor que comete otra persona.[32] Otra modalidad de violación indirecta de los derechos de autor es la responsabilidad vicaria. Esta surge cuando la persona que tiene el derecho y la habilidad de controlar las actividades que realiza el infractor original, recibe un beneficio económico directo gracias a dicha infracción.[33] Para prevalecer en un reclamo de violación indirecta, el demandante tiene que

---

[25] 17 U.S.C. § 401(d).
[26] 17 U.S.C. § 1204 (b)(5).
[27] 17 U.S.C. § 302(a).
[28] 17 U.S.C. § 302(b).
[29] 17 U.S.C. § 302(c).
[30] 17 U.S.C. § 303(a).
[31] *Véase* RADIN, *supra* nota 18, en la pág. 196.
[32] *Id.* en la pág. 213.
[33] *Id.* en las págs. 227-28.

primero establecer que la conducta que los demandados alegadamente alentaban o a la que contribuían podría resultar en una violación.

C. Defensas ante una alegación de infracción a derechos de autor hecha a través del Internet

Los derechos de autor buscan mantener un balance apropiado entre los intereses de los autores de beneficiarse del valor económico de sus obras, y los intereses del público y de autores subsecuentes, a tener acceso a las mismas.[34] Para cumplir este propósito, el *Copyright Act* le impone al autor ciertas limitaciones en el ejercicio de los derechos exclusivos del autor que los posee.

Existen varias defensas que se utilizan por el demandado al alegarse que éste incurrió en una infracción a los derechos de autor. Entre las defensas aplicables a este escrito se encuentran: la doctrina del uso justificado ("*fair use*"), la doctrina de la primera venta, el uso indebido de los derechos de autor y el *Audio Home Recording Act* del 1992.[35]

1. La doctrina del uso justificado

Como limitación o excepción al derecho de autor existe la doctrina del uso justificado o *fair use.* Esta excepción permite el libre uso de obras sujetas a los derechos de autor en aquellas ocasiones en las que el usuario deriva un beneficio significativo y el derechohabiente sólo sufre un daño mínimo.[36] *Fair use* es la defensa afirmativa que puede utilizar un demandado en un caso por violación a derechos de autor. Según la sección 107 del título 17 del U.S.C., el uso de lo protegido por derechos de autor es permitido bajo el *fair use* en la crítica, investigaciones, comentarios, reportajes, noticias, enseñanza y becas.[37] Si hay un uso justo, no se viola un derecho de autor.

Los tribunales evalúan cuatro factores para determinar si hay un *fair use*. El primero de estos factores es el propósito y carácter del uso.[38] Este factor se concentra en si la nueva obra meramente reemplaza el objeto de la creación original o si en cambio, añade un propósito adicional o un carácter distinto.[39] Quiere esto decir que lo que se busca identificar es si el nuevo

---

[34] *Id.* en la pág. 186.
[35] *Id.* en la pág. 234.
[36] *Id.* en la pág. 186.
[37] 17 U.S.C. § 107.
[38] 17 U.S.C. § 107(1).
[39] *Véase* RADIN, *supra* nota 18, en la pág. 238.

trabajo es transformativo o no y si lo es, hasta qué punto.[40] Sólo en caso de que fuera transformativo, podría aplicarse el *fair use*. Este factor de uso y carácter también requiere que se determine si el uso es de naturaleza comercial o si se hace con un propósito educativo sin fines de lucro.[41] El elemento de comercialidad no necesariamente requiere que se obtenga un beneficio económico, sino que se copie repetida y abusivamente la obra que goza de la protección de derechos de autor.[42] Se evalúa si la obra es creativa en naturaleza o si es un trabajo basado en hechos. Mientras más creatividad haya en la obra nueva, será menor la posibilidad de utilizar la doctrina del *fair use*. Por otro lado, mientras más esté basada en hechos, estará más sujeta al *fair use*.

El segundo factor que se evalúa es la naturaleza de la obra original.[43] Los tribunales tienden a dar más protección a obras creativas por lo que *fair use* aplica mayormente a obras que contienen hechos y que no son ficción.[44]

El tercer factor es la cantidad o proporción de la parte de la obra usada en relación a la obra original completa.[45] Aunque la ley no ha establecido límites exactos, generalmente, mientras más se utilice la obra, menos será la probabilidad de caer bajo *fair use.* La cantidad utilizada, por lo general, se evalúa en relación al largo de la obra original y en consideración de la cantidad necesaria para cumplir con un objetivo. La cantidad de la obra utilizada también se mide en términos cualitativos. Los tribunales han determinado que, aun cuando sea en pequeñas cantidades, el uso de la obra original puede ser excesivo si se extrae la esencia de la obra.[46]

El cuarto y último factor es el efecto del uso en el mercado potencial de la obra y/o el valor de la misma.[47] El factor determinante para concertar la aplicación del *fair* use radicará en la premisa de si la protección que cobijaba la obra con derechos de autor permitía su fácil adquisición o licencia. En el caso de *Harper & Row Publishers*, el Tribunal Supremo dispuso que la doctrina de uso justificado, cuando se aplica correctamente, está limitada a copias hechas por otros, lo que materialmente no impide la comercialización de la obra que se copia.[48] La evidencia necesaria para demostrar daño presente o futuro en el mercado varía con el propósito y la característica del uso de la obra. Es necesario considerar además, si la conducta generalizada y

---

[40] *Véase* Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 579 (1994).
[41] 17 U.S.C. § 107(1).
[42] *Véase* RADIN, *supra* nota 18, en la pág. 239.
[43] 17 U.S.C. § 107(2).
[44] *Véase Campbell*, 510 U.S. en la pág. 586.
[45] 17 U.S.C. § 107(3).
[46] *Véase* Columbia University Copyright Advisory Office, *What is Fair Use?,* COLUMBIA UNIVERSITY LIBRARIES, http://copyright.columbia.edu/copyright/fair-use/what-is-fair-use/ (última visita 26 de octubre de 2011).
[47] 17 U.S.C. § 107(4).
[48] Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 566-67 (1985).

sin restricción del demandado podría resultar en un impacto adverso sustancial en el mercado potencial para el original de la obra.

2. La doctrina de la primera venta

La doctrina de la primera venta, que se encuentra codificada en la sección 109(a) del título 17 del USC, es una limitación a los derechos de autor que le permite al comprador la transferencia, sin permiso del vendedor, de una copia legal y específica.[49] Esto quiere decir que los derechos de distribución del titular del derecho de autor sobre esa copia en particular, cesan una vez la copia es legalmente transferida. En otras palabras, esta doctrina evita que el titular del derecho de autor controle las transferencias futuras de una copia particular de una obra con derechos de autor luego de que éste haya transferido su titularidad material a otra persona.

3. Uso indebido de los derechos de autor

Los derechos exclusivos que se le dan al dueño de un derecho de autor son bastante amplios, aun cuando se consideran excepciones especiales. Sin embargo, hay casos en los que los dueños del derecho de autor tratan de utilizar sus derechos exclusivos para obtener protección adicional a la provista bajo las leyes de derechos de autor. Esto es lo que se considera como un uso indebido de los derechos de autor.[50]

La doctrina del uso indebido de derechos de autor es similar a la doctrina del uso indebido de patentes. Su aplicación ocurre cuando el dueño de una patente condiciona el uso de un artículo ya patentado en la compra de un artículo no patentado que también es suplido por él.[51] Los tribunales han encontrado que tal acción intenta aumentar indebidamente el alcance de la patente y, por lo tanto, cuando el dueño de la patente acude a la corte éste va con "manos sucias" y la corte rehusará aplicar la patente hasta que el uso indebido cese y sus efectos ya no existan.[52] En el 1990, en el caso de *Lasercomb America v. Reynolds* fue que se reconoció explícitamente la doctrina del uso indebido de derechos de autor.[53]

---

[49] 17 U.S.C. § 109(a).
[50] *Véase* Lee A. Hollaar, *Chapter 1: An Overview of Copyright*, *in* LEGAL PROTECTION OF DIGITAL INFORMATION (2002), http://digital-law-online.info/lpdi1.0/treatise15.html (última visita 26 de octubre de 2011).
[51] *Id.*
[52] *Id.*
[53] Lasercomb America v. Reynolds, 911 F.2d 970, 15 U.S.PQ.2d 1846 (4th Cir. 1990).

4. Audio Home Recording Act

El *Audio Home Recording Act* (en adelante, el "A.H.R.A.") del 1992 enmendó la ley de derechos de autor añadiendo el capítulo 10, el cual se titula *Digital Audio Recording Devices and Media*.[54] El propósito de esta enmienda fue lidiar con el problema que representaba la reproducción digital de grabaciones de sonido. Según las compañías discográficas, la reproducción digital era una amenaza porque permitía la grabación de innumerables copias fieles y exactas.[55] La *Recording Industry Association of America* (en adelante, el "R.I.A.A.") y los sellos discográficos estaban preocupados por el efecto destructivo que tendría para el mercado de grabaciones la capacidad que tenían los consumidores de crear estas copias. Por ello, presionaron al Congreso para que aprobaran leyes que impusieran una protección compulsoria de tecnología contra las copias digitales, al igual que para regalías en dispositivos y medios.

De acuerdo a esta ley, los manufactureros e importadores de dispositivos digitales de grabaciones de audio y de medios tienen que pagar un impuesto de regalía a los titulares del derecho de autor de la música que presuntamente está siendo copiada. Esto sería una compensación por las regalías no cobradas como resultado de que los consumidores copian grabaciones de audio en sus hogares.[56] Estos dispositivos deben también incluir un sistema que impida las copias en serie.[57] A cambio de la implementación de estas medidas, los titulares del derecho renuncian a su derecho de reclamación por violación a derechos de autor en contra de los consumidores que utilicen los dispositivos de grabación de audio en sus hogares para uso no comercial.

La ley enumera y define los dispositivos que están cubiertos bajo este estatuto. El primero de estos es el dispositivo digital de grabación de audio, definido como cualquier máquina, o dispositivo de cierto tipo, comúnmente distribuido a individuos para su uso.[58] Define también lo que es un medio digital de grabación de audio como cualquier objeto material, en una forma comúnmente distribuida para el uso de individuos, que se mercadea primordialmente, o se utiliza comúnmente por consumidores, con el propósito de hacer grabaciones de audio digitales.[59]

---

[54] Pub. L. No. 102-563, 106 Stat. 4237 (1992)(codificado en 17 U.S.C. §§ 1001-1010).
[55] *Véase* JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 59-60 (2006).
[56] 17 U.S.C. § 1003(a).
[57] 17 U.S.C. § 1002.
[58] 17 U.S.C. § 1001(3).
[59] 17 U.S.C. § 1001(4)(A).

D. Ley de derechos de autor en las transmisiones de música por Internet

Cuando una grabación de sonido se transmite digitalmente, dos obras de autoría se incluyen en dicha transmisión: la composición musical y el sonido adjunto en la grabación de la composición musical. Por lo tanto, si se quiere obtener una licencia para utilizar una grabación musical, normalmente se encuentran dos derechos involucrados en la misma.[60] Además, es importante recalcar que existe una diferencia en el derecho a la reproducción que tiene el dueño del derecho de autor y su derecho a la ejecución pública.[61]

Cuando una transmisión se hace a través del Internet, pero no se hace copia alguna de la composición musical, la transmisión constituye una ejecución pública de música. Dicha transmisión sería una infracción a los derechos de ejecución pública a menos que la persona que lo haga tenga permiso y que de cualquier manera esté excusada.[62]

La Ley de Derechos de Autor provee diferentes derechos y limitaciones a las obras musicales y a las grabaciones de sonido, lo que aumenta la complejidad de las implicaciones de los derechos de autor en tales transmisiones, particularmente cuando estos derechos son administrados por diferentes partes, o su propiedad recae en terceros.[63]

La controversia más grande con respecto a la trasmisión de audio a través del Internet es la interrogante sobre si cada transmisión constituye, no solo una ejecución o interpretación pública de las obras transmitidas, sino una reproducción de esas obras. Aún más controversial es si se reproduce la obra musical y la grabación de sonido transmitida cada vez que se transmite la música a través del Internet, aun cuando el recipiente no retenga una copia de la música al final de la transmisión.[64]

E. Derechos exclusivos aplicables a transmisiones de música por Internet

A continuación analizaremos aquellos derechos exclusivos que se pueden aplicar a las transmisiones de música por Internet. Entre ellos se encuentran el derecho a reproducción y distribución de la obra y el derecho a ejecutar la obra públicamente.

---

[60] Tune, *supra* nota 1, en la pág. 3.
[61] *Id*., en la pág. 4.
[62] *Véase* RADIN, *supra* nota 18, en la pág. 276.
[63] *Id.* en la pág. 269.
[64] *Id*. en la pág. 277.

1. El derecho a reproducción

La ley de derechos de autor permite poder controlar ciertos usos de las obras, incluyendo el derecho exclusivo a reproducirlas y a ejecutarlas públicamente.[65] El derecho a reproducir la obra con derechos de autor aplica a las obras musicales y a las grabaciones de sonido. Los dueños de los derechos de autor de obras musicales y grabaciones de sonido tienen el derecho exclusivo de reproducir sus obras en fonogramas. Estos son materiales en los cuales se fijan sonidos y los mismos se pueden percibir, reproducir y comunicar, ya sea directamente o con la ayuda de una maquina o artefacto.[66] Un fonograma de música es un fonograma de la grabación del sonido y de la obra musical ejecutada en la grabación de sonido.[67]

La licencia mecánica compulsoria limita el derecho exclusivo del titular del derecho de autor a hacer fonogramas de la mayoría de las obras musicales.[68] Una vez el dueño le permite a alguien hacer y vender fonogramas de una obra musical, cualquier otra persona puede hacer sus propios fonogramas de esa obra. Para hacer esto se requieren ciertos procedimientos además del pago de un precio establecido por la oficina de derechos de autor. Esta licencia permite hacer grabaciones *cover* en las que un artista graba una canción que previamente había grabado otro artista.[69]

La licencia mecánica compulsoria concede derechos de reproducción y distribución para obras musicales, mas no para grabaciones de sonido. La licencia compulsoria sólo confiere un privilegio de reproducción en la obra musical y primordialmente asiste a artistas y a compañías disqueras que quieren hacer y vender sus propias grabaciones de canciones hechas por otros compositores.[70]

En el 1995, el Congreso promulgó el *Digital Performace Right in Sound Recordings Act* en el cual se enmendó la licencia mecánica compulsoria para permitir la reproducción y distribución de obras musicales por medios de entrega digital de fonogramas o *digital phonogram delivery* (en adelante, un "D.P.D." por sus siglas en inglés).[71] En las secciones 115 (c) (3) y 115(d) se encuentran las disposiciones que hacen que la licencia compulsoria sea aplicable a entregas de fonogramas digitales. Se definen los D.P.D. como la entrega de un fonograma a través de una transmisión digital de una grabación de sonido que resulta en la reproducción de ese fonograma por o

---

[65] 17 U.S.C § 106(1)(5)(6).
[66] 17 U.S.C. § 101.
[67] *Véase* RADIN, *supra* nota 18, en la pág. 270.
[68] 17 U.S.C. § 115.
[69] *Véase* RADIN, *supra* nota 18, en la pág. 270.
[70] *Id*. en la pág. 271.
[71] *Véase* Digital Performance Right in Sound Recordings Act, Pub. L. No. 104-39.

para el recipiente de la transmisión.[72] Las transmisiones de música a través del Internet, donde la grabación de sonido transmitida se guarda en su totalidad en la memoria de la computadora del recipiente en algún momento, resultan en la creación de un D.P.D.

La definición de D.P.D. excluye las transmisiones de grabaciones de sonido hechas en *real-time*, que no son interactivas y que son hechas bajo suscripción. En las mismas, ni la grabación de sonido transmitida ni la obra musical son reproducidas para hacer audible la grabación de sonido.[73] Para propósitos de las tarifas de las licencias, el estatuto distingue entre D.P.D.s ordinarios y D.P.D.s incidentales.[74]

2. El derecho a ejecutar la obra musical públicamente

Otro de los derechos exclusivos que provee la Ley de Derechos de Autor, relevante a las transmisiones de música a través del Internet, es el derecho a ejecutar públicamente la obra sujeta a derechos de autor.[75] Una interpretación puede ser pública de dos maneras. Primero, si se ejecuta en un lugar público o semipúblico y segundo, si se transmite la obra a un público, por medio de un proceso o aparato, sin importar si éstos reciben en un mismo sitio o en sitios diferentes y, al mismo tiempo o en tiempos diferentes. Es así que se considera una ejecución pública de una obra musical el transmitir una grabación de audio a través de una página de Internet. Se considerará hecha al público la ejecución de la obra aun cuando la página de Internet limite sus transmisiones a usuarios suscritos que pagan una tarifa mensual.[76]

No existe una licencia compulsoria general para el derecho a ejecutar una obra musical públicamente. Para ejecutar públicamente dichas obras sólo es necesario el permiso del dueño del derecho de autor. El derecho a la ejecución pública ha representado un gran contratiempo para los dueños de los derechos de autor dado a que las ejecuciones públicas de obras musicales son efímeras y se dan en lugares ampliamente dispersos.

En respuesta, los dueños de derechos de autor han creado sociedades colectivas de derechos de ejecución para administrar y efectuar el derecho a ejecución pública. La Ley de Derechos de Autor define la sociedad colectiva de derechos como una asociación o corporación que provee licencias de ejecución publica en obras musicales que no son dramáticas en

---

[72] 17 U.S.C. § 115(d).
[73] *Id.*
[74] *Véase* RADIN, *supra* nota 18, en las págs. 277-78.
[75] 17 U.S.C. § 106(4).
[76] *Véase* RADIN, *supra* nota 18, en la pág. 272.

representación del dueño del derecho de autor. Algunas de estas sociedades son: la American Society of Composers, Authors and Publishers, Broadcast Music, Inc. y SESAC, Inc.[77] Las sociedades están compuestas por dueños de derechos de autor que le conceden el derecho no exclusivo para licenciar interpretaciones públicas de sus obras musicales. A cambio de esto, las sociedades conceden licencias globales a entidades que realizan interpretaciones públicas, como los son las estaciones de radio y televisión, discotecas, salas de conciertos y restaurantes. A través de una cuota de licenciamiento, el licenciatario obtiene el derecho a ejecutar o interpretar públicamente cualquier obra en el repertorio de la sociedad.[78]

3. *El derecho a ejecutar las grabaciones de sonido por medio de transmisiones digitales*

Con la promulgación del *Digital Performace Right in Sound Recordings Act* se hicieron dos cambios significativos que afectaron el licenciamiento de obras musicales bajo la ley de derechos de autor.[79] El primero de estos cambios la creación de un nuevo derecho de ejecución pública digital para grabaciones de sonido, y el segundo cambio consistió en la ampliación de la provisión existente de licencias mecánicas compulsorias de la ley para incluir la reproducción y la entrega de obras musicales en grabaciones digitales por medio de transmisiones electrónicas.[80]

La sección 106(6), promulgada en el 1995, establece un derecho a ejecución pública más estrecho que el derecho de ejecución pública general y aplica solamente a grabaciones de sonido. Dicha sección fue promulgada en respuesta a las preocupaciones de la industria discográfica de que los servicios de suscripción digital podrían reemplazar las ventas de discos, ya que es posible hacer grabaciones de alta calidad de ejecuciones digitalmente transmitidas.[81] Como se mencionó anteriormente, el dueño del derecho de autor tiene el derecho exclusivo a ejecutar públicamente la obra sujeta a derechos de autor. Pero con esta sección, el Congreso le otorgó además, un derecho limitado de ejecución o interpretación pública, a los dueños de grabaciones de sonido: el derecho a ejecutar sus grabaciones de sonido públicamente por medio de transmisiones de audio digitales.[82] Según define el Título 17 del United States Code, una transmisión digital es una transmisión hecha, en su totalidad o en parte, en un formato digital o

---

[77] 17 U.S.C. § 114(3)(E)(ii).
[78] *Véase* RADIN, *supra* nota 18, en la pág. 272.
[79] Digital Performance Right in Sound Recordings Act, Pub. L. No. 104-39.
[80] *Véase* AL KOHN & BOB KOHN, KOHN ON MUSIC LICENSING (2d ed. Supp. 1998).
[81] MARY LAFRANCE, COPYRIGHT LAW IN A NUTSHELL 187-88 (2008).
[82] 17 U.S.C. § 106(6).

cualquier otro formato no análogo.[83] Una transmisión digital *de audio* se define como aquella que contiene la transmisión de una grabación de sonido.[84]

Además de los derechos conferidos, el Congreso también promulgó limitaciones significativas al derecho de interpretación o ejecución pública de la grabación de sonido, a través de la transmisión digital. La sección 106 (6) confiere al titular del derecho de autor de la grabación de sonido la facultad exclusiva de ejecutar la grabación de sonido por medio de una transmisión de audio digital, mientras que las secciones 114 (d) y 114(j) imponen límites significativos a dicha práctica.[85]

El alcance de este derecho va a variar con el tipo de transmisión digital. Primero, hay un sinnúmero de transmisiones de audio que están completamente exentas del derecho de ejecución pública de la sección 106(6). En general, las exenciones aplican a servicios que no se hacen bajo suscripción y que no son interactivos, porque estos son comparables a la radio tradicional.[86]

Los servicios interactivos, por su parte, nunca están exentos del derecho de la sección 106(6) debido a que los oyentes que pueden escoger qué grabación de sonido se va a transmitir y cuándo se va a transmitir están más propensos a involucrarse en grabaciones que no han sido autorizadas.[87] Un servicio interactivo es aquel que trasmite una grabación de sonido particular solicitada por el destinatario o le permite a un miembro del público recibir una transmisión de un programa creado especialmente para quien lo recibe.[88] Si bien el usuario solicita la ejecución de una grabación particular de sonido, el Congreso hizo una excepción con la solicitud hecha por un individuo, que se interpreta a un público grande.[89]

Las transmisiones exentas de la sección 106(6) incluyen, entre otras cosas, las transmisiones puramente análogas que no son interactivas, las transmisiones hechas por radiodifusores tradicionales que no se hacen bajo suscripción ni son interactivas, las transmisiones no interactivas, hechas estrictamente dentro de establecimientos comerciales y las transmisiones no interactivas hechas a establecimientos comerciales para su uso en el curso ordinario del negocio.[90]

---

[83] 17 U.S.C. § 101.
[84] 17 U.S.C. § 114(j)(5).
[85] *Véase* LAFRANCE, *supra* nota 81, en la pág. 241.
[86] *Id.* en la pág. 242.
[87] *Id.*
[88] 17 U.S.C. § 114(j)(7).
[89] *Id.*
[90] 17 U.S.C. § 114(d)(1).

Muchas de las transmisiones digitales de grabaciones de sonido hechas bajo suscripción también están sujetas a un licenciamiento estatutario. El licenciamiento estatutario está disponible para ciertas transmisiones de audio digital que no se hacen bajo suscripción, como la radio por Internet, las cuales no caen dentro de las categorías exentas porque no surgen de estaciones terrestres reguladas por la F.C.C.[91] En ambos casos, el licenciamiento estatutario estará disponible solamente si los servicios de transmisión no son interactivos, no anuncian con antelación qué grabaciones serán transmitidas y si las mismas cumplen con ciertos límites estatutarios sobre la cantidad de canciones del mismo artista, fonograma o compilación que pueden ser tocadas dentro de un plazo designado.[92]

Las transmisiones hechas por un servicio interactivo no son elegibles para una licencia estatutaria por lo que están sujetas al derecho de autor de interpretación o ejecución pública a través de la transmisión digital que ostenta el dueño de la grabación de sonido. Esto significa que el que transmite necesita el permiso del dueño del derecho de autor antes de hacer transmisiones de la grabación.[93] Este dueño tiene derecho a cobrar cualquier precio por el permiso o puede denegarlo en su totalidad.[94] Sin embargo, y con el propósito de evitar que las compañías discográficas ejerzan demasiado poder sobre el mercado de servicios interactivos, la sección 114(d) de la ley impone ciertas limitaciones sobre hasta qué punto un dueño de derechos de autor puede otorgar licencias exclusivas para obtener los derechos que se le han otorgado bajo la sección 106(6).[95]

La sección 106(6) y sus limitaciones no tienen efecto sobre el derecho de autor en cualquier *obra musical* dentro de una grabación de sonido.[96] Por lo tanto, aun cuando una ejecución o interpretación pública de una grabación de sonido quede bajo una de las exenciones enumeradas en la sección 114(d), esta ejecución o interpretación podría lacerar cualquier derecho de composición musical ejecutada o interpretada en esa grabación si no se ha obtenido del dueño del derecho de autor una licencia para esos fines.[97]

Las reglas para el licenciamiento estatutario están delimitadas en la sección 114(f) de la ley. El estatuto autoriza a los representantes de compañías discográficas y de servicios de transmisión digital a establecer tarifas de regalías a través de negociaciones voluntarias.[98] Las participaciones más grandes de las regalías le pertenecen a los dueños del

---

[91] 17 U.S.C. § 114(d)(2).
[92] *Id.*
[93] 17 U.S.C. § 114(d)(3)(C).
[94] *Véase* RADIN, *supra* nota 18, en la pág. 273.
[95] *Véase* LAFRANCE, *supra* nota 81, en la pág. 243.
[96] 17 U.S.C. § 114 (3)(C).
[97] *Véase* LAFRANCE, *supra* nota 81, en la pág. 243.
[98] 17 U.S.C. § 114(e).

derecho de ejecución en la grabación con un cincuenta por ciento(50%). Un cuarenta y cinco por ciento (45%) se le da al artista o músico destacado de la grabación, y el restante cinco por ciento (5%) se distribuye entre todos los artistas o músicos de la grabación que no son destacados.[99]

F. Digital Millenium Copyright Act

En el 1998, el Congreso enmendó la Ley de Derechos de Autor promulgando el *Digital Millenium Copyright Act* (en adelante, el "D.M.C.A.").[100] Este estatuto extendió el alcance de los derechos de autor a la vez que limitó la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por violaciones hechas pos sus usuarios a los derechos de autor. En la creación de este estatuto se utilizaron tratados de la *World Intellectual Property Organization*.

Según la exposición de motivos de la comisión de conferencia, este estatuto se promulgó para proteger de la piratería a los dueños de derechos de autor que se inhibirían de hacer disponibles sus obras por Internet por la facilidad con la que trabajos digitales se pueden copiar y distribuir mundialmente. Esta ley sirve como limitación a los derechos exclusivos de dueños de derechos de autor.

El estatuto criminaliza la producción y diseminación de tecnología, aparatos o servicios, destinados a eludir las medidas de control de acceso a obras sujetas a derechos de autor. Además, penaliza el acto de obviar un control de acceso sin importar si hay una verdadera infracción de derechos de autor o no.[101]

A través del D.M.C.A., el Congreso otorgó una serie de puertos seguros a los proveedores de servicio de redes. Cada disposición que sirve como puerto seguro limita la responsabilidad por la infracción a los derechos de autor. Si uno cae bajo una de estas disposiciones, la responsabilidad será limitada.[102] El que no se cumplan los requisitos de una de las disposiciones, no necesariamente significa que se está violentando un derecho de autor, por lo que permanecen disponibles otras defensas.[103]

Las limitaciones están basadas en las siguientes cuatro categorías de conducta de un proveedor de servicios: (1) comunicaciones transitorias, (2) "cache" de sistemas, (3) almacenamiento de información en sistemas o redes

---

[99] 17 U.S.C. § 114(g)(2).
[100] Digital Millenium Copyright Act Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, 2877 (1998) [en adelante "D.M.C.A."].
[101] 17 U.S.C. § 1002(c).
[102] 17 U.S.C. § 512.
[103] *Véase* Hollaar, *supra* en la nota 50.

a órdenes de usuarios y (4) herramientas de localización de información.[104] El que un proveedor de servicios falle en cualificar para alguna de las limitaciones provistas en la sección 512 del *Copyright Act*, no necesariamente los hace responsables de infracción a derechos de autor. El dueño del derecho de autor debe demostrar que el proveedor ha violado su derecho y que el proveedor todavía se puede cobijar bajo cualquiera de las defensas que generalmente están disponibles a los demandados por derechos de autor.[105]

Bajo las disposiciones de licenciamiento de transmisiones por Internet del D.M.C.A., una licencia estatutaria está disponible para: (1) aquellos que ejecuten una grabación de sonido públicamente, siempre y cuando no estén exentas bajo el primer párrafo de la sección, (2) aquellos que hagan transmisiones elegibles que no se hacen bajo suscripción, o (3) para las transmisiones que no están exentas, hechas por un servicio de radio por satélite pre-existente.[106] Una transmisión elegible que no se hace bajo suscripción, es una transmisión de audio digital que no es interactiva y no está exenta bajo la subsección (d) (1) de la sección 114 de la Ley de Derechos de Autor. Esta es creada como parte de un servicio que provee programación de audio que consiste, en parte o en su totalidad, de ejecuciones de grabaciones de sonido, si el propósito principal del servicio es proveer al público tal audio, o cualquier programación de entretenimiento, y si el propósito del servicio no es vender, anunciar o promocionar productos o servicios específicos aparte de las grabaciones de sonido, conciertos en vivo o cualquier evento relacionado a la música. [107]

La sección 405 de la D.M.C.A. enmendó el D.P.R.A., expandiendo la licencia estatutaria para transmisiones por suscripción para incluir lo que hoy en día se conoce como *webcasting*, como una nueva categoría de transmisiones elegibles que no se hacen bajo suscripción.[108] *Webcasting* se refiere a una transmisión de audio o de video a través del Internet. Los *webcasters* a veces transmiten un sinnúmero de canales de música ininterrumpida dividida por géneros. Los *webcasters* tienen que obtener una licencia para cada una de las dos obras con derechos de autor en una grabación musical: (1) la composición musical subyacente que se compone de notas escritas y de la letra de la canción y, (2) la grabación de sonido la cual es el sonido de la música, incluyendo la interpretación hecha por el artista de la composición musical.

---

[104] *Id.*
[105] *Véase* U.S. COPYRIGHT OFFICE, THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT OF 1998 U.S. COPYRIGHT OFFICE SUMMARY (1998), http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf (última visita 31 de octubre de 2011).
[106] 17 U.S.C. § 114(d)(2).
[107] 17 U.S.C. § 114(j)(6).
[108] 17 U.S.C. § 405(a).

La D.M.C.A. le permite a los *webcasters* obtener una licencia estatutaria para ejecutar grabaciones de sonido en el Internet. El requisito más importante para que el webcaster pueda obtener la licencia estatutaria es que no sea un servicio interactivo. Usualmente, los *webcasters* pueden obtener una licencia estatutaria porque su propósito primordial es proveer audio u otra programación de entretenimiento, mas no para promocionar o vender productos o servicios particulares. Los servicios interactivos, los cuales le permiten al oyente escoger una canción particular o crear un programa personalizado, y los *webcasters*, que no cualifican para obtener una licencia estatutaria, deben obtener licencias a través de los dueños de los derechos de autor de las grabaciones de sonido que desean transmitir.[109]

Aparte de expandir el alcance de la licencia estatutaria, el D.M.C.A. revisa los criterios que una entidad debe cumplir para poder ser elegible para la licencia y las consideraciones que se tomarán en cuenta para establecer las tarifas de regalías.

Esta disposición del D.M.C.A. también crea una nueva licencia estatutaria para hacer grabaciones efímeras.[110] La sección 402 del D.M.C.A. enmendó la sección 112 del *Copyright Act* para permitir la creación de una sola grabación efímera para facilitar la transmisión digital de grabaciones de sonido que están permitidas bajo la exención de radiodifusión de la D.P.R.A. o por la licencia estatutaria.[111] Grabaciones efímeras son copias de grabaciones de sonido que un *webcaster* hace para propósitos de programación.[112] Un *webcaster* no necesita pagar estas copias por separado si está licenciado para transmitirlas y si cumple las siguientes condiciones: (1) sólo el *webcaster* utiliza la copia de la grabación, (2) la copia debe ser destruida dentro de los seis (6) meses a partir de la fecha en la que primero fue transmitida, a menos que se preserve con el propósito exclusivo de archivarla y, (3) sólo una copia efímera se puede hacer y no se pueden hacer copias de esa copia efímera.[113]

Es importante recalcar que las disposiciones del D.M.C.A. requieren que el servicio de transmisión por Internet provea por escrito tanto el nombre del artista, como el de la canción y el disco compacto en el sitio web

---

[109] *Véase* Rob Hassett & Suellen Bergman, *Trademark Law and the Internet, Copyright Law and the Internet*, INTERNET LEGAL (Dec. 11, 2012), http://www.internetlegal.com/trademark-law-and-the-internetcopyright-law-and-the-internet/ (última visita 3 de noviembre de 2011).

[110] *Véase* D.M.C.A., *supra* nota 100, § 405(a)(2).

[111] *Véase* THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT OF 1998 U.S. COPYRIGHT OFFICE SUMMARY, *supra* nota 105.

[112] *Véase* Hassett & Bergman, *supra* nota 109.

[113] 17 U.S.C. § 112(a)(1).

que las transmita, mientras la canción esté tocando.[114] Además, impone ciertas restricciones en cuanto al hecho de atar la música que se toca a un contenido comercial en el sitio web y requerir que los sitios web tomen medidas para prevenir la piratería digital.[115] Las disposiciones del D.M.C.A. no le permiten obtener una licencia estatutaria a las transmisiones de música que son parte de un servicio interactivo.[116] Ejemplos de este tipo de transmisiones son: las descargas, los *podcasts* y las transmisiones en las cuales se puede escoger la lista de reproducción y las obras audiovisuales.

IV. PASOS A SEGUIR PARA LA TRANSMISIÓN LEGAL DE MÚSICA

Para la transmisión legal de música se busca aplicar la protección que provee las secciones 112 y 114 de la Ley de Derechos de Autor, las cuales cubren lo que son las copias efímeras y la ejecución pública de una grabación de sonido.

Primero, es pertinente identificar qué composiciones musicales y grabaciones de sonido serán utilizadas. Luego, se determina cómo las composiciones musicales y las grabaciones de sonido se van a utilizar. Tercero, es necesario dilucidar si las composiciones musicales y grabaciones de sonido están protegidas por derechos de autor. Por último, procede identificar a los dueños de cada composición musical y grabación de sonido.[117]

Los negocios que están involucrados en el uso de medios digitales utilizan música de varias maneras. Estos requieren algún tipo de licencia para hacer de este uso uno legal. Por lo tanto, el próximo paso a seguir es el identificar qué licencias son necesarias para utilizar la composición musical. Existe una variedad de derechos que son imperativos cuya necesidad dependerá de cómo la música se va a utilizar. Lo que complica esta tarea es el hecho de que distintos derechos se obtienen de diferentes personas o grupos y no es fácil distinguir a dónde acudir para obtener estos derechos.

El *webcasting* no interactivo generalmente se refiere a la transmisión de audio a través del Internet sintonizada por un oyente para escuchar música, pero no seleccionar canciones ni artistas específicos. El elemento de subscripción no afecta las licencias que se requieren para la composición, aunque sí afecta la disponibilidad de licencias cuando se trabaja con grabaciones de sonido. La transmisión de audio a través del Internet involucra los derechos de autor de la composición musical subyacente, por lo

---

[114] D.M.C.A., *supra* nota 100, § 405(a)(2)(c)(ii).
[115] D.M.C.A., *supra* nota 100, § 402(a)(2).
[116] *Vease* 17 U.S.C. § 114(d)(2)(A)(i).
[117] *Véase* Richard D. Rose, *Connecting the Dots: Navigating the Laws and Licensing Requirements of the Internet Music Revolution*, 42 IDEA 313, 342-53 (2002), http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/27734-27744-1-PB.pdf .

que se requiere una licencia mecánica y una licencia de cada dueño de cada composición para ejecutar la misma.[118] El tipo de uso que hace el *webcasting* que no es interactivo no cualificaría para la licencia mecánica compulsoria, por lo que cada licencia se tendría que conseguir a través de negociaciones voluntarias con el publicador de la música o su agente licenciador.[119] Adicional a lo antes mencionado, una licencia mecánica puede que sea necesaria para las copias permanentes o temporeras hechas en el proceso de transmitir la composición.

Los servicios de música interactivos incluyen aquellos que permiten a un oyente seleccionar canciones específicas y aquellos que crean listas de reproducción personalizadas con canciones específicas. Similar al *webcasting* que no es interactivo, los servicios interactivos solamente permiten a sus oyentes disfrutar de música transmitida a su computadora mientras están conectados al Internet y no crean una copia permanente del archivo de música en el disco duro de su computadora. Los servicios de música interactivos requieren la licencia de ejecución y la licencia mecánica igual que la que requieren los servicios de *webcasting* que no son interactivos.[120]

Los servicios de música interactivos son similares a los que no son interactivos excepto que en los interactivos, los oyentes tienen la habilidad de seleccionar por si mismos canciones y artistas específicos.[121] Este tipo de servicio no es elegible para la licencia estatutaria bajo el DMCA.[122] En cambio, los propietarios de un servicio interactivo tienen que negociar una licencia directamente con el dueño del derecho de autor antes de ejecutar digitalmente la grabación de sonido.[123]

Finalmente, es necesario identificar qué licencias son necesarias para la *grabación de sonido*. Contrario al caso de la composición musical, el permiso requerido para las grabaciones de sonido usualmente se limita a la compañía discográfica que produjo, manufacturó y distribuyó dicha grabación.

Aquellos *webcasters* que proveen servicios bajo suscripción pueden cualificar para la licencia estatutaria del D.M.C.A. para la ejecución digital de la grabación de sonido si cumplen con los requisitos expuestos en la sección 405(a)(2).[124] Aquellos *webcasters* que no cualifiquen deben obtener una licencia voluntaria directamente con la compañía discográfica, al igual que

---

[118] 17 U.S.C. § 114(3)(C).
[119] 17 U.S.C. § 114(e)(1)(2).
[120] *Véas*e Rose, *supra* nota 117, en la pág. 356.
[121] 17 U.S.C. § 114(j)(7).
[122] 17 U.S.C. § 114(d)(2)(A)(i).
[123] *Véase* Rose, *supra* nota 117, en la pág. 358.
[124] 17 U.S.C. § 114.

tendrían que adquirir una licencia para la reproducción y distribución de la grabación de sonido. Si no cualifica para la licencia estatutaria, el *webcaster* debería contactar a las uniones del artista para negociar las tarifas que se le adeuden por utilizar la grabación en una suscripción no interactiva.

Al comunicarse con una compañía discográfica o con el dueño del derecho de autor, un *webcaster* debe obtener una licencia de grabación master para hacer copias de la grabación de sonido en el server del *webcaster* para su uso en el servicio interactivo y una licencia de ejecución para la transmisión digital de audio de una grabación de sonido digitalmente transmitida. Cuando un *webcaster* no cualifica para la licencia estatutaria, éste debe contactar y negociar directamente con el artista y las uniones de artistas.[125] Los términos de las licencias dependerán de la canción que se escoja, la cantidad de veces que se use y el tipo de uso que se le dé. Dado a que los servicios interactivos permiten que sus usuarios seleccionen las canciones que deseen, una licencia para este tipo de servicio es la más difícil de obtener.

V. ANÁLISIS DE LA LEY DE DERECHOS DE AUTOR APLICADA A PANDORA, SPOTIFY Y SLACKER RADIO

De acuerdo a lo discutido anteriormente, pasaremos a aplicar las disposiciones de la Ley de Derechos de Autor, según enmendada, y las limitaciones a los servicios que ofrecen estas compañías.

Tal como reseñamos previamente, la transmisión de interpretaciones musicales a través del Internet involucra la grabación de sonido y la obra musical que se encuentra dentro de la grabación. Los derechos de reproducir, ejecutar o interpretar la obra musical que provee la Ley de Derechos de Autor aplican a las obras musicales y a las grabaciones de sonido que se transmiten a través del Internet y es responsabilidad del que transmite la música el obtener el permiso y las licencias necesarias para hacer estas transmisiones.

Pandora, Slacker Radio y Spotify tienen que pagar para adquirir licencias de los compositores de música y de los artistas por las canciones que van a transmitir. Esto se debe a que las canciones se consideran como dos obras sujetas a derechos de autor: la canción subyacente, escrita por el compositor y la grabación de sonido de la canción, interpretada por los artistas.

Pandora y Slacker Radio caen, en parte, dentro de la categoría de *webcasting*, la cual incluye la transmisión de música directamente a un oyente sin hacer una copia permanente de la canción en el disco duro de su computadora. Spotify, en cambio, se consideraría como un servicio de música

[125] 17 U.S.C. § 114(d)(3)(C).

interactivo. Esto se refiere a cómo un oyente puede escoger escuchar canciones particulares al solicitarlas, o su habilidad de crear una lista de reproducción de música hecha a su medida. Port al razón, Pandora y Slacker Radio cualifican para la licencia estatutaria de *webcasting* para transmitir cualquier grabación de sonido, siempre y cuando cumplan con una serie de regulaciones y paguen las regalías establecidas por un panel federal conocidos como *Copyright Royalty Judges*. Por otro lado, Spotify tiene que obtener las licencias directamente con los tenedores del derecho de autor de la música que éstos transmitan. Los servicios por los cuales se tiene que hacer un pago (servicios de suscripción), y son ofrecidos por estas tres compañías también requieren una licencia compulsoria.[126]

Hoy en día, en vez de contar solamente con anuncios y otros ingresos para el pago de regalías, algunos *webcasters* han decidido compartir sus gastos con su audiencia. Como discutimos al inicio de este escrito, estas compañías continúan ofreciendo un servicio limitado de estaciones gratuitas, a la vez que crean un servicio adicional con más ventajas que el gratuito y que requiere una suscripción y el pago de una tarifa, ya sea mensual o anual, para lograr generar más ganancias.

