

PENSAR EN DERECHO N°3



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN **DERECHO**

NRO. 3 AÑO 2

Comité editorial

Juan Pablo Alonso
Gabriela Antonelli Michudis
Lucas E. Barreiros
Mariano H. Borinsky
Emiliano J. Buis
Marisa Herrera
Luciana Beatriz Scotti

Coordinación de la revista

Bárbara Weinschelbaum

Comité Académico

Susana Albanese
Susana Cayuso
Raúl Etcheverry
Fernando García Pullés
Carlos Gherzi
Adrián Goldin
Martín Krause
Delia Lipszyc
Luis Niño
Renato Rabbi Baldi



Eudeba
Universidad de Buenos Aires

1º edición: diciembre de 2013

© 2013 Eudeba
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0186



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

Decana: *Dra. Mónica Pinto*

Vicedecano: *Dr. Alberto J. Bueres*

Consejo Directivo

Claustro de profesores

Consejeros titulares

Prof. Alberto Bueres
Prof. Beatriz S. Krom
Prof. Jorge L. Kielmanovich
Prof. Mario E. Ackerman
Prof. Marcelo Gebhardt
Prof. Mary A. Beloff
Prof. Luis M. Genovesi
Prof. Darío F. Richarte

Consejeros suplentes

Prof. Enrique Zuleta Puceiro
Prof. Esteban Centanaro
Prof. Alfredo E. Soto
Prof. Diego E. Chami
Prof. Eduardo Barbarosch
Prof. Marcelo E. Haissiner
Prof. Jorge Berbere Delgado

Claustro de graduados

Consejeros titulares

Ab. Leandro Ernesto Halperin
Ab. Marialma Gabriela Berrino
Ab. Pablo Andrés Yannibelli
Ab. Sebastián Alejandro Rey

Consejeros suplentes

Ab. Sergio Javier Gargiulo
Ab. Marcela A. Hernández
Ab. Aldo Claudio Gallotti
Ab. Lisandro Mariano Teszkiewicz

Claustro de estudiantes

Consejeros titulares

Tomás González Vera
Luciana Gallardo
Lucas Lagos
Julián Hofele

Consejeros suplentes

Diego Cortese
Leandro Mutchinick
Carlos Plaza
Camilo Alejandro López

Secretarios

Secretaría Académica: *Dra. Silvia C. Nonna*

Secretario de Hacienda y Administración General: *Mag. Alejandro Gómez*

Secretario de Investigación: *Dr. Marcelo Alegre*

Secretario de Extensión Universitaria: *Ab. Carlos A. Bedini*

Subsecretarios

Subsecretario Académico: *Ab. Sergio Brodsky*

Subsecretaria de Relaciones Internacionales e Institucionales: *Mag. Isabel Sábato*

Subsecretario de Vinculación Ciudadana: *Ab. Nicolás de la Cruz García*

Índice

Audiencias públicas, <i>amicus curiae</i> y el caso Grupo Clarín	9
<i>Juan Vicente Sola</i>	

La apertura del debate constitucional. Nuevas vías de participación ante la Corte Suprema	17
<i>Víctor Abramovich</i>	

DOSSIER

LA EMPRESA COMERCIAL: PROYECCIÓN HACIA LA COMUNIDAD

La empresa comercial frente a la comunidad. Introducción	27
<i>Raúl Aníbal Etcheverry</i>	

La empresa comercial frente a la comunidad: Empresas B	31
<i>Raúl Aníbal Etcheverry</i>	

Incentivos fiscales ambientales y responsabilidad empresarial	51
<i>Gemma Patón García</i>	

Bonos Verdes: régimen de fomento para las empresas preocupadas por el medio ambiente	87
<i>Esther H. Silvia Ferrer de Fernández</i>	

El <i>crowdfunding</i> : una forma de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos	101
<i>Teresa Rodríguez de las Heras Ballell</i>	

“Valor Empresa” y publicidad	125
<i>Eliana Belén Tonetto</i>	

Los viveros de empresas para fortalecer la transferencia de la tecnología y el conocimiento desde la Universidad a la Sociedad: el reto de la Universidad emprendedora	141
<i>Marta García Mandaloniz</i>	
Las Empresas Sociales: un nuevo reto para el Derecho de sociedades	185
<i>Jorge Feliu Rey</i>	
Las cooperativas y su dimensión social	209
<i>Dante Cracogna</i>	
Reflexiones sobre la responsabilidad social empresarial (RSE)	231
<i>Josué Fernández Escudero</i>	

ARTÍCULOS RECIBIDOS POR CONVOCATORIA ABIERTA

El transfuguismo político como elemento distorsionador de la representación política	249
<i>María Alejandra Perícola y Gonzalo Joaquín Linares</i>	
Directivas anticipadas: un progreso legislativo	283
<i>Ma. Laura Ferrari, Miriam Guz, Laura Massaro, Gricelda Moreira, Adriana Ruffa y Graciela Soifer</i>	
Blogging y e-democracia	325
<i>Analía Aspís</i>	
<i>Lectio Magistralis: en busca de las Libertades Civiles</i>	353
<i>Norman Dorsen</i>	

Audiencias públicas, *amicus curiae* y el caso Grupo Clarín

Juan Vicente Sola*

La espectacularidad del caso Grupo Clarín ha devuelto el interés en las audiencias públicas como forma de proveer de información a la Corte Suprema. Nuestro elogio es limitado sin embargo, ya que aunque tuvo una gran difusión –recordemos que fue transmitido por la televisión abierta, lo que influyó en el tono de algunas exposiciones–, los argumentos expuestos no fueron mencionados en ninguno de los votos de los ministros de la Corte.

La organización de esta audiencia pública tuvo un procedimiento particular y amplió positivamente sobre lo originalmente establecido en la Acordada 30/07. Existieron *amicus curiae* de las partes, cinco designados por cada una y tres invitados directamente por el Tribunal.

Por fallo del 14 de agosto de 2013, dispone la realización de audiencia pública informativa, que se llevará a cabo el día 28 de agosto de 2013 es decir catorce días después, y convoca a los *amicus curiae* para que tomen intervención en esta causa. Se establece en el mismo acto un Reglamento particular sobre celebración de audiencia pública y participación de *amicus curiae* en la causa “Grupo Clarín S.A.”. Al día siguiente, 15 de agosto, se establecen las características de la audiencia y que cada parte debía informar hasta el 27 de agosto las cinco presentaciones de *Amicus Curiae* que han seleccionado “para que coadyuven en la defensa de sus derechos”. Esta resolución está firmada por el secretario interviniente en la causa. Se convoca el 23 de agosto a las partes y a los *amicus curiae* a una audiencia.

Asimismo la Corte Suprema invitó a la Defensora del Público en los medios de comunicación, al Centro de Derecho y Economía de la Facultad de Derecho de la UBA y a la Procuradora General de la Nación a exponer en ese orden como amigos del Tribunal independientemente de las partes.

* Profesor Titular de Derecho Constitucional. Director de la Maestría en Derecho y Economía. Director del Centro de Estudios en Derecho y Economía, Facultad de Derecho (UBA).

¿Para qué sirven las audiencias y los *amicus curiae*?

Existe una falla grave tanto constitucional como de eficiencia cuando el discurso cuestionable ocurre en circunstancias en que no es posible un contradiscurso, una forma de competencia que protege los intereses de la audiencia de la misma manera que la competencia en los mercados protege a los consumidores.

La decisión judicial nos plantea la característica del derecho como el sistema dialógico. Podríamos decir que hay dos maneras de escribir el derecho: el de los artículos o libros académicos, que estarían dirigidos a obtener el interés general, y los escritos de abogados en un caso que defienden los intereses de sus clientes. En este último caso Habermas sostiene que existe un discurso estratégico y no un discurso comunicativo como sería el primero. Lo que varía es la audiencia al cual van dirigidos, que es consciente de la situación y permite distinguir las dos maneras del discurso jurídico. Pero la decisión judicial consecuencia de este diálogo entre las partes dentro del procedimiento establecido integra el discurso comunicacional.

Las audiencias en el procedimiento de la Corte Suprema

Por la Acordada 30/07, la Corte Suprema estableció el régimen para las audiencias públicas¹ y su aplicación a algunos casos ante la Corte Suprema. En esta norma aparece el intento de acercarse a los *oral arguments* u “alegatos orales” de las peticiones de *certiorari* que hayan sido concedidas, si bien su intención es menos ambiciosa, ya que las audiencias no se aplicarán en forma generalizada en nuestro país.

Los *oral arguments* en la Corte Suprema de los Estados Unidos son parte de la tradición de procedimiento oral que existe en los tribunales federales de los Estados Unidos desde su creación. Esta tradición desgraciadamente no existe en nuestro país que debe sufrir el procedimiento escrito a pesar del mandato constitucional en contrario.²

1. No publicada en el Boletín Oficial, según expresa Sacristán, Estela B., “Las audiencias públicas convocadas por la Corte Suprema argentina (¿Más cerca o más lejos de la reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos?)”, La Ley. Sup. Const. 01/01/2009, 1.

2. La Constitución establece la obligación del procedimiento oral en el artículo 24, “El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos y el establecimiento

La Corte de Estados Unidos. La *rule 28*

La Regla 28, que integra las Reglas de la Corte Suprema, regula los alegatos orales. Según el primer inciso, el alegato oral está enderezado a enfatizar y clarificar los argumentos brindados en la fundamentación. Los jueces ya han leído los escritos previamente producidos por lo que cada abogado debe evitar repetir lo ya planteado. Agrega la regla que no es bueno leer el alegato oral. El tercer inciso fija 30 minutos, como máximo, para que cada parte diga su alegato. En forma previa a la celebración de la audiencia podrá requerirse un lapso de tiempo suplementario, explicando las razones por las cuales no alcanzan los 30 minutos establecidos, pero raramente se hace lugar a esta clase de pedidos, según prescribe el inciso. El cuarto inciso desalienta la actuación de más de un abogado por cada una de las partes. El letrado que abre la audiencia debe presentar el caso en forma fiel e íntegra. Por último, la Corte puede permitir que, en el alegato oral, debatan oralmente los letrados de los *amicus curiae* que hayan presentado un alegato escrito. Sólo excepcionalmente debatirán éstos sin el consentimiento previo de la parte a favor de la cual se presenta o de las dos si es a favor de ambas. Los alegatos de los *amicus curiae* proveen de mayor información para resolver el caso, aun cuando la intención inmediata de quienes los presentan sea la de atacar a la otra parte. A los pocos minutos de iniciada la exposición los jueces de la Corte interrumpen con preguntas por lo que el abogado no puede mantenerse en el discurso planeado y debe conocer las debilidades y fortalezas de su posición. Es similar a un examen oral, limitado por las luces que hacen saber si se cumplió la media hora acordada, donde el diálogo desplaza la exposición unilateral, donde los jueces analizan las debilidades u oscuridades del caso. Como lo expresa la Regla 28 los argumentos orales deben enfatizar y clarificar los argumentos presentados por escrito. Los abogados de las partes deben asumir que todos los ministros han leído los escritos antes de las audiencias orales. No se recomienda la lectura de un texto escrito.³ La finalidad no es escuchar una exposición unilateral del letrado, sino dialogar con él; no es el abogado quien elige de qué hablará sino que son los jueces quienes deciden de qué se hablará.

del juicio por jurados”. Mandato que se reafirma en el artículo 75 inc. 12. Desgraciadamente primó el expedienteo colonial al que Alberdi y Sarmiento culpaban de nuestro atraso.

3. Rules of the Supreme Court of the United States, 2010, Rule.

Las audiencias públicas en la Argentina

Las audiencias públicas celebradas ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación fueron convocadas excepcionalmente antes del dictado de la Acordada 30/07; se dictó la reglamentación teniendo en cuenta la experiencia con esta práctica.

Antes de 2007 la Corte Suprema determinó la celebración de una audiencia pública. El fallo en el caso Verbitsky estuvo precedido de la celebración de dos audiencias públicas, celebradas en diciembre de 2004 y en abril de 2005, y se hace mención de las mismas en la sentencia.⁴ También se fijaron audiencias públicas en el caso “Mendoza”, de competencia originaria de la Corte, que fue un caso innovador ya que estableció una acción de clase normativa con administración judicial y se convocó a audiencias a las partes.⁵ Esta convocatoria es un antecedente al caso Grupo Clarín ya que en el auto respectivo, del 30/8/06, se anexó un “reglamento de la audiencia convocada por resolución del 20/6/06”, para el 5/9/06, reglamento en el cual se insistió en que el propósito de la misma era requerir y obtener, en materia de contaminación ambiental, información “pública” o información “que resulte pública”.

La Acordada 30/07

La Corte Suprema en noviembre de 2007 dictó la Acordada 30/07, por la cual, la Corte reglamenta la convocatoria a audiencias públicas. Sus características son:

- (i) Se aplica a “causas que tramitan ante esta Corte”, es decir, tanto a causas de competencia apelada (extraordinaria u ordinaria) como a causas de competencia originaria, pues no se efectúa distinción alguna.

4. “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”; Fallos: 328:1146 (2005), dice: “II. - El trámite de las audiencias públicas: 8º) Que esta Corte resolvió, en los términos del art. 34, inc. 4º, ap. a, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación convocar a las partes a dos audiencias públicas, que se llevaron a cabo el 1º de diciembre del pasado año y el 14 de abril del corriente. En las mismas, tanto el CELS como el Poder Ejecutivo provincial presentaron sus inquietudes y aportaron escritos en los que sostuvieron sus respectivas posiciones [...]”.

5. “Mendoza, Beatriz S. y otros c. EN y otros” (se fijan audiencias para el 5/9/06 y 12/9/06; 4/7/07; 31/10/07).

- (ii) La discrecionalidad en la convocatoria a audiencia pública basta que lo dispongan, al menos, 3 de los jueces. Es decir que el único requisito para su procedencia es la coincidencia de la cantidad indicada de ministros.
- (iii) La libertad que asiste a todos los jueces de la Corte Suprema para interrogar a los letrados de las partes durante la audiencia.
- (iv) La discrecionalidad de la Corte para convocar a la audiencia pública, a los representantes del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público de la Defensa. Si bien no indica la acordada la cantidad de jueces que lo disponen, cabría estarse a la regla de 3 aplicable a la convocatoria.
- (v) La finalidad de las audiencias es que los jueces obtengan mejor conocimiento de la causa (“escuchar e interrogar a las partes sobre aspectos del caso”), concilien a las partes (“instar a las partes en la búsqueda de soluciones no adversariales”), u optimicen la tramitación de aquélla (“tomar las medidas que permitan encauzar el procedimiento a fin de mejorar la tramitación de la causa”).
- (vi) La adopción de un calendario semestral de audiencias públicas, que será dado a publicidad.
- (vii) Las audiencias están abiertas al público, tal que puedan ser presenciadas por tantos espectadores como lo permitan las instalaciones, sin perjuicio de su filmación, grabación y transcripción en actas accesibles para el público. La acordada no fija un plazo para la confección y publicación de la transcripción.
- (viii) El letrado designado por cada parte, en una audiencia informativa, tiene 20 minutos para su alegato. Se trata, por cierto, de un lapso sensiblemente inferior al adoptado por la Corte Suprema estadounidense, y la norma no fija la obligación de unificar, en un solo letrado, la tarea de alegar oralmente, como sí se hace en el sistema extranjero reseñado. No se especifica en la norma si los 20 minutos incluyen el tiempo para preguntas de los jueces, o si dicho interrogatorio comienza una vez consumidos los 20 minutos de exposición.
- (ix) Previo a la audiencia informativa, debe presentarse un resumen escrito de la exposición, mas no se prevé, en la respectiva norma, si se correrá traslado de dicho resumen, o las generalidades sobre su extensión. Asimismo, las audiencias conciliatorias y ordenatorias prevén la presentación de un resumen.

Puede recordarse que, con posterioridad a la sanción de la Ac. 30/07, se ha convocado a audiencia pública, en varios casos.⁶

De acuerdo con esta práctica y con la Acordada 30/07 puede señalarse que la Corte Suprema establece un cambio en el procedimiento de todos los casos originarios o apelados que se presenten en su jurisdicción. Si bien tiene un importante punto de contacto con la Corte Suprema de los Estados Unidos tiene una diferencia importante en cuanto a su origen. La Corte Suprema de Estados Unidos parte de un procedimiento oral por lo que las audiencias son una instancia habitual en su procedimiento. En cambio reserva el procedimiento puramente escrito para los casos *per curiam* que son de menor trascendencia institucional ya que generalmente tienen un objetivo de hacer cumplir sus precedentes. Para la Corte argentina sometida desde su origen a procedimiento escrito la oralidad y las audiencias son una incorporación que señala lo excepcional del caso y la necesidad de establecer una mejor información para los jueces. Son también una oportunidad para asegurar el principio adversarial y reducir los costos de transacción para que las partes encuentren una solución acordada y eficiente.

5. Ver las siguientes causas citadas por Sacristán: P. 1697. XLI. “Pellejero, María M. s/ amparo s/apelación” (se fija audiencia pública para el 15/4/09); S. 2225. XLI. “Sánchez, Carlos P. c. AGN” (se fija audiencia pública para el 1/4/09); S. 1144. XLIV. “Salas, Dino y otros c. Salta, provincia de y EN s/amparo” (se fija audiencia pública para el 18/2/09); C. 2701. XL. “Colegio de Abogados de la Capital Federal c. EN - PEN - Ley 24.414 - Dto.1204/01 s/amparo” (se fija audiencia pública para el 24/9/08); G. 147. XLIV. “García Méndez, Emilio, y Musa, Laura C. s/causa N° 7537” (se fija audiencia pública para el 10/9/08; se la suspende por interlocutorio del 8/9/08); A. 910. XXXVII. “AFIP c. InterCorp SRL s/ejecución fiscal” (se fija audiencia pública para el 16/7/08); H. 270. XLII. “Halabi, Ernesto c. PEN -Ley 25.873 Dto. 1563/04- s/amparo” (se fija audiencia pública para el 2/7/08) -LA LEY, 2/3/2009, P. 8-; G. 1326. XXXIX. “Gentini, Jorge M. y otros c. EN - Mrio. de Trabajo y Seguridad Social y otros s/participación accionariado obrero” (se fija audiencia pública para el 7/5/08); A. 570. XXXVII. “AFIP -DGI- c. Atahualpa SRL s/ ejecución fiscal” (se deja sin efecto la convocatoria a audiencia pública por interlocutorio del 29/4/08); P. 2297. XL. “Patitó, José A. y otro c. Diario La Nación y otros s/daños y perjuicios” (se fija audiencia pública para el 23/4/08 LA LEY, 2008-D, 374). (43) Ac. 30/07, cons. 1°.

La participación pública en el caso Clarín

Convocar a una audiencia pública en un caso de gran interés permite mejorar la información del tribunal sobre el caso y también un mayor conocimiento para el público en general y por lo tanto un mayor control y participación social. Es además un requisito constitucional incumplido ya que al ordenar el juicio por jurados imponía el proceso público y de diálogo entre las partes frente al escrito de raigambre inquisitorial. La mayor innovación fue la de admitir *amicus curiae* que pueden mejorar sustancialmente la información que recibe el tribunal, tanto propuestos por las partes como invitados directamente por la Corte Suprema. Desde un sentido práctico es ampliar la función que originalmente correspondía exclusivamente al Procurador General de la Nación, la de mejorar la información que tiene un tribunal antes de dictar sentencia.

Todo esto es elogiable ya que impone un buen camino para el futuro de los procesos constitucionales. Asegura la participación de *amicus curiae* tanto en defensa de las partes como de personas e instituciones calificadas independientes frente a lo resuelto en la sentencia. La espectacularidad de este caso permite superar la desconfianza que ha existido tanto en los jueces y funcionarios como en los letrados sobre la convocatoria a audiencias públicas como a la presencia de amigos del Tribunal. Aunque en el caso de *amicus curiae* los memoriales se presenten por escrito y sin necesidad de participación en audiencia alguna fuera ésta convocada o no.

La Corte Suprema tuvo además una innovación creativa y útil en el segundo día de la audiencia en este caso. No se limitó a escuchar a los letrados de las partes y preguntarles sobre lo que expresaban en ese momento, sino que les preguntó sobre puntos del expediente de manera que daban una mayor certeza tanto sobre la prueba ofrecida como del derecho alegado. Sin duda fue una sorpresa para los participantes que debían conocer en profundidad los detalles de un caso tan intrincado, pero establece una regla útil para los casos futuros.

No puedo sin embargo dejar pasar algunos comentarios sobre la experiencia pasada. El primero es sobre la extraordinaria brevedad de los plazos que impidió una preparación adecuada por lo menos a los *amicus curiae*, aunque supongo también para los abogados de las partes. La otra fue la transmisión en directo que de alguna manera cambió el carácter del auditorio, de los participantes e interesados en el caso al auditorio general

de la sociedad. Esto hizo que algunos participantes en el debate parecieran dirigirse antes al público televisivo que a la Corte Suprema y a las partes. Hubo sin duda algunas expresiones políticas extremas y frases cercanas a lo extorsivo. Recordé al mismo tiempo que Chaim Perelman consideraba al derecho como un discurso dirigido a un auditorio general y que de esa manera de alguna manera todos participábamos en una audiencia verdaderamente pública, no solamente los jueces y las partes, en una decisión que podía establecer un precedente constitucional.

Sin embargo, no pude en esos momentos evitar la reflexión sobre cuánto más importante hubiera sido el prestigio y la actuación de la Corte Suprema si se hubiera utilizado mucho más esa magnífica sala para debatir en público los principales casos judiciales de la historia argentina. Nuestro destino hubiera sido distinto y mejor.

La apertura del debate constitucional. Nuevas vías de participación ante la Corte Suprema

Víctor Abramovich*

Para poner en perspectiva el papel de las audiencias públicas y la participación de “amigos del tribunal” en casos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es bueno empezar con un poco de historia.

La crisis social e institucional que estalló en la Argentina en diciembre de 2001 puso en el centro de la escena pública la demanda social por un cambio profundo del sistema de justicia. Las denuncias sobre manipulación política de la Corte Suprema, a fin de defender los intereses del Gobierno, llevaron a miles de personas a reclamar, en la puerta del Palacio de Justicia, el juicio político de los magistrados. En el año 2002 el gobierno de transición de Eduardo Duhalde promovió el enjuiciamiento de la totalidad de los jueces de la Corte Suprema, pero el trámite parlamentario de estos procesos fue sumamente desprolijo y los cargos formulados no lograron su aprobación. Pese a ello, era claro que el vínculo de confianza entre la máxima autoridad judicial del país y la ciudadanía se había roto y la legitimidad para impartir justicia se había perdido. En este escenario, un grupo de organizaciones sociales se involucró activamente en el debate público, procurando incorporar a la discusión sobre el recambio de jueces otra perspectiva más compleja, que apuntaba a la necesidad de reformas institucionales profundas en la judicatura.

En el mes de enero de 2002, CELS, ADC, FARN, INECIP, Poder Ciudadano y Unión de Usuarios y Consumidores comenzaron la difusión de una serie de documentos que denominaron *Una Corte para la Democracia*, en los que advirtieron que la crisis de legitimidad de la Corte Suprema no estaba relacionada únicamente con la composición del tribunal. La falta de

* Profesor Adjunto Regular, Facultad de Derecho (UBA). Director de la Maestría en Derechos Humanos (UNLA). Fue Director Ejecutivo del CELS y Vice presidente de la CIDH.

independencia de los magistrados no obedecía únicamente a su debilidad de carácter, sino a serios condicionamientos en el funcionamiento de nuestro sistema institucional.

En particular llamaron la atención sobre la ausencia de requisitos de idoneidad para el cargo de juez de la Corte, y la falta de criterios generales sobre el tipo de Corte que nuestro sistema democrático requería. En tal sentido propusieron algunos criterios objetivos para la elección de magistrados, tales como su formación profesional, idoneidad moral y compromiso con los derechos humanos y los valores democráticos. También sugirieron criterios generales para su composición. En especial el equilibrio de género: una sola mujer había integrado la Corte por un par de años, durante un período de facto.

Además vincularon el problema de la falta de independencia de los magistrados con el oscuro mecanismo de designación y remoción. Algunos jueces de la Corte habían sido designados en un día, sin debate público, ni información sobre sus antecedentes para el cargo. Entre ellos un ex jefe de policía de una provincia, amigo personal y socio del estudio jurídico del ex presidente Carlos Menem, y el presidente de la Asociación Argentina de Tenis, sin mayores antecedentes en el campo del derecho.

En tal sentido, sugirieron un nuevo procedimiento para la designación por el Ejecutivo de nuevos jueces, con publicidad de sus antecedentes personales y profesionales, declaraciones patrimoniales, manifestación de sus clientes y empleadores, para evitar potenciales conflictos de intereses, dictamen de las oficinas impositivas y de anticorrupción sobre su situación fiscal y la inexistencia de incompatibilidades para el cargo. Propusieron que el Presidente publicara esta información para que ciudadanos y organizaciones sociales pudieran presentar avales o impugnaciones, requerir mayores datos o formular preguntas a los candidatos sobre sus posiciones doctrinales. También sugirieron al Senado un sistema similar con audiencias públicas y coloquios televisados entre el postulante y el pleno de la Cámara, y que el acuerdo se brindara mediante votación nominal.

Por otro lado, las organizaciones sostuvieron que la sobrecarga de trabajo contribuía al descrédito de la Corte, pues aletargaba los trámites e impedía un seguimiento atento de la jurisprudencia y la fiscalización de sus procedimientos. Reclamaron reducir la competencia del máximo tribunal para que tramitara un número razonable de casos al año. La idea era que el tribunal actuara como un garante de derechos constitucionales, en las causas más resonantes y de mayor interés público, preservando su voz y recuperando su legitimidad.

También propusieron ampliar la participación de terceros como “amigos del tribunal”, reglas de transparencia en la circulación de los casos entre los magistrados, y audiencias públicas en los casos relevantes o de claro interés público.

Como medidas tendientes a recuperar la credibilidad del Poder Judicial, sugirieron además que los jueces pagaran impuestos a las ganancias, de alcance general, y cumplieran con la ley de Ética Pública mostrando abiertamente a la ciudadanía su declaración patrimonial.

Durante el año 2002 las propuestas fueron discutidas en diversos foros, con magistrados, académicos y organizaciones vinculadas a las reformas judiciales. También tuvieron bastante cobertura en los medios de prensa aunque ninguna receptividad en el Estado.

Así, a fines de mayo de 2003, luego que asumiera el nuevo gobierno electo del presidente Néstor Kirchner, el ministro de Justicia, Gustavo Beliz, solicitó una entrevista con las organizaciones firmantes, que tuvo lugar en la sede del CELS a principios de junio, y culminó con una conferencia de prensa, en donde manifestó su acuerdo con varias de las propuestas, en particular con modificar el proceso de designación de jueces de la Corte.

El 19 de junio de 2003, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 222/03, mediante el cual autolimita –por medio de un proceso transparente y participativo– su facultad constitucional de designar futuros miembros de la Corte Suprema. Se establecen criterios rectores para la nominación de jueces (como la idoneidad técnica, ética y moral, la independencia política y demostrado compromiso con los valores democráticos y de derechos humanos) y para la composición de la Corte (equilibrio de género, geográfico y especialización jurídica), y se ordena un procedimiento de consulta a la ciudadanía y de recolección de información sobre el candidato.

También el Senado modificó en el mes de julio de 2003 su reglamento, para establecer la publicidad y la participación ciudadana en la instancia de acuerdo que debe prestar este cuerpo a los candidatos propuestos por el Poder Ejecutivo. El antecedente de esta reforma fue la práctica de la Comisión de Acuerdos de recibir y discutir en audiencia pública las impugnaciones de ascensos de oficiales de las Fuerzas Armadas involucrados en crímenes del terrorismo de Estado.

A partir de esta reforma, se abrió además la posibilidad a la ciudadanía de participar en la instancia en la que el Senado debe prestar el acuerdo para la designación de los magistrados de la Corte Suprema y del resto de los integrantes del Poder Judicial y Ministerio Público.

La participación social en el nuevo procedimiento fue importante en especial en las designaciones de jueces de la Corte y candidatos a la Procuración General de la Nación. En cada caso, se presentaron centenas de observaciones, a favor y en contra de los candidatos. Las audiencias públicas fueron presenciadas por un público nutrido y televisadas; y todos los pormenores fueron cubiertos por los medios de comunicación, generándose además amplios debates públicos sobre el perfil, los antecedentes y las opiniones de los candidatos propuestos.

La historia del proceso de conformación del Tribunal tiene en nuestra opinión valor para entender la magnitud y sentido de los cambios que la Corte Suprema fue introduciendo en sus propios procedimientos. Una Corte Suprema que se conformó precisamente a través de un procedimiento novedoso y participativo y que tenía el desafío de reconstruir su legitimidad, junto al resto del sistema político-institucional del país luego del estallido de la crisis de 2001, emprendió una política de mayor apertura y transparencia. Así dictó una serie de acordadas que favorecieron el acceso a información sobre las causas en trámite ante el tribunal y la circulación de expedientes administrativos y judiciales entre sus vocalías; estableció la obligación del presidente de fijar fechas para el acuerdo en que el Tribunal tratará los asuntos trascendentes; se resolvió publicar todas las sentencias y acuerdos en la página de Internet de la Corte Suprema; se decidió incluir en las sentencias los datos de las partes, de sus abogados, y de los tribunales intervinientes en las instancias anteriores, y la creación de una base de datos para identificar a los abogados que actúan ante la Corte; se dispuso que la realización de audiencias con los jueces sólo sería con la presencia de la contraparte, para evitar los alegatos informales.

Además la Corte reglamentó el procedimiento para presentar *amicus curiae* y se estableció la publicación de un listado con los casos trascendentes donde la ciudadanía pueda presentarse de acuerdo con esta vía procesal. Además reglamentó la realización de audiencias públicas en casos de interés público o relevancia social. Estas dos reformas, en el contexto de una política más general descrita, contribuyen a revertir ciertas formas tradicionales de actuación del máximo tribunal. La participación de terceros como “amigos del tribunal” altera la lógica de exclusiva intervención de las partes procesales en el debate legal del caso constitucional, y la realización de audiencias públicas, en casos de interés social, altera el trámite secreto y cerrado de los recursos y casos.

El balance de estas reformas es positivo. Por un lado, los “amigos del tribunal” permiten ampliar las voces que participan de la discusión de asuntos constitucionales de fuerte impacto social, e incluso en casos que involucren derechos de incidencia colectiva, que por su característica superan el interés de las partes procesales en sentido estricto. Los “amigos del tribunal” aportan por lo general puntos de vista diversos a los de las partes del caso, e incluso información técnica valiosa para el tribunal y para las propias partes, y su actuación no se limita a la sala de audiencias, sino que acompañan el caso, con una fuerte intervención en la discusión social divulgando y explicando las cuestiones debatidas, y sus propias posiciones, en foros jurídicos, medios de comunicación y en las redes sociales. Como “amigos del tribunal” se han presentado no sólo organizaciones sociales nacionales y centros académicos, sino también expertos y organizaciones internacionales especializadas en temáticas ambientales o de derechos humanos. La Corte ha permitido además a los “amigos” participar de las audiencias públicas, lo que ha ampliado considerablemente el componente deliberativo en este tipo de procesos.

Por otro lado, la celebración de audiencias públicas ha dado visibilidad a los casos y al propio tribunal. Permitió difundir ampliamente las discusiones jurídicas y sociales que presentan ciertos casos ejemplares que tramita la Corte como los casos sobre condiciones estructurales de detención carcelaria, acceso a la vivienda y programas sociales, protección de tierras indígenas, la limpieza del Riachuelo, y la ley de servicios de comunicación audiovisual, entre otros asuntos. La puesta en escena pública de las discusiones judiciales es una vía de acceso a la información, ya que permite conocer mejor los problemas que se discuten, sus aristas técnicas, las diferentes posiciones enfrentadas en el conflicto y los argumentos jurídicos, constitucionales y políticos que las fundamentan, sacando el debate del espacio cerrado y recoleto de los tribunales. La audiencia pública es también un ámbito vibrante de participación social, pues moviliza a los protagonistas del caso, y a los diversos sectores sociales interesados de manera directa o indirecta en el conflicto que sostiene el caso legal. Además, en algunas situaciones, favorece el posicionamiento abierto y público sobre las cuestiones discutidas, por diversos actores sociales, que sin la publicidad y la información hubieran permanecido muchas veces ajenos al debate. De modo que multiplica y amplifica la discusión, llevándola más allá del Palacio de los Tribunales.

La publicidad de la discusión no es neutral para el desarrollo de los conflictos. En el caso Verbitsky la publicidad de las audiencias forzó a las

autoridades políticas provinciales a pensar vías de negociación, abrir canales de diálogo y de información y pensar posibles respuestas políticas al conflicto de las personas detenidas en condiciones de superpoblación, aun antes de la decisión final de la Corte. En el caso Quisbe Castro la Vicejefa de Gobierno de la Ciudad debió explicar la razonabilidad de los programas de subsidio para vivienda locales, y sus argumentos fueron claves en la decisión de la Corte. En las audiencias sobre la limpieza del Riachuelo en el caso Mendoza, las audiencias mostraron en muchos casos la ausencia de diagnósticos y la debilidad técnica de las propuestas y estrategias planteadas. En el reciente caso de la ley de medios, la audiencia pública ante la Corte –que además fue transmitida en directo por el Centro de Información Judicial (CIJ), varios medios de televisión abierta y cable, y repetida luego en redes sociales diversas– sirvió para clarificar los argumentos de las partes, del Estado y del Grupo Clarín, y en general para profundizar en los puntos de vista de los diversos sectores que impugnaban y que defendían la ley.

Las audiencias públicas sirven además para ver al tribunal juzgando. Los casos que se seleccionan pueden ser vistos como una suerte de agenda política de prioridades de la Corte Suprema, lo que habilita un escenario para desarrollar un mayor activismo judicial en determinadas temáticas constitucionales, como lo viene haciendo el tribunal desde 2003. La audiencia sirve además, en concreto, para pensar la decisión judicial como un proceso que también se construye en la confrontación de argumentos. En ocasiones las audiencias sirven para anticipar el interés de los jueces en aspectos particulares del caso en estudio, y en ocasiones para acompañar a la distancia el proceso por el cual se van convenciendo de determinados argumentos, o alejando de otros. La actividad del tribunal en las audiencias está bajo un fuerte escrutinio público, tanto como lo está la decisión final. Fue interesante seguir el debate en las redes sociales especializadas en temas jurídicos y de comunicación social, en la audiencia de la ley de medios, y la crítica instantánea de los protagonistas, incluso de sus gestos, miradas y ausencias.

En la primera audiencia pública de la Corte Suprema, en el caso Verbitsky, en la que participé como abogado del CELS, me llamó la atención que ningún juez interrogó a las partes. Se limitaron a ordenar el tiempo de las exposiciones y a invitar a las partes a ampliar información o incluso a buscar soluciones negociadas. En algunos jueces del tribunal existía el temor de que las preguntas pudieran ser vistas como un anticipo de opinión y afec-

taran la imparcialidad. Con el tiempo la Corte pareció cambiar de actitud. En la reciente audiencia sobre la ley de medios, las preguntas a las partes y las repreguntas del presidente a los abogados del Estado y del Grupo Clarín ocuparon el centro de la audiencia. El armado de las preguntas indicaba claramente una minuciosa lectura de los argumentos de las partes e incluso un primer análisis de sus fortalezas y de sus debilidades. Las repreguntas del tribunal sirvieron además para focalizar en los temas centrales evitando el desvío de las argumentaciones. Las respuestas orales que dieron los abogados de cada parte fueron expresamente citadas por varios jueces de la Corte en sus votos, lo que demuestra que la audiencia fue útil para formar o terminar de formar las posiciones definitivas de los jueces en el caso.

En la reglamentación de la audiencia de la ley de medios, la Corte incurrió en un error al forzar a los *amicus* a presentarse como apoyo de una de las partes del litigio. Esta decisión rompe la idea básica de que los *amicus* son amigos del tribunal, que aportan información, antecedentes y argumentos para favorecer una decisión fundada del litigio, pero que cumplen una función y resguardan un interés distinto al de las partes del caso. El lugar de la presidencia ha sido clave en la gestión de la audiencia sobre la ley de medios. Pero entiendo que es importante que en las audiencias cada juez dirija sus propias preguntas. Esto permitiría un espacio más directo de relación entre los magistrados y los abogados litigantes, que el abogado sepa quién hace la pregunta y a quién le contesta, sobre todo considerando la tendencia de la Corte a diversificar cada vez más los fundamentos de las sentencias en votos separados.

Por último, el espacio de las audiencias públicas y la presentación de *amicus* está limitado en la práctica a una parte pequeña de los casos que tramita el tribunal, que sigue teniendo una competencia apelada muy amplia, lo que provoca una demora irrazonable en los tiempos de tramitación de los procesos, lo que obstaculiza su funcionamiento como máxima instancia de control constitucional. Éste es uno de los tantos temas pendientes en la agenda de reformas de la justicia que comenzó a discutirse en nuestro país a partir de la crisis de 2001.

DOSSIER

La empresa comercial:
proyección hacia la comunidad

La empresa comercial frente a la comunidad. Introducción

*Raúl Aníbal Etcheverry**

El pensar es una de las facultades del ser humano que lo ha llevado a alturas extraordinarias. Nosotros estamos empeñados en la educación. Educar, es enseñar y ello es aplicable a nuestra disciplina, que busca ese objetivo respetando el desarrollo armónico de la personalidad de cada uno. No sólo queremos formar juristas, sino seres tolerantes, reflexivos, empáticos y creativos.

Es un lugar común expresar que uno de los mayores males de la humanidad es la pobreza y especialmente la marginación, que lleva a la incultura, enfermedades, adicciones y dispersión de la familia.

Este punto vulnerable en las naciones frecuentemente es combatido por la política general y, en especial, por las políticas económicas de ayuda e inclusión.

La dignidad del hombre se construye por él mismo. Ella se basa en su propio esfuerzo y desde su libertad, en su elección de vida.

Al respecto, ha dicho Giovanni Pico della Mirandola (Módena, 1463-1494):¹ “No te he dado ni rostro, ni lugar alguno que sea propiamente tuyo, ni tampoco ningún don que te sea particular, ¡oh, Adán!, con el fin de que

1. Citado por Marguerite Yourcenar en su *Opus Nigrum*, Prisa, Aguilar, Althea, Taurus, Alfaguara, Buenos Aires, 2012, p. 9.

* Profesor Emérito de la Facultad de Derecho (UBA). Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Argentina. Diploma de Estudios Avanzados y Doctorado calificado como sobresaliente *cum laude* en la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Miembro fundador y vicepresidente de la International Academy of Consumer and Commercial Law y miembro de la Academia Interamericana de Derecho (FIA). Director de la Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios de la Facultad de Derecho (UBA). Profesor del Doctorado en Derecho de la UBA. Árbitro internacional del CIADI y CCI; árbitro en casos nacionales. Es autor de más de veinte libros y más de cuatrocientos trabajos publicados en revistas jurídicas del país y del extranjero; etcheverryraulnibal@gmail.com.

tu rostro, tu lugar y tus dones seas tú quien los desee, los conquiste y de ese modo los poseas por ti mismo. La Naturaleza encierra otras especies dentro de unas leyes por mí establecidas. Pero tú, a quien nada limita, por tu propio arbitrio, entre cuyas manos yo te he entregado, te defines a ti mismo. Te coloqué en medio del mundo para que pudieses contemplar mejor lo que el mundo contiene. No te he hecho celeste, ni terrestre, ni mortal, ni inmortal, a fin de que tú mismo, libremente, a la manera de un buen pintor, un hábil escultor, remates tu propia forma”.

En las grandes sociedades contemporáneas, reconocer la dignidad del hombre, sus derechos humanos, ya no debe ser solamente un principio. Es preciso tomar ciertas decisiones gubernamentales para que tales bienes sean asegurados. Es necesario proporcionar instrumentos adicionales, capital y organización, para sostener y ampliar las posibilidades de desarrollo del hombre en la propia organización de su creación.

No es suficiente que en una economía se le dé al ser humano la libertad de crear una empresa propia y conducirla o bien asociarse a otros para los mismos fines. Y que esa labor le produzca ganancias que se integren a su patrimonio personal. Es necesario entender, que cada ser humano, debe contraer un compromiso social de solidaridad que no alcanza con cumplir una conducta recta, observando todas sus obligaciones como ciudadano y persona. Esto es trasladable a las empresas de todo tipo, con o sin fin de lucro, porque algo reciben y algo deben devolver a la comunidad.

Por supuesto que está bien que se sostenga el aparato del Estado con impuestos; así como los funcionarios y jefes de la administración pública, en todos sus niveles, deben entender que son servidores públicos, es decir, servidores de su comunidad.

En Argentina son muy pocos los beneficios que se otorgan como recompensa a las empresas que proyectan su actividad a lo social. Deberían ser mayores e invitarse a que estas actividades sociales se multipliquen en un país que afortunadamente tiene mucho voluntariado desinteresado y generoso.

En las economías de mercado en las que existen empresas de capital privado se sugiere a las empresas comerciales que incorporen a su actividad y fines ciertas actividades que no signifiquen lucro directo o maximización del valor de los bienes comprendidos en la organización y en la gestión.

Es decir, hay que superar el dominio universal del dinero, que predijera Goethe en 1832 en su *Fausto*, y que autores alemanes modernos proyectan

en su crítica al nuevo capitalismo fáustico del ego; Ulrich Beck, sociólogo de la London School of Economics y de la Universidad de Harvard, dice que “ya nadie cree en nada”, sólo lo hace “según sus propios intereses”; de ello surge la desconfianza de todos contra todos y también el terrible egoísmo existente en un mundo complejo al que se aplican, muchas veces, soluciones binarias y mágicas, transformando activos tóxicos de alto riesgo en productos financieros de primera clase.

No es a este capitalismo egoísta al que nos estamos refiriendo sino a la proyección de empresas lucrativas hacia fines sociales.

Desde el mundo anglosajón ha llegado la teoría y práctica llamada responsabilidad social de la empresa. Estas prácticas son voluntarias y hay pocas empresas que las adoptan –generalmente las grandes empresas–; a ellas también les resultan útiles como promoción y propaganda. Esta visión es una de las tantas posibles y su teorización se ajusta al pensamiento anglosajón, pero pensamos que no es tan viable si se la pretende imponer en las prácticas de Latinoamérica; no obstante, este camino también debe recorrerse.

Nuestra Argentina es un pueblo; podemos señalar que pertenece a un pueblo más grande, que tiene su propia personalidad cuyas raíces son latinas. Se ha dicho: “Un pueblo semeja a una colonia de corales. Un pueblo tiene un sistema nervioso y una cabeza y espaldas y pies. Un pueblo es algo distinto de todos los demás pueblos. De modo que no hay dos pueblos iguales. Y un pueblo tiene emoción”.²

En la doctrina, se impone establecer un nuevo concepto de interés social, que conlleva no solamente el propósito de obtener utilidad y su posterior reparto, sino el destinar una parte del resultado de la gestión de la empresa comercial, después de los impuestos y tasas, a fines sociales, es decir, en beneficio de la comunidad en la que la empresa comercial se desenvuelve.

En los trabajos que siguen, queremos presentar algunas de las alternativas que se han desarrollado y el constante diálogo empresa-comunidad, sin pretender agotar las diversas formas que existen para lograr que una empresa comercial o constituida para obtener un lucro económico, destine parte de sus ganancias al beneficio de la comunidad, en el área que elija.

2. Steinbeck, John, *La perla*, editorial Sol90, traducción de Horacio Vázquez Rial, Buenos Aires, 2003, p. 29; Steinbeck (1902-1968) fue premio Nobel de literatura en 1962; esta novela fue escrita en 1945.

Nos alejamos así de la concepción exclusivamente capitalista de la empresa, para dar paso a conductas vinculadas con la solidaridad social, permitiendo que estas empresas especiales cumplan su función social en beneficio no solamente de los socios sino también de los llamados *stakeholders* y, además, de ciertos grupos sociales o áreas que necesitan apoyo económico concreto para superar sus condiciones de carencia, que no remedia una política fiscal con ausencia casi total de incentivo cuando se dan donaciones o ayudas contributivas no retornables.

La relación y proyección de la empresa hacia la comunidad que pertenece no se da solamente con una actividad adicional destinada a beneficiar a la comunidad sino en el mejoramiento y valoración de conductas éticas, honestas, claras y proactivas.

Es muy importante vincular los temas de la publicidad y el derecho a la información con el consumidor y la empresa, que son los actores del mercado para alertar sobre la existencia de esta problemática vinculada a la creación y desarrollo de las empresas. Eso explica la inclusión de esta temática en este bloque de trabajos.

Sean estos trabajos que siguen nuestra primera contribución a generar un cambio de mentalidad, que también debe ser visto y analizado desde nuestra disciplina: el derecho.

Afortunadamente en Argentina muchas ONGs, personas, organizaciones, voluntarios y emprendedores, han comenzado este camino hace varios años. Debemos completarlo y complementarlo, para mostrar la riqueza que la empresa privada puede generar para la sociedad a la que pertenece, aparte de los beneficios del tráfico comercial, es decir, crear trabajo y producir o intercambiar bienes y servicios.

La empresa comercial frente a la comunidad: Empresas B

*Raúl Aníbal Etcheverry**

Resumen

El trabajo, luego de analizar brevemente algunos principios del orden jurídico y la realidad del mundo empresario, se pregunta si el lucro es el motivo central de las empresas comerciales y cuál es la posición de las empresas frente a la comunidad.

Se presenta un subtipo de sociedades que llamamos “empresas B”, sobre la base de la figura similar norteamericana (Benefit corporations) y se plantea la necesidad de crear una figura legal nueva.

Palabras clave: empresas, lucro, empresas con o sin fin de lucro, empresas y comunidad, responsabilidad empresaria, empresas B, tipo social.

Abstract

A new DNA business is growing, which will use the power of the market to give structural solutions to social and environmental unbalances. Benefit

* Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, República Argentina. Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Argentina. Diploma de Estudios Avanzados y Doctorado calificado como sobresaliente cum laude en la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Miembro fundador y vicepresidente de la International Academy of Consumer and Commercial Law y miembro de la Academia Interamericana de Derecho (FIA). Director de la Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor del Doctorado en Derecho de la UBA. Árbitro internacional del CIADI y CCI; árbitro en casos nacionales. Es autor de más de veinte libros y más de cuatrocientos trabajos publicados en revistas jurídicas del país y del extranjero; etcheverryraulanibal@gmail.com.

Corporations or “B Corporations” are the amalgamation between corporations and non-profit-making organizations.

B Corporations have been created from the idea of commercial companies though they include a social objective. In fact, they combine Abstract: A new DNA business is growing, which will use the power of the market to give structural solutions to social and environmental unbalances. Benefit Corporations or “B Corporations” are the amalgamation between corporations and non-profit-making organizations.

B Corporations have been created from the idea of commercial companies though they include a social objective. In fact, they combine profitable as well as benefit purposes.

B Corporations are the answer to new social requirements; they are not similar to any other legal type; therefore, the creation of a new type of these corporations in order to cover all their peculiarities will be required.

B Corporations are the answer to new social requirements; they are not similar to any other legal type; therefore, the creation of a new type of these corporations in order to cover all their peculiarities will be required.

Keywords: corporations, commercial companies, benefit purposes, profitable purposes, new social requirements.

1. Sistema y derecho

La noción de sistema involucra definir un mecanismo sistémico que debe ser comprensible y coherente, en el cual convergen distintos conceptos, figuras y estándares, que interactuarán armónicamente.

La palabra “sistema” es de diversa aplicación en el derecho; sucede que nuestro lenguaje es pobre como para poder emitir toda la familia de conceptos, nociones y figuras necesarias para la expresión, análisis y concepción de lo que el orden jurídico quiere significar.

“Sistema jurídico” es una referencia imprecisa que alude a todo el ordenamiento, que no siempre opera de manera armónica, debido principalmente a la diversidad de las fuentes.

El Derecho es un orden de principios, reglas y estándares que pretenden la paz, la seguridad y la armonía para los ciudadanos.

Es también es una red social escrita, que busca la justicia a través de la creación de un sistema normativo.

El orden jurídico tiene como objetivos la composición del conflicto de intereses, el castigo de prácticas contra la naturaleza básica del ser humano o sus derechos humanos, el ordenamiento de las conductas, la justicia y la justicia social, el perfeccionamiento de la convivencia de una sociedad, en paz, orden, progreso y desarrollo.

El profesor argentino Ciuro Caldani, con cita de Goldschmidt, señala que el derecho es el conjunto de todos los repartos, valorados por la justicia y descritos e integrados por normas.¹ El derecho no se crea sin trabajo, exigencias o toma de decisiones que, en ocasiones, deben imponerse con fuerza.

La normativa se va elaborando en la dinámica de la lucha por el derecho, según la recordada invitación de Ihering.

Esta batalla será emprendida por los seres nobles² pero debe ser seguida por todos; ésta es una obligación moral. Ha dicho Cicerón que el bien de la sociedad debe ser el objeto o el fin de los estudios y de las ciencias.³ La ciencia del derecho no es una excepción, porque ella busca denodadamente el bien de la sociedad en cuanto está formada por una comunidad de seres humanos.

Enseña Laclau: “La noción de derecho sólo puede comprenderse plenamente referida a los fines humanos y a los medios adecuados para su logro. El derecho no es un objeto que hallemos en el mundo de la naturaleza, ni tampoco puede ser considerado como un método de ordenación de nuestras percepciones sensibles. Antes bien, el concepto de derecho entraña una categoría del querer que, en cuanto tal, ha de ser opuesta al método causal empleado por el científico de la naturaleza para la organización de los fenómenos exteriores. Pero no cabe, en base a ello, sostener que el derecho sea un producto de la voluntad”.⁴ Dice también Laclau: “Dentro del querer

1. C. CALDANI, *Bases categoriales de la dinámica y la estática jurídico-sociales*, p. 113.

2. J. ORTEGA y GASSET, *La rebelión de las masas*, p. 110, en la cual escribe, siguiendo a Goethe; “el noble aspira a ordenación y a ley”. Dice Ortega que noble significa “conocido”, conocido por todos, el que se ha dado a conocer en el mundo, el famoso, que sobresale de la masa anónima por su esfuerzo.

3. M. T. CICERÓN, *Los deberes*, citado, p. 94. ARISTÓTELES, en su *Ética a Nicómaco*, dice que “cualquier arte, cualquier doctrina y también, toda acción o elección parece que a algún bien es enderezada”.

4. M. LACLAU, *Sendas del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*, citado, p. 9.

vinculatorio propio de la vida social, cabe distinguir entre el derecho y las convenciones sociales (reglas de cortesía, modales en el trato con los diversos individuos, reglas del lenguaje hablado y escrito, normas referidas a la etiqueta y al honor, etc.).⁵ Stammler sostiene que el concepto de sociedad puede descomponerse en dos elementos: por un lado la vinculación en cuanto tal, que constituye una regulación externa condicionante de la convivencia, caracterizada por articular los fines de los individuos, vinculados en función recíproca de medios; por el otro, hállese la actividad común de los componentes de la sociedad, que tiende a lograr la satisfacción de necesidades en base a la cooperación. Ambos elementos encuéntrase íntimamente relacionados, por cuanto uno constituye la forma y el otro la materia del concepto de sociedad. El querer vinculatorio es la condición lógica de la conducta de los integrantes de la sociedad; en cambio, la actividad social es un elemento lógicamente condicionado y constituye su materia”.⁶ Y sigue: “Este concepto de sociedad servirá a Stammler para alcanzar una neta separación entre el derecho y las reglas convencionales [...] el querer vinculatorio se caracteriza por articular las voluntades de los distintos individuos como medios recíprocos en sus relaciones. Ahora bien, si la articulación de los fines de los individuos depende de la misma voluntad vinculatoria, nos encontramos en el ámbito del derecho y la vinculación reviste el carácter de fija y permanente. Si, por el contrario, la articulación de fines hállese librada al arbitrio de los individuos vinculados, la vinculación ya no será permanente, sino que habrá de realizarse en cada caso concreto. Las convenciones sociales entrañan una simple invitación a los individuos que han de vincularse; en el derecho, por el contrario, el querer vinculatorio es autárquico, esto es, se substraen a la voluntad de los individuos vinculados y se impone a éstos”.⁷

Finalmente, dice Laclau: “Stammler distingue al derecho de otro tipo de querer vinculatorio y autárquico, constituido por las órdenes emanadas de un individuo poseedor de la fuerza sin título alguno que lo justifique. El problema que se plantea es la diferenciación existente entre el poder

5. Cita Laclau: Cfr. R. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1928, pp. 80-81.

6. Cita Laclau: Cfr. R. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1928, p. 79.

7. M. LACLAU, *Sendas del Pensamiento Jurídico en el siglo XX*, p. 10.

jurídico y el poder arbitrario. Claro está que este deslinde habrá de efectuarlo en el plano lógico y conceptual en el que se mueve. Un querer, como vimos, es autárquico a condición de que sea el querer vinculatorio mismo, y no la aquiescencia de los individuos vinculados, el que decide respecto a la vinculación entre los diversos fines. Ahora bien, esta decisión determinante de la voluntad vinculatoria que constituye la autarquía puede adoptar dos modalidades formales: se presenta como una decisión que se manifiesta en cada caso concreto, o se concibe como algo permanente. En el primer caso, nos encontramos frente a manifestaciones aisladas del capricho imperante en cada momento; en el segundo caso, en cambio, el querer se nos presenta como algo inviolable, caracterizado por la permanencia uniforme en la vinculación de los fines humanos. De más está decir que, para Stammler, la nota de inviolabilidad no excluye la posibilidad de que el orden jurídico vaya cambiando sus normas concretas en el curso de la historia; lo único que afirma es que el derecho vigente en un momento dado no puede quedar sin efecto merced a un simple capricho individual.⁸ Las normas emanadas de un poder arbitrario no sujetan a quien las dicta: sólo se limitan a proclamar un querer vinculatorio que el titular del poder acata en caso de quererlo, pero sin estar obligado a ello. El derecho –insiste Stammler– es una ordenación permanente de la vida social y, en cuanto tal, no sujeta a las veleidades de quien ocupa el poder”.⁹

Luego de leer y meditar sobre estos pensamientos, viene a la memoria la cuestión del “estado de excepción” que plantea Agamben,¹⁰ preocupante en tanto es común la tentación de los gobiernos, al querer modificar el orden dado y adaptarlo a sus gustos y necesidades, lo cual puede hacer peligrar los derechos de los ciudadanos y en especial, su libertad.

El derecho se dirige a los seres humanos, desde la concepción hasta su muerte. Pretende encauzar sus virtudes, pasiones, necesidades y debilidades, sus odios, rencores y amores. Sólo se detiene en circunstancias en que el ser humano ejercita su más íntima libertad, uno de sus bienes más

8. M. LACLAU, *Sendas del Pensamiento Jurídico del Siglo XX*, citado, pp. 10 y 11.

9. Cita Laclau: Cfr. R. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1928, p. 92.

10. G. AGAMBEN, *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2010, 4ta Edición, *passim*.

preciados. El camino del ser humano es vivir desviándose incesantemente, como ha escrito Kafka.¹¹

El sistema jurídico es el resultado de la necesidad de conciliación de las voluntades y las necesidades.¹² El derecho se va creando mediante el intercambio de ideas y en la recepción por parte del Estado Constitucional Democrático del discurso, elaborándose una teoría que sostiene una “corrección práctica”, normativa, diferente de las concepciones contractualistas que sostienen la importancia de la “negociación”.

Mediante la “argumentación” se forma, en el Parlamento principalmente, el Estado de Derecho. Los legisladores proponen razones y exponen necesidades. La argumentación parte de un sinnúmero de derechos individuales que se prestan a la corrección mediante normas.

Señala Alexy que la teoría del discurso es una teoría procedimental de la corrección práctica. Una norma sería correcta, y por lo tanto válida, cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, a saber, el de un discurso práctico racional.¹³ La teoría del discurso es un procedimiento de argumentación, que une en un núcleo los conceptos de corrección, del juzgar y fundamentar racionales y del discurso racional. Esto apartaría, según este autor, las teorías procedimentales de la tradición hobbesiana, por ejemplo, las teorías contractualistas de Buchanan y Gauthier.

Pero el discurso y las razones, por poderosos que sean, no deben interferir en el libre ejercicio de los derechos, que son la expresión de la justicia.

Es directa la relación entre derecho y justicia y podemos afirmar que es similar a la que existe entre el derecho y la paz. Ha señalado el distinguido profesor brasileño Wald:¹⁴ “La gran ruptura que ocurrió a finales del siglo veinte consistió en la creación, el reconocimiento y la generalización de una nueva economía que modificó profundamente la estructura social y

11. F. KAFKA, *Parábolas y paradojas*, p. 100.

12. R. POUND, *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 62.

13. Ver R. ALEXY, “Ley Fundamental y teoría del discurso”, trad. Cardinaux, Clérico y D’Auria (eds.), *Las razones de la producción del Derecho*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA), 2006, páginas 19 y 20.

14. A. WALD, “El nuevo código civil brasileño y el solidarismo contractual”, en RCDO, Argentina, Tomo 2006-A, p. 65. Ver también: J. RIFKIN, *The age of access*, Jeremy P. Tarcher y G.P. Putnam’s Sons, Nueva York, 2002.

posibilitó, de hecho, la creación de la sociedad de masas. Aunque la transformación se realizó en forma gradual, lo que se notó a partir del fin de la segunda guerra mundial, fue que sus efectos comenzaron a percibirse de forma más acentuada en los últimos diez años, en todos los países, como consecuencia del enorme y rápido desarrollo tecnológico, que generó mayor competencia en todo el mundo, pero también de la globalización y de la desmaterialización parcial de la riqueza, lo que se reflejó en todos los aspectos de la sociedad e, incluso, en el derecho”.

Junto a los actos en masa, de los que también hablara Ascarelli, las nuevas sociedades industriales, han desarrollado la producción de servicios y productos premium, es decir, muy especiales para un mercado de gran exigencia, poco número y gran poder económico. Sin embargo, la producción en masa siguió adelante, junto a la especializada, debido al aumento y diversidad de la población mundial, a la mejora en sus niveles de vida y a la paz general que, aunque con excepciones, se ha logrado desde la “guerra fría” hasta nuestros días.

La globalización es un hecho que, como toda realidad natural o humana, tiene efectos positivos y negativos. La aceptación universal de los derechos humanos y su defensa es una de sus consecuencias positivas. En ella está empeñada esa fuerza silenciosa que habitualmente se llama “opinión pública” y muchos de los intelectuales que han visto con claridad el problema.

Existe un ciclo inevitable que señala que, a la mayor inserción social y al mayor bienestar, la colectividad aumentará sus requerimientos de más bienestar y de un mejor modo de ejercer la libertad. Esta realidad es probable hoy, por ejemplo, en China y otros países.

Cada vez menos se practican políticas de izquierda o de derecha; se buscan soluciones pragmáticas y concretas adaptándose a la realidad y a las exigencias de la sociedad, aunque hasta el momento puedan considerarse salidas parciales y a veces propuestas a modo de prueba.

Es el único camino para que se desarrollen nuevas creaciones sociales que pretendan mejorar la vida en sociedad, que permitan que el derecho encamine, delimite y transforme en normas concretas las buenas ideas y las rectas intenciones. No solamente de los individuos, sino de las personas.

2. Las empresas y el lucro. El I+D+i

Empresas son organizaciones o estructuras que se presentan como una unidad sistémica, apta para buscar diversos fines. Es decir, hay empresas comerciales, industriales, de servicios, con objetivos benéficos, cooperativos, filantrópicos o bien para servir a los intereses de un grupo. Tienen diversas expresiones legales y es claramente distinguible la llamada “empresa comercial o mercantil” de las demás, aunque las distancias se siguen acortando y las diferencias a veces, no resultan tan nítidas.

Es extendida la opinión de achacar posiciones meramente economicistas a las empresas mercantiles. No es cierto que el principal motor del empresario sea el lucro. Puede serlo en muchos casos, pero en general, al emprendedor se le presenta la idea de crear y desarrollar una serie de negocios, como una fuerza vital cuyo premio principal será el éxito del proyecto.

Descontado que el empresario privado desea ganar dinero con su emprendimiento, en forma legal y correcta, este móvil, siempre lo creímos, no es la primera motivación de la actividad empresarial. Esta afirmación, que despertará la sonrisa escéptica de algunos, es real y verdadera.

La fuerza principal del empresario es su deseo fuerte y vital de que su proyecto tenga éxito. El empresario en general, necesitará obtener ganancias y tendrá que afrontar pérdidas, pero estamos persuadidos, si pensamos en el conjunto de las empresas comerciales, que su principal motivación será ver y comprobar el resultado de su inventiva, sus habilidades, su esfuerzo y su trabajo.

Y en esta cruzada, el emprendedor cuenta con una herramienta que hoy es extraordinaria: el avance digital, informático y los nuevos desarrollos producto de la investigación y el talento creativo de muchos investigadores. Por ello, una cuestión fundamental, es la creación y transferencia de nueva tecnología.

Muchos estudios comparativos ponen de manifiesto que existe una correlación entre la riqueza de un país, medida por su renta per cápita, y sus inversiones en Investigación, Desarrollo e Innovación (I+D+i), hasta el punto de que se ha llegado a afirmar que los países más desarrollados no invierten en I+D+i porque son ricos sino que son ricos porque invierten o han invertido en ese campo.

Las ciencias más influyentes en estos caminos, son la química, la física, las matemáticas, las ciencias de materiales y las ingenierías. Pero nada escapa al orden jurídico, salvo las acciones privadas, personales.

En nuestro país, la contribución del sector empresarial al esfuerzo en I+D+i es inferior a la de otros países, a pesar de la puesta en marcha de incentivos para la colaboración público-privada; esta insuficiencia contrasta significativamente con las capacidades científicas desarrolladas. Todo se relaciona con la estructura del tejido productivo, dominado por pymes en sectores tradicionales y de baja intensidad tecnológica; pero existe un reducido número de empresas que tienen una estrategia sistemática de inversión en I+D+i.

En definitiva, un modelo económico basado en la generación de conocimiento sólo tendrá éxito si se garantiza la estabilidad del sistema de investigación en términos de recursos económicos y humanos y si hay un sector privado que, más allá de las declaraciones de intenciones, apueste de verdad por la investigación y la innovación.

Resulta contradictorio mantener una retórica de cambio a un modelo productivo basado en el conocimiento, mientras que muchas de las medidas que se adoptan no van en la dirección adecuada. La investigación en nuestro país es, actualmente, una prioridad que se halla bajo examen.

3. Las empresas y su posición en la sociedad

Está bien que se sostenga el aparato del Estado con impuestos siempre que se limiten los gastos improductivos o los que no permitan la proyección hacia fines de riqueza y bienestar; así como que se predique al cumplimiento del pago de tasas e impuestos por los ciudadanos. Por otro lado, es útil que se entienda que los funcionarios y jefes de la administración pública en todos sus niveles, que son servidores públicos, deben ser servidores de la comunidad a la que pertenecen.

En Argentina, son muy pocos los beneficios que se otorgan como recompensa a las empresas que proyectan su actividad a lo social. Deberían ser mayores e invitarse a que estas actividades sociales se multipliquen en un país que afortunadamente tiene mucho voluntariado desinteresado y generoso trabajando, pero sigue necesitando más.

La organización empresarial es una figura común, aunque no es idénticamente tratada por el derecho, tanto para empresas sin fines de lucro como para las que tienen el opuesto objeto social. En Argentina, está exageradamente separado y es exclusivo y excluyente legalmente, el campo de las empresas que buscan beneficios para sus miembros y las que no tienen ese fin.

Como en el arte, la gama de colores es interminable y es errado sostener una concepción maniqueísta de la empresa.

Las sociedades civiles y comerciales son creadas, según la ley, siempre para obtener beneficios y luego distribuirlos entre sus miembros. Su objeto puede ser producir o intercambiar bienes o servicios; pero si sus dueños tienen inquietudes sociales, sólo una pequeña parte será reconocida como donación deducible.

Otros tipos legales se organizan para otros fines: las asociaciones, fundaciones, cooperativas y otras figuras. No pueden procurar un lucro y menos distribuirlo entre sus miembros.

No existe la posibilidad jurídica de crear una organización de objeto mixto, que combine fines de lucro repartibles y fines de cooperación en un campo social –o varios– de la comunidad.

Los fines que no son de lucro, no necesariamente tienen proyección social. Pueden ser fines no lucrativos de un grupo cerrado, que decide organizarse como empresa eligiendo algún “tipo” legal.

Todas las clases de empresas se necesitan en una sociedad moderna y desarrollada.

4. Las empresas B

En las economías de mercado en las que existen empresas de capital privado se sugiere a las empresas comerciales que incorporen a su actividad y fines ciertas actividades que no signifiquen lucro directo o maximización del valor de los bienes comprendidos en la organización y en la gestión. Sólo se trata de una sugerencia o invitación, nada más.

Las empresas B¹⁵ son una idea positiva vinculada a la creación humana, su dinamismo y búsqueda incesante del bien social.

No ha sido logrado todavía el concepto definitivo de “empresa B”. Es una idea en desarrollo que se expande por el continente y que logrará su precisión por aproximaciones sucesivas.

15. El nombre se vincula a empresas de bienestar o empresas de bien público. En EE.UU. se utiliza la locución “B corporations” (benefit corporations). Aquí, puede utilizarse éste o cualquier otro nombre.

Confiamos en que la investigación,¹⁶ en su máxima intensidad, ayude a aclarar y despejar el concepto, aplicable a la realidad existente y al futuro cercano.

Trataremos de elaborar un resumen de las principales fuentes y prácticas y mostrar el estado actual de esta nueva estructura empresarial que comienza a percibirse y cuya necesidad es indiscutible.

Se habla de “un nuevo ADN empresarial” que utilizará el poder del mercado para dar soluciones estructurales a los desequilibrios sociales y ambientales.

Hay trabajos y proyectos en varios países de América Latina sobre este concepto y también en América del Norte, no existiendo aún una unidad conceptual y menos una estructura jurídica característica como los “tipos” de las empresas civiles o comerciales del derecho de los Códigos.

No poseemos aún, como hemos dicho, un concepto preciso, pero sí son muy firmes las ideas y los objetivos.

Se parte de una idea social: en América Latina hay pobreza y desigualdad; los ecosistemas se deterioran rápidamente. Hay en el mundo una crisis financiera y ambiental que también llega a nuestra región.

El crecimiento de América Latina está basado en la explotación de sus importantes recursos naturales. Hay un estado de expectación social que se convierte en una gran oportunidad. Las riquezas bien explotadas pueden transformar a la región en una superpotencia, aprovechando la unión y el acercamiento que les da la integración en sus diversas manifestaciones.

Es cierto que el proceso de integración de la región de Sudamérica es un poco anárquico, tal como lo son las políticas de la región. Pero también lo es el potencial enorme a desarrollar. Debemos comenzar por volver a analizar los “tipos” conocidos, las estructuras societarias en búsqueda de lucro para sus integrantes: las sociedades.¹⁷

16. Z. BAUMAN, *Sobre la educación en un mundo líquido*, Paidós, Buenos Aires, 2013, p. 21, citando a BATESON y los tres niveles de educación; en el tercero, se encuentra la investigación, que permitiría “desmembrar y volver a organizar el marco cognitivo predominante”.

17. El artículo primero de la ley de sociedades comerciales señala: que “habrá sociedad comercial, cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”.

Las empresas B son una idea que, arrancando de las empresas comerciales y utilizando el poder del mercado, las hacen motor de proyección y solución de problemas sociales y ambientales. Junto a ello, buscan un reconocimiento especial de la comunidad por parte no sólo y no principalmente del Estado, sino de todos los sectores que la componen. El primer problema, que es el de reconocer cuándo una empresa es “B”, se puede solucionar a través de organismos que hagan evaluación, certificación y control privados, independientes y reconocidos.

En nuestro medio, las empresas comerciales, generalmente organizadas jurídicamente como sociedades, tienen a los rendimientos financieros, a las ganancias, como su principal fin cumplido a través del ejercicio de las actividades que se originan en su objeto social; casi no se concibe empresa comercial sin que exista la búsqueda del beneficio y su consecuente reparto.

Si observamos la definición legal de sociedad, siempre este elemento se encuentra incluido, en nuestros países; en Argentina, tanto la definición de la ley sobre la sociedad comercial, como la de sociedad civil hablan de que siempre se intenta obtener una ganancia que se repartirá entre los socios.¹⁸ El mismo criterio se da en Brasil, aunque en este país, al menos en teoría, ya no se concibe a la empresa comercial sin un fin social.¹⁹

El artículo 1648 del Código Civil dice: “Habrá sociedad, cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado”.

18. Con excepción, claro está, de las asociaciones que asumen la forma societaria: artículo 3 de la ley de sociedades comerciales.

19. En 2011 se propuso al Congreso de Brasil la redacción de un nuevo Código de Comercio. En la Constitución del Brasil el orden económico y social cuenta con los siguientes principios (artículo 160):

1. Libertad de iniciativa.
2. Valorización del trabajo como condición de dignidad humana.
3. Función social de la propiedad.
4. Armonía y solidaridad entre las categorías sociales de la producción.
5. Represión del abuso del poder económico.
6. Expansión de las oportunidades de empleo productivo.

Varias actividades consideradas esenciales no pueden ser desarrolladas por extranjeros o el Estado.

En contraste, las asociaciones y las fundaciones, en principio, no tienen ni pueden tener fin lucrativo ni repartir cualquier ganancia que hubiese, entre sus componentes.²⁰ Ello no quiere decir que no puedan realizar actos de comercio o especulativos, pero no como objeto principal.

Tampoco se reparten los beneficios de las cooperativas (ley 20337), que se consideran entes que sí obtienen beneficios económicos, pero respecto de sus componentes, sólo les procuran ahorros de gastos.

Ha dicho Rodríguez Mancini que “en el vocabulario jurídico es usual valerse de la expresión ‘figura’, para referirse a un concepto que el intérprete encuentra descripto a veces sintéticamente –puede ser una sola palabra– en normas sobre todo legales y que sirven para orientar la aplicación de la regla que la contiene”.²¹

La figura es una caracterización que puede variar según los autores y lograr más o menos éxito entre juristas colegas que la acepten o no.

La “figura” es una creación de la inteligencia, valoración, armonización y adaptación, que se emplea para significar o exponer un modo de pensar y que se aplicará a diversos “casos” de la realidad, en relaciones entre seres humanos.

El supuesto de hecho es múltiple, variado y constantemente presenta formas novedosas, variantes, aspectos y miradas distintas.

Esa relación entre intérprete (jurista, juez) y supuesto de hecho es la que permite una elaboración que se presenta al resto de los actores del mundo jurídico.

Cuando en derecho mercantil decimos “empresa”, no expresamos lo mismo que un jurista dedicado al derecho del trabajo o un especialista en derecho público.

20. El Código Civil, con una vieja redacción, parece sugerir que las asociaciones, que son entes distintos de sus miembros, deben tener como “principal objeto” el bien común. Esto ha sido interpretado como que no es posible ni obtener beneficios ni ganancias, ni mucho menos repartirlos entre los componentes (artículo 33 cuando se refieren a las personas jurídicas de carácter privado, apartado 1 de la segunda parte).

Es más claro el régimen más moderno de las fundaciones, plasmado en la ley 19836 de 1972. En su texto, las reconoce como personas jurídicas, se prohíbe el propósito de lucro y se constituyen con un objeto de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posibles sus fines.

21. J. RODRÍGUEZ MANCINI, “La ‘figura’ y el estándar en el derecho del trabajo”, en *La Ley*, del 22/03/2013, Buenos Aires.

Y cuando mencionamos a las “empresas B”, nos estamos refiriendo a supuestos de hecho para los cuales hace falta una nueva “figura”.

5. Hacia el tipo social o “figura” de empresas B

Aunque toda la referencia vaya hacia el concepto común de “organización”, el aspecto que se desea resaltar de la figura fáctica de empresa estará orientado hacia alguna cualidad o hacia determinados efectos del supuesto normativo que se examina.

Para construir el modelo de empresas B, no se parte de las construcciones legales conocidas que hemos mencionado u otras ya incluidas en la legislación de fondo. Se busca un nuevo modelo que tendrá que tener su inserción en el sistema normativo escrito vigente.

En la Argentina, con la creación de la ONG B-Lab comienza un serio desarrollo del Sistema B, con el objetivo de promover y articular el movimiento global de Empresas B desde Sudamérica.

En Estados Unidos ya empezó en 2007 este movimiento con la creación de B-Lab, que desarrolló en ese país un conjunto de más de 500 Empresas B (o B Corporations, como son llamadas en inglés) en más de 60 industrias y con un nivel de facturación colectiva en el orden de los 3.000 millones de dólares. Teniendo en cuenta esta experiencia, el Sistema B se propone inaugurar e impulsar un mercado sudamericano para ciudadanos, empresas e inversionistas de impacto.

La idea se desarrolló teniendo en cuenta que debían buscarse entes independientes que acreditaran la pertenencia al sistema B de las empresas.

Las Empresas B son certificadas utilizando como herramienta la Evaluación de Impacto B (B Impact Assessment)²² desarrollada por B-Lab e implementada exitosamente en el mundo por su transparencia, dinamismo, independencia y credibilidad. Una vez certificada, la Empresa B esta en condiciones de:

- a) Demostrar estándares rigurosos de impacto social y ambiental positivos al lograr el mínimo puntaje requerido en el proceso de certificación.

22. La B Impact Assessment es una herramienta de gestión gratis y confidencial para aquellas empresas orientadas por una misión social que excede o acompaña la generación de lucro.

- b) Distribuir legalmente, entre sus accionistas, la responsabilidad empresarial al considerar los intereses de la comunidad, los trabajadores y el medio ambiente en la toma de decisiones.
- c) Co-construir una voz colectiva al pertenecer a la comunidad de Empresas B reconocidas bajo una única marca.

Vale la pena aclarar que mientras que no exista una figura legal de Empresas B (Benefit Corporations), las obligaciones aquí incluidas se circunscriben estrictamente a las relaciones entre los accionistas y su gerencia y administración, sin un eficaz impacto social positivo.

Concluimos con algunas ideas y pautas generales para lograr la implementación de estos nuevos modelos.

Existen dos aspectos claves. En primer lugar, el Sistema B apoya tanto a aquellas empresas que logran certificarse como a aquellas que no lleguen al mínimo requerido. Mientras los servicios para las primeras se focalizan en desarrollar una agenda de trabajo para que logren convertirse en Empresas B, el apoyo para las que lo logran se centra en escalar, movilizar y multiplicar su impacto. En segundo lugar, el modelo se apalanca en un sistema de apoyo compuesto por actores multisectoriales que son esenciales para impulsar a la Empresa B. Entre ellos deben destacarse las instituciones académicas, los fondos de inversión, las organizaciones de la sociedad civil, y especialmente el sector público. Con este último, una de las tareas del Sistema B es promover oportunamente en Sudamérica una legislación que institucionalice y otorgue claridad legal a las Empresas B distinguiéndolas de otras categorías tales como la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada, la cooperativa y otras.

El Estado debiera favorecer y alentar la creación de estas empresas que benefician a la comunidad y le ayudan a cumplir sus propios fines.

El sector público tiene un rol fundamental en la promoción de este nuevo paradigma. No basta sólo con la convicción individual de emprendedores y empresarios en transformarse en una Empresa B o de crear nuevas empresas bajo estos principios. Es fundamental contar con un marco regulatorio adecuado, que vaya en directo beneficio a la sociedad a través de una comunidad de Empresas B, con el objetivo de diferenciarlas, promoverlas y resguardarlas estructuralmente.

Hay noticias que nos llegan por Internet y otros medios de que este movimiento se consolida en EE.UU.: ya son ocho los estados que han aprobado

un marco regulatorio específico para la Empresa B y cuatro los que están en proceso de hacerlo. En California, Hawaii, Nueva York, Virginia, Maryland, Nueva Jersey, Illinois y Vermont la legislación ya permite a una empresa registrarse como B-Corporation. Esta nueva forma legal surge de la necesidad de dar respuesta a un creciente número de emprendedores e inversores que entienden a la empresa comercial como medio para resolver problemas sociales y ambientales. Para esos empresarios con inquietudes sociales y para organizaciones de lucro o sin fines de lucro pero orientadas por una misión social o ambiental, hace falta un nuevo camino, social y legal.

Una justa regulación de derecho, ofrece la necesaria protección legal para quienes incorporan, en la toma de decisiones, intereses no-financieros.

También los ciudadanos tienen un nuevo modelo disponible, ya que, como consumidores y trabajadores eligen a este tipo de compañías a la hora de comprar o de decidir dónde trabajar.

En los Estados Unidos de Norteamérica es sabido que la legislación sobre organización legal de las empresas es federal. Pero ello varía levemente según cada Estado. Sin embargo, hay unas pautas comunes, una legislación modelo que refleja el contenido y estructura básica de la ley de Empresas B. Existen tres disposiciones principales en la legislación sobre Empresas B que son comunes a todos los Estados. Estas reglas hacen referencia al propósito empresarial,²³ rendición de cuentas y transparencia, y establecen que una Empresa B debe tener: 1) el propósito empresarial de crear un impacto material positivo en la sociedad y el medio ambiente; 2) la ampliación de las responsabilidades fiduciarias de los directivos de la empresa para que éstos incluyan consideraciones de intereses no financieros y de largo plazo en la toma de decisiones de naturaleza corporativa; y 3) la obligación de reportar sobre su comportamiento social y ambiental bajo estándares independientes, comprensivos y creíbles.

En nuestros países, en cambio, mientras no exista el marco regulatorio correspondiente, las Empresas B certificadas se rigen según la figura jurídica que sus fundadores hayan optado para su creación (ej., SA, SRL, etc.) y ello, es hoy insuficiente, porque en nuestra opinión aun las reglas estatutarias podrían resultar formas que no otorgan seguridad a la operatoria o conducir al conflicto.

23. El propósito empresarial se refleja en la misión de dicha empresa.

Hay que comenzar entonces una reconstrucción de los esquemas legales antiguos para lograr un tipo nuevo que contemple todos estos intereses.

De acuerdo a las estructuras jurídicas vigentes en nuestros países, es posible insertar estas nuevas ideas en Sudamérica, que, una vez comprendidas, tendrán gran aceptación.

Argentina tiene su gran oportunidad de pautar ya mismo estos principios, aprovechando que tiene en curso una reforma profunda del derecho privado, a través de la unificación de los Códigos Civil y Comercial. Brasil también, teniendo en cuenta que allí se discute la redacción de un nuevo Código de Comercio, como ya anticipamos; aunque tal debate se demora. Lo ideal, en nuestra opinión, es crear un tipo nuevo.

De ser posible, hay que reformar la estructura de la sociedad mercantil, admitiendo otros fines que no sean únicamente el lucro directo en su objeto social, aceptando que las ganancias no tengan como fin ineluctable el de ser distribuidas entre los socios, agregando cargas de responsabilidad especial para la alta gerencia, los directores, los accionistas y aun para el órgano de control, cuando existiese uno establecido.

Las cuestiones esenciales de nuestro tiempo, sin que nuestra idea pretenda ser antropocéntrica, son las que hacen al ser humano, como el desarrollo y mejor interpretación del genoma humano, la mejora biológica del hombre, atendiendo no sólo a su salud sino a la integridad de sus derechos humanos, con especial valorización de la dignidad humana en la cual la libertad y la justicia ocupan un lugar primordial, junto a la salud y la educación.

Entre todas ellas, que están relacionadas estrechamente, está la necesidad de una solidaridad o caridad mayor entre los seres humanos y que ella se refleje en la economía global.

Esta conducta solidaria puesta de manifiesto por varias religiones y por la valiosa acción de muchas ONGs, constituye una necesidad incontrovertible.

6. Conclusiones

Las conclusiones de esta presentación radican en un punto fundamental: difícilmente se pueda lograr un “tipo” seguro legalmente hablando, que profile a las empresas B como un nuevo modelo comercial, sin que se practique una reforma normativa.

En nuestra opinión, debe crearse una figura nueva o establecer una alternativa similar a la que nos proporciona el artículo 3 de la ley de sociedades

comerciales, pero dirigida a construir una figura societaria, que contenga los principios de la empresa comercial junto a la acción solidaria frente a la comunidad en su objeto, que será especial.

Mientras tanto, es recomendable que la veintena de empresas que se autotitulan “B” existentes en nuestro país, si desean desarrollar una permanente acción de responsabilidad o solidaridad social concreta, deban seguir actuando, fortificando los instrumentos legales que pueden sostener ese tipo empresario. Pero este camino no da la seguridad jurídica integral a los empresarios que la han creado, a su CEO, su management, al órgano de control, ni a los propios socios.

Bibliografía principal

- Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 4ª Edición, 2010.
- Alexy, Robert, “Ley Fundamental y teoría del discurso”, trad. Cardinaux, Clérico y D’Auria (eds.), *Las razones de la producción del Derecho*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA), 2006.
- Aristóteles, *Ética a Nicómaco*. Introducción, Traducción y Notas de José Luis Calvo Martínez, Alianza Editorial, Madrid, 2001.
- Bauman, Zygmunt, *Sobre la educación en un mundo líquido*, Paidós, Buenos Aires, 2013.
- Caldani, Ciuro, “Bases categoriales de la dinámica y la estática jurídico-sociales”, Rosario, Instituto Jurídico Filosófico, Universidad Nacional del Litoral (reimpresión en *Revista del Centro de Investigaciones...*), 1967.
- Cicerón, Marco Tulio, *Los deberes*. Traducción directa del latín, prólogo y notas por Agustín Blánquez, Editorial Iberia, España, 1946.
- Kafka, Franz, *Parábolas y paradojas*. Traducción: Gustavo A. Baum, Ed. Fraterna, 1979.
- Laclau, Martín, *Sendas del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*, Editorial Abeledo Perrot, 1ª Edición, 2011.
- Ortega y Gasset, José, *La rebelión de las masas*, Revista de Occidente, Madrid, 1961, 35ª edición.
- Pound, Roscoe, *Introducción a la filosofía del derecho*, Tea, Buenos Aires, 1972.

- Rifkin, Jeremy, *The age of access*, Jeremy P. Tarcher y G. P. Putnam's Sons, New York, 2002.
- Rodríguez Mancini, Jorge, "La 'figura' y el estándar en el derecho del trabajo", en *La Ley*, del 22/03/2013, Buenos Aires.
- Stammler, Rudolf, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1928.
- Wald, Arnaldo, "El nuevo código civil brasileño y el solidarismo contractual", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Tomo 2006-A, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

Incentivos fiscales ambientales y responsabilidad empresarial*

Gemma Patón García**

Resumen

Las instituciones internacionales se han ocupado de debatir sobre la necesidad de alcanzar mayores logros en materia de responsabilidad social empresarial. Desde esta perspectiva se analiza el papel que pueden

* El presente estudio cuenta con el patrocinio de la Cátedra Santander en RSC de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Este trabajo constituye una aportación que se enmarca dentro de las actividades del Campus de Excelencia Internacional en Energía y Medioambiente (CYTEMA) de la Universidad de Castilla-La Mancha (España). El texto tiene origen en la Comunicación presentada a las *I Jornadas Universitarias Internacionales de análisis jurídico de la responsabilidad social de las empresas: perspectivas laboral y financiera*, celebradas los días 23 y 24 de octubre de 2008 en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona que fue galardonado con un Accésit. El trabajo actual es fruto de una ampliación y actualización de acuerdo a la evolución del debate y discusión internacional en este tema.

** Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), España, Doctora en Derecho desde 2002. Directora Académica del Vicerrectorado de Economía y Planificación de la misma Universidad. Miembro del Centro Internacional de Estudios Fiscales y de la Red de investigación internacional en Fiscalidad y Cambio Climático (IDEA-CEU). Premio Nacional “Narciso Amorós” de Tributación 2005 y el Premio “Castilla-La Mancha, Región de Europa” 2007. Directora y Secretaria académica de Maestrías y Doctorados en Iberoamérica (Costa Rica, México, Honduras, Ecuador, Perú, Argentina y Bolivia). Conferenciante en Universidades europeas de Porto (Portugal), Orléans (Francia), Torino y la del Piemonte Orientale (Italia) y Ponente en la Universidad de Bolonia (Italia). Estancias de investigación en Bolonia (Italia), Cambridge (Gran Bretaña) y Maastricht (Holanda). Especialista en Fiscalidad medioambiental, Derecho tributario constitucional y Fiscalidad internacional. Es autora de numerosos artículos, monografías y capítulos de obras colectivas. Es Coordinadora de la Sección Fiscal de la Editorial Bosch. Consultoría y Asistencia Técnica al Gobierno regional de Castilla-La Mancha (España), a la Superintendencia Nacional de la Administración Tributaria de Perú (SUNAT), al Servicio de Rentas Internas (CEF) de Ecuador y al Ministerio de Hacienda de Costa Rica; Gemma.Paton@uclm.es

desempeñar los incentivos fiscales medioambientales como fomento de la RSE. No obstante, el estudio ha de abordar la cuestión de la situación económica mundial que condiciona el enfoque y cualquier avance que pueda producirse en materia de RSE. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la Unión Europea la regulación de las ayudas de estado limitan la adopción de beneficios fiscales para la protección del medio ambiente en tanto pueden afectar a la competencia fiscal entre los Estados.

Palabras clave: fiscalidad, medio ambiente, responsabilidad social empresarial, crisis económica, incentivos.

Abstract

International institutions have discussed the need for greater achievements in the field of corporate social responsibility. From this perspective they examine the role that may be played by environmental tax incentives in the promotion of CSR. However, this paper analyzes how the global economic situation determines both the focus and any progress that may arise in the field of CSR. It should also be noted that, in the European Union, state aid regulations limit the adoption of tax benefits for environmental protection because they can affect tax competition between states.

Keywords: taxation, environment, corporate social responsibility, economic crisis, incentives.

1. Foros internacionales de debate

Distintas instituciones internacionales han acogido en su seno el debate sobre la RSE, aunque fue el Foro Económico Mundial celebrado en Davos en 1999 el marco en que se logró el primer consenso internacional en materia de RSE mediante la adopción de un Pacto Mundial. En enero de 1999, Kofi Annan, Secretario General de Naciones Unidas, propuso por primera vez la idea del *Global Compact (GC)* o *Pacto Mundial* ante el Foro Económico Mundial de Davos, con el objetivo de impulsar la “adopción de principios y valores compartidos que den un rostro humano al mercado mundial”, promoviendo la construcción de los pilares social y ambiental necesarios para mantener la nueva economía global.

Si bien el GC no menciona ni define expresamente el concepto de RSC en su texto, integrado por una breve declaración de principios, de los documentos de presentación elaborados por Naciones Unidas se deduce que esos principios integran la responsabilidad de la empresa o ciudadanía corporativa responsable. En este sentido se menciona por ejemplo que el “GC es un instrumento posicionado de forma única para promover los objetivos de la ciudadanía corporativa global y la responsabilidad social”.

Como botón de muestra del ámbito globalizado en que se plantean los beneficios de la adopción de criterios de RSE, podemos citar la suscripción del *Pacto Global* el 23 de abril de 2004 en Buenos Aires, iniciativa auspiciada por la organización de las Naciones Unidas (ONU) para crear empresas socialmente responsables en todo el mundo. El hecho de que la responsabilidad social ahora esté enmarcada en un pacto de carácter internacional aporta un fuerte impulso a aquellas empresas que están empezando tímidamente a acercarse al espíritu de la RSE.¹ En relación con los objetivos del Pacto Global en materia de medio ambiente, el principio N°7 proclama el apoyo al enfoque preventivo, el principio N°8 la promoción de una mayor responsabilidad medioambiental y el principio N°9 el aliento al desarrollo y la difusión de tecnologías respetuosas con el medio ambiente.

Asimismo, este debate que ha ocupado a la OCDE se ha plasmado en las *Líneas Directrices para Empresas Multinacionales* –elaboradas en 1976 y revisadas en 2000– que contienen recomendaciones sobre aspectos sociales y ambientales realizadas por 33 gobiernos (los miembros de la OCDE más Argentina, Chile y Brasil) a las empresas multinacionales procedentes de estos países y como tal son en la actualidad el único código de conducta multilateralmente adoptado. Tienen el doble objetivo de que la actividad empresarial se desarrolle armónicamente con la política pública y a su vez procure facilitar la inversión potenciando, además, el desarrollo sostenible.²

1. El Pacto Global es un programa internacional, liderado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), tendiente a aumentar la responsabilidad social empresarial en los campos de los derechos humanos, los estándares laborales y el medio ambiente. Argentina, Francia y España fueron los países que más adhesiones de empresas generaron.

2. Es posible consultar el documento citado en la página web: <http://www.oecd.org/env/35914152.pdf>.

La comunidad empresarial participó activamente en su actualización para su adaptación a un mundo global. Las líneas directrices promueven la responsabilidad y transparencia corporativas a través del enunciado de “principios y normas voluntarias para una conducta empresarial responsable compatible con las legislaciones aplicables”. Aunque las líneas directrices no definen expresamente el concepto de RSC, entre sus objetivos se menciona el de “potenciar la contribución de las empresas multinacionales al desarrollo sostenible” para “garantizar una coherencia entre los objetivos sociales, económicos y ambientales”.

En el marco de la Unión Europea, el Consejo Europeo de Feira de junio de 2000 acordó iniciar un proceso de diálogo europeo para la promoción de la RSC. Con la publicación del *Libro Verde: Fomentar un Marco Europeo para la Responsabilidad Social de las Empresas*, en julio de 2001, la Unión Europea ha abierto el debate a escala comunitaria, susceptible de dar lugar a una iniciativa legislativa sobre el tema. En el Libro Verde, la Responsabilidad Social de las Empresas se define como la “integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores” (Comisión de las Comunidades Europeas 2001). También es definida, en un sentido más amplio, como “un concepto con arreglo al cual las empresas deciden voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio”.

En el seno de las instituciones comunitarias se ha abordado el tema de la RSE desde la perspectiva de consecución de los objetivos que establece la Comunidad como el artículo 2 TUE que prescribe la promoción de “[...] un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, [...] un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente [...]”, respaldado posteriormente por los artículos 174 y 175.1 2a) del TUE. Inicialmente, la Comisión Europea publicó el Libro Verde de 28 de julio de 2001 para “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas” (COM (2001), 366 final) que dio lugar a una Comunicación de la Comisión de 2 de julio de 2002 (COM (2002), 347 final). Según lo expuesto en el *Libro Verde sobre “Utilización de instrumentos de mercado en la política de medio ambiente y otras políticas relacionadas”*, la UE, en relación con el poder financiero ha favorecido “cada vez más el recurso a instrumentos económicos o basados en el mercado, por ejemplo, impuestos indirectos, subvenciones específicas

*o compraventa de derechos de emisión [...]”.*³ Aspecto que también aparece integrado dentro de las *Directrices comunitarias sobre Ayudas Estatales en favor del Medio Ambiente*,⁴ que se utilizan para interpretar la aplicación de los artículos 87 y 88 TUE.