A. Pandora y Slacker Radio

Un *webcaster* tiene que cumplir con, al menos, doce regulaciones las cuales se encuentran en la sección 114 de la Ley de Derechos de Autor. Entre estos requisitos están el que la transmisión no sea parte de un servicio interactivo, que no se le cambien los canales de programación a los usuarios, que se incluya el título de la canción, el nombre del artista e información relacionada si se provee por el tenedor del derecho, y si es factible tecnológicamente. Además, no se puede exceder el *sound recording performance complement,* lo que significa que no se toquen más de tres canciones corridas del mismo artista o más de cuatro de sus canciones dentro de un período de tres horas o dos canciones corridas del mismo disco. No se le puede avisar al usuario qué canciones serán las siguientes, no se le puede dejar creer al usuario que hay alguna afiliación, auspicio u otra relación de negocios entre la compañía que ofrece el servicio y el artista o tenedor del derecho. Tampoco se puede asistir ni exhortar a los oyentes a copiar las transmisiones y se deben tomar medidas para evitar tales copias. Las canciones que se transmiten tienen que haber sido propiamente adquiridas, no se puede interferir con el manejo de derechos digitales y se

[126] *Véase* 17 U.S.C. §§ 112, 114.

tiene que identificar la canción y el artista, pero no hasta que la canción comience a tocar.[127]

Estos servicios operan bajo una licencia estatutaria creada por el Congreso, la cual les provee acceso a toda la música legalmente grabada a cambio de un pago de regalías establecido por el *Copyright Royalty Board*. Se le delegó la imposición de tarifas al *Copyright Royalty Board* debido a que el Congreso no impuso la tarifa de regalías para las transmisiones de audio digitales, a diferencia de otras licencias estatutarias. Se supone que los jueces que componen el *Copyright Royalty Board* hagan un balance entre la necesidad de compensación justa para los artistas con las necesidades de los webcasters de generar ganancias, y el deseo de los consumidores de un *webcasting* de alta calidad.

Bajo esta licencia estatutaria o licencia compulsoria, el titular de un derecho de autor no puede negarle acceso a las compañías que operan bajo dicha licencia, siempre y cuando esas compañías cumplan con los términos de la licencia y paguen la regalía establecida.

B. Spotify

En el caso de Spotify se pueden identificar algunas infracciones a los derechos de autor. Spotify ejecuta o interpreta públicamente canciones que provienen de un solo *single master*.[128] Contribuye a la infracción de los derechos de autor por parte de sus suscriptores Premium al proveerles los medios para descargar y copiar archivos de música. Además, no se acerca a lo que es un *webcaster* porque sus suscriptores pueden seleccionar las canciones que desean escuchar.

Como dispone la sección 114 (d)(3)(C) de la Ley de Derechos de Autor, un servicio interactivo no puede ejecutar públicamente una grabación de sonido a menos que se le haya concedido una licencia para la ejecución pública de cualquier obra musical con derechos de autor contenida en la grabación de sonido.[129] Dicha licencia debe ser otorgada por una sociedad de ejecución de derechos (*performing rights society*) en representación del dueño del derecho de autor, o por el mismo dueño de este.

Sin embargo, Spotify obtuvo cuatro tipos distintos de derechos de tres tenedores de derechos para poder transmitir música en Estados Unidos y

---

[127] *Véase* Rick Sanders, *You Are on Pandora, Ladies and Gentlemen: Part 10 of our Online Music Services Series*, AARON SANDERS LAW (Sept. 8, 2011), http://www.aaronsanderslaw.com/blog/you-are-on-pandora-ladies-and-gentlemen-part-10-of-our-online-music-services-series.

[128] *Véase Music Licensing*, *disponible en* http://www.artsandbusinessphila.org/pvla/documents/MusicLicensing.pdf (para definición de lo que es un *single master*, mejor conocido como *master recording licence*).

[129] 17 U.S.C. § 114(d)(3)(C).

Puerto Rico: obtuvo los derechos de ejecución pública para las grabaciones de sonido con las compañías discográficas, los derechos de ejecución pública para las canciones subyacentes con A.S.C.A.P., B.M.I. y otras organizaciones de derechos de ejecución y obtuvo los derechos mecánicos de las grabaciones de sonido y canciones subyacentes del Harry Fox Agency.

VI. CONCLUSIÓN

Pandora, Spotify y Slacker Radio representan lo que hoy día es la norma, pero que tomó mucho tiempo para crearse y regularse. Durante la evolución de la tecnología han surgido numerosos problemas en la regulación de los dispositivos que reproducen la música y los derechos de autor que estos podrían violentar, al igual que con las compañías que crean o transmiten música, como parte de sus servicios.

Hasta el momento, hemos visto como, poco a poco, se han ido ajustando las cosas para acomodar ambos lados envueltos, con gran énfasis de proteger a los dueños de los derechos de autor. Ahora lo que resta es ver qué otras cosas surgirán con el pasar del tiempo y cómo la Ley de Derechos de Autor continuará evolucionando mientras pasen los años y surjan nuevas formas de distribuir o transmitir música.

HAUTE COUTURE LEGISLATION: TAILOR MADE HIGH FASHION DESIGN PROTECTION IN THE UNITED STATES

CHRISTINE QUILICHINI*

I. Introduction: The Dangerous Effects of a Lack of Copyright Protection 229
II. Design for Disaster: Issues Plaguing the High Fashion Design Industry..... 231
A. Imitation: Flattery?..... 231
B. Counterfeits: An Underground Economy..... 232
1. Definitions 232
2. Effects on the Economy..... 233
III. Current Protections for Fashion Designers, or Lack Thereof..... 236
A. Trademark Protection..... 236
1. Lanham Act 236
2. Trade Dress Protection 236
B. Copyright Protection 240
1. Copyright Act..... 240
2. The Utilitarian Problem 241
C. Analogous Protection: The Vessel Hull Design Protection Act 242
IV. Comparative Law: Fashion Capitals of the World 244
A. European Union..... 244
B. France 245
C. Germany..... 247
V. International Treaties: Global Trend 248
A. TRIPS..... 248
B. ACTA..... 248
VI. Proposed Legislation: A New Season in Legislation..... 251
A. Innovative Design Protection and Piracy Prevention Act..... 251

---

* Christine M. Quilichini recently received the degree of LL.M. in Intellectual Property from George Washington University in Washington, DC. She is also a graduate of the University of Puerto Rico's School of Law, where she received her Juris Doctor in May of 2012. The author would like to extend her sincere gratitude to the editors of the University of Puerto Rico Business Law Journal for their comments and guidance during the process of writing this article.

B. Innovative Design Protection Act 252
C. Criticism 253
1. Consumer Access 253
2. Trend v. Copy Dichotomy 254
3. Smaller Firms Against the World 255
4. Consumer Market Differentiation 255
VII. Conclusion: A Hybrid Design 257

"Fashion is made to become unfashionable."[1]

- Coco Chanel

I. INTRODUCTION: THE DANGEROUS EFFECTS OF A LACK OF COPYRIGHT PROTECTION

Every year, a crop of bright-eyed and bushy-tailed new designers, portfolios in hand, step onto the fashion scene, ready to take on New York City and the world, fighting for the rare opportunity to interview with the most elite design firms in the fashion industry. It's the moment of truth; this moment will determine their future. In a span of fifteen minutes they have to impress the recruiter with their most promising designs. They will either love them and hire them or be underwhelmed and keep looking. There is a potential problem though: who is going to protect these small designers from the big bad fashion industry, once its designers have seen their sketches? Who will keep them from copying promising designs and selling them as their own? That is a fundamental problem with the lack of copyright protection.

The United States is one of the most "fashion-forward" countries in the world. With multiple fashion capitals such as Miami, Los Angeles, and most importantly, New York City, fashion represents a significant contribution to the U.S. economy. The government of New York City reports, and a study made by the New York Economic Development Corporation confirms, that Mercedes-Benz Fashion Week alone contributes eight hundred sixty five million dollars ($865,000,000) to tourism, retail, and a number of other related sectors.[2] The United States is not the only beneficiary of such

---

[1] *Just a simple little dressmaker*, LIFE, Aug. 19, 1957, at 113, 114, *available at* http://books.google.com.pr/books?id=Kj8EAAAAMBAJ&lpg=PP1&dq=Life%2019%20Aug.%201957&pg=PA113#v=onepage&q=Life%2019%20Aug.%201957&f=false.

[2] Press Release, NYEDC Report, Fashion NYC 2020 (Feb. 13, 2012), http://www.nycedc.com/resource/fashionnyc2020.

windfalls, since the fashion industry accounts for a great part of other countries' economies. For instance, it is estimated that the fashion industry contributed more than fifty eight (58) billion dollars to the British economy in the year 2010 alone.[3] The economic impact of this industry, by itself, should help garner enough support to achieve significant protection for its members and their designs. Most of the world, however, does not seem to agree.

High fashion has been in the news recently. Christian Louboutin, a shoe designer famous for its high-end shoes with red soles, recently initiated a lawsuit against another high-end fashion house, Yves Saint Laurent, for trademark infringement on the basis that the red soles were a distinct trademark. The lower and appellate courts differed on the validity of the trademark. In the end, the appellate court decided that, with the exception of an all-red shoe, the red soles were a valid trademark of the Christian Louboutin brand.[4]

Limited to resorting to invoking trademark protection, an inefficient protection at that, U.S. fashion designers have been grasping at straws trying to protect their work and livelihood. Imitation is known as the sincerest form of flattery. While that may hold true for certain industries, in the fashion world it can become the kiss of death, especially with higher-end designer products. Imitation and copying are not the same thing. Copying hurts every fashion designer's bottom line, especially when it is line by line copying, with an end product that is identical to the original.

Recently, Derek Lam, a luxury fashion designer and head designer for LAM, fired off a cease-and-desist letter to Ivanka Trump and her line's parent company, Marc Fisher Footwear. In several interviews, LAM's Chief Executive Officer stated: "[w]e have seen very similar copies before but we have never seen a shoe that perfectly copied [ours]."[5] Marc Fisher Footwear seems to be adept at perfecting imitations, since it is a repeat offender.[6] This level of high quality imitation has a detrimental impact on a brand's market share, as well as its profits, because no one will spend their hard-earned paycheck on an

---

[3] The Value of the UK Fashion Industry, BRITISH FASHION COUNCIL & OXFORD ECONOMICS, http://www.fashion-manufacturing.com/wp-content/uploads/2012/04/BFC-The-Value-of-The-Fashion-Industry.pdf (last visited Feb. 12, 2013).

[4] Christian Louboutin S.A. v. Yves Saint Laurent Am. Holdings, Inc., 696 F.3d 206 (2d Cir. 2012).

[5] Charlotte Cowles, *Derek Lam Takes Legal Action Against Ivanka Trump*, N.Y. MAG. (Dec. 22, 2011, 9:30 AM), http://nymag.com/thecut/2011/12/derek-lams-legal-action-against-ivanka-trump.html.

[6] Charlotte Cowles, *Gucci Won Its Trademark Suit Against Guess But Didn't Get the Money They Wanted*, N.Y. MAG. (May 22, 2012, 12:25 PM), http://nymag.com/thecut/2012/05/gucci-won-its-trademark-suit-against-guess.html.

eight hundred dollar ($800) pair of shoes when there is a readily available and almost identical alternative for a fraction of the price.

This paper discusses the problems with current fashion protection, analogous copyright protections, and proposed legislation aimed at solving those problems.

II. DESIGN FOR DISASTER: ISSUES PLAGUING THE HIGH FASHION DESIGN INDUSTRY

Why increase protection? There is a need for increased protection for fashion design because of a growing number of problems, including counterfeit products and imitation.

A. Imitation: Flattery?

Imitation is the highest form of flattery, or so they say. The fashion industry feeds off of copying, called "design piracy."[7] As it stands, designers will not have exclusivity in their designs for more than one season.[8] Even designers, such as Coco Chanel, thought "copies added to the famed reputation of her designs."[9] Times have changed though, because Coco Chanel lived in a time where copying wasn't so rampant and fake products were easier to recognize and avoid. Also, fake products were previously only sold in busy street corners or in dark alleyways, while now, thanks to the internet, fake or counterfeit products can be distributed through Ebay and Amazon and consumers have no way of verifying the authenticity of their purchases prior to paying.[10]

The useful cycle of a fashion design is short. It starts with conception. A designer puts pencil to paper and creates a design. Next, the fashion house finds the textiles, finishes, and embellishments it needs to create the garment. A sample is then created. Usually it is presented to critics, be it at a fashion show or a private viewing. After it is deemed acceptable, it is sent off for production. These designs have a very short shelf life, usually one season.[11] Although some designs stand the test of time, due to the short life cycle in fashion, a copy of a garment can be on the racks before the authentic garment is put to market.

---

[7] PAUL R. PARADISE, TRADEMARK COUNTERFEITING, PRODUCT PIRACY, AND THE BILLION DOLLAR THREAT TO THE U.S. ECONOMY 76 (1st ed. 1999).
[8] *Id.*
[9] *Id.* at 77.
[10] Elizabeth Holmes, *The Finer Art of Faking It: Counterfeits are Better Crafter, Duping Even Sophisticated Shoppers,* WALL ST. J., June 30, 2011, http://online.wsj.com/article/SB10001424052702304791204576401534146929212.html.
[11] PARADISE, *supra* note 7.

Gianni Versace was a victim of this very situation. He presented a collection, including a rubberized mini-dress, in a fashion show in the '90s. His design did not go on sale until months later. Retail stores, however, were able to imitate his design and sell it at a fraction of his sales price before his design even went on the market.[12] His brand suffered, his design was compromised and his profits were severely damaged. This happens on a day-to-day basis thanks to modern inventions that have made it even easier to create "knock-offs." A camera phone and an Internet connection are enough to get the piracy process started.[13]

Design piracy does not try to confuse the consumer as to the origin of the product. The consumer knows when they buy the product that they are not buying a designer good but one that looks similar. They are conscious of the fact and they make the decision to buy the product because of its similarities to the actual designer product. Counterfeiting, on the other hand, tries to imitate every aspect of the pirated product, to the point of confusing the consumer of its genuineness.

B. Counterfeits: An Underground Economy

1. Definitions

Counterfeiting is the ugly beast currently haunting the United States, both in the copyright and trademark arenas. As defined by the Lanham Act, a counterfeit mark is "a spurious mark which is identical with, or substantially indistinguishable from, a registered mark."[14] As to copyrights, the Copyright Act defines "infringement" as the violation any of the exclusive rights given to the owner of a copyright by the statute.[15] These exclusive rights are: reproduction, preparation of derivative works, distribution by sale, rental, lease or lending, performance, and display.[16] When the infringement is considered blatant, it is called "piracy."[17] When a person tries to pass of an infringing product as an authentic product it is called "counterfeiting."[18]

As stated before, counterfeiting has a wide-spread effect, not only on the economy and the consumer market, but also on criminal enterprises as well. It has been documented that counterfeit goods are an easy way to secure funds for illegal activities, be it terrorism or organized crime.[19]

---

[12] *Id.*
[13] RAHDA GANESH RAM, PIRACY AND COUNTERFEITING: A CONTEMPORARY CHALLENGE § II (4) (1st ed. 2008).
[14] 15 U.S.C. § 1127 (2006).
[15] 17 U.S.C.. § 501 (2002).
[16] 17 U.S.C. § 106 (2002).
[17] GANESH RAM, *supra* note 13.
[18] *Id.*
[19] *Id.*

2. Effects on the Economy

Counterfeiting has a ripple effect. It starts in the country that receives the counterfeit products and spreads until it reaches the country of origin. For the country that hosts the counterfeiters, some of the effects are loss of jobs, loss of exports and loss of tax revenues.[20] The United States Immigration and Customs Enforcement (ICE) estimated that, in the year 2007 alone, about seven hundred and fifty thousand (750,000) jobs were lost due to counterfeiting, resulting in massive lost tax revenue.[21] Also, when the victim of counterfeiting is a domestic corporation which suffers lost sales, the country in turn loses exports.[22] Moreover, when counterfeit goods are readily available, it is reasonable to infer that there will be a lower demand for the goods because the good becomes commonplace. This lower demand will, in turn, result in less production of those goods and, therefore, fewer exports. Thus both the country of origin and the destination country suffer the economic effect of the counterfeiting activities.

The monetary losses range in the billions. ICE compiles statistics every fiscal year based on their seizures of counterfeit goods. The current trend is an increase in counterfeit apparel and accessories. For the fiscal year ended in 2011, ICE made 24,792 seizures,[23] with a domestic value of one hundred and seventy-eight million three hundred thousand dollars ($178.3 million).[24] Over the years there has been an increase in seizures, as well as in the value of said seizures, as illustrated in Figure 1.

Figure 1.[25]

Fiscal Year	**Number of Seizures**
2004	7,255
2005	8,022
2006	14,675
2007	13,657
2008	14,992
2009	14,841
2010	19,959

[20] PEGGY CHAUDHRY & ALAN ZIMMERMAN, THE ECONOMICS OF COUNTERFEIT TRADE: GOVERNMENTS, CONSUMERS, PIRATES AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS 10 (2009).
[21] *Id.* at 13.
[22] *Id.* at 13.
[23] U.S. IMMIGRATION AND CUSTOMS ENFORCEMENT, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: FISCAL YEAR 2011 SEIZURE STATISTICS 4 (2011), http://www.ice.gov/doclib/iprcenter/pdf/ipr-fy-2011-seizure-report.pdf.
[24] *Id.*
[25] *Id.* at 7.

2011	24,792

There has been a distinct increase in seizures over the last eight years. Seizures have more than tripled. But in addition to the prevalence of these seizures, it is important to analyze the content of those seizures. As the statistics show (Figure 2), when footwear and wearing apparel are combined into one category, they are tied in first place with consumer electronics as the most seized counterfeit products. This has remained the same for the last eight years.[26]

Figure 2.[27]

Commodity	Percent of Total Seizures
Consumer Electronics	22%
Footwear	14%
Pharmaceuticals	9%
Optical Media	9%
Wearing Apparel	8%
Perfumes/Cologne	5%
Watches/Parts	5%
Cigarettes	5%
Computers/Hardware	4%
Toys/Electronic Games	4%
All other commodities	14%

Most of the items on the list of seized counterfeit products are protected by patent or trademark laws. However, as will be explained later, footwear and apparel, two of the most counterfeited items, have meager protections in comparison to the other products.

Counterfeits have many countries of origin, but there is a trend that is worth noticing. Usually, the counterfeit goods come from countries that do not have strong Intellectual Property laws.[28] In the fiscal year ended in 2011, the People's Republic of China was the worst offender, as illustrated in Figure 3, with sixty two percent (62%) of seized counterfeit products originating there.[29] China surpasses every other country by a wide margin. It is not enough to have strict intellectual property laws domestically; something must be done for enforcement around the globe.

---

[26] U.S. IMMIGRATION AND CUSTOMS ENFORCEMENT, *supra* note 23, at 17.
[27] *Id.* at 8.
[28] CHAUDHRY & ZIMMERMAN, *supra* note 20, at 11.
[29] U.S. IMMIGRATION AND CUSTOMS ENFORCEMENT, *supra* note 23, at 12.

Figure 3.[30]

Source Country	Domestic Value (in $)	Percent of Total
China	109,996,380	62%
Hong Kong	32,155,987	18%
India	4,535,478	3%
Pakistan	3,954,932	2%
Taiwan	2,287,596	1%
Switzerland	1,407,426	1%
Malaysia	1,285,547	1%
South Korea	714,424	Less than 1%
United Kingdom	703,721	Less than 1%
Mexico	654,941	Less than 1%
All other countries	20,626,201	12%

Some of the effects of counterfeiting are relatively intangible, like the direct or indirect effect of counterfeits on a particular fashion firm or company's goodwill from a marketing and intellectual property standpoint.[31] Counterfeits are targeted at consumers and not the designer. The normal consumer will have trouble distinguishing the genuine article from a good counterfeit. The problem is that counterfeit products falsely designate origin. For example, a consumer will buy a knock-off Louis Vuitton handbag thinking it is an authentic product. In the span of a month, the product will break and be ruined. That consumer's opinion of the product designer will be negatively affected because she will not be aware that the hand-bag was a counterfeit. Thus, these inferior quality products pose a risk to the company's goodwill and recognition.[32] They cause consumers' trust in the brand to decrease and not buy other products from the designer.

Another effect of counterfeits on marks is dilution. Dilution is "a gradual diminution in the mark's distinctiveness, effectiveness and, hence, value."[33] As more counterfeit products enter the market, the mark starts losing distinctiveness. Consumers will fail to recognize what is real and what is counterfeit and will therefore desist from consuming the product, resulting in a loss of value for the brand. High fashion designers target exclusive and luxury markets. Exclusivity is a must. If anyone can have a product, be it real or fake, then it ceases to be exclusive. Why, then, would the consumer buy it?

---

[30] *Id.* at 24.
[31] CHAUDHRY & ZIMMERMAN, *supra* note 20, at 11.
[32] *Id.*
[33] Kellogg Co. v. Exxon Mobil Corp., 192 F. Supp. 2d 790, 797 (W.D. Tenn. 2001).

III. CURRENT PROTECTIONS FOR FASHION DESIGNERS, OR LACK THEREOF

A. Trademark Protection

1. Lanham Act

The Lanham Act is the law that governs trademarks in the United States. It defines "trademarks" as words, names, symbols, devices or combinations of any of the above that are used by persons or which a person has a bona fide intention to use in commerce to identify their goods and distinguish them from the products of others, indicating the source of the goods.[34] A "counterfeit" on the other hand, is defined as a "spurious mark which is identical with, or substantially indistinguishable from, a registered mark."[35] This statute seeks to protect marks, not the products to which the mark is affixed. Apparel does not fit into any of the categories as defined by the Lanham Act, thus limiting the protection it may receive under this statute. There is hope, however, in trade dress protection.

2. Trade Dress Protection

The concept of "trade dress" was not contemplated when the Lanham Act was written and passed. It is a creature of judicial creation. One of the landmark trade dress cases is *Two Pesos v. Taco Cabana*, in which the court defined "trade dress" and listed some requirements for trade dress protection. A trade dress is the total look and feel of a product. It is the image of the business.[36] It takes in elements such as the color, size, shape, textures, and graphics, among other features.[37] Trade dress protection, like trademark protection, is afforded when the mark is inherently distinctive or has acquired a secondary meaning and therefore distinctiveness.[38] A mark is inherently distinctive when, because of the context of its use for certain goods or services, consumers can readily identify its source.[39] A mark acquires secondary meaning when the consumer has associated the good with a source as a consequence of its continued use.[40]

Another issue is functionality. Trade dress will be protected only to the extent it is not functional.[41] *Qualitex Co .v. Jacobson Products Co., Inc.* is the seminal case in this respect. That case hinged on the use of a shade of green

---

[34] 15 U.S.C. § 1127 (2006).
[35] *Id*.
[36] Taco Cabana Int'l, Inc. v. Two Pesos, Inc., 932 F.2d 1113, 1118 (5th Cir. 1991).
[37] John Harland Co. v. Clarke Checks, Inc., 711 F.2d 966, 980 (11th Cir. 1983).
[38] *Id.* at 1119-20.
[39] RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION § 13 (1995).
[40] *Id*.
[41] *Id.* at 1118-1119.

in a company's dry cleaning pads. The court held that a color could be considered a mark to the extent it was not functional.[42] It reasoned that trademark law cannot inhibit competition allowing a producer to control a particular feature that is considered useful.[43] A feature is functional when "it is essential to the use or purpose of the article or if it affects the cost or quality of the article."[44]

Fashion firms have not had much success suing for trade dress protection. *Wal-mart Stores, Inc. v. Samara Brothers, Inc.*[45] is an example of this. Samara Brothers claimed that the retail giant had infringed on their trade dress by selling knockoffs of their children's clothing line. The Supreme Court noted that although trade dress "originally included only the packaging, or 'dressing', of a product, in later years it had been expanded by many Courts of Appeals to encompass the design of a product."[46] This is significant when applied to fashion design. For a trade dress to receive protection, the claimant must show that the features are not considered functional and that the use of those features by the other party will likely cause confusion.[47] The essential pre-requisite is distinctiveness, as set forth in *Two Pesos*.[48] However, the court understood that design cannot be inherently distinctive and therefore, in order to be protected by the Lanham Act, must have acquired secondary meaning.[49] This is an impossibly high burden considering the short life span of most designs. The final nail in the coffin for was hammered in by the Court when it held that "consumers should not be deprived of the benefits of competition with regard to the utilitarian and esthetic purposes that product design ordinarily serves by a rule of law that facilitates plausible threats of suit against new entrants based upon alleged inherent distinctiveness."[50]

Another problem is the fact that some courts have held that trade dress law protects only goodwill toward a seller, not goodwill toward a product.[51] This means that a person who copies a design can simply argue that it was copying a style rather than the design's source. Proving the opposite intent is nearly impossible.

---

[42] Qualitex Co. v. Jacobson Products Co., Inc., 514 U.S. 159, 165 (1995).
[43] *Id*. at 164-165.
[44] *Id.* at 165 (citing Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc., 456 U.S. 844 (1982)).
[45] Wal-mart Stores, Inc. v. Samara Brothers, Inc., 529 U.S. 205 (2000).
[46] *Id*. at 209.
[47] *Id.* at 211-212.
[48] *Taco Cabana*, 932 F.2d at 1113.
[49] *Wal-mart Stores*, 529 U.S. at 212.
[50] *Id*. at 213.
[51] Winning Ways, Inc. v. Holloway Sportswear, Inc., 913 F. Supp. 1454, 1472 (D. Kan. 1996); *see also* Thomas & Betts Corp. v. Panduit Corp., 65 F.3d 654, 657 (7th Cir. 1995).

Most fashion designers would have an issue with these cases because the aesthetic quality of the product is precisely what differs from product to product. It would be hard for a designer product to acquire secondary meaning considering the short-life cycle of a garment or trend because it takes time for product to acquire secondary meaning. Designers would find it impossible to create that meaning while innovating and creating new designs. In recent years, trade dress protection is precisely the area of trademark law that has spawned cases that are directly related to fashion.

Steve Madden is a company that is dedicated to providing consumers with affordable alternatives to high end products. They have come under fire, however, for the similarity that their products have to their designer counterparts. Two lawsuits are of particular importance.

First, Alexander McQueen ("McQ"), a high fashion firm, brought suit against Steve Madden for trade dress infringement, false designation of origin, unfair competition and dilution.[52] McQ alleged that Steve Madden deliberately and intentionally copied their Faithful Bootie shoe. To the untrained eye, both shoes were nearly identical (Figure 4). The only marked difference was the zipper. While McQ used a skull as their zipper, Steve Madden used a plain zip. However, the court was never able to rule on McQ's claims because the case was settled before the case went to trial, for an undisclosed amount.

Figure 4.[53]

Months later, Steve Madden came under fire again. This time the plaintiff was Balenciaga, another high fashion design firm.[54] The suit alleged

[52] Autumnpaper Limited v. Steve Madden, Ltd., 2009 WL 5452790 (S.D.N.Y. 2009).
[53] Amy Odell, *Alexander McQueen sues Steve Madden*, N.Y. MAG (Oct. 8, 2009, 9:45 AM), http://nymag.com/thecut/2009/10/alexander_mcqueen_sues_steve_m.html.
[54] Balenciaga Corporation v. Steve Madden Ltd., No. 1:09-cv-05458 (E.D.N.Y. filed Dec. 15, 2009).

both trademark and copyright infringement. The shoe in question was the Lego Heel. The similarities, according to the suit, were striking and were sure to cause consumer confusion (Figure 5).

Figure 5.[55]

Balenciaga took issue with the fact that Steve Madden was a repeat offender and averred that tit habitually produced knockoffs of luxury designs.[56] This case has yet to reach the courtroom and be resolved. It is an example of a wider trend; most fashion design trademark cases never even reach the courtroom because most designers, fearing a loss, decide to settle the cases out of court.

One designer who did not settle was Christian Louboutin, who is one of the parties to the most recent and famous trade dress and trademarks case in the fashion industry, *Christian Louboutin v. Yves Saint Laurent*.[57] This case differs from the ones previously discussed because it was between two high-end fashion firms, meaning that the price points and consumer markets were the same. The trade dress at issue in this case was composed of the red soles that Christian Louboutin uses on all his products (Figure 6, left). Louboutin claimed that Yves Saint Laurent was infringing on his trademark by using red soles on it red shoes. The Court of Appeals found that Louboutin had a valid trademark with respect to the red soles and it had reached secondary meaning in the mind of consumers, therefore acquiring distinctiveness.[58] Yet, although a partial win for Louboutin, it was not enough for it to succeed on the case. The court also held that the trademark did not extend to red soles on all-red shoes because that would imply that Louboutin had a monopoly on all-red shoes; since the shoe in question was all-red and monochromatic, it

[55] Sharon Clott, *Balenciaga Sues Steve Madden*, N.Y. MAG. (Dec. 18, 2009, 12:00 PM), http://nymag.com/thecut/2009/12/balenciaga_sues_steve_madden.html.
[56] *Balenciaga Corporation*, No. 1:09-cv-05458.
[57] Christian Louboutin S.A v. Yves Saint Laurent America., 696 F.3d at 206 (2d Cir. 2012).
[58] *Id*. at 225.

did not infringing the trademark (Figure 6, right).[59]

Figure 6.[60]

This decision ended up being a step forward in trademark protection for fashion designers, although it still falls short of what it should be. When trade dress and trademark protection are not sufficient, designers must attempt to protect their designs by means of copyright law.

B. Copyright Protection

1. Copyright Act

Copyright protection is extended to original works of authorship fixed on a tangible medium where they are perceived or can be perceived with the help of a device.[61] This protection is only extended to certain types of works: literary, musical, dramatic, pantomimes and choreography, pictorial, graphic or sculptural, motion pictures and audiovisual, sound recordings, and architectural works.[62] This protection is limited in order to protect the public domain and the flow of innovation. For this reason, ideas, procedures, processes, concepts, and principles are not protected.[63] Copyright protection grants the owner a set of exclusive rights: reproducing the work, creating derivative works, offering the work for sale, performing the work publicly, and public display.[64]

---

[59] *Id.* at 227-228.
[60] Richard Finger, *Battle of the Brands: Trademark and Copyright Lawsuits*, FORBES (Nov. 26, 2012, 12:20 PM), http://www.forbes.com/pictures/ffdj45egee/christian-louboutin-vs-yves-saint-laurent/.
[61] 17 U.S.C. § 102(a).
[62] *Id.*
[63] 17 U.S.C. § 102(b).
[64] 17 U.S.C. § 106.

When it comes to fashion design, it is important to consider all of its aspects. Designers do not limit themselves to apparel. Some dabble in fabric design while others have jewelry lines. Apparel does not fit into any of the categories of works that are protected by copyright. The other two categories, however, do receive some sort of copyright protection.

Jewelry receives copyright protection, as set forth in *DBC of New York, Inc. v. Merit Diamond Corp.*, where the court expressly stated that "works of art including jewelry are copyrightable."[65] Other courts have affirmed and adopted this principle, holding that it is "undisputed that jewelry is included within the sculptural works classification of Section 102(a)(5)."[66] Belt buckles are another example of pieces of high fashion design that receive copyright protection. Belt buckles that have separable sculptural elements and an ornamental principal purpose are considered to be jewelry and therefore receive protection.[67]

Fabric designs, on the other hand, are categorized as "writing" for the purposes of copyright protection.[68] The end result is that fabric designs are protected while dress designs are not. For example, if a designer were to design his own fabric and incorporate said fabric into a dress design, the dress design would surely not be copyrightable whereas the fabric would be. The crux of the problem is the functional and utilitarian aspects of apparel.

2. The Utilitarian Problem

A useful article is defined in the Copyright Act as "an article having an intrinsic utilitarian function that is not merely to portray the appearance of the article or to convey information."[69] Useful articles generally don't receive copyright protection. They are protected only to the extent that they are separable from their utilitarian aspect.[70] Clothing is considered to have both utilitarian and aesthetic value.[71] Dress design is considered to have no artistic elements that can be separated from its utilitarian elements.[72] Like in architecture, the sketches of the designs can be protected as pictorial, graphic or sculptural works.[73] However, the courts' past decisions seem to point in the direction that if a structure is built out of architectural plans, it would not

---

[65] DBC of New York, Inc. v. Merit Diamond Corp., 768 F. Supp. 414, 416 (S.D.N.Y. 1991).
[66] Donald Bruce & Co. v. B. H. Multi Com Corp., 964 F. Supp. 265, 266 (N.D. Ill. 1997).
[67] Kieselstein-Cord v. Accessories by Pearl, Inc., 632 F.2d 989, 993 (2d Cir. 1980).
[68] Knitwaves, Inc. v. Lollytogs Ltd. Inc., 71 F.3d 996, 1002 (2d Cir. 1995).
[69] 17 U.S.C. § 101.
[70] Galiano v. Harrah's Operating Co., Inc., 416 F.3d 411, 419 (5th Cir. 2005).
[71] *Id.* at 419.
[72] *Id.* (citing 1 NIMMER ON COPYRIGHTS § 2.08[B][3]).
[73] 17 U.S.C. § 102 (a)(5).

receive protection because it has an intrinsic utilitarian function.[74] When applied to fashion design, this means that no manufactured garment based on a sketch of a design would receive protection under the Copyright Act because it is purely utilitarian. According to the courts, clothes serve a decorative function and the elements that serve aesthetic purposes would also be serving that decorative function and therefore considered functional.[75] Considering the high threshold for copyright protection in apparel, it is nearly impossible for any apparel designer to get copyright protection for their designs.

C. Analogous Protection: The Vessel Hull Design Protection Act

The Vessel Hull Design Protection Act (VHDPA)[76] was signed into existence on October 28, 1998. It was added as a new chapter to the Copyright Act and is a groundbreaking piece of legislation. Before the passage of this bill, there was no protection available for utilitarian and functional works. The VHDPA marked the first time a design for a functional article would be protected as an original work. Although limited to designs for boat hulls, this protection is a beacon of hope for the fashion community.

The VHDPA provides protection for original designs of useful articles that make the articles' appearance more appealing and distinctive to their potential market.[77] Originality is defined as a veritable difference between prior art in similar articles and the article that is sought to be protected.[78] This difference cannot be trivial and the article cannot be copied from another design or source.[79] To be consistent with current copyright protection, the VDHPA limits its scope of protection. Commonplace designs, like geometric shapes and patterns, which are ordinary and common, are not protected.[80] If the design is purely utilitarian, meaning that it does not provide a more appealing or distinctive design, it also does not receive protection.[81] Moreover, there is a time bar that establishes that if the design

---

[74] Leicester v. Warner Bros., 232 F.3d 1212, 1216 (9th Cir. 2000) (citing Paul Goldstein, COPYRIGHT § 2.15.1, at 2:183 (1999)).
[75] Whimsicality, Inc. v. Rubie's Costume Co, Inc., 891 F.2d 452, 456 (2d Cir. 1989) ("Clothes are particularly unlikely to meet that test-the very decorative elements that stand out being intrinsic to the decorative function of the clothing."); *Id.* at 455 ("We have long held that clothes, as useful articles, are not copyrightable.").
[76] 17 U.S.C. § 1301.
[77] *Id.*
[78] *Id.*
[79] *Id.*
[80] 17 U.S.C. § 1302(2).
[81] 17 U.S.C. § 1302(4).

was made public in a foreign country more than two years previous to the filing of the application for registration, it shall not be protectable.[82]

Considering the utility of these articles, it made sense for Congress to enact this law in a way that would not hinder competition or create a monopoly. The term of protection is extremely important in order to avoid giving out monopolies on designs. Designs protectable under the VHDPA will receive protection for a term of ten years,[83] starting on the date of publication of the registration or the date the design was made public, whichever was earliest.[84] A work is made public when an article embodying the design is displayed, distributed or sold.[85] It is required that a notice be placed on the registered article which shall include the words "Protected Design" or its abbreviation "Prot'd Des.", or the letter D surrounded by a circle (much like the copyright notice).[86] It should also include the year that the protection for the design began as well as the name or the owner of said design.[87] The combination of these symbols serves the purpose of a constructive notice, viewable to the public to warn them that it is protected from infringement.

The owner of a design protected under the VHDPA is granted the exclusive right to make or import for use in trade any article that embodies their designs and sell, distribute or use for trade any article that embodies their designs.[88] It is an act of infringement if any person violates the exclusive rights granted to the design owner.[89] There is also a provision for infringement by a seller or distributor that states that such a person would be liable for infringement only under certain circumstances. The first of these circumstances is when he or she induced or acted with a manufacturer to make, and with an importer to import, any article that infringes the design, except ordering the purchase of that article in the normal course of business.[90] It is also infringement by a seller or distributor if he or she refuses or fails to disclose the source of the infringing article when requested by the design owner or he or she reorders the article after they received notice of the protection of said design.[91] Articles that infringe do not include photos or illustrations of the design.[92] The remedies that the owner has at his

[82] 17 U.S.C. § 1302(5).
[83] 17 U.S.C. § 1305(a).
[84] 17 U.S.C. § 1304.
[85] 17 U.S.C. § 1310(b).
[86] 17 U.S.C. § 1306(a)(A).
[87] 17 U.S.C. § 1306(a)(B)-(C).
[88] 17 U.S.C. § 1308.
[89] 17 U.S.C. § 1309(a).
[90] 17 U.S.C. § 1309(b)(1).
[91] 17 U.S.C. § 1309(b)(2).
[92] 17 U.S.C. § 1309(e).

disposition are not clear. However, the act is clear on the fact that the owner has the right to commence legal action against the infringer, but not on what damages can be awarded.[93] On the other hand, it is clear that the owner is entitled to injunctive relief under the principles of equity.[94]

The VHDPA is a sui generis form of protection, separate from copyright protection.[95] Like with any other piece of legislation, there is criticism. Some of the criticism it has received is based on the fact that there is no evidence to suggest that the act has actually been effective against infringement.[96] However, industry experts state that it has helped stimulate innovation. J.J. Marie, the president of a boat manufacturing company, stated that the VHDPA pushes their engineers and designers to create new and innovative designs,[97] which are precisely what intellectual property rights, as enacted in the Constitution, strive for.

Fashion design is not that different from the design of a boat. Like a boat hull, the design of a garment starts with an article of clothing that is commonly used, like a dress. During the creative process, ornamental features are added to increase its appeal and differentiate it from existing designs. All of this is done on a sketch. After all this is done, an article of clothing that embodies this design is created. The process is essentially the same, which is why the protection afforded to the design of boat hulls is a near perfect fit with fashion design.

IV. COMPARATIVE LAW: FASHION CAPITALS OF THE WORLD

A. European Union

The European Union was motivated to sign Directive 98/71/EC (the Directive) on October 13, 1998, because of the disparity amongst its members' design protection laws.[98] The disparity between the Member States' laws proved to be a problem that affected internal markets and distorted competition.[99] The Directive strives to create a uniform system

---

[93] 17 U.S.C. § 1321.
[94] 17 U.S.C. § 1322.
[95] THE UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE & THE UNITED STATES PATENT AND TRADEMARK OFFICE, THE VESSEL HULL DESIGN PROTECTION ACT: OVERVIEW AND ANALYSIS 1 (Nov. 2003), *available at* http://www.copyright.gov/reports/vhdpa-report.pdf [hereinafter VHDPA: OVERVIEW AND ANALYSIS].
[96] *Id.* at 9.
[97] *Id*. at 11 (citing J.J. Marie's testimony at the public hearings on the VHDPA).
[98] Directive 98/71/EC, of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the Legal Protection of Designs, 1998 O.J. (L 289) 28-33.
[99] *Id.*

where enacting laws to ensure enforcement is be left to each Member State.[100]

A "design," as defined in the Directive, is the appearance or part of the appearance of a product, taking into account all its features.[101] It has a wide scope and includes designs registered with the central offices of Member States, with the Benelux Design Office, or under international arrangements.[102] The prerequisites for registration are originality and individuality.[103] An article is original when there are no other identical designs previous to the filing of the application for protection.[104] It will be considered individual when the overall impression it creates on an informed user is different from the general impression created on said user by any other design made available to the public while taking into account the "freedom of the designer in developing the design."[105] The Directive explicitly denies protection to designs that are "purely utilitarian."[106] The term of protection is for a period of five years, renewable up to a total term of twenty-five years.[107] When a design owner registers her design, she granted the exclusive right to use it and to prevent a third party from using said design.[108] Although this is a European Union document, its implementation is in the hands of each of the Member States. Each State is responsible for enforcing the Directive and creating regulations that are consistent with it.[109]

The European Parliament made a wise decision in trying to create a uniform system of design protection. Drastically different systems amongst Member States would prove to be a hindrance to commerce. Fashion falls squarely into the scope of protection of this Directive, granting fashion designers a minimum set of protections within the borders of the European Union. However, these protections are the bare minimum that each Member State has to provide. To illustrate, it is useful to explain how the Directive has been implemented in France and Germany, countries with rich fashion industries worth protecting.