De acuerdo con lo expuesto en el epígrafe 8 de las Directrices comunitarias mencionadas, la aplicación del principio “quien contamina paga” en el ámbito comunitario trata de “asegurar que quien causa la contaminación paga por ella, mediante la plena internalización de los costes ambientales por el contaminador. El objetivo es garantizar que los costes privados (soportados por la empresa) reflejen los costes sociales reales de la actividad económica [...] mediante normas ambientales obligatorias o a través de instrumentos basados en el mercado, algunos de los cuales conllevan la concesión de ayudas estatales”. Más, si cabe, teniendo en cuenta que el consumo de recursos naturales es muy superior en los países desarrollados que en los países en desarrollo, por lo que también desde este punto de vista podría hablarse de un objetivo de *distribución más justa de los recursos naturales* a través de la imposición.⁵

En este sentido, procede aludir a la función secundaria que pueden desarrollar los tributos de índole medioambiental o también llamados “ecológicos”, sin que pierdan por ello su naturaleza recaudatoria, ínsita a todo instrumento fiscal. Asimismo, desde la vertiente subvencional, el establecimiento de beneficios fiscales en impuestos tradicionales de naturaleza estrictamente recaudatoria ha inundado progresivamente su configuración jurídica con el fin de proteger el medio ambiente.

No obstante, no faltan voces que observan la necesidad de adoptar un documento que concite el consenso internacional en donde se regulen cuestiones conceptuales de la RSE que dirijan las políticas públicas de incentivación de la RSE como pueden ser la función de la actividad económica, un listado de buenas conductas o el impacto medioambiental o laboral de cada

3. Documento de 28 de marzo de 2007 COM (2007) 140 final. <http://eur-lex.europa.eu>.

4. DOUE de 1 de abril de 2008 (COM 2008/C 82/01).

5. Hablaríamos así de la eticidad de la RSE aplicada al medio ambiente en términos de “justicia intrageneracional”, que como señala DE PRADA trata de “‘interiorizar’ en el presente las necesidades de las futuras generaciones”, en “Justicia y protección fiscal del medio ambiente”, op. cit., p. 252.

actividad económica o incluso un mecanismo de control de certificación de la RSE.⁶ A ello no obsta que la RSE, como diremos más adelante, se caracterice por la voluntariedad frente a las obligaciones legales, pero como se ha apuntado “el contenido de la acción social que integra la RSE es determinable ya que puede deducirse de las normas constitucionales”.⁷ En todo caso, entendemos que abordar un marco legal para la RSE facilitaría profundizar en los incentivos fiscales a la RSE por los gobiernos nacionales de manera más equilibrada en el mercado global competitivo en que se mueven los agentes productivos.

2. Fundamentos éticos de la Fiscalidad ambiental

A juicio de la generalidad de la doctrina, la tradicional despreocupación por el bien público medioambiental y la escasa concienciación sobre la necesidad de su protección ha podido venir causada por su carácter de interés difuso que atañe al conjunto de la sociedad, ajeno a cualquier derecho de propiedad sobre el mismo. Sin embargo, la *naturaleza* está adquiriendo una dimensión de *objeto de la responsabilidad humana* de forma progresiva en los últimos tiempos. Y ello pasa por entender que “necesitamos la dependencia ecológica para asegurar nuestra independencia” como principal paradigma. De este modo, “la auto-eco-organización significa que la organización del mundo exterior se halla inscrita en el interior de nuestra propia organización viva”.⁸

En la ecología coinciden consideraciones políticas, económicas, jurídicas, éticas y técnicas, que precisan en ocasiones de una reflexión conjunta; de hecho, este tema se caracteriza por una acusada transversalidad. Ante esta sintomatología, el interés actual por los temas medioambientales se centra en implicar al hombre en un *comportamiento pro-activo* dentro del

6. Cfr. RUIZ GARIJO, “Más de diez años de Responsabilidad Social Empresarial. ¿Para cuándo su regulación jurídica y el establecimiento de incentivos fiscales?”, *GEZKI*, N°7/2011, p. 43.

7. SÁNCHEZ HUETE, M.A., “Hacia una planificación fiscal socialmente responsable. La planificación ultrafiscal”, *Quincena Fiscal*, N°7/2010.

8. MORIN, E., “El pensamiento ecologizado”, en *Introducción a una política del hombre*, Gedisa, Madrid, 2002, p. 138.

entorno que le rodea, sin que ello signifique un sometimiento incondicional a las condiciones impuestas por aquél, “pero a la vez sin imponer la dictadura del propio egoísmo, de la sórdida preferencia por el presente y por el beneficio material a expensas de bienestar ajeno”.⁹ En este sentido, debe entenderse el concepto de “*ecoética*” que se encuentra estrechamente unido a la idea de *responsabilidad*, identificada ésta como el “cuidado”, reconocido como deber que, dada la amenaza de su vulnerabilidad, se convierte en “preocupación”.

A su vez, al argumento de la responsabilidad humana en la preservación del medio ambiente, se suma la idea de la *justicia intergeneracional*, de forma que la preocupación ética por el medio ambiente debe interiorizar los posibles perjuicios que las decisiones acerca del cuidado medioambiental pueden acarrear, trasladando costes indeseables a las generaciones venideras. Desde este punto de vista, DE PRADA GARCÍA ha tratado del enjuiciamiento de los impuestos medioambientales, visión que se encuentra lejos de los postulados éticos meramente utilitaristas, pues no existe una satisfacción o utilidad práctica reconocible por el individuo que afronta la tarea de la preservación del medio ambiente.¹⁰ La base ética de la preocupación medioambiental resulta innegable e incontrovertible en nuestros días, y constituye el verdadero motor de los esfuerzos jurídicos por perfilar el ordenamiento medioambiental.

Así, la imposición conserva un halo de *obligación de solidaridad* con el resto de la comunidad, que no se agota en la mera disponibilidad de ingresos para el ente público, sino que también abarca la función de permitir alcanzar los intereses colectivos. El tributo se observa, en consecuencia, como un *vínculo social* que evidencia las responsabilidades que le son inherentes, como condición para la realización de la libertad individual. En otras palabras, ética y fisco confluyen en la concienciación del uso del sistema fiscal como bien público, observando la ética como una reflexión del comportamiento social.

El medio ambiente se convierte en objeto del Derecho más bien por razones de la importancia que ha adquirido la rama del Derecho constitucional,

9. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M., *La alternativa fiscal verde*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 63.

10. DE PRADA GARCÍA, A., “Justicia y protección fiscal del medio ambiente”, en *Fiscalidad Ambiental* (Dir. Yabar Sterling, A.), Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 253 y 254.

y la preservación de los bienes públicos garantizados por nuestro texto constitucional y, de forma más reciente, lo que se ha venido a llamar el *Derecho tributario constitucional*.¹¹ Desde esta óptica destaca como uno de los instrumentos idóneos la *tributación medioambiental* con la finalidad de internalizar los costes socio-medioambientales.¹²

Igualmente, desde un punto de vista económico, las causas que justifican la *intervención tributaria* en el ámbito medioambiental tienen entronque en un valor de *justicia* de evidente contenido ético. De hecho, la dimensión finalista de los tributos ambientales, esto es, la pretensión de la utilización de instrumentos tributarios para la preservación y mejora de la calidad del medio ambiente, introduce un factor moral en los tributos que se traslada por entero al sistema fiscal en sus más diversas manifestaciones. Ante estas premisas, el trasfondo ético no debe ser ajeno al análisis jurídico tributario de cualquier institución.

Con esta comunicación se pretende aportar argumentos sobre la utilización de los instrumentos financieros desde un punto de vista ético como es el que concierne a la *responsabilidad empresarial en materia medioambiental*, que también atañe a distintos aspectos sociales y humanos en que se inserta su actividad económica. El conglomerado de estos aspectos conforma el objetivo de *sostenibilidad* o principio de “desarrollo sostenible” que puede pretenderse desde distintos puntos de vista, y uno de ellos es el instrumento financiero, ya sea a través de la vía del gasto –principalmente con la aprobación de incentivos fiscales cualquiera que sea su configuración jurídica–, ya sea a través del ingreso –mediante el establecimiento de tributos ecológicos–. Pues bien, nos centramos especialmente en las medidas que resultan ser más controvertidas por su posible incompatibilidad con el Derecho comunitario en cuanto podrían ser calificadas como ayudas de estado ilícitas y, en un segundo estadio, examinamos la incidencia que semejantes intervenciones financieras pueden tener en el ámbito de la responsabilidad social de las empresas en su dimensión medioambiental.

11. Como señala RODRÍGUEZ BEREIJO, A., los deberes a que están llamados todos los ciudadanos por la Constitución son la mayoría de contenido ético o moral, especialmente, “El deber de contribuir como deber constitucional. Su significado jurídico”, REDF Nº125/2005, pp. 6-7.

12. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M., *La alternativa fiscal verde*, op. cit., p. 73.

En definitiva, estamos ante el clásico debate acerca de la intervención pública en el sistema económico regido por el libre mercado, al cual nos asomamos –dejando a un lado cuestiones de pura teoría económica o de índole técnica– desde la óptica reservada a la controversia ética que también despierta. En este sentido, el sistema de mercado en constante dinamismo se somete a las decisiones subjetivas individuales que, tal vez, volcadas en la maximización de beneficios empresariales hayan descuidado valoraciones sociales, laborales o medioambientales, cuya protección es corresponsabilidad de agentes privados y públicos.

Por ello, intentaremos dar respuesta al interrogante que plantea Yábar Sterling: “¿Podría sostenerse, pues, que la atribución al Estado de un papel cada vez más intenso en el funcionamiento de la economía, a través del horizonte temporal de los últimos dos siglos, ha venido justificado por la inadecuada respuesta que los mercados iban proporcionando al *sentimiento ético de la sociedad*?”.¹³ Precisamente en los momentos actuales, el intervencionismo de las Administraciones públicas en materia económica está revisando los postulados del liberalismo capitalista keynesiano por razones de pura necesidad. Sin embargo, nuestra pretensión es arrojar alguna luz sobre la posibilidad de que el instrumento fiscal pueda coadyuvar a hacer realidad –parafraseando a Keynes– las buenas intenciones de las que el cielo capitalista está lleno; y, en particular, se tratará de analizar en qué medida algunos *instrumentos fiscales* incitan favorablemente a la adopción de mayores cotas de *responsabilidad social empresarial* (en adelante, RSE) en materia *medioambiental*.

3. La promoción pública de la RSE medioambiental

Los datos empíricos han demostrado fehacientemente la mayor responsabilidad de los países desarrollados en el agravamiento de algunos problemas ambientales fundamentalmente por el desarrollo de sus actividades productivas con incidencia en el entorno natural en que se mueven.

13. YÁBAR STERLING, A., “Ética, fiscalidad y medio ambiente”, *Observatorio Medio-ambiental* N°1/1998, p. 178. Este trabajo es posible consultarlo en la página web: http://www.ucm.es/BUCM/revistasBUC/portal/modulos.php?name=Revistas2_Historico&id=OBMD&num=OBMD989811.

Por otro lado, no parece caber duda de que la *inquietud social de la empresa* se ha incrementado en las últimas décadas llegando a observarse políticas empresariales activas en materia ambiental, que se han adoptado “como requisito básico y esencial para la buena marcha y el éxito económico de la propia empresa” o si se prefiere, como mecanismo de aumento de “las condiciones de credibilidad social de la propia empresa”.¹⁴ Todo ello, dentro del cambio del enfoque contractual tradicional que ha experimentado la empresa en el ámbito comunitario, donde la empresa no se considera como un ente abstracto, sino como una institución social con personalidad jurídica propia.

En esta línea se inserta la RSE, como actitud que “trata de incorporar al proceso productivo de forma permanente y no extraordinaria, una forma concreta de gestionarse que sea respetuosa con los trabajadores, el medio ambiente y la sociedad”.¹⁵ Es por ello que hablamos de *incentivos* en el mismo título de este trabajo, ya que se trata de estimular la conducta, el elemento volitivo del agente privado que realiza actividades de producción o de prestación de servicios a partir de normas jurídico-públicas como son aquellas normas financieras dirigidas a la protección del medio ambiente. No obstante, debe matizarse desde ya que cuando se habla de RSE se pretende superar los objetivos establecidos legalmente, por lo que la norma puede colaborar en la puesta en práctica del espíritu de la RSE, pero ésta debe tener un alcance y unos propósitos más amplios que los establecidos en las normas, o si se prefiere, “la empresa socialmente responsable es aquélla que realiza comportamientos favorables a un entorno social o medio ambiental yendo más allá del mero cumplimiento de la norma”.¹⁶

14. DE VICENTE Y HURTADO, J.J., “Ética y medio ambiente”, en *Ética y responsabilidad social de la empresa* (Dir. Guarnizo García, J.V.), Toledo, 2008, p. 184.

Alude ROSEMBUJ, T. a un “pacto” que la empresa contrae con el Estado, así observa que “la responsabilidad social corporativa de la empresa es particularmente intensa respecto al Estado como organización, al mercado y a la sociedad civil. El punto de partida de la sociedad (empresa) es una deuda que sus propietarios contraen con el Estado, con el mercado, con la sociedad civil”, EL FISCO, Editorial, Abril 2007. Consúltese en: http://www.elfisco.com/editorial/editorial.aspx?edi_ano=07&edi_mes=4.

15. FERNÁNDEZ AMOR, J.A., “Reflexiones sobre el fomento público mediante medidas financieras de la Responsabilidad social empresarial relacionada con el medio ambiente”, *Nueva Fiscalidad*, N°6/2008.

16. FERNÁNDEZ AMOR, J.A., “Reflexiones sobre el fomento público mediante medidas financieras de la Responsabilidad social empresarial relacionada con el medio ambiente”, *op. cit.*, p. 7.

En estos términos, podemos hablar de una RSE, llamémosle *impropia*, pues es aquella que se absorbe por el efecto de vinculatoriedad de las normas jurídicas, es decir, el ámbito de libertad en la adopción de decisiones empresariales que puedan dañar el medio ambiente queda bajo la cobertura de la norma en razón de una disposición que promociona de forma complementaria una conducta de la empresa acorde con la protección medioambiental. La sinergia de la empresa con el entorno natural en que desarrolla su actividad viene a ser incentivada por la función secundaria que adquieren algunos tributos como el IS, que grava las rentas empresariales, en la salvaguarda de otros bienes constitucionales como es el medio ambiente.

En un segundo estadio, la *auténtica* RSE es aquella que se dedica a actuaciones voluntarias de la empresa compaginando sus intereses competitivos con los intereses sociales, ambientales y humanos de su entorno.¹⁷ Entramos así en consideraciones de naturaleza ética que harían más legítima para la sociedad en su conjunto la obtención de beneficios empresariales y su maximización si se percibe la distinción de la misma por orientar sus intereses particulares a los intereses generales.

El propio artículo 45 de la Constitución española cuando establece que “todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”, predispone a dejar de observar este precepto como mera retórica constitucional. Nos referimos a la segunda proposición que contiene un valor de deber jurídico y que a nuestro modo de ver puede considerarse como el *fundamento jurídico originario de la intervención pública* en materia medioambiental. Por esta misma razón, estimamos que aquí reside la esencia de la intervención de los poderes públicos con instrumentos financieros en determinadas relaciones que pertenecen a la autonomía personal como son aquellas establecidas en la economía de mercado susceptibles de afectar el medio ambiente.¹⁸

17. ROSEMBUJ ERUJIMOVICH, T., “La responsabilidad social corporativa”, EL FISCO Editorial, Octubre 2006, http://www.elfisco.com/editorial/editorial.aspx?edi_ano=06&edi_mes=10.

18. En este sentido, entiende RODRÍGUEZ BEREJO, A., que “las normas que establecen deberes tienen valor y efectos jurídicos, por el fundamento que prestan a la intervención de los poderes públicos [...] contienen pues un mandato al legislador y a los poderes públicos, imponiéndoles pautas materiales de actuación y orientando el contenido del ordenamiento jurídico en el ámbito correspondiente”, “El deber de contribuir...”, op. cit., p. 26.

Así pues, la fundamentación jurídica de la intervención pública en la salvaguarda del bien medioambiental a través de medidas financieras se encuentra plenamente aceptada pues el artículo 45 constitucionaliza unos valores autorizando a la *acción pública*. Este aspecto se concreta cuando el apartado segundo del artículo 45 formula la obligación de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Esta función pública, tal y como señalamos en otro lugar, impone la actuación de la Administración sobre el comportamiento de los individuos, induciendo a un uso como propietario y como agente de mercado para la maximización de sus beneficios que implique la conservación del medio ambiente. En consecuencia, el crecimiento económico y la protección del ambiente no se conciben actualmente como fines antagónicos o excluyentes, sino como objetivos que deben compaginarse para procurar la calidad de vida.¹⁹

En la línea expuesta por FERNÁNDEZ AMOR, tal vez sea de difícil encaje la asunción de la RSE de forma voluntaria cuando estamos ante un derecho del ciudadano al medio ambiente y el deber de protección del mismo para los entes públicos, que concierne tanto al Estado como a las instituciones europeas. De esta forma, el ejercicio del *poder financiero* puede lograr el objetivo de protección medioambiental perseguido únicamente apelando al *fomento de la actuación del sector empresarial* en este sentido y su coordinación con los entes públicos.²⁰

En la discusión sobre la conveniencia o no de las políticas públicas en fomento de la RSE, partimos de la formulación hacendística de NEUMARK, quien invoca la neutralidad fiscal para evitar las consecuencias indeseadas que el impacto fiscal pueda conllevar a la competencia, lo cual “requiere que [...] el Estado se abstenga de toda intervención que perjudique el mecanismo de competencia del mercado, a menos que la intervención fuera indispensable para provocar correcciones de los resultados de la competencia perfecta, a las que por razones de rango superior se las considera necesarias, o

19. Cfr. PATÓN GARCÍA, G., “La fundamentación del uso de los tributos para la protección del medio ambiente”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* Nº27/1999, p. 175.

20. Vid. FERNÁNDEZ AMOR, J.A., “Reflexiones sobre el fomento público mediante medidas financieras...”, *op. cit.*, p. 12.

para suprimir o atenuar determinadas imperfecciones de la competencia”.²¹ En consecuencia, es patente que las intervenciones tributarias sólo gozan de una importancia secundaria en calidad de instrumentos de la política de crecimiento.²²

Al compás de estas consideraciones, respecto de la RSE se puede percibir un movimiento desde un *enfoque voluntarista* hacia un *enfoque reglamentista*, lo cual tampoco puede llevar únicamente a la autorregulación, sino a la intervención de los poderes públicos a través de cierta regulación de las decisiones empresariales sobre responsabilidad social. En efecto, pensamos que el enfoque de voluntariedad que caracteriza a la RSE no debe ser puro sino que precisa de un impulso reglamentista, que aboca al establecimiento de un marco regulador liderado fundamentalmente por países como Francia y Holanda, que vienen ensayando la adecuación de distinto tipo de regulación para incentivar la RSC.²³

De aquí que tal vez el aspecto más interesante venga representado por el impulso a la *cooperación entre los entes públicos y las empresas* en un objetivo común que puede tener unas repercusiones positivas, por un lado, a nivel de los resultados empresariales, en tanto se vincule la aportación voluntaria al desarrollo social con la competitividad empresarial y, por otro lado, superando la subordinación de la empresa al carácter prescriptivo de la norma jurídica. Así pues, la medida financiera prestaría un papel de fomento esencial en el aprovechamiento de las sinergias que emanan de la empresa hacia la protección de un interés que por su carácter “difuso”, como es el medio ambiente, puede quedar desprotegido si no se implican los sectores público y privado en su sostenibilidad.

21. NEUMARK, F., *Principios de la imposición* (Trad. E. Fuentes Quintana), 2ª edic., IEF, Madrid, 1994, p. 284, citado por PATÓN GARCÍA, G., “Las políticas fiscales y el Estado de bienestar”, CT N°21/2006, p. 109.

22. NEUMARK, F., *Principios de la imposición...*, p. 333 (vid. nota anterior).

23. Vid. DE LA CUESTA GONZÁLEZ, M., “El porqué de la responsabilidad social corporativa”, Boletín Económico de ICE N°2813, p. 54.

Con mayor amplitud, sobre las distintas acciones políticas adoptadas en países de nuestro entorno puede consultarse el documento “Políticas públicas y RSC. Políticas de incentivos” del Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa en la página web: http://www.observatoriorsc.org/descargas/archivos/noticias/Políticas_publicas_y_RSC.pdf.

Asimismo, la perspectiva más social o moral que invade el espíritu de la RSC, provoca una mínima intervención pública en el sentido de que debe actuar para equilibrar y corregir los defectos del mercado que deterioran un bien común como el medio ambiente, dirigiéndose al fomento, promoción y sensibilización social.²⁴ No se trata de saber cuál es la institución o el agente más adecuado para procurar la defensa de los intereses medioambientales.²⁵ En nuestra opinión, no cabe duda de que el papel estelar en estas lides lo tiene quien perjudica al entorno natural, redistribuyendo el coste a la sociedad en su conjunto si no se produce la asunción de un compromiso de RSE por parte del agente económico.

En estas circunstancias, la presencia de disposiciones jurídico-fiscales que incentiven la RSE debe mostrarse en sentido regresivo e ir desapareciendo paulatinamente a medida que se adoptan conductas proclives a la protección medioambiental por las empresas.²⁶ En otras palabras, se trata-

24. Defensores a ultranza del enfoque reglamentista de la RSE señalan que “el debate sobre la RSC no es otra cosa que el debate de las externalidades negativas de las actividades de la empresa sobre el medio ambiente y la sociedad [...] Por ello, resultaría incoherente que el Estado prescindiera de toda función y responsabilidad en cuanto al impacto de la empresa sobre estos bienes. [...] El Estado debe proteger a las “víctimas” de esas externalidades”, DE LA CUESTA GONZÁLEZ, M., “El porqué de la responsabilidad social corporativa”, op. cit., p. 56.

25. A pesar de ello, existen partidarios de la intervención pública en los temas ambientales, justificando el papel del Estado por considerarla como la institución más adecuada para determinar y defender la aplicación de un precio que incorpore el valor de la depreciación de los recursos renovables, y entre ellos, se cita destacadamente a los instrumentos tributarios en toda su gama. Un insigne hacendista como Pigou propugnaba esta tesis, sobre todo en los casos en que la actividad individual o empresarial produjese externos negativos y la perjudicada fuese la colectividad en su conjunto, de forma que quienes producían la externalidad negativa debían pagar un impuesto. Sobre ello ilustra YÁBAR STERLING, A., “Ética, Fiscalidad y Medio Ambiente”, op. cit, pp. 184 y 193.

26. Entiéndase que estas consideramos no ponen en duda, desde un punto de vista jurídico, la licitud y conveniencia de la imposición ambiental que se ha venido estableciendo como materia imponible tradicional de las Comunidades Autónomas en los últimos 20 años, como un instrumento de escaso peso recaudatorio en el conjunto de los recursos financieros de tales entes territoriales, causado precisamente por la autenticidad de la función ecológica que se les atribuye. Únicamente constatamos que el papel estímulo fiscal es un revulsivo a la concienciación medioambiental de la empresa y como tal persigue la provocación de una conducta “responsable socialmente” que debe asumirse como habitual sin que exista intervención pública.

ría de abogar por una iniciativa pública en la corrección de comportamientos antiecológicos a través de beneficios fiscales, mientras que habría que mantener una tributación ecológica de carácter preventivo que disuada de conductas empresariales que generen un riesgo o produzcan un deterioro medioambiental. En síntesis, estamos ante una manifestación más del sostenimiento de la unidad del ordenamiento financiero basada en el principio de solidaridad como criterio rector de la justicia en los ingresos y los gastos públicos, aspectos complementarios de una misma finalidad.

Por un lado, el establecimiento de tributos que gravan actividades perjudiciales para el medio ambiente puede fomentar de forma directa la RSE, pues encarece el coste de la actividad perjudicial y se fomentaría así el comportamiento adecuado. El problema es que el pago del tributo puede ser visto por la empresa como la contraprestación a la posibilidad de realizar su actividad productiva –siendo indiferente para la empresa el efecto contaminante de su actividad– y no se logre la RSE deseada. Por otro, el incentivo fiscal, instrumentado en cualesquiera modos jurídicamente posibles, supone un “estímulo que en relación con una determinada conducta puede provocar el reconocimiento de un *beneficio fiscal*”.²⁷ Así, la introducción de beneficios fiscales a la carga tributaria de determinadas figuras impositivas en tanto se adopta un comportamiento proclive a la protección medioambiental, posiblemente lleva consigo una función de promoción, apoyo o estímulo instrumental a la RSE, pero a costa de una reducción recaudatoria que sería asumida por el conjunto de los ciudadanos.²⁸

Por su parte, en el ordenamiento financiero español podemos distinguir una actuación desigual en relación con medidas dedicadas a la protección medioambiental, de forma que mientras que el Estado ha introducido medidas en el marco de la regulación de los tributos tradicionales, funda-

27. SOLER ROCH, M.T., *Incentivos a la inversión y justicia tributaria*, Civitas, Madrid, 1983, p. 49.

28. Asimismo, HERRERA MOLINA ha advertido que los beneficios fiscales ecológicos “pueden resultar contrarios al principio “quien contamina paga”, si incentivan conductas exigidas por la ley, pues, en tal caso, hacen recaer el coste de la protección ambiental obligatoria sobre el conjunto de los contribuyentes. En cambio, los tributos ambientales contribuyen directamente a realizar el principio “quien contamina, paga” a través de una estructura general que favorece las conductas favorables al medio ambiente”, *La protección fiscal del medio ambiente. Aspectos económicos y jurídicos* (Dir. Yábar Sterling, A.), Marcial Pons, 2002, p. 289.

mentalmente beneficios fiscales, las Comunidades Autónomas se han caracterizado por desarrollar su poder financiero a través del establecimiento de figuras relacionadas con el medio ambiente, dicho sea de paso, unas veces con mejor y otras con peor fortuna. Nos estamos refiriendo a los ejemplos de tributos que, a pesar de mostrar una exposición de motivos proclive a la protección medioambiental, no se han estructurado jurídicamente en consonancia a la realización efectiva de los principios orientadores en esta materia.

En general, el *incentivo público de la RSE* se encuentra estrechamente ligado a la política comunitaria de *ayudas de estado* aplicadas en materia del medio ambiente con dos premisas básicas insertas en las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente:

- a) Cuando en determinadas circunstancias específicas sea imposible la *integración total de costes*, en cuyo caso las ayudas pueden incitar a las empresas, como “*solución alternativa temporal*”.
- b) Cuando las ayudas tengan un *efecto incentivador*, especialmente para impulsar a las empresas a superar las normas o a realizar inversiones adicionales para que sus instalaciones sean menos contaminantes (apartado 18 de las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente).²⁹ E igualmente, en las actuales Directrices comunitarias en esta materia de 2008 se mantiene como principal objetivo del control de las ayudas estatales en el ámbito de la protección del medio ambiente alcanzar un *nivel superior de protección* al existente, priorizando los efectos positivos derivados de la aplicación del principio “quien contamina paga”, siempre que aquéllos sean de mayor entidad a los efectos negativos que eventualmente acarrearán las ayudas de estado respecto de la distorsión de la competencia (apartado 6).

Sobre la base de estas Directrices, nos adentramos en el análisis de los límites del Derecho UE a medidas fiscales con una posible incidencia en el ámbito de la RSE. Previendo, sin embargo, que el ejercicio de las competencias financieras todo lo más puede estimular la responsabilidad social de las empresas en materia medioambiental, es decir, la acción pública posee una *función, es de complemento* a la RSE.³⁰

29. DOCE C 37/3, de 3 de febrero de 2001.

30. FERNÁNDEZ AMOR, J.A., “Reflexiones sobre el fomento público mediante medidas financieras...”, op. cit., p. 15.

4. Límites del Derecho en la Unión Europea a los incentivos fiscales ambientales con incidencia en la RSE

En relación con las posibles medidas fiscales que pueden calificarse como ayudas de estado, debemos proceder de la siguiente manera: en primer lugar, analizar la medida de acuerdo a los requisitos para afirmar la condición de ayuda de estado; en segundo lugar, debe sopesarse, en caso afirmativo a la primera cuestión, si la ayuda de estado fiscal es ilícita o compatible con el ordenamiento comunitario, en especial, observar si falsea la competencia y afecta al intercambio entre Estados miembros de la Unión Europea; y, en tercer lugar, examinar los posibles efectos que puede conllevar dicha medida respecto de la RSE.

A pesar de que el art. 87 TUE declara “incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”, no se trata de una prohibición absoluta, pues se establecen determinadas excepciones entre las que se encuentran las intervenciones fiscales de este carácter en materia medioambiental.

El artículo 3 TCE es la referencia en relación con el primer aspecto mencionado al establecer la necesidad de que las condiciones de competencia sean tales, que la producción y distribución de bienes y servicios deberán tener lugar conforme al libre juego de la oferta y la demanda. Por otro lado, la necesidad de afectación o posible afectación al comercio entre los Estados miembros se cumple también cuando la medida en cuestión afecta a las condiciones de establecimiento y competencia en el mercado común. Por ello, no es indispensable que las ayudas beneficien a empresas que lleven a cabo actividades transfronterizas, sino que también alcanza a empresas que desarrollen una actividad de ámbito geográfico local –como es el caso.

Aun así, la imposición medioambiental puede caer dentro de la órbita de las excepciones que permiten considerar lícita una ayuda de estado a pesar de cumplir los requisitos del artículo 87. Estos supuestos serían aquellos en que la ayuda se catalogase como de importancia menor, poco significativa o con efectos muy limitados en la competencia (“de *minimis*”). Ahora bien, la interpretación que el TJCE ha realizado de estas excepciones ha sido muy restrictiva.

En la Sentencia Demesa/Diputación Foral de Álava de 11 de noviembre de 2004 (As. C-183/02), el TJCE dijo expresamente que “las ayudas de Estado se califican por sus *efectos*”, siendo lo fundamental, según la Sentencia de 19 de septiembre de 2000 (As. C-156/98) “que se refuerce la posición de una empresa en relación con las empresas competidoras”. Como dice la Sentencia Ladbroke Racing contra Comisión de 16 de mayo de 2000 (C-480/98), el concepto de ayuda, pese a su amplitud, es un concepto objetivo que depende únicamente de si una medida estatal confiere o no una ventaja a una o varias empresas.

En cuanto al *ámbito objetivo de la noción de ayuda*, la Comisión en Comunicación efectuada en virtud del art. 6.5 de la Decisión 2495/96/CE, señaló que “la noción de ayuda se refiere no solamente a la ayuda activa, sino que también incluye cualquier medida que suponga para una empresa la eliminación de una carga que en caso contrario debería soportar”. Así pues, estamos ante un concepto amplio que podría abarcar a condiciones favorables que un impuesto medioambiental desencadenara para determinadas empresas o bien, de forma destacada, la concesión de beneficios fiscales de todo tipo, a los que se refiere la Sentencia Italia/Comisión.

No obstante, el uso de incentivos fiscales parece ser más operativo desde el punto de vista de su fundamentación política, de forma que el entusiasmo político que se percibe por su mantenimiento se justifica en tanto contribuyen a crear un clima favorable entre el mundo empresarial, aunque supongan una reducción de la capacidad recaudatoria y, por tanto, de programas gubernamentales.³¹ De este modo, y desde un punto de vista estrictamente jurídico, la relevancia de los beneficios fiscales se sitúa en la *pretensión o el objetivo de la medida* y no en la magnitud del efecto de la misma, aspecto que interesa más a nuestra argumentación desde un punto de vista

31. A título ilustrativo, en EE.UU. se ha producido un uso desmedido de los incentivos fiscales para empresas, llegando a constituirse en un instrumento utilizado por los distintos Estados de la federación para influir en la localización de las empresas. A pesar de ello, no existe una constatación empírica de la eficacia de los incentivos fiscales como instrumento de localización. En este sentido, el incentivo fiscal es algo con lo que se encuentra la empresa una vez tomada la decisión de localización, pero que en definitiva le supondrá un notable aligeramiento de su carga impositiva. Vid. LOPE CUFÍ, O., “Beneficios fiscales en el Impuesto sobre Sociedades como ayudas de Estado”, QF N°19/1997, BIB 1997\1121, in fine.

ético y su posible incidencia en el comportamiento de las empresas. Incluso también podemos referirnos al poder tributario de las Comunidades Autónomas, ejercido como se ha dicho esencialmente en materia medioambiental, que pueden adoptar medidas fiscales como exenciones en sus impuestos propios susceptibles de calificarse como ayuda de estado, en tanto favorecen a ciertas empresas o producciones, excluyendo a priori, a otras.

No obstante, dicha calificación exige que se encuentre rodeada de cierta prudencia en lo que se refiere a las medidas fiscales medioambientales.³² Así, el hecho de que determinadas empresas o sectores se beneficien más que otras de algunas medidas fiscales no significa necesariamente que dichas medidas entren en el ámbito de aplicación de las normas de competencia en materia de ayudas estatales. Además, los incentivos fiscales destinados a las inversiones medioambientales –o cualesquiera otras motivaciones– sólo favorecen a las empresas que llevan a cabo tales inversiones, sin que por ello sean necesariamente constitutivos de ayudas estatales.³³

La llamada a la prudencia en cuanto atañe a la calificación de ayuda de estado de las medidas fiscales medioambientales se materializa a la vista de la jurisprudencia comunitaria que no ha aceptado la invocación abstracta de la protección del medio ambiente como excepción del art. 87.3 que faculta a la Comisión para declarar la compatibilidad de determinadas ayudas de estado (Sentencia de 29 de abril de 2004, As. C-159/01), si bien se ha admitido aunque en términos muy restrictivos como *excepción* “la *preservación de la naturaleza y estructura del sistema tributario*” por la Comisión en la Comunicación 98/C 384/03.

Por otro lado, la selectividad de una ayuda de estado ha venido a ser aclarada a través de la STJCE del caso Azores de 6 de septiembre de 2006, en que se confronta el fenómeno de la selectividad territorial con la existencia de autonomías regionales: para que las medidas fiscales generales aplicables en una parte del Estado miembro no sean consideradas *per se* ayudas selectivas territoriales, deberán reunir tres requisitos: 1) la autoridad

32. Tal y como ha señalado GARCÍA NOVOA, C., “Reflexiones sobre los impuestos propios de carácter medioambiental en el ámbito de la tributación autonómica”, en *La financiación autonómica en los Estatutos de Autonomía* (Dir. Pita Grandal, A.M.), Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 448-449.

33. Comunicación sobre ayudas estatales relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas, op. cit., apartado decimocuarto.

regional que las adopta debe disfrutar de una autonomía política y administrativa con relación al Gobierno central; 2) deberá tener la posibilidad de adoptar esas medidas fiscales sin que el Gobierno central intervenga directamente; 3) las instituciones regionales deberán asumir enteramente las consecuencias financieras y políticas de la modificación del gravamen del impuesto que apliquen a las empresas radicadas en su territorio. No serán posibles, por tanto, compensaciones por parte del Gobierno central.³⁴

Asimismo, es posible establecer ayudas en los ámbitos relacionados que, indirectamente, puedan conseguir la asunción por la RSE en materia de medio ambiente, es decir, la RSE o cambio en la filosofía empresarial es concebido como un efecto colateral de la financiación pública de objetivos medioambientales.

La orientación de las autoridades europeas está en la línea restrictiva de cuantas medidas, incluso fiscales, supongan una ayuda estatal en materia relacionada con el medio ambiente. Así, en las Directrices comunitarias se señala que algunas ayudas pueden resultar contrarias a los objetivos de desarrollo sostenible. En este sentido, las ayudas medioambientales se admiten como instrumento incentivador de conductas protectoras del medio ambiente o facilitador de la introducción progresiva del principio “quien contamina paga”, llegando después a su plena aplicación.³⁵

Las ayudas de estado en materia medioambiental deben responder a una doble exigencia al servicio del control de la política de ayudas estatales: a) por una parte, garantizar el funcionamiento competitivo de los mercados, promoviendo a la vez la realización del mercado interior y una mayor competitividad

34. Recientemente, la SJCE de 11 de septiembre de 2008, Asuntos acumulados C428/06 a C 434/06, reitera los elementos interpretativos sobre la selectividad de una medida tributaria que se estima ayuda de estado, al hilo del enjuiciamiento del artículo 2, apartado 6, de la Norma Foral 7/2005, que modifica el artículo 37 de la Norma Foral 3/1996 y prevé una deducción de la cuota líquida del 10% del importe de las inversiones que se realicen en activos fijos materiales nuevos afectos al desarrollo de la explotación económica de la entidad. El apartado 7 del mismo artículo 2 modifica el artículo 39 de la Norma Foral 3/1996 y prevé una deducción de la cuota líquida del 10% de las cantidades que, procedentes del resultado contable del ejercicio, se destinen a una “reserva para inversiones productivas y/o reserva para actividades de conservación y mejora del medio ambiente o ahorro energético”.

35. Vid. RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M., *La alternativa fiscal verde*, op. cit., p. 210.

de las empresas, b) por otra, garantizar la integración de las exigencias de protección del medio ambiente en la definición y la ejecución de la política de competencia, especialmente para fomentar el desarrollo sostenible.³⁶

En cualquier caso, las ayudas estatales para la protección del medio ambiente serán compatibles con el derecho comunitario, tras pasar la prueba de sopesamiento, siempre que se concluya un efecto de incremento de las actividades de protección ambiental que “no afecten de forma adversa las condiciones de los intercambios comerciales en grado contrario al interés común” (apartado 71 Directrices comunitarias).

Ello evidencia que en las ayudas públicas a la protección del medio ambiente confluyen dos principios comunitarios que deben cohonestarse: por un lado, el desarrollo equilibrado territorial y sectorialmente precisa de ayudas públicas que lo incentiven y posibiliten, pero, por otro, estas concesiones pueden colaborar al falseamiento de la libre competencia entre los agentes económicos. Por esta razón, la ayuda de estado únicamente puede observarse como un revulsivo a la RSE, en razón de las restricciones interpretativas establecidas en su aplicación.

Desde el punto de vista del gasto público, es posible la subvención de comportamientos concretos que puedan provocar indirectamente una actuación responsable de la empresa respecto del medio ambiente. Ahora bien, la voluntariedad inicial para cooperar con los entes públicos en la consecución del interés general (bien público medioambiental) se convertiría en obligatoriedad e imposición de comportamientos una vez se obtienen recursos públicos, alejándose el concepto de *softlaw* y pasando al tradicional *hardlaw*.³⁷

Un caso paradigmático en España ha sido la *deducción por inversiones medioambientales* que se encuentra regulada en el artículo 39 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) y los artículos 33 a 38 del Reglamento del Impuesto (RIS). Este incentivo opera de manera que las empresas que realizan inversiones en inmovilizado material consistente en instalaciones destinadas a la protección del medio ambiente pueden

36. CÁRDENAS ORTIZ, R.M., “Ayudas de estado a favor del medio ambiente: Comentarios en relación a las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales a favor del medio ambiente”, *Revista de Estudios Jurídicos*, N°4/2003, p. 29.

37. FERNÁNDEZ AMOR, J.A., “Reflexiones sobre el fomento público...”, op. cit., p. 25.

deducir un porcentaje del Impuesto de sociedades. El porcentaje deducible de la cuota íntegra del impuesto para inversiones destinadas a la protección del medio ambiente era del 10% del importe total de la inversión. Este porcentaje se mantuvo constante hasta 2006, momento en que, con la aparición de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, se fue reduciendo dos puntos cada ejercicio. En 2010 este porcentaje era del 2%. Posteriormente, con la Ley de Economía Sostenible 2/2011, este porcentaje se ha visto incrementado hasta el 8% por las inversiones realizadas en el período impositivo iniciado a partir de la entrada en vigor de esta ley. De acuerdo con el artículo 92 de dicha Ley, a partir del 1 de enero de 2011:

si el inicio del período impositivo es anterior a la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible, se podrá aplicar una deducción del 8% a las inversiones realizadas a partir del 1 de enero de 2012. En este caso, las inversiones puestas en funcionamiento en 2011 tendrán derecho únicamente a una deducción del 2%; Si el inicio del período impositivo es posterior a la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible (6 de marzo de 2011), las inversiones realizadas en este período tendrán derecho a una deducción del 8%.

Las dos modalidades que sustentan los presupuestos de hecho de la deducción son: 1) la inversión en bienes del activo material destinadas a la protección del medio ambiente y aquéllas destinadas al aprovechamiento de fuentes de energía renovable y 2) la inversión en nuevos vehículos de transporte por carretera. Se trata, pues, de incentivos fiscales a la utilización de energías ecológicamente adecuadas en un tributo estatal que tienen su fecha de caducidad el 31 de diciembre de 2010. La incidencia de este incentivo se puede considerar significativa, a la vista del número de contribuyentes que lo han utilizado. Según la Memoria de la Administración Tributaria española el número de declarantes que se aplicaron el incentivo ha pasado de 3.367 en el año 2000 a 5.676 en 2007. En cualquier caso, se trata de una deducción del IS con una vigencia temporal, pues la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley 35/2006, de 29 de noviembre, derogó el artículo 39 del TRLIS con efectos para los ejercicios impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2011.

Las deducciones del TRLIS incentivan el uso de tecnologías menos contaminantes en las empresas y, por tanto, procuran el aprovechamiento racional de los recursos naturales, pero podría ser mayor para continuar con los buenos resultados que hasta la fecha se han obtenido. Así, habida cuenta el elemento objeto de la inversión que cubre el incentivo fiscal se encuentra

vinculado a la novedad del medio de transporte afecto a la empresa. De este modo, en la opción entre invertir en un vehículo nuevo o bien sustituir los mecanismos de propulsión de sus vehículos por otros menos contaminantes (ej. la utilización de gas natural en lugar de hidrocarburos), la decisión empresarial se encaminará a la primera disyuntiva, no obstante la segunda puede que resulte la eficientemente más adecuada para el medio ambiente, porque no supone desechar un vehículo y la generación de residuos de todo tipo que contiene el mismo. Precisamente éste es uno de los requisitos de aplicación de la primera modalidad de bonificación, mientras que para los supuestos de adquisición de maquinaria industrial con el mismo fin medioambiental no estipula dicha restricción.

Pues bien, las deducciones por inversiones medioambientales en IS, aunque cumplen algunos requisitos para su consideración como ayuda de estado, no pueden considerarse como tales pues “nos encontramos ante una medida general, dirigida a conseguir un objetivo de política económica y de la que puede beneficiarse cualquier empresa establecida en nuestro territorio”, es decir, no es selectiva “de facto” en el sentido de favorecer determinadas empresas o producciones.³⁸ Circunstancia que sí se produciría en el caso en que los beneficios fiscales sean aplicables a empresas que se dedican al sector medioambiental, porque en este caso se estaría favoreciendo inequívocamente a “determinadas empresas o producciones” y, por tanto, tales deducciones constituirían ayudas fiscales de estado.³⁹

En línea con el argumento de acometer una reforma fiscal integral con un papel ambiental, “la justificación económica de esta deducción es procurar un *incentivo fiscal que complementa la imposición medioambiental* que han desarrollado las Comunidades Autónomas. De tal forma, que los tributos medioambientales al incorporar el coste social por el daño causado, a la estructura de costes de las empresas asignan producciones más eficientes y

38. MARTÍN FERNÁNDEZ, J., “La deducción por inversión en bienes ambientales a la luz del principio ‘quien contamina paga’ y la prohibición de ayudas de estado”, en *Estudios sobre fiscalidad de la energía y desarrollo sostenible* (Falcón y Tella, Dir.), IEF, Madrid, 2006, p. 130. También ha sostenido esta postura con anterioridad, HERRERA MOLINA, P.M., *Derecho tributario ambiental*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 313.

39. MARTÍN FERNÁNDEZ, J., “La deducción por inversión en bienes ambientales a la luz del principio ‘quien contamina paga’ y la prohibición de ayudas de estado”, *últ. op. et loc. cit.*

si las empresas desean aumentar su producción con el objetivo de aumentar su beneficio sin aumentar los costes tributarios asociados, deberán invertir en bienes que disminuyan su contaminación y además estén subvencionadas por esta deducción”.⁴⁰

En principio, es preciso distinguir entre meras técnicas desgravatorias y beneficios fiscales. Las primeras son un puro reflejo del objeto imponible delimitado por el legislador, a diferencia de los *beneficios fiscales* que constituyen una excepción al régimen ordinario del tributo, un tratamiento más favorable para determinados supuestos de hecho, con principios propios basados en *funciones de promoción*.⁴¹

Por definición, el principio “quien contamina paga” que enuncia el artículo 172 TUE, como uno de los principios en que ha de basarse la política de la Comunidad en materia de medio ambiente, *se opone, por regla general, a la concesión de beneficios fiscales a favor de las entidades contaminantes*, puesto que en otro caso serían el resto de los contribuyentes los que terminarían pagando el coste de adaptación a la normativa ambiental. No obstante, esta regla no debe ser entendida de forma absoluta y se admiten excepciones que encuentran su justificación en la propia Constitución.

La finalidad de todo tributo ecológico o medida tributaria con ese fin ha de preservar el medio ambiente de conductas perjudiciales y se persigue repartir entre los agentes contaminantes el coste de los servicios destinados a proteger o restaurar el medio ambiente. Pues bien, como señala CASTILLO LÓPEZ, la reglamentación directa obliga a las empresas a reducir la contaminación, pero no incentiva a hacerlo más allá de lo que dichas normas

40. GUTIÉRREZ LOUSA, M., “Deducciones de la cuota del Impuesto sobre Sociedades”, en *El Impuesto sobre Sociedades y su reforma para 2007*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 484. También HERRERA MOLINA, P.M. se ha pronunciado adjudicando a tales beneficios la naturaleza de subvención, “Desgravaciones tributarias y protección del medio ambiente (análisis a la luz de los principios constitucionales y del derecho europeo)”, en *Fiscalidad ambiental* (Yábar Sterling, A., Dir.), Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 135 y 144. En este sentido, diversos autores se hacen eco de la tendencia a la reducción recaudatoria que ello provoca en la imposición directa que debería ser compensada por el establecimiento de impuestos medioambientales, RUBIO GUERRERO, J.J., NEGRÍN, J.A., “La fiscalidad medioambiental en un contexto de reforma tributaria fundamental: el caso español”, op. cit., p. 74.

41. FICHERA, F., *Le agevolazioni fiscali*, Cedam, Padova, 1992, p. 56.

puedan establecer.⁴² En otras palabras, se trata de determinar si las medidas fiscales son aptas para intensificar la protección del medio ambiente acudiendo a un cambio de conducta de las empresas, modificando así las pautas de crecimiento económico o la limitación de la libertad para disponer de los recursos naturales.⁴³ En este sentido, el impuesto estructurado de acuerdo a los principios medioambientales constituye un elemento disuasorio para las empresas de conductas acordes conforme a la protección del entorno natural pues soportarán menor carga fiscal. Así, la función del impuesto ambiental de “riesgo” tiene la característica de modificar las conductas individuales del sector empresarial hacia comportamientos responsables con el medio.

Entendemos que la RSE en materia medioambiental debe ligarse muy estrechamente al concepto de “sostenibilidad” o “desarrollo sostenible” que convoca a no agotar los recursos disponibles en las necesidades del presente y a no comprometer los recursos que precisarán en el futuro otras generaciones. Y ello en sintonía con las consideraciones éticas a las que ya hicimos referencia con el fundamento intrageneracional de la protección medioambiental. Por ello, el crecimiento económico y la competitividad empresarial conviene que se desarrollen con el límite que impone ser responsable socialmente con el medio ambiente, entre otras vertientes como las relaciones laborales o la sociedad en su conjunto.

Desde esta perspectiva, los beneficios fiscales medioambientales han de concebirse como instrumentos que fomentan el desarrollo sostenible, puesto que se articulan como medidas de protección a través del fomento de una actividad económica orientada a prevenir necesidades del futuro, al tiempo que se incentivan conductas que la tutela medioambiental exige.⁴⁴

Pero nuestra pregunta desde la perspectiva de la RSE es si de acuerdo al espíritu de la misma, las deducciones con objeto establecido son lícitas. ¿Es justificable desde el plano de la responsabilidad social de la empresa el incentivar una conducta que corresponde al compromiso ínsito que la

42. CASTILLO LÓPEZ, J.M., *La reforma fiscal ecológica*, Ecorama, Granada, 1999, p. 90.

43. CANOSA USERA, R., “La incorporación de intereses ambientales en los ordenamientos jurídicos”, en *La protección fiscal del medio ambiente. Aspectos económicos y jurídicos* (Dir. Yabar Sterling, A.), Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 34-35.

44. Vid. en este sentido, PONS FRANCO, E., “Notas sobre el sistema fiscal español y los beneficios fiscales medioambientales”, en *Temas actuales de Derecho Tributario* (Dir. González García, E.), Bosch, Barcelona, 2005, pp. 307-308.

entidad adquiere con la sociedad? El riesgo que se corre con la postura legal de premiar con medidas de carácter tributario la actuación medioambiental adecuada de los agentes económicos es que puede llegar a instaurarse el pensamiento de un principio tal, vulgarmente denominado “quien descontamina cobra”, siendo una obligación que debe asumirse voluntariamente por los agentes económicos. La respuesta, no exenta de un debate encendido, se encuentra en determinar si el gasto fiscal es necesario, adecuado y proporcionado para un fin contemplado en la Constitución como es la protección medioambiental, al hilo también de lo establecido para la compatibilidad de tales beneficios con los controles de ayudas de estado en el derecho comunitario, que contrae a la observancia de los apartados 155 a 159 de las Directrices comunitarias de ayudas estatales en favor del medio ambiente de 2008.

5. Conclusiones finales sobre la orientación actual de la RSE

Ciertamente resulta complicado delimitar los espacios en los que han de actuar los entes públicos en su labor de incentivar a las empresas para la consecución de los fines propios del interés público, como el tema medioambiental, adoptando criterios de RSE. En el fondo estamos ante un viejo problema: hasta dónde llega el derecho y hasta dónde llega un comportamiento ético. Lo que hemos tratado de examinar es la cuestión relativa a la Ética como complemento del Derecho, si bien desde una determinada doble perspectiva: primero, en cuanto que se extiende sobre un ámbito más amplio al que no llega el Derecho; y, segundo, en cuanto a su propia naturaleza, al afectar directamente a la libertad del individuo en su política empresarial.

Los códigos morales abarcan un área más extensa y son más exigentes que el derecho. En consecuencia, al radicar la ética en el ámbito interno del individuo, únicamente la convicción moral de que unas formas de actuar son más humanas que otras puede garantizar que las personas actúen en ese sentido.

Siendo ésta la situación de partida, el cometido del Derecho Tributario Medioambiental ha de orientarse a la aplicación práctica de unos principios jurídicos esenciales como son: la prevención, la reducción de la contaminación en la fuente y la precaución.⁴⁵ Pero es la prevención o aliento

45. El principio de reducción o corrección en la fuente tiende a la eliminación de la contaminación allí donde se origina, mientras que el principio de precaución resulta muy

a la preferencia por anticipar alternativas a la aparición de los conflictos ambientales y el eventual daño que puede provocarse al entorno natural, el principio que inspira y orienta la actuación acorde con la RSE en materia medioambiental. Si bien puede tener también efectividad la RSE al determinar decisiones empresariales que conlleven la modificación de las actividades productivas que comporten un daño ambiental, esta vez revelando la influencia del principio de reducción o corrección en la fuente.

En ocasiones, como se ha podido observar, el “retórico” objetivo de protección medioambiental se emparenta con la licitud del fomento público a la RSE. Así, en nuestra opinión, en tanto no se verifique que existe una verdadera finalidad medioambiental en el instrumento fiscal utilizado, se abre paso al ámbito de la RSE propiamente dicha sin incentivos de naturaleza pública desde una vertiente financiera.

Mucho puede decirse de la adecuación de la estructura jurídica de un impuesto ambiental a los principios que lo inspiran, pero es preciso que la regulación con fin medioambiental sirva *de hecho* –no en espíritu o propósito–, es decir, que sea coherente la finalidad y la articulación que se plasma legalmente del mismo. Exclusivamente en estas condiciones, el impuesto auténticamente medioambiental, de carácter preventivo y de orientación disuasiva de conductas perjudiciales para el medio ambiente, fomenta y colabora en una mayor consecución de RSE. Ahora bien, la realidad demuestra que el impuesto ambiental persigue la interiorización aproximada de los costes medioambientales, es decir, el establecimiento de una *asunción estándar* del coste mínimo por los perjuicios ocasionados a la sociedad y, en concreto, al medio ambiente, a través de una distribución socialmente aceptable del coste de la preservación de unos niveles de calidad ambiental y, por tanto, el efecto sobre la RSE es más limitado pues los objetivos de un impuesto ambiental son menos ambiciosos, ya que actuará de forma correctiva sobre las conductas perjudiciales para el medio ambiente. Al contrario, las deducciones fiscales medioambientales, que se establezcan en impuestos recaudatorios, como los analizados en el IS, tienen una finalidad más ambiciosa, encaminando a acciones acordes a la RSE, pero que deben utilizarse por las políticas públicas con la necesaria cautela, no sólo en razón

próximo al anterior al estar enfocado a prevenir un riesgo inminente, inmediatamente previo al deterioro de las condiciones ambientales existentes.

de su adecuación y proporcionalidad a los beneficios medioambientales perseguidos, sino también por la excepcionalidad con que se establecen para la aplicación del principio “quien contamina paga” que puede desvirtuar el sentido del mismo como se ha dicho anteriormente, y con ello, la función recaudatoria de un impuesto pilar del sistema tributario como el IS.

En este sentido, debemos abundar en que si bien el principio “quien contamina paga” se ha erigido en la fundamentación básica de la tributación medioambiental, la proliferación de políticas públicas de corrección y prevención del medio ambiente debe *restringirse* en la medida en que la tendencia de subvencionar al contaminador, tal y como actúan los beneficios fiscales medioambientales, puede crear la sensación de que cobra más el que más paga. De esta forma, la RSE se fomenta con este *instrumento fiscal* que debe ser usado por esta razón con cierta *prudencia*. Y en esta línea se ha constatado cómo las Directrices comunitarias convocan a la reducción de las ayudas de estado fiscales en materia medioambiental como evidencia el propio título del *Plan de Acción de Ayudas Estatales – Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005-2009*.⁴⁶

Todo ello en la línea del enfoque de la voluntariedad que inspira la RSE y el beneficio que esta estrategia puede suponer para el negocio, al estimular los beneficios, las empresas por sí mismas deberán tender a adoptar estas estrategias, entre las cuales el medio ambiente ha adquirido el papel protagonista. La acción pública debe priorizar que las empresas incorporen criterios de RSC a su gestión, pero las políticas de promoción hacia una forma de gestión más responsable con la sociedad y el medio ambiente pensamos que deben disminuir ulteriormente una vez se encamine este proceso.

Como puede percibirse, se trata también de una labor de concienciación favorable hacia la RSE desde la postura de intervención pública, en la que el agente económico termine por constatar que la RSE es un activo de la empresa en el largo plazo a través de criterios estratégicos responsables; en primer lugar, por exigencia legal, y en un estadio posterior por exigencia de los consumidores e inversores, lo cual obligará al resto de agentes competidores a incorporar medidas de gestión responsable. En definitiva, parece que la iniciativa voluntaria de las empresas es necesaria pero ha de venir respaldada

46. COM (2005) 107 final.

de una política pública adecuada que propicie, fomente y genere este cambio social empresarial y entre ellas los beneficios fiscales a la inversión en activos medioambientales puede ser uno de los instrumentos idóneos.

Cuestión distinta es la actuación empresarial sobre la imposición en términos generales, de forma que desde un punto de vista ético, la empresa no debería incurrir en comportamientos que supusiesen menos carga impositiva que aquella a la que la ley obliga, terreno éste arduo y peliagudo en tanto entramos en cuestiones de fraude o posible evasión fiscal. Pero, en cuanto a nuestro tema afecta, consideramos un comportamiento empresarial adecuado a criterios de RSE, por un lado, en tanto no haga un uso fraudulento de los beneficios fiscales medioambientales dispuestos legalmente a su alcance, y, por otro, en razón de que contribuya a sus obligaciones fiscales de finalidad medioambiental de forma que con el paso del tiempo vaya disminuyendo la cuota tributaria de forma paulatina, lo cual significará que contamina menos y, en consecuencia, una mayor concienciación acerca de los criterios de RSE en materia medioambiental.

No obstante, el protagonismo de la RSE medioambiental se ha visto condicionado por la situación acuciante de crisis económica generalizada que sufren los países desarrollados de la OCDE. Probablemente, la práctica socialmente irresponsable de los agentes económicos consistente en ubicar sus rendimientos en paraísos fiscales ha conducido a un descrédito de la RSE o más bien una reorientación de su papel hacia la lucha contra el fraude fiscal y la obtención de mayores recursos financieros. Así, la incentivación de RSE se observa como un paliativo de las prácticas de evasión fiscal, cuestión que debe instrumentarse, de un lado, ofreciendo la debida relevancia al cumplimiento de los deberes fiscales por parte de las empresas, y de otro, estableciendo incentivos fiscales que premien a las empresas que realicen funciones de interés público.⁴⁷ De hecho, indirectamente, las empresas que integran el llamado Tercer Sector colaboran en la reducción de los déficits de las economías nacionales en tanto y en cuanto permiten un ahorro de gasto público.

47. Así se ha pronunciado RUIZ GARIJO, M., “Más de diez años de Responsabilidad Social Empresarial. ¿Para cuándo su regulación jurídica y el establecimiento de incentivos fiscales?”, GEZKI, N°7/2011, p. 37.

En este sentido, la fiscalidad ambiental ha recobrado un nuevo impulso debido a las Recomendaciones del Consejo de la Unión Europea formuladas en un Dictamen sobre el Programa Nacional de Reforma presentado por el Gobierno de España el pasado 10 de julio de 2012. Este documento supone una directriz acerca de las medidas fiscales –entre otras– que debían ser acometidas por el Estado español para una reforma fiscal que favoreciese el crecimiento económico y la contención del déficit. Las indicaciones de las instituciones europeas se encaminan en tres frentes: 1º) el análisis de las modificaciones normativas para evaluar la mejora en la eficiencia del sistema tributario; 2º) el estudio de la incidencia y problemas jurídicos que generan las nuevas figuras tributarias hacia las que se reorienta la presión fiscal de nuestro sistema; y 3º) el examen de las consecuencias jurídicas que el gravamen de actividades perjudiciales para el medio ambiente puede tener en la financiación del Estado de bienestar. Justamente, en este último aspecto insiste la Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2013 de España de mayo de 2013 que exige la adopción de medidas adicionales en materia de impuestos medioambientales.⁴⁸

Se aprecia, pues, que la ordenación de la fiscalidad ambiental iría vinculada más al objetivo de asegurar el crédito tributario y evitar riesgos en relación con el aprovechamiento indebido de beneficios fiscales. La opción del establecimiento de incentivos fiscales a la RSE medioambiental no parece caber en el panorama de los sistemas tributarios actuales de Europa con maltrechas economías. De este modo, la inversión medioambiental de una empresa supone una actividad socialmente responsable pero que no se ve compensada por las políticas públicas.

Como hemos reseñado, el ocaso actual de los incentivos fiscales ambientales en los países desarrollados no significa que la RSE esté siendo

48. En concreto, el punto 2 de las Recomendaciones del dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2016, {SWD (2013) 359 final} Bruselas, 29.5.2013, COM (2013) 359 final, señala: “Llevar a cabo una revisión sistemática del sistema tributario para marzo de 2014; considerar una mayor limitación de los gastos fiscales en la imposición directa, explorar el margen existente para una mayor limitación de la aplicación de los tipos de IVA reducidos y adoptar medidas adicionales en lo que respecta a los impuestos medioambientales, sobre todo los impuestos sobre los carburantes; adoptar medidas adicionales para reducir el sesgo en favor del endeudamiento en el impuesto de sociedades; intensificar la lucha contra la economía informal y el trabajo no declarado”.

relegada, sino que su función se focaliza ahora en una recuperación de la misma a partir de los Códigos de conducta de la Unión Europea en materia de fiscalidad empresarial como instrumento de lucha contra la competencia fiscal perniciosa. De hecho, un enfoque pluridimensional puede localizarse en el documento de la Comisión europea *Communication on a renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility*⁴⁹ donde contempla “los derechos humanos, las prácticas de trabajo y de empleo [...], las cuestiones medioambientales (como la diversidad, el cambio climático, el uso eficiente de los recursos, la evaluación del ciclo de vida y la prevención de la contaminación) y la lucha contra el fraude y la corrupción”. En concreto, la Comisión europea se propone mejorar la divulgación empresarial de información de carácter social y medioambiental, para fomentar la asunción de responsabilidades por las empresas. La filosofía gira en torno a la imagen de la empresa que se vería beneficiada si se elabora una propuesta legislativa sobre la transparencia de la información social y medioambiental que ofrecen las empresas en todos los sectores, tal y como plantea la Comisión. Como señala GRAU RUIZ, en este contexto “las empresas gozarían de mayor seguridad jurídica y tributarían conforme a su capacidad económica real, las organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil verían desaparecer los *offshore tax dodges*, y las autoridades tributarias, con sus modelos de *enhanced relationship*, podrían dedicar sus escasos medios a casos graves de lucha contra el fraude”.⁵⁰

En este contexto, la adopción de medidas de naturaleza fiscal se significa por una función de promoción y desarrollo de la economía, perseguida de manera acuciante por los Estados ante la búsqueda de respuestas eficaces que encaminen los esfuerzos institucionales hacia un crecimiento económico sostenible y la necesidad de consolidar una recaudación fiscal frente a la crisis económica. En nuestra opinión, el problema medioambiental es una cuestión de carácter global y requiere, pues, de soluciones globales, por ello se precisa de la implicación del máximo número de países.

49. COM (2011) 681 final of 25.10.2011.

50. GRAU RUIZ, M.A., “Una medida todavía insuficientemente explorada en la lucha contra el fraude fiscal en su dimensión internacional: la transparencia en el cumplimiento de obligaciones tributarias a través de la responsabilidad social empresarial”, *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, N°1/2013, pp. 38-39.

Finalmente, acudiendo al papel del impuesto en la democratización de los Estados es esencial recordar su función redistributiva, como mecanismo de búsqueda de igualdad real y efectiva, junto con el rol de responsabilidad social que se propugna con tales impuestos al punto de incorporar la función medioambiental. Por ello, no puede dejar de recordarse que el papel del tributo ha de ser considerado esencial como instrumento para lograr la igualdad real y efectiva, en tanto y en cuanto puede materializar la distribución equitativa de la renta y riqueza y alcanzar así objetivos de política económica y social como es la protección del medio ambiente.⁵¹

Bibliografía

- CANOSA USERA, R., “La incorporación de intereses ambientales en los ordenamientos jurídicos”, *La protección fiscal del medio ambiente. Aspectos económicos y jurídicos* (Dir. Yabar Sterling, A.), Marcial Pons, Madrid, 2002.
- CÁRDENAS ORTIZ, R.M., “Ayudas de estado a favor del medio ambiente: Comentarios en relación a las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales a favor del medio ambiente”, *Revista de Estudios Jurídicos* N°4/2003.
- CASTILLO LÓPEZ, J.M., *La reforma fiscal ecológica*, ECORAMA, Granada, 1999.
- DE LA CUESTA GONZÁLEZ, M., “El porqué de la responsabilidad social corporativa”, *Boletín Económico de ICE* N°2813.
- DE PRADA GARCÍA, A., “Justicia y protección fiscal del medio ambiente”, *Fiscalidad Ambiental* (Dir. Yabar Sterling, A.), Cedecs, Barcelona, 1997.
- DE VICENTE Y HURTADO, J.J., “Ética y medio ambiente”, en *Ética y responsabilidad social de la empresa* (Dir. Guarnizo García, J.V.), Toledo, 2008.
- Documento “Políticas públicas y RSC. Políticas de incentivos” del *Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa* en la página web:

51. Nos permitimos remitir sobre estos temas a nuestro trabajo “Una apuesta por el establecimiento de impuestos verdes en países emergentes y en desarrollo”, *Policy Paper* N°22, Fundación Friedrich Ebert, FES-ILDIS, Quito, Abril 2012, p. 17.

- http://www.observatoriorisc.org/descargas/archivos/noticias/Politicass_publicas_y_RSC.pdf
- FERNÁNDEZ AMOR, J.A., “Reflexiones sobre el fomento público mediante medidas financieras de la Responsabilidad social empresarial relacionada con el medio ambiente”, *Nueva Fiscalidad*, Nº 6/2008.
- FICHERA, F., *Le agevolazioni fiscali*, Cedam, Padova, 1992.
- GARCÍA NOVOA, C., “Reflexiones sobre los impuestos propios de carácter medioambiental en el ámbito de la tributación autonómica”, en *La financiación autonómica en los Estatutos de Autonomía* (Dir. Pita Grandal, A.M.), Marcial Pons, Madrid, 2008.
- GRAU RUIZ, M.A., “Una medida todavía insuficientemente explorada en la lucha contra el fraude fiscal en su dimensión internacional: la transparencia en el cumplimiento de obligaciones tributarias a través de la responsabilidad social empresarial”, *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, Nº1/2013.
- GUTIÉRREZ LOUSA, M., “Deducciones de la cuota del Impuesto sobre Sociedades”, en *El Impuesto sobre Sociedades y su reforma para 2007*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- HERRERA MOLINA, P.M. “Desgravaciones tributarias y protección del medio ambiente (análisis a la luz de los principios constitucionales y del derecho europeo)”, en *Fiscalidad ambiental* (Yábar Sterling, A. Dir.), Cedecs, Barcelona, 1998.
- HERRERA MOLINA, P.M., *Derecho tributario ambiental*, Marcial Pons, 2000.
- HERRERA MOLINA, P.M., *La protección fiscal del medio ambiente. Aspectos económicos y jurídicos* (Dir. Yábar Sterling, A.), Marcial Pons, 2002.
- LOPE CUFÍ, O., “Beneficios fiscales en el Impuesto sobre Sociedades como ayudas de Estado”, QF Nº19/1997, BIB 1997\1121, in fine.
- LUCHENA MOZO, G.M., PATÓN GARCÍA, G., *Fiscalidad de los residuos en el ámbito autonómico. Análisis y propuestas*, Bosch, Barcelona, 2008.
- MARCOS, F., “La perspectiva comunitaria (II): el IGEC como una ayuda de estado ilícita”, en *Los Impuestos sobre los Grandes Establecimientos Comerciales (IGEC). Un análisis jurídico y económico* (Drs. Marcos, F., Sánchez Suárez, F.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, J., “La deducción por inversión en bienes ambientales a la luz del principio “quien contamina paga” y la prohibición de

- ayudas de estado”, en *Estudios sobre fiscalidad de la energía y desarrollo sostenible* (Falcón y Tella, Dir.), IEF, Madrid, 2006.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., “El concepto de ayuda de Estado y las normas de delimitación del ámbito del artículo 87.1 TCE”, *NUE* N°196/2001.
- MARTÍNEZ LAFUENTE, A., “Las ayudas de Estado y la política fiscal en la CEE”, *Noticias CEE* N°23/1986.
- MORIN, E., “El pensamiento ecologizado”, *Introducción a una política del hombre*, Gedisa, Madrid, 2002.
- NEUMARK, F., *Principios de la imposición* (Trad. E. Fuentes Quintana), 2ª edic., IEF, Madrid, 1994.
- PATÓN GARCÍA, G., “La fundamentación del uso de los tributos para la protección del medio ambiente”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* N°27/1999.
- PATÓN GARCÍA, G., “Las políticas fiscales y el Estado de bienestar”, *CT* N°21/2006.
- PATÓN GARCÍA, G., “Estímulos fiscales a la responsabilidad social empresarial en materia medioambiental: ayudas de estado y tributación ecológica”, *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho* (Coords. Fernández Amor, J.A., Gala Durán, C.), Marcial Pons, Madrid, 2009.
- PATÓN GARCÍA, G., “El efecto uniformador de la globalización en las líneas impositivas medioambientales”, *Fiscalidad medioambiental: iniciativas y orientaciones actuales*, *Documento de trabajo*, N°2/2012, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2012_04.pdf.
- PATÓN GARCÍA, G., “Una apuesta por el establecimiento de impuestos verdes en países emergentes y en desarrollo”, *Policy Paper* N°22, Fundación Friedrich Ebert, FES-ILDIS, Quito, abril 2012.
- PONS FRANCO, E., “Notas sobre el sistema fiscal español y los beneficios fiscales medioambientales”, en *Temas actuales de Derecho Tributario* (Dir. González García, E.), Bosch, Barcelona, 2005.
- RODRÍGUEZ BEREJO, A., “El deber de contribuir como deber constitucional. Su significado jurídico”, *REDF* N°125/2005.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M., *La alternativa fiscal verde*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- ROSEMBUJ ERUJIMOVICH, T., “La responsabilidad social corporativa”, *El Fisco*, Editorial, octubre 2006, http://www.elfisco.com/editorial/editorial.aspx?edi_ano=06&edi_mes=10.

- ROSEMBUJ, T., *El Fisco*, Editorial, abril 2007, http://www.elfisco.com/editorial/editorial.aspx?edi_ano=07&edi_mes=4.
- RUBIO GUERRERO, J.J., NEGRÍN, J.A., “La fiscalidad medioambiental en un contexto de reforma tributaria fundamental: el caso español”, *Economistas* Nº113/2007.
- RUIZ GARIJO, M., “Más de diez años de Responsabilidad Social Empresarial. ¿Para cuándo su regulación jurídica y el establecimiento de incentivos fiscales?”, *GEZKI*, Nº7/2011.
- SÁNCHEZ HUETE, M.A., “Hacia una planificación fiscal socialmente responsable. La planificación ultrafiscal”, *Quincena Fiscal*, Nº7/2010.
- SOLER ROCH, M.T., *Incentivos a la inversión y justicia tributaria*, Civitas, Madrid, 1983.
- YÁBAR STERLING, A., “Ética, fiscalidad y medio ambiente”, *Observatorio Medioambiental* nº1/1998, http://www.ucm.es/BUCM/revistasBUC/portal/modulos.php?name=Revistas2_Historico&id=OBMD&num=OBMD989811.

Bonos Verdes: régimen de fomento para las empresas preocupadas por el medio ambiente

*Esther H. Silvia Ferrer de Fernández**

Resumen

En este artículo se analiza una de las problemáticas atinentes a la necesidad de que las empresas impulsen el desarrollo social, humano y ambiental, en el que se desempeñan y del cual a su vez forman parte, generando un ámbito de retroalimentación que favorezca a todos los actores de la sociedad, es decir, al individuo, a la propia empresa y a la comunidad toda.

En este sentido, tal como resultará de las próximas páginas que desarrollaremos, hemos de considerar a los “bonos verdes” como un mecanismo útil en manos de las empresas y de los estados para impulsar el “desarrollo sustentable” favoreciendo el desarrollo económico con protección del ambiente y del individuo.

Palabras clave: bonos verdes, medio ambiente, desarrollo sustentable.

Summary

This article discusses problems related to companies involvement in social, human and environmental development in their respective countries, generating a scope of feedback that favors all the actors of the society, that is to say, to the individual, the own company and the community as a whole.

* Doctora en Derecho (UBA), Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “A. L. Gioja” Facultad de Derecho (UBA), Investigadora Categoría II-Ministerio de Educación de la Nación, Miembro del Banco de Evaluadores en Investigación; Codirectora de Proyectos de Investigación UBACYT - Grupos Consolidados, Profesora de grado, posgrado y doctorado de la Facultad de Derecho (UBA); esthersilviaferrer@gmail.com.

In the next pages, we will demonstrate that the “Green Bonds” are a useful legal mechanism available to companies and states to promote sustained development: that is, economic development together with environmental and human protection.

Keywords: environmental development, World Bank Green Bonds, sustained development.

I. Introducción

La era posindustrial de producción en masa de bienes y servicios trajo aparejada por un lado la consolidación del confort para el hombre pero por otro la generación de efectos colaterales resultantes de la misma, que aquejan directamente a nuestro planeta y afectan a las generaciones presentes y probablemente condicionen la vida de las futuras generaciones.

Entre estos efectos negativos uno de los más comprometedores para la vida futura resulta el denominado *efecto invernadero*.¹ Consistente en emisión de gases que han provocado y provocan “efectos adversos del cambio climático”.² Refiriendo este último a aquel cambio “atribuible directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables”.³

Dicho status ha generado en los países la necesidad de derivar en acuerdos que han de revertir la situación imperante, a fin de evitar los efectos nocivos que han de resultar tanto para la salud humana, como para el

1. Cfme. el art. 1 de la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC) ratificada por la República Argentina mediante Ley Nacional 24.295, se entiende por gases de efecto invernadero “aquellos componentes gaseosos de la atmósfera, tanto naturales como antropógenos, que absorben y remiten la radiación infrarroja”.

2. Cfme. el art. 1 de la CMNUCC, se entiende por efectos adversos del cambio climático “los cambios en el medio ambiente físico o en la biota resultantes del cambio climático que tienen efectos nocivos significativos en la composición, la capacidad de recuperación o la productividad de los ecosistemas naturales o sujetos a ordenación, o en el funcionamiento de los sistemas socioeconómicos, o en la salud y el bienestar humanos”.

3. Cfme. art. 1 de la CMNUCC.

medio ambiente y para el desarrollo económico y social. Así en 1988 se celebró la “Conferencia de Toronto sobre Cambios de la Atmósfera”.⁴

En este artículo se analiza una de las problemáticas atinentes a la necesidad de que las empresas impulsen el desarrollo social, humano y ambiental, en el que se desempeñan y del cual a su vez forman parte, generando un ámbito de retroalimentación que favorezca a todos los actores de la sociedad, es decir, al individuo, a la propia empresa y a la comunidad toda.

En este sentido tal, como resultará de las próximas páginas que desarrollaremos, hemos de considerar a los *bonos verdes* como un mecanismo útil, en manos de las empresas y de los estados para impulsar el “desarrollo sustentable”⁵ favoreciendo el desarrollo económico con protección del ambiente y del individuo.

II. Algunos aspectos relevantes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático

A continuación realizaremos una breve referencia a los aspectos más relevantes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC) adoptada en Nueva York (EEUU) el 9 de mayo de 1992, abierta a la firma en Río de Janeiro (Brasil) el 4 de junio de 1992 y receptada por Ley Nacional 24.295,⁶ a efectos de realizar el estudio que encaramos de los bonos verdes de reducción de emisiones.

Dicha Convención, que consta de veintiséis artículos y dos anexos, ha tenido como objetivo último según su artículo 2º, lograr “la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático”.⁷

4. Ésta constituyó la primera reunión de alto nivel científico y político donde se discutió el problema del cambio climático, como sus implicancias y medidas a instrumentar para solucionarlo.

5. Que tiene, para nosotros, base constitucional en el art. 41 de nuestra Carta Magna en cuanto consagra el derecho ambiental, “para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”.

6. La misma ha sido sancionada el 7 de diciembre de 1993 y publicada en el Boletín Oficial el 11 de enero de 1994.

7. En tanto que se define al sistema climático, en el art. 1 de la CMNUCC como “la totalidad de la atmósfera, la hidrosfera, la biosfera y la geosfera y sus interacciones”.

Se expresa que dicho nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio, asegurándose que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitiéndose que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible.

Los siguientes constituyen los principios rectores de la CMNUCC, y serán éstos los que deberán tenerse presentes a efectos de interpretar, como también de aplicar sus disposiciones:

Los estados parte deberían proteger el sistema climático, sobre la base de la equidad⁸ y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas⁹ y sus respectivas capacidades, por lo que las partes que son países desarrollados deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos;

Deberían tomarse en cuenta las necesidades específicas y las circunstancias especiales de las partes que son países en desarrollo, especialmente

8. En este principio enarbolado por la CMNUCC se recurre a la equidad, tal como es receptada por el derecho privado, en tal sentido resulta de aplicación en la especie aquel pensamiento del ilustre profesor y ex decano de la Casa de Estudios de donde provengo, Dr. Eduardo Pigretti, quien en su libro *Derecho Ambiental* (Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 11) ha expresado que “la consideración del ambiente nos lleva de la mano a una noción holística y totalizadora. No se puede concebir el ambiente sin considerar una totalidad, una integralidad. Las divisiones tradicionales de lo jurídico no son válidas para normar ciertas cuestiones. Un globalismo es indispensable. Sin él, el ambiente resultará una parcialidad imposible de regular. La división del derecho público y privado, iniciada por los romanos y repetida por la Revolución Francesa, como garantía de distinción entre lo público y lo privado, y en tiempos napoleónicos, como concepto teórico de libertad, no parece ser útil en el derecho moderno. Todo lo contrario. Si en algún lugar tienen razón los críticos de esa división es en materia ecológica. Aquí el derecho se presenta como un todo que debe regular una realidad”. Una aplicación específica del principio de la equidad en materia ambiental resulta el llamado “principio de equidad intergeneracional”, conforme el cual “los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras”.

9. Se admite en este sentido en la CMNUCC que las responsabilidades en cuanto a la protección del sistema climático son comunes, es decir que recae sobre todas las partes, pero sin embargo son diferenciadas, pues la capacidad de contaminar y degradar el medioambiente, específicamente la atmósfera, no es igual en el caso de un país desarrollado que en el de un país en desarrollo, por lo que debe ser tenido en cuenta dicho extremo al momento de establecer las responsabilidades que pudieren caber, como también al determinar las exigencias en cuanto a las capacidades de actuar para evitar el fenómeno, como para resolverlo en su caso.

aquellas que son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático, y las de aquellas partes, especialmente las que son países en desarrollo, que tendrían que soportar una carga anormal o desproporcionada en virtud de la Convención;¹⁰

Las partes deberían tomar medidas de precaución para prevenir, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no deberían utilizarse la falta de total certidumbre como razón para posponer tales medidas,¹¹ tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio

10. Este principio, a nuestro entender resultaría una derivación del principio anterior, por el cual deben tomarse en cuenta las circunstancias especiales que envuelven a los países en desarrollo, no sólo en relación a las consecuencias derivadas de un desastre ecológico de magnitud que pueden verse obligados a afrontar, sino también y preponderantemente, en virtud de las posibilidades de cumplimiento de los postulados de la Convención, debido al menor grado de capacidad técnico-científica y económica, como también por la influencia en mayor grado que los países en desarrollo ejercen sobre el agravamiento del problema ecológico que se analiza.

11. Éste resulta de la aplicación a la CMNUCC del Principio Precautorio, según el cual se “reclaman medidas de inmediato, de urgencia, aun cuando hubiera urgencia o insuficiencia de pruebas o elementos científicos referidos al comportamiento de la naturaleza, a fin de impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos plenamente, lo que presupone que cualquier demora pueda resultar a la larga más perjudicial que cualquier acción temprana intempestiva” (Vid. Cafferatta, Néstor A., con la colaboración de Goldenberg, Isidoro H., en “Tratado de Responsabilidad Civil”, Trigo Represas, Félix; López Mesa, Marcelo J.; Tomo III, *LL*, Buenos Aires, 2005, p. 551). Así Andorno, Roberto, señala las siguientes condiciones para su puesta en práctica: “1) situación de incertidumbre acerca del riesgo ; 2) evaluación científica del riesgo; 3) perspectiva de un daño grave e irreversible; 4) proporcionalidad de las medidas; 5) transparencia de las medidas y 6) inversión de la carga de la prueba” (Vid. este autor en “El principio de precaución un nuevo estándar para la era tecnológica”, en *LL* 18/07/2002 y “Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución”, en Número Especial “Bioética”, *JA* 2003-III, fasc. N°4; cit. por Trigo Represas, op. cit.).

climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible;^{12 13}

Las partes tienen derecho al desarrollo sostenible¹⁴ y deberían promoverlo, tomando en cuenta que el crecimiento económico es esencial para la adopción de medidas encaminadas a hacer frente al cambio climático;

Las partes deberían cooperar en la promoción de un sistema económico internacional abierto y propicio que condujera al crecimiento económico y desarrollo sostenibles de todas las partes particularmente de las que son

12. Resulta este principio, una aplicación a la CMNUCC, a nuestro criterio de la Teoría del Análisis Económico del Derecho. Esta teoría consiste en aplicar a la ciencia del derecho los principios que instruyen a las Ciencias Económicas. Robbins definió a la Economía como la “ciencia que estudia la conducta humana como una relación entre fines y medios escasos susceptibles de usos alternativos”. Como desarrollo de ello se ha podido desprender que todo tipo de conducta humana siempre que requiera ponderar entre el beneficio esperado y el costo de aplicar recursos escasos para alcanzarlo será plausible de ser analizada a partir de la metodología de la ciencia económica. Conforme ello se han expresado Schaffer-Ott: “El Análisis Económico del Derecho (Economic Análisis of Law) aplica dicho criterio a las normas del ordenamiento jurídico considerando como tarea legítima y necesaria de la ciencia jurídica, analizar en qué medida las reglamentaciones jurídicas evitan el despilfarro de recursos y aumentan la eficiencia” (Vid. Ferrer de Fernández, Esther H. Silvia, “El análisis económico del derecho”, en *El valor de la Justicia en la convivencia democrática*, Publicación del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “A. L. Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Farinati, Alicia (coord.), Ediar, Buenos Aires, 2000).

13. Ya en 2005 Villalobos, citado por Lobos, Germán - Vallejos, Oscar - Caroca, César - Marchant, César, “El Mercado de Bonos de Carbono (bonos verdes). Una revisión”, en *Revista Interamericana de Ambiente y Turismo*, vol I N°1, reflejaba que “Las proyecciones indican que los costos de las acciones para combatir el cambio climático serían menores que los incurridos si éstas no fuesen realizadas”.

14. Resulta una aplicación del principio de sustentabilidad, que tal como se ha expresado en nota anterior encuentra fundamento en el art. 41 de la Constitución Nacional, que adopta para Cafferatta la fórmula Brundtland, acorde a la idea de desarrollo sustentable, sostenible, sostenido o duradero, elaborada por el Informe de la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo, aprobado por la ONU en 1998. Para el autor citado “el desarrollo sustentable es la unión o el lazo entre el medio y el desarrollo, cuya finalidad es buscar un nuevo modo de desarrollo basándose en una sana utilización de los recursos para la satisfacción de las necesidades actuales y futuras de la sociedad” (Vid. Trigo Represas, Félix - López Mesa, Marcelo J., op. cit. p. 546).

países en desarrollo, permitiéndoles de este modo hacer frente en mejor forma a los problemas del cambio climático.¹⁵

III. Implicancias del Protocolo de Kyoto

El Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, celebrado en dicha ciudad en 1997, resultó en la adopción de un compromiso legalmente vinculante de reducción para todos los países industrializados de los siguientes gases de efecto invernadero: el dióxido de carbono (CO₂), metano (CH₄) óxido nitroso (N₂O), hidrofluorocarbonos (HFC), perfluorocarbonos (PFC) y hexafluoruro de azufre (SF₆). El compromiso de reducción establecido era de no menos del 5% para el período 2008/2012 sobre los niveles de 1990.¹⁶

El Protocolo de Kyoto entró en vigor el 16 de febrero de 2005, siete años después de su adopción, cuando Rusia ratificó el Protocolo en noviembre de 2004 y conformó el 55% del total mundial de gases.

Se establece el mecanismo para un desarrollo limpio, conforme el cual “el propósito de éste es ayudar a las Partes no incluidas en el anexo I (países en desarrollo) a lograr un desarrollo sostenible y contribuir al objetivo último de la Convención, así como ayudar a las partes incluidas en el anexo I (países desarrollados) a dar cumplimiento a sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones contraídos en virtud del artículo 3^o”.¹⁷

15. Un antecedente de la aceptación que hace la CMNUCC en cuanto a la necesidad de que los países requieran un desarrollo sostenible, lo encontramos en las Declaraciones sobre Ambiente Humano de Estocolmo de 1972 y de Nairobi de 1981 y en la Carta Mundial de Naturaleza o la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados. Así Gutiérrez Posse, Hortensia, citada Garrido Cordobera, Lidia, considera que este derecho a un desarrollo sostenible y ambientalmente adecuado configura uno de los principios en cuanto intenta conciliar tanto la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales como el derecho de los hombres a un medio ambiente sano (Vid. Garrido Cordobera, Lidia M. R., *Los daños colectivos y la reparación*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 168).

16. Vid. art. 3° N°1 del Protocolo de Kyoto aprobado por Ley 25.438.

17. Cfme. art. 12 del Protocolo de Kyoto.

En el marco del mecanismo para un desarrollo limpio: “a) Las partes no incluidas en el anexo I se beneficiarán de las actividades de proyectos que tengan por resultado reducciones certificadas de emisiones; y b) Las partes incluidas en el anexo I podrán utilizar las reducciones certificadas de emisiones resultantes de esas actividades de proyectos para contribuir al cumplimiento de una parte de sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones contraídos en virtud del artículo 3...”¹⁸

En tanto que “la reducción de emisiones resultante de cada actividad de proyecto deberá ser certificada por las entidades operacionales... sobre la base de: a) la participación voluntaria acordada por cada parte participante; b) unos beneficios reales, mensurables y a largo plazo en relación con la mitigación del cambio climático; y c) reducciones de las emisiones que sean adicionales a las que se producirían en ausencia de la actividad de proyectos certificadas”.¹⁹

El art. 12 N°6 del Protocolo de Kyoto reviste particular importancia pues en él se establece: “...el mecanismo para un desarrollo limpio ayudará según sea necesario a organizar la financiación de actividades de proyectos certificadas”. Mientras que “podrán participar en el mecanismo para un desarrollo limpio, en particular las actividades mencionadas en el inciso a) del párrafo 3 supra²⁰ y en las adquisición de unidades certificadas de reducción de emisiones, entidades privadas o públicas, y esa participación quedará sujeta a las directrices que imparta la junta ejecutiva del mecanismo para un desarrollo limpio”.²¹

IV. Fondo Argentino del Carbono

Mediante decreto 1070/2005 del Poder Ejecutivo Nacional se creó el Fondo Argentino del Carbono (FAC).²² Su creación ha tenido por fin “facilitar

18. Cfme. art. 12 N°3 del Protocolo de Kyoto.

19. Cfme. Art. 12 N°5 del Protocolo de Kyoto.

20. Es decir las partes no incluidas en el anexo I se beneficiarán de las actividades de proyectos que tengan por resultado reducciones certificadas de emisiones.

21. Cfme. art. 12 N°9 del Protocolo de Kyoto.

22. Dicho decreto ha sido dictado el 1/09/2005 y publicado en el BO el 5/09/del mismo año.

e incentivar el desarrollo de proyectos del mecanismo para un Desarrollo Limpio” (MDL) en el país,²³ designándose como autoridad de aplicación la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable.²⁴

En los propios considerandos del decreto se destaca la relevancia del problema del calentamiento global, como también la de la implementación de soluciones contenidas en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático y del Protocolo de Kyoto para hacer frente a la problemática.

Allí se expresa que tanto en la CMNUCC como en el Protocolo de Kyoto se reconoce la importancia de implementar mecanismos flexibles para alcanzar, de una manera costo-efectiva, la reducción de emisiones de los gases de efecto invernadero a nivel mundial, sin alterar el proceso de crecimiento de los países en desarrollo.

Asimismo se afirma allí que para “la consolidación del emergente mercado del carbono, es necesaria la promoción y difusión del Mecanismo para un Desarrollo Limpio (MDL) a fin de impulsar el desarrollo de actividades de proyectos en el país, y la transferencia de tecnologías más limpias hacia el mismo”.

Continúa considerándose que “para promover y canalizar los flujos de inversión internacional y nacional dirigidos a la mitigación del cambio climático a los sectores prioritarios, es necesaria la consolidación en el ámbito nacional de una arquitectura institucional y técnica adecuada para concretar estas acciones”. En tanto que “la actividad del Fondo Argentino del Carbono (FAC) haría posible promover las inversiones, la incorporación de nuevas tecnologías y la consecución del desarrollo sostenible”.

De modo tal que la creación del FAC en la Argentina otorga a la problemática la importancia que amerita para encarar la búsqueda de soluciones. No sin dejar de tener presente que ya en 1998 mediante decreto 822/98, se crea en el ámbito de la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable de la Presidencia de la Nación, la Oficina Argentina de Implementación Conjunta de Mecanismos de Desarrollo Limpio. En tanto que en 2002, mediante decreto 2213/2002, se designa a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable como autoridad de aplicación de la Ley 24.295.

23. Cfme. art. 1 del decreto PEN 1070/2005.

24. Cfme. art. 2 del decreto del PEN 1070/2005.

V. El mercado de los “Bonos Verdes”

Éste constituye un mercado de dimensiones internacionales, basado en la generación, intercambio y comercialización de las unidades de reducción de emisiones de gases efecto invernadero (GEI).

Desde la década del ‘90 se han registrado transacciones basadas en la reducción de emisiones de gases efecto invernadero ya sea impuestos a nivel de las naciones o estados o a iniciativa de empresarios que buscaban mejorar su imagen corporativa en base a estas prácticas consideradas de interés social o ambiental.

Sin embargo el verdadero auge de los mercados de carbono resulta a partir de la entrada en vigencia del Protocolo de Kyoto.

Según se desprende del propio Protocolo, con el objeto de lograr la reducción y/o absorción de emisiones propuestas, los países desarrollados pueden financiar proyectos de este tipo en países en desarrollo, acreditando tales disminuciones y de este modo accediendo a los CER (Certificados de Reducción de Emisiones).

Conforme el Fondo de Prototipo de Carbono (PCF) (hoy Carbon Finance Unit), los proyectos susceptibles de ser reconocidos como MDL deben consistir en alguna de las siguientes categorías: (i) uso de fuentes de energía renovable; (ii) cambio de combustibles de alta intensidad de carbón a otros combustibles de menor impacto; (iii) eficiencia energética; (iv) combinación de generación de calor y electricidad; (v) forestación y reforestación; (vi) actividades de transporte; y, (vii) rellenos sanitarios y otros proyectos de disposición final de residuos.

Los bonos verdes representan “subsidios” efectuados por los países desarrollados para cumplir con el compromiso asumido en el Protocolo de Kyoto (art. 12), a fin de reducir las emisiones de gases efecto invernadero. Y por otra parte, permiten estimular a países en desarrollo a implementar proyectos tecnológicos sustentables que permitan la reducción de estas emisiones mediante el Mecanismo de Desarrollo Limpio.

La cantidad de CER a emitirse por proyectos aprobados por la instancia nacional y la internacional resultará directamente proporcional a la cantidad de dióxido de carbono resultante de la reducción. Un CER equivale a una tonelada de dióxido de carbono o su equivalente en otros gases. Los bonos verdes también se comercializan en el mercado secundario.

La República Argentina participa en el mercado de carbono con la oferta de Reducciones de Emisiones Certificadas (CER). Por lo cual la realización

de proyectos en el país de reducción de gases de efecto invernadero (GEI), según el Mecanismo para un Desarrollo Limpio (MDL), permiten a sus desarrolladores la obtención de certificados o bonos comercializables internacionalmente constituyendo un sistema de ingreso de divisas extranjeras en nuestro país.

Los CER derivados de estos proyectos, tal como adelantamos, resultan comercializables y serán finalmente utilizados por los países desarrollados para cumplir con las obligaciones asumidas en el Protocolo de Kyoto.

Los proyectos de Mecanismo para un Desarrollo Limpio deben contar con la aprobación de todas las partes implicadas y ser registrados ante la Junta Ejecutiva dependiente de la Conferencia de Partes del Protocolo de Kyoto.

Tal como también se ha expresado *ut supra*, los proyectos deben contribuir al desarrollo sustentable y dar lugar a beneficios reales, mensurables y duraderos para el clima, ya sea mediante reducción o en su caso absorción de las emisiones de gases efecto invernadero, en relación comparativa con las que se producirían si el proyecto no se llevara a cabo.