B. France

Historically, France has been at the forefront of the fashion industry. It is no surprise that it was one of the first countries to set in place a system of

---

[100] *Id.*
[101] *Id.* at 30.
[102] *Id.*
[103] *Id.*
[104] *Id.*
[105] *Id.*
[106] *Id.* at 31.
[107] *Id.*
[108] *Id.* at 32.
[109] *Id.* at 33.

copyright protection for fashion designs. The first case that afforded copyright protection to a fashion design was between Yves Saint Laurent (YSL) and Ralph Lauren in 1994.[110] Yves Saint Laurent sued Ralph Lauren for copyright infringement alleging that the latter had copied a black tuxedo dress from their line.[111] The French court ruled in favor of YSL, awarding them $395,000 in damages.[112] A war of words ensued and YSL was eventually found guilty of defamation and was ordered to pay damages to Ralph Lauren.[113] This was one of the first examples of copyright protection for fashion design in France.

All the laws pertaining to intellectual property in France are contained within the Intellectual Property Code.[114] When referring to copyrights, there is a list of works protected. Within the list there is a specific provision for fashion design. It reads:

> 14°. Creations of the seasonal industries of dress and articles of fashion. Industries which, by reason of the demands of fashion, frequently renew the form of their products, particularly the making of dresses, furs, underwear, embroidery, fashion, shoes, gloves, leather goods, the manufacture of fabrics of striking novelty or of special use in high fashion dressmaking, the products of manufacturers of articles of fashion and of footwear and the manufacture of fabrics for upholstery shall be deemed to be seasonal industries.[115]

The Code explicitly extends copyright protection to "articles of fashion." There is, however, a type of double protection under French law. The second type of protection comes from industrial design protection. The design of an article, its lines, colors, textures and materials, among other features, are protected as "designs."[116] No distinction is made between the

---

[110] Silvia Beltrametti, *Evaluation of the Design Piracy Prohibition Act: Is the Cure Worse Than the Disease? An Analogy with Counterfeiting and a Comparison with the Protection Available in the European Community*, 8 NW. J. TECH. & INTELL. PROP. 147 (2010). *See also* Emily S. Day, *Double-Edged Scissor: Legal Protection for Fashion Design*, 86 N.C. L. REV. 237, 266-67 (2007) (citing Societe Yves Saint Laurent Couture S.A. v. Societe Louis Dreyfus Retail Mgmt. S.A., Tribunal de Commerce Paris [Trib. Comm.] [Commercial Court] May 8, 1994, E.C.C. 512 (Fr.)).

[111] *Id.*

[112] *Id.*

[113] Amy M. Spindler, *Company News: A Ruling by French Court Finds Copyright in a Design,* N.Y. TIMES (May 19, 1994), http://www.nytimes.com/1994/05/19/business/company-news-a-ruling-by-french-court-finds-copyright-in-a-design.html.

[114] CODE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE [C. Intellectuelle] art. L111-1 et seq. (Fr.).

[115] *Id.* at art. L112-2.

[116] *Id.* at art. L511-1.

actual product and the features that are purely ornamental.[117] Like most copyright and design statutes, protection is limited to designs that are original and distinctive.[118] Design protection is afforded to, among others, works of fine art, architecture, applied art and plans for such works.[119] Also protected are illustrations of a scientific nature that include drawings, plans and sketches.[120]

C. Germany

Germany, like France, is no stranger to fashion design protection; though it is limited to design protection. No copyright protection is afforded to fashion design per se.[121] Protection for fashion design comes from its Design Act.[122] For the purposes of this law, the works protected are: industrial designs, complex products with composite parts, and two and three-dimensional patterns including their lines, shapes and other features.[123] These designs are protected only if they are original.[124] Originality centers on the difference of the claimed design against the previously available designs. If the differences between the new and previous designs are trivial, the design will not be protected.[125]

When a design is infringed, a number of remedies are available to the design owner. First and foremost, the owner has a right to injunctive relief.[126] However, damages are available only when the infringer had intent or was negligent.[127] Also, the design owner has a right to ask for the recall, destruction or transfer of the infringing items.[128]

Europe is an innovator when it comes to fashion design protection, going to great lengths to protect their designers. It is hardly a surprise that one of the countries at the forefront of fashion would have such extensive protection for their fashion designers. What is surprising is that another such country, the United States, has such meager protection for is fashion designers.

---

[117] *Id.*
[118] *Id.* at art. L511-2.
[119] *Id.* at art. L112-2.
[120] *Id*.
[121] Gesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [UrhG] [Copyright Act], Sept. 9, 1965, BGBL. I at 1273. (Ger.).
[122] Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen [GeschmMG] [Design Act], Mar. 12, 2004, BGBL I at 390, § 1. (Ger.).
[123] *Id.* at § 1.
[124] *Id.* at § 2(1).
[125] *Id.* at § 2(2).
[126] *Id.* at § 42(1).
[127] *Id.* at § 42(2).
[128] *Id.* at § 43.

V. INTERNATIONAL TREATIES: GLOBAL TREND

A. TRIPS

The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) was signed on April 15th 1994, as part of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization.[129] The purpose of this agreement is to protect intellectual property rights in order to promote innovation and dissemination of new products, creating a balance between the rights and the obligations of the owners.[130] However, the protection afforded by the agreement would be a bare minimum.[131] Certain enforcement procedures are laid forth in Part II of the agreement including specific procedures for copyrights,[132] trademarks,[133] patents,[134] and industrial design.[135] When it comes to copyrights, the problem is that it is as limiting with respect to fashion design as the current United States protections. Great lengths are being taken increase protection of intellectual property, yet they do not seem to include fashion design.

B. ACTA

The World Trade Organization has also approved various other treaties regarding intellectual property and counterfeiting, including the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), which was signed on October 2011.[136] At the moment, the only country to ratify the agreement is Japan. Hence, the problem with this treat, in addition to the criticism it has received, is the fact that it only has only been ratified by one signatory country.

ACTA is very specific as to counterfeit goods. It includes provisions for counterfeiting trademarks, copyrights and even electronics and motion pictures.[137] Although it was signed by a number of signatories, also known as parties, it has not come into effect yet. As it states in its text, the agreement will only be enforceable after six signatories ratify the document.[138] Although the agreement could be a positive thing for the enforcement of intellectual property rights, it does pose some problems.

---

[129] Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 33 I.L.M. 1197.
[130] *Id.* at 1200.
[131] *Id.* at 1199.
[132] *Id.* at 1201-1203.
[133] *Id.* at 1203-1205.
[134] *Id.* at 1205-1207.
[135] *Id.* at 1207.
[136] Anti-Counterfeiting Trade Agreement, Oct. 1, 2011, 50 I.L.M. 239 [hereinafter ACTA].
[137] *Id.* at 244-245.
[138] *Id.* at 256.

One such problem is the fact that it does not provide for uniformity. Each party has the right to create whatever system or method it deems appropriate within its legal system to enforce intellectual property rights.[139] This creates a disparity across borders. While no country can provide less protection than the one prescribed in the agreement, they can provide more.[140] This poses a problem when a country with more protection feels that another country is lacking in theirs. It might seem like an unfair and one-sided bargain.

The most significant problem it poses to fashion designers is in the definitions section. When defining counterfeit and pirated goods it states that:

> [p]irated copyright goods means any goods which are copies made without the consent of the right holder or person duly authorized by the right holder in the country of production and which are made directly or indirectly from an article where the making of that copy would have constituted an infringement of a copyright or a related right under the law of the country in which the procedures set forth in Chapter II (Legal Framework for Enforcement of Intellectual Property Rights) are invoked.[141]

This means that the kind of intellectual property protected varies by state and country. An article would only be counterfeit when it is considered to infringe a copyright in that particular country. Moreover, it restates this principle in Art. 3 (2): "[t]his Agreement does not create any obligation on a Party to apply measures where a right in intellectual property is not protected under its laws and regulations."[142] In the United States, that would mean that no new protection would be afforded to fashion designers. Again, this contributes to the disparity between countries. France would have an immense amount of protection in comparison to other signatory countries that don't provide such stringent levels of protection, resulting in unrest among rights holders.

The ACTA agreement provides for an array of remedies and procedures to protect intellectual property rights. It states that it is necessary for each party to make available or, in the case they do not exist, create civil procedures to enforce intellectual property rights.[143] It also requires that the parties authorize their respective judicial authorities to award damages in cases of infringement and state what will be considered in

---

[139] *Id.* at 243.
[140] *Id.*
[141] *Id.* at 245.
[142] *Id.* at 244.
[143] *Id.* at 245.

the computation of such damages in a civil case.[144] Things to be considered in the computation of the amount of damages include, but are not limited to: "lost profits, the value of the infringed goods or services measured by the market price, or the suggested retail price."[145] The agreement also states that the judicial authority has the power to order the infringer to pay the amount received from the infringing product.[146] The real difficulty comes into play in the actual computation of the award of damages. Which statute should apply? The amount of damages can be an extremely high number, for example, if it were to be based on the suggested retail price. Let's say that an infringing garment has a suggested retail price of five hundred dollars. One hundred such infringing products were seized at the border and never made it into the country, meaning that no profits were derived from the infringing product. Nevertheless, the court could impose a fine of fifty thousand dollars for damages the right holder has not yet suffered. It poses a problem of proportionality between the damage suffered and the amount awarded for statutory damages.

The remedies are not limited to the civil ambit. There are provisions that require that the parties provide for criminal procedures in the case that the counterfeiting or piracy is intentional and willful.[147] ACTA states that the penalties in those types of cases should be imprisonment and/or monetary fines.[148]

Other relevant provisions of this agreement are the border measures. The most important provision in this section is in regard to trade barriers. Article 13, note 6 of ACTA, explains that the scope of the border measures shall be consistent with the domestic protection of intellectual property rights as well as provide for the protection of legitimate trade.[149] Moreover, it is not allowable to discriminate between different intellectual property rights.[150] The agreement requires that each party create procedures for the importation and exportation of goods where the customs department can suspend the release of goods they suspect to be counterfeit, acting on their own initiative.[151] It also provides for the right holder's rights. A right holder can request to stop the release of suspicious goods seized by a customs official.[152] This responsibility, however, is not to be taken lightly. The parties

---

[144] *Id.* at 246.
[145] *Id.*
[146] *Id.*
[147] *Id.* at 250.
[148] *Id.*
[149] *Id.* at 247.
[150] *Id.*
[151] *Id.* at 248.
[152] *Id.*

also have to create a procedure for the authorized party to determine whether the good is infringing any intellectual property right.[153]

These provisions try to implement a system to ebb the flow of counterfeit goods into signatory countries and deter infringement. The provisions for civil, criminal and border measures could possibly help cut that flow. The problem is the cost of these procedures to society.

ACTA has been subject to significant criticism. Some critics worry about the statutory damage and asset seizure rules, and their over-zealousness.[154] Others focus on the secrecy of the negotiations.[155] Some governments have also criticized the expansiveness of ACTA. They contend that the implementation of this act could negatively affect emerging economies.[156] They specifically worry about the possible effect on medications and food.[157] They focus on Art. 6 (1) of the agreement: "[t]hese procedures shall be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse."[158] There seems to be a safeguard against limiting what seems to be legitimate trade. Yet, considering all the provisions discussed above, it seems like it could be a legitimate concern. All in all, the critics think that this agreement is too expansive and may have a ripple effect on countries other than the signatories.[159] Until it achieves ratification by six signatories, though, its effects will remain largely unknown.

VI. PROPOSED LEGISLATION: A NEW SEASON IN LEGISLATION

A. Innovative Design Protection and Piracy Prevention Act

The 112th Congress introduced two bills on fashion design protection. The first was introduced on July 13, 2011 by Rep. Bob Goodlatte.[160] The Innovative Design Protection and Piracy Prevention Act of 2011 (ID3PA) sought to provide a type of sui generis protection to fashion design by amending the Vessel Hull Design Protection Act,[161] adding fashion design to

---

[153] *Id.* at 249.
[154] Erik Kain, *Final Draft of ACTA Watered Down, TPP Still Dangerous on IP Rules*, FORBES (Jan. 28, 2012, 9:23 AM), http://www.forbes.com/sites/erikkain/2012/01/28/final-draft-of-acta-watered-down-tpp-still-dangerous-on-ip-rules/.
[155] Eric Kain, *If you Thought SOPA was Bad, Just Wait Until you Meet ACTA*, FORBES (Jan. 23, 2012, 11:10 AM), http://www.forbes.com/sites/erikkain/2012/01/23/if-you-thought-sopa-was-bad-just-wait-until-you-meet-acta/.
[156] *Id.*
[157] ACTA, *supra* note 136, at 245.
[158] *Id.*
[159] Kain, *supra* note 155.
[160] H.R. 2511, 112th Cong. (1st Sess. 2011).
[161] VHDPA: OVERVIEW AND ANALYSIS, *supra* note 95.

the VHDPA. It purported to do so by amending the definitions in order to include fashion design. Fashion design was defined as "the appearance as a whole of an article of apparel, including its ornamentation,"[162] which in turn includes original and not original elements that are unique and original and stem from the designer's creative process.[163] Another important term attempted to be defined was "substantially identical," which is an article of apparel that is so similar as to be indistinguishable from the protected design.[164] To infringe, an article must be substantially identical to the protected design and cannot be the result of independent creation.[165] An article that is produced for personal use and is not offered for sale or lease was considered non-infringing under the proposed "Home-Sewing Exception."[166]

The VHDPA establishes a ten-year term of protection for vessel hull designs. Considering the short cycle of fashion, ten years of protection would be excessive, which is why the ID3PA established a three-year term of protection more consistent with the fashion cycle.[167]

The ID3PA was referred to the Committee on the Judiciary on July 13, 2011. On August 25 of the same year, this bill was then referred to the Subcommittee on Intellectual Property, Competition and the Internet.[168] No further action was taken and, since a new Congress was elected, said bill is no more. A year after the original bill, a companion piece was introduced in the Senate.

B. Innovative Design Protection Act

In 2012, Sen. Charles Schumer introduced the Innovative Design Protection Act of 2012 (IDPA). Like its predecessor in the House of Representative, ID3PA, the IDPA sought to amend the Vessel Hull Design Protection Act to include fashion design. This bill was introduced on September 9 of 2012 and was subsequently referred to the Committee on the Judiciary. On September 20th, the Committee reported favorably on it but no further action has been taken.

The IDPA, much like the ID3PA, defines fashion design, but it also defines "apparel."[169] Included within "apparel" are clothing, undergarments,

---

[162] H.R. 2511, 112th Cong. § 2 (1st Sess. 2011).
[163] *Id.*
[164] *Id.*
[165] *Id.*
[166] *Id.*
[167] *Id.*
[168] *Bill Summary & Status H.R. 2511 112th Congress*, THE LIBRARY OF CONGRESS THOMAS (retrieved Dec. 12, 2012).
[169] S. 3523, 112th Cong. § 2 (2012).

outerwear, headgear and footwear, as well as handbags and eyewear.[170] Other differences between the ID3PA and the IDPA are related to infringement. Under the IDPA, a designer has to provide written notice of the protected design to the person he or she suspects infringed their right.[171] The designer must then wait for a period of 21 days after the written notice has been given to institute an action for infringement.[172] The infringer would only be liable for the damages accrued after the civil action is commenced.[173]

Both the IDPA and the ID3PA were the source of significant criticism. Retailers, fashion designers, fashion firms and professors all voiced their opinion.

C. Criticism

1. Consumer Access

Consumers are the driving force of the fashion industry. One of the biggest concerns on the passage of any law protecting fashion design is how it may affect consumer access. Will protecting fashion designs make affordable apparel choices unavailable to the consumer market? Opinions vary greatly on this particular point.

Supporters of increased protection for fashion designs argue that the proposed legislation would not reduce the consumer market for affordable apparel. Fashion design protection seeks to protect against what designers call "knock-offs" produced by copyists, who essentially copy high-end designs stitch by stitch.[174] However, there would be no prohibition against the so-called "inspired by" options.[175] Even if the market was devoid of knockoffs, there would be no shortage of products in the inspired-by category. Moreover, high fashion firms are deciding to expand their portfolios to create lower-priced lines.[176] Designers like Missoni,[177] the Olsen

---

[170] *Id.*
[171] *Id.*
[172] *Id.*
[173] *Id.*
[174] *Id.*
[175] *Hearing on H.R. 2511*, *supra* note 168, at 7-8 (statement of Lazaro Hernandez, Proenza Schouler).
[176] Hillary Moss, *Missoni might do a Lower-Priced Line, Not to be Confused with a Low Price Line*, N.Y. MAG. (Nov. 15, 2012, 5:53 PM), http://nymag.com/thecut/2012/11/missoni-might-do-a-lower-priced-line.html.
[177] Rebecca Willa Davis, *First Look: Olsenboye*, NYLON MAG. (Dec. 14, 2009), http://www.nylonmag.com/?parid=3958&section=article.

twins,[178] and Jean Paul Gaultier[179] have all created lower end lines in order to attract a different market segment. Fashion firms have also begun creating partnerships with retailers to make their lines accessible to the average consumer.[180] In the last couple of years, designers like Narciso Rodriguez[181] and Zac Posen[182] have collaborated with Kohl's and Target to create capsule collections at low price points. By protecting designers from piracy and allowing for increased protection, it's possible that the proposed pieces of legislation would only add to the already wide array of options the consumer has when it comes to apparel and accessories.

2. Trend v. Copy Dichotomy

Opponents of increased protection for fashion designs refer to trends as a major driving force in fashion.[183] According to some, "copying creates trends, and trends are what sell fashion."[184] According to the same sources, copying a trend accelerates the fashion cycle, meaning that designers are forced to become even more creative and produce new designs.[185] This would seem prove that copying really does help designers, but is it copying or trends that help this phenomenon?

Following a trend is not copying. Copying is a literal copy, a replica.[186] Their effect is a dilution of the original design.[187] Inspired options, on the other hand, take inspiration from the original and interpret it in a new garment.[188] Opponents state that the line between copying and inspiration is hard to define.[189] The best example of this is Professor Jeannie Suk's view on

---

[178] Kerry Folan, *Jean Paul Gaultier Plans a Lower-Priced Streetwear Line*, RACKED MAG. (Dec. 4, 2012), http://racked.com/archives/2012/12/04/jean-paul-gaultier-plans-lowerpriced-streetwear-line.php.

[179] *Hearing on H.R. 2511*, *supra* note 168, at 4 (statement of Lazaro Hernández, Proenza Shouler).

[180] Ray A. Smith, *The Fixer in the House of Narciso*, WALL ST. J. (Dec. 12, 2012), http://online.wsj.com/article/SB10001424127887323501404578165183483858450.html.

[181] Ray A. Smith, *The Fixer in the House of Narciso*, WALL ST. J. (Dec. 12, 2012), http://online.wsj.com/article/SB10001424127887323501404578165183483858450.html.

[182] Adrienne Gaffney, *Zac Posen Originals v. Zac Posen for Target*, VANITY FAIR (Apr. 15, 2010, 12:11 PM), http://www.vanityfair.com/online/daily/2010/04/zac-posen-vs-zac-posen-for-target.

[183] *Hearing on H.R. 2511*, *supra* note 168, at 80 (statement of Prof. Kal Raustiala, UCLA School of Law & Prof. Christopher Sprigman, UVA School of Law).

[184] *Id.*

[185] *Id.*

[186] C. Scott Hemphill & Jeannie Suk, *The Law, Culture, and Economics of Fashion*, 61 STAN. L. REV. 1147, 1159 (2009).

[187] *Id*. at 1160.

[188] *Id.*

[189] *Hearing on H.R. 2511*, supra note 168, at 80 (statement of Prof. Kal Raustiala, UCLA School of Law & Prof. Christopher Springman, UVA School of Law).

trend adoption. According to Prof. Suk, a fashion design has two elements: the trend and its differentiating features.[190] If a lower-end designer wanted to capitalize on the trend, he or she would only copy the trend element of the design. However, the copyist capitalizes on the whole design, including the differentiating features that have no bearing on the trend. The line is not as blurry as opponents make it seem. Line for line copying should not be allowed.

3. Smaller Firms Against the World

There is a lot of opposition to the IDPA. As explained before, there are many arguments to be made against it. But, there is an important aspect of these bills that has rarely been discussed: design piracy and counterfeiting's devastating effect on smaller design firms.

As up and comers, designers strongly rely on their creativity and innovation to create a collection and make sales. These designers are losing orders every day.[191] Unlike well-known designers, emerging designers do not have the advantage of a strong brand or high-end customers willing to pay thousands for their designs.[192] They cannot rely on trademark protection like so many other designers like Louis Vuitton, which prominently displays its trademarked logo on its products. This means that they are at a significant disadvantage.

The fashion industry is a very cutthroat market; design positions are limited and there are only so many fashion firms. It is particularly difficult for emerging designers to enter the market and effectively compete considering the barriers and struggles that design piracy creates.[193] The problem becomes more acute when legal costs are considered. In the end, this legislation seems to favor the emerging designers by giving them a chance to protect designs and protect their livelihood.

4. Consumer Market Differentiation

Opponents of the two bills have cited market differentiation as a point against designers. They have tried to prove that copying is not harmful by stating that an identical copy does not compete with the original.[194] Their

---

[190] Hemphill & Suk, *supra* note 186, at 1166.
[191] *Hearing on H.R. 2511*, *supra* note 168, at 4 (statement of Lazaro Hernandez, Proenza Shouler).
[192] *Id.* at 16 (statement of Prof. Jeannie Suk, Harvard Law School).
[193] *Id.*
[194] *Id*. at 84 (statement of Prof. Kal Raustiala, UCLA School of Law & Prof. Christopher Sprigman, UVA School of Law).

basis is the fact that their market segments are different.[195] The elite consumer who purchases a designer handbag for thousands of dollars has a higher acquisitive power than the consumer that can only afford an inexpensive replica. What opponents do not take into account is the aspirational quality of designer goods.

High fashion design has a distinct characteristic: it goods are often considered aspirational products. These products are targeted at a market segment, the aspirational segment. When a consumer purchases items from a certain brand that makes them feel successful on account of the fact that it is usually a product consumed by the higher classes, that brand is known as an aspirational brand.[196] It is more of a wish than a reality; these goods target the dreams of the consumers, what they wish they could consume.[197] Aspirational goods are particularly important to a market, especially when considering expansion. In the luxury goods market this is an extremely important segment. Marc Beckman, an industry expert, told the New York Times recently that: "When you present a luxury brand, in my opinion it's not about being accessible — it's all about the dream, it's all about the aspiration."[198] That is, fashion designers sell glamour and a new way of life that consumers aspire to in the future.[199] What does this mean for Copyright protection?

With luxury goods, there is no clearly defined market. Granted, there is the luxury market but, considering the aspirational quality of the good, there is a broader market. These goods and products serve as an aspiration for consumers who cannot afford the product at the moment. In the future, they would like to own one such product. If this aspirational consumer is willing to spend years saving up enough money to buy a luxury designer brand, the designers should be protected against copyright infringement. When that person finally acquires the good, they should be rewarded with the knowledge that their hard work to earn the money to acquire it was not in vain; that there is no underground market for such goods.

---

[195] *Id.*

[196] Suzanne Hadder, *Seven Ways to Woo the 'Aspirational' Luxury Customer*, MARKETING PROFS http://www.marketingprofs.com/8/seven-ways-to-woo-aspirational-luxury-customers-hader.asp#ixzz2Ol8PWx1q (Last visited on Mar. 27, 2013).

[197] U.S. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, CREATING, COMMUNICATING, AND DELIVERING VALUE: GUIDELINES FOR MARKETING EPA PARTNERSHIP PROGRAMS 15 (Dec. 2007), http://www.epa.gov/oar/caaac/guidelines/Marketing.pdf (citing Nordhielm, C.L., Marketing Management: The Big Picture (John Wiley & Sons 2005)).

[198] Stephanie Clifford, *High Fashion, No Airbrushing*, N.Y. TIMES (Oct. 19, 2012), http://www.nytimes.com/2012/10/20/business/rent-the-runway-uses-real-women-to-market-high-fashion.html?_r=0.

[199] *Luxury Brands: Marketing the Upscale During a Downturn*, KNOWLEDGE@WHARTON (Nov. 12, 2008), http://knowledge.wharton.upenn.edu/article.cfm?articleid=2091.

VII. CONCLUSION: A HYBRID DESIGN

High Fashion design is an important segment of the economy. It is also an important part of the creative world, which is why it should receive the same protections as any other creative industry.

With prospective legislation now at a standstill in Congress, it is necessary to consider alternatives for the protection of high fashion design. The ideal protection for this industry would be a temporal protection limited to a maximum of three years as proposed by the Innovative Design Protection Act of 2012. But the definitions and protections provided seem to be anemic when compared to European nations.

Uniformity in an industry is helpful. The European Union capitalized on this and created a directive that would provide a minimum protection for fashion designs. The United States should take a page out of their book and create a standard of protection congruous with their European counterparts to protect the fashion industry. However, a hybrid design should be created, tailored to fit current copyright protection.

Current legislation is a sui generis type of protection molded on design protection for vessel hulls. This proposed legislation should take examples from the French Intellectual Property Code to amend the Copyright Act. Fashion design is just like every other creative art and should be afforded copyright protection as such. It will be interesting to see how the industry reacts to this type of protection. Only time will tell with the Innovative Design Protection Act of 2012. Hopefully, tailor made couture legislation is in style for the Spring-Summer 2013 season.

EL FIDEICOMISO PÚBLICO COMO HERRAMIENTA DE DESARROLLO ECONÓMICO: UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA Y DE ANÁLISIS DE ALTERNATIVAS

GUSTAVO TORRES VIERA*

I. Introducción 135

II. Caída de la Corona Española 136

III. Operaciones nacionales bajo el control militar estadounidense (1898-1930) 138

A. Ley Foraker (1900-1917) 139

B. La Ley Jones (1917) 143

C. Sección 262 del Código de Rentas Internas de Estados Unidos (1921) 145

IV. Desde la Gran Depresión a la Constitución del Estado Libre Asociado (1930-1952) 146

A. La Compañía de Fomento de Puerto Rico 148

B. El Banco Gubernamental de Fomento para Puerto Rico (BGF) 148

C. Crecimiento de las agencias públicas en Puerto Rico 149

D. Operación Manos a la Obra 150

E. La Constitución del Estado Libre Asociado 151

V. Desarrollo luego de la Constitución (1952-2000) 152

A. Sección 936 de la Ley de Reforma Contributiva de 1976 154

B. Sección 30-A 157

VI. El déficit, la deuda y el gasto público de Estados Unidos y Puerto Rico (2000-2010) 157

A. Perspectiva *micro* 159

B. Perspectiva *macro* 163

C. La estrategia de la Reserva Federal: *Credit Easing* 165

D. American Recovery and Reinvestment Act (A.R.R.A.) 166

E. ¿Cuál es el panorama actual? 168

---

*Gustavo Torres Viera culminó su tercer y último año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico en el 2013. Además, posee una Maestría en Finanzas de la Escuela Graduada de Administración de Empresas de la Universidad de Puerto Rico recinto de Rio Piedras. El autor desea extender sus más sinceros agradecimientos a la Profesora Ana C. Gómez Pérez y al Profesor Carlos A. Colón De Armas por su apoyo fundamental en este escrito.

VII. Propuesta para un fideicomiso perpetuo del Fondo General 174
A. El fideicomiso puertorriqueño 175
B. El fideicomitente 177
C. El fiduciario 177
D. El fideicomisario 180
E. Peculiaridades del fideicomiso puertorriqueño 181
F. Fideicomiso de inversión con fines públicos 182
G. Análisis de la viabilidad de esta propuesta 186
VIII. Conclusión 188

I. INTRODUCCIÓN

Al igual que los Jueces Trías Monge y Negrón García,[1] encuentro que todo escrito debe ser armonizado con pequeños extractos de literatura que ambienten la discusión.

> "Ya no eres, patria, un átomo perdido que al ver su propia pequeñez se aterra, ni un jardín escondido en un pliegue del manto de la tierra. Eres el pueblo que su voz levanta si la justicia y la razón le abona, que las exequias del pasado canta y el himno santo del progreso entona".
>
> -Puerto Rico; José Gautier Benítez

Puerto Rico tiene una historia digna de ser comparada con aquella fábula bíblica del Primer Libro de Samuel, o incluso con historias contemporáneas como aquel pequeño ala defensivo de la Universidad de Notre Dame en 1976. Nuestra pequeña isla ha enfrentado directamente dos de las naciones más poderosas del mundo a través de su breve historia. Este escrito ilustra cuál ha sido el resultado de estos combates y cómo Puerto Rico ha sido capaz de adaptarse a un desarrollo económico acelerado y lleno de obstáculos. A través de lo discutido se utilizará una perspectiva histórica para encontrar y resaltar cuales fueron las condiciones ordenadoras que influenciaron las normas reguladoras de nuestras decisiones económicas y de finanza pública.

Muchos autores concurren que cualquier discusión de las finanzas públicas debe comenzar por una evaluación de la situación económica del

[1] *Véase* por ejemplo Banco Santander v. Rosario Cirino, 126 DPR 591 (1990).

país.[2] La situación económica no es producto independiente de lo reciente y mucho menos de lo inmediato. El conocer la historia permite explicar nuestra situación económica actual y, a su vez, permite un análisis prudente sobre la viabilidad de cualquier propuesta económica. Como nos dice el poeta y filósofo español Jorge A. de Santayana "quien olvida su historia está condenado a repetirla". Conforme a esta enseñanza, presentaré a continuación un recuento de la historia económica de Puerto Rico que permita sentar las bases para la viabilidad de mi posterior propuesta.

II. CAÍDA DE LA CORONA ESPAÑOLA

A pesar de que la producción de Puerto Rico aumentó durante el último tercio del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX, la calidad de vida de la mayoría de los puertorriqueños mejoró muy poco durante ese periodo. La gran mayoría de la población, era analfabeta y el control colonial sobre la diseminación de información continuó siendo muy fuerte.[3]

Durante esa época, España intentaba obstaculizar el desarrollo de la manufactura y la industrialización prohibiendo la importación de maquinaria industrial e imponiendo restricciones al crédito y a la banca. Fue gracias a estas prácticas que la producción de azúcar se convirtió en el producto agrícola de exportación más importante de Puerto Rico. El complemento ideal surgió cuando España liberalizó su política comercial permitiendo a los productores y comerciantes locales buscar, legal y abiertamente, otros clientes fuera de España. Los Estados Unidos fueron los que más se beneficiaron de dichas reformas debido a la proximidad geográfica, su poder de compra y floreciente economía. Ya para fines del siglo XIX, Estados Unidos se había convertido en uno de los socios comerciales más grandes de Puerto Rico.[4]

El siglo XIX reveló a una España como potencia mundial debilitada. España se deterioró económica y militarmente y fue quedando cada vez más rezagada con respecto al resto de Europa. Los historiadores apuntan que el

---

[2] Armando Valdés Prieto, *Análisis de la situación fiscal de Puerto Rico y de los hallazgos del Consejo Asesor de Reconstrucción Económica y Fiscal (CAREF)*, 1 (2008), http://69.89.25.193/~armandov/wpcontent/uploads/2009/01/analisis_sobre_situacion_fiscal_de_puerto_rico.pdf.

[3] JAMES L. DIETZ, HISTORIA ECONÓMICA DE PUERTO RICO 29 (4ta ed. 2007).

[4] Para el año 1830, el 49 por ciento de las exportaciones de Puerto Rico (en valor) las compraban los Estados Unidos y 6.8 por ciento España, mientras que 27.2 por ciento de las importaciones provenían de los Estados Unidos y 12.1 por ciento de España; las Antillas, incluyendo las otras colonias españolas, suplían el 53.5 por ciento de las importaciones de Puerto Rico y compraban el 25.7 por ciento de las exportaciones. JULIAN H. STEWARD, THE PEOPLE OF PUERTO RICO 52 (1956).

deterioro se debió a que España no había tenido una revolución capitalista burguesa como las que estremecieron a Inglaterra, Francia y Alemania.[5]

La decadencia de España como imperio fue inevitable. Las nuevas naciones capitalistas-expansionistas, más dinámicas y productivas, principalmente en Europa Occidental y los Estados Unidos, dejaron postergado el orden económico del sistema feudal y el agarre *asfixiante* de monopolio estatal sobre el comercio, existente en España.[6]

Además, las guerras de España con Inglaterra y Francia en el continente europeo tuvieron repercusiones directas e inmediatas en sus colonias. El control colonial menos directo proporcionó la libertad que necesitaba la élite criolla de las colonias para extender su poder ya a una superestructura política. Fue para este periodo que comenzaron a propagarse las revoluciones nacionales en donde las exigencias encaminadas a obtener un mayor control local se transformaron en movimientos de independencia.[7]

Puerto Rico se convirtió en el refugio de los leales que huían de las colonias rebeldes. Por tal razón, llegaron a Puerto Rico durante este periodo de revoluciones latinoamericanas, "los que más se oponían a la independencia de las colonias y los más intransigentes en su punto de vista sobre el liberalismo".[8]

Para fines del siglo XIX las empresas norteamericanas con intereses en Cuba, en su mayoría compañías azucareras, estaban preocupadas por los movimientos revolucionarios en la Isla.[9] La incapacidad de España para contener el movimiento sembró el temor en los estadounidenses debido al riesgo inherente al que quedaban sus inversiones. Por tal razón, y luego de la misteriosa caída del *S.S. Maine (ACR-1)*, Estados Unidos entró a la Guerra Hispano-cubana.

Al terminar el breve combate, Cuba obtuvo su independencia de España y los norteamericanos obtuvieron las colonias españolas de Filipinas, Guam y Puerto Rico como botín conforme al Tratado de París.[10] Los

---

[5] ERIC HOBSBAWN, THE AGE OF REVOLUTION: EUROPE 1789-1848 (1962). El historiador británico Eric Hobsbawm identifica la Revolución Industrial en Inglaterra y la Revolución Francesa y subsiguientes guerras Napoleónicas como los 2 movimientos principales de esa época.

[6] DIETZ, *supra* nota 3, en la pág. 30.

[7] Fechas de Independencia en Latinoamérica contra el Gobierno Español (1810-1830); Venezuela 5 de julio de 1810; Colombia 20 de julio de 1810; Paraguay 14 de mayo de 1811; Argentina 9 de julio de 1816; Chile 12 de febrero de 1818; Perú 28 de julio de 1821; Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Honduras 15 de septiembre de 1821; México 16 de septiembre de 1821; Panamá 28 de noviembre de 1821; Ecuador 24 de mayo de 1822; Bolivia 6 de agosto de 1825; Uruguay 25 de agosto de 1825.

[8] DIETZ, *supra* nota 3, en la pág. 31.

[9] *Id.*

[10] El Tratado de París fue firmado el 10 de diciembre de 1898 y ratificado por el Congreso el 11 de abril de 1899.

puertorriqueños no tuvieron voz sobre esta transferencia de dominio colonial. El artículo IX del Tratado contenía la base normativa del poder que Estados Unidos ejerció sobre la población de los territorios cedidos. Esta disposición establecía "que los derechos civiles y el estatus político . . . de los territorios cedidos serían determinados por el Congreso de Estados Unidos".[11] Además la sección tercera del artículo IV de la Constitución Americana (cláusula territorial) dictaminaba que "el Congreso tendrá poder para adoptar toda la reglamentación concerniente, así como para disponer de, el Territorio y cualquier otra propiedad perteneciente a Estados Unidos".[12]

Conforme a estas disposiciones, desde octubre de 1898 hasta abril de 1900, Puerto Rico fue gobernado por las fuerzas militares estadounidenses que habían ocupado la isla luego de derrotar a los españoles. Muchos de los puertorriqueños le dieron la bienvenida a las fuerzas invasoras, pues para ellos los Estados Unidos representaban una alternativa democrática a la opresión y al atraso de la dominación española.[13] A continuación veremos si este pensar continuó gobernando la mente del puertorriqueño.

III. OPERACIONES NACIONALES BAJO EL CONTROL MILITAR ESTADOUNIDENSE (1898-1930)

Tres gobernantes militares consecutivos administraron la nueva colonia y dirigieron los esfuerzos para mejorar las condiciones de vida en la Isla.[14] Se amplió el acceso a la educación condicionada a que se instruyera en inglés. También se mejoraron los servicios de salud, las comunicaciones, las carreteras y el servicio público, aunque algunos historiadores aseguran que estos cambios no alteraron mucho las condiciones de vida para la mayoría de los puertorriqueños.[15]

En asuntos fiscales, se mantuvieron las disposiciones vigentes por el gobierno español modificadas levemente para que no existiera discrimen hacia los productos extranjeros. Además, se modificó para que los productos provenientes de España pagaran la misma tarifa impuesta a productos similares de otros países. Según un estudio realizado por el Comisionado Presidencial en la Isla, Henry K. Carrol, en Puerto Rico existía un sistema de impuesto directo sobre renta de propiedad que proveía al erario un recaudo

---

[11] Tratado de París, EE.UU.-España, art. IX, 10 de diciembre de 1898, 30 Stat. 1754.

[12] Efrén Rivera Ramos, *Antecedentes históricos de la autonomía política de Puerto Rico como Estado Libre Asociado: Elementos definidores de la autonomía política puertorriqueña y sus fuentes de Derecho*, 74 REV. JUR. UPR 241, 245-46 (2005).

[13] DIETZ, *supra* nota 3, en la pág. 100.

[14] Comandante General John R. Brooke; Comandante General Henry y Brigadier General George W. Davis.

[15] *Véase* United Press, *Reports Porto Rico Happy and Prosperous*, THE PITTSBURGH GAZETTE TIMES, 23 de octubre de 1910, en la pág. 7, *disponible en* http://news.google.com/newspapers?id=_cIwAAAAIBAJ&sjid=iWYDAAAAIBAJ&hl=es&pg=2106%2C3914718.

aproximado de $410,000. Además, militaba un impuesto industrial y comercial que recaudaba al erario unos $240,000. En opinión del Comisionado, los impuestos que regían no eran muy opresivos y eran evaluados equitativamente.[16]

Para Estados Unidos, el dilema de qué hacer con los territorios adquiridos a través de la Guerra Hispanoamericana representó un periodo de experimentación económica, política y legal. Muchos miembros de la élite puertorriqueña comenzaron a viajar a Washington para plantear exigencias de cambio y establecer sus posturas ante el Departamento de Guerra[17] y el Congreso. Como no se había resuelto el estatus legal de Puerto Rico *vis-á-vis* los Estados Unidos, se mantuvieron los aranceles sobre los bienes que fluían entre ellos, y en algunos casos incluso aumentaban pues Puerto Rico seguía siendo técnicamente un país extranjero.[18] El pensar general del Congreso era que la nueva colonia de Puerto Rico era propiedad de Estados Unidos, obtenida legítimamente; este modo de pensar se expresó posteriormente en la siguiente Ley.

A. Ley Foraker (1900-1917)[19]

Al Puerto Rico considerarse un país extranjero regía sobre la Isla el *Dingley Act.*[20] Este estatuto establecía que todo el dinero recaudado de los productos provenientes de la isla en los puertos estadounidenses pasaba a la Tesorería federal.[21] Este régimen ponía en evidente detrimento a la Isla y fue objeto de fuertes quejas por parte de los sectores que veían sus intereses seriamente afectados por su implementación.[22] El presidente William McKinley, consciente de la crítica situación que atravesaba la Isla, solicitó al Congreso que redactará legislación que permitiera relocalizar el dinero recaudado para que sirviera para su uso y beneficio. El Congreso, conforme a lo recomendado por McKinley, redactó el proyecto del 24 de marzo de 1900. Este proyecto se presentó como remedio para cubrir la necesidad de los puertorriqueños de financiar y sostener sus actividades gubernamentales.[23] Luego de varias vistas y discusiones, el proyecto se convirtió en la Ley Foraker el 12 de abril de 1900 (en adelante, la "Ley Foraker").

---

[16] *Véase también* Carlos E. Díaz Olivo, *The Fiscal Relationship Between Puerto Rico and United States: A Historical Analysis*, REV. COL. ABOG. P.R., Abr.-Sept. 1990, en las págs. 5-6.
[17] Para aquel tiempo el Departamento de Guerra administraba la política colonial.
[18] MARÍA DOLORES LUQUE DE SÁNCHEZ, LA OCUPACIÓN NORTEAMERICANA Y LA LEY FORAKER: (LA OPINIÓN PÚBLICA PUERTORRIQUEÑA) 1898-1904 (1980).
[19] Foraker Act, Pub. L. No. 56–191, 31 Stat. 77 (1900), 1 LPRA Documentos Históricos.
[20] Dingley Tariff Act, 30 Stat. 151 (1897).
[21] Díaz Olivo, *supra* nota 16, en la pág. 7.
[22] *Véase* Dooley v. United States, 182 U.S. 222 (1901); De Lima v. Bidwell, 182 U.S. 1 (1901).
[23] Díaz Olivo, *supra* nota 16, en la pág. 11.

Mediante la Ley Foraker se creó un gobierno civil en el cual el gobernador y gabinete eran nombrados por el presidente de los Estados Unidos, se extendió a la Isla con algunas salvedades la jurisdicción federal de la nación americana y se creó el puesto de Comisionado Residente para representar a los ciudadanos puertorriqueños ante el gobierno federal.[24] Se introdujo además el sistema estadounidense de tribunales y se le *dio* a los puertorriqueños la ciudadanía puertorriqueña, estatus internacionalmente indefinido.[25]

La Ley Foraker no era sólo un documento político; también era un instrumento económico diseñado para controlar la vida económica de Puerto Rico.[26] A pesar de que se permitió el libre comercio entre puertorriqueños y estadounidenses, bajo la ley, Puerto Rico no podía negociar tratados comerciales con otras naciones, no podía determinar sus propios aranceles y se obligó que todas las mercancías transportadas entre la Isla y el continente fuera en naves norteamericanas. A su vez, se estableció que Puerto Rico habría de ser parte del sistema monetario de Estados Unidos. Como consecuencia de esta disposición se retiró el peso puertorriqueño a una tasa de intercambio de 60 centavos por peso, este cambio tuvo un efecto adverso a la economía local. La tasa de conversión de 60 centavos constituía una devaluación de facto del valor de 66 ⅔ centavos del peso en aquella época. Tuvo el efecto de aumentar los precios debido tanto a la tasa de conversión misma, como a la escasez de dinero creada al sacar los pesos de circulación. Después del cambio, muchos comerciantes colocaron a los bienes precios idénticos en dólares a los que tenían en pesos, lo que significó un aumento sustancial en precios. Sin duda esta devaluación facilitó además las grandes compras de terrenos de las corporaciones azucareras norteamericanas después de la invasión.[27]

El viejo problema de la escasez local de crédito se intensificó con la contracción de la oferta de dinero, y el tomar dinero prestado se hizo todavía más difícil y caro para los pequeños agricultores. Pero los bancos

---

[24] El Comisionado se convirtió posteriormente en miembro de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos con voz pero sin voto ante el Congreso.

[25] Cabe señalar que la versión original de la ley ofrecía a los puertorriqueños la ciudadanía americana pero luego fue modificada debido a complicaciones constitucionales relacionadas a los aranceles. *Véase* CARMEN I. RAFFUCI DE GARCÍA, EL GOBIERNO CIVIL Y LA LEY FORAKER: ANTECEDENTES HISTÓRICOS (1981).

[26] DIETZ, *supra* nota 3, en la pág. 106. Dietz hace referencia al discurso del Senador Foraker para llegar a esta conclusión:

> Hemos llegado al punto en el desarrollo de nuestros recursos y en la multiplicación de nuestras industrias, en que ya no sólo suplimos la demanda en nuestro país, sino que además producimos un excedente grande que cada vez se hace mayor. Nuestra necesidad comercial principal en el presente y en el futuro es de mercados en el exterior.

Véase además EDWARD J. BERBUSSE, THE UNITED STATES IN PUERTO RICO 60-61 (1966).

[27] DIETZ, *supra* nota 3, en la pág. 108.

norteamericanos no tardaron en comenzar a hacer préstamos a solicitantes *cualificados*. Los solicitantes *cualificados* eran, en su gran mayoría, compañías azucareras con colaterales para respaldar los préstamos, algo que los pequeños hacendados puertoriqueños no podían ofrecer a menos que hipotecaran su tierra, la cual a menudo perdían por no poder repagar los préstamos solicitados. Estas circunstancias contribuyeron a la pérdida del control local sobre las tierras.

Fue la venta de tierras, impulsada en parte por la ley del 12 de febrero de 1899, la que evitó un aumento exponencial en la deuda, pero, a su vez, contribuyó a que las tierras de muchos pasaran a manos de pocos.[28] La Ley Foraker, según varios economistas como James L. Dietz, parece haber tenido como objetivo "la destrucción de la creciente clase capitalista criolla que emergía en esta época, creando ambientes favorables a las corporaciones monopolísticas norteamericanas".[29]

Existen dos secciones cardinales en la Ley Foraker, la Sección 4 y la Sección 14. Estas secciones fueron posteriormente consolidadas en la Ley Jones y representan dos pilares importantes para lo que luego se conoció como el principio de autonomía fiscal de Puerto Rico. La sección 4 de la Ley Foraker[30] permitió que los aranceles o arbitrios netos recaudados en la Isla[31] y la cantidad bruta de todos los recaudos de impuestos y deberes de productos puertorriqueños en Estados Unidos formaran parte del erario de Puerto Rico. Esta disposición, como adelantamos parcialmente, estuvo diseñada para proveerle al gobierno de Puerto Rico ingresos suficientes para sufragar los gastos de sus actividades gubernamentales. De no haber existido esta sección, era al Congreso al que le tocaba producir los fondos para sufragar la caótica situación económica que existía en Puerto Rico.[32] Por otro lado, la Sección 14 es la que permitía el trato especial a los residentes de Puerto Rico eximiéndolos de la tributación sobre *internal revenue laws*. Por motivo de ulterior discusión, esta sección 14 de la Ley Foraker dispone:

> That the statutory laws of the United States not locally inapplicable, except as hereinbefore on hereinafter otherwise provided, shall

---

[28] La ley del 12 de febrero de 1899 prohibía las ejecuciones de tierras hipotecadas para cobrar una deuda, precisamente para evitar la pérdida de tierras debido a problemas ocasionados por el cambio, la falta de oportunidades de crédito durante el cambio de poder. Sin embargo, como no se podían ejecutar las hipotecas sobre terrenos, los bancos rehusaron aceptar terrenos como colateral; por lo cual muchos agricultores terminaron vendiendo las tierras para obtener fondos que normalmente hubiesen sido provistos mediante los canales de crédito. Esta ley, diseñada para proteger los pequeños agricultores termino teniendo el efecto de obligar a muchos a vender sus tierras, acelerando el proceso de concentración.

[29] DIETZ, *supra* nota 3, en la pág. 109.

[30] Foraker Act, Pub. L. No. 56–191, 31 Stat. 77, 78 (1900), 1 LPRA Documentos Históricos.

[31] Menos el costo de recolectar estos arbitrios o aranceles.

[32] Díaz Olivo, *supra* nota 16, en la pág. 24.

> have the same force and effect in Puerto Rico as in the United States, except the internal revenue laws, which in view of the provisions of Section 3, shall not have force and effect in Puerto Rico.[34]

Como se puede apreciar, el estatuto no establece en ningún momento que las leyes contributivas no puedan ser posteriormente extensivas a Puerto Rico. Lo único que se establece es que estas disposiciones "no tendrán fuerza y vigor en Puerto Rico".[35] Según varios autores, como el profesor Carlos Díaz Olivo, lo establecido significa que el Congreso tiene la potestad de extender su poder contributivo sobre Puerto Rico, sólo que éste *no ha optado* por hacerlo.[36] Lo cierto es que, según la Ley Foraker, sólo algunas leyes de impuestos federales nos fueron extendidas.

Se debe examinar, además, la excepción incluida en la Sección 14. La misma utiliza el término *internal revenue laws* para describir la excepción a la regla general, lo cual resulta un poco confuso e indeterminado. Este señalamiento ha sido discutido por algunos autores como Arnold H. Leibowitz, el jurista José Trías Monge y el Profesor Díaz Olivo. El consenso general aparenta ser que el término de referencia sólo aplica a algunos arbitrios, derechos aduaneros e impuestos especiales en tiempos de guerra.[37] Esta interpretación parece ser la correcta ya que la misma Sección 14 hace referencia a lo provisto en la Sección 3.[38] La Sección 3, a su vez, discute solamente los impuestos aduaneros y nivelación de impuestos. También parece ser que la Sección 14 no se extendía a la contribución sobre ingresos federal debido a que para el 1900 no había contribución federal sobre ingresos vigente.[39]

Finalmente la Ley Foraker, en opinión del profesor Efrén Rivera Ramos, se recibió como "un estatuto de claro corte colonial. No satisfizo a nadie. Continuó la lucha de los diversos sectores, realineados en nuevas agrupaciones políticas, para obtener o más autonomía, o mayor integración

---

[34] Foraker Act, Pub. L. No. 56–191, 31 Stat. 77, 88 (1900), 1 LPRA Documentos Históricos.
[35] *Id*.
[36] Díaz Olivo, *supra* nota 16, en la pág. 24.
[37] Arnold H. Leibowitz, *The Applicability of Federal Law to the Commonwealth of Puerto Rico*, 56 GEO. L.J. 219, 254 (1967). *Véase también* JOSÉ TRÍAS MONGE, HISTORIA CONSTITUCIONAL DE PUERTO RICO 225 (5ta ed. 1995); Díaz Olivo, *supra* nota 16, en la pág. 25.
[38] Una disposición igual a la Sección 3 de la Ley Foraker se encuentra en la Sección 7562 (a) del Código de Rentas Internas Federal de 1954.
[39] Existieron varios tipos de legislaciones federales sobre contribución con anterioridad al 1917 pero fueron posteriormente derogadas. Véase por ejemplo Ley Federal de Rentas de 1861 imponiendo contribuciones federales sobre tierras aunque nunca estuvo vigente por razón de la ley de 1862. Como consulta adicional, véase Meléndez Carruchini, *Evolución Histórica y Constitucional de la Contribución Sobre Ingresos en Puerto Rico*, 22 REV. COL. ABOG. P.R. (1962).

en planos de verdadera igualdad o, en todo caso, la independencia plena".[40] De manera similar, Díaz Olivo opina "que la razón principal de la aprobación de la Ley Foraker fue el deseo del Congreso de dejar claro su poder plenario sobre los nuevos territorios poseídos".[41]

B. La Ley Jones (1917)[42]

La Ley Jones fue la Segunda Ley Orgánica de Puerto Rico. Esta ley creó una legislatura nueva, bicameral y totalmente electiva. Finalmente, concedió la ciudadanía americana a los puertorriqueños pero no hubo cambio en lo relativo a la inmigración, el comercio, la moneda, los aranceles, los tratados comerciales, la transportación marítima, las comunicaciones, el sistema judicial ni la defensa. El gobierno local seguía siendo financiado principalmente con los arbitrios sobre los bienes que entraban a Puerto Rico y con los impuestos federales cobrados sobre el tabaco, el ron y otros productos puertorriqueños vendidos en los Estados Unidos, que luego regresaban a Puerto Rico.[43]

La concesión de la ciudadanía estadounidense a los puertorriqueños tuvo un efecto en el campo de los impuestos. El efecto de que los puertorriqueños no poseyeran la ciudadanía era que todo puertorriqueño viviendo en la Isla o en los Estados Unidos tributaba sobre cualquier ingreso a nivel mundial o su *worldwide income*. Sin embargo, un puertorriqueño que vivía fuera de los Estados Unidos o Puerto Rico sólo tributaba por el ingreso derivado de fuentes de Estados Unidos. Es decir, un trato similar al que se le daba a cualquier ciudadano extranjero.

Al obtener la ciudadanía, se le obligó a todo puertorriqueño a tributar por cualquier ingreso a nivel mundial al igual que cualquier otro ciudadano estadounidense. Sin embargo, bajo la sección 4 de la Ley Jones,[44] la cual consolidó las secciones 4 y 14 de la Ley Foraker, se retuvo la exención de Puerto Rico a la tributación de contribución sobre ingresos federal. Con respecto a la interpretación que hicimos anteriormente del término *internal revenue laws*, en esta ocasión no era tan simple interpretarlo, ya que para el 1917 sí existía una ley federal de contribución de ingresos. Muchos autores aseguran que, al ser la sección 4 de la Ley Jones una consolidación de las secciones 4 y 14 de la Ley Foraker, debería aplicar la misma interpretación

---

[40] Efrén Rivera Ramos, *supra* nota 12, en las págs. 246-48.
[41] Díaz Olivo, *supra* nota 16, en la pág. 21.
[42] Jones–Shafroth Act, Pub. L. No. 64–368, 39 Stat. 951 (1917), 1 LPRA Documentos Históricos.
[43] VICTOR S. CLARK & CHARLES LEE DEARING, PORTO RICO AND ITS PROBLEMS 162 (1930).
[44] Jones–Shafroth Act, Pub. L. No. 64–368, 39 Stat. 951 (1917), 1 LPRA Documentos Históricos.

discutida anteriormente, la cual no extiende la contribución federal sobre ingresos a la Isla.

El transcurso de la contribución federal sobre ingresos en Puerto Rico tuvo un desarrollo interesante. El 25 de febrero de 1913, a raíz de *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*,[45] se ratificó la enmienda 16 a la Constitución Federal. Esta enmienda dispone que "el Congreso tendrá facultad para imponer y recaudar contribuciones sobre ingresos sea cual fuere la fuente de que se deriven, sin prorrateo entre los diferentes estados, y sin tener en cuenta ningún censo o enumeración".[46]

Dicha enmienda permitió que el Congreso pudiera aprobar contribuciones sobre ingresos sin necesidad del requisito de prorrateo, el cual, según Pollock, es una limitación impuesta a las contribuciones directas como las de ingreso. La primera contribución sobre ingreso, luego de esta enmienda, fue aprobada el 3 de octubre de 1913.[47] Esta ley aplicó a Puerto Rico. Por lo tanto, fue la primera legislación que impuso contribución sobre ingresos en la Isla.

La administración y cobro de las contribuciones se efectuaba por el Departamento del Tesoro local y los recaudos pertenecían totalmente al gobierno local. Luego, la Ley de Rentas Internas Federal conocida como *Revenue Act of 1916*[48] también aplicó a Puerto Rico y contenía una disposición similar a la ley anterior. Como se mencionó anteriormente, bajo ambos estatutos los puertorriqueños tributaban al igual que cualquier extranjero residente en Estados Unidos.

Fue en 1917, cuando Estados Unidos entró a la primera Guerra Mundial, que todo comenzó a cambiar. El 3 de octubre de 1917 el Congreso aprobó la *War Revenue Act*.[49] Esta ley no se hizo extensiva a Puerto Rico como lo fueron las Leyes de 1913 y 1916. En su lugar, se concedieron poderes a la Legislatura de Puerto Rico para "enmendar, alterar, modificar, o derogar" las leyes de contribuciones sobre ingresos vigentes en la Isla.[50] A partir de este momento se logró que las contribuciones federales sobre ingresos no aplicaran a Puerto Rico automáticamente.

---

[45] Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co., 158 U.S. 601 (1895).
[46] CONST. EE.UU., enm. XVI.
[47] Underwood-Simmons Act, Pub. L. No. 63-16, 38 Stat. 114 (1913).
[48] Revenue Act of 1916, Pub. L. No. 64-271, 39 Stat. 756 (1916).
[49] War Revenue Act of 1917, Pub. L. No. 65-50, 40 Stat. 300 (1917).
[50] Meléndez Carruchini, *Evolución Histórica y Constitucional de la Contribución Sobre Ingresos en Puerto Rico*, 22 REV. COL. ABOG. P.R. (1962). La legislatura, amparándose en los poderes mencionados, aprobó la Ley Núm. 59 el 4 de diciembre de 1917, titulada 'Ley para proveer rentas adicionales para el pueblo de Puerto Rico mediante la imposición de ciertas contribuciones adicionales y para otros fines'. Esta fue la primera ley local que impuso contribuciones sobre ingresos.

Además de la exclusión de Puerto Rico en la definición de Estados Unidos a partir del *Revenue Act* de 1918,[51] los Códigos de Rentas Internas Federales comenzaron a establecer incentivos federales que fueron de suma importancia en el desarrollo económico puertorriqueño. El primer incentivo de gran importancia fue la Sección 262 del Código de Rentas Internas de 1921.[52]

C. Sección 262 del Código de Rentas Internas de Estados Unidos (1921)

Como mencionamos, un aspecto económico fundamental que distingue a Puerto Rico de los 50 estados federados es el fiscal. El gobierno de Puerto Rico es la principal autoridad fiscal en su territorio, mientras que en los estados de la Unión Americana el gobierno federal juega un papel sustancial en la autoridad fiscal de los estados. Esta peculiaridad, que según se adelantó es conocida como el principio de autonomía fiscal, ha desempeñado un papel importante en la estrategia de desarrollo económico desde mediados del siglo XX.[53] El primer dispositivo fiscal de incentivos federales fue la sección 262 del Código de Rentas Internas Federal de 1921.[54] La intención del Congreso en ese momento fue dar ventaja competitiva a las empresas americanas que operaban en las Filipinas pero la legislación luego se extendió a todos los territorios, incluyendo a Puerto Rico.

En esencia, esta disposición permitía a las empresas subsidiarias de corporaciones estadounidenses que operaban en los territorios, o *possession corporations*, diferir el pago de impuestos sobre las ganancias hasta que éstas fueran repatriadas a los Estados Unidos. Las empresas también resultaban beneficiadas si repatriaban sus ganancias al ser liquidadas. Por lo tanto, la ley incentivaba a las empresas a retener sus ganancias hasta la expiración del período de exención fiscal en Puerto Rico, para entonces liquidar la entidad y repatriar toda la ganancia acumulada a la casa matriz. Las desventajas de este esquema eran más que evidentes. Para Puerto Rico, la tendencia de las empresas a cerrar luego de aprovechar la exención fiscal local, y para los Estados Unidos, el retraso de la repatriación de ganancias y su repatriación final sin efecto fiscal.[55] Fueron estas desventajas las que condujeron a la adopción de la sección 936 en 1976,[56] la cual se discutirá a fondo más adelante.

---

[51] Revenue Act of 1918, Pub. L. No. 65-254, 40 Stat. 1057 (1918).
[52] United States Revenue Act of 1921, ch. 136, 42 Stat. 227 (1921).
[53] Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL], *Globalización y Desarrollo: Desafíos de Puerto Rico frente al siglo XXI*, en la pág. 68, CEPAL Doc. LC/MEX/L.646 (8 de diciembre de 2004).
[54] Revenue Act of 1918, Pub. L. No. 65-254, 40 Stat. 1057 (1918).
[55] *Id*. en la pág. 71.
[56] *Id*.

Cabe señalar, además, que aunque era común el cierre de operaciones al expirar el período de exención fiscal local, también era común que las casas matrices iniciaran nuevas operaciones con nuevos acuerdos de exención, de modo que había cierta continuidad, aunque se frustraba el objetivo de que las entidades pagaran impuestos locales una vez alcanzada su madurez.[57] A pesar de sus desventajas, el esquema fiscal original fue funcional porque complementó la exención fiscal ofrecida por el gobierno de Puerto Rico. Ello permitió, junto con los incentivos antes señalados, atraer una gran cantidad de empresas manufactureras que protagonizaron la primera oleada de industrialización de la Isla.[58]

Con estas implicaciones, para el año 1928 el panorama lucía de la siguiente manera. La inversión extranjera total en Puerto Rico (propiedad de deuda gubernamental, préstamos, tierras, inversiones directas, etc.) era un poco más de $176 millones, la mayor parte de la cual era norteamericana. Más de veintidós por ciento (22%) de este total, o $40 millones, estaba directamente relacionado con la industria azucarera. El informe del *Brookings Institution* señaló que lo más preocupante era que la parte perteneciente a los extranjeros representaba mayormente capital activo y la de los puertorriqueños representaba mayormente propiedad personal o capital pasivo.[59]

IV. Desde la Gran Depresión a la Constitución del Estado Libre Asociado (1930-1952)

El 29 de octubre de 1929 el mercado de valores americano llegó al punto más bajo en su historia. Para 1933 el producto nacional bruto (en adelante, el "PNB") de los Estados Unidos se había reducido a $56 billones de $104.4 billones en dólares nominales. A pesar de que la depresión fue provocada por acontecimientos en los Estados Unidos, su repercusión se sintió a través de todo el mundo capitalista. Sin embargo, en Puerto Rico la reducción en la producción no fue tan severa. El PNB puertorriqueño bajó de $176 millones en 1929 a $134 millones en 1933, casi un veinticuatro por ciento (24%) de reducción.[60]

El impacto de la crisis no fue uniforme en los diversos sectores de la economía. La participación de la agricultura en el ingreso nacional bajó sustancialmente mientras que el sector gubernamental se multiplicó y, para fines de la década, era el sector más importante en la economía en cuanto a la generación de ingresos. No cabe duda de que este papel cada vez más prominente del gobierno sentó las bases para la transformación de los años

---

[57] *Id*. en la pág. 72.
[58] *Id*.
[59] DIETZ, *supra* nota 3, en la pág. 145.
[60] *Id*. en las págs. 154-55.

cuarenta, donde la participación del Estado era central para el desarrollo económico de la Isla.[61]

Las diferentes ramas del gobierno federal fomentaron la transformación hacia una participación gubernamental más activa. Podemos tomar como ejemplo el establecimiento del *Puerto Rican Reconstruction Administration* (en adelante, el "P.R.R.A.") a través de la orden ejecutiva del Presidente Roosevelt del 28 de mayo de 1935. Esa entidad se estableció para lidiar con el aparente tranque económico que existía en la Isla en la década de los treinta. La agencia se creó con el propósito adicional de diseñar la reconstrucción económica y social de Puerto Rico a largo plazo.[62]

El poder judicial, por su parte, relumbró su apoyo a la referida transformación a través del significativo caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos, *Puerto Rico v. Rubert Hermanos, Inc.*[63] El caso señala que para el 28 de enero de 1936 el gobierno de Puerto Rico radicó un recurso de *quo warranto* en el Tribunal Supremo de Puerto Rico solicitando la disolución de la empresa Rubert Hermanos.[64] Rubert Hermanos era una corporación azucarera con posesión de más de 12,000 acres de tierra. Según el gobierno de Puerto Rico, la corporación se encontraba en violación de la Resolución Conjunta núm. 23 del Congreso de los Estados Unidos[65], de la sección 39 de la Ley Orgánica (Ley Jones) y de sus propias cláusulas de incorporación al poseer y controlar tierras en exceso de la limitación de 500 acres. El Tribunal Supremo de Puerto Rico resolvió que la corporación en efecto violó todas las referidas disposiciones y ordenó su disolución. Casi dos años y medio más tarde, el 30 de julio de 1939, el Tribunal de Circuito de Apelaciones de Estados Unidos del Primer Circuito de Boston revocó la decisión del Supremo de Puerto Rico,[66] pero el 5 de marzo de 1940 la Corte Suprema de Estados Unidos revocó, a su vez, al Tribunal de Circuito y confirmó la decisión original del Tribunal Supremo de Puerto Rico.[67] Esa decisión tuvo un enorme impacto en contra de las ya debilitadas empresas azucareras y, consecuentemente, en el futuro económico de Puerto Rico.

Otros factores cardinales a la transformación surgieron como consecuencia de importantes movimientos de Ley impulsados por nuestra Asamblea Legislativa, como el establecimiento de la Compañía de Fomento en 1942, del Banco Gubernamental de Fomento (en adelante, el "BGF") en 1943 y la creación de múltiples corporaciones públicas desde la década del

---

[61] *Id*.
[62] *Id*. en la pág. 175.
[63] People of Puerto Rico v. Rubert Hermanos, Inc., 309 U.S. 543 (1940).
[64] Pueblo v. Rubert Hermanos, Inc., 53 DPR 779 (1938).
[65] 48 U.S.C. § 752 (1900).
[66] Rubert Hermanos, Inc., v. People of Puerto Rico, 106 F.2d 754 (1st Cir. 1939).
[67] People of Puerto Rico v. Rubert Hermanos, Inc., 309 U.S. 543 (1940).

cuarenta; además del movimiento gubernamental conocido popularmente como la *Operación Manos a la Obra*.

A. La Compañía de Fomento de Puerto Rico

La institución básica para la promoción industrial habría de ser la Compañía de Fomento.[68] Ésta se organizó como corporación pública independiente, con una asignación legislativa de $500,000 y la facultad para hacer préstamos adicionales para financiar sus operaciones, aunque se esperaba que a largo plazo llegara a ser autosuficiente.[69] Según la legislación, sus funciones eran: (1) realizar investigaciones orientadas a aumentar el uso de los recursos naturales de la Isla en la producción industrial; (2) desarrollar investigaciones y hacer pruebas de mercadeo, distribución y exportación de los productos locales; (3) operar un laboratorio de diseño para ofrecer información y ayuda en la producción local; (4) establecer y operar empresas que manufacturaran o distribuyeran bienes producidos con materiales locales; y (5) promover la participación de inversionistas y capitales nativos en la industria, con el fin de evitar los problemas que crea el capitalismo ausentista en gran escala.[70] En 1945, la Compañía de Fomento fue rebautizada con el nombre Compañía de Fomento Industrial de Puerto Rico (también conocida como "P.R.I.D.C.O.", por sus siglas en inglés). Esta compañía fue la fuerza impulsadora detrás de empresas como la Corporación de Vidrios de Puerto Rico, La Corporación de Pulpa y Papel de Puerto Rico, la Compañía de Zapatos y Cuero de Puerto Rico y la Corporación de Productos de Arcilla de Puerto Rico.

B. El Banco Gubernamental de Fomento para Puerto Rico (BGF)

La función del BGF era llenar el vacío que dejaban las prácticas crediticias de los bancos privados, que limitaban sus préstamos a las empresas establecidas en ramas de la industria que ya eran rentables. El llamado *Banco del Pueblo* prestaría dinero a empresas que contribuían con los objetivos de desarrollo e industrialización económica y satisfacían las normas básicas para obtener préstamos, pero que, por diversas razones, no encontraban canales crediticios o si los encontraban éstos eran muy costosos.[71]

Durante la primera década de operaciones del BGF, alrededor de dos terceras partes de sus préstamos se hicieron a firmas locales. Sin embargo, la

---

[68] John Mundie, The Role of the Government Development Bank in Puerto Rico's Economic Program (1960) (Tesis Doctoral, University of Texas), en la pág. 31.
[69] DIETZ, *supra* nota 3, en la pág. 207.
[70] ELIEZER CURET CUEVAS, EL DESARROLLO ECONÓMICO DE PUERTO RICO: 1940 A 1972, 208 (1979).
[71] DIETZ, *supra* nota 3, en la pág. 206.

gran mayoría de estos préstamos, casi noventa por ciento (90%) de los mismos para mediados de 1946, eran para la construcción y el comercio, de modo que la contribución directa del BGF para el desarrollo industrial de la economía fue muy poca.[72] A pesar de lo anterior, como discutiremos más adelante, el mayor impacto del BGF al cuadro económico de Puerto Rico se reflejó en las responsabilidades asignadas bajo sus leyes orgánicas.

Desde el primer periodo de 1945 a 1948, cuando se adoptan las leyes orgánicas del BGF, tanto éste como el Departamento de Hacienda tenían la responsabilidad de supervisar la totalidad de las entidades públicas; Estado, municipios y corporaciones o agencias públicas con personalidad jurídica independiente. El control ejercido pretendía que se adoptaran presupuestos balanceados y, de esa forma, maximizar las posibilidades de venta en el mercado público de bonos u obligaciones a tasas favorables. En efecto, la autorización para emitir estos bonos está también sujeta a la supervisión del BGF, que no sólo debe revisar la legalidad sino también la solidez fiscal de toda solicitud de empréstito y organizar el pago de esa deuda.[73] Como agente fiscal, el BGF representaba, y representa, a estas entidades públicas en sus negociaciones con el sector privado y, como banco, le extiende créditos a plazos muy cortos cuando necesitan fondos inmediatos para hacerle frente a un gasto o deuda imprevista.[74]

C. Crecimiento de las agencias públicas en Puerto Rico

La legislatura, desde la década de los cuarenta, emprendió en la creación de múltiples corporaciones públicas que, a su vez, facilitaron el financiamiento de obras gubernamentales mediante la emisión de deuda en los mercados de valores públicos. Organismos como la ya mencionada Compañía de Fomento Industrial de Puerto Rico, la Autoridad de Carreteras, la Autoridad de los Puertos, la Autoridad de Fuentes Fluviales, posteriormente, la Autoridad de Energía Eléctrica (en adelante, la "AEE"), la Autoridad de Acueductos y Alcantarillados (en adelante, la "AAA"), la Autoridad Metropolitana de Autobuses, la Universidad de Puerto Rico (en adelante, la "UPR"), la Corporación del Fondo del Seguro del Estado, la Autoridad de Edificios Públicos, la Administración de Facilidades y Servicios de Salud, la Administración de Corrección, el Instituto de Cultura Puertorriqueña y la Corporación del Centro de Bellas Artes, entre otras, cooperaron con la función gubernamental encargándose de la promoción económica; de la construcción y administración de las vías de rodaje, de los puertos y de los aeropuertos; de la construcción, mantenimiento y

---

[72] DIETZ, *supra* nota 3, en la pág. 207.
[73] Luis Muñiz Argüelles, *El Banco Gubernamental de Fomento y la organización de la deuda pública puertorriqueña*, 65 REV. JUR. UPR 661, 662 (1996).
[74] *Id*. en la pág. 663.

suministro de los servicios de agua y energía eléctrica; del servicio de transportes en la zona metropolitana de San Juan; de la educación universitaria pública; del tratamiento y subvención de los obreros víctimas de accidentes laborales y de sus familiares; de la construcción y administración de los servicios estatales de salud pública; de la administración de las instituciones penales y de la promoción de la cultura, entre otros fines.[75]

D. Operación Manos a la Obra

La Operación *Manos a la Obra* es, tal vez, el mayor movimiento de intervención gubernamental con miras a desarrollar la economía puertorriqueña. El origen del programa fue la Ley de Incentivos Industriales que se aprobó ese mismo año[76] y que se apoyaba en la exención de impuestos federales que ya existía en la Isla bajo la sección 9 de la Ley Jones. Además, la sección 931 del Código de Rentas Internas Federal[77] ya establecía la exención de impuestos federales a las corporaciones establecidas en territorios de Estados Unidos como Puerto Rico, hasta el momento en que éstos repatriaran sus ganancias al continente.

Ésta marcó en 1947 el comienzo de una nueva etapa de planificación industrial basada en el capital externo y en las exenciones contributivas. Una de las premisas de la Operación *Manos a la Obra* era que el excedente doméstico no sería suficiente para financiar la industrialización, por lo que era necesario movilizar fondos del exterior.[78] Como consecuencia de este movimiento, Puerto Rico entró en un periodo de rápida industrialización y alto crecimiento económico.[79]

A pesar de que las leyes contributivas de incentivos y los esfuerzos promocionales tuvieron resultados de inmediato, había que pagar el costo de obtener estos beneficios. Los costos incluían: mayor desempleo e incluso un distanciamiento del mercado de trabajo para una porción significativa de la población; el aumento del número de emigrantes a los Estados Unidos; una mayor dependencia comercial del mercado estadounidense y una tendencia a aumentar la deuda pública y privada.[80]

---

[75] *Id*. en la pág. 665.
[76] Ley de Incentivos Industriales, Ley Núm. 346 del 12 de mayo de 1947 (derogada).
[77] 26 U.S.C. § 931 (1954).
[78] DIETZ, *supra* nota 3, en la pág. 277.
[79] FUNDACIÓN PUERTORRIQUEÑA DE LAS HUMANIDADES, ENCICLOPEDIA DE PUERTO RICO, http://www.enciclopediapr.org/esp/article.cfm?ref=06102003.
[80] DIETZ, *supra* nota 3, en la pág. 201.

E. La Constitución del Estado Libre Asociado

Fue a partir de la década de los años cincuenta que las posibilidades de evolución en la relación entre Puerto Rico y Estados Unidos hacia una mayor autonomía se pusieron a prueba. Hasta ese momento, y de conformidad con lo resuelto en el caso de *Lima v. Bidwell*,[81] estaba claro que Puerto Rico era un territorio sujeto a la autoridad y a la voluntad del Congreso.[82]

A finales de la década del cuarenta, el Congreso autorizó a los puertorriqueños a elegir su propio gobernador. El 4 de julio de 1950 el Presidente Truman firmó la Ley Pública 600,[83] la cual sustituyó la Ley Jones y permitió a Puerto Rico redactar su propia constitución.[84] El permiso, quedaba sujeto a determinadas condiciones: (1) la forma de gobierno debía ser una democracia representativa; (2) la constitución no debía estipular ni la independencia ni la estadidad; y (3) la constitución redactada debía ser aprobada por el Congreso de Estados Unidos antes de entrar en vigor.[85] El 6 de febrero de 1952, la Convención Constituyente, compuesta por 92 delegados, aprobó la Constitución elaborada y el 10 de julio de 1952 la Convención la re-aprobó con los cambios efectuados por el Congreso.

El informe del Senado sobre la Ley Pública 600 había dejado claro, incluso antes de redactarse la Constitución, que ésta "no cambiaría fundamentalmente las relaciones políticas, sociales y económicas con los Estados Unidos".[86]A pesar de esto, existieron sectores que argumentaron que en efecto hubo un cambio en las relaciones fundamentales mencionadas. El planteamiento ocurrió a partir de la controversial denominación del gobierno de Puerto Rico como Estado Libre Asociado (en adelante, ELA) Según apunta el Profesor Díaz Olivo, con esta designación surgió la interrogante de si se había redefinido nuestra relación con los Estados Unidos. El cuestionamiento fundamental fue si Puerto Rico ya no era un mero territorio sujeto a la Cláusula Territorial, y si se había convertido en un ente político con cierto grado de soberanía. El argumento *soberanista* se apoyó en que Puerto Rico entraba en una relación política con Estados Unidos bajo un arreglo de naturaleza similar a la de un convenio.[87]

Las décadas posteriores a la Constitución reflejaron que, desafortunadamente para Puerto Rico, su sitial político no era tan

---

[81] De Lima v. Bidwell, 182 U.S. 1 (1901).
[82] Carlos E. Díaz Olivo, *La autonomía de Puerto Rico y sus lecciones en términos fiscales y económicos*, 74 REV. JUR. UPR 263, 272 (2005).
[83] Puerto Rico Federal Relations Act, Pub. L. No. 81-600, 64 Stat. 319 (1950).
[84] *Id.*
[85] DIETZ, *supra* nota 3, en la pág. 254.
[86] *Id*. en la pág. 255.
[87] Díaz Olivo, *supra* nota 82, en la pág. 273.

privilegiado. Aunque las decisiones de los tribunales federales han equiparado a Puerto Rico con los estados, de igual manera, han validado acciones del Congreso modificando y menoscabando términos y privilegios económicos que la Isla, en algún momento, llegó a disfrutar.[88]

En lo pertinente con este escrito, cabe señalar cuáles fueron las inserciones de finanza pública presentes en nuestra Constitución. La carta constitucional autoriza la toma de empréstitos, pero establece que el pago de esa deuda pública, incluyendo el principal, los intereses y otros gastos, no puede, en el caso del Estado, sobrepasar el quince por ciento (15%) del promedio de ingresos de los dos años previos a la venta de los bonos.[89] En este sentido, Puerto Rico se apartó de la norma vigente en la mayor parte de las entidades públicas estadounidenses, las que no centralizan sus actividades financieras de los municipios o del gobierno central y sus corporaciones.[90] Un control similar estaba dispuesto en la Ley Jones, la cual establecía un límite al margen prestatario en que podía incurrir el gobierno de Puerto Rico.[91]

V. DESARROLLO LUEGO DE LA CONSTITUCIÓN (1952-2000)

Desde 1952 la Isla no se han presenciado cambios significativos en las políticas de desarrollo, aunque sí se presenciaron variaciones sobre el tema de industrialización dependiente de los Estados Unidos; tanto en términos de la posesión de las empresas como en cuanto a los mercados, insumos, tecnología y financiamiento.[92] Ciertamente abundaron y abundan las críticas al estancamiento sustancial en las políticas de desarrollo económico. A estos efectos, el economista Eliezer Curet Cuevas señala que "a pesar de que Puerto Rico aparenta un organismo gubernamental organizado y con perspectiva planificadora, la realidad es que no había ni nunca ha habido una planificación de la actividad económica".[93]

Una gran cantidad de autores aseguran que la industrialización no redujo el desempleo sino que lo aumentó, no tuvo como resultado la producción de más capital en manos locales sino la sustitución del capital nativo por el estadounidense. Otros señalan que tampoco logró una estructura productiva ni una base económica lo suficientemente fuerte como para permitir a los puertorriqueños decidir sobre el estatus desde una posición de fuerza.

---

[88] *Id*.
[89] CONST. PR art. 5, § 2.
[90] Muñiz Argüelles, *supra* nota 73, en la pág. 663.
[91] Jones–Shafroth Act, Pub. L. No. 64–368, 39 Stat. 951 (1917), en la § 3, 1 LPRA Documentos Históricos. *Véase también* William Vázquez Irrizary, *Los poderes del Gobernador de Puerto Rico y el Uso de Órdenes Ejecutivas*, 76 REV. JUR. UPR 951, n. 89 (2007).
[92] DIETZ, supra nota 3, en la pág. 258.
[93] CURET CUEVAS, *supra* nota 70, en la pág. 204.

Ahora bien, se debe enfatizar un factor de significativo repunte demográfico que aconteció en esta década que afectó sustancialmente los niveles de desempleo y el cual muchos autores ignoran o no añaden. Señala el Profesor David Helfeld que "en [Puerto Rico] hubo un crecimiento acelerado de la población, a un ritmo mucho más rápido que la creación de empleos".[94] Por ejemplo, el aumento poblacional en el 1946 fue de casi treinta por ciento (31.3%) por cada mil habitantes, resultado de una tasa de mortalidad de doce por ciento (12%) y una tasa de natalidad de casi cuarenta y tres por ciento (43.3%).[95]

Las estadísticas reflejaban este fenómeno poblacional. En el periodo de tan sólo dos años, de 1949 a 1950; 53,000 personas ingresaron a la fuerza laboral, registrándose 26,000 nuevos empleos y 27,000 que permanecieron desempleados.[96] La única explicación de por qué no hubo un aumento poblacional de proporciones aún mayores y de una verdadera explosión en la tasa de desempleo, se debió al impacto de la emigración a los Estados Unidos. En el 1950 y 1951, la emigración total a los Estados Unidos fue de 103,533 personas.[97]

La preocupación del gobierno con la creciente tasa demográfica se evidenció en la Declaración de Política Publica de la Ley de Relaciones del Trabajo.[98] Se estableció que Puerto Rico tendría que tomar medidas para eliminar "la amenaza de que pueda sobrevenir el día en que por el crecimiento continuo de la población y la imposibilidad de mantener un aumento equivalente en la producción tenga el pueblo que confrontar una catástrofe irremediable".[99] El potencial de semejante catástrofe se revela en las estadísticas de empleo a fin de la década que comprende del 1940 hasta el 1950, momento en que el treinta y seis por ciento (36%) de la fuerza trabajadora se encontraba desempleada o laborando menos de treinta (30) horas a la semana.[100]

Otro factor importante implementado durante esta época fueron los programas de asistencia social del gobierno de Estados Unidos. Al utilizar los criterios económicos estadounidenses, alrededor de un sesenta por ciento (60%) de la población puertorriqueña estaba por debajo del nivel de pobreza para estas décadas. Esto permitió que posteriormente la mayor parte de la

---

[94] David M. Helfeld, *La política laboral constitucional del 1952: Sus principios esenciales y los factores que la influenciaron*, 72 REV. JUR. UPR 143, 154 (2003).
[95] SOL LUIS DESCARTES, BASIC STATISTICS ON PUERTO RICO 13 (1946).
[96] Helfeld, *supra* nota 94, en las págs. 154-55.
[97] Para un análisis sobre *The Unemployment-Overpopulation-Immigration Trilogy*, *véase* David M. Helfeld, *Factors Conditioning Puerto Rican Labor Policy*, 22 REV. JUR. UPR 310 (1953).
[98] Ley de Relaciones del Trabajo de Puerto Rico, Ley Núm. 130 de 8 de mayo de 1945, 29 LPRA §§ 61-76 (1945).
[99] *Id*.
[100] Helfeld, *supra* nota 94, en la pág. 155.

población puertorriqueña se beneficiara, de una forma u otra, de estos programas. De hecho, los pagos de estas transferencias federales a individuos puertorriqueños representaron para el año 2000, $7,573 millones o un dieciocho punto tres por ciento (18.3%) del PNB.[101] Fue para las décadas del sesenta y setenta, que los programas y las ayudas federales crecieron de forma vertiginosa; convirtiéndose en un factor importante en la ecuación social y económica de Estados Unidos.[102] Gran parte de estos programas se extendieron también a Puerto Rico, aunque de forma limitada, ya que la participación de la Isla en muchos de ellos no era de igual extensión a la de los estados de la Unión. Aun así, estos programas tuvieron un tremendo impacto sobre nuestra economía.[103]

Finalmente, y como último factor a resaltar de esta década, se debe enfatizar en el enorme impacto de la Segunda Guerra Mundial en la economía local. La Guerra provocó una acumulación enorme de capital en Estados Unidos. Una vez finalizado el conflicto militar en 1945, los estadounidenses buscaron lugares en donde invertir. Los gobernantes de Puerto Rico, conscientes de la disponibilidad de tales recursos, diseñaron y adoptaron la ya mencionada estrategia de promoción industrial, la operación *Manos a la Obra*.[104] La estrategia, como adelantamos, se construyó sobre la base de la exención de tributación federal que desde 1921, con la sección 262, se confería a las corporaciones estadounidenses que operaban en Puerto Rico. Este trato fiscal se mantuvo en las legislaciones federales posteriores a través de la sección 931 y más adelante por medio de la sección 936 del Código de Rentas Internas Federal.[105] A continuación se discutirá la famosa, y muchas veces polémica, sección 936.

A. Sección 936 de la Ley de Reforma Contributiva de 1976

La sección 936 vino a tratar de subsanar las fallas que fueron señaladas respecto a los esquemas anteriores. En lugar de permitir el ya problemático esquema de diferimiento al pago de impuestos en Estados Unidos, se otorgó un crédito fiscal que en la práctica cancelaba la obligación fiscal incurrida por la repatriación de ganancias. De este modo, se estimulaba a las empresas a realizar repatriaciones regulares a sus casas matrices, a la vez que se retiraba el incentivo de liquidar las entidades cada determinado número de años. La economía estadounidense se beneficiaba por la entrada regular de fondos que en el esquema previo se desviaban al mercado de

---

[101] Díaz Olivo, *supra* nota 82, en la pág. 274; *véase también* ELIEZER CURET CUEVAS, ECONOMÍA POLÍTICA DE PUERTO RICO: 1950 A 2000, 103 (2003).
[102] Díaz Olivo, *supra* nota 82, en la pág. 274.
[103] *Id*. en las págs. 273-74.
[104] *Id*. en la pág. 278.
[105] 26 U.S.C. § 936 (2000).

eurodólares, mientras que Puerto Rico era favorecido con un incentivo más potente de promoción industrial.