Resulta de importancia tener en cuenta las ventajas que el Mecanismo de Desarrollo limpio constituye para los países involucrados. Así para los países desarrollados importa un menor costo de cumplimiento del Protocolo de Kyoto. En tanto que para los países en desarrollo, como la República Argentina, el beneficio no sólo se reporta por el flujo de inversiones que ingresan al sistema sino también y fundamentalmente porque las mismas están dirigidas hacia proyectos de desarrollo sustentable.

Creemos con aserto, se ha señalado²⁵ que desde la perspectiva de los países en desarrollo como la Argentina, el Mecanismo de Desarrollo Limpio permite:

- i) Atraer capitales hacia proyectos que incentiven el desarrollo económico sin afectar el ambiente.
- ii) Crear y difundir un nuevo mercado de capitales compuesto por una nueva clase de activos.
- iii) Incentivar y permitir la participación tanto del sector público como del privado.

25. Vid. <http://www.bcba.sba.com.ar>.

- iv) Proporcionar una herramienta de transferencia de tecnología, en caso de que las inversiones se orienten hacia proyectos que reemplacen tecnología o creen nuevas industrias con tecnología ambientalmente sostenible.
- v) Ayudar a definir prioridades de inversión en proyectos que contemplen metas de desarrollo sostenible.

En tanto que los bonos de carbono resultan demandados por gobiernos y sector privado de países desarrollados que han asumido el compromiso de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero; y cuyo objetivo consiste en:

- i) Evitar las sanciones que se derivarían de un potencial incumplimiento de sus obligaciones a través de la presentación de los mismos.
- ii) Pagar un precio menor por un certificado de reducción de emisiones (CER), en relación comparativa con un permiso de emisión, asumiendo los riesgos de las transacciones basadas en proyectos.
- iii) Asegurarse una determinada cantidad de CER, en caso de ser necesarios en el futuro.
- iv) En evitar un futuro aumento de precios.
- v) Posicionarse en el futuro mercado secundario de CER.

Los gobiernos de los países desarrollados, por su parte, demuestran interés en la adquisición de importantes volúmenes de CER en correlación con sus respectivas decisiones de asumir por sí, como política nacional, los costos derivados del cambio climático, evitando de este modo el impacto económico que se derivaría para sus respectivos sectores privados industriales.

En tanto que el interés por los CER también alcanza a los organismos multilaterales, bancos y brokers que quieren anticiparse al desarrollo futuro del mercado de Kyoto.

VI. Conclusiones y prospectivas

Creemos que el MDL resulta útil como modo de financiar proyectos que disminuyan las emisiones de gases de efecto invernadero en países en desarrollo que de otro modo resultarían de difícil concreción. Por otra

parte permite canalizar recursos desde las empresas y estados hacia fines ambientales, tales como en el estudiado, la reducción de los gases de efecto invernadero.

Los jefes de negociación de Cambio Climático del Grupo de América Latina y el Caribe (GRULAC), que se reunieron el 19 de abril del corriente año en la ciudad de Guayaquil, coincidieron en que la falta de financiación es el principal desafío a vencer en el marco de los programas de lucha contra la contaminación ambiental.²⁶

Es necesario producir una política de difusión y facilitar la implementación de estos mecanismos para radicalizar el desarrollo sustentable.

VII. Bibliografía

Andorno, Roberto, “El principio de precaución un nuevo estándar para la era tecnológica”, en Revista Jurídica *La Ley* 18/07/2002 y “Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución”, en Número Especial “Bioética”, Revista Jurídica *Jurisprudencia Argentina* 2003-III, fasc. N°4.

Cafferatta, Néstor A., con la colaboración de Goldenberg, Isidoro H., en *Tratado de Responsabilidad Civil*; Trigo Represas, Félix, López Mesa, Marcelo J., Buenos Aires, editorial La Ley, Tomo III, 2005, p. 551.

26. Vid. <http://www.efeverde.com/contenidos/noticias/la-financiacion-el-principal-reto-para-mitigar-el-cambio-climatico>. Es ésta una de las principales conclusiones a la que arribaron en dicho encuentro, que tenía como objetivo analizar los resultados de la XVIII Conferencia de los Estados Partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático celebrada en Doha, en diciembre de 2012. Por otra parte, en la reunión del 19 de abril de 2013, se comenzó a analizar la posición regional que será expuesta en las próximas reuniones preparatorias de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático y de la Conferencia de Partes que se celebrará en Polonia. Se expresó que América Latina y el Caribe están preocupados por los escasos progresos alcanzados en la cumbre de Doha, y se hizo un llamamiento a la comunidad internacional para que se cumplan los compromisos para reducir la contaminación. Se puso en evidencia que la región es la “menos responsable” del cambio climático, aunque sufre las consecuencias por su vulnerabilidad a desastres naturales. Asimismo se concluyó que los países más desarrollados deberían facilitar los recursos económicos hacia aquellos más pobres, con el fin de que puedan empujar acciones dirigidas a reducir el impacto del cambio climático.

- Ferrer de Fernández, Esther H. Silvia, “El análisis económico del derecho”, en *El valor de la Justicia en la convivencia democrática*, Publicación del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “A. L. Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Farinati, Alicia (coord.), Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 209.
- Garrido Cordobera, Lidia M. R., *Los daños colectivos y la reparación*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998, p. 168.
- Lobos, Germán - Vallejos, Oscar - Caroca, César - Marchant, César, “El Mercado de Bonos de Carbono (bonos verdes). Una revisión” en *Revista Interamericana de Ambiente y Turismo*, 2005, editada por University of Colorado, Denver, y Universidad de Talca, Chile, vol I N°1, p. 42.
- Pigretti, Eduardo, *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 11.
<http://www.bcba.sba.com.ar>.
- <http://www.efeverde.com/contenidos/noticias/la-financiacion-el-principal-reto-para-mitigar-el-cambio-climatico>.

El *crowdfunding*: una forma de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos

*Teresa Rodríguez de las Heras Ballell**

Resumen

Uno de los efectos más visibles y de consecuencias más profundas de la negativa coyuntura económica de los últimos años ha sido la retracción del crédito disponible y un dramático recorte de las fuentes de financiación. Junto al estrechamiento de los canales privados de acceso al crédito, la caída en paralelo de la inversión pública ha hecho especialmente vulnerables en términos de financiación, entre otros, los proyectos culturales y artísticos, los proyectos de investigación científica y, en general, aquellas iniciativas empresariales de pequeña y mediana dimensión.

Este entorno económico, particularmente negativo, ha acelerado la implantación y el desarrollo de formas alternativas de financiación para salvar la brecha creada por la congelación del crédito. Entre ellas, ha ganado una amplia significación social un fenómeno que, sin ser nuevo, por el impulso

* Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid. Visiting Fellow, Harris Manchester College, University of Oxford, Trinity Term, 2013. Árbitro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid. Abogada. Vicepresidente del Grupo Internacional de Expertos en *Nuevas Tecnologías, Prevención y Seguro* de la AIDA. Experta asesora en procesos de redacción legislativa. *Visiting Scholar*: Oxford University, UNIDROIT, *University College of London*, *Marie Curie Fellow* en el *Center of European Law and Politics*, Universidad de Tokyo, *University of Arizona*, *Tulane University*, *University of Washington*, *Fordham University*. Licenciada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas. Doctora en Derecho. Participante en numerosos proyectos de investigación de ámbito nacional e internacional y de financiación pública y privada. Publicaciones en inglés y español en revistas españolas y extranjeras de prestigio, contribuciones a obras colectivas y monografías. Ponente en numerosos congresos, seminarios y jornadas nacionales e internacionales. Nacionalidad española; teresa.rodriiguezdelasheras@uc3m.es.

de la tecnología adquiere un perfil propio en la sociedad contemporánea: el *crowdfunding*. En efecto, el *crowdfunding* es, sobre todo, una manifestación más de los movimientos sociales de implicación comunitaria y acción colectiva.

El término *crowdfunding* se ha generalizado en muchos idiomas para aglutinar fenómenos muy diversos que comparten esencialmente tres características. Primero, la base comunitaria y en masa que permite agrupar esfuerzos, recursos e ideas. Segundo, el objetivo principal pero no único de obtener financiación para un proyecto bajo esquemas jurídicos y económicos muy distintos. Tercero, el empleo de tecnología que permite la interacción e intermediación electrónicas para canalizar las funciones atribuidas a cada modalidad de *crowdfunding*. Por tanto, el término *crowdfunding*, frecuentemente traducido como “financiación en masa o colectiva”, describe un amplio y variado fenómeno consistente en la creación de un entorno (electrónico) para la agrupación de un colectivo, la aportación de ideas, recursos y fondos y la interacción en red dirigidas a apoyar conjuntamente proyectos, esfuerzos e iniciativas de individuos, organizaciones o empresas.

Palabras clave: Financiación, redes sociales, microfinanzas, micromecenazgo, financiación comunitaria, financiación colectiva, *crowdfunding*.

Abstract

Notably, one of the most visible effects and with most profound consequences deriving from the economic turmoil of last years has been the significant retraction of available credit and a dramatic cutting of financing sources. Along with the narrowing of private credit channels, the drop in public investment has made cultural and artistic projects, scientific research projects and, in general, small and medium sized business initiatives, among others, particularly vulnerable in financing terms.

Such a negative economic context has accelerated the emergence and the development of alternative financing methods aimed to overcome the gap of credit. Among them, *crowdfunding* has gained a broad social relevance for, albeit not being new, by effect of technology, it is being called to perform a genuine role in modern society. Indeed, *crowdfunding* is, above all, an expression of social movements promoting community involvement and collective action.

The term *crowdfunding* has proliferated in many languages gathering a diversity of phenomena that share three main characteristics. Firstly, all of them work as community-based schemes enabling the sharing and the

gathering of efforts, resources and ideas. Secondly, the ultimate aim, but not the only one, is fundraising to finance projects under different economic and legal models. Thirdly, the use of network-based technology that enables the building of a structure for the electronic interaction. Therefore, *crowdfunding* describes a wide and varied phenomenon that entails the building of an electronic environment to gather people, contribute ideas, resources and funds and interact with the aim of jointly supporting projects, efforts and initiatives of individuals, organizations and businesses.

Keywords: Financing, social networks, microfinance, collective financing, community-based financing, *crowdfunding*.

I. Consideraciones iniciales

El *crowdfunding* no es un fenómeno nuevo pero la coyuntura económica, el impulso tecnológico y su significación social le han conferido un perfil propio y han determinado su definitiva consolidación en la sociedad contemporánea. En efecto, en el *crowdfunding* confluyen factores económicos, sociales y tecnológicos que reflejan los profundos cambios experimentados por las economías modernas para tratar de responder a los retos de un mercado de la financiación que atraviesa una grave y profunda crisis y una sociedad que cuestiona los pilares sobre los que se venía sosteniendo el sistema de producción, creación y distribución tradicionales. Sobre este contexto social y económico, el factor tecnológico ha actuado como un potente facilitador de nuevas formas de interacción, intermediación y actuación colectiva que han hecho posible el despegue definitivo del *crowdfunding*.

El *crowdfunding* describe un amplio y variado conjunto de esquemas de financiación colectiva de proyectos de muy diversa naturaleza. Su desarrollo a través de redes sociales y plataformas P2P ha añadido además otras funciones que consiguen definir un perfil propio e innovador que lo distingue de una simple emulación electrónica de la financiación en masa. Las diversas modalidades de *crowdfunding* representan, en realidad, una oportunidad para canalizar campañas de financiación colectiva, con un alto grado de participación y con interesantes posibilidades de colaboración que aportan valor al simple proceso de aportación de recursos.

Analizado el contexto y los factores económicos, sociales y tecnológicos que explican el estado actual del *crowdfunding* (*infra* II), indagaremos en

sus principales modalidades (*infra* III) para poder desbrozar a continuación su estructura y funcionamiento (*infra* IV) y comenzar así a plantear modelos jurídicos para el *crowdfunding* (*infra* V).

II. El *crowdfunding* en su contexto

Las economías contemporáneas basan esencialmente su crecimiento y, de hecho, la viabilidad de su propio funcionamiento en la disponibilidad y el acceso al crédito en condiciones razonables. Dada esta intensa dependencia estructural, la paralización del crédito y un dramático recorte de las fuentes de financiación se perciben como efectos demoledores de la reciente situación de crisis económica y, a la vez, como detonantes de un agravamiento de sus consecuencias. Junto con este estrechamiento de los canales privados de acceso al crédito, la caída en paralelo de la inversión pública ha hecho especialmente vulnerables en términos de financiación, entre otros, los proyectos culturales y artísticos, los proyectos de investigación científica¹ y, en general, aquellas iniciativas empresariales de pequeña y mediana dimensión.

Este retraimiento masivo de los principales actores del mercado de la financiación ha sido el primer factor coyuntural determinante de la emergencia de modelos de financiación alternativa. En este contexto, además, el cuestionamiento del papel de los mercados financieros y las instituciones bancarias ha acelerado una tendencia hacia la desintermediación financiera que ha dado forma a algunos de los esquemas de financiación alternativa de base “colectiva” o “comunitaria”.

La necesidad, por tanto, de abrir nuevas vías de financiación y el deseo de reducir la dependencia de la intermediación financiera configuran el contexto socioeconómico que explica el desarrollo y crecimiento exponencial de fórmulas alternativas de financiación.² El denominado *crowdfunding* representa una de estas potentes corrientes de financiación alternativa.³En

1. “Ayúdeme a investigar”, *El País*, 23 de febrero de 2013; “How to Fund Commercialization of University Research? Crowdfunding, of Course!”, *Forbes*, 11 de febrero de 2013.

2. BEST, J.; SHERWOOD, N.; JONES, D, *How Crowdfund Investing Helps Solve Three Pressing Socioeconomic Challenges*, Crowdfund Capital Advisors, pp. 3-5.

3. De acuerdo con los datos del *Crowdfunding Industry Report. Market Trends, Composition and Crowdfunding platforms*, Massolutions, mayo 2012, www.crowdsourcing.com.

su emergencia, sin embargo, no sólo han sido determinantes los factores coyunturales de la situación económica mundial. El *crowdfunding*, en realidad, en su configuración actual, es el resultado de la convergencia de varios factores. Junto al económico, han confluído en la concepción y el desarrollo de las modalidades de *crowdfunding* un factor social y un factor tecnológico. En efecto, el *crowdfunding*, en sus diversas modalidades, es una manifestación más de los movimientos sociales de implicación comunitaria y acción colectiva. La creación de comunidades sociales y el aprovechamiento de las ventajas del hacer colectivo se han venido reflejando en numerosas iniciativas para la co-creación artística y cultural, la distribución, el uso y la explotación colectivas. Pero, en realidad, ha sido la palanca tecnológica la que ha hecho posible la materialización de estas propuestas, en todos sus ámbitos, y explica, por ende, su reciente proliferación. Las posibilidades de interacción, comunicación y actuación conjunta que ofrece la Red han creado un entorno idóneo para el desarrollo de estas iniciativas. Las estructuras de red social y plataformas P2P (*peer to peer*, o “persona a persona”) acogen con comodidad la creación y el funcionamiento de comunidades virtuales con y para muy diversos fines.

Esta infraestructura tecnológica hace viable el acceso a un amplio colectivo de usuarios en unas condiciones de interacción directa y multilateral, bajo coste y alcance territorial y subjetivo absolutamente desconocidas e inalcanzables mediante las fórmulas tradicionales de financiación por captación del ahorro público. Por tanto, la tecnología ha disparado el efecto multiplicador y de eficiencia del principio económico subyacente en la financiación en masa: la distribución del riesgo. En efecto, ante la reticencia de las instituciones financieras a concentrar sus inversiones en proyectos concretos y asumir así los riesgos del mismo, la financiación en masa se basa en distribuir el riesgo entre un elevado número de aportantes que contribuyen con recursos en cuantía relativamente reducida, lo que les

org, en abril de 2012 había 452 plataformas de *crowdfunding* activas y las estimaciones de crecimiento para final de año alcanzaban las 536 plataformas en diciembre de 2012. El mayor número de plataformas se concentra en Estados Unidos (119) seguido de Europa, en particular, en Reino Unido (44), Francia (28), Holanda (29), Alemania (20) y España (18). El número de campañas financiadas que ya supera a nivel mundial 1 millón, sin embargo, es superior en Europa con 654.000 frente a las 532.000 en Estados Unidos. Sólo en el año 2011 se captaron mediante *crowdfunding* 1.500 millones de dólares y todos los datos apuntan hacia un crecimiento continuo en todas las variables.

permite controlar y limitar el riesgo de pérdida, pero, a la vez, asegurar que la suma de todas las aportaciones alcanza (y muy frecuentemente supera) la cantidad suficiente para apoyar la iniciativa financiada. Con la misma función económica que vertebra los mercados financieros, las plataformas de *crowdfunding* actúan como mecanismos directos de asignación eficiente del micro-ahorro a la inversión tendientes, sin embargo, a la redistribución de los recursos y bajo un principio de cooperación.⁴

El componente tecnológico además no sólo ha actuado de facilitador de funciones ya conocidas y desarrolladas en el entorno natural sino que ha incorporado otras nuevas funciones de un potente valor añadido. En efecto, la tecnología en red no sólo ha trasladado al entorno electrónico la función principal de financiación que haría del *crowdfunding* esencialmente un modelo de “financiación en masa” apoyado en las estructuras de interacción e intermediación electrónicas. El *crowdfunding* crea valor porque consigue superar la simple emulación funcional de los modelos de financiación existentes y ofrecer otras funciones y herramientas estratégicas. Mediante un adecuado diseño tecnológico, el *crowdfunding* no es sólo un modelo para el acceso a la financiación en masa, sino que aprovecha la creación de un entorno “comunitario” de interacción para reforzar el ciclo de la innovación, la fidelización y la toma de decisiones. Así, el *crowdfunding* adquiere un perfil propio que lo hace despegarse de una mera réplica electrónica de los canales tradicionales de financiación que lo abocarían a la desaparición tan pronto como éstos volvieran a reactivarse y la confianza en el sistema institucional del mercado de la financiación retornara a las economías mundiales. Los diversos modelos de *crowdfunding* facilitan la identificación de nuevas ideas, la puesta a prueba de proyectos piloto, la investigación de mercados para el lanzamiento de nuevos productos, la retroalimentación de los procesos de innovación y mejora a partir de opiniones y recomendaciones de clientes, esquemas de fidelización, gestión de clientela, personalización de productos y campañas de publicidad, y, desde luego, captación de fondos. En definitiva, el *crowdfunding* consigue promover la emergencia de un entorno de toma de decisiones colectiva⁵ sobre la infraestructura técnica y operativa de las redes sociales y los sistemas P2P.

4. FELBER, C., *La economía del bien común*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2012.

5. DE BUYSERE, K.; GAJDA, O.; KLEVERLAAN, R.; MAROM, D., *A Framework For European Crowdfunding*, 2012, www.crowdfundingframework.eu, p. 9.

El estudio de este complejo, variado e informe fenómeno que se conoce con la expresión de *crowdfunding* implica, en primer lugar, reconocer los factores que han determinado su nacimiento y que explican hoy su fuerte crecimiento. En este contexto social, económico, institucional y tecnológico se encuentra también la explicación de sus características principales y de la evolución de sus diferentes modalidades. Entendido esto, interesa, en segundo lugar, analizar la estructura y la operativa de los diversos modelos de *crowdfunding* para determinar el marco jurídico aplicable. Valorando así la adecuación de la normas existentes para atender las particularidades de este fenómeno y, en su caso, proponiendo reformas en la regulación o la adopción de reglas específicas.

III. Concepto, características y modalidades de *crowdfunding*

Como en tantos otros fenómenos nuevos, el *crowdfunding* se enfrenta primero al problema de la definición del concepto y la precisión terminológica. El término *crowdfunding* se ha generalizado en muchos idiomas para aglutinar fenómenos muy diversos que comparten esencialmente tres características. Primero, la base comunitaria y en masa que permite agrupar esfuerzos, recursos e ideas. Segundo, el objetivo principal pero no único de obtener financiación para un proyecto bajo esquemas jurídicos y económicos muy distintos. Tercero, el empleo de tecnología que permite la interacción e intermediación electrónicas para canalizar las funciones atribuidas a cada modalidad de *crowdfunding*. Por tanto, el término *crowdfunding*, frecuentemente traducido como “financiación en masa o colectiva”, describe un amplio y variado fenómeno consistente en la creación de un entorno (electrónico) para la agrupación de un colectivo, la aportación de ideas, recursos y fondos y la interacción en red dirigidas a apoyar conjuntamente proyectos, esfuerzos e iniciativas de individuos, organizaciones o empresas.

A partir de esta descripción propuesta, se puede comprobar que el uso de otros términos que en ocasiones se ofrecen como sinónimos del *crowdfunding*, describen en realidad una o varias modalidades del mismo. Así, el *equity crowdfunding*, el *crowd financing*, el micromecenazgo, el *P2P Social Lending*, los microcréditos o la microfinanciación colectiva identifican generalmente sólo algunos tipos de *crowdfunding*. Por ello, a los efectos de este trabajo, emplearemos en todo momento el término *crowdfunding* como el más general y omnicomprensivo del fenómeno que estudiamos,

para referirnos, en particular, a cada modalidad, con otras expresiones más específicas.

Superada la cuestión terminológica, es preciso ahora hacer un esfuerzo de categorización de las diversas modalidades que se observan en el contexto social y económico. El *crowdfunding* se presenta con perfiles muy distintos que no siempre permiten un tratamiento conjunto desde la perspectiva de su formulación jurídica, su función económica, el modelo empresarial o la motivación social subyacente. En el estadio actual de evolución,⁶ ya han tomado forma cuatro tipos de *crowdfunding*, que analizamos a continuación:⁷ *donation-based*, *reward-based*, *equity-based* y *lending* o *debt-based*.

a) *Donation-based crowdfunding*. Este modelo de *crowdfunding* está dirigido a facilitar la recaudación de fondos para proyectos sociales. Se basa, por tanto, en aportaciones de usuarios en forma de donaciones para apoyar sin ánimo de lucro proyectos específicos de ayuda social liderados por organizaciones (generalmente, ONGs), asociaciones o individuos. El carácter específico de los proyectos y la posibilidad de que a través de la plataforma de *crowdfunding* los donantes reciban información detallada y puntual sobre el estado de desarrollo del proyecto, la capacidad de interacción entre los usuarios, con los promotores e incluso con los beneficiarios del proyecto, y las oportunidades de seguimiento en tiempo real que ofrecería el empleo de adecuadas soluciones tecnológicas incorporadas en la plataforma refuerzan el compromiso de los donantes, incentivan las donaciones reiteradas y de mayor valor y consolidan una base idónea para construir relaciones de confianza estables en el tiempo.

b) *Reward-based crowdfunding*. En esta modalidad los usuarios contribuyen a la financiación de un proyecto específico con aportaciones económicas (de cuantía variable pero mayoritariamente reducida) a cambio de lo que genéricamente se denomina una “recompensa”. Para que nos encontremos en esta modalidad de *reward-based* pura la recompensa no debe ser financiera. No obstante, es frecuente que determinadas plataformas ofrezcan

6. Entre las plataformas de *crowdfunding* más conocidas se encuentran: Kickstarter, CrowdCube, Symbid, MyMicroInvest, WiSeed, Innvestment, Seedrs, BanktotheFuture, CrowdMission, Partizipa, Lanzanos, Goteo, Verkami, TheCrowdAngel, Suma, Indiegogo, RocketHub, entre otras muchas.

7. COLLINS, L.; PIERRAKIS, Y., *The Venture Crowd. Crowdfunding Equity. Investment into Business*, julio 2012, www.nesta.org.uk; DE BUYSERE, K.; GAJDA, O.; KLEVERLAAN, R.; MAROM, D., *A Framework For European Crowdfunding*, op. cit., pp. 9-11.

una combinación de modalidades de financiación y, por tanto, dependiendo de la cuantía de la financiación se trate como *reward-based* en los tramos bajos y pase a operar como *equity-based* o incluso como *debt-based* en los tramos medios o altos.

Dentro de esta categoría, nos encontramos a su vez con al menos dos modalidades de *reward-based crowdfunding* según la relación entre la cuantía de la aportación y el valor relativo de la recompensa. En el primer modelo, el aportante ve compensada su contribución al proyecto, generalmente de cuantía reducida, con una recompensa de valor más bien simbólico y que no suele, sin embargo, corresponderse en términos de precio con la cantidad aportada. No obstante, el incentivo para la aportación y la motivación del aportante se encuentra en que la percepción del valor de la recompensa, en forma de bien, servicio o derecho, es muy superior a la cuantía aportada. Para la financiación de conciertos, obras de teatro o producciones cinematográficas, por ejemplo, se pueden ofrecer entradas VIP, encuentros con los artistas, copias firmadas, autógrafos o invitaciones para los preestrenos.⁸

En el segundo modelo, la aportación al proyecto se corresponde con el precio del producto o servicio que el aportante abona por anticipado. En estos casos, la relación entre el aportante y el promotor del proyecto se instrumenta como un contrato de compraventa, de obra o de prestación de servicios en el que el aportante anticipa el pago del precio convenido para que el promotor disponga de los fondos que precisa para desarrollar la actividad. En el plazo acordado, el promotor entrega al aportante como contraprestación el bien, la obra o el servicio financiado en las condiciones pactadas. Es frecuente que se recurra como elemento de atracción a una rebaja del precio si se paga como aportación anticipadamente, empleando así uno de los efectos propios de las llamadas “compras grupales o colaborativas”.⁹

La distinción entre el primer modelo y el segundo no es siempre clara pues además de la relación entre la aportación realizada y el precio de la recompensa o contraprestación, hay que tomar en consideración la propia

8. KAPPEL, T., “*Ex ante Crowdfunding and the Recording Industry: A Modelo Fort he U.S.?*”, 29 *Loy. L.A. Ent. L. Rev.*, 2008-2009, pp. 375-385.

9. Esta fórmula de pre-venta ha conseguido colocar ya tres proyectos financiados a través de la plataforma de *crowdfunding* *Kickstarter* entre los primeros que han logrado superar la barrera del millón de dólares: la reedición en papel del cómic *The Order of the Stick*; un soporte para el Iphone (*Elevation Dock*); y el videojuego *Double Fine Adventure*.

percepción que el aportante tiene del valor real o simbólico de la recompensa recibida y el carácter obligatorio o de mera liberalidad con que se concibe la prestación por el promotor del proyecto de la contraprestación prevista. Frente al valor simbólico de un encuentro con los artistas tras la obra o la exacta correspondencia entre la aportación y el precio final del videojuego cuyo desarrollo ha sido financiado por *crowdfunding*, proyectos de investigación médica que han visto recortar dramáticamente los fondos públicos ofrecen, por ejemplo, la realización de un test genético a cambio de la aportación realizada.

c) *Lending o debt-based crowdfunding*. Esta modalidad de financiación en masa se construye sobre operaciones de préstamo entre el colectivo de usuarios (prestamistas) y los promotores del proyecto que buscan financiación. Esta categoría de *crowdfunding* presenta diferentes formatos según la función desempeñada por el intermediario (gestor de la plataforma de *crowdfunding*) y las condiciones económicas de los préstamos.

De un lado, el *lending crowdfunding* puede articularse de modo que el gestor de la plataforma actúe como un auténtico intermediario que recauda las aportaciones de los prestamistas –captando fondos reembolsables del público– y garantizando así la devolución de los préstamos en determinadas condiciones. Al instrumentar la financiación de esta forma, surgen importantes consecuencias regulatorias al emularse funciones propias de instituciones financieras sujetas a una estricta supervisión. Por el contrario, esta modalidad de préstamo colectivo puede estructurarse como una simple plataforma para la interacción directa entre prestamistas y prestatarios en la que la función del intermediario¹⁰ (*match-maker*)¹¹ es simplemente

10. Sobre las funciones de los intermediarios BAILEY, J. P.; BAKOS, Y., “An Exploratory Study of the Emerging Role of Electronic Intermediaries”, *Int. J. Electronic Commerce*, vol. 1, N°3, Spring 1997, pp. 7-20.

11. La auténtica potencialidad de las nuevas tecnologías no radica en la mayor disponibilidad de la información, ni siquiera en la mayor rapidez de su acceso, sino en la posibilidad de garantizar la atención de los agentes relevantes en las transacciones económicas. Ya advertía el premio Nobel Herbert Simon que “la riqueza de información crea la pobreza de atención”. Y, sin duda, la atención se ha convertido hoy en un bien escaso, en una “commodity”, “en torno a la cual ha de girar cualquier estrategia comercial en el ciberespacio” (ONTIVEROS, Emilio, *La economía en la red: nueva economía, nuevas finanzas*, Madrid: Taurus, 2001, pp. 48 y 49). La función de los intermediarios incide directamente sobre esta variable atenuando su efecto obstaculizador.

proporcionar a los usuarios el acceso y el uso de este entorno electrónico para el intercambio de información, la identificación de intereses comunes, la agregación y centralización de relaciones¹² y la negociación y conclusión de las transacciones. Esta diversa operativa aleja la actuación de las plataformas de los tradicionales mercados regulados y, por tanto, minimiza las consideraciones regulatorias y de supervisión.

De otro lado, bajo el *lending crowdfunding* pueden desarrollarse diversos modelos de negocios en función de las condiciones económicas de los préstamos y las motivaciones principales de los participantes. Las operaciones de préstamo pueden celebrarse en condiciones similares a las del mercado, fijando un tipo de interés en función del análisis de riesgo y viabilidad del proyecto, de modo que la ventaja principal consiste en la desintermediación bancaria. O bien pueden inclinarse hacia modelos de *social lending* en los que la micro-financiación no implica el pago de interés alguno y donde la motivación de los prestamistas es apoyar proyectos en países en desarrollo o para colectivos especialmente vulnerables. En este punto, se engarzan con el emergente sector de las microfinanzas¹³ que además de los grupos

12. Este efecto es conocido en la teoría de la intermediación como “efecto Baligh-Richartz”. Si en un mercado hay m compradores y n vendedores, son necesarias $m \times n$ relaciones. La posición central del intermediario reduce las relaciones necesarias a $m + n$. En mercados con numerosos compradores y vendedores –compruébese cómo pierde sentido la intermediación si m y/o n son igual a 1 y cómo no supone ventaja alguna cuando m y n son iguales a 2– $m + n$ es sustancialmente menor que $m \times n$, lo que supone una considerable reducción de los costes de transacción.

13. En la *Cumbre del Milenio*, celebrada en el año 2000, se fijó la erradicación de la pobreza extrema como el primero de los *Objetivos del Milenio* que debía alcanzarse en 2015 a nivel internacional – <http://www.undp.org/content/undp/es/home/mdgoverview/>–. El microcrédito representaría una de las herramientas principales para la lucha contra la pobreza –*Declaración del Parlamento Europeo sobre el microcrédito*, presentada de conformidad con el artículo 116 del Reglamento, con fecha 14.1.2008 (PE399.767, 0002/2008, DC\699727ES.doc)–. De ahí que la Comisión Europea haya centrado sus esfuerzos en identificar las necesidades de impulso y refuerzo del mercado de la microfinanciación y haya elaborado un conjunto de propuestas para su regulación –Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “*Iniciativa europea para el desarrollo del microcrédito en apoyo del crecimiento y del empleo*”, Bruselas, 13.11.2007, COM (2007) 708 final–. El microcrédito, sin embargo, carece de una definición única y determinante. Las diversas descripciones se asocian fundamentalmente con tres criterios: la cuantía (reducida, en

solidarios, fondos rotatorios o banco comunales, se canalizan a través de plataformas de P2P Lending¹⁴ y Social Lending.

d) *Equity-based crowdfunding* o *crowdinvesting*. El modelo del *crowdinvesting* consiste en la financiación en masa de proyectos mediante la participación en el capital de la sociedad promotora. Así, la contribución recibida se trata como aportación de capital y el aportante se convierte en socio o accionista de la sociedad promotora del proyecto, con el derecho a participar, en las condiciones legales y estatutarias, en los beneficios de la compañía o a recibir, de otro modo, parte de las ganancias del proyecto.¹⁵

general, no superior a 25.000 euros); la finalidad del crédito (el fomento de la competitividad y del espíritu emprendedor, así como la inclusión social); y, los destinatarios, al dirigirse a colectivos especialmente vulnerables como, según los países, mujeres y minorías entre los especiales beneficiarios. La determinación del concepto de microcrédito ha sido un tema recurrente en reuniones y congresos especializados –I Encuentro Nacional de Microfinanzas - Microfinanzas en España: ¿de qué estamos hablando?, Madrid, 15-17 de septiembre de 2010– ICADE; “Conclusiones del primer Encuentro Nacional de Microfinanzas y reflexiones sobre los principales elementos de discusión”, Colección Cuadernos Monográficos, Nº15, julio 2011, Foro de Microfinanzas, Coord. J. DURÁN NAVARRO, pp. 52 y 53– y en el que hoy se sigue trabajando en el seno del Grupo de trabajo de Legislación Microfinanciera Española, integrado por más de 120 instituciones representantes del sector financiero y en colaboración con la Red Europea de Microfinanzas. JANSSEN, T.; WENNER, M., *Financial regulation and its significance for microfinance in Latin America and the Caribbean*, Washington, DC, Inter-American Development Bank Microenterprise Unit. Working Paper, 1997.

GUTIÉRREZ NIETO, B., “Antecedentes del microcrédito. Lecciones del pasado para las experiencias actuales”, *Revista CIRIEC*, España, Nº51, abril 2005, pp. 25-50; GUTIÉRREZ NIETO, B., “Hacia una clasificación de los productos financieros sociales en España. Consolidación del microcrédito y primeros pasos de la creación de un banco ético”, *Boletín de Estudios Económicos*, LXI (182), 2004, pp. 323-342; ROCK, R.; OTERO, M., *From margin to mainstream: the regulation and supervision of microfinance institutions*, Acción Monograph Series Nº11, 1996; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. D., *El microcrédito. Una mirada hacia el concepto y su desarrollo en Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Económicas, Bogotá, junio 2010.

14. VERSTEIN, A., “The Misregulation of Person-to-Person Lending”, 45 *U.C.D.L. Rev.*, 2011-2012, pp. 445-530.

15. Esta alternativa permitiría distinguir a su vez entre dos modalidades de *equity-based* o *investment crowdfunding*: *the securities model* y *the collective investment scheme (CIS) model*. En el primero, el aportante recibe a cambio de su contribución la participación que le corresponda en el capital y los derechos como socio. En el segundo modelo,

Configurado de este modo, el *crowdfunding* se convierte en una auténtica alternativa para la financiación empresarial de gran fuerza transformadora.¹⁶ A la vez, las consideraciones jurídicas que despierta su instrumentación son numerosas y precisan, en ocasiones, una reforma legislativa. Nos detendremos más adelante brevemente en estas cuestiones.

IV. Estructura, funcionamiento y sujetos participantes en el *crowdfunding*

Todas las modalidades de *crowdfunding* responden a una estructura relacional básica común que implica la participación mínima de tres sujetos: el promotor del proyecto, los aportantes al proyecto y el gestor de la plataforma. En cada tipo de *crowdfunding*, la naturaleza jurídica de la relación responderá a la finalidad, las motivaciones y el carácter de la transacción. Asimismo, la posición del gestor de la plataforma puede adoptar diversos perfiles en función de su grado de implicación en las relaciones entre los promotores y los aportantes y las funciones asumidas.

En primer lugar, el promotor del proyecto es la persona física o jurídica que solicita financiación para poner en marcha su iniciativa cultural, artística, científica o empresarial. Para ello emplea la plataforma de *crowdfunding* como escenario de presentación de su proyecto para atraer el interés de posibles aportantes con una adecuada identificación de los riesgos y del potencial de su iniciativa.

En segundo lugar, los aportantes son los usuarios interesados en apoyar el proyecto del promotor con ideas, fondos o recursos de diverso tipo.

la aportación del inversor en el proyecto le da derecho a participar en las ganancias pero no se convierte en socio. *UKIE Crowd Funding Report: A Proposal to Facilitate Crowd Funding in the UK*, February 2012, p. 2.

16. Se habla, de un lado, de una verdadera revolución en el *corporate finance*, con múltiples beneficios colaterales (PRIVÉ, T., “Top 10 Benefits of Crowdfunding”, *Forbes*, December 10, 2012); mientras que, de otro, también se alzan voces que plantean dudas sobre su potencial, considerando que, en realidad, la complejidad de la inversión no permite estandarizar el proceso de financiación, que el cumplimiento de las normas reguladoras resulta muy costoso y que parte de una extrapolación errónea de otros modelos de negocio de éxito que arrancan de fundamentos distintos (ISENBERG, D., “The Road to Crowdfunding Hell”, *HBR*, April 23, 2012).

La base sociológica del *crowdfunding* se inclina hacia la participación preferente de personas físicas como aportantes, si bien nada impide en la estructura y la operativa de la plataforma ni en el concepto mismo de la financiación en masa que los aportantes pudieran ser personas jurídicas. La filosofía de “la fuerza de lo pequeño” y el potencial de “la multitud” alejaría, en principio, estas estructuras de la intervención de grandes compañías que, de hecho, desde una perspectiva práctica, dispondrían de otras vías propias más adecuadas para participar e invertir en proyectos, pero técnicamente no hay obstáculos estructurales ni operativos insalvables. Desde el punto de vista de la relación subyacente, según la modalidad de *crowdfunding*, los aportantes serán donantes, prestamistas, compradores o destinatarios del servicio (previamente contratado y abonado) o auténticos socios, partícipes o accionistas de la sociedad promotora del proyecto.

En tercer lugar, la figura del gestor de la plataforma de *crowdfunding* es la más compleja y multifacética. El gestor de la plataforma puede adoptar perfiles muy diversos que en sus extremos responden a dos posiciones bien alejadas.

De un lado, el gestor de la plataforma puede actuar simplemente como un prestador de servicios cuya función principal es crear un entorno cerrado de interacción electrónica y proporcionar a los usuarios registrados el acceso a los servicios y las aplicaciones básicas que precisan los promotores para publicar sus proyectos, lanzar la campaña de financiación, y hacer un seguimiento del estado de la misma, y que facilitan a los aportantes realizar sus contribuciones, interactuar con los promotores y, en su caso, utilizar cualquier otra funcionalidad prevista (emisión de opiniones, participación, toma de decisiones, seguimiento, etc.). En estos casos, se entablan dos tipos de relaciones entre las partes.¹⁷ En primer lugar, la relación entre el gestor de la plataforma y los usuarios de la plataforma (promotores y aportantes). Este contrato –contrato de acceso/*membership agreement*–, que puede ser diferente para promotores y aportantes, regula las condiciones para el acceso, la pertenencia y el uso por parte de los usuarios de la plataforma

17. Un detallado análisis de los contratos que apuntalan esta estructura triangular para la creación, la organización y el funcionamiento de entornos cerrados de negociación y contratación se ofrece en RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *El régimen jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados (e-Marketplaces)*, Madrid, Marcial Pons, 2006, y resulta plenamente aplicable a las plataformas de *crowdfunding* adaptando, en lo necesario, las condiciones contractuales a las particularidades de cada modalidad.

de *crowdfunding*. La prestación de estos servicios puede ser gratuita o retribuida –mediante una cuota fija o un porcentaje sobre las transacciones realizadas en la plataforma– pero requiere la previa identificación del usuario mediante el registro. En virtud de este contrato, el gestor asume determinadas funciones que aseguran la operativa de la plataforma: controlar el acceso, prestar servicios añadidos (calificación crediticia, gestión de pagos), si está previsto, emitir las reglas reguladoras de la plataforma (políticas, reglas, principios), supervisar el cumplimiento de las mismas y, en su caso, aplicar la política de infracciones y sanciones. En definitiva, el gestor actúa como un intermediario electrónico generador de un entorno de confianza y fiabilidad.¹⁸ Su responsabilidad vendrá determinada por el programa prescricional pactado en el contrato de acceso, esencialmente como prestador de servicios. En segundo lugar, dentro del entorno ya creado, se entablan las relaciones directamente entre los usuarios de acuerdo con la finalidad de cada plataforma. Así, se celebran contratos de donación, de préstamo, de compraventa con pago anticipado o de participación societaria. En estos contratos horizontales entre los usuarios de la plataforma, el gestor no interviene de forma directa ni intermedia en su celebración o ejecución.

De otro lado, sin embargo, el gestor de la plataforma puede adoptar una posición más activa, al encargarse de la captación de los fondos, gestionar las aportaciones o tramitar los préstamos garantizando su devolución. En estos casos, los gestores parecen emular las funciones de los intermediarios financieros, lo que hace que se activen todas las alarmas regulatorias y de supervisión. Se abre entonces el profundo debate sobre la regulación del *crowdfunding*. De un lado, se argumenta, someter a los gestores a las mismas normas estrictas de los intermediarios financieros de los mercados regulados ahogaría el crecimiento del sector y le arrebataría el sentido mismo

18. Que denominamos en nuestra propuesta sobre los “estratos de la intermediación”, intermediarios de credibilidad. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Intermediación en la Red y responsabilidad civil. Sobre la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad a las actividades de intermediación en la Red”, *Revista Española de Seguros*, Nº142, 2010, pp. 217-259; también publicado en VV.AA., *I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el seguro: Internet, Biotecnología y Nanotecnología*, Madrid, Fundación Mapfre, 2011, pp. 13-50; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación y los estratos de la intermediación en la Red”, *Revista Derecho y Tecnología*, Nº11, 2010, pp. 69-96.

de la desintermediación que se encuentra en el origen del fenómeno y entre las principales motivaciones de sus partidarios. De otro lado, sin embargo, se advierte que permitir el desarrollo de funciones reguladas sin someterse a la supervisión propia de estos sectores debilita la protección de los consumidores, genera una situación de competencia desleal con respecto a los intermediarios regulados, activa el riesgo sistémico y puede afectar los intereses generales. Por ello, las propuestas de regulación se dirigen fundamentalmente al diseño de un modelo intermedio que valore las posibilidades de aligerar la carga regulatoria para estos intermediarios, incluir exclusiones en la normativa aplicable para el *crowdfunding* o eximir a los gestores de las plataformas del cumplimiento de determinadas obligaciones en ciertas condiciones.¹⁹

V. Modelos jurídicos para el *crowdfunding*

El crecimiento arrollador de las plataformas de *crowdfunding* y las cifras abrumadoras sobre su capacidad de captación de fondos colocan este interesante fenómeno ante importantes retos: prevenir el fraude, mitigar los riesgos, generar confianza, evaluar los proyectos, minimizar los conflictos de intereses, resolver los problemas de identificación, proteger los derechos de los aportantes, gestionar las relaciones que nacen tras la aportación. Ante todos estos desafíos se están diseñando respuestas tecnológicas, empresariales, operativas y organizativas sobre las que se superpone además el delicado debate sobre su regulación. La decisión sobre su regulación ha de asumir, primero, la variedad de modelos de *crowdfunding* y la diversidad de estructuras transaccionales (donaciones, préstamos, compraventas, aportación de capital) para detectar las áreas de regulación críticas (protección de consumidores, crédito al consumo, cuestiones fiscales sobre mecenazgo, derechos de los socios). Pero además, debe meditararse con especial atención si pueden trasladarse miméticamente las categorías de inversor, intermediario, consumidor, prestamista o socio y accionista, sobre las que se apoyan

19. Esta es la línea marcada por la reciente regulación estadounidense (Título III de la *JOBS Act*) y las propuestas de reforma y regulación en el contexto europeo, DE BUY-SERE, K.; GAJDA, O.; KLEVERLAAN, R.; MAROM, D., *A Framework For European Crowdfunding*, *op. cit.*, pp. 28-32.

las diversas disciplinas en su configuración actual, a las posiciones ocupadas por las partes en los modelos de *crowdfunding* o se debe, por el contrario, replantear estos esquemas y por ende las normas aplicables.

En efecto, en los esquemas de *crowdfunding* que responden a las variantes de *donation*, *reward* o *debt* el modelo contractual que permite articular el entorno de financiación es fácil o al menos relativamente sencillo de identificar: contratos de donación, de compraventa o de licencia con pago anticipado y de préstamo, esencialmente. Sin embargo, la definición del marco normativo aplicable plantea cuestiones cuya solución ya no resulta tan evidente. Primero, la posibilidad de que las partes acuerden en el contrato, que adopta con naturalidad la forma de contrato de adhesión con condiciones generales (estándar para la plataforma de *crowdfunding* o personalizado para cada promotor), la ley aplicable (y la jurisdicción competente o sistema alternativo de resolución de conflictos). Segundo, la naturaleza civil o mercantil del contrato en aquellos sistemas jurídicos en los que tal calificación determina la aplicación de normas diferentes. Tercero, el sentido mismo de la aplicación en estos supuestos de las normas de consumo y, en general, de protección de la parte débil (cliente bancario, prestatario para fines distintos de los empresariales, consumidor, adherente, comprador en ventas a distancia). Finalmente, y en atención a las consideraciones previas, la facultad de las partes (promotor y aportante) para regular libremente las condiciones del contrato.

Con todo, dentro de las modalidades de *crowdfunding*, es el modelo de inversión participativa (*equity crowdfunding* o *crowdinvesting*) el que despierta un mayor número de consideraciones jurídicas y plantea, por ello, los retos más acuciantes. De un lado, en la medida en que invade la esfera altamente supervisada y de estricta regulación de las operaciones de captación del ahorro público en los mercados financieros,²⁰ abre el debate sobre la viabilidad y la conveniencia de sujetar la actividad de las plataformas de *crowdfunding* al marco regulador y de supervisión financiera y, en su caso, con qué alcance. De otro, plantea igualmente cuestiones operativas sobre cómo estructurar una financiación en masa y, por ello, tendencialmente dispersa, cambiante y atomizada, y, en ocasiones, captada para un único

20. BRADFORD, C. S., "Crowdfunding and the Federal Securities Laws", 2012 *Colum. Bus.L.Rev.*, 2012, pp. 1-150.

proyecto, a través de las herramientas del Derecho de sociedades (ejercicio de derechos, entrada y salida de socios, toma de decisiones, transmisión de participaciones).