La sección 936 incluía además una disposición para liberar del pago de impuestos en Estados Unidos a los ingresos por intereses derivados de inversiones financieras realizadas con las ganancias no repatriadas por las empresas en Puerto Rico, los que incluyen bonos del ELA y determinados tipos de depósitos bancarios. En otras palabras, una empresa elegible podía invertir parte de sus ganancias en el sistema financiero de Puerto Rico y posteriormente repatriarlas, junto a los intereses devengados, con beneficio fiscal en ambos casos. Esta última disposición llegó a tener un efecto apreciable en el desarrollo del sistema bancario de Puerto Rico.[106]

En síntesis, se esperaba que esta legislación tuviese por lo menos tres efectos benéficos en la isla: un aumento en la inversión productiva en la isla; una reducción en la frecuencia de la liquidación de plantas al final del período de exención contributiva, lo que permite la repatriación inmediata de las ganancias con sólo una pequeña penalidad; y un aumento en los ingresos del gobierno del ELA provenientes del impuesto de repatriación.[107] El efecto acumulado de estos beneficios fue transformar a Puerto Rico de un paraíso tropical a un paraíso fiscal, en el cual las empresas estadounidenses podían desarrollar actividades comerciales al amparo de las garantías políticas de Estados Unidos, con el beneficio de hacer negocios con dólares, y generando millones en ganancias limpias sin tener que pagar contribuciones ni al gobierno de Estados Unidos, ni al puertorriqueño. El atractivo de Puerto Rico para el inversionista estadounidense se acrecentaba por los salarios relativamente bajos pagados en aquel entonces en la Isla y porque el gobierno de Puerto Rico ofrecía también las instalaciones y la planta física desde donde podían operar sus empresas.[108]

Los beneficios de la sección 936 fueron especialmente atractivos para empresas con altas ganancias, por lo que a partir de su promulgación cambió radicalmente el perfil de la manufactura en Puerto Rico. Se inició una nueva oleada de industrialización basada en empresas de alta tecnología y capital intensivo, particularmente en los sectores farmacéuticos, electrónicos e instrumentos profesionales y científicos. Se establecieron también operaciones de gran volumen y alta rentabilidad en industrias de alimentos, como el procesamiento y enlatado de atún y la fabricación y envase de refrescos carbonatados. Estas industrias sustituyeron a las de la primera

---

[106] CEPAL, *supra* nota 53, en las págs. 72-73.

[107] DIETZ, *supra* nota 3, en las págs. 320-321. El impuesto de repatriación se fijó en un máximo de 10 por ciento de las ganancias remitidas. No obstante podía reducirse a menos de un 4 por ciento si se devolvían sólo parte de esas ganancias y el remanente se invertía en los llamados activos de la sección 2(j).

[108] Díaz Olivo, *supra* nota 82, en las págs. 277-78.

oleada, mayormente intensivas en mano de obra y las cuales hacia fines de los años sesenta demostraban una pérdida de competitividad.[109]

Por otra parte, el influjo de fondos al sistema financiero local significó una fuente abundante de recursos en momentos en que el sistema enfrentaba restricciones de liquidez. De hecho, en los años del apogeo de la sección 936, los llamados *fondos 936* sumaron casi cuarenta por ciento (40%) de los depósitos bancarios.[110]

Por diseño o por accidente, la sección 936 logró facilitar una transición que estaba en marcha y que hubiera sido menos fluida sin sus beneficios fiscales. A su vez, ayudó a introducir un sesgo en el desarrollo industrial hacia industrias de alta productividad y, por consiguiente, de relativamente poco efecto en la creación de empleos.[111] La tasa oficial de desempleo se mantuvo prácticamente invariable; manteniéndose siempre por encima del doce por ciento (12%). De hecho, en comparación con los beneficios y las exenciones que recibían, la aportación de las llamadas *empresas 936* en términos de la creación de empleos, era exigua. La respuesta del gobierno de Puerto Rico para atender este problema fue aumentar la nómina gubernamental y buscar la ampliación de las ayudas federales. Es por esta razón que el empleo en el sector público llegó a representar un treinta por ciento (30%) del empleo total en la Isla.[112]

Al reorientar y fundamentar su economía en la atracción de este capital extranjero, Puerto Rico encadenó e hipotecó su estabilidad económica a la continuidad y a la permanencia de las *empresas 936*. Según el Profesor Díaz Olivo y otros autores, esto fue un grave error, pues la permanencia del esquema que hacía posible este programa de promoción industrial no dependía de las necesidades de Puerto Rico, sino de la voluntad del Congreso. Según la economía puertorriqueña se iba desarrollando, la propiedad de los medios de producción pasaba a manos externas. De esta forma, los puertorriqueños perdieron el control y el dominio de la economía de su propio País.[113]

Para ejemplificar lo ocurrido, basta señalar que sobre un ochenta por ciento (80%) de los recursos para el financiamiento de la inversión bruta del capital fijo en Puerto Rico proviene de fuentes externas.[114] Para 1999, de cada cien dólares producidos por nuestra economía, treinta y nueve dólares se empleaban en el pago de los rendimientos de las inversiones en el extranjero,

---

[109] CEPAL, *supra* nota 53, en la pág. 73.
[110] *Id*.
[111] *Id.*
[112] Díaz Olivo, *supra* nota 82, en la pág. 279.
[113] *Id*.
[114] CURET CUEVAS, *supra* nota 101, en la pág. 124.

quedando sólo sesenta y uno para el uso de la población local.[115] Esta cifra comenzó a acrecentar en la década posterior.

B. Sección 30-A

En sustitución de la sección 936, el Congreso estableció un mecanismo temporal bajo la sección 30-A del Código de Rentas Internas.[116] Sus características más importantes fueron las siguientes: (1) su duración sería de sólo 10 años; (2) sus beneficios sólo se aplicarían a las empresas que ya estaban incluídas en la sección 936; y (3) los beneficios serían menos generosos que los de la sección 936 y quedarían ligados a la nómina de las empresas. Por lo tanto, la sección 30-A dio un periodo de gracia a las antiguas empresas 936, con beneficios reducidos y decrecientes a lo largo de 10 años, a la vez que derogó los incentivos fiscales federales para empresas nuevas que se establecieran en la Isla. Esta disposición, en efecto, puso fin a la larga tradición de exenciones fiscales federales para corporaciones estadounidenses en Puerto Rico.[117] Sin embargo, debemos señalar que un resultado inesperado de la eliminación de la sección 936 fue que muchas empresas optaron por no ampararse en la sección 30-A y se registraron nuevamente en Puerto Rico, ahora como Corporaciones Extranjeras Controladas (*Controlled Foreign Corporations* o C.F.C., por sus siglas en inglés). Ésta es la figura jurídica bajo la cual se establecen corporaciones de propietarios estadounidenses en otros países. En otras palabras, al parecer muchas empresas llegaron a la conclusión de que les convenía realizar sus operaciones en Puerto Rico como si, para efectos fiscales, estuvieran en un país extranjero.

La opción es válida porque la autonomía fiscal le da a Puerto Rico la condición de jurisdicción extranjera en lo que compete a impuestos. El beneficio de las C.F.C. es que permite el diferimiento del pago de impuestos hasta que se realice la repatriación de ganancias a los Estados Unidos. Muchas empresas multinacionales pueden circular esas ganancias en su red global de operaciones en lugar de repatriarlas a su casa matriz.[118]

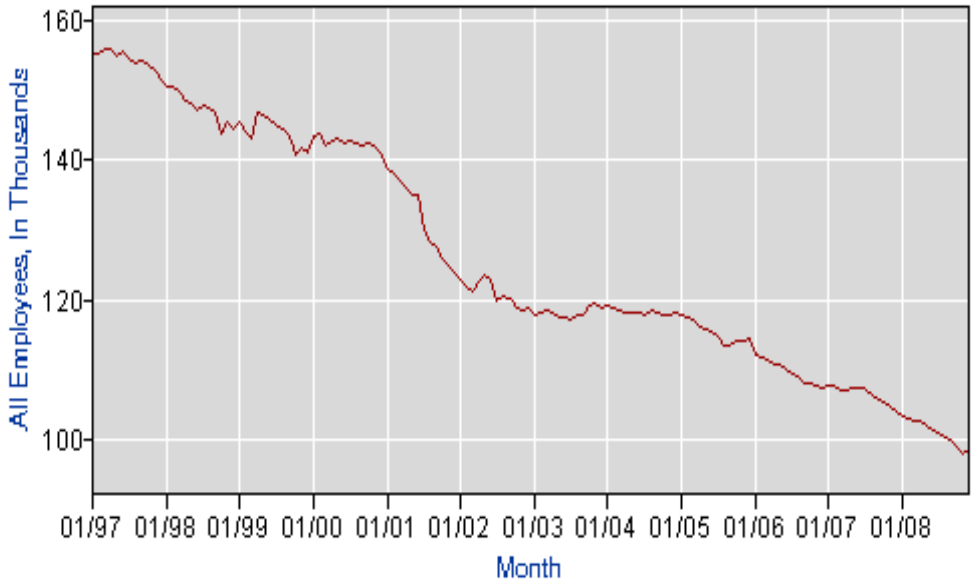
VI. EL DÉFICIT, LA DEUDA Y EL GASTO PÚBLICO DE ESTADOS UNIDOS Y PUERTO RICO (2000-2010)

A pesar del establecimiento posterior de las referidas C.F.Cs., el economista Eliezer Curet Cuevas señala que los datos reflejan que en 1995,

---

[115] *Id*.
[116] 26 U.S.C. § 30A (2000).
[117] CEPAL, *supra* nota 53, en la pág. 221.
[118] *Id*.

172,000 personas estaban empleadas en la manufactura en Puerto Rico.[119] Para el 2007, esta cifra se había reducido a 135,000,[120] una pérdida de 37,000 empleos en un sector altamente eslabonado con otros importantes sectores de nuestra economía.



Fuente: United States Department of Labor: Bureau of Labor Statistics (Puerto Rico Economy at a Glance 1997-2008)

Las implicaciones negativas en la eslabonada economía puertorriqueña comenzaron a empeorarse. Los informes auditados del gobierno de Puerto Rico reflejan que el ingreso del gobierno se redujo de un tope de $8,600 millones en el 2007 a un promedio de $7,713 millones en el periodo entre los años 2009 al 2010.[121] Los gastos con cargo al Fondo General se han mantenido en un nivel que excede el nivel de ingreso recurrente que Puerto Rico ha percibido, generando así un déficit estructural.[122] Conforme a lo anterior, ¿qué se hizo para lidiar con el déficit estructural?

Como se adelantó, entre las actividades gubernamentales de Puerto Rico se puede observar un factor financiero recurrente que impulsó el

---

[119] CURET CUEVAS, *supra* nota 101, en la pág. 355.

[120] *Véase* U.S. Department of Labor, Bureau of Labor Statistics, Economy at a Glance, , MAY 7, 2013, http://www.bls.gov/eag/eag.pr.htm.

[121] *Véase* PUERTO RICO DEPARTMENT OF THE TREASURY, 2010 COMPREHENSIVE ANNUAL FINANCIAL REPORT COMMONWEALTH OF PUERTO RICO 260, *disponible en* http://www.bgfpr.com/investors_resources/documents/2011-06-24-PRCAFR2010.pdf (Recuperado el 3 de febrero de 2013); CONSEJO ASESOR DE RECONSTRUCCIÓN ECONÓMICA Y FISCAL, INFORME PRELIMINAR AL GOBERNADOR-ELECTO, LCDO. LUIS G. FORTUÑO, SOBRE RECONSTRUCCIÓN FISCAL 8 (2008).

[122] Valdés Prieto, *supra* nota 2, en la pág. 2.

desarrollo de la infraestructura necesaria para lograr un cambio sistemático y pro-capitalista en la Isla. Ese factor fue, y todavía es, la deuda. Esta variable es ciertamente una de mucha importancia, ya que sus complicaciones no se limitan a niveles regionales y/o individuales, sino que traspasa fronteras y es, hoy día, un problema de calibre mundial.[123]

La deuda, como derivación del crédito, fue una de las principales causas de la crisis financiera y crediticia de 2008 y, consecuentemente, de la recesión global actual. Muchos autores aseguran que sus consecuencias reales todavía no se han vislumbrado y formulan teorías *apocalípticas* para el futuro cercano.

El manejo de la deuda es el tema más importante de nuestros tiempos ya que afecta un sinnúmero de variables económicas. Una de las más importantes variables que se afecta es el gasto público, lo cual es una variable esencial en el desarrollo económico de toda nación.[124] Los gastos públicos en Puerto Rico se hacen con fondos del gobierno central, de los municipios, de las corporaciones públicas y del gobierno federal.[125] Por esta razón, es imperativo analizar los efectos económicos de la deuda tanto en las distintas entidades públicas de Puerto Rico como en el ámbito federal.

Los efectos económicos del crecimiento en los niveles de deuda experimentados en la pasada década (2000-2010) se pueden dividir en dos perspectivas principales: *micro*[126] y *macro*.[127]

A. Perspectiva *micro*

Dentro de la perspectiva *micro* se reflejaron conductas en los individuos reacias al establecimiento de disciplinas de ahorro y una preferencia a mantener parámetros de consumo insostenibles. Los individuos recurrían al endeudamiento como alternativa para lograr satisfacer su nivel de consumo. Esta conducta, sin embargo, fue forzosamente

---

[123] La información del Banco Mundial señala que el total de deuda pública del gobierno—tanto en manos de residentes como externa—el país de mayor deuda relativa es Japón con 226%. Otros igualmente importantes son Grecia e Italia con 130% y 118%, respectivamente. *Véase The Global Debt Clock*, THE ECON.,; http://www.economist.com/content/global_debt_clock. (última visita 7 de mayo de 2013).

[124] Eduardo A. Lora, *Public Investment in Infrastructure in Latin America: Is Debt the Culprit?* (Departamento de Investigación, Banco Interamericano de Desarrollo, Working Paper Núm. 595, 2007); *véase también* BANCO INTERNACIONAL DE DESARROLLO, VIVIR CON DEUDA: CÓMO CONTENER LOS RIESGOS DEL ENDEUDAMIENTO PÚBLICO 212 (Eduardo Borenstein et al. eds., 2007).

[125] Muñiz Argüelles, *supra* nota 73, en la pág. 664.

[126] En adelante, se incluye bajo el término *micro* a todo partícipe en la teoría de microeconomía.

[127] En adelante, se incluye bajo el término *macro* a todo partícipe en la teoría de macroeconomía.

modificada. Según los informes presentados al Gobernador en el 2011,[128] se puede apreciar que el nivel de deuda del consumidor puertorriqueño ha disminuido desde el 2009. Autores como Luisa García Pellati aseguran que la razón parece estar en "políticas crediticias más estrictas de los bancos y a que la crisis ha dejado a pocos consumidores en condiciones financieras para hacer frente a un préstamo. Sin nuevas deudas, las familias reducen las que tienen. La deuda disminuye en bancos, compañías de préstamos pequeños y cooperativas".[129] No obstante, debemos añadir que la deuda calculada en el informe no incluye la deuda hipotecaria que los individuos ostenten.

Precisamente fue la deuda hipotecaria, específicamente en el sector de vivienda y correlativos, la partícipe principal de la crisis financiera del 2008. Esta crisis germinó, según varios autores, en las políticas de de-regulación bancaria comenzadas en Estados Unidos en la década de los setenta.[130] Según la data histórica de Estados Unidos, al comenzar la época de los setenta, la proporción de deuda hipotecaria en el sector de la vivienda a ingresos (*household debt-to-income*) se estimaba en una tasa de crecimiento de un por ciento (1%). Para el 2000, el crecimiento compuesto de esta tasa fue cinco por ciento (5%). Para el tercer trimestre de 2005 había llegado a un crecimiento récord de aproximadamente catorce por ciento (13.67%). Para el 2006, la proporción de deuda a ingreso había sobrepasado el cien por ciento (122%). Ya para esta el 2004 vemos que el sector de vivienda de Estados Unidos había tomado prestado más de un *trillón*[131] de dólares. Resulta que esta cantidad era la mitad en el periodo anterior al 2000.[132] Más preocupante aún es que, según el *Case/Shiller Index*,[133] en el 2000 una residencia promedio a nivel de Estados Unidos costaba unos $100,000. Esta

---

[128] *Véase* The Government Development Bank*, Table 17- Consumer's Debt: Fiscal Years,* http://www.gdbpr.com/economy/documents/AE2011T-17.pdf (última visita 30 de enero de 2013).

[129] Luisa García Pellati, *La crisis reduce la deuda de los consumidores*, SIN COMILLAS (11 de mayo de 2012), http://sincomillas.com/2012/05/la-crisis-reduce-la-deuda-de-los-consumidores-2/.

[130] Se cree que la desregulación comenzó en Maine con una Ley en 1978 que permitió la entrada de *Bank Holding Companies* ajenos al estado. *Véase*, *e.g.*, Philip E. Strahan, *The Real Effects of U.S. Banking Deregulation* (Wharton Financial Institutions Center, Working Paper Núm. 02-39, 2002), *disponible en* http://fic.wharton.upenn.edu/fic/papers/02/0239.pdf (última visita 30 de enero de 2013).

[131] Según la Real Academia Española y los diccionarios oficiales del español *billions* es el equivalente a un millardo, además *trillions* es el equivalente a billones. En adelante, utilizaremos el término según el equivalente en inglés es decir trillón se referirá *trillion* & billón se referirá *billion*.

[132] *Véase* Dimitri B. Papadimitriou *et al.*, *Are Housing Prices, Household Debt, and Growth Sustainable?*, STRATEGIC ANALYSIS 1, 5 (2006); ANN PETTIFOR, THE COMING FIRST WORLD DEBT CRISIS 1 (2006).

[133] CoreLogic Case-Shriller Indexes, http://www.caseshiller.fiserv.com/indexes.aspx (última visita 2 de febrero de 2013).

suma aumentó a $146,260 en el 2004 y a $186,660 en el 2006. Un aumento de más de ochenta y seis por ciento (86%) en tan sólo seis años.

Estos datos fueron, y son, aún más interesantes si son examinados junto a modelos económicos básicos. Para ilustrar y explicar aún mejor la anomalía, utilizaremos el famoso modelo económico de la oferta y la demanda. La información recolectada ilustra que variables como ingreso y densidad poblacional, variables que normalmente estimulan la demanda, se mantuvieron básicamente estables a lo largo de esta época. De hecho, la variable de ingreso, según reportado en las planillas de contribución de ingreso federal, se redujo un tres por ciento (3%).[134] Además, las variables que influyen en la oferta, como la construcción de hogares, aumentaron considerablemente durante el periodo examinado según el *National Association of Home Builders* (en adelante, el "N.A.H.B.").[135]

Ahora bien, el modelo clásico de oferta y demanda dicta que si la demanda se mantiene sin cambios y la oferta aumenta, habrá superávit del producto y un precio de equilibrio más bajo. Los datos reflejan que factores estimulantes a la demanda como densidad poblacional, menos de un por ciento (0.9%) de crecimiento del 2000 al 2010,[136] e ingreso tres por ciento (3%) de reducción quedaron casi estáticos. Por otro lado, los factores de la oferta, como se señaló, aumentaron considerablemente. Sin embargo, no hubo una reducción en el precio de los hogares y ocurrió todo lo contrario, el precio creció extraordinariamente. Por lo tanto, la pregunta imprescindible es, ¿qué causó esta anomalía?

La respuesta, *ceteris paribus* y partiendo de la premisa de competencia perfecta, es el crédito. El crédito es un impulsor de la demanda y permite que más individuos tengan acceso a un mercado. A su vez, el crecimiento al partido de demanda permite el incremento de la variable *precio*. Pero para que creciera el precio a los niveles mencionados, era infaliblemente necesario que los niveles de crédito alcanzaran cifras sin precedentes.

Ciertamente la historia demuestra precisamente lo anterior. El acceso a crédito para esta época fue sumamente fácil gracias a las políticas de de-regulación bancarias mencionadas. Las políticas permitieron prácticas de

---

[134] *Véase* David Cay Johnson, *'04 Income in U.S. Was Below 2000 Level*, N.Y. TIMES, Nov. 28, 2006, http://www.nytimes.com/2006/11/28/business/28tax.html?_r=0 (última visita 2 de febrero de 2013).

[135] *Véase* HOUSING MARKET STATISTICS, HOUSINGECONOMICS.COM, http://www.nahb.org/fileUpload_details.aspx?contentID=58231 (última visita 16 de abril de 2013).

[136] *Véase* Mark Mather, *What's Driving the Decline in U.S. Population Growth?*, POPULATION REFERENCE BUREAU (May 2012). http://www.prb.org/Articles/2012/us-population-growth-decline.aspx (última visita 2 de febrero de 2013).

alto riesgo por parte de los bancos, aseguradoras, casas de corretaje y otros partícipes en distintos sectores de la economía.[137]

Tan sólo cabe señalar como ejemplos, la popularización de los préstamos *SISA* (Stated Income, Stated Asset), *NINA* (No Income, No Asset) e incluso los préstamos *NINJA* (No Income, No Job, No Asset) en virtud de los cuales se concedieron préstamos a individuos con exiguas calificaciones de crédito.[138] La mayoría de estos individuos no tenían, y en efecto no tuvieron, la capacidad necesaria de repagar sus préstamos dados los altos intereses que exigían. Forzando a los deudores a recurrir entonces a la morosidad y a la ejecución de bienes que habían ofrecido como colateral, si alguno.

En un principio, el hecho de que los bancos se quedarán con el colateral, no vislumbraba una pésima inversión, el banco siempre podía vender posteriormente el inmueble o colateral y recuperar su inversión inicial. La teoría general es que la propiedad inmueble aumenta de valor con el pasar de los años. Sin embargo, fue el continuo uso de las prácticas de ejecución hipotecaria lo que llevó a que esta teoría general se desvaneciera y eventualmente se quebrantara todo el sistema financiero en el 2008. Los bancos descubrieron de golpe que el constante uso de ejecución se amontonó en un fundamental problema, mucho inventario con poca liquidez.

Se utilizará nuevamente un modelo económico simple para explicar lo ocurrido. Supongamos que tenemos tres bancos; Banco A, Banco B y Banco C. Los inmuebles en cartera y acumulados de Banco A comenzaron a competir con los inmuebles en cartera y acumulados de Bancos B y C. Esto se traduce en que la oferta creció a un nivel superior a la demanda. El modelo de oferta y demanda arguye que si hay un superávit en el producto el precio equilibrio disminuye. Por tanto, Banco A tiene que bajar el precio de sus productos debido a que éstos compiten con los productos de Bancos B y C, ya que esta vez no existía la demanda suficiente para evitar la reducción del precio equilibrio.

Esto, a su vez, arrastró un problema diferente. A medida que continuó la reducción en los precios de los hogares el valor general promedio en el mercado comenzó también a caer. Los individuos que continuaron pagando sus hipotecas, luego descubrieron que estaban pagando de más por su hogar de lo que éste realmente valía en el mercado. Por tal motivo, decidieron no continuar con sus pagos hipotecarios. Esto llevó a un aumento aún mayor de

---

[137] Diferentes autores tienen diferentes responsables del aceleramiento de crédito como por ejemplo la entrada de Fannie Mae y Freddie Mac en el mercado de *subprime mortgages subprime* y *Alt-A mortgages*. *Véase* CARLOS M. PELÁEZ & CARLOS A. PELÁEZ, FINANCIAL REGULATION AFTER THE GLOBAL RECESSION 155 (2009).

[138] Estos préstamos también se le conocen como *sub-prime mortgages*.

la oferta. Debido a esta situación, y otros correlativos[139], el sistema financiero comenzó a desplomarse.

El inicio de la caída vertiginosa comenzó con la caída del banco de inversiones Lehman Brothers.[140] Esta crisis se dispersó rápidamente a nivel internacional debido a que estas obligaciones hipotecarias eran posteriormente renegociadas en mercados internacionales. Este fenómeno paralizó el crédito en el sistema al imperar la incertidumbre sobre quién era el próximo en sucumbir. Fue en este momento que los actores de las políticas *macro* comenzaron a asumir un rol más activo para intentar remediar la situación o por lo menos intentar contenerla.

B. Perspectiva *macro*

Dentro de la perspectiva *macro* se encuentra el rol que desempeñaron los gobiernos centrales para resistir la crisis que afrontaban. Es necesario recalcar que siempre que se plantee un asunto sobre la intervención del gobierno en políticas económicas se debe destacar las teorías del economista británico John Meynard Keynes.[141]

Keynes defendió la política del gobierno intervencionista, la cual predicaba que los gobiernos deben utilizar medidas fiscales y monetarias para mitigar los efectos adversos de las recesiones económicas, las depresiones y los *booms*; y además que el gasto público puede servir de instrumento para reactivar una economía.[142] Sus ideales son la base de la escuela de pensamiento conocida como Keynesiana.[143] Esta escuela de pensamiento se popularizó luego de la Gran Depresión y tomó aún mayor auge a razón de la gran influencia que tuvieron las teorías Keynesianas en los movimientos del *New Deal* bajo la presidencia de Franklin D. Roosevelt, entre los años 1933 y 1945. A pesar de la decadencia de la influencia Keynesiana en la década de los setenta, varios autores aseguran que fueron precisamente estas políticas las utilizadas por el Presidente Barack Obama y otros líderes internacionales para combatir la crisis en el 2008.[144]

---

[139] Se reconoce como factor adicional la creación de instrumentos financieros novedosos y altamente riesgosos.

[140] El 15 de septiembre de 2008 Lehman Brothers peticionó la protección de Quiebra bajo Capítulo 11 de la Ley de Quiebras de EU.

[141] Se reconoce que aún antes de John Meynard Keynes existían bases teóricas similares de economistas como Michal Kalecki y Knut Wicksell.

[142] Carlos A. Colón de Armas, *Keynes en Puerto Rico*, EL VOCERO, 11 de mayo de 2012, en la pág. 23.

[143] *Véase* JUAN CAMILO MAYOR BASTO, ESCUELA KEYNESIANA, www.fenadeco.org/pag_files/ESCUELA_KEYNESIANA.pdf (última visita 7 de mayo de 2013).

[144] *Véase* Eleonore Dermy, *La crisis financiera volvió a poner de moda las teorías de Keynes*, EL NUEVO DIARIO, 21 de octubre de 2008, www.elnuevodiario.com.ni/economia/30200 (última visita 3 de febrero de 2013); Paul Krugman, Op-Ed., *The Keynesian Moment*, N.Y. TIMES, 29 de

Luego de haber discutido en qué se fundamentó la medicina, es el momento de sintetizar la complicada enfermedad. El panorama enfrentado en el 2008 puede resumirse de manera elemental en los siguientes puntos, los cuales nos ayudarán a ver la transición de la perspectiva micro a macro.[145]

A principios del año 2007, los precios de las viviendas norteamericanas se desplomaron. Muchos de los deudores se dieron cuenta de que estaban pagando por sus hogares mucho más de lo que realmente valían en el mercado y, consecuentemente, decidieron o no pudieron seguir pagando sus hipotecas. Automáticamente, los inversionistas en mercados secundarios no quisieron comprar instrumentos financieros como *Mortgage Backed Securities* (M.B.S.), *Collaterized Debt Obligations* (C.D.O.), *Credit Default Swaps* (C.D.S.), *Synthetic C.D.O.s* y los que ya los tenían no pudieron venderlos. A medida que todo el sistema se iba hundiendo, los inversionistas directos e indirectos fueron enterándose de la pérdida sustancial de sus ahorros e inversiones.

El dinero invertido en diferentes instrumentos de especulación se dispersó por todo el sistema y se dificultó el poder establecer con certeza su paradero. Es decir, los *brokers* no pudieron explicarle a sus clientes inversionistas dónde se encontraba su dinero. El Profesor Leopoldo Abadía opina que "nadie sabía dónde estaba el dinero; y al decir nadie, era NADIE".[146]

Otro factor que no se sabía con certeza era si los activos considerados como *basura*, se encontraban en los paquetes de hipotecas que se traficaban en los mercados. Como nadie sabe, los bancos empiezan a desconfiar entre ellos, por lo que se afectó el mercado interbancario, conocido en inglés como el *Interbank Lending Market*. El efecto de esta incertidumbre fue el prestar a intereses más altos, o incluso no prestar, congelando así el crédito. Por tanto, los bancos confrontaron graves problemas relacionados a su liquidez y ganancias, lo cual acarreó, a su vez, serias consecuencias que se desenvolvieron en efecto dominó. Estas consecuencias fueron incluyeron no extender créditos ni otorgar hipotecas, lo cual significó que los accionistas de firmas dedicadas al tráfico de hipotecas vieron caer sus cotizaciones vertiginosamente. Además, el LIBOR y Euribor, los índices de referencia de las hipotecas, aumentaron sustancialmente, lo que resultó en que al ciudadano promedio que tenía su hipoteca activa se le dificultara el pago de sus cuotas mensuales y, en adición, disminuyera su poder adquisitivo. Como

---

noviembre de 2008, http://krugman.blogs.nytimes.com/2008/11/29/the-keynesian-moment/ (última visita 3 de febrero de 2013).

[145] Los puntos discutidos fueron tomados básicamente del blog del profesor y escritor español Leopoldo Abadía. Leopoldo Abadía, *Crisis Financiera Ninja*, LEOPOLDO ABADÍA BLOGSPOT, http://leopoldoabadia.blogspot.com/2008/04/crisis-financiera-2007-2008.html (última visita 3 de febrero de 2013).

[146] *Id.*

los bancos no tenían dinero, vendieron sus participaciones en empresas, al igual que edificios, inmuebles y otros activos. Simultáneamente lanzaron campañas en las que ofrecieron mejores condiciones para que sus clientes depositasen más dinero, reduciendo así la oferta de dinero disponible en el mercado. Al disminuir el poder adquisitivo de la ciudadanía y la oferta de dinero, forzosamente disminuyó el consumo. A su vez, con la reducción del consumo al detal, se redujo la compra a suplidores, fabricantes, firmas de servicios y distribución, entre otras. Estos partícipes de las cadenas de distribución, al vender menos productos y/o servicios, concluyeron que tenían un sobrante de personal y comenzaron a cesantear a sus empleados.

Finalmente, el despido de los empleados impactó a una amplia gama de sectores. A medida que las estadísticas de desempleo aumentaban, el gobierno se vió forzado a reaccionar de inmediato para solucionar la crisis y garantizar el bienestar nacional.

Con este panorama, ¿cuáles fueron esas medidas *keynesianas* de perspectivas macro que se tomaron para solucionar el problema? La contestación a esta interrogante es sumamente compleja y se divide en varios niveles de aplicación. Por tal razón, este escrito se limitará a destacar dos de las estrategias principales utilizadas por el gobierno estadounidense que mejor se asemejan a la teoría de Keynes y al propósito del análisis.

C. La estrategia de la Reserva Federal: *Credit Easing*

La estrategia del *Credit Easing* por parte de la Reserva Federal de Estados Unidos (en adelante, el "Fed") fue predicada en el mandato del Congreso de mantener el empleo y la estabilidad de precios.[147] La política seguida por el Fed fue parecida a la estrategia de *quantitative easing* utilizada por el Banco Central de Japón en el 2001.[148] El objetivo principal de esta política es inyectar gran liquidez al sistema para disminuir las tasas de interés a largo plazo, estimulando así la inversión y la recuperación económica.[149] Para lograr estos objetivos era necesario una modificación y expansión de la composición de los estados de cuentas del Fed. Conforme a esto, el Fed aumentó sustancialmente sus activos de unos $855 billones que ostentaba en febrero del 2008 a $1,844.9 billones en febrero de 2009. Un

---

[147] BOARD OF GOVERNORS OF THE FEDERAL RESERVE SYSTEM, http://www.federalreserve.gov/pf/pdf/pf_2.pdf (última visita 9 de febrero de 2013) ("The Federal Reserve sets the nation's monetary policy to promote the objectives of maximum employment, stable prices, and moderate long-term interest rates. The challenge for policy makers is that tensions among the goals can arise in the short run and that information about the economy becomes available only with a lag and may be imperfect.").

[148] La estrategia en Japón se utilizó para proteger a la economía japonesa de la deflación.

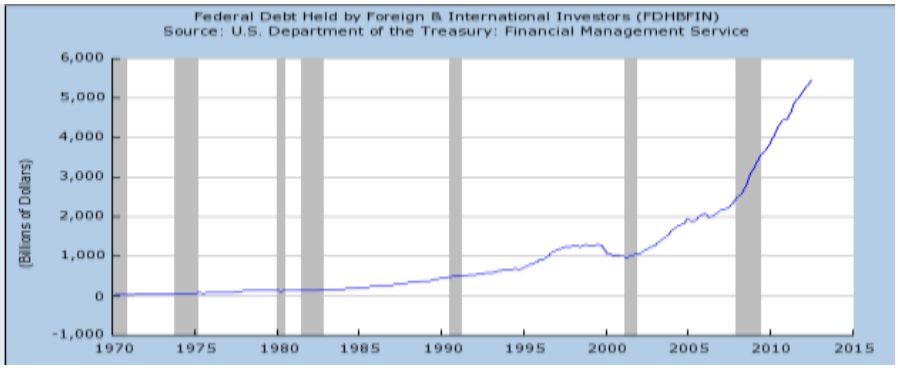
[149] Ben S. Bernanke & Vincent R. Reinhart, *Conducting Monetary Policy at Very Low Short-Term Interest Rates*, 92 AM. ECON. REV., núm. 2, 2004, en la pág. 85; *véase además* PELÁEZ & PELÁEZ, *supra* nota 137, en la pág. 158.

sustancial cambio porcentual de sobre cien por ciento (115.7%) en tan sólo un año.[150]

D. American Recovery and Reinvestment Act (A.R.R.A.)[151]

El presidente Barack Obama firmó el 17 de febrero de 2009, la Ley A.R.R.A. El objetivo de ese estatuto fue atacar la recesión que azotaba a los Estados Unidos desde diciembre del 2007. Además, la legislación buscaba duplicar la producción de energía alterna, modernizar los edificios federales, digitalizar los récords médicos, aumentar la investigación en ciencias y tecnologías y aumentar el acceso al Internet de banda ancha, entre otros objetivos. Los fondos que se utilizaron para esos propósitos buscaban aumentar el número de empleos en la economía americana. El gasto aproximado en el 2009 por la utilización de este estímulo se estima en unos $175 billones, mientras que el paquete total asignado a ese estatuto fue de $787 billones.[152]

El resultado y efectos de ambas estrategias junto a otras se refleja en la siguiente tabla.[153]



Las áreas oscurecidas representan recesiones en los Estados Unidos. *

Como se puede observar, el gobierno de Estados Unidos emitió una suma sustancial de deuda en los mercados financieros internacionales durante la década examinada, particularmente desde el 2008. Además, se proyecta que este patrón de deuda continúe en crecimiento.

---

[150] Federal Reserve Statistical Release H.4.1, *Factors Affecting Reserve Balances of Depository Institutions and Condition Statement of Federal Reserve Banks*, BOARD OF GOVERNORS OF THE FEDERAL RESERVE SYSTEM (12 de febrero de 2009), http://www.federalreserve.gov /releases/h41/20090212/h41.pdf.

[151] American Recovery and Reinvestment Act of 2009, Pub. L. No. 111-5, 123 Stat. 115 (2009).

[152] STIMULUS COSTS CONTINUE TO GROW, COST OF GOVERNMENT CENTER, http://costofgovernment.org/stimulus-costs-continue-grow-a121 (última visita 23 de febrero de 2013).

[153] FEDERAL RESERVE BANK OF ST. LOUIS, http://research.stlouisfed.org/fred2/series/FDHBFIN (última visita 9 de febrero de 2013).

Las teorías macroeconómicas arguyen que, en economías abiertas, la deuda foránea incrementa cuando los gobiernos operan en déficit. Los gobiernos prefieren emitir deuda gubernamental a imprimir cuantías exorbitantes de dinero. La razón principal es que los bancos centrales no deben imprimir dinero desmedidamente, ya que, por lo general, podrían arriesgarse a aumentar los niveles de inflación, o incluso llegar a la hiperinflación. Los referidos riesgos surgen debido al aumento en la oferta de dinero (*money supply*).[154]

El perceptible incremento en la deuda en años venideros pronostica que el tema de las políticas para contrarrestar la crisis financiera resultará en mucho debate en el futuro inmediato. Similarmente, en Puerto Rico, hay mucho que discutir y debatir en el tema de la deuda desde una perspectiva macro. La deuda del sector público de Puerto Rico está compuesta por las deudas de las corporaciones públicas, los municipios y el Gobierno de Puerto Rico (Gobierno Central). El principal deudor del sector público son las corporaciones públicas al ser el Fondo General su principal fondo de financiamiento. La deuda de las corporaciones públicas representa el por ciento más alto de la deuda pública total, proporción que se ha mantenido estable durante la década examinada. En el mismo periodo el Gobierno Central ha reducido su participación en el total de la deuda, mientras que los municipios han aumentado.[155]

El Fondo se nutre primordialmente de ingresos impositivos directos e indirectos recaudados en la Isla. Estos ingresos representan la gran mayoría del ingreso total del Fondo. El restante por ciento corresponde a ingresos no impositivos como recaudos de lotería, multas y certificados o registro de documentos, y a recaudos de otras fuentes no estatales, como los derechos de aduana o arbitrios sobre embarques de ron.[156]

La deuda de los municipios, además de los pagarés en anticipación de bonos, está apoyada en los impuestos reales y personales sobre la propiedad y por las patentes municipales. La deuda de las corporaciones públicas, además de los pagarés en anticipación de bonos, generalmente está garantizada por los ingresos de estas corporaciones por las tarifas cobradas por servicios o productos. Sin embargo, cierta deuda de corporaciones públicas está garantizada, parcial o totalmente, directa o indirectamente, por las apropiaciones o impuestos del Gobierno de Puerto Rico.[157]

La deuda directa del Gobierno Central está emitida de acuerdo con la legislación específica aprobada en cada caso particular. La deuda de los

---

[154] N. GREGORY MANKIW, MACROECONOMICS 104 (Worth Publishers 2002) (1997).

[155] El incremento en deuda de los municipios corresponde con la mayor descentralización de actividades.

[156] CEPAL, *supra* nota 53, en la pág. 62.

[157] BANCO GUBERNAMENTAL DE FOMENTO PARA PUERTO RICO, DEUDA PÚBLICA http://www.gdbpr.com/spa/investors_resources/public-debt.html (última visita 10 de febrero de 2013).

municipios está emitida de acuerdo con las ordenanzas adoptadas por las respectivas asambleas municipales y la deuda de las corporaciones públicas está emitida de acuerdo con los estatutos orgánicos. El BGF, como agente fiscal del Gobierno Central, sus municipios y corporaciones públicas, debe aprobar los términos específicos de cada emisión.[158]

Además, debemos señalar que ni las corporaciones públicas ni los municipios de Puerto Rico están cobijados bajo la protección del Capítulo 9 del Código de Quiebras Federal a diferencia de los demás estados.[159] Esto es así porque Puerto Rico no es considerado dentro del término *municipality* bajo el Código de Quiebras 11 USCS § 109(c). [160] Por tal razón, si en un futuro la deuda de los municipios o de las corporaciones públicas es considerada *tan* chatarra que ningún inversionista decide comprarla, el Gobierno Central es quien se encarga de liquidar los activos. Esto ocurrió en el caso de la Corporación de Renovación Urbana y Vivienda que debido a sus graves problemas administrativos le resultó imposible vender sus valores en los mercados financieros internacionales y sus activos tuvieron que ser liquidados a través de la Ley Núm. 55 del 9 de agosto del 1991, según enmendada en los 1995 y 1996.

E. ¿Cuál es el panorama actual?

El *Comprehensive Annual Financial Report* de Puerto Rico[161] es un informe que incluye los estados financieros del gobierno central y las corporaciones públicas. Este informe es auditado por firmas internacionales de contadores públicos autorizados independientes y es el mismo que se le entrega anualmente a las casas crediticias que evalúan los bonos del ELA. Este informe se incluye, además, en los prospectos (*oficial statements*) que se preparan para vender los bonos del ELA.[162] Se debe enfatizar vehementemente que en el informe de referencia existen diferentes sub-informes anuales para los diferentes componentes de la deuda pública de Puerto Rico. Al hacer este énfasis, se ilustra mejor el deterioro de las finanzas públicas y evita ulteriores confusiones.

Las estadísticas del informe de año 2010 demuestran que la deuda del gobierno central al 30 de junio del 2010 sobrepasa el total de activos. Específicamente, el total de activos del gobierno central de Puerto Rico suma unos $16,258 millones versus un total de deudas de $46,685 millones, por lo

---

[158] *Id*.
[159] Excepto el Distrito de Colombia.
[160] Remarks of James E. Spiotto, *Field Hearing on the State of the Municipal Securities Market*, SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION 13, n. 9 (2011).
[161] BANCO GUBERNAMENTAL DE FOMENTO PARA PUERTO RICO, http://www.bgfpr.com/investors_resources/documents/2011-06-24-PRCAFR2010.pdf (última visita 10 de febrero de 2013).
[162] JUAN AGOSTO ALICEA, CRISIS: AL BORDE DE LA QUIEBRA 272 (2011).

que el déficit acumulado es de unos $30,427 millones. Este déficit acumulado aumenta anualmente a consecuencia del ya mencionado déficit estructural que surge cuando los ingresos recurrentes del Fondo General no son suficientes para cubrir los gastos del Gobierno Central. El déficit estructural, según las más recientes noticias, se estima que podría llegar a unos $2,212 millones para junio del año 2013.[163]

La tendencia sostenida de aumento en el déficit acumulado se aceleró durante la década analizada (2000-2010), lo que apunta, según el Ex-Secretario de Hacienda Juan Agosto Alicea, a un deterioro peligroso en la posición financiera del gobierno de Puerto Rico.[164] Según el informe[165] el déficit acumulado del gobierno central aumentó de $6,518 millones en el año fiscal 2000 a $30,427 millones en el 2010, para un promedio de déficit anual de $3,043 millones[166] y un por ciento de aumento de más de trescientos sesenta y siete por ciento (367%). La razón principal para este aumento tan drástico es precisamente la acumulación de déficits estructurales consecutivos en el Fondo General durante los primeros diez años del siglo XXI.[167]

Es necesario recalcar que en el informe los estados financieros de las principales corporaciones públicas, como el BGF, la AEE, la Autoridad de Carreteras, la UPR, la Administración de Seguros de Salud de Puerto Rico (ASES) y otras más pequeñas, son parecidos a los que presentan los negocios privados y, por sus características independientes, se informan separados a los del Gobierno Central. Los estados financieros de estas corporaciones públicas, al 30 de junio de 2010, arrojan un total de activos de $57,648 millones y un total de deudas de $46,914 millones, que representa un sobrante o capital de $10,734 millones. Estas cifras, al compararlas con las del 2001, demuestran que se ha reducido su capital en $1,547 millones o en un doce punto seis por ciento (12.6%) en nueve años.[168] De estos $46,914 millones, los mayores déficits recaen en la AEE y ASES con déficits de $103.6 millones y $247.5 millones respectivamente.[169]

Se señaló anteriormente que es en la Constitución de Puerto Rico donde se encuentran los límites a la emisión de deuda pública tanto a nivel estatal como municipal. La sección 2 del Artículo VI de la Constitución establece que no se pueden emitir obligaciones directas del Gobierno de Puerto Rico si el monto del principal, más intereses de todos los bonos y

---

[163] Joanisabel González, *Un déficit mayor a lo anticipado*, EL NUEVO DÍA, 7 de febrero de 2013, en la pág. 42.
[164] AGOSTO ALICEA, *supra* nota 162, en la pág. 274.
[165] *Id*. en las págs. 256, 275.
[166] *Id*. en las págs. 274-75.
[167] *Id*.
[168] *Id*. en la pág. 273.
[169] *Véase* PUERTO RICO DEPARTMENT OF THE TREASURY, *supra* nota 121, en la pág. 41.

pagarés emitidos, junto a cualquier cantidad pagada por el Gobierno en el año fiscal anterior, excediere el quince por ciento (15%) del promedio anual de ingresos recaudados bajo las disposiciones de las leyes de Puerto Rico y depositados en el Departamento de Hacienda durante los dos años fiscales previos al año fiscal de la emisión propuesta. Es decir, el pago de la deuda, incluyendo el principal y los intereses y otros gastos, no puede, en el caso del Estado, sobrepasar el quince por ciento (15%) del promedio de ingresos de los dos años previos a la emisión de los bonos. La sección 2 del Artículo VI no limita la cantidad de la deuda que el Gobierno puede garantizar siempre y cuando no se exceda del límite del quince por ciento (15%) en pagos realizados por el Gobierno en dicha deuda garantizada.

Como también se adelantó, los recaudos internos consisten principalmente de recaudos impositivos directos e indirectos, específicamente de impuestos sobre ingresos, sobre la propiedad y arbitrios. Ciertos ingresos, tales como los arbitrios federales sobre bebidas alcohólicas exportadas y productos de tabaco y los aranceles aduaneros (que son recaudados por el Gobierno de los Estados Unidos y devueltos al Departamento de Hacienda) y los impuestos sobre el combustible de los vehículos de motor y las licencias de vehículos (que son asignados a la Autoridad de Carreteras y Transportación) no son incluidos como recaudos internos para propósitos de calcular el límite de deuda, aunque sí pueden estar disponibles para el pago del servicio de la misma. Además la porción del Impuesto sobre Uso y Ventas, según fue definido bajo la Reforma Contributiva, asignada a la Corporación del Fondo de Interés Apremiante (COFINA), establece para que 'el pago del servicio de la deuda pagaderos del Fondo General se mantendrán separados de los dineros a ser utilizados para el pago de la deuda extra constitucional provenientes del Fondo de Interés Apremiante.[170]

La Constitución también le ordena a la Asamblea Legislativa establecer límites para la emisión de obligaciones directas de los municipios. Dichos límites no podrán ser menores del cinco por ciento (5%) ni mayores del diez por ciento (10%) del valor total de la tasación de la propiedad situada en dicho municipio.[171]

Sin embargo, no existe ningún tipo de limitación constitucional a las corporaciones públicas. Históricamente la creación de corporaciones públicas respondió a estrategias de política fiscal. Los nuevos entes que gozaban de personalidad jurídica propia y patrimonio separado del gobierno central, podían incurrir en deuda pública sin la restricción impuesta por el límite al margen prestatario en el que podía incurrir el gobierno de Puerto

---

[170] BANCO GUBERNAMENTAL DE FOMENTO PARA PUERTO RICO, *supra* nota 157.
[171] CONST. PR art. VI, § 2.

Rico.[172] El total de esta deuda asumida, conocida como *extra constitucional* por no haber una obligación constitucional de satisfacerla, no se contabiliza en el monto de la deuda del gobierno central. El servicio de los empréstitos para pagarla en anualidades sí figura en ese monto, por lo que esa deuda asumida indirectamente aumenta el monto de la deuda pública total.[173]

Con estas disposiciones podemos calcular que el servicio de la deuda máximo futuro por concepto de las obligaciones generales del Gobierno Central es de $981,295,893 para el año fiscal que termina el 30 de junio de 2015. Esta cantidad ($981,295,893), junto con la cantidad pagada por el Gobierno de Puerto Rico ($16,520,000), para un total de $997,815,893, equivalen a casi el trece por ciento (13.15%) de $7,587,526,000, el cual es el promedio de los recaudos internos ajustados para el año fiscal que terminó el 30 de junio de 2010 y de los recaudos internos preliminares para el año fiscal que termina el 30 de junio de 2011.[174] De acuerdo al promedio de los recaudos internos la cantidad para alcanzar el límite de la deuda sería aproximadamente unos $1,138,128,900.

El Reporte General de Deuda Pública del BGF de diciembre de 2010 indica que fue la desatendida recesión económica lo que fomentó el uso de deuda para sufragar el déficit arrastrado en los últimos años. El reporte añade que con la excepción de los años fiscales de 1993, 1995, 1999, 2000 y 2001, la deuda del BGF ha crecido a un ritmo más rápido que la economía en los últimos 17 años. Se debe reiterar que es el BGF quien le extiende créditos a las entidades públicas cuando a éstas les surge un gasto o deuda imprevista. Por tal razón, es forzoso concluir que un aumento recurrente en la deuda del *banco del pueblo* se traduce en un problema sistemático en las entidades gubernamentales de Puerto Rico.

Los números que se han reportado junto a la discutida experiencia económica de Puerto Rico, ilustra la necesidad de reajustar cada cierto tiempo la estrategia de desarrollo para adecuarla a los cambios en las condiciones económicas. El ajuste de estrategia de Puerto Rico debió haber sido implementado desde hace ya mucho tiempo, la falta de atender este reajuste ha arrastrado a la Isla a condiciones de baja competitividad que resultan sumamente desfavorables ante la inminente globalización contemporánea.

Los determinantes de la competitividad varían según el país. Los informes de las Naciones Unidas concluyen que, en el caso de Puerto Rico, los determinantes de la competitividad recaen principalmente en la evolución de los costos salariales, en la pérdida de potencia de los incentivos fiscales como

---

[172] *Véase* William Vázquez Irrizary, *Los Poderes del Gobernador de Puerto Rico y el Uso de Órdenes Ejecutivas*, 76 REV. JUR. UPR 951, n. 89 (2007); ALEX W. MALDONADO, LUIS MUÑOZ MARÍN: PUERTO RICO'S DEMOCRATIC REVOLUTION 217-18 (2006).
[173] Muñiz Argüelles, *supra* nota 73, en la pág. 668.
[174] BANCO GUBERNAMENTAL DE FOMENTO, *supra* nota 157.

promotores de la industrialización y en la importancia creciente de la competencia de terceros países por los mercados de los Estados Unidos. Los informes añaden que las fases iniciales de desarrollo en Puerto Rico ocurrieron en una suerte de *apertura protegida*, ya que la economía puertorriqueña era muy abierta *vis-à-vis* a la de los Estados Unidos, pero estaba bastante aislada de la competencia de terceros países dentro del sistema arancelario estadounidense. En los últimos años Puerto Rico ha tenido que ajustarse a una condición de apertura sin protección, a medida que los Estados Unidos han ido abriendo más sus mercados en los procesos multilaterales y bilaterales de liberalización comercial.[175]

Parece ser que la estrategia de Puerto Rico para lidiar con el referente ajuste ha sido recurrir a la deuda pública y al rol intervencionista del Gobierno. Según el Profesor y Economista, José Alameda Lozada,

> . . . es cierto que la deuda pública cumple un papel vital al desarrollo económico pues brinda recursos monetarios a fines productivos, o aumenta la productividad económica del país al largo plazo, si bien es cierto que se aumenta el endeudamiento a las generaciones futuras, las mismas adquieren igualmente activos productivos (puentes, carreteras, represas, fuentes de energía, etc.) que de otra manera no hubiesen obtenido y, consecuentemente, conduce el aumento del producto nacional.[176]

Sin embargo, añade el profesor que "[e]l problema lamentablemente surge cuando la deuda se convierte en un lastre para acrecentar el producto nacional y su productividad. Ese es precisamente el caso que experimenta Puerto Rico en los últimos años".[177] Para alcanzar estas conclusiones sólo hay que observar los datos históricos del ratio de deuda bruta frente a PNB[178] calculados por la Junta de Planificación y que se ilustran en la tabla inferior.

---

[175] CEPAL, *supra* nota 53, en la pág. 229.

[176] José I. Alameda Lozada, *La deuda pública de Puerto Rico a Niveles Históricos*, BLOG JOSÉ I. ALAMEDA, http://easywebpr.com/josealameda/index.php?option=com_content&view=article&id=67:la-deuda-publica-de-puerto-rico-a-niveles-historicos-&catid=35:articulos-2012&Itemid=68 (última visita 13 de febrero de 2013).

[177] *Id*.

[178] En el caso de Puerto Rico se examinó la razón deuda bruta de producto nacional y no de producto interno. Por definición, el producto interno contiene el nivel de ganancias netas de las corporaciones foráneas la cual infla este indicador de bienestar social dando una sensación de bonanza ficticia para los residentes locales.

				Tasa de crecimiento	
Año Fiscal	Deuda Pública	PNB Nominal	Deuda/PNB N	Deuda Pública	PNB Nominal
1976	$5,581.7	$7,549.8	73.9%		
1977	$5,957.1	$8,181.7	72.8%	6.7%	8.4%
1978	$6,076.5	$8,996.7	67.5%	2.0%	10.0%
1979	$6,447.1	$10,037.0	64.2%	6.1%	11.6%
1980	$6,994.4	$11,064.6	63.2%	8.5%	10.2%
1981	$7,505.0	$12,211.7	61.5%	7.3%	10.4%
1982	$8,052.8	$12,693.5	63.4%	7.3%	3.9%
1983	$8,433.4	$13,048.5	64.6%	4.7%	2.8%
1984	$8,692.6	$14,183.0	61.3%	3.1%	8.7%
1985	$8,837.3	$15,002.2	58.9%	1.7%	5.8%
1986	$9,123.4	$16,014.4	57.0%	3.2%	6.7%
1987	$10,142.6	$17,152.7	59.1%	11.2%	7.1%
1988	$10,806.9	$18,549.8	58.3%	6.5%	8.1%
1989	$11,645.7	$19,954.2	58.4%	7.8%	7.6%
1990	$12,564.7	$21,619.1	58.1%	7.9%	8.3%
1991	$12,824.3	$22,809.0	56.2%	2.1%	5.5%
1992	$13,821.7	$23,696.4	58.3%	7.8%	3.9%
1993	$14,242.2	$25,132.9	56.7%	3.0%	6.1%
1994	$15,257.5	$26,640.9	57.3%	7.1%	6.0%
1995	$15,993.6	$28,452.3	56.2%	4.8%	6.8%
1996	$17,625.8	$30,357.0	58.1%	10.2%	6.7%
1997	$19,507.6	$32,342.7	60.3%	10.7%	6.5%
1998	$22,322.4	$35,110.7	63.6%	14.4%	8.6%
1999	$22,678.2	$38,281.2	59.2%	1.6%	9.0%
2000	$24,188.8	$41,418.6	58.4%	6.7%	8.2%
2001	$27,159.6	$44,046.6	61.7%	12.3%	6.3%
2002	$30,012.6	$45,071.3	66.6%	10.5%	2.3%
2003	$32,524.5	$47,479.4	68.5%	8.4%	5.3%
2004	$37,433.6	$50,708.7	73.8%	15.1%	6.8%
2005	$40,268.3	$53,752.4	74.9%	7.6%	6.0%
2006	$43,136.3	$56,732.3	76.0%	7.1%	5.5%
2007	$46,183.3	$59,520.5	77.6%	7.1%	4.9%
2008	$53,392.9	$61,665.2	86.6%	15.6%	3.6%
2009	$58,414.9	$62,677.8	93.2%	9.4%	1.6%
2010	$62,206.2	$63,291.5	98.3%	6.5%	1.0%

Fuente: Ingreso y Producto, Junta de Planificación y Apéndice Económico (varios issues)

Los datos demuestran que el papel tradicional del endeudamiento público ha servido de muy poco para responder a la crisis económica y social (PNB es un indicador económico y de calidad de vida). Por ejemplo, en el período entre los años 2000 a 2007, cada millón de deuda bruta se asociaba a un cambio promedio de $78,000 en el PNB nominal. Sin embargo, entre los años 2009 y 2010 este nivel fue de $15,000. En conclusión, se reduce el nivel de productividad de la deuda bruta en $63,000 por cada millón, o casi un ochenta por ciento (80.8%) en estos últimos dos años.[179] Otro componente interesante que se puede apreciar en los datos es el evidente aumento en el por ciento de deuda en el 2008 (15.6%) y la gran disminución en el crecimiento de PNB desde ese año (1.6% en el 2009 y 1.0% en el 2010).

Los datos señalan que la deuda pública ha ascendido a niveles históricos con respecto al tamaño de la economía puertorriqueña. Esta misma no ha logrado impulsar la economía local fuera de sus niveles depresivos. Sobre este particular, se pueden tomar los señalamientos del economista James Dietz intenta explicar en qué consiste el fiasco histórico de las políticas económicas en la Isla. El economista Dietz analiza:

[179] Alameda Lozada, *supra* nota 176.

> El fracaso del modelo puertorriqueño, pues, no se debe a su orientación hacia afuera (la que es necesaria para un país pequeño). Ni es resultado de la promoción de la inversión extranjera sin depender excesivamente de ella. El fracaso de la Operación Manos a la Obra se encuentra en la manera particular en que Fomento diseñó este camino de desarrollo hacia afuera.
>
> Primero, el programa de industrialización por invitación no creó las bases para una economía local e integrada y, segundo, saltó la etapa de sustitución de importaciones. El modelo puertorriqueño ha dependido abrumadoramente de la inversión extranjera a costa de la inversión y el espíritu empresarial doméstico. El inversionista puertorriqueño no tuvo la oportunidad de competir dadas las estructuras de subsidios que discriminaban a favor de las empresas extranjeras. Es decir, la economía se ha desarrollado de modo que no da al 'capital humano' puertorriqueño un papel dirigente.[180]

Es por estos diseños infructuosos en las políticas y decisiones económicas que el país experimenta en la actualidad una búsqueda intensa de propuestas innovadoras para reactivar el crecimiento económico que evite, a su vez, el recurrir a la deuda pública para sufragar el acelerado déficit acumulado. Por esta razón, presentamos formalmente a continuación nuestra propuesta.

VII. PROPUESTA PARA UN FIDEICOMISO PERPETUO DEL FONDO GENERAL

La propuesta que desarrollaré surgió inicialmente de las recomendaciones hechas por el Comité de Reforma Fiscal del Colegio de Contadores Públicos Autorizados (en adelante, el "Comité").[181] Como parte del proceso de evaluación, el Comité recomendó la creación de un fideicomiso perpetuo del Fondo General para la generación de ingresos a través de la inversión. La implantación de esta recomendación conlleva, primeramente, que el sector gubernamental reduzca o elimine algunas actividades gubernamentales para que el sector privado las lleve a cabo. La eliminación o reducción de las referidas actividades implican la venta, arrendamiento o liquidación de activos gubernamentales para generar fondos al erario. Un buen ejemplo que enlazaría perfectamente con las recomendaciones señaladas, sería el reciente arrendamiento del Aeropuerto Internacional Luis Muñoz Marín. Este arrendamiento de un activo

---

[180] DIETZ, *supra* nota 3, en la pág. 340.

[181] *Véase* RECOMENDACIONES PARA PROMOVER UNA VERDADERA REFORMA, COLEGIO DE CONTADORES AUTORIZADOS DE PUERTO RICO, http://www.colegiocpa.com/index.php?node=976. (última visita 5 de mayo de 2013).

gubernamental cede las actividades gubernamentales al sector privado y generaría un insumo sustancial de fondos al erario a corto plazo.

Otro buen ejemplo sería el fondo creado en Grecia, conocido como el *Hellenic Republic Public Assets Development Fund*, el cual, como parte de sus estrategias de reestructuración nacional, busca ceder las actividades gubernamentales al sector privado y generar, también a corto plazo, un insumo sustancial de fondos al erario gubernamental.[182] Según las disposiciones de este fondo los activos gubernamentales que se consideran enajenar incluyen bienes raíces, acciones en corporaciones gubernamentales y derechos en recaudos gubernamentales (ej. loterías, arbitrios, etc.).[183]

El Comité señaló que posterior a la enajenación del activo gubernamental, se deben separar esos fondos y evitar que los mismos se utilicen para cubrir gastos operacionales recurrentes. Se entendió que debe crearse una estructura financiera que permita un uso más adecuado de los fondos. Según el Comité, el fideicomiso es la figura jurídica perfecta para alcanzar los objetivos mencionados debido a la peculiaridad de sus características legales. Ante esto, a continuación se discutirán cuáles son estas características legales que hacen de la figura del fideicomiso una estructura legal ideal para el propósito de nuestra propuesta y los objetivos del Comité.

A. El fideicomiso puertorriqueño

Los primeros antecedentes históricos que se registran del fideicomiso emanan del derecho romano, concretamente de la fiducia. A pesar de que la fiducia no pudo sobrevivir la época romana-helénica, se cree, de forma general, que la fiducia romana tuvo una gran influencia en el *trust* anglosajón y en lo que hoy se conoce como el fideicomiso puertorriqueño.[184]

La antigua Ley de Fideicomiso de Puerto Rico fue copiada, casi de manera *ad verbatim* de la Ley de Fideicomiso de la República de Panamá. La Ley de Fideicomiso de Panamá fue mayormente adoptada, a su vez, de un anteproyecto preparado por el jurista panameño Ricardo J. Alfaro. La promoción en la Isla de esta Ley fue gracias al licenciado Miguel Guerra Mondragón, autor del proyecto convertido en la Ley de Fideicomiso de Puerto Rico de 1928 (en adelante, la Ley del 1928).[185]

---

[182] *Véase* 3RD QUARTER REPORT (1.1.2012-31.3.2012), HELLENIC REPUBLIC ASSET DEVELOPMENT FUND, http://www.hradf.com/uploads/files/20120425-report-q1-2012-en.pdf. (última visita 20 de febrero de 2013).

[183] Para más detalles de los activos gubernamentales que ha considerado el gobierno griego *véase* THE FUND, HELLENIC REPUBLIC ASSET DEVELOPMENT FUND, http://www.hradf.com/en/the-fund. (última visita 20 de febrero de 2013).

[184] CARLOS A. MOLINA, EL FIDEICOMISO EN LA DINÁMICA MERCANTIL 7 (2007).

[185] Belaval v. Trib. de Expropiaciones, 71 DPR 265, 271 (1950).

El fideicomiso puertorriqueño, bajo el régimen de la antigua Ley del 1928 fue una institución con caracteres particulares que incorporó los principios del *trust* anglosajón e intentó armonizarlos con nuestra tradición civilista.[186] A modo de compendio, la adaptación de la ley panameña no creó un todo coherente e integrado a perfección. Por esta razón, el desarrollo contemporáneo del fideicomiso tuvo que ser fundamentado a base de la jurisprudencia.[187]

Fue luego de varios años de jurisprudencia y reclamos de reforma, que la Asamblea Legislativa aprobó la Ley Número 219 del 31 de agosto de 2012, conocida como Nueva Ley de Fideicomisos para Puerto Rico (en adelante, la Ley 219). La Ley 219 favorece la instrumentación del fideicomiso como herramienta económica, su exposición de motivos señala expresamente que la reforma está dirigida a "promover el uso del Fideicomiso ya no sólo en su aspecto familiar y sucesorio, sino como mecanismo de desarrollo económico para nuestra isla".

El fideicomiso se define en la Ley 219 como:

> un patrimonio autónomo que resulta del acto por el cual el fideicomitente le transfiere bienes o derechos, y que será administrada por el fiduciario para beneficio del fideicomisario o para un fin específico, de acuerdo con las disposiciones del acto constitutivo y, en su defecto, conforme a las disposiciones de la Ley.[187]

Se indica que el patrimonio es autónomo porque está totalmente separado del patrimonio personal del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario. Este patrimonio autónomo está afectado por el fin particular que se le disponga al momento de la constitución del fideicomiso. Durante la vigencia del fideicomiso, el fideicomisario es el titular de un interés beneficioso que se concreta a la terminación del fideicomiso, salvo que se trate de rentas o bienes que se deban o puedan recibirse periódicamente antes de su terminación.[188]

La importancia sustancial del fideicomiso recae en sus sujetos. Cada sujeto ostenta una responsabilidad propia que aporta a la peculiaridad del fideicomiso. Por tal razón, entiendo que es imperativo describir los sujetos que participan en el fideicomiso: el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario.

---

[186] Álvarez v. Sec. Hacienda, 78 DPR 412, 419-420 (1955), *rev'd* 80 DPR 16, 35-41 (1957).
[187] Kogan v. Registrador, 125 DPR 636, 675 (1990) (Concurrente Rebollo López).
[187] Nueva Ley de Fideicomisos, Ley Núm. 219 de 31 de agosto de 2012, Arts. 1-3
[188] *Id*.

B. El fideicomitente

El fideicomitente, también conocido como fiduciante, es el titular de la cosa o derecho que es objeto de la transmisión. Puede ser fideicomitente cualquier persona natural o jurídica que tenga capacidad para constituir fideicomiso en beneficio del fideicomisario o para un fin específico.[189] Si el fideicomiso se constituye por acto entre vivos pues puede tener más de un fideicomitente.[190] En el acto de constitución del fideicomiso, el fideicomitente puede reservarse facultades para modificar el fideicomiso total o parcialmente para sí o para delegarlas en un tercero.[191]

En cuanto a la capacidad del fideicomitente, la Ley 219 dispone que la persona natural tiene capacidad para ser fideicomitente en la medida en que tiene capacidad para trasmitir dichos bienes entre vivos o por causa de muerte, libres de fideicomiso.[192] La persona jurídica tiene capacidad para ser fideicomitente en la medida en que, en virtud de ley, tiene capacidad para transferir los bienes fideicomitidos para el particular fideicomiso.[193] Finalmente, las entidades gubernamentales autorizadas por ley pueden retener bienes propios en fideicomiso y actuar como fiduciarios de los mismos para el desarrollo de sus fines, mediante declaración hecha con las formalidades de la Ley 219. Las entidades gubernamentales podrán ser fiduciarios, si los fines del fideicomiso se encuentran comprendidos dentro del objeto de la entidad.[194]

El fideicomitente, en síntesis, es quien señala los fines y contenido del fideicomiso junto a cualquier otra cláusula que no sea contraria a la ley, la moral y el orden público.[195] Es también quien señala la duración del fideicomiso;[196] designa o nombra a uno o varios fiduciarios, y sustitutos, si alguno; y quien designa o nombra a los fideicomisarios que también pueden ser uno o varios.[197]

C. El fiduciario

El fiduciario o *trustee*, es la persona natural o jurídica designada en el acto constitutivo del fideicomiso para administrar los bienes fideicomitidos, de acuerdo a las disposiciones de dicho acto, para el beneficio del

---

[189] *Id*. en el Art. 13.
[190] *Id*.
[191] *Id*. en el Art. 15.
[192] *Id*. en el Art. 14.
[193] *Id*.
[194] *Id*.
[195] Nueva Ley de Fideicomisos, Ley Núm. 219 de 31 de agosto de 2012, Art. 8.
[196] *Id*. en el Art. 6.
[197] *Id*. en los Arts. 17-19.

fideicomisario o beneficiario.[198] El fiduciario es el sujeto, que por su naturaleza, asume un rol más activo en el funcionamiento del fideicomiso.

Es menester que el fiduciario tenga la capacidad para administrar y mantener o conservar el título de la referida propiedad para que éste pueda adquirir del fideicomitente el título de la propiedad fideicomitida.[199] Similarmente a la teoría general señalada, la Ley 219 dispone en cuanto a la capacidad que; una persona natural tiene capacidad para ser fiduciario en la misma medida en que tiene capacidad para administrar los bienes fideicomitidos para su propio beneficio.[199] Además, dispone que la persona jurídica puede ser fiduciaria en la medida en que, en virtud de ley, tiene capacidad y autoridad para administrar los bienes fideicomitidos para el particular fideicomiso;[200] y que el fideicomitente puede ser fiduciario, el fideicomisario puede ser fiduciario (siempre que no sea el único fideicomisario) y si el fideicomiso tiene varios fideicomisarios, todos podrán ser fiduciarios.[201] Finalmente, se establece que el Estado puede ser fiduciario, siempre que la ley lo autorice expresamente para el fideicomiso particular.[202]

La persona designada como fiduciario puede repudiar el cargo mientras no lo haya aceptado, pero no puede aceptarlo en parte y repudiarlo en otra. Si no lo acepta dentro de un plazo de sesenta (60) días, se reputa que lo repudia, salvo que un tribunal con competencia determine que otro plazo más extenso es necesario dadas las circunstancias particulares. Si lo acepta, debe hacerlo en la forma establecida en el acto constitutivo. Si el acto nada dispone el fiduciario puede manifestar posteriormente su aceptación.[206]

Las facultades del fiduciario están limitadas a lo que le haya concedido el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso y a las facultades que le concede la Ley 219 siempre que éstas sean necesarias o convenientes para llevar a cabo los fines del fideicomiso y éste no lo prohíba. Si el fideicomitente concede al fiduciario discreción en el ejercicio de una determinada facultad, tal ejercicio no estará sujeto a revisión judicial, salvo para impedir el abuso de la discreción concedida.[207]

Luego de aceptar el cargo, el fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario (fideicomisario), a menos que se hubiere pactado lo contrario. El fiduciario se halla legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la

---

[198] *Id*. en el Art. 16.
[199] *Véase* Magalie Hosta Modestti, *Las facultades de los "Trustees"*, 16 REV. DER. PR 328, 332 (1965).
[199] Nueva Ley de Fideicomisos, Ley Núm. 219 de 31 de agosto de 2012, Art. 17
[200] *Id*.
[201] *Id*.
[202] *Id*.
[206] *Id*. en el Art. 20.
[207] *Id*. en el Art. 22.

defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como contra el beneficiario.[208]

En relación a la administración del fideicomiso, el fiduciario representará al fideicomiso y tendrá facultades, en lo pertinente, para: recibir agregaciones al capital; continuar la operación de cualquier negocio o empresa y para incorporarlas, disolverlas y de otra manera cambiar su forma de organización; decidir final e inapelablemente lo que constituye capital y lo que constituye renta del fideicomiso.[209] También tendrá la facultad para invertir y reinvertir los fondos del fideicomiso, procurando minimizar riesgo mediante diversificación, a menos que no sea prudente hacerlo; depositar los dineros del fideicomiso en cualquier banco; administrar, desarrollar, mejorar, permutar, dividir y modificar cualquier propiedad del fideicomiso o abandonar cualquier interés en dicha propiedad; efectuar las mejoras y reparaciones ordinarias y extraordinarias que juzgue necesarias en los inmuebles del fideicomiso y para deshacer dichas mejoras y levantar nuevas edificaciones y mejoras; y asegurar los bienes del fideicomiso contra daños o pérdidas y a sí mismo contra responsabilidad respecto de terceros. La Ley 219 le permite al fiduciario concertar contratos de arrendamiento, aunque se extiendan más allá del término del fideicomiso; tomar préstamos a ser pagados de los activos del fideicomiso o en otra forma; adelantar dineros propios para proteger el fideicomiso y para pagar gastos, pérdidas y responsabilidades incurridas en la administración del fideicomiso; y adjudicar partidas de ingresos o de gastos a la renta o al capital, con arreglo a la ley. El fiduciario, además, tiene la facultad de pagar, resistirse a pagar o transigir cualquier reclamación contra el fideicomiso, o del fideicomiso contra tercero, mediante cualquier foro; emplear profesionales, con el fin de que le asesoren y le asistan en el desempeño de sus funciones administrativas; emplear agentes para llevar a cabo actos de administración; iniciar o defenderse de cualquier procedimiento para la protección del fideicomiso; y otorgar cuantos instrumentos fueren necesarios o convenientes en el ejercicio de sus funciones.[210]

La Ley le impone obligaciones al fiduciario que son vitales para la existencia del fideicomiso. Las obligaciones impuestas al fiduciario en el Artículo 27 de la Ley 219 son mucho más abarcadoras en comparación con nuestra pasada Ley de Fideicomisos. Este artículo dispone, en lo pertinente, que luego de aceptar el fideicomiso, el fiduciario está obligado a administrar el fideicomiso de buena fe y revisar los bienes fideicomitidos e implantar decisiones relacionadas a retener o disponer de éstos en la forma establecida en el fideicomiso y para que se cumplan los requisitos pertinentes. Además,

---

[208] *Id*. en el Art. 23.
[209] *Id*. en el Art. 24(a)(1).
[210] *Id*.

tiene la responsabilidad de hacer inventarios; invertir y administrar para beneficio único de los fideicomisarios de manera imparcial y tomando en consideración diversos intereses de los fideicomisarios, incluyendo los intereses del fideicomisario de la renta y del fideicomisario de capital; y actuar de manera prudente y razonable de acuerdo a su pericia. El fiduciario tiene la obligación de incurrir sólo en gastos apropiados y razonables; y no delegar actos que requieran su actuación personal. Sin embargo, sí podrá delegar gestiones de inversión y administración pero con debida prudencia; mantener cuentas separadas entre la masa fideicomitida y otros bienes que no pertenezcan al fideicomiso; proveer al fideicomisario los beneficios que se adquieran de manera razonable y permitirle a éste inspeccionar la labor del fiduciario y la masa fideicomitida; tomar las medidas que sean necesarias y razonables para resolver las reclamaciones en contra del fideicomiso. Está además obligado a llevar las cuentas y rendirlas de acuerdo a lo establecido en el fideicomiso, si nada se establece se deberá gestionar esta acción por lo menos una vez al año y al terminar el fideicomiso, el fideicomiso subsistirá mientras no se rinda la cuenta final. Finalmente, el fiduciario está en la obligación de disponer de todos los bienes que aún permanezcan en el fideicomiso al éste extinguirse.[211]

D. El fideicomisario

El fideicomisario o beneficiario es la persona que recibe los beneficios del fideicomiso.[212] Como regla general un fideicomiso no puede ser creado en favor de una persona que no ha sido identificado como beneficiario del fideicomiso.[213]

En Puerto Rico se permite que el fideicomitente y el fideicomisario sean una misma persona.[214] Por tanto, una cláusula en un contrato de fideicomiso cuyo efecto práctico es el reservarse los fideicomitentes el derecho de retirar o recibir cualesquiera utilidades del fideicomiso es válida, ya que en Puerto Rico se autoriza el fideicomiso a favor del propio fideicomitente.[215]

Existen dos clases de fideicomisarios; el fideicomisario de la renta y del capital. El fideicomisario de la renta es la persona que tiene el derecho a recibir la renta periódicamente o la persona para beneficio de quien se

---

[211] *Id.* en el Art. 27.
[212] *Véase* CARMEN TERESA LUGO IRRIZARY, EL FIDEICOMISO EN PUERTO RICO: UN HÍBRIDO JURÍDICO ANTE EL FUTURO 51 (1996).
[213] *Id.*; *véase también* I AUSTIN WAKEMAN SCOTT & WILLIAM FRANKLIN FRATCHER, THE LAW OF TRUSTS 579 (1987).
[214] Douglas v. Registrador, 55 DPR 665, 667 (1939).
[215] LUGO IRRIZARY, *supra* nota 212, en la pág. 28 (citando a Álvarez v. Sec. De Hacienda, 78 DPR 412, 437-38 (1982).

acumula. Por otra parte, el fideicomisario del capital es aquél a quien eventualmente se entregará el capital a la terminación del fideicomiso.[216]

Pueden ser fideicomisarios las personas naturales o jurídicas, entidades gubernamentales o asociaciones que pueden o no existir al tiempo de la constitución del fideicomiso, en este último caso debe expresarse las circunstancias suficientes para la identificación. El fiduciario puede ser fideicomisario siempre que él no sea el único fideicomisario o que, siéndolo, el fideicomiso designe por lo menos otro fiduciario. Los miembros de una clase definida de personas también pueden ser fideicomisarios de un fideicomiso.[217]

Lo discutido ilustra lo señalado anteriormente, cada sujeto posee una responsabilidad propia que aporta a la peculiaridad del fideicomiso. Pero, se debe añadir que la misma figura ostenta propiedades que permiten su encaje como pieza perfecta a esta propuesta.

E. Peculiaridades del fideicomiso puertorriqueño

La especialidad del *trust* anglosajón recae en el desdoblamiento del derecho de propiedad. Es decir, el fiduciario es el dueño del título legal, mientras que la propiedad en equidad descansa en los beneficiarios. Tal división entre el título legal y la propiedad en equidad es ajena al Derecho civil, pero constituye la médula del concepto del *trust*.[218] Como se explicó anteriormente, la Ley 219 adoptó estas disposiciones del *trust* anglosajón y estableció expresamente que la masa de bienes fideicomitidos corresponde a un patrimonio autónomo del fiduciario y que el fideicomisario es el titular de un interés beneficioso que se concreta a la terminación del fideicomiso, salvo que existan las disposiciones mencionadas anteriormente.[219] Esta disposición es una peculiaridad vital de nuestra figura jurídica.

Otra peculiaridad vital es la inmunidad de la masa de bienes fideicomitidos de las acciones de acreedores contra los sujetos partícipes. En cierto sentido éste es el beneficio que se consigue como correlativo de la disposición discutida en el párrafo anterior. La Ley 219 permite esta exención al establecer que:

> todo interés en un fideicomiso, en propiedad del fideicomiso, o en el ingreso de cualesquiera de las mismas, que no esté sujeto a los derechos de los acreedores de un beneficiario, estará exento y libre de ejecución, embargo, evicción, subasta y de cualesquiera otra

---

[216] Nueva Ley de Fideicomisos, Ley Núm. 219 de 31 de agosto de 2012, Art. 35.
[217] *Id*. en el Art. 36.
[218] LUGO IRRIZARY, *supra* nota 212, en la pág. 28 (citando a Cabrer v. Registrador, 113 DPR 424, 437-38 (1982).
[219] Nueva Ley de Fideicomisos, Ley Núm. 219 de 31 de agosto de 2012, Art. 3.

> acción remedio o procesos legales fueren instituidos por o a nombre de un acreedor, incluyendo sin limitación alguna, acciones legales o reclamaciones contra uno o más fiduciarios u otros beneficiarios que soliciten un remedio que directa o indirectamente pueda afectar los intereses del beneficiario.[220]

Finalmente, a pesar de lo dispuesto sobre la titularidad, la misma Ley 219 brinda flexibilidad a la enajenación de la masa de bienes fideicomitidos por parte del fiduciario al disponer que "siempre que el fiduciario transfiere o enajena bienes del fideicomiso sin incurrir en incumplimiento de sus obligaciones fiduciarias, el tercero adquiere el título libre del fideicomiso y no incurre en responsabilidad para con el fideicomisario".[221]

F. Fideicomiso de inversión con fines públicos

Conforme a esta investigación, hemos determinado que el fideicomiso a utilizar es un Fideicomiso de Inversión. Según el distinguido profesor Rodolfo Batiza "por *Fideicomiso de Inversión* se entiende aquel que consiste en el encargo hecho por el fideicomitente al fiduciario de conceder préstamos con un fondo constituido al efecto".[218] El profesor señala algunas recomendaciones para este tipo de fideicomiso como la consignación del nombre, la razón social y la denominación de las partes o sujetos: fideicomitente, fiduciario y fideicomisario. Batiza tambien recomienda establecer la suma de dinero que constituya el fondo; el fin del fideicomiso; así como las demás cláusulas integrantes del contrato, tales como la irrevocabilidad del fideicomiso, la obligación del fiduciario de actuar con la prudencia de un buen padre de familia, su responsabilidad por incumplimientos; el monto de honorarios o comisiones, entre otras.[223]

Como parte de esta denominación vemos que, convenientemente, la Ley 219 adoptó la norma del inversionista prudente. Esta norma, la cual es imprescindible adoptar en nuestro fideicomiso, se origina de la *Uniform Prudent Investor Act* de 1994,[224] una ley modelo que provee guías generales a los fiduciarios sobre cómo deben trabajar la inversión de los bienes fideicomitidos. La norma del inversionista prudente establece, en lo pertinente, que un fiduciario no es responsable a un fideicomisario, si el

---

[220] *Id*. en el Art. 44(b).
[221] *Id*. en el Art. 54.
[218] Se interpreta el término *conceder préstamos* conforme a una teoría más contemporánea y ajustada a la inversión del fondo en los mercados de valores; es decir, inversión en valores como acciones o emisión de bonos.
[223] RODOLFO BATIZA, EL FIDEICOMISO: TEORÍA Y PRÁCTICA 139 (Editorial JUS 2001) (1976).
[224] Uniform Prudent Investor Act of 1994, 7B U.L.A. 16 (el propósito de esta ley modelo es que los estados de los Estados Unidos la adopten, efectivamente uniformando el derecho sobre inversiones fiduciarias a través de todo el país).

fiduciario actuó descansando razonablemente en las disposiciones del fideicomiso; que el fiduciario deberá invertir y administrar los bienes del fideicomiso de la misma manera que un inversionista prudente lo haría, ejerciendo cuidado, destreza, precaución razonable y tomando en consideración los propósitos, términos, requisitos de distribución y otras circunstancias del fideicomiso. Además dispone que las decisiones de un fiduciario sobre la inversión y administración con respecto a los bienes individuales deberán ser evaluadas en el contexto del portafolio y como parte de una estrategia de inversión que contenga objetivos de riesgo y rendimiento razonablemente adecuadas para el fideicomiso. Expone también que el fiduciario debe tener en cuenta factores como la inflación o deflación, condiciones económicas generales, consecuencias fiscales, el papel de cada inversión en el portafolio del fideicomiso, los rendimientos esperados, la necesidad de liquidez, y la regularidad de ingreso, conservación o apreciación de capital y que el fiduciario debe ejercer un esfuerzo razonable para verificar la inversión y la administración de los bienes. La norma explica que el fiduciario debe invertir en cualquier propiedad que le permita la Ley y que debe diversificar las inversiones del fideicomiso a menos que el fiduciario determine razonablemente que, dadas circunstancias especiales, los objetivos del fideicomiso serán mejor servidos sin diversificar las inversiones. Finalmente establece que un fiduciario que tenga habilidades o conocimientos especializados, o que sea nombrado fiduciario basado en el hecho de que tenga habilidades o conocimientos especiales, tiene el deber de usar dichas habilidades o conocimientos especializados para el bienestar del fideicomiso.[225]

El fideicomiso puertorriqueño también debe identificarse como un fideicomiso de fines públicos y debe regirse por las disposiciones aplicables a este tipo de fideicomiso. La Ley 219 dedica todo un capítulo a la regulación de este tipo de fideicomiso.[226] Establece el estatuto que el fideicomiso de fines público es aquél que se establece en beneficio de la sociedad en general o de un sector social considerable. La duración de este tipo de fideicomiso puede ser indefinida o perpetua.[227]

Un fideicomiso público se puede constituir aunque no se designen los fideicomisarios,[228] esto contrasta significativamente con la teoría general que rigen los fideicomisos al requerir que el fideicomisario sea suficientemente identificado, como señalamos anteriormente. La Ley 219 añade que si el fideicomiso de fines públicos tiene varios fiduciarios, las facultades que les confiere la ley podrán ejercitarse por voto de la mayoría, salvo que los

---

[225] Nueva Ley de Fideicomisos, Ley Núm. 219 de 31 de agosto de 2012, Art. 47(a)- 47(d).
[226] *Id*. en los Arts. 62-68.
[227] *Id*. en el Art. 62.
[228] *Id*. en el Art. 63.

términos del fideicomiso dispongan otra cosa. En cuanto a su constitución y administración, el fideicomiso público se rige por lo dispuesto a los demás tipos de fideicomisos.[229]

Los fideicomisos públicos se repuntarán públicos si cumplen sus propósitos con algunos de los incisos establecidos en la Ley 219. Estos son: el alivio de la pobreza; la promoción de la educación, de la religión o de la salud; los propósitos gubernamentales o municipales, tales como la erección y mantenimiento de monumentos, estatuas, parques públicos y otros análogos; y cualquier otro fin cuyo logro sea de beneficio para la comunidad en general, particularmente los que tengan fines filantrópicos, culturales, religiosos o científicos.[230] Como se puede observar, el último inciso se establece con un lenguaje general y se puede concluir que es el inciso adecuado para razonar como público el fin de nuestra propuesta. Esta aseveración es teórica, por lo que puede ser necesario una enmienda legislativa para que aplique expresamente a fideicomisos con fines similares al propuesto. Este razonamiento es esencial para que el fideicomiso no resulte fallido y/o inválido.[231]

Finalmente, la Ley 219 dispone que para hacer valer el fideicomiso de fines público el Secretario de Justicia, un co-fiduciario o una persona con un interés especial en la consecución de los fines del fideicomiso, podrán hacer valer el fideicomiso de fines públicos, ejercitando los recursos que esta ley les confiere. Una entidad de naturaleza afín, a los fines del fideicomiso, tendrá legitimación para solicitar la remoción del fiduciario por el incumplimiento sustancial de sus obligaciones y solicitar ser nombrada fiduciaria sustituta. En nuestro fideicomiso el fiduciario tampoco podrá tener intereses personales incompatibles con los del fideicomisario, ni malversar o administrar fraudulenta o negligentemente los bienes fideicomitidos. Por tal razón, entendemos que sería prudente que el fiduciario sea nombrado como funcionario público y se le aplique el rigor de la Ley de Ética Gubernamental de Puerto Rico.[232]

Al constituir el fideicomiso y depositar en el mismo el producto de la venta o liquidación de activos del gobierno de Puerto Rico los fondos que

---

[229] *Id*. en el Art. 64. Este artículo 64 dispone:

> A la constitución y administración del fideicomiso de fines públicos aplicarán las normas de los artículos 6, párrafo tercero; 7; 9; 10; 11; 12; 14; 15; 17; 19; 21; 22; 23; 24; 25; 27; 29; 30; 31; 32; 33; 34; 38; 44; 46; 47; 48; 49; 50; 54; 55; 56; 57; 58 y 62 de esta Ley. La referencia en dichos artículos a fideicomisarios deberá entenderse hecha a fines públicos o a las personas que con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 69 tienen facultad para hacer valer el fideicomiso de fines públicos.