En relación con el primero de los problemas, el sorprendente crecimiento en número de plataformas y cuantía de la financiación pronto hizo urgente plantear la regulación del *crowdfunding* entre dos fronteras: de un lado, no ahogar el fenómeno con reglas que supusieran cargas innecesarias y entorpecedoras, y, de otro, asegurar la protección de los derechos de los participantes y los intereses en juego y conjurar, en particular, el riesgo sistémico en el mercado de la financiación.

La primera regulación legislativa del *crowdfunding* es la contenida en el Título III²¹ de la *Jumpstart Our Business Startups Act*,²² conocida como *JOBS Act*, adoptada el pasado mes de abril de 2012 en Estados Unidos.²³ El objetivo de la norma es esencialmente aligerar la carga regulatoria de las plataformas de *crowdfunding* (denominadas *funding portals*)²⁴ sin descuidar la protección de los intereses generales y de los derechos de los inversores, asegurando, por tanto, el registro de los gestores de la plataforma como intermediarios y el cumplimiento de determinadas condiciones (obligaciones de información, prohibiciones, límites en la cuantía del ofrecimiento al público y de la aportación, protección de datos). Sin embargo, la articulación efectiva de esta regulación depende del desarrollo regulatorio que la SEC (*Securities Exchange Commission*) lleve a cabo en el plazo legalmente establecido (31 de diciembre de 2012). Los recientes cambios institucionales y la propia complejidad de la regulación esperada apuntan hacia un retraso inevitable en la adopción de estas normas que ya tendría lugar en el último trimestre del año 2013. Mientras tanto, no obstante, el vibrante mercado del *crowdfunding* no se ha detenido a la espera de la aprobación de la normativa reguladora. De un lado, considerando el ámbito de aplicación del Título

21. El Título III de la *JOBS Act* se denomina “Capital Raising Online While Deterring Fraud and Unethical Non-Disclosure Act of 2012” o sencillamente “CROWDFUNDING Act”.

22. H.R. 3606, de 5 de abril de 2012.

23. Sobre la historia prelegislativa y antecedentes de la norma, BEST, J.; SHERWOOD, N.; JONES, D., *How Crowdfund Investing Helps...*, op. cit., pp. 6-8.

24. Mediante la incorporación de una excepción nueva en la Section 4 de la *Securities Act of 1933* para las operaciones de *crowdfunding*.

III de la *JOBS Act*, las modalidades de *reward-based crowdfunding* pueden seguir operando, aunque su capacidad recaudatoria es menor, para captar fondos para la financiación de proyectos. De otro lado, las auténticas plataformas de *equity-based crowdfunding* han ideado fórmulas estructurales y operativas para satisfacer las directrices de la nueva regulación, aun sin contar con el detalle reglamentario de la SEC. En primer lugar, han recurrido a la celebración de acuerdos de cooperación con entidades de servicios de inversión acreditadas que permiten que la plataforma actúe como un simple intermediario y la prestación de servicios de inversión para el ofrecimiento al público de instrumentos financieros sea asumida por el intermediario financiero asociado. En segundo lugar, se somete a ciertas condiciones el registro a la plataforma tanto desde la posición de los aportantes, que han de ser inversores profesionales, como desde la posición de los promotores del proyecto, a los que se exige la presentación de una serie de documentos que respalden su iniciativa y permitan a los potenciales inversores evaluar los riesgos. En todo caso, estas decisiones estratégicas son coyunturales y habrá que esperar a las normas que dicte la SEC en cumplimiento del llamamiento legal.

En el contexto europeo, las propuestas de regulación se centran en similares materias y se dirigen básicamente a aligerar la carga regulatoria sin mermar la protección de los participantes.²⁵ En este sentido, por tanto, se sugiere la previsión armonizada de un régimen simplificado sobre el folleto informativo en las ofertas públicas de valores bajo el umbral cuantitativo (5 millones de euros),²⁶ el replanteamiento de la prohibición de ofrecer participaciones al público por parte de determinados tipos sociales, la posibilidad de eximir o atenuar la carga obligacional a los intermediarios (gestores de las plataformas) cuando capten fondos reembolsables del público con respecto al régimen de acceso al mercado de las entidades de crédito y su supervisión prudencial, la armonización de normas sobre organizaciones de

25. DE BUYSERE, K.; GAJDA, O.; KLEVERLAAN, R.; MAROM, D., *A Framework For European Crowdfunding*, op. cit., pp. 28-32.

26. Directiva 2010/73/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por la que se modifican la Directiva 2003/71/CE sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y la Directiva 2004/109/CE sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado Texto pertinente a efectos del EEE (*Diario Oficial N°L 327 de 11.12.2010*).

inversión colectiva en valores mobiliarios o la aclaración de si la plataforma puede ser calificada como Sistema Multilateral de Negociación de acuerdo con la Directiva sobre Mercados de Instrumentos Financieros (MiFID).²⁷

En relación con la segunda de las cuestiones, la relativa a la organización de la participación y el ejercicio de los derechos de los aportantes en el contexto de la disciplina societaria, hay que considerar dos opciones. De un lado, se puede pensar en la conveniencia de reformar algunos de los elementos propios del Derecho de sociedades para facilitar la financiación por proyecto y el ejercicio de derechos por un accionariado disperso, atomizado y cambiante. De otro lado, se puede recurrir a fórmulas organizativas capaces de atenuar los efectos de ingobernabilidad que plantea la dispersión en la participación sin modificar necesariamente las reglas del marco normativo aplicable. En este sentido, se observan propuestas interesantes en el mercado para canalizar la financiación en masa a través de fórmulas y vehículos organizativos como las cuentas en participación²⁸ o la creación de comunidades de bienes²⁹ intermedias para agrupar el disperso y numeroso colectivo de aportantes/financiadores.

27. Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (Diario Oficial L 145 de 30.4.2004) que define en su artículo 4.15 Sistema de negociación multilateral (SMN) como “sistema multilateral, operado por una empresa de inversión o por un gestor del mercado, que permite reunir –dentro del sistema y según normas no discrecionales– los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros para dar lugar a contratos, de conformidad con lo dispuesto en el título II”. Previamente, en el ordenamiento estadounidense, el 2 de diciembre de 1998 la SEC había adoptado normas específicas para la regulación de los ATS (*Alternative Trading Systems*): *Securities Exchange Act Release* N°40760 (Dec. 8, 1998), 63 Fed.Reg. 70844 (Dec. 22, 1998). El sistema regulador descrito supone el ofrecimiento a los ATS de una doble alternativa de registro: como *broker-dealer*, debiendo cumplir entonces las normas adicionales de la *Regulation ATS*; y como *exchange* –Island, el 28 de junio de 1999; NexTrade, el 24 de marzo de 2000–. Adicionalmente, el sistema se completa con un conjunto de excepciones en virtud de las cuales, bien por exceso (el ATS está registrado como *exchange*), bien por defecto (limitado volumen de negociación), el ATS no ha de cumplir con la *Regulation ATS*. *Special Study: Electronic Communication Networks and After-Hours Trading*, SEC, Division of Market Regulation, June 2000.

28. Modelo empleado por la plataforma española partiZipa.com.

29. Modelo de sindicación de la participación a través de comunidades de bienes que propone la plataforma española TheCrowdAngel.com.

Se requiere, por tanto, ahora un ágil y rápido esfuerzo para perfilar los modelos jurídicos que permitan la consolidación del *crowdfunding* sin mermar su potencial y sin descuidar la protección de los derechos e intereses implicados en esta atractiva e imparable corriente hacia nuevas oportunidades de financiación.

VI. Conclusiones

La tecnología una vez más no sólo ha sido un potente facilitador de funciones, actividades y estructuras conocidas, sino que ha mostrado una gran fuerza transformadora para impulsar fenómenos existentes hacia escenarios desconocidos que aportan valor, representan retos nuevos y obligan a reconsiderar nuestros principios, nuestras reglas y nuestra concepción del modelo de convivencia social.

El *crowdfunding* nace como una respuesta a un contexto coyuntural de difícil y reducido acceso a la financiación pero se ha convertido en una estimulante pregunta sobre cómo podemos y cómo queremos repensar nuestro sistema económico, haciendo posibles fórmulas colectivas, participativas y colaborativas que animan a soñar con otra forma de entender nuestra sociedad.

Bibliografía

- “Ayúdeme a investigar”, El País, 23 de febrero de 2013.
- Conclusiones del primer Encuentro Nacional de Microfinanzas y reflexiones sobre los principales elementos de discusión, Colección Cuadernos Monográficos, N°15, julio 2011.
- “How to Fund Commercialization of University Research? Crowdfunding, of Course!”, Forbes, 11 de febrero de 2013.
- BAILEY, J.P.; BAKOS, Y., “An Exploratory Study of the Emerging Role of Electronic Intermediaries”, Int. J. Electronic Commerce, vol. 1, N°3, Spring 1997, pp. 7-20.
- BEST, J.; SHERWOOD, N.; JONES, D., How Crowdfund Investing Helps Solve Three Pressing Socioeconomic Challenges, Crowdfund Capital Advisors, pp. 3-5.
- BRADFORD, C.S., “Crowdfunding and the Federal Securities Laws”, 2012 Colum. Bus. L. Rev., 2012, pp. 1-150.

- COLLINS, L.; PIERRAKIS, Y., The Venture Crowd. Crowdfunding Equity. Investment into Business, julio 2012, www.nesta.org.uk.
- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Iniciativa europea para el desarrollo del microcrédito en apoyo del crecimiento y del empleo”, Bruselas, 13.11.2007, COM (2007) 708 final.
- Crowdfunding Industry Report. Market Trends, Composition and Crowdfunding platforms, Massolutions, Mayo 2012, www.crowdsourcing.org.
- DE BUYSERE, K.; GAJDA, O.; KLEVERLAAN, R.; MAROM, D., A Framework For European Crowdfunding, 2012, www.crowdfundingframework.eu
- Declaración del Parlamento Europeo sobre el microcrédito, presentada de conformidad con el artículo 116 del Reglamento, con fecha 14.1.2008 (PE399.767, 0002/2008, DC\699727ES.doc).
- FELBER, C., La economía del bien común, Barcelona, Ediciones Deusto, 2012.
- GUTIÉRREZ NIETO, B., “Antecedentes del microcrédito. Lecciones del pasado para las experiencias actuales”, Revista CIRIEC, España, Nº51, abril 2005, pp. 25-50.
- GUTIÉRREZ NIETO, B., “Hacia una clasificación de los productos financieros sociales en España. Consolidación del microcrédito y primeros pasos de la creación de un banco ético”, Boletín de Estudios Económicos, LXI (182), 2004, pp. 323-342.
- I Encuentro Nacional de Microfinanzas – Microfinanzas en España: ¿de qué estamos hablando?, Madrid, 15-17 de septiembre de 2010, ICADE.
- ISENBERG, D., “The Road to Crowdfunding Hell”, Harvard Business Review, April 23, 2012.
- JANSSON, T.; WENNER, M., Financial regulation and its significance for microfinance in Latin America and the Caribbean, Washington, DC, Inter-American Development Bank Microenterprise Unit. Working Paper, 1997.
- KAPPEL, T., “Ex ante Crowdfunding and the Recording Industry: A Model For the U.S.?”, 29 Loy. L.A. Ent. L. Rev., 2008-2009, pp. 375-385.
- ONTIVEROS, E., La economía en la red: nueva economía, nuevas finanzas, Madrid, Taurus, 2001.
- PRIVÉ, T., “Top 10 Benefits of Crowdfunding”, Forbes, December 10, 2012.
- ROCK, R.; OTERO, M., From margin to mainstream: the regulation and supervision of microfinance institutions, Acción Monograph Series Nº11, 1996.

- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Intermediación en la Red y responsabilidad civil. Sobre la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad a las actividades de intermediación en la Red”, *Revista Española de Seguros*, Nº142, 2010, pp. 217-259; también publicado en VV.AA., *I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el seguro: Internet, Biotecnología y Nanotecnología*, Madrid, Fundación Mapfre, 2011, pp. 13-50.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación y los estratos de la intermediación en la Red”, *Revista Derecho y Tecnología*, Nº11, 2010, pp. 69-96.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *El régimen jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados (e-Marketplaces)*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. D., *El microcrédito. Una mirada hacia el concepto y su desarrollo en Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Económicas, Bogotá, junio 2010.
- Special Study: Electronic Communication Networks and After-Hours Trading, SEC, Division of Market Regulation, June 2000.
- UKIE Crowd Funding Report: A Proposal to Facilitate Crowd Funding in the UK, February 2012, p. 2.
- VERSTEIN, A., “The Misregulation of Person-to-Person Lending”, 45 *U.C.D.L. Rev.*, 2011-2012, pp. 445-530.

“Valor Empresa” y publicidad

“La publicidad se basa en la observación de que un sujeto es en realidad dos: el que es y el que le gustaría ser”

William A. Feather

*Eliana Belén Tonetto**

Resumen

El trabajo parte de la base de considerar a la publicidad como la principal vía de comunicación entre los empresarios y sus consumidores. En primer lugar, se analiza conceptualmente el término publicidad, se destaca el carácter ambiguo de la palabra, se analiza su definición legal, se distingue la publicidad de la propaganda y se ubica a la publicidad dentro del derecho comercial, entendido como aquel que regula el tráfico jurídico. Luego, se exponen las razones que amparan constitucionalmente la actividad publicitaria. Seguidamente, se analizan las asimetrías informativas entre los actores de la cadena de comunicación publicitaria y los perjuicios que ello puede ocasionar en sus destinatarios. Por último, se exponen pautas para mitigar los efectos de las desigualdades informativas entre empresarios y destinatarios de la publicidad con especial consideración por la obligación social que recae sobre el emisor del aviso a consecuencia de la confianza ganada a los actores que intervienen en el mercado.

Palabras clave: publicidad, propaganda, empresa, información, consumidores.

* Abogada (UNLP - 2005). Doctora en Derecho (UCES -2012). Abogada adscripta a la materia Derecho Concursal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Argentina; belentonetto@gmail.com.

Abstract

Advertising is considered the main means of communication between traders and consumers. In the present work, first we analyzed the concept of “advertising”, highlighting its ambiguous nature, and analyzed its legal definition, differentiating between “advertising” and “propaganda”, understanding that advertising is covered by business law about legal trading in the market. Then we explained the arguments that constitutionally protect the advertising activity. We also analyzed the information asymmetries that exist between the actors of the advertising communication chain, and the damages that that could cause to the receptors. Lastly, we presented guidelines to mitigate the effects of the information inequalities between businessmen and the receptors of the advertisements, giving special consideration to the social obligation that lies on the issuer of the advertisement given the confidence gained from the actors in the market.

Keywords: Advertising, propaganda, company, information, consumers.

I. Introducción

La publicidad es un fenómeno interdisciplinario, que ha tenido un crecimiento vertiginoso en las últimas décadas,¹ juntamente con el desarrollo de los medios masivos de comunicación. Esta actividad se ha convertido en

1. En nuestro país, la inversión publicitaria del año 2010 fue de 3.468 millones de dólares (con el tipo de cambio 1 USD/3,91 \$), y desde el año 2002 al 2010 la industria publicitaria pudo mantener un crecimiento sostenido del volumen publicitario (los mayores incrementos se dieron en los años 2003 (51%), 2005 (36%) y 2010 (39%), en todos los casos teniendo en cuenta los valores del año anterior). Debe aclararse que el aumento en las cifras se debe en gran medida a un ascenso en las tarifas de medios y no en el volumen de publicidad. Además, en 1998 se dio un pico histórico de 3.948 millones de dólares, que nunca volvió a repetirse. En 2011, la industria tuvo un incremento total en pesos del 33% respecto del año 2010, y por primera vez la inversión publicitaria ascendió a 4.369 millones de dólares, superando la cifra histórica alcanzada en 1998 (datos obtenidos de la Asociación Argentina de Agencias de Publicidad. Informe oficial de inversión publicitaria Argentina 2010 y 2011) [<http://www.aaap.org.ar/inversion-publicitaria>, fecha de captura: 05/12].

el recurso más efectivo de las empresas para la venta de sus productos y servicios, y configura la principal vía de comunicación con el resto de los sujetos que intervienen en el mercado.

En este trabajo queremos abordar la publicidad en relación con el “valor empresa”, noción acuñada por Alegría² y que refiere a un concepto que no alude únicamente a la unidad económica que estas organizaciones representan, sino que involucra “elementos específicos [...] que tienen significación relevante en todos los ámbitos del quehacer humano, individual y social”. Es decir, esta noción resalta la empresa desde el punto de vista de los factores humanos que en ella intervienen y su repercusión social. Por ello analizaremos la publicidad teniendo en cuenta los que creemos resultan los dos actores principales relacionados con la empresa: los emisores de la publicidad (oferta), y los consumidores (demanda), principales destinatarios de la publicidad, destacando las facultades constitucionales y legales que implica el ejercicio de esta actividad, los efectos perjudiciales de la publicidad ilícita y las pautas a tener en cuenta para su control.

II. La publicidad y su ambigüedad

El término publicidad es ambiguo porque, como señala Cuesta Rute,³ “designa el qué se comunica (mensaje), el cómo se formula ese mensaje persuasivo (modo) y el vehículo por el que se difunde el mensaje (medio)”. Por su parte, Lovece⁴ destaca que es ambiguo y polisémico porque “permite un sinnúmero de interpretaciones diferentes (cadena flotante de significados), que se relacionan de manera directa con la capacidad cognitiva del receptor, careciendo en términos generales de precisiones pues de tenerlas quiebra el estado de fascinación que se intenta alcanzar”. Por último, Billorou⁵ argumenta que la publicidad: a) como mensaje, contiene un hecho

2. Alegría, Héctor, “La empresa como valor y el sistema jurídico”, 2006, publicado en www.laleyonline.com”.

3. Cuesta Rute, José María, “Observaciones sobre la ley general de publicidad”, en *Revista de Catalunya*, any LXXXVIII, 1989, N°4, II-lustre Col·legi d’Advocats, Barcelona, p. 52.

4. Lovece, Graciela, “La fuerza vinculante de la publicidad. El daño moral en las relaciones de consumo”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2006, L. L., Buenos Aires, p. 417.

5. Billorou, Oscar Pedro, *Introducción a la publicidad*, Buenos Aires, El Ateneo, 1997, pp. 218 y 219.

comercial, y configura un hecho social y cultural; b) en cuanto a su modo, constituye un hecho técnico, la actividad publicitaria emplea a profesionales idóneos en la materia para llevar a cabo una tarea lucrativa; y c) en cuanto a los medios de comunicación, configura un hecho económico para los empresarios de la comunicación ya que resulta la principal fuente de sus ingresos.

Frente a esta característica de la publicidad, es comprensible que sea estudiada desde diversas disciplinas, tales como economía, psicología, sociología, comunicación y derecho. A su vez, en el plano jurídico tiene relación con los derechos de la competencia, la competencia desleal, del consumidor, administrativo, y penal, entre otros.

Creemos, sin embargo, que dentro del derecho comercial, entendido éste como aquella parte del derecho privado que se ocupa de regular el tráfico jurídico,⁶ es el ámbito donde el estudio de la publicidad puede desarrollarse de manera más completa, porque se ocupa de la finalidad primordial de la publicidad: favorecer y aumentar las actividades comerciales. La publicidad “es un actividad anexa a los operaciones mercantiles”,⁷ ya que fomenta el progreso del comercio y de la industria, incrementa la competencia en el mercado y facilita la concreción de negocios jurídicos.

La publicidad es un instrumento para atraer a las personas al consumo y en ello se “manifiesta su verdadero carácter al considerarse factor de manipulación del mercado de bienes y servicios. Y el empleo del término no entraña valoración peyorativa ni meliorativa alguna. Es simplemente la constatación de un hecho que entraña un singular relieve jurídico”.⁸

El estudio de la publicidad a través del derecho comercial no limita su campo de análisis, ya que pueden considerarse diversas temáticas sin perderse de vista su finalidad mercantil. Si la publicidad perdiera este carácter, estaríamos asimilándola a la noción de comunicación, con la única finalidad de informar y persuadir. Sostener tal postura es negar la importancia económica que tienen los anuncios publicitarios y el papel que juegan en el tráfico comercial. La publicidad cumple un importante rol en las comunicaciones

6. Cuesta Rute, José María, *Régimen jurídico de la publicidad*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 36.

7. Varangot, Carlos Jorge, “El contrato de publicidad”, en *E. D.*, 1966, Tº36, Buenos Aires, p. 963.

8. Cuesta Rute, José María, *Régimen jurídico de la publicidad*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 41.

colectivas y es un servicio a favor de todos sus destinatarios, pero sobre todo es lo que les permite poder concretar con mayor facilidad la contratación de bienes y servicios.

III. La redundancia de la expresión “publicidad comercial”

En Argentina, la ley 26.522/2009 de Servicios de Comunicación Audiovisual incluye una definición de publicidad⁹ que, si bien es amplia en cuanto a contenido, tiene el inconveniente de estar limitada al medio que regula la norma. La ley también contempla un concepto de publicidad no tradicional¹⁰ de manera innecesaria a nuestro entender, porque está alcanzada en la definición de publicidad.

Consideramos que debe entenderse por publicidad toda forma de comunicación que tiene por finalidad promover la contratación de bienes, servicios, derechos u obligaciones. Entendemos que lo más conveniente es omitir cualquier referencia a los sujetos y medios por los que se puede llevar a cabo, a fin de otorgar una noción amplia que pueda captar la mayor cantidad de casos posibles que no estén sometidos a una regulación especial. La publicidad tiene dos características definitorias: es un acto de comunicación con una intención negocial.¹¹ Pero de estos dos elementos, creemos que el definitorio es el segundo. El objetivo principal de la publicidad es la venta de un producto o servicio,¹² a pesar de que no siempre logre cumplir con esta finalidad. El objetivo comercial puede ser inmediato o estar presente de

9. En su art. 4 dice: “Toda forma de mensaje que se emite en un servicio de comunicación audiovisual a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por parte de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con una actividad comercial industrial, artesanal o profesional con objeto de promocionar, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes, inmuebles, derechos y obligaciones”.

10. Es definida en el art. 4 como: “Toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar”.

11. Cuesta Rute, José María, *Régimen jurídico de la publicidad*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 149.

12. Colley, Russell H., “La definición de objetivos publicitarios”, en *Revista Administración de Empresas*, Año 3, N°33, Arindo S.A., Buenos Aires, pp. 873 y 874; y Varangot, op. cit., p. 956.

manera mediata, porque resulta muy común, especialmente en productos ya conocidos por consumidores y usuarios, que el anuncio consista en una imagen (generalmente de la marca), y a pesar de no contener otra información resulte suficiente para transmitir el mensaje de promoción.¹³

En definitiva, creemos que es redundante utilizar la expresión “publicidad comercial” toda vez que la publicidad tiene un contenido informativo con la finalidad de promover el consumo.

IV. Delimitación del término publicidad

La mayor parte de la doctrina a la que adherimos (Emery,¹⁴ Solari Brumana,¹⁵ Muguillo,¹⁶ entre otros) distingue entre *publicidad*, término al que confieren un objetivo comercial, y *propaganda*, que tiene un fin político. Otros autores prefieren considerar los términos como sinónimos por considerarla una distinción del pasado (Kemelmajer de Carlucci¹⁷ siguiendo a Zavala Rodríguez).¹⁸

13. “El punto de partida de la moderna teoría de la publicidad (*advertising as information*) es el siguiente principio: la decisión de compra de los consumidores no se orienta por el precio ‘nominal’ sino por el precio ‘total’, el que también contiene los así llamados costos de información; la publicidad que transmite información a los consumidores disminuye el precio total del producto. Según la moderna teoría de la publicidad –y éste es su enunciado central– es también una publicidad informativa la que no contiene datos (o casi no) sobre precios, características objetivas de calidad, fuentes de suministro, etc., pues esta clase de publicidad transmite al consumidor así denominadas informaciones indirectas y representa una así denominada señal de calidad” (Menke, Burkhart, “La publicidad comparativa (Una investigación de derecho comparado a la luz de nuevos conocimientos económicos)”, 1995, en www.laleyonline.com).

14. Emery, Miguel Ángel, “Los contratos de publicidad. Nociones. Cuestiones modernas”, 1984, publicado en www.laleyonline.com.

15. Solara Brumana, Juan A., “Publicidad y responsabilidad”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1980, año 13, Depalma, Buenos Aires, p. 127.

16. Muguillo, Roberto Alfredo, *Publicidad*, Buenos Aires, Astrea, 2005, pp. 11 y 12.

17. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Publicidad y consumidores”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1994, tomo 5, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 74.

18. Zavala Rodríguez, Carlos Juan, *Publicidad comparativa. Su régimen legal*, Buenos Aires, Depalma, 1947, p. 4.

Coincidimos con Muguillo¹⁹ en que la distinción de conceptos es preferible para conservar la precisión terminológica, delimitar el área de exploración jurídico-legal, y posibilitar la sanción de los actos de publicidad comercial que se presentan con características de propaganda.

V. La tutela constitucional de los actores publicitarios

La libertad de expresión incluye la posibilidad de difundir ideas a través de cualquier medio de comunicación: verbal, escrito, gestual, etc. A su vez se complementa con la libertad de prensa y de imprenta, libertad de enseñar y aprender, libertad de culto, opinión, de asociarse con fines útiles y de peticionar ante las autoridades (art. 14 de la C.N.). Ekmekdjian y Bidart Campos²⁰ argumentan que el ámbito de ejercicio del derecho a la expresión pública de ideas y opiniones debe ser amplio, incluyendo todas las manifestaciones políticas, religiosas, éticas, técnicas, científicas, artísticas y económicas.

Bajo este concepto, coincidimos con los autores citados y la jurisprudencia²¹ en cuanto entienden que la publicidad como acto de comunicación con fines comerciales se encuentra acogida en la libre expresión. En cambio, en el derecho comparado todavía se debate si la publicidad debe ser considerada como derecho fundamental, o si en cambio debe ser incluida como un derecho de empresa.²²

Como bien señala Muguillo,²³ debe distinguirse entre la libertad de expresar ideas, noticias y opiniones y la actividad de vender espacio publicitario

19. Muguillo, op. cit., p. 11.

20. Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Tº1, 2000, p. 523; Bidart Campos, Germán: *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, Tº1, 1994, p. 14.

21. Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, Sala I, causa *Cervecería y Maltería Quilmes c CASA Isenbeck s/ medidas preliminares y prueba anticipada*, del 3/08/03 publicado en L. L., 2004-C, 516-520.

22. Ver por ejemplo: Martínez Pastor, Esther, “La publicidad ¿derecho fundamental o de Empresa? Una perspectiva jurídico informativa”, ISSN: 1988-2629. Nº8. Nueva Época. Diciembre-Febrero, 2012, [<http://www.dialnet.unirioja.es/download/articulo/3795425.pdf>, fecha de captura 12/2012].

23. Muguillo, op. cit., p. 15.

con la finalidad de promover la venta de bienes y servicios. Entendemos que la primera está tutelada en la libertad de expresión, pero la segunda se encuadra en la libertad de comerciar y el derecho de trabajar (art. 14 de la C.N.).

Por su parte, la C.N. también protege el derecho de los consumidores y usuarios a recibir información veraz. El Estado es el encargado de promover la tutela de sus derechos, la educación sobre el consumo y las asociaciones de usuarios y consumidores (art. 42). Estos derechos no tienen un propósito declarativo, sino que pretenden que los usuarios y consumidores gocen de manera efectiva de sus derechos.²⁴

Si bien los derechos consagrados en el primer párrafo del art. 42 de la C.N. son operativos, algunos de ellos consagran obligaciones de hacer y necesitan de una legislación porque afectan derechos de terceros. Su operatividad no resulta de obtener el bien objeto del derecho (por ejemplo, la relación de consumo), sino que permiten otro tipo de acciones como declaraciones de inconstitucionalidad o, en casos de urgencia, que se condene a la satisfacción material.²⁵

La publicidad, considerada como una forma de comunicación, y tanto cuando configura prácticas comerciales como cuando forma parte de la relación de consumo, tiene un contenido informativo que en todas las circunstancias debe respetar el derecho a la información garantizado constitucionalmente.²⁶ Esta protección alcanza a los derechos de incidencia colectiva de los consumidores y usuarios, e incluso dentro de la relación de consumo puede perjudicarlos en sus derechos individuales, por ello las normas no sólo deben protegerlo individualmente, sino fundamentalmente en forma grupal, atendiendo al rol que le corresponde en las relaciones jurídicas que se generan en el tráfico mercantil.²⁷

24. C.S.J.N., 6/03/2007, *Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros*, publicado en www.laleyonline.com, cita online: AR/JUR/102/2007.

25. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003, p. 46.

26. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala II, 06/04/2000, *Aerolíneas Argentinas S.A. c. S.C.* dispuso que: “El abuso de las técnicas publicitarias –sea por información incompleta, tendenciosa o engañosa– vulnera el derecho del consumidor de jerarquía constitucional (art. 42, Ley Fundamental) afectando el consentimiento que puede prestar ese consumidor o usuario, parte débil de la relación de consumo”.

27. Gutiérrez Falla, Laureano F., “La publicidad ilícita y la competencia desleal a la luz del derecho comunitario europeo”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, enero-junio de 1991, N°139/141, Depalma, Buenos Aires, p. 169.

VI. Asimetrías entre los actores publicitarios

La publicidad es elaborada y difundida generalmente por una variedad de sujetos que incluye la intervención de empresas publicitarias, anunciantes, comerciantes y medios de comunicación. Los receptores son los destinatarios de la publicidad, que en su mayoría comprende al público en general, que conforma un grupo heterogéneo, de límites difusos, que es inferior económica y socialmente. Dentro de esta última categoría incluimos también a los subconsumidores, un grupo de personas que se encuentra en una situación de vulnerabilidad mayor que el resto de los consumidores. Necesitan de un trato y protección especial²⁸ a través de la discriminación positiva, es decir con reglas tuitivas que les permitan superar las asimetrías económicas, técnicas y jurídicas en las que se encuentran. Los casos más comunes son: menores de edad, ancianos, analfabetos, enfermos graves, inmigrantes y aborígenes, entre otros.

Esta desigualdad provoca una asimetría en la información que manejan quienes intervienen en el mercado. En realidad se trata de una falla estructural que exige la intervención del Estado a través de normas protectorias que permitan garantizar igualdad de oportunidades para que los sujetos más vulnerables puedan expresarse jurídicamente.

La legislación sobre publicidad debe fijar límites precisos a fin de tutelar los derechos de los consumidores, pero a su vez esas normas deben funcionar como pautas mínimas a fin de no impedir el desarrollo de la publicidad como actividad creativa amparada por la libertad de expresión, toda vez que en ambos casos se trata de facultades tuteladas constitucionalmente.

VII. Perjuicios que provoca la asimetría informativa publicitaria a los consumidores

El proveedor es un profesional en cuanto al servicio o producto que ofrece, y es además quien determina el contenido informativo del mensaje publicitario. El usuario o consumidor recibe mediante la publicidad los datos de los bienes disponibles en el mercado, pero al encontrarse en una

28. Lovece, Graciela, “Una nueva base para seguir creciendo”, 2008, publicado en www.laleyonline.com.

situación de inferioridad técnica puede ver vulnerados sus derechos por avisos ilícitos.

La publicidad ilícita puede afectar los derechos y libertades de sus destinatarios, tales como:

- a) Derecho a la Información: a nuestro entender reviste la calidad de un derecho autónomo,²⁹ y conforma un proceso mediante el cual el anunciante presenta uno o varios datos relacionados con la empresa, la marca o los productos y servicios que ofrece con la finalidad de dar a conocer y/o captar la atención del público general para estimularlos a consumir. Consideramos que resulta un proceso por cuanto el aviso publicitario puede ser complementado por información adicional que el proveedor debe conservar a disposición de usuarios y consumidores. Este derecho se ve afectado cuando el mensaje publicitario contiene datos falsos, inexactos, omisiones, alteraciones y/o comparaciones engañosas, y cuando la publicidad, por su forma de presentación, lugar o duración induce a error al destinatario.
- b) Derecho a la Salud y Seguridad: la vida e integridad física de los destinatarios de la publicidad pueden ser perjudicadas si el mensaje induce a error sobre los riesgos o peligros que el bien o servicio puede ocasionar. El derecho a la salud y seguridad alcanza a la persona del consumidor y a los bienes y servicios objeto de la prestación (en cuanto no deben lesionar al consumidor y usuario) durante toda la relación de consumo. Así lo ha entendido la C.S.J.N. cuando señaló que el derecho a la seguridad “[...] abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados –en el caso, formulada por los organizadores de un partido de fútbol–, por lo que la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes”.³⁰

29. Urbina, Paola Alejandra, *El acceso a la medicina prepaga en Argentina y el MERCOSUR. Perspectivas del Derecho Privado ante las exigencias sociales y económicas del nuevo milenio*, tesis doctoral, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires, noviembre de 2007, [http://www.uces.edu.ar/publicaciones/pdf/tesis/tesis_doc_toral_paola_urbina.pdf2008], fecha de captura 09/09].

30. Conf. fallo *Mosca*.

- c) Derecho a la protección de los intereses económicos: el patrimonio de los usuarios y consumidores puede lesionarse cuando la publicidad induce a error sobre la naturaleza, calidad, cantidad, precio, intereses, gastos de entrega y mantenimiento, comisiones y garantía. Este derecho garantiza que la publicidad que se divulgue en los diversos medios de comunicación indique de manera clara y comprensible las condiciones de venta para que los destinatarios puedan analizar las consecuencias económicas de un eventual acto de consumo, y así puedan evaluar la conveniencia de adquirir el producto o servicio.
- d) Libertad de expresión: puede verse afectada cuando la publicidad se vale de estímulos subliminales y logra influir en la conducta del destinatario sin que éste pueda percibirlo conscientemente. Por el solo hecho de la emisión de publicidad ilícita, pueden ser amenazados y afectados los derechos de incidencia colectiva de sus destinatarios. Por ello, en esta materia es fundamental reglamentar recursos de tutela preventiva.³¹ Pero si cualquiera de estos derechos es vulnerado por la publicidad ilícita, y además provoca un perjuicio que reúna los requisitos para ser resarcible, también permite a los afectados reclamar una reparación, que consiste en el pago de una suma de dinero a cargo del proveedor.

La publicidad ilícita puede ocasionar reclamos civiles en las distintas etapas de la relación de consumo. En todos los casos se trata de acciones *ex post facto* contra la publicidad engañosa, y tienen por finalidad atacar las consecuencias dañosas de este acto ilícito.

VIII. Pautas para mitigar los efectos de la asimetría informativa

El proveedor debe cooperar al buen funcionamiento del mercado de buena fe (art. 1198 del Código Civil) y sus actos publicitarios deben configurar el ejercicio de prácticas leales (Ley 22.802 de lealtad comercial).

31. Acciones de cesación y rectificación publicitaria, previstas por ejemplo por el art. 74 de la ley 13.133 en la provincia de Buenos Aires, y por el art. 17 de la ley 757 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a nivel nacional está consagrada en el art. 1102 del Proyecto de Código Civil y Comercial 2012.

La buena fe comercial aplicable a la relación de consumo, entendida como una de las especies del principio rector general de buena fe en el derecho, es diferente del estándar aplicable a una persona común; es la buena fe del comerciante. Debe exigirse con mayor intensidad porque se trata de personas que realizan una actividad comercial o industrial.

El deber de información también incluye una obligación de seguridad que se traduce en el deber de advertencia, en cuanto consiste en ofrecer datos y consejos sobre los peligros y daños, y en ciertos casos también incluye la posibilidad de reparar, sustituir y/o retirar productos del mercado.³² Creemos que en la publicidad hay un “deber de información agravado”,³³ por cuanto se debe hacer referencia a los posibles peligros o daños de los bienes y servicios que se ofrecen, y su error u omisión puede dañar en un mismo acto los derechos de información, salud, seguridad e intereses económicos de los usuarios y consumidores.

La doctrina ha considerado que el deber de información es accesorio al deber de conducta, con sustento en el principio de la buena fe, y obliga al oferente en virtud de la generación de confianza creada.³⁴

El deber de información no es sólo una obligación legal (art. 4 de la LDC) que debe respetar el emisor de la publicidad, sino sobre todo resulta una obligación social producto de la confianza ganada por el empresario, y que debe traducirse en el respeto hacia los derechos de los usuarios y consumidores. Cuanto mayor es la ausencia de información en el consumidor, mayor es la confianza que éste deposita en el proveedor, porque “la confianza cumple una función comunicacional; es un poderoso emisor de mensajes y constituye un puente entre el consumidor y el proceso de consumo”.³⁵

32. Conclusiones de la Comisión N°2, “La obligación de seguridad en el derecho de daños”, XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 22 al 24 de septiembre de 2005.

33. Quaglia, Marcelo Carlos, “La obligación de seguridad y el deber de información en la relación de consumo”, 2006, publicado en www.laleyonline.com.

34. Por ejemplo: Alterini, Atilio Aníbal, “Control de la publicidad y comercialización”, en *Revista Derecho del Consumidor*, 1994, N°5, Juris, Rosario, p. 25; Pizarro, Ramón Daniel y Vallespilos, Carlos Gustavo, “Publicidad inductiva y engañosa”, en *Revista Derecho del Consumidor*, 1991, N°1, Juris, Rosario, p. 43; y Farina, Juan M., *Defensa del Consumidor y del Usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1798/94. Deber de información. Publicidad engañosa. Comercialización. Contratos de adhesión. Cláusulas abusivas. Tarjeta de crédito. Leasing*, Buenos Aires, Astrea, 2008, p. 180.

35. Weingarten, Celia, *Derecho del consumidor*, Buenos Aires, Universidad, 2007, p. 73.

La confianza es lo que permite el funcionamiento eficaz de las relaciones jurídicas de gran complejidad,³⁶ pero no debe ser utilizada abusivamente contra el destinatario de la publicidad en perjuicio de sus derechos y libertades, sino que la confianza debe ser la base para construir relaciones jurídicas seguras, ágiles, sencillas, claras y con libertad de las partes intervinientes.

IX. La publicidad: comunicación eficaz entre la empresa y los consumidores

Explica Galeno³⁷ que para lograr una comunicación publicitaria eficaz, emisor y receptor deben estar en la misma “longitud de onda”, es decir utilizar el mismo léxico. Esto puede lograrse si se cumplen dos condiciones: que el anunciante y los destinatarios compartan un lenguaje común, y que el mensaje sea expresado en función del conjunto de experiencias de la comunidad.

La publicidad ha sido siempre acusada de manipular a las personas hacia el consumo. Según Weil,³⁸ luego de superar varios años de crítica ideológica hoy se ha reconocido la complejidad de esta relación comunicacional, y destaca tres conclusiones: 1º) hay una relación de interés recíproco y dialéctico entre el emisor y el receptor, 2º) el receptor participa activamente en la construcción del mensaje (decodificación), y 3º) en cuanto al consumo hay un doble interés: por un lado vender bienes y por el otro disponer de los productos y servicios de mejor calidad.

En beneficio de los consumidores, la legislación argentina debe proveer las condiciones mínimas que deben regir a la publicidad. No se trata de fijar estándares de conducta, sino de prescribir de manera concreta la base sobre la cual puede desarrollarse una actividad económica creativa y fundamental para el desarrollo del intercambio comercial, con respeto a los derechos de todos los sujetos que intervienen en el mercado.

Esta normativa publicitaria debe resultar más amplia que la que surge de un contrato de consumo (previsto en la ley 24.240), y alcanzar a la

36. Lorenzetti, op. cit. p. 63.

37. Galeno, Ernesto César, *Modelos de comunicación*, Buenos Aires, Machi, 1991, pp. 30-34.

38. Weil, Pascale, *La comunicación global*, Barcelona, Paidós, 1992, p. 153.

relación de consumo. Destacamos en este punto la inclusión que hace el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 en cuanto alude a la noción de “invitación a ofertar” (art. 973), expresión que busca dar un marco jurídico a la negociación que puede llegar a conformar la tratativa previa a un contrato de consumo. Sin embargo, advertimos que debe ampararse legalmente también al público general, en cuanto pueda resultar afectado por publicidad ilícita, a los competidores, y por último al interés general cuando puede verse afectada la competencia en el mercado.

Pero la legislación no resulta suficiente para lograr una publicidad eficiente si no está acompañada de un compromiso social por parte de sus emisores. En este ámbito destacamos la labor realizada por las empresas a través de la autorregulación publicitaria, expresión que alude a la acción de las compañías de dictar sus propias normas de conductas, que no están prohibidas por el ordenamiento jurídico donde desarrollan su actividad y cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad social. Implica la conformación de asociaciones que vinculan a los empresarios de la publicidad con el fin de fijar pautas de conducta que deben ser cumplidas por sus adherentes. Estas reglas son elaboradas por los interesados, quienes además deben someterse a un órgano de control que vela por la obediencia a las normas y aplica sanciones a quienes las incumplen.

En nuestro país funciona el Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONARP), asociación civil sin fines de lucro y con personería jurídica fundada en el año 2001, que promueve la autorregulación publicitaria por iniciativa de la Asociación Argentina de Agencias de Publicidad y de la Cámara Argentina de Anunciantes, y dictó a través del Consejo Publicitario Argentino el Código de Ética y Autorregulación Publicitaria.³⁹ El Comité de la CONARP⁴⁰ es el órgano encargado de velar por el cumplimiento del Código y establecer las sanciones en caso necesario.

39. Consejo Publicitario Argentino, “Código de ética y autorregulación publicitaria” [<http://www.conarp.org.ar/codigo.htm>, fecha de captura: 09/12].

40. El organismo ha recomendado la sanción de varias publicidades: por ser engañosas (un caso en 2008, dos casos en 2009, tres en 2010 y cuatro casos en 2011), por resultar publicidad comparativa ilícita (un caso en 2010, otro en 2011), por configurar publicidad denigratoria (dos casos en 2009, otros dos en 2010), y por resultar publicidad abusiva (tres casos en 2009 y dos en 2010), datos obtenidos de [<http://www.conarp.org.ar/casos2012.htm>, fecha de captura: febrero de 2013].

Gómez Segade⁴¹ explica que los objetivos fundamentales de los sistemas de autorregulación publicitaria son: defender a los consumidores frente a todas las posibles formas de ilicitud publicitaria, proteger a los competidores, y mejorar la imagen social de la publicidad. Coincidimos con Cuesta Rute⁴² (1974: 265) cuando señala que la autorregulación publicitaria tiene un gran valor en cuanto resulta un factor de ordenación del sector, y porque conforma un sistema de control que es una herramienta de utilidad para comprometer a los empresarios a construir una publicidad lícita.

Las normas de autorregulación son pautas que los empresarios ambicionan respetar. Configuran el marco deseable dentro del cual debe desenvolverse la actividad publicitaria.

Creemos que debe fomentarse la conformación de entidades de autorregulación que nucleen a empresarios, pero que también admitan la participación de asociaciones de usuarios y del Estado para que funcionen como espacios de diálogo que operen como verdaderos centros de prevención de la publicidad ilícita.

X. Conclusiones

Llegado a este punto bosquejaremos algunas conclusiones:

- 1) La publicidad tiene dos elementos fundamentales, el mensaje que comunica datos y la finalidad comercial.
- 2) La finalidad comercial de la publicidad determina su inclusión dentro del derecho comercial, entendido éste como la materia que regula el tráfico jurídico.
- 3) La publicidad está amparada por la libertad de expresión, pero también debe respetar los derechos de los consumidores y usuarios.
- 4) La publicidad ilícita puede afectar los derechos de información, salud, seguridad y los intereses económicos, entre otros, y afectar la libertad de expresión de sus destinatarios.

41. Gómez Segade, José Antonio, "Sistemas de autorregulación publicitaria" en *Revista de Derecho Industrial*, mayo-agosto 1984, N°17, Depalma, Buenos Aires, p. 218.

42. Cuesta Rute, José María, *Régimen jurídico de la publicidad*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 265.

- 5) La confianza ganada por los empresarios en la publicidad no debe ser abusada en perjuicio de sus destinatarios, sino que tiene como contrapartida una obligación social de respeto a los derechos y libertades de los usuarios y consumidores.
- 6) La publicidad es la principal fuente de comunicación entre empresarios y consumidores, por ello es primordial que la legislación fije el marco dentro del cual pueda desarrollarse este intercambio de información, y dado el caso también de bienes y/o servicios.
- 7) El compromiso social de los emisores de la publicidad en el respeto de los derechos de los destinatarios es fundamental para lograr una comunicación publicitaria eficaz.

Los viveros de empresas para fortalecer la transferencia de la tecnología y el conocimiento desde la Universidad a la Sociedad: el reto de la Universidad emprendedora*

Marta García Mandaloniz**

Resumen

Resulta clave el papel que desempeñan los viveros de empresas universitarios en la transferencia, en general, del conocimiento y, en particular, de

* El trabajo de investigación que bajo este título se desarrolla, a 30 de junio de 2013, toma como base –para su introducción– la conferencia que impartí en la *Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle* (AIPPI) (sección española) el día 8 de febrero de 2013 –gracias a la amable invitación de su presidente (saliente) R. BERCOVITZ– sobre el tema “*Encuentro entre la propiedad industrial y la transferencia de la tecnología: ¿choque o armonía?*”, pendiente de próxima publicación a la que se hace remisión.

** Profesora titular de Derecho mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid desde 2007. Premio Extraordinario de Doctorado en Derecho en 2002 y obtuvo la Mención Honorífica a la Tesis Doctoral del Premio Europa de la Consejería de Presidencia y Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid en ese mismo año. Ha realizado estancias de investigación en UNCITRAL-CNUDMI, Viena; UNIDROIT, Roma; la *Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bologna*; o el *Institut d'Études Européennes de la Université Libre de Bruxelles*. Vicerrectora adjunta para la Gestión de la Transferencia de la Universidad Carlos III de Madrid desde el 15 de julio de 2011 al 28 de febrero de 2013, desea manifestar su más sincero agradecimiento al Vicerrector de Investigación y Transferencia, el profesor Dr. D. Carlos BALAGUER BERNALDO DE QUIRÓS, así como a la Directora del Parque Científico, D^a. Paloma DOMINGO, y a las responsables del vivero de empresas, D^a Emma CRESPO, y de la Oficina de protección, valorización y comercialización de la propiedad industrial e intelectual, D^a Dolores GARCÍA-PLAZA, por las gratas experiencias y útiles enseñanzas recibidas en la materia de la que trata el presente análisis. Los eventuales errores que hubiera podido cometer a la hora de redactar este escrito son de su exclusiva responsabilidad. Española, marta.mandaloniz@der-pr.uc3m.es.

la tecnología. Se necesita el soporte e impulso de la legislación en esta materia para que sea firme el compromiso universitario con su tercera misión y, dentro de ella, para que sea fuerte la apuesta por una “Universidad emprendedora”.

Palabras clave: Viveros de empresas, Universidad, *spin-off* académicas, transferencia del conocimiento, tecnología.

Abstract

The role of Universities' business incubators is proving to be crucial for the transfer of knowledge in general, and of the technology developed in the academic sector in particular. A strong commitment of the University with its third mission and the challenge of an “entrepreneurial University” require the proper legislative support and encouragement.

Keywords: Business incubators, University, spin-off, transfer of technology, knowledge.

I. Introducción: viveros de empresas para fortalecer la transferencia de la tecnología y el conocimiento desde la universidad a la sociedad

Caminos paralelos, caminos sin encuentro entre la Universidad y la empresa fueron los que se siguieron en Europa y, dentro de ella, en España hasta mediados de los años '80. Hasta entonces los ejes de la labor universitaria eran en exclusiva la docencia y la investigación. La transferencia del conocimiento y, en específico, de la tecnología quedaba en aquellos momentos sumergida en una “espesa niebla” que escasos investigadores se atrevían a atravesar. No le faltaba razón al profesor BERCOVITZ¹ cuando escribía que “el investigador que contrataba con las empresas venía a ser considerado una especie de ‘traidor’ a la causa universitaria [porque] existía en la

1. Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Prólogo”, en VARGAS VASSEROT, C. (dir.), *Régimen jurídico de la transferencia de los resultados de investigación*, Madrid, La Ley, 2012, p. 42.

Universidad el convencimiento generalizado de que la pureza de la investigación científica universitaria impedía que los frutos de esa investigación se trasladaran a las empresas privadas”.

Dos hitos legislativos trastocarían en 1986 el reseñado panorama español, al regular las relaciones entre la Universidad y la empresa mediante la transferencia de los resultados de investigación. Nos referimos, de un lado, a la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes (LP),² principalmente en el apartado séptimo de su artículo 20 y, de otro, a la (ya derogada) Ley 13/1986, de 14 de abril, de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica.³ No habían sido éstas, sin embargo, las primeras referencias normativas al respecto en nuestro ordenamiento jurídico. Tres años antes la Ley orgánica 11/1983, de reforma universitaria,⁴ había abierto las “puertas”, en su artículo 11, a la suscripción de contratos de investigación entre la Universidad y la empresa, siguiendo la senda que había emprendido Estados Unidos en 1980 con la *Stevenson-Wylder Technology Innovation Act*⁵ y la *Bayh-Dole Patent and Trademark Amendments Act*.⁶ Tampoco serían las últimas menciones. La Ley orgánica 6/2001 de Universidades (LOU)⁷ –derogatoria de la anterior– erigía, en el artículo 1.2.c), como una de las funciones universitarias a “la difusión, la valorización y la transferencia del conocimiento al servicio [...] del desarrollo económico”. Era uno de los modos con los que nuestro vetusto sistema universitario afrontaba los cambios sociales y los retos que planteaba “la transmisión de los conocimientos científicos y tecnológicos”.⁸ Estos “nuevos

2. BOE N°73, 26 marzo 1986, pp. 11188-11208 (RCL 1986, 7900).

3. BOE N°93, 18 abril 1986, pp. 13767-13771 (RCL 1986, 9479).

4. BOE N°209, 1 septiembre 1983, pp. 24034-24042 (RCL 1983, 23432), vigente hasta el 13 de enero de 2002.

5. *Public Law* (PL) 96-480, *october* 21, 1980, 96 th. Congress, 96 Stat. 2311, 15 U.S.C. 3701. Modificada poco tiempo después por: *Trademark Clarification Act* (TOPN), 1984 (PL 98-620. *Title I, november* 8, 1984, 98 Stat. 3335) y *Federal Technology Transfer Act* (FTTA), 1986 (PL 99-502).

6. *Codified in* 35 U.S.C. *Chapter* 18 & 200-212 *and implemented by* 37 C.F.R. *Part* 401 (“*Rights to inventions made by nonprofit organizations and small business firms under government grants, contracts and corporative agreements*”).

7. BOE N°307, 24 diciembre 2001, pp. 49400-49425 (RCL 2001, 24515).

8. En las palabras del primer párrafo de la Exposición de Motivos.

escenarios y desafíos”⁹ no fueron, sin embargo, atendidos con suficiencia ni eficiencia. Tan sólo cinco años después la LOU hubo de modificarse con amplitud –merced a la Ley orgánica 4/2007 (LOMLOU)—¹⁰ para, entre otros extremos, potenciar la transferencia de los resultados de investigación en respuesta a las demandas que la Sociedad, en general, y el sistema empresarial, en particular, venían reclamando. El cambio de denominación del Título VII de la LOU fue fiel reflejo de ello, al pasar de llamarse: “De la investigación en la Universidad” a: “La investigación y la transferencia del conocimiento. Funciones de la Universidad”. Este impulso de la transferencia del conocimiento y la tecnología se consolidaba con el doble objetivo en la *mens legislatoris* de permitir, de un lado, el avance de la innovación y la competitividad del tejido productivo y, de otro, el progreso económico y social.¹¹

A. Transferencia de la tecnología y el conocimiento como tercera misión de la Universidad: su desarrollo legislativo

Las anteriores fueron las bases jurídicas para asentar la tercera misión de la Universidad. Docencia, investigación y ahora también transferencia forman el conocido “triángulo del conocimiento”.¹² “Triángulo virtuoso”¹³ éste el de la educación, la ciencia y la innovación. Una faceta triangular la actual que podía intuirse varias décadas atrás, como lo hiciera en 1930 el visionario ORTEGA Y GASSET,¹⁴ cuando a la pregunta que se planteó acerca de cuál era la misión de la Universidad, respondió: transmisión, enseñanza

9. En los términos que se utilizan en el epígrafe I de la Exposición de Motivos.

10. BOE N°89, 13 abril 2007, pp. 16241-16260 (RCL 2007, 7786).

11. Conforme a las modificaciones que la LOMLOU introdujo en el Título VII de la LOU y, en especial, a los objetivos previstos en el artículo 41.1.

12. Dibujado y explicado, *verbigratia*, en: MERINO MORENO, C.; VERDE CORDERO, A.; VILLAR MÁRTIL, L., “La función de transferencia tecnológica en las OTRIs”, *Revista Madri+d*, 2008, N°47, pp. 5-6. Son abundantes las menciones al respecto por parte de quienes se ocupan del proceso de transferencia. Así, por ejemplo, en: TESTAR YMBERT, X., *La transferencia de tecnología y conocimiento universidad-empresa en España: estado actual, retos y oportunidades*, Barcelona: Fundación CYD, N°17, 2012, pp. 5 y ss.

13. En calificativo tomado de: *Ibidem*, p. 22.

14. Vid. ORTEGA Y GASSET, J., *Misión de la Universidad*, 1930, p. 6 (con indicaciones y notas para los cursos y conferencias de Raúl J. A. PALMA, Buenos Aires, 2001).

e investigación. Ciertamente es que el significado del vocablo “transmisión” no es coincidente con el de “transferencia”. Si con el primero se alude a la difusión del conocimiento sin tener en cuenta el receptor, el segundo admite una doble vertiente: horizontal y vertical. No es la transferencia horizontal o entre iguales (entre dos o más empresas o, en su caso, entre varios organismos de investigación) sino la vertical (entre, al menos, un centro de investigación y una empresa) la que a los efectos de este trabajo interesa conceptualizar. De entre las variadas definiciones que, a este respecto, se han ido (y seguirán) ofreciendo, recogemos para estas líneas la de la Universidad de *St. Andrews* por acentuar que la transferencia es un sistema y un proceso por el cual “las instituciones de investigación interactúan recíprocamente con las empresas [...] para permitir que el conocimiento y la experiencia pueda ser aplicado en mejoras innovadoras, rentables y sociales”.¹⁵ Definida así la transferencia, puede diferenciarse –aun cuando en ocasiones se hayan entendido de modo indistinto–¹⁶ entre transferencia del conocimiento y transferencia de

15. Definición recogida de la cita que, al respecto, se efectúa en: BAYONA SÁEZ, C.; GONZÁLEZ ERANSUS, R., *La transferencia de conocimiento en la Universidad Pública de Navarra. Una visión desde la empresa y desde el ámbito universitario*, Navarra: UPNA, 2010, p. 13.

16. Optamos por diferenciar entre el concepto más restringido de “transferencia de la tecnología” y el más amplio (comprensivo del anterior) de “transferencia del conocimiento”, aun cuando en no pocas ocasiones se hayan venido entendiendo como expresiones intercambiables. En este último sentido, vid. PADILLA MELÉNDEZ, A.; ÁGUILA OBRA, A. R. DEL; GARRIDO MORENO, A., “Factores determinantes de la transferencia de tecnología en el ámbito universitario. La perspectiva del investigador”, *EI*, 2010, N°378, p. 93, donde, sin embargo, se pone como ejemplo de análisis que prefiere una diferenciación entre ambos conceptos a: LANDRY, R.; AMARA, N.; OUMET, M., “Determinants of knowledge transfer: evidence from Canadian university researchers in natural sciences and engineering”, *Journal of Technology Transfer*, 2007, vol. 32, pp. 561-592. También se diferencia entre uno y otro, por el carácter más comprensivo de la transferencia de conocimiento, al abarcar un mayor número de dinámicas, objetos y mecanismos de transferencia, en: GALINDO MELERO, J.; SANZ ANGULO, P.; BENITO MARTÍN, J. J. DE, “La gestión y transferencia del conocimiento en el ámbito de la tercera misión de la universidad como fuente de innovación y generación de riqueza”, pp. 2-3; disponible en: http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/553/375/La_gestion_y_transferencia_del_conocimiento.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8&blobheadername1=Cache-Control&blobheadername2=Expires&blobheadername3=Site&blobheadervalue1=no-store%2Cno-cache%2Cmust-revalidate&blobheadervalue2=o&blobheadervalue3=JCYL_EconomiaEmpleo&blobnocache=true (última consulta: 30

la tecnología. Si la primera se refiere al conocimiento generado en cualesquiera áreas, la tecnología a transferir es entendida aquí como el resultado de las actividades universitarias de investigación, desarrollo e innovación susceptibles de protección mediante una modalidad de propiedad industrial o intelectual (o, en sus conocidas siglas en inglés, IPR: *Intellectual Property Rights*). En todo caso, es la transferencia no sólo de la tecnología sino, en general, del conocimiento la que articula la anunciada tercera misión como compromiso de la Universidad con el entorno económico y social que la rodea.

Su desarrollo legislativo ha tardado en aparecer, pero cuando ha aparecido ha sido por duplicado. Dos recientes leyes en España configuran –junto a la LOU, revisada por la LOMLOU– el soporte jurídico que impulsa con vigor esta tercera misión: primero, la Ley de Economía Sostenible (LES)¹⁷ –encontrable dentro de la llamada “Estrategia para el crecimiento sostenible”–, después, la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (LCTI).¹⁸ La primera está parcialmente enfocada en la transferencia, en tanto que la segunda adopta un enfoque transversal directo hacia la transferencia universitaria. Ambas cuentan con duplicidades de difícil encaje.¹⁹

Ejemplo de esta compleja relación son los artículos 55 LES y 36 LCTI. Ambos preceptos exigen la aplicación del Derecho privado y, por ende, la libertad de pactos a los contratos que se firmen para la transferencia a terce-

junio 2013). Por su parte, en BAYONA SÁEZ, C.; GONZÁLEZ ERANSUS, R., *La transferencia de conocimiento...*, op. cit., p. 13, se pone (restrictivamente) el acento de la diferenciación entre una y otra transferencia en función de la existencia de una patente. Para el interesado en la transferencia del conocimiento en ciencias no tecnológicas, resulta conveniente las siguientes lecturas: RED OTRI UNIVERSIDADES; CRUE, “Indicadores en transferencia de conocimiento”, *Cuadernos Técnicos Red OTRI*, abril 2010, cuaderno N°5, p. 18; SERRANO FERIGLE, A.; “Reto de la transferencia de conocimiento en ciencias sociales y humanidades”, en TESTAR YMBERT, X., *La transferencia de tecnología y conocimiento universidad-empresa en España: estado actual, retos y oportunidades*, Barcelona: Fundación CYD, N°17, 2012, pp. 28-30.

17. BOE N°55, 5 marzo 2011, pp. 25033-25235 (RCL 2011, 4117).

18. BOE N°131, 2 junio 2011, pp. 54387-54455 (RCL 2011, 9617).

19. Crítica con la descoordinación y no coincidencia de la LES y la LCTI en esta materia de la transferencia se mostraría, por ejemplo: ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., “Procedimiento para la transmisión a terceros de los derechos sobre los resultados de la actividad investigadora”, en VARGAS VASSEROT, C., VARGAS VASSEROT, C. (dir.), *Régimen jurídico de la transferencia de los resultados de investigación*, Madrid: La Ley, 2012, pp. 234-238.

ros de derechos sobre los resultados de la investigación (mediante la cesión de la titularidad o la concesión de licencias de explotación sobre un título de propiedad industrial o, en su caso, de propiedad intelectual). No obstante, la LCTI permite de manera expresa la adjudicación directa como procedimiento aplicable a tales contratos,²⁰ mientras que la LES parece decantarse, *a priori*, por el procedimiento competitivo, salvo en aquellos supuestos específicos que puedan insertarse en el “cajón de sastre” de los apartados g) y h), que permiten la adjudicación directa “por las peculiaridades del Derecho, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación” o “cuando resulte procedente por la naturaleza y características del derecho o de la transmisión [...], como en los casos de las licencias de pleno derecho o de las licencias obligatorias”, respectivamente. Aparte de los resquicios que abren estos apartados g) y h) del artículo 55 LES, los conocidos principios “*lex posterior derogat lex anterior*” y “*lex specialis derogat lex generalis*” permiten hacer una interpretación favorable a lo dispuesto, en este extremo de manera general, en el artículo 36 LCTI. La adjudicación directa que de este precepto de la LCTI se deriva favorece –frente a la complejidad del mecanismo de adjudicación competitiva que prima en la LES, por norma general, aunque probablemente menos habitual en la práctica de lo que en la teoría se desprende– una transmisión sencilla y rápida y, por ende, de mayor competitividad.²¹

20. En particular, la aplicación del Derecho privado y la adjudicación directa se contemplan en el artículo 36 LCTI para los contratos de sociedad, los contratos suscritos en virtud del artículo 83 LOU, los contratos de colaboración para la valorización, los de transferencia de resultados de investigación, los de cesión de la titularidad de la patente, los de licencia de explotación de una patente o, en su caso, aquellos relativos a la propiedad intelectual. Estando el ámbito objetivo de aplicación delimitado, las dudas que plantea este precepto vienen de la remisión a la normativa propia de cada Comunidad Autónoma, en cuanto que choca con la competencia exclusiva del Estado en materia de propiedad industrial e intelectual que recoge el artículo 149.1.9 de la Constitución española. Vid. ARROYO APARICIO, A., “Titularidad y protección de las invenciones de origen académico”, en VARGAS VASSEROT, C. (dir.), *Régimen jurídico de la transferencia de los resultados de investigación*, Madrid: La Ley, 2012, p. 141; ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., “Procedimiento para la transmisión...”, op. cit., p. 237.

21. Pese a que *ab initio* pudiera parecer lo contrario, en *Ibidem*, pp. 239, 242, se asevera que el procedimiento de adjudicación directa no se establece en el artículo 55 LES con carácter excepcional, gracias a sus apartados g) y h); siendo el más utilizado y, por tanto, el habitual en la práctica, permitiendo que la Universidad realice en temas de IPR

Aun con un “rompecabezas” jurídico en el que, en ocasiones, las piezas no hallan fácil encaje, la citada legislación ha permitido que los caminos de la Universidad y la empresa, que antes discurrían paralelos, en la actualidad se encuentren. Pero, todavía hoy el cruce de caminos a través de la transferencia no está a la altura de la capacidad científica en España ni, por extensión, en Europa. Es lo que el Libro Verde de la Innovación, que la Comisión europea redactó en 1995, bautizó como la “paradoja europea”.²² Esta paradoja europea –trasladable y agrandable a la paradoja española–²³ hace visible el intenso *gap* entre la investigación y la innovación. Las

una transmisión ágil de mayor competitividad. En sentido análogo, léase: CAÑABETE POZO, R., “El contrato de transferencia de tecnología a la empresa de base tecnológica”, en VARGAS VASSEROT, C. (dir.), *Régimen jurídico de la transferencia de los resultados de investigación*, Madrid: La Ley, 2012, p. 696.

22. Las páginas 9 y siguientes del Libro Verde de la Innovación (ES/13/95/55220800.P00; 87 pp.) –desarrollado por el “Primer Plan de Acción para la innovación en Europa: innovar para crecer y crear empleo” (COM (96) 589 final, 20 noviembre 1996, 140 pp.) y la “Aplicación del Primer Plan de Acción para la innovación en Europa. La innovación al servicio del crecimiento y el empleo” (COM (97) 736 final)– describen la “paradoja europea” haciendo uso, entre otras, de las siguientes reflexiones: “Europa está en una situación paradójica. Comparándolos con los de sus principales competidores, los resultados científicos de la Unión Europea son excelentes, pero en los últimos años sus resultados tecnológicos, industriales y comerciales en los sectores de punta [...] se han deteriorado”. “Una de las debilidades principales de Europa reside, por tanto, en su relativa inferioridad en la transformación de los resultados de investigación”. Fiel reflejo de ello son las cifras del pago en *royalties* y derecho anuales de licencias de patentes en 1996: muy superiores a EE.UU desde Europa (Reino Unido, Alemania, Francia, Italia y España) que, como contrapartida, de EE.UU a Europa (a los Estados miembros citados); plasmadas en: FUNDACIÓN COTEC PARA LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA, *Nuevos mecanismos de transferencia de tecnología. Debilidades y oportunidades del sistema español de transferencia de tecnología*, Gijón: Encuentros Empresariales COTEC 9, 2003, p. 123, nota a pie de página N°146. En 2003 la Comisión europea recalca esta paradoja europea universitaria en su Comunicación titulada: “El papel de las Universidades en la Europa del conocimiento” (COM (2003) 58 final, 5 febrero 2003, 26 pp.). Pese al tiempo transcurrido, sus palabras siguen hoy más vivas que nunca.

23. Si en producción científica, medida por número de publicaciones, España ocupa el puesto mundial número nueve, en el índice de innovación la posición de nuestro país desciende hasta el número treinta y seis, según el *Global Competitiveness Report* (WEF), en cuadro recogido en la página 10 de la Estrategia Española de la Ciencia y Tecnología y de Innovación 2013-2020: <http://icono.fecyt.es/estrategias/Documents/Avance%20Estrategia%20Espanola%20Ciencia-Tecnologia%20e%20Innovacion%202013-2020%20vf.pdf> (última consulta: 30 junio 2013). Los datos incorporados en el Informe presentado al Excmo. Sr. Ministro de Educación, Cultura y Deporte bajo la autoría y título siguiente: MIRAS-

causas enlazan con la falta y la aversión.²⁴ Por un lado, falta mayor mentalidad universitaria hacia la transferencia, faltan estructuras consolidadas óptimas para la transferencia y faltan complementos retributivos al personal investigador que fomenten una eficaz transferencia de los resultados de su investigación.²⁵ Se produce, por otro, aversión al riesgo del lado de

PORTUGAL, M^a. T.; ALZAGA VILLAAMIL, O.; AZCÁRRAGA FELIU, J. A. (et al.), Propuestas para la reforma y mejora de la calidad y eficiencia del sistema universitario español, 12 febrero 2013, pp. 7, 15, 37-38, no hacen sino confirmar esta paradoja española. El número de patentes del conjunto de las Universidades españolas tan sólo fue de cuatrocientas una en 2010 y el número total de patentes triádicas españolas estaba muy por debajo de la media europea, según datos de 2009, recogidos de: ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, Factbook 2011: Economic, Environmental and Social Statistics (según se cita en la nota a pie N°42 del Informe). Mientras tanto, España genera el 3,4% de la producción científica global, dos tercios de los cuales proviene de las Universidades, continuando en la cuarta posición mundial en cuanto a productividad en ciencia (en noticia que recoge el Informe en su nota N°15 de la tribuna de opinión de la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (CRUE), de junio de 2011: <http://www.crue.org/MasNoticias.html?idAgenda=231&anio=2011&mes=Junio>).

24. Conforme a VARGAS VASSEROT, C., “La transferencia de resultados de investigación: tercera misión de la Universidad”, en VARGAS VASSEROT, C. (dir.), *Régimen jurídico de la transferencia de los resultados de investigación*, Madrid: La Ley, 2012, p. 91.

25. La LERU (*League of European Research Universities*) reconoce –en el documento titulado: “The TTO, a university engine transforming science into innovation”, escrito por K. DEBACKERE, y extractado en: VERDAGUER, C., “La OTT, motor de la universidad para la transformación de la investigación en innovación”, en TESTAR YMBERT, X., *La transferencia de tecnología y conocimiento universidad-empresa en España: estado actual, retos y oportunidades*, Barcelona: Fundación CYD, N°17, 2012, p. 19– la necesidad de conceder incentivos adecuados a los investigadores académicos que realicen actividades de transferencia de tecnología. Por su parte, HIDALGO NUCHERA, A., *Mecanismos de transferencia de tecnología y propiedad industrial entre la Universidad, los Organismos Públicos de Investigación y las Empresas*, Colección EOI Tecnología e Innovación, p. 59 y ss., destaca la evaluación de la actividad investigadora del profesorado universitario como obstáculo principal para un adecuado proceso de transferencia de tecnología desde el entorno científico al productivo y, para ello, propone (en p. 61) “criterios específicos de evaluación más enfocados a la transferencia de tecnología, como el reconocimiento de los proyectos tecnológicos con empresas, los programas de especialización y doctorado para profesionales y directivos de empresas, o la creación de nuevas empresas de base tecnológica”. Aun cuando las Agencias de Evaluación y Acreditación nacional o, en su caso, autonómicas contemplan ciertos incentivos, al valorar la transferencia mediante patentes o creación de *spin-off* dentro del apartado de investigación, seguimos pensando que resultan insuficientes.

las empresas inversoras. De uno y otro lado, existe desconocimiento²⁶ y escepticismo.

Sólo un “ecosistema de la innovación”²⁷ en nuestra economía del conocimiento sería capaz de reducir la intensidad del señalado *gap*. La Universidad junto con la empresa, recibiendo la cooperación y el soporte continuo de la Administración Pública, produciría intercambios dinámicos suficientes para establecer los vínculos sólidos entre la investigación y la innovación que ha solicitado la Comisión europea, tanto en su Libro Verde sobre un marco estratégico común para la financiación de la investigación y la innovación en la Unión Europea²⁸ como en la Iniciativa emblemática de Europa 2020 “Unión por la innovación”.²⁹ En este sentido, Universidad, empresa y Administración formarían lo que ha venido llamándose –desde que así lo llamaran ETZKOWITZ y LEYDESDORFF–³⁰ un “sistema

26. El desconocimiento mutuo entre el ámbito universitario y el sector empresarial se plasmó bien en: FUNDACIÓN COTEC PARA LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA, Informe: Relaciones de la empresa con el sistema público de I+D (1999): Madrid: Fundación COTEC para la Innovación Tecnológica, 2000; recogido en: ESCORSA CASTELLS, P.; MASPONS BOCH, R.; CRUZ JIMÉNEZ, E., “Inteligencia competitiva y transferencia de tecnologías: reflexiones para el desarrollo de la relación Universidad - Empresa”, en Congrés USST’ 2001: veille stratégique scientifique & technologique: systèmes d’information élaborée, bibliométrie, linguistique intelligence économique, Barcelona, 15-19 octubre 2001 (ES, 3, 194, 2001), p. 7; disponible en: <http://www.eoi.es/salactsi/pere2.pdf> (última consulta: 30 junio 2013). A su parecer, existe un “nivel de desfase entre la oferta tecnológica de los centros públicos de I+D y las demandas de las empresas”. En la actualidad, el desconocimiento, si bien se ha atenuado, persiste.

27. Vid. TESTAR YMBERT, X., *La transferencia de tecnología y conocimiento...*, op. cit., pp. 4, 52 y, en especial, gráfico 2. Asimismo, léase la siguiente noticia de prensa: CO-RRAL, M. G., “Ecosistemas de innovación’ para transformar la ciencia en dinero”, *El Mundo*, 9 junio 2012, p. 70.

28. Libro Verde de la Comisión Europea, de 9 de febrero de 2011: “Del reto a la oportunidad: hacia un marco estratégico común para la financiación de la investigación y la innovación por la Unión Europea” (COM (2011) 48 final, 15 pp.).

29. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Iniciativa emblemática de Europa 2020. Unión por la innovación (SEC (2010) 1161) (COM (2010) 546 final, 6 octubre 2010, 48 pp.).

30. Vid., ad ex., ETZKOWITZ, H., *The triple helix of University-Industry-Government implications for policy and evaluation*, Stockholm: Institutet för Studier av Utbildning och Forskning, Working Paper 2002, N°11, 18 pp.; disponible en: <http://www.sister.nu/pdf/>

de triple hélice” o una “hélice de triple pala”³¹ para crear conjuntamente riqueza económica y social.

Sobre la base de este modelo trípode aparece la duda de qué caminos tomar con el fin de llevar a cabo una transferencia eficaz o, en otros términos, qué modalidades de transferencia del conocimiento y de la tecnología apoyar e impulsar. Cuando es la empresa la que busca y encuentra a la

wp_11.pdf (última consulta: 30 junio 2013); ETZKOWITZ, H., *Triple helix: a manifesto for innovation, incubation and growth*, Stockholm: SNS and Beijing: Peoples Press, 2003; ETZKOWITZ, H., *The triple helix. University-industry-government innovation in action*, New York; London: Routledge, 2008, 164 pp.; ETZKOWITZ, H.; LEYDESDORFF, L., “The triple helix - university-industry-government relations: a laboratory for knowledge-based economic development”, *EASST Review* 14, 1995, N°1, pp. 11-19; ETZKOWITZ, H.; LEYDESDORFF, L., “Emergence of a triple helix of university-industry-government relations”, *Science and Public Policy*, 1996; disponible en: <http://www.leydesdorff.net/th1a/> (última consulta: 30 junio 2013); ETZKOWITZ, H.; LEYDESDORFF, L., “The endless transition: a triple helix of university-industry-government relations, introduction to a theme issue”, *Minerva*, 1998, N°36, pp. 203-208; ETZKOWITZ, H.; LEYDESDORFF, L., “The dynamics of innovation: from national systems and “mode 2” to a triple helix of university-industry-government relations”, *Research Policy*, 2000, N°29 (2), pp. 109-123; ETZKOWITZ, H.; LEYDESDORFF, L., *Universities and the global knowledge economy: a triple helix of university-industry-government relations*, London: Pinter, abril 2002, 192 pp.; LEYDESDORFF, L., “The triple helix of university-industry-government relations (february 2012)”, en CARAYANNIS, E.; CAMPBELL, D. (eds.), *Encyclopedia of creativity, innovation and entrepreneurship*, New York: Springer, 31 enero 2012, 17 pp.; disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1996760 (última consulta: 30 junio 2013), donde se alude a los orígenes, figuras y diferentes versiones de la triple hélice. Por hacerse eco y describir estos modelos de triple hélice (I, II y III), además de otros modelos de transferencia de tecnología como el modelo lineal, el dinámico o el de catch up (en Corea y Japón), interesa destacar el siguiente trabajo escrito por la doctrina económica española: LÓPEZ G.; M. DEL S.; MEJÍA C., J. C.; SCHMALS, R., “Un acercamiento al concepto de la transferencia de tecnología en las Universidades y sus diferentes manifestaciones”, *Panorama Socioeconómico*, enero-junio 2006, año 24, N°32, pp. 70-81 y, en especial, figuras 3 a 5.

31. Como se nos recuerda en: FUNDACIÓN COTEC PARA LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA, *Nuevos mecanismos de transferencia...*, op. cit., p. 48, el modelo de triple hélice “toma prestada de la biología –la doble hélice de DNA de Watson-Crick, en donde las dos cadenas helicoidales están enrolladas a lo largo de un eje común– la idea de cadenas enlazadas mediante interacciones”.

Universidad, en un sistema de *market pull*,³² las modalidades principales que surgen son los convenios marco y específicos de colaboración más los contratos y proyectos de I+D+T. Cuando, en cambio, es la Universidad la que sale a la búsqueda y difícil encuentro del mundo empresarial, en un sistema opuesto de *science push*, la comercialización de la propiedad industrial de los resultados de investigación a través, por ejemplo, de licencias de patentes, además de la creación de empresas de base tecnológica (EBTs) –y, dentro de ellas, *spin-off* y, en particular, *spin-off* académicas– resultan ser las actividades más destacadas.³³ Pese al interés que suscitan todas, no podemos centrarnos en estas páginas más que en la última de las modalidades anunciadas, esto es, en la creación de *spin-off* académicas; entendidas *grosso modo* como aquellas sociedades mercantiles que tienen por objeto la explotación del conocimiento y la tecnología generada en la Universidad y en cuyo capital social participa su personal de investigación.³⁴ No sólo su creación sino también su inicial desarrollo se mantienen

32. En específico, en torno a los modelos de *market pull* y *science push*, léase: TESTAR YMBERT, X., *La transferencia de tecnología y conocimiento...*, op. cit., p. 4 y ss. y, en concreto, pp. 27, 33 y ss.

33. Vid. BAYONA SÁEZ, C.; GONZÁLEZ ERANSUS, R., *La transferencia de conocimiento...*, op. cit., p. 13.

34. No existiendo un concepto legal único y adecuado de “*spin-off* académica” acudimos a nuestra doctrina ius-mercantilista para configurarlo sobre la base del régimen jurídico que le es aplicable. En el último quinquenio se han publicado excelentes estudios que nos han proporcionado o, al menos, nos han acercado a un concepto y que, a su compás, han analizado su marco normativo. Por su rigor, quisiéramos destacar en estas líneas los siguientes: FELIÚ REY, J., “Empresas de base tecnológica o *spin off* académica: algunas consideraciones de Derecho privado”, *RCDP*, 2009, N°6, pp. 959-963; FELIÚ REY, J., “Empresas de base tecnológica o *spin off* académica: aproximación a su concepto, antecedentes y algunas consideraciones de Derecho privado”, *DN*, diciembre 2011, N°255, año 22, pp. 9-10; MORILLAS JARILLO, M. J., “Entidades de base tecnológica universitarias: algunos aspectos de Derecho societario”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C.; OLEO BANET, F.; MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coord.), *Estudios de Derecho mercantil. En memoria del profesor Aníbal SÁNCHEZ ANDRÉS*, Madrid: Civitas – Thomson Reuters, 2010, pp. 1125-1151 y, en especial, pp. 1126-1128; PETIT LAVALL, M. V., “Las empresas de base tecnológica (EBTs) en las Universidades públicas”, en GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (dir.), *Comentario a la Ley orgánica de Universidades*, Madrid: Civitas – Thomson Reuters; Universidad Complutense de Madrid, 2009, pp. 1365-1412; PETIT LAVALL, M. V., “El anteproyecto de Ley de Economía Sostenible y la transferencia de resultados

y consolidan en el marco de los viveros de empresas que proliferan en los espacios universitarios.

II. Viveros de empresas: breve historia y rápido crecimiento hasta su tipología actual

Breve será el recorrido que caminemos por la también breve historia,³⁵ pero de rápido e, incluso, vertiginoso crecimiento de los viveros de empresas, no sólo universitarios. Las cifras que dan prueba de tal rapidez las mostramos ya: ochenta viveros en el mundo en 1980, mil quinientos en 1995, tres mil quinientos en 2000 y unos cuatro mil tan sólo dos años más tarde. El pasado mes de octubre de 2012 eran alrededor de siete mil, de los que mil doscientos cincuenta se hallaban en Estados Unidos.³⁶ Proliferan desde que se desarrollaran a finales de los años setenta y principios de los ochenta en los confines norteamericanos, teniendo en estas lindes su “caldo de cultivo” gracias al programa de promoción de viveros de la *Small Business Administration*.

de la actividad investigadora de las Universidades públicas mediante la constitución de empresas de base tecnológica (EBTs)”, en GÓMEZ SEGADÉ, J. A.; GARCÍA VIDAL, A. (coords.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al profesor Dr. Carlos FERNÁNDEZ-NOVOA en su octogésimo cumpleaños*, Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 495-497; VARGAS VASSEROT, C., “Concepto, tipos y marco legal de las *spin-off* académicas”, en VARGAS VASSEROT, C. (dir.), *Régimen jurídico de la transferencia de los resultados de investigación*, Madrid: La Ley, 2012, pp. 515-544. Para este último autor, por ejemplo, las *spin-off* académicas son “empresas creadas o participadas por profesores, investigadores o por la propia Universidad con el fin de explotar nuevos productos o servicios a partir de resultados de la investigación científica y tecnológica y cuyo objeto social tienen como base el conocimiento, la tecnología o la innovación generada por la propia actividad investigadora universitaria que se transfiere a la empresa creada”.

35. La historia y evolución detallada por países (Australia, Alemania, Italia, Reino Unido y EE.UU.) se recoge, entre otros, en: ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, *Business incubation: international case studies*, París: OECD, 1999, 176 pp.

36. Conforme a los datos que proporciona la NBIA (*National Business Incubation Association*), creada en 1985 en EE.UU., en su página web: http://www.nbia.org/resource_library/faq/#3 (última consulta: 30 junio 2013).

A. Viveros de empresas: antecedentes, terminología y definición

Antecedentes hubo dos décadas atrás, empero. Aunque el origen de la idea puede remontarse³⁷ a 1946 con el establecimiento de la *American Research Development Corporation* (ARD), como primera compañía independiente de capital-riesgo³⁸ que contribuye (financiando) al despegue de las nuevas empresas y su conversión en compañías de gran relevancia económica, no fue sino hasta 1951 cuando se fundó, como iniciativa de la Universidad de Stanford, el pionero *Stanford Research Park*³⁹ –“pata” esencial del famoso *Silicon Valley*– con el objetivo directo de promover la transferencia de tecnología desarrollada en la Universidad hacia las empresas, al tiempo que la creación de nuevas empresas intensivas en tecnología. Por su parte, el “BATAVIA Industrial Center” (BIC),⁴⁰ constituido en Nueva York en 1959, reclama su posición como el primer vivero (no universitario) del mundo.⁴¹

Sería en esta última fecha cuando se plasmaría el término “incubadora” –tomado de una empresa que incubaba pollos instalada en un edificio neoyorquino donde se alquilaban salas a quienes decidían crear un negocio– para aludir a estos ecosistemas de apoyo a los emprendedores.⁴² Tanto

37. Si se atiende a: FUNDACIÓN COTEC PARA LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA, *Nuevos mecanismos de transferencia...*, op. cit., p. 69; donde se cita a: BARROW, C., *Incubators: a realist's guide to the world's new business accelerators*, Nueva York: John Wiley & Sons, 2001, pp. 11-18 y, en especial, nota a pie de página N°49.

38. Esta primera Entidad de Capital-Riesgo (ECR) fue promovida por los Sres. Ralph FLANDERS (presidente del Federal Reserve Bank of Boston), Georges DOROT (profesor de la Harvard Business School), Merrill GRISWOLD y Karl COMPTON (Presidente del Instituto Tecnológico de Massachusetts: MIT). Un exhaustivo estudio del período en el que dicha ECR fue independiente se encuentra en: HSU, D. H.; KENNEY, M., “Organizing venture capital: the rise and demise of American Research & Development Corporation, 1946-1973”, *Industrial and Corporate Change*, 2005, vol. 14, N°4, pp. 579-616; disponible en: <http://www.management.wharton.upenn.edu/hsu/inc/doc/papers/david-hsu-development-corporation.pdf> (última consulta: 30 junio 2013).

39. http://lbre.stanford.edu/realestate/research_park (última consulta: 30 junio 2013).

40. <http://www.bic4biz.com/> (última consulta: 30 junio 2013).

41. Según se lee en su página web: http://www.bic4biz.com/our_approach.html (última consulta: 30 junio 2013).

42. Vid. FUNDACIÓN COTEC PARA LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA, *Nuevos mecanismos de transferencia...*, op. cit., p. 69.

por el nombre de “incubadora” como por el de “lanzadera”, “semillero” o “vivero” –siendo éste último el que adoptaremos a lo largo del presente texto, convirtiéndolo en sinónimo del primero y sin entenderlo restrictivamente como edificio de tal incubadora–⁴³ son conocidos las infraestructuras y servicios adecuados para favorecer la creación y posterior crecimiento de las nuevas empresas. Con independencia de la terminología, pueden definirse –acogiendo el concepto que acuñó la *International Summit of Business Incubation of Association* en su séptimo Congreso internacional de asociaciones de incubadoras de empresas y Parques Científicos y Tecnológicos, de 18 de mayo de 2003–⁴⁴ como: “*Economic and social development process designed to advise potential start-up companies and, through a comprehensive business assistance program, help them establish and accelerate their growth and success. The main goal is to produce successful businesses that will leave the program, in a timely manner, financially viable and freestanding. These graduates create jobs, revitalize communities, commercialize new technologies and create wealth for local and national economies*”. Bajo esta amplia definición se halla el denominador común de la mayor parte de los viveros: dar soporte logístico y técnico y, al tiempo, ofrecer acompañamiento empresarial.⁴⁵ No sólo brindan espacio y equipamiento, también programas de información, orientación, sensibilización, formación, conexión, experimentación, mentorización y asesoría en financiación. De esta forma y como estructuras de intermediación prestan apoyo integral a los emprendedores con el ánimo final de contribuir a un eficaz desarrollo empresarial, económico y social. Teniendo en mente estos fines, los viveros

43. En *Ibidem*, p. 70 parece asimilarse, en cambio, el “vivero” al edificio de la incubadora, cuando se expresa lo siguiente: “Los edificios que actúan de incubadora pueden también tener la estructura de un Centro Europeo de Empresas e Innovación (CEEI), un Centro de Empresas Innovadoras o de Viveros de Empresas”.

44. Léase la definición que se transcribe literalmente en nuestro texto principal en la página web del SPICE GROUP (Science Park & Innovation Center Experts), integrador de veinticinco asociaciones procedentes de cuarenta países: <http://spice-group.net/summit/?id=5> (última consulta: 30 junio 2013).

45. FUNDACIÓN COTEC PARA LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA, *Nuevos mecanismos de transferencia...*, op. cit., p. 70. De acuerdo con la NBIA: “*Business incubation catalyzes the process of starting and growing companies, providing entrepreneurs with the expertise, networks and tools they need to make their ventures successful. Incubation programs diversify economies, commercialize technologies, create jobs and build wealth*”.

se configuran, en efecto, como estructuras no sólo físicas sino de prestación de servicios adaptadas a las necesidades de cada proyecto empresarial que acompañan al emprendedor antes y durante los primeros pasos que da en el mercado, ayudando en la fase de crecimiento y haciendo un seguimiento de su consolidación. Quienes se integran en un vivero suelen encontrar un óptimo soporte de cara a mejorar sus expectativas de transformar su idea en una empresa, de supervivencia⁴⁶ de esa empresa en sus primeros años de vida y, por consiguiente, de éxito, en los primeros y sucesivos.⁴⁷

B. Viveros de empresas: tipología

Desde los primitivos viveros (libres) más centrados en la dotación de espacios físicos que en el suministro de servicios o, incluso, sin éstos se llega hasta los modernos viveros (tutores) donde los alquileres de los espacios se suelen combinar e integrar con amplios programas transversales de asistencia empresarial.⁴⁸ Por su parte, los viveros generalistas o mixtos, para cual-

46. El efecto positivo que los viveros producen en la supervivencia de las empresas en ellos instaladas ha sido objeto de distintos análisis económicos y estadísticos tanto en Estados Unidos como en Europa. Aunque los porcentajes varían entre uno y otro estudio, todos ellos coinciden en la elevación de la tasa de supervivencia de las empresas sitas en un vivero respecto de las no incubadas. Hacen un resumen de tales trabajos y, al tiempo, realizan el primer informe sobre la supervivencia media de las empresas localizadas en los viveros de la Comunidad de Madrid (superior al 90% durante los tres primeros años siguientes a su creación), FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, P.; BLANCO JIMÉNEZ, F. J.; ALONSO NEIRA, M. A. (et al.), *El papel de los viveros de empresa en la creación de empleo. (Crear trabajo, ayudando a desarrollar empresas)*, Madrid: Comunidad de Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Panorama Laboral 2011, pp. 61-65; disponible en: http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DEl_papel_de_los_viveros_en_la_creaci%C3%B3n_de_empleo.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1310981778246&ssbinary=true (última consulta: 30 junio 2013).

47. Los viveros favorecen, en efecto, el desarrollo de un sistema capaz de aumentar no sólo las probabilidades de supervivencia sino también de éxito, según VAQUERO, A.; FERREIRO, F., “Los viveros gallegos como instrumento de desarrollo local: Situación actual y líneas de mejora”, *Revista Galega de Economía*, 2010, N°20-1, pp. 1-23, en cita de: FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, P.; BLANCO JIMÉNEZ, F. J.; ALONSO NEIRA, M. A. (et al.), *El papel de los viveros...*, op. cit., p. 11.

48. No obstante, también en la actualidad persiste el modelo de viveros libres, entendidos como aquéllos que actúan como meras arrendadoras de locales. Léase, al respecto, *Ibidem*, p. 15.

quier idea de negocio, fueron seguidos en el tiempo por los especializados en determinados sectores económicos: empresas de servicios, de informática, de producción de alimentos, manufactureras pesadas y un largo etcétera.⁴⁹ La tipología actual desborda, sin embargo, estas iniciales clasificaciones.

Especializados y de base tecnológica son, entre otros, los que, por atender los campos biotecnológico, biomédico, químico o farmacéutico, se conocen con el nombre de “bio-incubadoras”.⁵⁰ Virtuales son los viveros (de segunda generación)⁵¹ que hacen uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TICs) para facilitar *on-line* plataformas y servicios a emprendedores que pueden estar alejados geográficamente y no requieren lugares físicos *off-line* donde estar alojados;⁵² “.com” o “dot.com” fue la generación de viveros que, especialmente en EE.UU., emergió al “calor de la fiebre” por y para las empresas “punto.com” y se desinfló a la vez que lo hacía la “burbuja de Internet” a comienzos de los años 2000.⁵³ Aceleradoras de empresas⁵⁴ son las que hacen un recorte del tiempo de incubación y,

49. *Ibidem*, p. 5. También, *verbigratia*, FUNDACIÓN COTEC PARA LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA, *Nuevos mecanismos de transferencia...*, op. cit., p. 72.

50. Para detalles y ejemplos de bio-incubadoras, léase: *Ibidem*, pp. 74-78.

51. Vid. SCARAMUZZI, E., *Incubators in developing countries: status and development perspectives*, infoDev Program, Washington: The World Bank, mayo 2002, p. 7; disponible en: <http://egateg.usaidallnet.gov/sites/default/files/Incubators%20in%20Developing%20Countries.pdf> (última consulta: 30 junio 2013).

52. Un ejemplo fue el vivero virtual de la Comunidad de Madrid que se desarrolló en el marco del Plan PRICIT (2000-2003), habiendo creado un total de veinte empresas hasta mediados de 2002 en sectores como la biotecnología, el sector farmacéutico, internet, informática, diseño gráfico, telecomunicaciones o medio ambiente. Distintos municipios y regiones de la Comunidad de Madrid han ido creando luego otros viveros virtuales. Destacamos aquí la puesta en marcha, como vivero virtual, del “e-vivero universitario”: portal de servicios y contenidos *on-line* de referencia para que emprendedores del mundo universitario y empresarios externos a él formen una comunidad virtual con el objetivo de cooperar e innovar. Véase: <http://www.e-viverouniversitario.com/> (última consulta: 30 junio 2013).

53. De los denominados “viveros.com” da cumplida cuenta SCARAMUZZI, E., *Incubators in developing countries...*, op. cit., p. 4.

54. En los últimos tiempos se han multiplicado las aceleradoras de empresas. Ejemplo atacado por la rápida internacionalización de sus actividades es la aceleradora de la compañía Telefónica: Wayra. Inaugurada en abril de 2011 y expandida con trece “academias” por

generalmente, un aporte de financiación. En ellas el tiempo que transcurre entre el paso de la idea a la creación de la empresa y de ésta al lanzamiento al mercado se acorta (de pocos años a varios meses). Además, la probabilidad de rápido crecimiento de las “empresas gacelas” a las que se dirigen se financia, generalmente a través de una participación minoritaria de la aceleradora en el capital social de la empresa acelerada, que después puede ampliarse merced a la inversión que efectúan las Entidades de Capital-Riesgo vinculadas o no a la propia aceleradora (participativa).