[230] Nueva Ley de Fideicomisos, Ley Núm. 219 de 31 de agosto de 2012, Art. 65.

[231] *Id*. en el Art. 66.

[232] Ley de Ética Gubernamental del ELA, Ley Núm. 12 de 24 de julio de 1985, según enmendada, 3 LPRA §§ 1801-1853 (2006).

resulten de la enajenación pasarán a formar parte del principal del fideicomiso. Ese principal no podrá ser utilizado para otra cosa que no sea para inversión. Sólo podrá ser usado el dinero resultante del rendimiento obtenido de esas inversiones, el cual sólo se utilizará como ingreso para nutrir el Fondo General.[233]

Conforme a lo discutido, hemos determinado que, en nuestro fideicomiso público de inversión, el fideicomitente debe ser el gobierno central o alguna otra corporación pública que transfiera las ganancias obtenidas por la venta de algún activo de su propiedad al gobierno central (en nuestro ejemplo, la Autoridad de los Puertos de Puerto Rico). Según lo discutido, el gobierno central es quien se encargará de la constitución del fideicomiso y de la redacción de las cláusulas necesarias para el funcionamiento eficiente del mismo según los objetivos deseados.

Por otra parte, el fiduciario en nuestro ejemplo debe ser un comité *ad hoc* designado por el Departamento de Hacienda o por el Banco Gubernamental de Fomento y compuesto por expertos financieros que administren los fondos gubernamentales bajo un riguroso escrutinio de ley. Los miembros del comité deben ser fiscalizados tomando en cuenta, como adelantáramos, la Ley de Ética Gubernamental,el Código Penal de Puerto Rico, la Nueva Ley de Fideicomisos de Puerto Rico y cualquier otra ley especial que sea necesaria.

Finalmente, el fideicomisario designado sería el erario del gobierno central. Como se discutirá más adelante, el fondo recibirá ingresos recurrentes de los rendimientos obtenidos de las inversiones que se efectúen. Los fondos recurrentes que reciba el erario podrán ser utilizados sin las restricciones inherentes de nuestra figura legal.

Ahora restaría por determinar cómo se establecerá el portafolio de inversión del fideicomiso. Por tal motivo, decidimos adoptar las disposiciones que regulan las inversiones en el Sistema de Maestros de Puerto Rico.[234] Fundándonos en la Ley reguladora del Sistema de Maestros, los recursos de este fideicomiso modelo se podrán invertir en los siguientes valores; bonos, pagarés y obligaciones clasificadas en las cuatro (4) escalas más altas de crédito y que procedan del Gobierno de los Estados Unidos, sus agencias e instrumentalidades, empresas o corporaciones públicas o privadas, entidades gubernamentales creadas al amparo de las leyes del Gobierno de los Estados Unidos, de cualquiera de sus estados, del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, de gobiernos centrales de países extranjeros;

---

[233] Comité de Reforma Fiscal, *Recomendaciones para promover una verdadera reforma en las Operaciones del Gobierno de Puerto Rico que propicie un desarrollo económico sostenido para la Isla*, COLEGIO DE CPA DE PR, 4 (2008), http://innovo.centrixpr.com/colegiocpa.com/website/download.php?id=253.

[234] Ley de Ajuste de Pensiones de los Maestros Retirados del Gobierno de Puerto Rico, Ley Núm. 62 de 4 de septiembre de 1992, según enmendada, 18 LPRA § 384-384e (2007).

e instrumentos del mercado de dinero e instrumentos financieros constituidos directa o indirectamente sobre obligaciones financieras, tales como préstamos hipotecarios, instrumentos colaterizados por tales préstamos, así como préstamos de automóvil y contratos de arrendamiento. Los referidos instrumentos también deben estar clasificados en cualquiera de las cuatro (4) escalas más altas de crédito. Además, podrá invertir en acciones comunes o preferidas, de cualquier corporación, creada bajo las leyes de cualquier estado de los Estados Unidos o el gobierno federal o el Estado Libre Asociado de Puerto Rico o de países extranjeros.

Esta inversión está sujeta a varios criterios. Las acciones a ser adquiridas deben ser cotizadas abiertamente en uno o más mercados financieros o sistemas de cotización electrónicos de carácter nacional o internacional. Estará prohibido adquirir valores mediante colocaciones privadas. El fideicomiso modelo no podrá invertir más del sesenta por ciento (60%) del total de sus recursos en esta clase de valores. No se podrá invertir en empresas cuya valorización de mercado sea menor de cien millones de dólares ($100,000,000). El fideicomiso propuesto no podrá tener más del cinco por ciento (5%) de las acciones autorizadas y en circulación de una empresa ni podrá tener más del veinte por ciento (20%) de sus fondos invertidos en un solo sector económico.

G. Análisis de la viabilidad de esta propuesta

El insumo de efectivo a invertirse en el fideicomiso fue calculado en base a las más recientes noticias que sitúan la suma de la transacción en el aeropuerto Luis Muñoz Marín en aproximadamente $615 millones.[235] El rendimiento esperado en los mercados financieros se espera que fluctue en alrededor del seis punto treinta y cinco por ciento (6.35%). Esta determinación se le puede atribuir al famoso estudio efectuado y luego publicado por el profesor de finanzas Jeremy Siegel, el cual reflejó que luego de un estudio de los mercados financieros a través de data recopilada desde 1801 hasta 1995, es decir, 194 años de información, el rendimiento promedio en acciones fue un siete punto ocho por ciento (7.8%) y el rendimiento promedio en bonos fue un cuatro punto nueve por ciento (4.9%).[236] Este por ciento es proyectado (6.35%) asumiendo un cincuenta

---

[235] Leila A. Andreu Cuevas, *El negocio millonario tras el aeropuerto Luis Muñoz Marín*, CENTRO DE PERIODISMO INVESTIGATIVO, 30 de enero de 2013, http://cpipr.org/historias/actualidad /415-el-negocio-millonario-tras-el-aeropuerto-luis-munoz-marin.html.

[236] JEREMY J. SIEGEL, STOCKS FOR THE LONG RUN (1994). Para un resumen del mencionado estudio, véase Peter L. Bernstein, *What Rate of Return Can You Reasonably Expect…or What Can the Long Run Tell Us about the Short Run*, 53 FINANCIAL ANALYSTS J., núm. 2, March-April (1997).

por ciento de inversión (50%) en ambos tipos de valores, debido a que, según se estableció anteriormente en el inciso (iii), no se permite más de sesenta por ciento (60%) en valores de acciones. Además, se ha decidido destinar un tres por ciento (3%) del rendimiento del fondo invertido para que permanezca en el monto principal y se reinvierta, logrando así un *position sizing* más efectivo.[237] Este tres por ciento (3%) fluctúa, sujeto al rendimiento alcanzado, a una tasa de cuarenta y seis punto uno por ciento (46.1%).

Con estos datos establecidos, efectuamos una pequeña simulación estadística a 15 años. Los resultados son los ilustrados en la tabla inferior.

	Año 1	Año 2	Año 3	Año 6	Año 15
Rendimiento Bruto Proyectado	654052500	673674075.00	693884297.25	758226106.48	989313091.02
Cantidad a Reinvertir	633450000	652453500.00	672027105.00	734342162.37	958149961.21
Rendimiento para el Fondo General	20602500	21220575.00	21857192.25	23883944.12	31163129.81
Total Rendimiento a 15 años:					
$ 383184,123.35					

Como se puede observar, los resultados de la simulación, *sujeto a los riesgos inherentes en toda inversión*, demuestran un rendimiento total a 15 años de $383 millones, que se traduce en un promedio de recaudo anual neto de $25.5 millones para el Fondo General. Es necesario señalar y resaltar que esta suma de $383 millones provee la liquidez necesaria en el sistema puertorriqueño. Además, la suma alcanzada es suficiente para financiar los déficits *combinados* de las agencias gubernamentales más afectadas; la AEE ($103.6 millones) y la ASES ($247.5 millones). También se puede observar que debido a la retención de tres por ciento (3%) que mantiene el fondo como consecuencia de la estrategia del *position sizing* el recaudo que ingresaría al erario central aumentará anualmente de forma perpetua.

Al utilizar esta alternativa se recibe una nueva y significativa fuente de recaudo recurrente sin necesidad de aumentar los ya elevados niveles de deuda pública y además se reducen los riesgos inherentes de invertir el monto adquirido de la venta de los activos gubernamentales en una economía local en recesión. Por lo tanto, si las condiciones del mercado son

favorables y se asemejan a la simulación presentada, se debe concluir que la propuesta desarrollada resulta viable, al menos en términos estadísticos.

VIII. CONCLUSIÓN

Es importante recalcar el señalamiento *al menos en términos estadísticos*, ya que lo encontramos indispensable. Para que ésta, o cualquier otra propuesta, se concretice, se necesita un compromiso multisectorial expedito de estudio, adaptación e implementación. Ya lo teórico debe inclinarse a lo pragmático. El tiempo se agota. Como se explicó anteriormente, la deuda del gobierno central se acerca al límite constitucional de quince por ciento (15%) y las alternativas de financiamiento se encuentran en precariedad.

Es importante razonar que el desarrollo económico a base de la deuda pública tiene que reducirse. El enfoque del país debe inclinarse a un desarrollo de economías de producción que generen recaudos al gobierno central, así como a sus entidades públicas. La propuesta que se formuló en este escrito no ofrece alternativas punitivas, por el contrario es una alternativa de rendimientos directos aislada de las *garras* del gasto operacional y sin perjudicar el consumo. El atraer nuevas fuentes de ingresos recurrentes al Fondo General, permite la utilización de estrategias de contribuciones para la fomentación en el desarrollo de energía alterna, infraestructura, y otras opciones necesarias para un desarrollo económico sustentable.[238]

Como se discutió durante el recuento histórico en este escrito, Puerto Rico ha tenido que ajustarse y adaptarse a las condiciones económicas impuestas por gobiernos ajenos que regían, y rigen, sus filosofías de manera coercitiva. Entendemos que ya es hora de establecer nuestras propias rutas y conseguir las alternativas que funcionen para el bien del pueblo puertorriqueño.

---

[238] Colón De Armas, *supra* nota 142.

DERECHOS DE LOS EMPLEADOS A TIEMPO PARCIAL: UN ESTUDIO COMPARATIVO DE PUERTO RICO, ESTADOS UNIDOS, CHILE, ESPAÑA E INGLATERRA

ISA MABEL SANTORI RODRÍGUEZ*

I. Introducción 103
II. Empleados a tiempo parcial – Definiciones y problemas 104
III. Derechos de los empleados a tiempo parcial 109
A. Puerto Rico – Jurisdicción federal y estatal 109
B. Convenios internacionales 119
C. Chile 121
D. Unión Europea 124
1. España 127
2. Inglaterra 130
IV. Conclusión: Necesidad de regulación para los empleados a tiempo parcial en la jurisdicción de Puerto Rico 132

I. INTRODUCCIÓN

Con gran probabilidad la mayoría de los lectores, en algún momento de sus vidas, han trabajado en una jornada a tiempo parcial. La calidad de la experiencia laboral de tal empleo varía de persona a persona, desde gratas experiencias de crecimiento personal y profesional, hasta momentos que no se quisieran volver a recordar jamás. Por otra parte, algunos dirán que escogieron esta jornada para poder estudiar y trabajar. Otros dirán que el empleo a tiempo parcial es una manera de poder tener más tiempo para asuntos personales. Podrán haber aquellos para los cuales ese empleo constituya un complemento para una compensación devengada de otro

---

*Isa Mabel Santori Rodríguez es candidata a Juris Doctor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico en mayo de 2013. Se graduó Summa Cum Laude de la Facultad de Administración de Empresas con concentraciones en Recursos Humanos y Finanzas de la Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras. La autora quisiera extender sus más sinceros agradecimientos a las y los editores del University of Puerto Rico Business Law Journal, por sus comentarios y dirección durante el proceso de edición de este artículo. Este trabajo es producto del seminario Derecho del Trabajo Internacional Comparado Laboral de los profesores Jorge Farinacci Fernós y Jaime Sanabria Montañéz.

trabajo. Finalmente habrá quienes digan que esa jornada era la única que tenían disponible.

En Puerto Rico existe una cantidad significativa de empleados a tiempo parcial. Sin embargo, no existe legislación que atienda directamente esta modalidad de empleo, resultando desventajada en términos de beneficios frente a los trabajadores a tiempo completo. Por tal razón, se dicutirá parte de la legislación estatal y federal aplicable a Puerto Rico relacionada al empleo y analizaremos el alcance que tiene esta sobre el empleo a tiempo parcial. Asimismo, se estudiarán las disposiciones sobre el contrato de empleo a tiempo parcial de los ordenamientos de Chile, España e Inglaterra, en búsqueda de una idea de cómo otras jurisdicciones se han enfrentado a la regulación del empleo a tiempo parcial. Finalmente, se planteará la necesidad de que en Puerto Rico exista legislación comprensiva que atienda directamente esta relación de trabajo particular. Sin embargo, resulta imperioso sentar las bases y definir el concepto de *empleado a tiempo parcial*.

II. EMPLEADOS A TIEMPO PARCIAL – DEFINICIONES Y PROBLEMAS

La diversidad del mercado laboral, así como la multiplicidad de clases de empleados provoca que exista una gran dificultad en definir con certeza qué constituye un empleado a tiempo parcial. Es por esta razón que previo a presentar las disposiciones legales que cobijan o excluyen a los empleados de tiempo parcial, es necesario realizar un esfuerzo por definir el concepto. De este modo alcanzaremos realizar un análisis comparativo más comprensivo de los derechos de los trabajadores con una jornada parcial de empleo.

Desde 1945 la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, la "OIT") reconoció la figura del trabajo a tiempo parcial como una categoría o modalidad distinta del trabajo a tiempo completo. Sin embargo, no fue hasta la década de los 90's cuando la figura se comenzó a plasmar de forma jurídica en diversos países.[1] La OIT define el empleado a tiempo parcial como "todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación

---

[1] *Véase* Sandra Leiva, *El trabajo a tiempo parcial en Chile, ¿constituye empleo precario? Reflexiones desde la perspectiva de género*, ENE. 2000, CEPAL, http://www.eclac.org/publicaciones/xml/4/4344/lcl1301e.pdf.

comparable".[2] Para determinar quiénes son los empleados a tiempo parcial, usualmente se comienza considerando la cantidad de horas trabajadas durante la semana. Trabajar treinta y cinco (35) horas a la semana es la frontera entre el trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial en los Estados Unidos.[3] Aquellos que trabajen menos de treinta cinco (35) horas a la semana se consideran, generalmente, como empleados a tiempo parcial. Sin embargo, el *Bureau of Labor Statistics* (en adelante, el "B.L.S.") utiliza otros factores para determinar quiénes son considerados como empleados a tiempo parcial, incluyendo el horario usual del empleado y las razones por las cuales el empleado trabajó menos de treinta y cinco (35) horas a la semana.[4] Esto es importante, pues las razones para una jornada parcial de trabajo pueden ser sumamente variadas. Las mismas pueden ser de carácter económico, entiéndase, "falta de trabajo, escasez de materiales, empezar o terminar un trabajo, o el que solamente se haya podido encontrar un trabajo a tiempo parcial";[5] y otras de carácter no económico, como por ejemplo, "festividades, vacaciones, enfermedad o mal tiempo".[6] Aquellos trabajadores que usualmente son empleados a tiempo completo, pero en cuya semana utilizada como referencia trabajan menos de treinta y cinco (35) horas por razones no económicas, no se consideran como empleados a tiempo parcial por el B.L.S.[7]

Por su parte, existe una distinción crucial entre los empleados a tiempo parcial. La misma se fundamenta en el hecho de que algunos de estos empleados pueden decidir escoger esta jornada de forma voluntaria mientras que otros se ven forzados a aceptarla. Respecto a aquellos a tiempo parcial por razones no económicas, existe una presunción de que los empleados escogieron voluntariamente este tipo de jornada.[8] El problema

---

[2] Convenio 175 de la Organización Internacional sobre Trabajo a Tiempo parcial de 1994, Art. 1, JUN. 24 1994, OIT, C175.

[3] *Véase* Thomas J. Nardone, *Part-time workers: who are they?*, MONTHLY LAB. REV., FEB. 1986, en las págs. 13-14.

[4] *Véase id.*

[5] *Id.*

[6] *Id.*

[7] *Id.*

[8] Nardone, *supra* nota 3.

reside en identificar quiénes se van a considerar como empleados a tiempo parcial cuando han aceptado esa jornada de manera involuntaria. Este grupo incluye: (1) aquellas personas que se encuentran trabajando una jornada a tiempo parcial por una disminución en la disponibilidad de recursos o trabajo, teniendo la expectativa de regresar a una jornada a tiempo completo; y (2) aquellos que sólo pudieron encontrar trabajo a tiempo parcial.[9] El estatus de este último grupo puede o no variar en un futuro. Según H. Luke Shaefer, una gran mayoría de los empleados a tiempo parcial informa razones voluntarias para tener esta jornada de empleo, incluso durante crisis económicas.[10] Es por ello que la cifra de empleados a tiempo parcial involuntarios ha ido en crecimiento. Por ejemplo, entre abril de 2006 y noviembre de 2008 el porciento de este grupo de trabajadores aumentó un 2.4%, para alcanzar un 5.1% de la totalidad de empleo en Estados Unidos. El mismo respondió, en su mayoría, a la reducción de horas por falta de trabajo (*slack work*).

Otra forma de clasificar a los empleados a tiempo parcial es mediante las siguientes categorías: a corto plazo, secundarios o de retención. En la categoría de corto plazo se encuentran aquellos empleados cuyo patrono les reduce las horas de la jornada semanal durante un tiempo determinado y, posteriormente, al aumentar la producción del negocio, regresan a su jornada regular.[11] Por otra parte, los secundarios son aquellos que tienen salarios bajos, pocas oportunidades de crecimiento y alta rotación de personal, y los de retención son los que tienen buenos salarios, requieren unas habilidades específicas y tienen oportunidad de crecimiento, entre otras características positivas.[12] Mientras que los empleados a tiempo parcial secundarios se consideran un mercado laboral provisional con las características anteriormente descritas, los empleos de retención están creados para mantener a los trabajadores que tienen circunstancias personales que les impiden trabajar a tiempo completo.[13] Este último grupo de empleos se caracteriza por "alta compensación, alta productividad y baja

---

[9] *Véase* Nardone, *supra* nota 3.

[10] H. Luke Shaefer, *Part-time workers: some key differences between primary and secondary earners*, MONTHLY LAB. REV., OCT. 2009, en la pág. 3.

[11] *Véase* Chris Tilly, *Reasons for the continuing growth of part-time employment*, MONTHLY LAB. REV., MAR. 1991, en las págs. 10-11.

[12] *Véase id.*

[13] *Véase* Tilly, *supra* nota 11.

rotación de empleados – características de lo que los economistas laborales denominan un mercado labor primario".[14]

Los empleados a tiempo parcial también han sido incluidos en la definición de los empleados contingentes. En general, el trabajador contingente es aquel que no tiene un contrato de empleo con el patrono a largo plazo o cuyas horas mínimas de trabajo varían de forma no sistemática.[15] A pesar de que no todos los autores incluyen a esta categoría de empleados en el concepto de contingentes, algunos indican que estos empleados son la forma más común de empleados contingentes.[16] Por otra parte, algunas de las características comunes a todos los empleados a medio tiempo incluyen: juventud, mujeres en edad reproductiva o personas de edad avanzada y una mayor tasa de participación femenina.[17]

Ahora, es importante mencionar que en Estados Unidos existe una tendencia marcada de aumento en la cantidad de trabajadores con empleos a tiempo parcial. A pesar de que en las décadas del 1950 y 1960 se podía justificar este aumento por el interés de los patronos en acomodar los deseos de las amas de casa, estudiantes, retirados y otros que preferían jornadas de trabajo más cortas, en la actualidad más y más patronos utilizan las jornadas a tiempo parcial para reducir los costos de emplear individuos en sus compañías u organizaciones.[18] Esto puede explicar el hecho de que para abril de 2012 había un total de 27,137,000 empleados a tiempo parcial en Estados Unidos.[19] De este monto, 7,694,000 tenían una jornada a tiempo parcial por razones económicas mientras que 19,443,000 contaban con tal jornada por razones no económicas. Por otro lado, en Puerto Rico, para el 2009 un total de 303,000 empleados contaban con jornadas de empleo a tiempo parcial, lo

---

[14] *Id.*

[15] Anne L. Kalleberg, Part Time Work and Workers in the United States: Correlates and Policy Issues, 52 WASH. & LEE. L. REV. 771, 776 (1995).

[16] *Id.* en la pág. 772 .

[17] *Véase* Tomás Rau Binder, El Trabajo a Tiempo Parcial en Chile, 13 (1) ECONOMÍA CHILENA 39, 39-40 (2010).

[18] Tilly, *supra* nota 11, en la pág. 10.

[19] Table A-8 Employed persons by class of worker and part-time status, U.S. BUREAU OF LAB. STAT., http://www.bls.gov/news.release/empsit.t08.htm (última actualización Abr. 5, 2013).

que representa un 28% del empleo total en la Isla.[20] De estos 303,000 empleados, 157,000 eran mujeres.

El comprender la distinción entre empleados a tiempo parcial de manera voluntaria y de manera involuntaria es importante para el acercamiento de todo análisis o investigación con respecto a los beneficios y derechos que reciben estos empleados. Esto no implica que no se le reconozcan los mismos derechos a ambas clasificaciones sino que, quizás, una de las clasificaciones requiere atención más urgente. Esto debido a que tiende a existir un patrón de desventaja en término de los beneficios marginales que reciben los empleados de jornada a tiempo parcial, en comparación a los empleados a tiempo completo.[21] Aun después de "controlar por su educación, edad, raza, años de experiencia con su patrono, nivel ocupacional, posición de autoridad, si son trabajadores por cuenta propia, y el tamaño de los establecimientos que los empleen",[22] los empleados a medio tiempo obtienen menos beneficios que aquellos que trabajan a tiempo completo.

Según hemos podido notar, el acercamiento al concepto de empleado a tiempo parcial o medio tiempo va más allá del establecimiento de un límite de horas de trabajo que determinen si el trabajador se considera a tiempo completo o no. Es necesario que tomemos en cuenta otros factores, tales como razones o motivos personales de los individuos y las condiciones económicas del país o de la compañía, de modo tal que podamos tener una mejor idea de las circunstancias que rodean a los empleados a medio tiempo. Sin embargo, en este trabajo nos enfocaremos en la legislación existente sobre los derechos de los empleados a tiempo parcial, la cual no tiende a crear distinciones entre los empleados voluntarios o involuntarios, a menos que, como en el caso de España, se considere que todos los empleados a medio tiempo deberían ser voluntarios.

---

[20] Compendio de estadísticas: Trabajo en Puerto Rico 2009, págs. 10 & 11, Tablas 7 & 8 TENDENCIASPR http://www.tendenciaspr.com/trabajo (Buscar Compendio de estadísticas: Trabajo en Puerto Rico 2009, pulsar el botón "view" localizado en el lado izquierdo de la página. Luego buscar las páginas 10 & 11, donde se encuentran las tablas 7 & 8 respectivamente).

[21] Kalleberg, *supra* nota 15, en la pág. 782.

[22] Kalleberg, *supra* nota 15, en la pág. 783.

III. DERECHOS DE LOS EMPLEADOS A TIEMPO PARCIAL

A. Puerto Rico – Jurisdicción federal y estatal

En Puerto Rico el campo laboral se encuentra regulado por disposiciones estatales y federales. Ambas jurisdicciones tienen leyes, reglamentos y agencias, así como expresiones de los tribunales de la más alta jerarquía, que regulan los beneficios y derechos que por ley los patronos les deben reconocer y otorgar a sus empleados. Comencemos por algunas de las disposiciones federales aplicables a Puerto Rico.

El *Fair Labor Standards Act* (en adelante, el "F.L.S.A.") establece principalmente el salario mínimo federal, el pago de horas extras y las horas máximas de trabajo permitidas en una semana, junto con otras disposiciones de aplicación a empleados de empresas privadas y del gobierno estatal y federal.[23] El F.L.S.A. estableció que a partir de 2009 el salario mínimo sería de $7.25 por hora para todos aquellos empleados cuyos patronos o empleadores están envueltos en el comercio o en la producción de bienes para el comercio.[24] Por otra parte, la ley establece un máximo de cuarenta (40) horas semanales de trabajo para todo aquel que esté empleado por los patronos mencionados anteriormente. Para que un empleado pueda trabajar más de cuarenta (40) horas a la semana es necesario que sea compensado con, por lo menos, tiempo y medio de la tasa regular en la que fue contratado.[25]

La propia ley establece una serie de categorías de empleados a los cuales no les aplican los requisitos de salario mínimo y horas máximas de trabajo. Estos son aquellos trabajadores empleados en capacidad ejecutiva, administrativa o profesional, vendedores externos, empleados que son analistas o programadores de computadoras, ingenieros de sistemas de información, "u otro trabajador con habilidades similares" cuyas funciones principales incluyen, entre otras que define la ley, la aplicación de técnicas y procedimientos de análisis de sistemas, y que, en el caso de aquellos cuyo

---

[23] Fair Labor Standards Act, 29 U.S.C.A. §§ 200-219.
[24] 29 U.S.C.A. § 206.
[25] 29 U.S.C.A. § 207. Para una definición de lo que es la tasa regular de empleo según la ley véase 29 U.S.C.A. § 207(e).

salario sea computado por hora, es compensado a una tasa no menor de $27.63 por hora.[26] Además, están excluidos los agricultores, las niñeras o niñeros, y aquellas personas que son contratadas para acompañar a los ancianos o enfermos.[27]

Los empleados a tiempo parcial o contingentes se encuentran cobijados por estas dos disposiciones de la F.L.S.A. Aquí, la ley define como *empleado* a cualquier individuo que labore para un patrono y, entre las excepciones enumeradas en tal definición, no se encuentra la jornada parcial.[28] Por lo tanto, los empleados a tiempo parcial tienen derecho al salario mínimo federal, siempre y cuando trabajen para una compañía o agencia a la cual le aplique la ley y no se encuentren entre los empleados exentos de la ley. Ahora, debido a que 29 U.S.C.A. § 207 establece que el empleado debe recibir, como mínimo, tiempo y medio de la tasa de pago bajo la que se encuentra por cada hora trabajada en exceso de cuarenta (40) horas semanales, los empleados a tiempo parcial no recibirán paga por horas extras. Esto implica que un empleado a tiempo parcial, bajo el estatuto federal, puede trabajar una cantidad indeterminada de horas al día sin recibir remuneración extra, siempre que la jornada no exceda de cuarenta (40) horas.

Por otra parte, el *Family Medical Leave Act of 1993* (en adelante, el "F.M.L.A."), tiene entre sus propósitos el permitir que los "empleados puedan tomar un tiempo de licencia razonable por razones médicas, por el nacimiento o adopción de un menor, y por el cuidado de un hijo, cónyuge o padre que tenga una condición de salud seria".[29] El F.M.L.A. otorga, al empleado que cualifique, el derecho a una licencia de doce (12) semanas dentro de un periodo de doce (12) meses.[30] La misma se puede solicitar por (1) el nacimiento de un hijo o hija, (2) por la adopción de un menor o por la colocación de un menor en hogar sustituto con el empleado, (3) por el

---

[26] 29 U.S.C.A. § 213 (Otros empleados considerados exentos incluyen: empleados de establecimientos recreacionales, campamentos organizado o centros de conferencias educacionales que no operen por más de siete meses durante un año o que durante el año anterior no recibieron más del 33 1/3 del promedio de los seis meses anteriores, entre otros).

[27] 29 U.S.C.A. § 213.

[28] *Véase id.*

[29] Family Medical Leave Act, 29 U.S.C.A. §§ 2601-2654.

[30] *Véase* 29 U.S.C.A. § 2612. Para saber los requisitos con los que debe cumplir el empleado o la información que puede exigir el patrono; *véase también* 29 U.S.C.A. § 2613.

cuidado de cónyuge, hijos o padres del empleado que tengan condiciones serias de salud; (4) por condiciones serias de salud del empleado, o (5) por cualquier exigencia (según sea determinada por el Secretario) que surja "del hecho de que el cónyuge, hijo, la hija o el padre del empleado está en servicio activo cubierto (o se le ha notificado de una llamada u orden inminente para servicio activo cubierto) en las Fuerzas Armadas".[31]

La ley le aplica a aquellos patronos que participan en el comercio, o en industrias o actividades que afecten al mismo, siempre y cuando empleen más de cincuenta (50) trabajadores dentro de las últimas veinte (20) semanas del año presente o el anterior, e incluye a aquellos que actúen en el interés del patrono, a los sucesores en interés del patrono, a agencias públicas, a la *Government Accountability Office* y a la Biblioteca del Congreso.[32] Para que un empleado de un patrono que tenga que cumplir con el F.M.L.A. tenga derecho a la licencia sin paga que establece esta ley, debe cumplir con 1,250 horas en un periodo de doce meses previo a la solicitud de la misma.[33]

Al igual que la F.L.S.A., el *Family Medical Leave Act* no excluye automáticamente a los empleados a tiempo parcial. Sin embargo, excluye de su cobertura a aquellos trabajadores que trabajen menos de veinticuatro (24) horas a la semana, es decir, menos de 1,250 horas en un periodo de doce (12) meses. A pesar de que la ley establece que para estos empleados es necesario calcular un promedio semanal de las horas trabajadas durante los doce (12) meses anteriores a la solicitud de la licencia, ello no garantiza que se puedan alcanzar las 1,250 horas necesarias para tener derecho a las doce (12) semanas de licencia sin paga.

Existe un grupo de leyes que cobijan a los empleados a tiempo parcial sin importar la cantidad de horas que trabajen. Entre estas se encuentra el

---

[31] 29 U.S.C.A. § 2612.

[32] 29 U.S.C.A. § 2611.

[33] *Véase id.*; *véase también* 29 U.S.C.A. § 2611. (Dispone que entre los empleados cubiertos por esta ley no se encuentran ni oficiales o empleados federales, cubiertos por el subcapítulo V del capítulo 63 del Título V ni empleados de un patrono que en un lugar de trabajo emplee menos de cincuenta (50) personas, si dentro de setenta y cinco (75) millas de tal lugar emplea menos de cincuenta (50) personas).

Labor Management Relations Act of 1947, que reconoce el derecho de los empleados del sector privado a organizarse y negociar colectivamente con el patrono, así como realizar otras actividades concertadas para con ello avanzar dentro de la negociación colectiva o para la protección o beneficio mutuo.[34] Dentro del sector privado, la ley excluye del privilegio de organizarse y negociar colectivamente a los trabajadores agrícolas, los trabajadores en el servicio doméstico de una familia o persona, los individuos empleados por su cónyuge, padre o madre; a los contratistas independientes, los individuos empleados como supervisores o guardias, y a los individuos empleados por patrono sujeto al *Railway Labor Act*.[35]

Junto a este grupo de leyes, se encuentra el *Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964*. Bajo este Título están cobijados todos los empleados de patronos cuya industria afecte el comercio y tengan más de quince (15) empleados. Es importante mencionar que en el caso de *Walters v. Metropolitan Educational Enterprises, Inc.,* el Tribunal Supremo de Estados Unidos adoptó el *payroll method,* para determinar la cantidad de empleados que tiene un patrono en una semana dada, bajo la definición de patrono en el *Título VII.*[36] A través de este método se cuentan todos los empleados que estén en la nómina en un día determinado, aun cuando no estén presentes en el lugar de trabajo.[37] De esta manera, se incluyen los trabajadores a tiempo parcial para determinar cuántos empleados tiene un patrono en una semana determinada.[38]

La ley establece como prácticas ilegales del patrono el fallar o rehusarse a "contratar o despedir a cualquier individuo, o de otro modo discriminar contra cualquier individuo con respecto a su compensación, términos, condiciones, o privilegios de empleo, debido a la raza, color, religión, sexo u origen social de dicho individuo".[39] Además, prohíbe la segregación o clasificación de los empleados o solicitantes "de alguna manera

---

[34] 29 U.S.C.A. §§ 152, 157. La Sección 158 de la ley establece las prácticas ilícitas del patrono y la unión bajo el estatuto.

[35] 29 U.S.C.A. § 152.

[36] *Véase* Walters v. Metropolitan Educational Enterprises, 519 U.S. 202, 206-208 (2006).

[37] *Véase id.*

[38] Debido a que la definición de patrono en el *Age Discrimination in Employment Act of 1967* es igual que el Título VII, este caso tiene implicaciones para la determinación de la cantidad de empleados que tiene un patrono bajo esta ley.

[39] 42 U.S.C.A. § 2000 e-2.

que prive o impida a cualquier individuo de oportunidades de empleo o de alguna otra manera afecte su estado como empleado, por motivo de su raza, color, religión, sexo u origen nacional".[40]

Existen dos (2) leyes que sirven de complemento a las disposiciones del *Título VII* en Estados Unidos. La primera, el *Equal Pay Act of 1963* (en adelante, el "E.P.A."), prohíbe el discrimen por sexo basado en el pago de salarios distintos por el mismo trabajo La segunda es el *Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008* (en adelante, el "G.I.N.A."), la cual prohíbe discriminar en la contratación, despido, compensación, términos, condiciones o privilegios, debido a información genética que se tenga del empleado.[41]

Por otra parte, el *Age Discrimination in Employment Act of 1967* (en adelante, el "A.D.E.A."), según enmendada, prohíbe que todo patrono cuya industria afecte el comercio y que emplee a más de veinte (20) individuos, discrimine contra una persona por razón de su edad, tanto en la contratación como en el despido, la compensación, términos, condiciones y privilegios de empleo.[42] Al igual que en el *Título VII*, se prohíbe la segregación o clasificación de empleados de manera que se prive de oportunidades de empleo o se afecte el individuo debido a su edad. Sin embargo, la ley no prohíbe cualquier discrimen por edad, sino que cubre a aquellos individuos que tienen, por lo menos, cuarenta (40) años de edad.[43]

Otra ley que cobija a los empleados de tiempo parcial es la *American with Disabilities Act of 1990* (en adelante, el "A.D.A."*)*. La misma prohíbe que patronos en industrias que afecten el comercio y que empleen a más de quince (15) personas, agencias de empleo y organizaciones laborales discriminen contra un individuo cualificado por razón de una discapacidad, tanto en el proceso para solicitar al empleo, como en la contratación, y en la

---

[40] 42 U.S.C.A. § 2000 e-2. (Esta sección de la ley prohíbe además el utilizar los programas de entrenamiento para discriminar contra un individuo por su raza, color, religión, sexo u origen nacional).

[41] *Véase* 29 U.S.C.A. § 206.

[42] *Véase* 29 U.S.C.A. § 623.

[43] *Véase* 29 U.S.C.A. § 631.

promoción una vez es empleado.[44] Ello excluye al gobierno de los Estados Unidos y sus corporaciones.[45] Además, cuando se trate de personas discapacitadas, no se puede discriminar en la compensación, entrenamiento, condiciones y privilegios de empleo.[46] Para la ley el individuo cualificado es todo aquel que, con o sin acomodo razonable, puede realizar las funciones del empleo al cual solicita.[47] Por lo tanto, las leyes federales que otorgan derechos a los empleados a no ser discriminados en el empleo por diversas categorías, protegen también a los empleados a tiempo parcial.

Luego de realizar un recorrido por la jurisprudencia federal aplicable a Puerto Rico, es meritorio discutir la legislación protectora del trabajo que persigue alcanzar las metas constitucionales establecidas en 1952. La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico reconoce expresamente derechos a los empleados, entre los cuales encontramos el derecho a organizarse, el derecho a negociar colectivamente y el derecho a la huelga.[48] En el Artículo II, Secciones 17 y 18 de la Constitución, se les reconocen estos derechos a los "trabajadores de empresas, negocios y patronos privados y de agencias o instrumentalidades del gobierno que funcionen como empresas o negocios privados".[49] El derecho a la huelga se reconoce de forma tal que se asegure el derecho de los trabajadores a organizarse y negociar colectivamente.[50] A pesar de que la mayoría de las relaciones obrero-patronales, en términos de negociación y organización colectiva, están sujetas a las disposiciones del *Labor Management Relations Act of 1947*, aquellos trabajadores que no están cobijados bajo esta ley,

---

[44] *Véase* 42 U.S.C.A. §§ 12111-12112. (La Sección 12111 indica que clubes de membrecía bona fide, que no sean organizaciones laborales, que estén exentos de impuestos bajo 26 U.S.C.A. § 501(c)también están exentos de la aplicación de esta ley. *Véase* 26 U.S.C.A. § 501(c)).

[45] *Id.*

[46] *Véase* 42 U.S.C.A. § 12112.

[47] 42 U.S.C.A. § 12111.

[48] *Véase* CONST. PR art. II, §§ 17-18.

[49] CONST. PR art. II, §§ 17-18. *Véase además* Ley de Represalias por Actividades Concertadas, Ley Núm. 48 de 26 de abril de 1939, 29 LPRA §§ 41-42 (2009 & Supl. 2012), y Ley de Deberes de los Patronos en los Casos de Huelgas, Ley Núm. 17 de 12 de abril de 1917, 29 LPRA §§ 43-44 (2009 & Supl. 2012).

[50] *Véase* CONST. PR art.II, § 18. Este derecho no es absoluto pues, la propia Sección 18 establece que "[n]ada de lo contenido en esta sección menoscabará la facultad de la Asamblea Legislativa de aprobar leyes para casos de grave emergencia cuando estén claramente en peligro la salud o la seguridad públicas, o los servicios públicos esenciales".

podrían estar cubiertos tanto por la *Ley de Relaciones del Trabajo de Puerto Rico*, como por la *Ley de Relaciones del Trabajo para el Servicio Público de Puerto Rico*.[51] Ello debido a que la *Ley de Relaciones del Trabajo de Puerto Rico* excluye de su definición de empleado a aquellos que trabajan en el servicio doméstico, los empleados por sus padres o cónyuge, y los supervisores y ejecutivos.[52] Esta ley permite la organización y negociación colectiva de empleados privados no cobijados por la ley federal, así como los empleados de corporaciones públicas. Por otra parte, la *Ley de Relaciones del Trabajo para el Servicio Público de Puerto Rico*, cobija a los empleados gubernamentales. A pesar de que esta ley les reconoce el derecho a organizarse y negociar colectivamente, no les concede el derecho a la huelga.[53]

La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico reconoce además, el

> . . . derecho de todo trabajador a escoger libremente su ocupación y a renunciar a ella, a recibir igual paga por igual trabajo, a un salario mínimo razonable, a protección contra riesgos para su salud o integridad personal en su trabajo o empleo, y a una jornada ordinaria que no exceda de ocho horas de trabajo. Sólo podrá trabajarse en exceso de este límite diario, mediante compensación extraordinaria que nunca será menor de una vez y media el tipo de salario ordinario, según se disponga por ley.[54]

Los derechos reconocidos mediante este artículo han sido plasmados en diversas leyes en nuestro ordenamiento, especificándose quiénes se encontrarán cobijados por la misma y de qué manera se dará su cumplimiento. Entre las leyes que hacen valer esta disposición constitucional

---

[51] *Véase* Ley de Relaciones del Trabajo de Puerto Rico, Ley Núm. 130 de 8 de mayo de 1945, 29 LPRA §§ 61-76 (2009 & Supl. 2012) y Ley de Relaciones del Trabajo para el Servicio Público de Puerto Rico, Ley Núm. 45 de 25 de febrero de 1988, 3 LPRA §§ 1451-1454 (2003 & Supl. 2012).

[52] *Véase* 29 LPRA § 63 (2009 & Supl. 2012).

[53] *Véase* 3 LPRA § 1451(b), 1451(q) (2003 & Supl. 2012).

[54] CONST. PR art. II, § 16.

se encuentra la *Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo*. La misma impone ciertos deberes a los patronos tales como proveer un sitio de empleo libre de riesgos que puedan causar muerte o daño físico a los trabajadores, así como suministrar y asegurar que estos utilicen el equipo de seguridad necesario para su profesión.[55] Otras leyes incluyen la *Ley contra el Discrimen en el Empleo* que prohíbe el discrimen por razón de sexo en relación al sueldo, salario, jornal o compensación; y la Ley *de Horas y Días de Trabajo*, que establece el periodo de ocho (8) horas como la jornada laboral diaria y de cuarenta (40) horas la jornada semanal.[56]

Los empleados a tiempo parcial están cobijados por el artículo II § 16 de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, incluso en el pago de horas extras. Ello ya que, entre las definiciones de horas extras que establece *la Ley de Horas y Días de Trabajo,* se indica que trabajar para un patrono en exceso de ocho (8) horas diarias durante un periodo de 24 horas, constituye horas extras.[57] Por lo tanto, aún cuando un empleado no tenga una jornada laboral a tiempo completo, el mismo tiene derecho al cobro de horas extras si trabajase más de ocho (8) horas en un día. Además, si en alguna semana trabaja más de cuarenta (40) horas, aún cuando se entienda que es empleado a tiempo parcial, tendría derecho al pago de horas extras. Bajo esta ley, el empleado recibe una compensación menor a la estipulada por la ley para horas extras o para el periodo de alimentos. El empleado, según el Art. 14 de la ley, tendrá derecho a recobrar del patrono las cantidades no pagadas, más una suma igual por daños y perjuicios, junto a costas, gastos y honorarios de abogado.[58]

Según se indicó anteriormente, los empleados a tiempo parcial tienen derecho al salario mínimo federal. En Puerto Rico, según vimos, la

---

[55] Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley Núm. 16 de 5 de agosto de 1975, 29 LPRA §§ 361-362. En Arroyo v. Rattan Specialties, 117 DPR 35 (1986) se determinó que el derecho constitucional contra riesgos a la integridad personal opera ex proprio vigore. Además, en García v. Darex, 148 DPR 364 (1999) se indicó que este derecho ha sido interpretado para incluir un sistema de seguridad social por lesiones en el empleo para el trabajador; sistema que fue creado por la Ley de Compensaciones por Accidentes del Trabajo, Ley Núm. 45 de 18 de abril de 1935, 11 LPRA §§ 1-42 (2009 & Supl. 2012)

[56] *Véase* Ley contra el Discrimen en el Empleo, Ley Núm. 100 de 30 de junio de 1959, 29 LPRA §§ 146-151 (2009 & Supl. 2012); Ley de Horas y Días de Trabajo, Ley Núm. 379 de 15 de mayo de 1948, 29 LPRA §§ 271-288 (2009 & Supl. 2012).

[57] 29 LPRA § 273 (2009 & Supl. 2012).

[58] *Véase* 29 LPRA § 282 (2009 & Supl. 2012).

Constitución reconoce el derecho a un salario mínimo razonable.[59] La ley que recoge esta política constitucional en la Isla es la *Ley de Salario Mínimo, Vacaciones y Licencia de Enfermedad*.[60] El artículo 2 del estatuto establece que el salario mínimo federal, fijado por el FLSA, aplicará automáticamente en Puerto Rico a todos los trabajadores que estén cobijados por la ley.[61] Con respecto al salario mínimo, nuestra ley lo que hace es disponer que aquellos empleados no cobijados por la ley federal recibirán un setenta por ciento (70%) del salario mínimo prevaleciente.[62] Tanto la ley local como la federal excluyen de su aplicación a los administradores, profesionales y ejecutivos.

Los empleados a tiempo parcial, al igual que un empleado a tiempo completo, tienen derecho a recibir el salario mínimo federal si trabajan para patronos involucrados con el comercio, según lo define la F.L.S.A. Si no están cobijados por la ley federal, tendrían derecho al porciento que establece la *Ley de Salario Mínimo, Vacaciones y Licencia de Enfermedad*. Sin embargo, esta ley incluye el derecho a la acumulación de vacaciones y licencia de enfermedad que no se le reconocerían a ciertos empleados a tiempo parcial, pues algunos no cumplirían con el tiempo de trabajo que requiere la ley. El estatuto dispone que para acumular uno punto veinticinco (1.25) días por mes de vacaciones y un (1) día por mes de enfermedad, es necesario que el empleado trabaje no menos de ciento quince (115) horas en el mes.[63] Esto implica que, para acumular vacaciones o días de enfermedad, el empleado o empleada necesitará trabajar por lo menos veintiséis punto cincuenta y cuatro (26.54) horas a la semana o tener un horario que le permita trabajar por lo menos ciento quince (115) horas al mes. Por lo tanto, a pesar de que no son excluidos expresamente por el estatuto, si los empleados trabajan menos de esta cantidad de horas semanalmente o sus horas semanales

---

[59] *Véase* CONST. PR art. II, § 16.

[60] *Véase* Ley de Salario Mínimo, Vacaciones y Licencia de Enfermedad, Ley Núm. 180 de 27 de junio de 1998, 29 LPRA § 250-250j.

[61] *Véase* 29 LPRA § 250 (1998). Esta sección establece además que se va a reconocer "todo lo dispuesto en la legislación y reglamentación federal referente a cómo se paga el salario mínimo, lo que son horas de trabajo, cuáles empleados y ocupaciones estás exentas del salario mínimo, y qué constituye horas o tiempo de trabajo".

[62] *Véase* 29 LPRA § 250 (a) (2009 & Supl. 2012).

[63] *Véase id.*

varían, pero al final del mes no llegan a ciento quince (115) horas, no tendrían derecho a acumular ni vacaciones ni licencia de enfermedad.[64]

Una ley que con gran probabilidad cobijaría a los empleados a tiempo parcial es la *Ley de Bonificación a Trabajadores y Empleados*, a través de la cual:

> . . . todo patrono que emplee uno o más trabajadores o empleados dentro del período de doce (12) meses, comprendido desde el 1ro de octubre de cualquier año hasta el 30 de septiembre del año natural subsiguiente, vendrá obligado a conceder a cada empleado que haya trabajado setecientas (700) horas o más o cien (100) horas o más cuando se trata de trabajadores de muelles, dentro del indicado periodo, un bono equivalente a . . . 6% del total del salario hasta un máximo de diez mil ($10,000) para el bono que se concederá a partir del año 2008, devengados por el empleado o trabajador dentro de dicho lapso de tiempo.[65]

La ley excluye de sus disposiciones a los empleados en "actividades agrícolas, en el servicio doméstico o en residencia de familia, o en instituciones de fines caritativos; y a los funcionarios y empleados del Estado Libre Asociado, sus corporaciones públicas y municipalidades, que ocupen un cargo, puesto o empleo de carácter continuo o irregular".[66] Como se puede observar, esta ley no excluye a los empleados a tiempo parcial de sus disposiciones. En términos de la cantidad de horas trabajadas, siempre y cuando el empleado trabaje un promedio de trece (13) horas y media a la semana, o, si tiene un horario irregular, cuyo total de horas al año sean setecientas (700) horas o más, tendrá derecho a recibir la bonificación anual que establece esta ley.

Existen otra serie de leyes que otorgan derechos a los empleados y que cobijan a aquellos que tienen una jornada parcial. Entre estas se encuentran la *Ley de Madres Obreras*, en la cual se le reconoce a las obreras en estado grávido el derecho a una licencia de descanso con paga de ocho (8)

---

[64] Para las personas que están excluidas de la protección de la ley véase 29 LPRA § 250(f) (2009 & Supl. 2012).

[65] Ley de Bonificación a Trabajadores y Empleados, Ley Núm. 148 de 30 de junio de 1969, 29 LPRA §§ 501-507. Según 29 LPRA § 501 (2009 & Supl. 2012) para el patrono que emplee menos de 15 personas el porciento del bono será 3% desde el 2008. El pago del bono no excederá el 15% de las ganancias netas anuales del patrono.

[66] 29 LPRA § 505 (2009 & Supl. 2012).

semanas, las que usualmente comprenderán las cuatro (4) semanas antes del alumbramiento y las cuatro (4) semanas después.[67] Este periodo de descanso se les reconoce también a las empleadas que adopten a un menor de cinco (5) años de edad o menos.[68] La *Ley de Madres Obreras* reconoce el derecho de estas empleadas a que el patrono les reserve el empleo, y a la protección de despido injustificado, estableciendo que el menor rendimiento, producto del embarazo, no es justa causa para despedir.[69] Por otro lado, la *Ley contra el Discrimen en el Empleo* prohíbe a todo patrono discriminar, tanto en la contratación y en las condiciones de empleo, así como en el despido de los trabajadores, por razón de "edad…raza, color, sexo, origen social o nacional, condición social, afiliación política, o ideas políticas o religiosas o por ser víctima o ser percibida como víctima de violencia doméstica, agresión sexual o acecho, del empleado o solicitante de empleo".[70]

Según hemos podido observar, ni en Puerto Rico ni a nivel federal existen leyes que definan o regulen expresamente los derechos, y la relación obrero-patronal, de los empleados a tiempo parcial con su patrono. Para determinar si esta categoría de trabajadores está cobijada por estas leyes hay que analizar las disposiciones de cada una, así como su jurisprudencia interpretativa, de manera tal que podamos determinar si los empleados a tiempo parcial tienen los derechos o beneficios que dichas leyes otorgan. Además, en ambas jurisdicciones los beneficios marginales más allá del salario, tales como plan médico o planes de beneficio, tienden a no estar regulados por la ley, siendo cada patrono el encargado de delimitar las condiciones de cada plan de beneficios que ofrece.

B. Convenios internacionales

A nivel internacional existen una serie de convenios que tratan directamente sobre el tema de los empleados a medio tiempo. El *Convenio 175 de la Organización Internacional sobre Trabajo a Tiempo Parcial de 1994*

---

[67] *Véase* Ley de Madres Obreras, Ley Núm. 3 del 13 de mayo de 1942, 29 LPRA §§ 467-474.
[68] Véase 29 LPRA § 467 (2009 & Supl. 2012).
[69] *Véase* 29 LPRA § 469 (2009 & Supl. 2012).
[70] Ley contra el Discrimen en el Empleo, Ley Núm. 100 de 30 de junio de 1959, 29 LPRA § 146-151 (2009 & Supl. 2012).

define al trabajador a tiempo parcial como "todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comprable".[71] La situación comparable indicada en el primer artículo de este convenio se refiere al trabajador a tiempo completo que:

1. tenga el mismo tipo de relación laboral;
2. efectúe o ejerza un tipo de trabajo o de profesión idéntico o similar, y
3. esté empleado en el mismo establecimiento o, cuando no haya ningún trabajador a tiempo completo en situación comparable en ese establecimiento, en la misma empresa o, cuando no haya ningún trabajador a tiempo completo en situación comparable en esa empresa, en la misma rama de actividad, que el trabajador a tiempo parcial de que se trate . . .[72]

Una disposición sumamente importante de este convenio es la aclaración de que no se van a considerar como empleados a medio tiempo aquellos trabajadores que usualmente tienen una jornada a tiempo completo y se encuentran en una situación de desempleo parcial, lo que implica una reducción de su jornada regular de empleo.[73]

Con respecto a los derechos que deben tener este tipo de empleados, la Convención estableció que deben tener la misma protección con respecto a los derechos de: organización y negociación colectiva, seguridad y salud en el trabajo, prohibición del discrimen y salario básico, no inferior al básico de los empleados a tiempo completo.[74] Además, se deben tomar las medidas necesarias para que tengan condiciones equivalentes a los empleados regulares con relación a la protección dada a las madres obreras, terminación de relación laboral, disfrute de vacaciones con paga, días feriados y licencia de enfermedad.[75]

---

[71] Convenio 175 de la Organización Internacional sobre Trabajo a Tiempo Parcial, *supra* nota 2 (Este convenio ha sido ratificado por Albania, Australia, Bosnia y Herzegovinia, Chipre, Eslovenia, Finlandia, Guyana, Hungría, Italia, Luxemburgo, Mauricio, Países Bajos, Portugal y Suecia).

[72] *Id.*

[73] *Id.*

[74] *Véase id.* en Arts.4 -5.

[75] *Véase id.* en Art. 7.

C. Chile

Contrario a Puerto Rico y Estados Unidos, en Chile se ha regulado directamente el trabajo a tiempo parcial. En este país la jornada ordinaria de trabajo no puede exceder de cuarenta y cinco (45) horas semanales.[76] El Código de Trabajo chileno, mediante la Ley No. 19.759, reconoce la posibilidad de que se pacten contratos de empleo a tiempo parcial, siempre y cuando la jornada pactada no sea superior a dos terceras partes de la jornada ordinaria de trabajo, quedando ésta limitada entonces a un máximo de 30 horas por semana.[77] Se permite el pacto de horas extras y de alternativas de distribución de jornada, siempre y cuando el patrono escoja entre las alternativas con por lo menos una semana de anticipación.[78] Con respecto a la jornada diaria, el Código establece que no podrá ser mayor de diez (10) horas diarias y que deberá ser continua, pudiéndose interrumpir por un periodo no menor a media hora ni mayor a una hora.[79]

Una de las disposiciones más importantes con respecto al trabajo a tiempo parcial en Chile se establece en el Art. 40 bis B del Código de Trabajo. Este artículo establece que los "trabajadores a tiempo parcial gozarán de todos los demás derechos que contempla este Código para los trabajadores a tiempo completo . . .".[80] Ello implica que los empleados a tiempo parcial están protegidos contra el discrimen, ya sea este por raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia

---

[76] CÓD. TRAB. art. 22 (2011). (El artículo establece una serie de ocupaciones exentas de la limitación de jornada máxima. Entre las ocupaciones exentas se encuentran los "gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata; los contratados de acuerdo con este Código para prestar servicios en su propio hogar o en un lugar libremente elegido por ellos; los agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajantes, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento").

[77] *Véase* Código del Trabajo de Chile, Art. 40bis(2011); Rau Binder, supra nota 17, en la pág. 41; HÉCTOR HUMERES NOGUER, DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO Y PROCEDIMIENTO LABORAL 147 (2011).

[78] *Véase* CÓDIGO DEL TRABAJO DE CHILE, Art. 40 bisA, 40 bisC (2011).

[79] *Véase id.* Art. 40 bisA (2011).

[80] CÓD.TRAB., Art. 40 bisB (2011).

nacional u origen social, y contra el hostigamiento sexual.[81] Además, tienen derecho a la protección de su vida, salud y seguridad. Las madres obreras tendrán derecho a obtener un descanso de seis (6) semanas antes del alumbramiento y doce (12) semanas después, mientras que el padre tendrá derecho a obtener un permiso de cinco (5) días con paga, por motivo del nacimiento de un hijo; las trabajadoras tienen derecho a ser incorporadas a sus labores luego del periodo de descanso por motivo del alumbramiento.[82] Por otra parte, los empleados a tiempo parcial tendrán derecho a negociar colectivamente, siempre y cuando no sean gerentes, subgerentes, agentes y apoderados, estén autorizados a contratar o despedir empleados, o ejerzan un cargo de mando e inspección.[83] En fin, los trabajadores a medio tiempo se consideran como equivalentes a los empleados a tiempo completo en el Código de Trabajo Chileno, en términos de los derechos que se les han de reconocer, tanto por ley como por el trato que reciben del patrono. Sin embargo, existen autores que entienden que la disposición del Art. 40 bis, la cual dispone que los trabajadores a tiempo parcial tendrán todos los derechos de los empleados a tiempo completo, no se extiende necesariamente al ingreso mínimo total, pues esto impediría la flexibilización de la jornada laboral.[84]

En la última década, el trabajo a tiempo parcial en Chile ha ido en aumento, en especial con respecto a la cantidad de mujeres que se encuentran bajo esa categoría.[85] Debido a que en este país los empleados a tiempo parcial tienen los mismos derechos que los empleados a tiempo completo, "el costo laboral de contratar a una trabajadora a tiempo parcial no es proporcional a su jornada laboral, sino más caro tanto en costos fijos como variables que a las trabajadoras a jornada completa".[86] Por lo que, aún cuando el empleo a tiempo parcial ha ido aumentando, la legislación laboral chilena con respecto a este tipo de empleo puede tener como consecuencia

---

[81] *Véase id.* Arts. 1, 2.
[82] *Véase id.* Arts. 184, 195, 197.
[83] *Véase id.* Art. 305.
[84] HUMERES NOGUER, *supra* nota 77, en la pág. 148.
[85] Véase Tomás Rau Binder, *El Trabajo a Tiempo Parcial en Chile*, 6 TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN EN POLÍTICAS PÚBLICAS 1 (2008), http://www.econ.uchile.cl/publicaciones/tips. (buscar el año 2008 y pulsar el botón de "descargar archivo" color verde que se encuentra al lado derecho de la pantalla).
[86] *Véase* Rau Binder, *supra* nota 85, en la pág. 1.

disminuir el interés patronal de contratar a trabajadores a medio tiempo. Algunos desincentivos al trabajo a tiempo parcial son los siguientes: el establecimiento de salas cuna en empresas con más de veinte (20) empleadas, aumento de costos de administración de turnos, pues en Chile se requiere que mensualmente dos (2) días de descanso sean domingos; restricción de continuidad de la jornada y salario por hora, factores culturales y discriminación estadística, costos de movilización, temor de los trabajadores a negociar jornadas a tiempo parcial, entre otros.[87] El factor cultural constituye un factor que provoca desinterés pues "no existe una cultura para el trabajo a tiempo parcial por parte de los empleadores . . . [empleados a] tiempo parcial presentarían una mayor incidencia de ausentismo laboral y una menor identidad con la empresa".[88] Por otro lado, el establecimiento de salas cuna representa un gasto sustancial patronal y es un costo fijo que encarece la contratación de empleadas a tiempo parcial, pues estas cuentan como empleadas para la determinación de las veinte (20) empleadas que requiere el Art. 203 del Código de Trabajo.[89]

Según Humeres Noguer, la mayor innovación del contrato a tiempo parcial chileno es la posibilidad de pactar alternativas de distribución de jornadas diversas, "las que coloca bajo la esfera del poder de mando del empleador, establece la posibilidad de pago parcial proporcional de la especie de remuneración denominada gratificación, y consigna a su respecto una especial base de cálculo de la indemnización por años de servicios".[90] La indemnización por años de servicios a empleados a tiempo parcial en Chile se realiza en relación a su último contrato o con respecto a los últimos once (11) años trabajados o los últimos tres (3) meses.[91]

En una especie de resumen, Tomás Rau Binder nos indica que con respecto a este tipo de empleo en Chile, en

---

[87] *Véase id.* en la pág. 4.
[88] *Véase id.* (por empleadores se refiere a patronos).
[89] Véase Tomás Rau Binder, *supra* nota 17, en las págs. 41-42.
[90] HUMERES NOGUER, *supra* nota 77, en la pág. 147 (empleador se refiere a patrono).
[91] *Id.* en la pág. 148.

> . . . definitiva lo que podemos decir con la evidencia existente es que los trabajadores a tiempo parcial presentan una mayor informalidad (menor tenencia de contrato y menos contratos indefinidos), una mayor incidencia de la pobreza, y una mayor desprotección social, entendida como un menor porcentaje de cotizaciones y una menor participación en el seguro de desempleo relativo a sus pares a tiempo completo. Por otro lado, muestran significativamente mayores niveles de remuneración por hora que no pueden ser explicados por características observables.[92]

Chile se distingue claramente de Puerto Rico y Estados Unidos mediante la regulación expresa del empleo a tiempo parcial. Además, contrario a ambas jurisdicciones, en Chile no se deja a opción del patrono el reconocimiento de los mismos derechos que tienen los empleados a tiempo completo, a los empleados a tiempo parcial. No podemos negar que en Puerto Rico y Estados Unidos existen una serie de leyes que protegen a los empleados con una jornada de trabajo parcial, como aquellas que prohíben el discrimen en el trabajo. Sin embargo, la protección dada por el Art. 40 bis a estos empleados en Chile sobrepasa aquella que recibe tal categoría de trabajadores en nuestro ordenamiento.

D. Unión Europea

En la Unión Europea, el trabajo atípico ha sido considerado constantemente en las instancias comunitarias desde su aparición.[93] Este tipo de trabajo se ha definido como "formas específicas del contrato de trabajo, como el trabajo realizado a través de Empresas de Trabajo Temporal, los contratos de duración determinada o contratos a tiempo parcial".[94] En la Comunidad Europea, la primera referencia al principio de igualdad en las relaciones laborales se produjo en el Art. 119 del Tratado de Roma, mediante el cual se prohibió la discriminación por razón de sexo.[95] Este principio de igualdad reconocido en el Tratado constitutivo ha continuado

---

[92] *Véase* Rau Binder, *supra* nota 85, en la pág. 12.

[93] *Vease* María Luisa Pérez Guerrero, Emilia Castellano Burguillo & Fernando Pérez Domínguez, Trabajo atípico en la Unión Europea, 14(3) REVISTA GACETA LABORAL 327 (SEPT-DIC 2008), http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=33614301.

[94] *Id.*

[95] *Véase id.*

desarrollándose, incluyendo el campo relacionado al trabajo atípico, lo que podría responder al crecimiento constante de la cantidad de empleados que trabajan a tiempo parcial en la Unión Europea. Por ejemplo, para 1991 el trece punto nueve por ciento (13.9%) del empleo total estaba compuesto por empleos de jornada parcial mientras que para el 2000, esta proporción aumento a diecisiete punto siete por ciento (17.7%).[96]

La Directiva 97/81 de 15 de diciembre de 1997, trata directamente sobre el trabajo a tiempo parcial. La misma cubre los contratos de duración determinada, contrato en misión y contratos a tiempo parcial.[97] Dentro de la Directiva, se incluye un Acuerdo Marco, a través del cual se establecen las regulaciones mínimas sobre el trabajo a tiempo parcial. Los Estados tienen entonces la capacidad de continuar regulando el campo, siempre y cuando cumplan con las condiciones mínimas que establece el mismo.[98] El Acuerdo tiene como propósito el "remover la discriminación en contra de los empleados a tiempo parcial y aumentar la calidad del trabajo a tiempo parcial".[99] Este define el contrato a tiempo parcial como aquel cuyas horas regulares de trabajo, calculadas semanalmente o por promedio a través de un año, son menos que las horas que ha trabajado un empleado a tiempo completo comparable.[100]

El Acuerdo Marco establece que "no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas".[101] Es importante destacar que la Cláusula 4 del Acuerdo Marco reconoce la

---

[96] Sandalio Gómez, Celia Pons y Carlos Martí, *El Trabajo a Tiempo Parcial: Evolución y Resultados*, DOCUMENTO DE INVESTIGACIÓN NÚM. 476, OCT. 2002, en la pág. 2.

[97] *Véase* Pérez Guerrero, Castellano Burguillo & Pérez Domínguez, *supra* nota 93.

[98] *Véase id.*

[99] Framework Agreement on Part-Time Work, Clause I, Council Directive 97/81/EC of December 15, 1997.

[100] *Id.* en Cláusula 3. Bajo esta Cláusula del Acuerdo el empleado a tiempo completo comparable es aquel que, trabajando bajo el mismo patrono o establecimiento "teniendo el mismo tipo de contrato de empleo o relación, que está envuelto en trabajo igual o similar…".

[101] *Id.* en la Cláusula 4; *véase además*, Pérez Guerrero, Castellano Burguillo & Pérez Domínguez, *supra* nota 93.

aplicación del principio *pro rata temporis* cuando sea apropiado.[102] Esto parece implicar que, cuando proceda, se podrán prorratear los beneficios que han de recibir los empleados a tiempo parcial, siempre y cuando se justifique el prorratearlos y no se haga con la intención de discriminar.

El Acuerdo Marco presenta el trabajo a tiempo parcial como una oportunidad a la que el empleado debe acceder de forma voluntaria y cuyo desarrollo se debe promover.[103] Sin embargo, según María Luisa Pérez Guerrero, la realidad es todo lo contrario pues, en la práctica, la voluntariedad o involuntariedad de optar por trabajo a tiempo parcial se ve determinada por las necesidades del mercado.[104] A pesar de que esta Directiva responde al principio de igualdad establecido inicialmente en el Tratado constitutivo, la realidad del mercado laboral en el empleo a tiempo parcial refleja desigualdades marcadas entre mujeres y hombres. En especial cuando consideramos que para el 2008 el ochenta por ciento (80%) de los trabajadores a medio tiempo eran mujeres.[105] Sin embargo, el principio de la igualdad no es enteramente controlante. En la sentencia del TJCE de 14 de diciembre de 1996, Asunto C-317/93, Inge Nolte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea entendió que el hecho de que se establezca un mínimo de actividad necesaria para obtener determinados beneficios o prestaciones, no es incompatible con ese principio.[106]

El Acuerdo Marco, según mencionado anteriormente, permite que los Estados miembros continúen la regulación del trabajo a tiempo parcial según sus leyes y regulaciones y las de la Unión Europea, sin que nada les impida introducir disposiciones más favorables a las contenidas en éste. Sin embargo, establece ciertas obligaciones o sugerencias para los patronos de los Estados miembros, entre las que se encuentran el no considerar la negación de un empleado de transferirse a un empleo a corto plazo como una causa válida en sí misma para el despido y el intentar honrar, cuando sea

---

[102] *Véase* Framework Agreement on Part-Time Work, Clause 4, Council Directive 97/81/EC of December 15, 1997.
[103] *Véase id.* en la Cláusula 1(b).
[104] *Véase* Pérez Guerrero, Castellano Burguillo & Pérez Domínguez, *supra* nota 93.
[105] *Véase id.*
[106] *Id.*

posible, las peticiones de los empleados para cambiar su jornada de tiempo completo a tiempo parcial.[107]

1. España

Según Manolo Ortega, en España el contrato a tiempo parcial se utiliza menos que en el resto de los países de la Comunidad Europea, con la excepción de Portugal, Polonia, Turquía y Republica Checa.[108] A pesar de esto, el aumento en el empleo a tiempo parcial en España ha sido significativo, de 5% del empleo total en 1980's a 12% en el 2010, y se ha movido hacia "una postura combinada de flexibilidad e intento de garantizar formalmente los derechos de los trabajadores a tiempo parcial por parte del legislador en la actualidad".[109]

En España se entiende una relación atípica de trabajo cuando ocurre uno de dos fenómenos. Ello cuando (1) toda aquella que por su jornada no cae dentro de la definición de la relación típica de trabajo o (2) toda aquella relación que no cae bajos los parámetros del Estatuto de los Trabajadores.[110] Las relaciones atípicas se ven caracterizadas por una jornada de trabajo menor a la del empleo a tiempo completo e inseguridad con respecto a la continuidad del trabajo, entre otros factores.[111] El contrato a tiempo parcial es, según el Estatuto de los Trabajadores, aquel mediante el cual se acordó una jornada de trabajo menor a la de un trabajo a tiempo completo comparable.[112] Al igual que el ideal presentado mediante el Acuerdo Marco de la Unión Europea, en España se entiende que el trabajar una jornada inferior responde a la voluntad de las partes.[113] En este país se reconoce la

---

[107] *Véase* Framework Agreement on Part-Time Work, *supra* nota 99, Cláusulas 5-6.

[108] MANOLO ORTEGA, GUÍA BREVE DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL, FORMACIÓN Y ORIENTACIÓN LABORAL 3 (2011).

[109] *Véase id.* en las págs. 4-9.

[110] Miriam Trillo Ojea, *Los contratos temporales y a tiempo parcial como formas de trabajo atípicas. Especial referencia a su régimen de seguridad social*, 15(1) REVISTA GACETA LABORAL 101 (2009), http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=33614479005.

[111] *Véase id.*

[112] *Véase id.*

[113] *Véase id.*

existencia de contratos de trabajo parcial fijos discontinuos o concentrados por tiempo indefinido. El concepto trabajo a tiempo parcial concentrado se introdujo mediante el Real Decreto 1121/2002 e implica aquel contrato acordado para realizar trabajos periódicos para el patrono en una fecha determinada y dentro del volumen de actividad normal de la compañía u organización.[114]

El Real Decreto Ley 15, de 27 de noviembre de 1998, Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo, en Relación con el Trabajo a Tiempo Parcial y Fomento de Su Estabilidad, modifica disposiciones del Estatuto de Trabajadores para clarificar y regular el empleo a tiempo parcial. Este decreto es realización del Acuerdo Marco en España. El Art. 1 del Decreto, que modifica el Art. 12 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, el ET), establece que un contrato a tiempo parcial será aquel donde se acuerde una jornada de trabajo menor al setenta y siete por ciento (77%) de la jornada a tiempo completo que haya sido establecida en el convenio colectivo o por la ley. Además, establece que este tipo de contrato podrá ser indefinido o con duración determinada.[115] El contrato a tiempo parcial debe constar por escrito y debe figurar las horas a ser trabajadas por el empleado; si esto no consta en el contrato se presume que el mismo se hizo para una jornada completa de trabajo.[116]

De suma importancia en este Decreto es la disposición que enmienda el artículo 12 del ET para que incluya además el reconocimiento de que los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Este mismo artículo también dispone que cuando "corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los Convenios Colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado".[117] Esta enmienda reconoce además la importancia de facilitar el acceso de estos trabajadores a una formación profesional continua.[118] Asimismo reconoce la posibilidad de pactar expresamente horas complementarias, cuya realización

---

[114] *Véase* JUAN LÓPEZ GANDÍA, LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS 15 (2011); Trillo Ojea, *supra* nota 110.

[115] Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo, en Relación con el Trabajo a Tiempo Parcial y Fomento de Su Estabilidad, Ar. 1 (R.D.-Ley 1998, 15).

[116] *Id.*

[117] *Id.*

[118] *Id.*

depende de que se le notifique al empleado con por lo menos siete (7) días de anticipación.[119]

Con respecto a la Seguridad Social, los empleados a tiempo parcial están protegidos frente a todo tipo de contingencias, a partir del Real Decreto 489 de 27 de marzo de 1998, promulgado a base de la Ley 63 de 26 de diciembre de 1997.[120] La cotización a la Seguridad Social de estos empleados se realiza en función de las horas trabajadas y según las bases mínimas horarias establecidas, pudiendo ser computada además mensualmente. Entre las prestaciones que podría recibir el empleado a tiempo parcial, de acuerdo a sus horas trabajadas, se encuentra la jubilación, incapacidad permanente y maternidad. Según Juan López Gandía:

> . . . [los] tipos de cotización aplicables a los contratos de trabajo a tiempo parcial son idénticos a los de los contratos a tiempo completo. Por excepción, para la contingencia de desempleo de los contratos de trabajo de duración determinada son diferentes, según si el contrato es a tiempo completo o si es a tiempo parcial.[121]

Este régimen jurídico quedó modificado por el Real Decreto- Ley 5 de 2 de marzo de 2001 y la Ley 12 de 9 julio de 2001.[122] Bajo las enmiendas del Art. 12 en el 2001, el contrato de empleo parcial terminó careciendo de *nomen iuris* propio. Otro de los cambios principales es que la jornada parcial dependerá de una comparación con la jornada a tiempo completo de un empleado comparable, dejando atrás el convenio colectivo y la ley como bases principales para la determinación sobre si su empleado era a tiempo completo o a tiempo parcial.[123] Por otra parte, en el 2012, el Real Decreto-Ley 3 de 20 de febrero de 2012 estableció que "la suma de las horas ordinarias,

---

[119] *Id.*

[120] LÓPEZ GANDÍA, *supra* nota 114, en la pág. 9.

[121] LÓPEZ GANDÍA, *supra* nota 114, en la pág. 15.

[122] *Véase* Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, Art. 3 (R.D.-Ley 2001, 5); Carlos Moradillo Larios, *La nueva regulación del contrato a tiempo parcial, los trabajos fijos discontinuos, el contrato de relevo y la jubilación parcial*, 44 REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES 103 (2003).

[123] Moradillo Larios, *supra* nota 122, en la pág. 107.

extraordinarias y complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial".[124]

Los cambios que van ocurriendo en la legislación española en torno al contrato de empleo parcial son un reflejo de un mundo laboral y una economía cambiante. Sin embargo, a pesar de la crisis económica y en la ambivalencia en que en ocasiones la legislación beneficia al patrono y en otros al empleado, la regulación expresa del trabajo a tiempo parcial ha sido consistente. Esto tiene implicaciones para los derechos de los empleados a tiempo parcial dado que sin un reconocimiento expreso de sus derechos mediante la ley, se verían forzados a presentar otros argumentos que pudieren carecer de fuerza o basarse en legislaciones o regulaciones diseñadas para otro tipo de relación laboral. Ello podría resultar inadecuado a la hora presentar reclamos al amparo de las deficiencias antes mencionadas. Al igual que en Chile, esto hace que España se distinga de la jurisdicción puertorriqueña, con la salvedad de que en España -contrario a Chile- se reconoce la posibilidad de que los derechos de los empleados a tiempo parcial sean proporcionales a las horas trabajadas por los empleados.

2. Inglaterra

La Directiva 97/81 de 15 de diciembre de 1997 establece unos mínimos en torno a la regulación del contrato parcial de empleo, por lo que los Estados miembros han desarrollado una serie de disposiciones que se ajustan a sus circunstancias particulares.[125] Como parte del intento por implantar esta Directiva, se aprobó en el 2000 *The Part-time Workers (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations*. Esta ley define al empleado a tiempo parcial como aquel trabajador que recibe su paga en referencia al tiempo que trabaja y que, "con respecto a la costumbre y práctica de su patrono en relación a los trabajadores empleados por el patrono bajo el mismo tipo de contrato, no es identificable como empleado a

---

[124] Real decreto de Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, Art. 5 (R.D.-Ley 2012, 3).

[125] La misma se extendió al Reino Unido de Gran Bretaña mediante la Directiva 98/23/CE del Consejo de 7 de abril de 1998. Como parte del intento por implantar esta Directiva, se aprobó en el 2000 The Part-time Workers (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations.

tiempo completo".[126] La ley cobija, además, a aquellos empleados que trabajan a tiempo completo y que, ante despido o variación del contrato, se le es requerido trabajar una cantidad menor de horas a la semana.[127]

Por su parte el *Part-time Workers* (*Prevention of Less Favourable Treatment*) *Regulations* establece que un empleado a tiempo parcial tiene derecho a ser tratado igual a un empleado a tiempo completo bajo una serie de circunstancias.[128] Las mismas incluyen los términos del contrato o estar sujeto a otros detrimentos por actos u omisiones de su patrono.[129] Para que aplique esta regulación es necesario que la acción injustificada se haya realizado porque el empleado es un trabajador a tiempo parcial.[130] Asimismo establece que para determinar la existencia de un trato menos favorable se utilizará el principio de *pro rata,* siempre que resulte apropiado. Además establece que el hecho de que se le pague a un empleado a tiempo parcial menos por tiempo extra trabajado no implica un trato menos favorable, pues es necesario considerar la cantidad de horas trabajadas por el empleado a tiempo completo. Esta ley reconoce también un derecho del empleado para recibir una declaración por escrito de parte del patrono dentro de los veintiún (21) días de solicitarlo, en la cual se expliquen las razones particulares del trato desigual, cuando entienda que éste ha violado alguno de los derechos que le reconoce la Regulación 5.[131]

Como podemos observar de las disposiciones anteriores, el ordenamiento inglés reconoce varios derechos a los empleados a tiempo parcial. Entre estos se pueden encontrar: (1) el derecho a no ser tratado menos favorablemente; (2) el derecho a recibir la misma tasa de paga que un empleado a tiempo completo a no ser que el patrono pueda justificar una

---

[126] The Part-time Workers (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations, Regulation 2, http://www.legislation.gov.uk/uksi/2000/1551/regulation/2/made.

[127] Véase *id.* en Regulation 3, http://www.legislation.gov.uk/uksi/2000/1551/regulation/3/made.

[128] *Véase id.* en Regulation 5, http://www.legislation.gov.uk/uksi/2000/1551/regulation/5/made.

[129] *Véase id.*

[130] *Véase id.*

[131] *Véase id.* en la Regulation 6, http://www.legislation.gov.uk/uksi/2000/1551/regulation/6/made.

tasa diferente; (3) paga por horas extras; (4) trato igual en el acceso a pensiones, entrenamiento, descansos, licencias por enfermedad, maternidad, paternidad y adopción y en la consideración para promociones; y (5) el derecho a recibir beneficios contractuales pro rateados, tales como descuentos de empleado y planes médicos.[132]

En el Reino Unido de Gran Bretaña existe una protección comprensiva de los derechos de los empleados a tiempo parcial. Al igual que España y Chile, regulan esta relación obrero patronal de forma expresa y les reconocen derechos mediante disposiciones que se refieren a su estatus como empleados a tiempo parcial. Ello contrasta con nuestro ordenamiento, donde debemos determinar caso a caso si determinada disposición cobija a los empleados a tiempo parcial.

IV. CONCLUSIÓN: NECESIDAD DE REGULACIÓN PARA LOS EMPLEADOS A TIEMPO PARCIAL EN LA JURISDICCIÓN DE PUERTO RICO

Según hemos mencionado anteriormente, en Puerto Rico no hay legislación expresa sobre los derechos de los empleados a tiempo parcial. Resulta sorprendente como en un mundo globalizado, donde las economías de los países están cada vez más interdependientes, y en un ordenamiento como el nuestro, donde varios de los derechos de los empleados están reconocidos a nivel constitucional, esta sea la realidad. En nuestra Isla cerca del veintiocho por ciento (28%) de la fuerza laboral es a tiempo parcial, lo cual representa un porciento significativo de nuestra tasa de empleo. Al evaluar disposiciones como las de Chile, España e Inglaterra, podemos observar los pasos que han tomado diferentes países para intentar tener una legislación clara en cuanto a la regulación del contrato a tiempo parcial y de los derechos de los empleados que laboran bajo el mismo.

Es imperativo que la Asamblea Legislativa actúe, de modo que los empleados a tiempo parcial no sean discriminados por la cantidad de horas que trabajan. Entendemos que la solución, contrario a las disposiciones chilenas, podría ser que estos empleados reciban los beneficios a prorrata, según pudimos observar en España e Inglaterra. Esta podría ser una solución

---

[132] Employing Part-Time Workers, BUSINESS LINK, http://www.businesslink.gov.uk/bdotg/action/detail?itemId=1074411968&type=RESOURCES (última visita, 13 de mayo de 2012).

factible en nuestro ordenamiento. Los beneficios afectados por una disposición como ésta serían, en su mayoría, aquellos que son otorgados por los patronos por encima de los mínimos establecidos en las leyes o como parte de un plan comprensivo de compensación que reciben usualmente los empleados a tiempo completo. El tener legislación que atienda el derecho de los empleados a tales planes de compensación, limitaría la arbitrariedad existente en los patronos para determinar quiénes no son considerados como empleados de la compañía con las características necesarias para recibir los mismos. Con respecto a las leyes y derechos que actualmente se le reconocen a los empleados en Puerto Rico, es necesario atender aquellas leyes que excluyen *de facto* a los empleados a tiempo parcial por no cumplir con las horas necesarias de trabajo para ser cobijados por las mismas.

Entendemos que el promulgar legislación laboral no se puede hacer a la ligera dadas sus serias implicaciones en la economía de la Isla. Sin embargo, esto no puede impedir que se atienda el problema existente. Cuando un veintiocho por ciento (28%) de los empleados de Puerto Rico son a tiempo parcial, algo está ocurriendo. Si bien es cierto que puede haber una gran parte de estos empleados que hayan decidido trabajar esta jornada de manera voluntaria, ello no implica que merezcan un trato desigual respecto a los beneficios que reciben. Ello debe ser independientemente de que los mismos sean prorrateados a las horas que ha trabajado el empleado durante la semana, el mes o el año. Cabe mencionar que la tarea de regular el trato que reciben los empleados a tiempo parcial no le corresponde a la Rama Judicial, pues ello excede su poder de intérprete de la ley. Le corresponde a la Rama Legislativa actuar afirmativamente creando leyes y reglamentos. Sin embargo, ante la inacción de la Cámara de Representantes y el Senado de Puerto Rico, nada impide que la Rama Judicial interprete y evalúe las leyes existentes para atender la necesidad que tienen los empleados a tiempo parcial de hacer valer sus derechos y recibir una respuesta a su reclamo de justicia.