El listado no se agota con las tipologías previas. De entre las posibles, quisiéramos dar cuenta de una última que suscita sumo interés a los efectos de este escrito: aquella que diferencia según la titularidad y fuente de financiación que mantiene al vivero. Desde esta óptica, los viveros pueden ser públicos, privados y mixtos.⁵⁵ Es frecuente que los viveros, en vez de operar de manera aislada, estén conectados y, más aún, dependan de organismos públicos de distinto escalón territorial. En esta dirección, viveros asociados o pertenecientes a institutos públicos de investigación y, en especial, a Universidades públicas son tónica habitual. En el otro lado de la “balanza”, la privada, los viveros pueden derivar de grandes empresas (con variado formato societario), redes de empresas, ECR, aparte de asociaciones y organizaciones sin ánimo de lucro. Sin desconocer la praxis a ninguno de ellos, se

seis ciudades europeas y siete latinoamericanas, ha acogido a doscientas cuarenta y cuatro start-up, durante un período de seis meses que sólo de modo excepcional puede alargarse hasta el año. Vid. <http://wayra.org/> (última consulta: 30 junio 2013). Otro de los muchos ejemplos es NXTPLabs, en Argentina. Como se indica en su site es un programa de aceleración guiado por mentores para emprendedores de Internet, que combina la aceleradora de proyectos con un Fondo de Capital-Riesgo (FCR) para proyectos en fase semilla o seed. En este caso, el montante económico que recibe el emprendedor es de hasta U\$S 25.000 (U\$S 10.000 por start-up, mas U\$S 5.000 por socio fundador, hasta tres socios), a cambio de una participación en el capital social generalmente en un porcentaje que varía entre el 5 y el 10%. Vid. <http://nxtplabs.net/> (última consulta: 30 junio 2013).

55. Vid. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, P.; BLANCO JIMÉNEZ, F. J.; ALONSO NEIRA, M. A. (et al.), *El papel de los viveros...*, op. cit., pp. 14-15; VELA VÉLASQUEZ, J. C., *Modelo para la creación de incubadoras de empresas en la realidad peruana*, Tesis doctoral, Lima: Universidad Católica del Perú, febrero 2011, p. 18; disponible en: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/914/VELA_VELASQUEZ_JULIO_INCUBADORAS_REALIDAD_PERUANA.pdf?sequence=1 (última consulta: 30 junio 2013).

reitera la recurrencia de los que poseen sostén directo o indirecto en una Administración Pública, generalmente local o regional.

1. Viveros de empresas universitarios

Referencia destacada quisiéramos efectuar a partir de estas líneas a los viveros universitarios dependientes e, incluso, instalados en una Universidad pública. No podríamos olvidar, sin embargo, a los viveros que pertenecen a las Universidades de carácter privado y, por ello, habrán de ser objeto de examen conjunto. Ahora bien, la atención (indirecta) que la legislación española universitaria y de transferencia presta, en cuanto estructuras en el seno de las Universidades para la promoción y creación de las *spin-off* académicas, es diferente. El hincapié legal se pone en las Universidades públicas y, en particular, en el régimen (suavizado) de incompatibilidades del personal a su servicio para constituir o participar en empresas, que tienen su lugar natural (que no esencial) de desarrollo en los viveros en ellas instalados o que de ellas dependen. El acento de la presente investigación irá, en este sentido, en consonancia con el de nuestra normativa.

Una vez hecha la matización previa, debe destacarse cómo la vinculación directa o indirecta de las Universidades en la formación de viveros de empresas ha estado presente desde los orígenes de este proceso. Sin perjuicio de la citada iniciativa de la *University of Stanford* en relación con el *Stanford Research Park*, hay que indicar que el *Rensselaer Incubator Program*, fundado en 1980, del *Rensselaer Technology Park* en el *Rensselaer Polytechnic Institute*, no sólo es uno de los programas de incubación con más trayectoria histórica dentro de la geografía estadounidense sino el primero que fue completamente patrocinado y operado por una Universidad.⁵⁶ En la actualidad las instituciones académicas desarrollan el 32% de los viveros norteamericanos.⁵⁷ A este otro lado del Atlántico, en Europa el movimiento de incubación universitaria se fue generando en torno al *Cambridge Science Park*, establecido por el *Trinity College* en 1970, como el más antiguo y uno de los más prestigiosos

56. Conforme a lo que se muestra en la página web de dicho programa de incubación universitaria: http://www.renscochamber-edp.com/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=17&Itemid=18 (última consulta: 30 junio 2013).

57. Cifra recogida en: http://www.nbia.org/resource_library/faq/#3 (última consulta: 30 junio 2013).

Parques Científicos del Reino Unido.⁵⁸ Desde entonces el fenómeno de la incubación universitaria ha sido imparable.

La finalidad con la que se idearon y con la que después se han desarrollado ha sido acercar la investigación científica a la Sociedad a través del incentivo de la cultura de la innovación y de la formación y promoción de empresas. Localizados dentro de las instalaciones de las instituciones académicas, generalmente en sus Parques Científicos o Tecnológicos, o fuera pero dependientes de ellas, los viveros de empresas universitarios se alzan hoy como unidades de soporte integral para la promoción, creación y consolidación de empresas surgidas de –o relacionadas con– los procesos y resultados de la investigación. Funcionan, en efecto, como servicio de potenciación de la transferencia de esos resultados, apoyando a la comunidad universitaria en el lanzamiento (favorecido por concursos y premios de ideas) y crecimiento de empresas innovadoras. Pero, además de las *spin-off* académicas, los viveros universitarios suelen acoger en su seno a otras *start-up* de base tecnológica cuyas actividades económicas, aun no habiendo surgido desde el ámbito científico universitario, tienen relación directa o indirecta con alguna de sus áreas de conocimiento.⁵⁹ En ambos casos, el diálogo que

58. Tomado de: <http://www.cambridgesciencepark.co.uk/about/> (última consulta: 30 junio 2013). La historia de este Parque Científico figura en: <http://www.cambridgesciencepark.co.uk/about/history/> (última consulta: 30 junio 2013). El dato de que en Europa el germen de la incubación universitaria se inició en el Parque Científico de la Universidad de Cambridge lo hemos tomado de: FUNDACIÓN COTEC PARA LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA, *Nuevos mecanismos de transferencia...*, op. cit., p. 69.

59. Por la cercanía con la autora, se cita, como uno de los múltiples ejemplos de viveros de empresas universitarios que acogen a EBTs no necesariamente creadas por alumnos, *alumni*, o personal docente e investigador, pero siempre con actividades enmarcadas en alguna de sus áreas de conocimiento, al vivero de empresas del Parque Científico de la Universidad Carlos III de Madrid: http://www.uc3m.es/portal/page/portal/investigacion/parque_cientifico/vivero_empresas/ (última consulta: 30 junio 2013). Ejemplo contrapuesto sería, entre otros, el de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales (EXACTAS) de la Universidad de Buenos Aires, *Incubacen*, donde uno de los criterios de selección y evaluación de los proyectos empresariales para la pre-incubación es que el “equipo de emprendedores debe estar integrado al menos por una persona vinculada a la comunidad de EXACTAS (alumno, graduado, docente o investigador)”, según se indica en: PREGLIASCO, L.; LITICHEVER, E.; CIRIANO, S., “Experiencias de Incubacen. La incubadora de empresas de base tecnológica de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la Universidad de Buenos Aires”, en CICERO GONZÁLEZ, S. (dir.), *100 buenas prácticas en emprendimiento universitario*, La Coruña: RedEmprendia, 2012, p. 266.

se favorece y el aprovechamiento que se produce son mutuos. Para ambos, los viveros ligados a la Universidad promueven las competencias necesarias para que quienes se decidan a emprender, puedan hacerlo.

En conexión con agentes claves en el proceso de cobertura de las necesidades de las EBTs (sean o no *spin-off* académicas) –como son, de un lado, las Administraciones Públicas en sus diferentes niveles territoriales, de otro, agentes privados como asociaciones de organizaciones empresariales y, de otro más, agentes financieros, principalmente *business angels* y ECR, amén de mentores externos– distintos viveros (o, en su caso, aceleradoras) de Universidades, junto con Centros Tecnológicos y Escuelas de Negocios, han formado parte de redes –de trampolines tecnológicos–⁶⁰ con el propósito de atraer hacia sí el máximo número de proyectos empresariales embrionarios y ayudar a convertirlos, con mayor agilidad y facilidad, en empresas consolidadas.

Con redes o sin ellas, el ánimo de convertir las ideas en negocios viables no varía como tampoco lo hace el proceso de pre-incubación, incubación y post-incubación o graduación por el que se atraviesa a tal fin. En la pre-incubación se gesta el proyecto empresarial gracias a una infraestructura de alojamiento que se combina con unos servicios de asesoramiento y tutoría para elaborar un *business plan* que después será evaluable. En la incubación las infraestructuras se apoyan con servicios de asistencia legal, técnica y financiera para que la empresa creada comience a dar sus primeros pasos en el mercado. La salida del vivero, a modo de graduación, se llevará a cabo cuando la empresa tenga la capacidad de sobrevivir, desarrollándose y creciendo, en el entorno competitivo que la rodea. Las tareas de soporte del vivero no acaban cuando comienza la graduación. También en esta etapa de post-incubación (en torno a uno o dos años) se ofrece desde el vivero a la graduada asesoría individualizada, orientación, información y diagnóstico de cara a realizar un seguimiento de su evolución empresarial. Los viveros promueven, asimismo,

60. Buen ejemplo de ello fue la instauración de la “Red de trampolines tecnológicos (Xarxa TT)”, impulsada por el Centro de Información y Desarrollo Empresarial (CIDEM), la Comisión Inter-Departamental de Investigación e Innovación Tecnológica (CIRIT) y un conjunto de Universidades y Escuelas de Negocio del territorio catalán, dentro del marco del III Plan de Investigación e Innovación (PRI) 2010-2013 de la Generalitat de Cataluña. Sobre el apoyo gubernamental que recibió esta red de trampolines, véanse los comentarios y cuadros reflejados en: SUBIRÁ, A.; GURGUÍ, A., *Políticas para la competitividad. Una experiencia de gobierno*, Barcelona: Bosch, julio 2007, pp. 219 y ss.

que las empresas post-incubadas colaboren con las incubadas y pre-incubadas mediante formación especializada y conexión que puede derivar en relaciones de negocio e, incluso, *clusters* que a todas ellas favorezcan.

III. Necesidad de un entorno jurídico favorable al emprendimiento universitario

Siendo consciente nuestro legislador de que la iniciativa empresarial contribuye a estimular la actividad económica, a fomentar la cohesión económica y social en regiones de desarrollo rezagado, a integrar en el mercado de trabajo por cuenta propia a los desempleados, a la creación de empleo y, en definitiva, a la productividad y competitividad de un país,⁶¹ ha entendido que debía favorecerlo también desde el ámbito universitario. Para ello, alude, en cuanto a la valorización y transferencia científica universitaria, a las Oficinas de Transferencia de los Resultados de Investigación (más conocidas por su acrónimo OTRIs) y a los Parques Científicos y Tecnológicos. Las referencias a los viveros universitarios quedan implícitas tanto en las menciones expresas a estos Parques en los que pueden estar situados como en las alusiones también expresas a las posibilidades –y limitaciones persistentes, aun venidas a menos– de creación de *spin-off* por parte del personal docente e investigador (PDI).

A. Ley Orgánica de Universidades y su modificación para favorecer el emprendimiento universitario

El artículo 41.2.g) de la LOU –en la redacción proporcionada por la LOMLOU– vincula la investigación científica con el sistema productivo por medio de la “creación de empresas de base tecnológica a partir de la actividad universitaria”,⁶² “en cuyas actividades” –sigue indicando– “podrá participar el personal docente e investigador de las Universidades conforme al régimen

61. Como así se encargó de indicar la Comisión Europea en el Libro Verde del espíritu empresarial en Europa (COM (2003) 27 final, 21 enero 2003, 27 pp.)

62. Un gráfico (Nº1) con cifras sobre las *spin-off* universitarias creadas en los años 2004 y 2005 en España, Europa y EE.UU. se dibuja en: MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CIENCIA, *La creación de empresas de base tecnológica en el ámbito universitario a partir de la reforma de la LOU*, Madrid: MEC, 2008, p. 9.

previsto en el artículo 83”. Al amparo de este último artículo, el investigador puede firmar con la empresa un contrato o acuerdo de colaboración para la realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico. Pero, es desde el 3 de mayo de 2007, al entrar en vigor la LOMLOU, cuando se amplían las posibilidades de emprendimiento del PDI, variando en determinados casos las rígidas limitaciones que dispone el artículo 12 de la Ley 53/1984 de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas⁶³ para su participación en una sociedad mercantil prohibiendo poseer más del 10% del capital social o formar parte de su órgano de administración o dirección. En una destacable contribución a la creación de *spin-off*, la LOMLOU facilita la entrada y permanencia del PDI funcionario como socio más allá del porcentaje indicado, logra compatibilizar la actividad docente e investigadora con la empresarial formando parte del órgano de administración o algún órgano rector de la sociedad mercantil e, incluso, permite la vinculación a tiempo completo a esta última. Detallemos, a continuación, esta triple posibilidad.

i. Personal docente e investigador como socio de una empresa de base tecnológica

La interdicción que impone la Ley de incompatibilidades en su artículo 12.1.d) para el PDI de una Universidad pública de poseer más del 10% del capital de una sociedad se suprime, merced a la Disposición Adicional vigésimo cuarta de la LOMLOU, para los profesores funcionarios de los cuerpos docentes universitarios (en las categorías de Catedrático y Profesor Titular, en ambos casos de Universidad o Escuela Universitaria). Este permiso exclusivo para el cuerpo funcional se hará efectivo de cumplirse las siguientes condiciones: la primera de carácter subjetivo, que la participación sea en EBTs promovidas por la Universidad y participadas directamente por ésta o indirectamente a través de alguno de los entes previstos en el artículo 84 LOU: a saber, sociedades mercantiles, fundaciones u otras personas jurídicas creadas por la propia Universidad;⁶⁴ la segunda de carácter objetivo, que la EBT en la que el funcionario vaya a participar, como socio, haya sido creada a partir de

63. BOE N°4, 4 enero 1985, pp. 165-168 (RCL 1985, 151).

64. Respecto del artículo 84 LOU, tanto en su versión originaria como en la actual, léanse *infra* los apuntes que se redactarán a partir del epígrafe siguiente.

patentes o de los resultados generados por proyectos universitarios de investigación; y, la tercera procedimental, que exista un acuerdo expreso del Consejo de Gobierno, previo informe del Consejo Social, que permita la creación de tal EBT y en el que se certifique la naturaleza tecnológica de dicha empresa y las contraprestaciones que correspondan a la Universidad. Un desarrollo reglamentario gubernamental estaba previsto. Nunca llegó. Su sustitución en la *praxis* se fue realizando a través de la aprobación de muy variados Reglamentos internos universitarios de creación y participación en EBTs.⁶⁵

ii. Personal docente e investigador perteneciente al órgano de administración de una empresa de base tecnológica

Idéntico triple condicionamiento ha de cumplirse en la hipótesis de que el PDI funcionario pretenda pertenecer al órgano de administración u “órganos rectores de empresas o entidades privadas, siempre que la actividad de las mismas esté directamente relacionada con las que gestione el Departamento” o Universidad en la que preste sus servicios. De no cumplirse, la prohibición del artículo 12.1.b) de la Ley de incompatibilidades entraría de lleno para el PDI (incluso funcionario) con dedicación a tiempo completo a la Universidad. No obstante, todavía sigue siendo viable la opción de solicitar el cambio a dedicación a tiempo parcial, conforme a lo previsto en el Real Decreto 898/1985 sobre el régimen del profesorado universitario,⁶⁶ siempre que dicha dedicación esté permitida (y no siempre lo está) en los Estatutos de cada Universidad.

iii. Personal docente e investigador con vinculación plena a una empresa de base tecnológica

Aun cuando pueda resultar extraño en la práctica, la vinculación plena a la actividad empresarial pudiera ser el anhelo del PDI, sobre todo, en los

65. Son muchos los ejemplos de Universidades españolas que han aprobado Reglamentos internos en esta materia. No pudiendo aludir aquí a todos ellos, por falta de suficiente espacio y probable riesgo de olvido de alguno, haremos referencia expresa al modelo de Reglamento que, a tales efectos, aprobó la Comunidad de Madrid: OFICINA DEL EMPRENDEDOR DE BASE TECNOLÓGICA, *Modelo madri+d de normativa de creación de EBTs*, Madrid: mi+d, 12 pp.; disponible en: http://www.madrimasd.org/emprendedores/uploads/Modelo_madri+d_normativa_creacion_EBTs.pdf (última consulta: 30 junio 2013).

66. BOE N°146, 19 junio 1985, pp. 18927-18930 (RCL 1985, 11578).

iniciales momentos de su puesta en marcha. Con anterioridad a la LOMLOU, el artículo 67 de la LOU permitía para estos supuestos la excedencia voluntaria, pero sin ofrecer seguridad de reincorporación en el mismo puesto de trabajo. Ante ello, varias vías se entreabrían para el regreso del PDI excedente: la presentación a los concursos de acceso de cualquier Universidad de la geografía española y la obtención, en su caso, de plaza en alguna de ellas; el retorno a la Universidad de origen solicitando del Rector la adscripción provisional a una plaza y obligándose a participar en los concursos de acceso que en ella se pudieran convocar hasta obtener una definitiva o, en su defecto, perder la provisional; o el reingreso automático si no se había sobrepasado el plazo de cinco años de excedencia y existía plaza vacante en el mismo cuerpo funcional y área de conocimiento.

Es con el apartado tercero del artículo 83 LOU que añade la LOMLOU⁶⁷ cuando se abre la “puerta” de la excedencia temporal voluntaria en específico para la dedicación exclusiva a la EBT con reserva del puesto de trabajo y cómputo a efectos de antigüedad. Aun cuando se contempla tanto para el funcionariado como para el personal contratado con vinculación indefinida, la apertura de esa “puerta” no es “de par en par”. Dos premisas más, una objetiva y otra temporal, han de cumplirse para ello: en primer lugar, que la EBT sea creada o desarrollada a partir de patentes o de resultados generados por proyectos de investigación realizados en Universidades y financiados total o parcialmente con fondos públicos; y, en segundo lugar, que la excedencia sea por un período máximo de cinco años. Sobrepasado ese tiempo, la Universidad declarará la excedencia por interés particular. El procedimiento de concesión de la solicitud de excedencia que cumpliera tales condiciones también debería haber sido desarrollado reglamentariamente por el Gobierno. Es una lástima que después de seis años no haya podido desarrollarlo (salvo para el sector biomédico),⁶⁸ aun cuando probablemente ni siquiera con el oportuno desarrollo reglamentario esta excedencia especial sería más utilizada de lo que lo ha sido hasta ahora: prácticamente

67. En consonancia con la citada Disposición Adicional vigésimo cuarta.

68. En virtud del Real Decreto 1014/2009, por el que se regula la concesión de excedencia temporal para el personal investigador funcionario y estatutario que realice actividades de investigación biomédica, para el desarrollo de actividades en empresas de base tecnológica (BOE N°155, 27 junio 2009, pp. 53217-53220 [RCL 2009, 10577]).

nada.⁶⁹ Pese a esta nulidad en la práctica, se incide en la excedencia temporal especial para incorporarse a una EBT en la LCTI; Ley –se recuerda– a la que hubo ocasión de aludir en las palabras introductorias de nuestro estudio y a la que irá dedicado el siguiente subepígrafe.

B. Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación para favorecer más el emprendimiento universitario

Un nuevo escenario –que se une, sin sustitución, al descrito de la LOMLOU– ha implantado la LCTI, fundamentalmente a través de sus artículos 17 y 18. Bajo el título de “movilidad del personal investigador”, el primero de estos preceptos es el encargado de regular la excedencia para la incorporación en una EBT, si se entiende –como se ha entendido–⁷⁰ que entre los agentes privados de ejecución del Sistema Español de Ciencia y Tecnología a los que alude –y que especifica la Exposición de Motivos como las “empresas cuya actividad consista en transformar la actividad de investigación científica y técnica en mejoras de la productividad española y de la calidad de vida de los ciudadanos”– podrían estar incluidas las EBTs surgidas del campo universitario. Con igual rango de ley, el artículo 17 de la LCTI, complementa y, si se nos permite, desarrolla aquel artículo 83.3 LOU, en la redacción que concedió la LOMLOU. En siete apartados que no parecen tener fin se abre más la “puerta” que conduce al personal investigador (esta vez, funcionario de carrera o laboral fijo con cinco años de antigüedad) hacia su integración en una *spin-off* académica. La excedencia en régimen de contratación laboral y no superior a cinco años, permite la evaluación de la actividad investigadora y la reincorporación al mismo puesto de trabajo, además de la solicitud de una nueva excedencia tras el transcurso de dos años a contar desde el reingreso.

69. Si se atiende a lo que se expone en: VARGAS VASSEROT, C., “Concepto, tipos...”, op. cit., p. 528.

70. *Ibidem*, p. 536, donde se cita en el mismo sentido a: BERAZA GARMENDIA, J. M., “La creación de *spin-off* universitarias en la Universidad española: marco legal”, *Revista de Dirección y Administración de Empresas*, diciembre 2010, Nº17, p. 96; disponible en: http://www.enpresa-donostia.ehu.es/p256-content/es/contenidos/informacion/euempss_revista/es_revista/adjuntos/17_4.pdf (última consulta: 30 junio 2013).

Por mor del artículo 18 LCTI, todo el “personal investigador”⁷¹ –por tanto, con independencia de su carácter funcional o no– puede ser autorizado para prestar servicios mediante un contrato laboral a tiempo parcial y de duración determinada e, incluso, beneficiarse de la exclusión de las limitaciones antedichas del artículo 12.1, letras b) y d), de la Ley de incompatibilidades si se trata de una *spin-off* académica que la Universidad pública constituya o participe, a efectos de articular el proceso de transferencia de los resultados de investigación generados, siempre que dichas excepciones sean autorizadas por la propia Universidad. Siendo así, el personal investigador puede ser excepcionado de las consabidas limitaciones de no poseer más del 10% del capital social o de no formar parte del órgano de administración u órganos rectores de una sociedad mercantil. Para tales excepciones, así como para aquella autorización para prestar servicios laborales, se requerirá, no obstante, la justificación previa, debidamente motivada, de la participación del personal investigador en una actuación relacionada con las prioridades científico técnicas establecidas en la Estrategia Española de Ciencia y Tecnología o en la Estrategia Española de Innovación. En la Estrategia aprobada para el período 2013-2020⁷² figuran los ejes prioritarios, en los que será difícil que no halle encaje una de estas *spin-off*. Hallándolo, será el régimen de este artículo 18 LCTI el procedimiento a seguir. De no hallarlo, habría que acudir al de aquella Disposición Adicional vigésimo cuarta de la LOMLOU que, por continuar vigente, genera dudas en su conexión con el nuevo de la LCTI.⁷³

Si bien a partir de la LOMLOU el camino quedó “abonado” para que después la LES y, sobre todo, la LCTI “plantara nuevas semillas”, los ansiados “frutos” de esa “siembra” están aún por recoger. La “recolecta” probablemente sería mayor si no existieran, de un lado, tantos condicionantes para romper con las limitaciones legales subsistentes ni, de otro, hubiera tantos solapamientos y discordancias entre las citadas normativas. La necesidad de favorecer, todavía más, el emprendimiento universitario del PDI

71. El personal investigador es definido a los efectos de la LCTI (art. 13.1) como: “personal docente e investigador definido en la [LOU], entre cuyas funciones se encuentre la de llevar a cabo actividades investigadoras”. A *contrario*, queda excluido el personal contratado a los solos efectos docentes, esto es, el profesorado asociado.

72. Vid. *supra* nota a pie de página N°25.

73. Vid. VASSEROT VARGAS, C., “Concepto, tipos...”, op. cit., pp. 539-540.

sigue, por consiguiente, latente. Siendo deseable de *lege ferenda* un marco jurídico más propicio en este terreno ya “abonado”, debemos examinar de *lege lata* los mecanismos que permiten que la Universidad participe en las empresas surgidas de los resultados de la investigación que en ella se desarrollan.

IV. Mecanismos de participación de la universidad en las empresas de base tecnológica

El legislador español al permitir (no todo lo que sería deseable) la creación (de) y participación en empresas de base tecnológica desde las Universidades, está favoreciendo obtener un retorno económico que aunque, hasta la fecha, es minúsculo en comparación con el resto de los fondos de otras procedencias⁷⁴ que integran las partidas de los presupuestos anuales universitarios podría alcanzar en el futuro un porcentaje superior. Aparte del retorno (mínimo) que las Universidades reciben –como contraprestación al arrendamiento de espacios y la prestación de servicios– por la simple instalación en sus viveros de las *spin-off* académicas⁷⁵ que pueden promover, así como de cualesquiera otras EBTs,⁷⁶ se prevé un retorno económico derivado de la constitución de “empresas, fundaciones y otras personas jurídicas”⁷⁷

74. En las Universidades de carácter público el grueso del presupuesto suele proceder de la Administración Pública autonómica de la que depende.

75. La promoción de *spin-off* académicas por parte de las Universidades como modo de explotación de los resultados de investigación y desarrollo obtenidos por sus investigadores está prevista en el artículo 64.3 LES, siempre que el objeto social de tales empresas sea alguno a los que se refiere el artículo 56 de dicha Ley, según habrá ocasión de describir más abajo en el texto principal con ocasión de la participación de las Universidades en dichas empresas.

76. Nos referimos a EBTs externas al ámbito académico, pero con actividades próximas o complementarias a las líneas de investigación de alguna de sus áreas de conocimiento, tal como tuvimos ocasión de adelantar en un epígrafe anterior.

77. Se insiste cómo el artículo 84 LOU ha posibilitado la creación por parte de las Universidades, “por sí solas o en colaboración con otras entidades públicas o privadas”, de “empresas, fundaciones u otras personas jurídicas de acuerdo con la legislación general aplicable”, como vía de articulación de las transferencia de los conocimientos generados en ellas y “para la promoción y desarrollo de sus fines”.

y, en especial, de “empresas innovadoras de base tecnológica”⁷⁸ y de la participación en el capital social de empresas con forma jurídico-societaria⁷⁹ siempre que cuenten con alguno de los objetos sociales determinados legalmente a tales efectos en el artículo 56 LES. A saber, la investigación, el desarrollo o la innovación; la realización de pruebas de concepto; la explotación de patentes y, en general, la cesión y explotación de derechos de propiedad industrial e intelectual; el uso y el aprovechamiento, industrial o comercial, de las innovaciones, de los conocimientos científicos y de los resultados de investigación obtenidos; o la prestación de servicios técnicos relacionados con los fines propios universitarios. Se recuerda ahora cómo el artículo 36 LCTI dispone la aplicabilidad general del Derecho privado, con sujeción al principio de libertad contractual, de los contratos suscritos por las Universidades públicas con ocasión de la constitución o participación en sociedades mercantiles.

A. Formas de participación: dineraria y no dineraria, directa e indirecta

Ante este entorno normativo, surge una doble duda en forma de una doble cuestión a plantear. Ambas se refieren al cómo puede ser tal participación: ¿directa o indirecta?, de un lado; ¿dineraria o *in natura*?, de otro. Las respuestas son en ambos casos positivas, por permitirse tanto la modalidad directa e indirecta como la dineraria y no dineraria o en especie.

Respecto del primer plano, el de las aportaciones no dinerarias⁸⁰ – en cualquier tipo de bienes intangibles y tangibles (salvo los de dominio

78. En el *nomen iuris* del artículo 64.2.a) de la LES.

79. En cualquiera de los tipos de sociedades mercantiles, personalistas o capitalistas.

80 Conocido es cómo la valoración de la aportación no dineraria por un experto independiente designado por el Registro Mercantil sólo es obligada en el caso de la sociedad anónima, si bien puede haber un informe sustitutivo de los administradores en determinadas situaciones excepcionales, conforme regulan los artículos 69 y 70 de la Ley de sociedades de capital (LSC) (aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio: BOE Nº161, 3 julio 2010, pp. 58472-58594 [RCL 2010, 10544]); al que habrá que dar idéntica publicidad que al informe del experto externo, según lo que dispone el precepto que sigue al último de los citados. La LSC quedará derogada de aprobarse la Propuesta de nuevo Código Mercantil, elaborada por la Sección Segunda de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia (presidida por el profesor BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), tal y como fue presentada por el Ministro de Justicia ante los

público), derechos y servicios de muy variada naturaleza—, destacamos la transferencia de la tecnología y los acuerdos de licencia de patente o, en su caso, de *software* o *know-how*. Desde el otro plano, hay que incidir en que la participación puede hacerse tanto de modo directo, la Universidad como tal, como por medio de vehículos intermedios con personalidad jurídica que se hayan creado para esa finalidad, en virtud del artículo 84 LOU. A nuestro parecer, resulta preferible la participación a través de un vehículo intermedio (que bien podría ser una sociedad de capital) capaz de ganar en eficiencia y seguridad sin merma de la compensación que pueda obtener la Universidad en los casos de éxito en la explotación de la tecnología por parte de la EBT participada.⁸¹

Los aspectos relativos a la forma jurídica, titularidad y organización de dicho vehículo intermedio precisan algún apunte. Anunciado ha sido cómo las Universidades tienen reconocida legalmente la facultad de crear, en solitario o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, “empresas, fundaciones u otras personas jurídicas” con la finalidad de promover y desarrollar sus fines. Así lo expresa el primer apartado del artículo 84 LOU, que

medios de comunicación el pasado 20 de junio de 2013. El 7 de noviembre de 2006 se encargaba el trabajo de redacción de un Código Mercantil, para sustituir el vigente Código de comercio de 1885 y compilar la dispersa legislación mercantil especial. El resultado final ha sido un Código dividido en siete libros y un título preliminar, al que se suman tres Disposiciones finales y una derogatoria. El apartado segundo de esta disposición derogatoria única es el que dispone la futura derogación del texto de la LSC.

81. Remitimos al lector interesado a los análisis que se desarrollan con minuciosidad y rigor acerca de las fórmulas de participación (total o parcial, mayoritaria o minoritaria, inmediata o mediata, dineraria o no dineraria) de la Universidad en las *spin-off* académicas y otras EBTs en: FELIÚ REY, J., “Empresas de base tecnológica o *spin off* académica...”, op. cit., pp. 967-979; FELIÚ REY, J., “Empresas de base tecnológica...”, op. cit., pp. 12-16; GARCÍA RUIZ, E., “La posible calificación de la empresa de base tecnológica como empresa pública y las especialidades de su proceso fundacional”, en VARGAS VASSEROT, C. (dir.), *Régimen jurídico de la transferencia de los resultados de investigación*, Madrid: La Ley, 2012, pp. 640-650; MORILLAS JARILLO, M. J., “Entidades de base tecnológica...”, op. cit., pp. 1137-1146; MORILLAS JARILLO, M. J., “Riesgos, responsabilidad y seguro en las empresas de base tecnológica”, en VARGAS VASSEROT, C. (dir.), *Régimen jurídico de la transferencia de los resultados de investigación*, Madrid: La Ley, 2012, pp. 836-838, y pp. 842-854 respecto del nivel de responsabilidad de la Universidad en función de su tipo de participación en la EBT; PETIT LAVALL, M. V., “Las empresas de base tecnológica...”, op. cit., pp. 1381-1394.

se complementa con el apartado tercero del mismo precepto cuando exige que, en el caso de que en el capital o fondo patrimonial equivalente tenga participación mayoritaria la Universidad, quede sometida a la obligación de rendir cuentas en idénticos plazos y procedimientos que la propia Universidad. Por tanto, como vehículo para participar en las EBTs se puede crear tanto una fundación como una sociedad mercantil. Sin poder detenernos aquí en el régimen jurídico de unas y otras, somos de la opinión que una sociedad de capitales y, dentro de ellas, una sociedad de responsabilidad limitada (SRL) –por gozar en nuestro país de una regulación más flexible y menos costosa que la anónima (SA)– es una forma societaria de fácil adaptación al vehículo que se viene considerando.

B. Participación como socio o en el órgano de administración

Directa o, preferiblemente, a través del citado vehículo intermedio una Universidad podría convertirse en miembro del órgano de administración de una EBT (con forma jurídico-societaria). En tal caso, no serían desdeñables ni los deberes ni la severa responsabilidad asumida por la gestión y representación de esa sociedad. Los deberes y prohibiciones se recuerdan:⁸² diligente administración, lealtad, prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador para operaciones por cuenta propia, prohibición de aprovechar oportunidades de negocio, prohibición de competencia, comunicación de situaciones de conflicto de intereses y deber de secreto. En la hipótesis de que para la Universidad los deberes y responsabilidades legales no fueran obstáculo, manteniendo la intención de estar representada en el órgano de administración con el objetivo de seguir de cerca la gestión de la participada, podría resultar adecuado optar por un Consejo de administración,⁸³ en el que uno o más consejeros fueran designados por la Universidad. Ante el eventual insuficiente porcentaje de capital social y la falta de previsión de un sistema de representación

82. El capítulo III del Título VI de la LSC recoge los deberes y prohibiciones de los administradores. Por su parte, es el capítulo V del mismo Título el que detalla la responsabilidad que recae sobre los administradores.

83. En las sociedades capitalistas el Consejo de administración se compone siempre de un mínimo legal de tres miembros, y un número máximo de doce para el caso de la SRL (art. 242 LSC).

proporcional de los socios minoritarios en dicho Consejo,⁸⁴ dicha incorporación podría articularse con un pacto parasocial.⁸⁵

Conjunta o alternativamente a la integración en el órgano de administración o dirección, la intervención directa o indirecta de la Universidad podría articularse por la vía de la aportación al capital social, convirtiéndose en socio, en el momento de la fundación de la sociedad o con ocasión de un aumento de capital. Conviene que la participación en el capital no sea mayoritaria. Si se deseara ejercer una influencia decisiva en la sociedad participada habría que buscar y hallar otras fórmulas para conseguirla. Entre ellas, el reforzamiento estatutario de las mayorías, elevando, sin llegar a la unanimidad, la mayoría legal de votos o exigiendo el voto favorable de un determinado número de socios, en ambos casos de manera que resulte necesario el voto a favor de la Universidad, según permite a toda SRL el artículo 200 del Texto Refundido de la Ley de sociedades de capital (LSC);⁸⁶ o el acuerdo extraestatutario en el que se reserve un derecho especial de intervención o aprobación por parte de la Universidad en relación con determinadas decisiones de especial transcendencia para preservar sus intereses.⁸⁷ En cualquier caso, como socio, se beneficiará del reparto de las ganancias sociales de la sociedad participada en forma de dividendos activos adoptado mediante acuerdo de la Junta General, que podría ser un dividendo preferente en el supuesto de titularidad de participaciones sociales o acciones privilegiadas o, en su caso, sin voto (arts. 95 y 99 LSC, respectivamente); pero sin consistir en un interés fijo independiente de los beneficios, al ser conocido cómo tanto las participaciones sociales de la SRL como las acciones de la SA (o, en su caso, de la comandita por acciones) son títulos de renta variable.⁸⁸ Amén de este derecho concreto al dividendo

84. Previsto en el artículo 243 LSC.

85. Aun no pudiendo detenernos en la idiosincrasia de los pactos parasociales, resultará de utilidad, por su exhaustividad, a quien esté interesado en el tema la lectura de la siguiente obra monográfica: FELIÚ REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Madrid: Marcial Pons, 2012, 478 pp.

86. Vid. *supra* nota a pie de página N°82.

87. Tales como las operaciones societarias de modificación del capital, las modificaciones estructurales o los cambios en la composición de los órganos societarios.

88. Artículo 96 LSC. Vid. ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., “Participaciones con voto privilegiado y principio de mayoría en la SRL”, en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino F. Duque*, vol. I, Valladolid: Universidad de Valladolid; Caja Duero, 1998, pp. 200 y ss.

(tras el pertinente acuerdo) y de los derechos mínimos correspondientes a cualquier socio con independencia de su porcentaje de capital,⁸⁹ resultaría de interés la posibilidad de ejercitar los derechos de la minoría. No alcanzando la Universidad el porcentaje del 5% del que suele depender su ejercicio, bien mediante estatutos bien mediante pacto parasocial se le podría facultar para ello.

C. Inversión para la desinversión

La finalidad de la inversión es la desinversión. Se invierte para conseguir beneficios con ocasión de la desinversión. Hay inversión si existe facilidad y accesibilidad para la desinversión.⁹⁰ Es cierto que la Universidad puede conseguir durante el período de inversión dividendos activos en proporción al capital desembolsado en el caso de que, siendo titular legítimo de acciones ordinarias o participaciones sociales, la sociedad participada consiga ganancias y decida repartirlas. Aun estando prohibido la percepción de un interés a cambio de la titularidad de acciones y participaciones sociales, también es cierto que los percibirá si el instrumento escogido para participar en la SA (no en la SRL por tenerlo prohibido)⁹¹ fueron las obligaciones

89. Anunciados en el artículo 93 LSC.

90 Vid. IGLESIAS PRADA, J. L., “Aproximación al estudio de las Sociedades de Capital-Riesgo”, en ALONSO UREBA, A.; BONARDELL LENZANO, R.; GARCÍA VILLAVARDE, R. (coord.), *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el Mercado Financiero*. Madrid: Civitas; Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1990, p. 86; VENDRELL VILANOVA, A., “Un nuevo impulso para la actividad de capital riesgo”, abril 1999, *AF*, año IV, N°4, p. 10.

91. Dilatada en el tiempo es la prohibición legal según la cual, aparte de los empresarios individuales, varias categorías de empresarios sociales, entre los que se hallan las SRL, no pueden acudir a la emisión de obligaciones. Con esta interdicción –trasladada al artículo 402 LSC– se está negando una senda de obtención de recursos financieros ajenos a las SRL, tras las que se cobijan –no debiera soslayarse este dato– el mayor porcentaje de nuestras empresas de limitado tamaño. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Una visión crítica del Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, en BONARDELL LENZANO, R.; MEJÍAS GÓMEZ, J.; NIETO CAROL, U. (coords.), *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid: Dykinson, 1994, p. 103, vio en esta prohibición de emitir obligaciones por parte de las SRL una regla discriminatoria en contra de las pymes, si bien sólo se manifestó favorable a admitir la emisión de obligaciones en estas sociedades de capital como vía para obtener créditos documentados y dividendos en títulos fraccionados, y no como llamamiento generalizado al ahorro público. A nuestro

simples, convertibles o con cláusula de participación. Pero, no es menos cierto que no son estos dividendos o intereses sino las plusvalías que espera alcanzar cuando desinvierta los que compensan los recursos invertidos, la asistencia ofrecida y el riesgo asumido por la Universidad.⁹²

Para la desinversión de una SRL en la que se hubiera invertido se hallarán dificultades no desdeñables, por cuanto su régimen jurídico impone restricciones a la transmisión voluntaria por actos *inter vivos* de las participaciones sociales, excepto a favor de los demás socios, cónyuge, ascendientes, descendientes o sociedades del mismo grupo económico, y salvo disposición contraria de los estatutos sociales. Aun cuando sea prioritario el régimen de transmisión estatutaria sobre el supletorio legal, la transmisibilidad de las participaciones sociales habrá de quedar sometida a ciertas limitaciones, no pudiendo llegar a ser prácticamente libre so pena de nulidad.⁹³ Como prototipo de sociedad abierta, huelga recordar que la SA tiene, en cambio, entre sus principios configuradores la libertad para transmitir *inter vivos* las acciones. Por ello, la posibilidad de una rápida y fácil desinversión de una SA (incluso no cotizada) debiera alzarse en elemento determinante a considerar por la Universidad a la hora de decidirse a realizar una inversión.

parecer, favorecer, *de lege ferenda*, a la SRL con un régimen jurídico de obligaciones similar al que disfrutaban la SA y la sociedad comanditaria por acciones (conforme comentara SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., “La prohibición de emitir obligaciones y otros valores negociables agrupados en emisiones. (Comentario al art. 9 LSRL)”, *RDS*, 1997, año V, N°9, p. 74) o, mejor aún, instaurar uno *sui generis*, contribuiría a abrir el “abanico” de medios financieros puesto a su disposición. *De lege data*, la prohibición de emisión de obligaciones cierra a las SRL directamente la “puerta” de los mercados de capitales y ahorro y, en especial, la de los mercados de valores e indirectamente la del capital-riesgo, tal y como tuvimos ocasión de profundizar en: GARCÍA MANDALONIZ, M., “Los efectos de la emisión de obligaciones y los efectos (opuestos) de la prohibición de la emisión de obligaciones”, en CANDELARIO MACÍAS, I.; OVIEDO ALBÁN, J. (coords.), *Derecho Mercantil Contemporáneo*. T. I. Título IV. Capítulo II. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, pp. 315-364 (antes publicado en: “Efectos de la emisión de obligaciones y efectos de su prohibición”, *Revista General Informática de Derecho*, mayo 2003).

92. Aseveraciones similares planteamos, con ocasión de la desinversión del capitalista en riesgo, en: GARCÍA MANDALONIZ, M., *La financiación de las PYMES*, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 372 y ss.

93. Artículo 108 LSC.

V. Conclusión: reto de la “universidad emprendedora”

Aun con las disfunciones que en las páginas previas del estudio que ahora llega a su fin han sido señaladas, el encuentro en España entre la Universidad y la empresa está más vivo que nunca gracias a la contribución de nuestro legislador. El emprendimiento académico –para el que aún subsisten obstáculos legales– permite hablar, dentro de la tercera misión, de la “Universidad emprendedora”. Tras este calificativo más que estar el futuro de la Universidad está la Universidad del futuro. A su través se impulsa, en los términos de colaboración dinámica que implica el modelo de triple hélice, la creación de *spin-off* académicas y, en general, EBTs como fórmula apta para la transferencia hacia la Sociedad de las tecnologías y el conocimiento generado en el mundo universitario. Ello es fuente de empleo cualificado y, por ende, de productividad y competitividad de –y más allá de– la región geográfica en la que se sitúa cada Universidad.⁹⁴ El retorno

94. “El cambio de la Universidad clásica a la Universidad emprendedora requiere, por un lado, de la nueva definición de la misión de la Universidad en la era de la economía del conocimiento y, por otro, del estudio actual del modelo dinámico de transferencia de tecnología nacido del concepto de la triple hélice en las relaciones Universidad-Industria-Gobierno desarrollado por Henri Etzkowitz”, en palabras de RUBIRALTA ALCAÑIZ, M., *Transferencia a las empresas de la investigación universitaria. Descripción de modelos europeos*, Madrid: Fundación COTEC para la Innovación Tecnológica, Estudios 29, 2004, p. 13; en cita de: RODRÍGUEZ POMEDA, J.; CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F., “La transferencia de tecnología en España. Diagnóstico y perspectivas”, *EI*, 2007, N°366, pp. 17-18. También RODEIRO PAZOS, D.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, S.; RODRÍGUEZ SANDIÁS, A. (et al.), *La creación de empresas en el sistema universitario español*, Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2008, pp. 19-46; RODEIRO PAZOS, D.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, S.; RODRÍGUEZ SANDIÁS, A. (et al.), “Obstáculos para las *spin-offs* universitarias...”, op. cit., p. 2, ahondaron en el concepto de “Universidad emprendedora” entendiéndola, en la última de las obras que hemos citado, como una “Universidad capaz de adaptarse y responder –a menudo anticipándose– a las demandas de la sociedad”, al incluir “entre sus misiones el desarrollo económico y social de la región donde se sitúe”. De entre la literatura extranjera citada como bibliografía en este último trabajo que está especializada en la Universidad emprendedora, como Universidad que se acerca a la Sociedad, destacamos aquí los tres siguientes análisis por su gran interés: CLARCK, B. R., *Creating entrepreneurial universities organizational pathways of transformation*, New York: IAU Press, 1998; MAUTNER, G., “The entrepreneurial university: a discourse profile of a higher education buzzword”, *Critical Discourse Studies*, N°2 (2), pp. 1-26;

económico no es sólo para la Universidad sino también y, sobre todo, para el sector empresarial en su conjunto. El retorno, además, no es sólo económico. Para comprobarlo, tomemos prestadas unas palabras impresas en una Estrategia y un Informe. De la Estrategia Española de la Ciencia y Tecnología y de Innovación 2013-2020 tomemos éstas: “La cultura científica y tecnológica de la Sociedad española ha de reflejarse en la creación de un entorno favorable a la innovación en el que creatividad y emprendimiento se integren como uno de los valores fundamentales de las jóvenes generaciones y actúen como palanca del cambio social, cultural y económico”.⁹⁵ Del Informe de reforma del sistema universitario español⁹⁶ acogemos estas otras: “No sólo se trata de bienestar económico” sino de bienestar social. “Las ideas [también empresariales] que generan las Universidades contribuyen de forma muy importante al progreso de un país, al nivel cultural de su sociedad, a sus expresiones intelectuales y artísticas, [y] a la calidad de sus instituciones legales [...] En suma, nos acerca a todos los aspectos de la condición humana y al mundo en que vivimos”.

RÖPKE, “The entrepreneurial university: innovation, academic knowledge creation and regional development in a globalized economy”, *Working Paper Department of economics Philipps-Universität Marburg*, N°15. En idioma castellano, aparte de los citados al inicio de esta nota a pie de página, consúltense también los apuntes vertidos en: FELIÚ REY, J., “Empresas de base tecnológica o *spin off* académica...”, op. cit., pp. 954-957, 963-967; FELIÚ REY, J., “Empresas de base tecnológica...”, op. cit., pp. 7-8, 10-12; MONGE AGÜERO, M.; BRIONES PEÑALVER, A. J.; GARCÍA PÉREZ DE LEMA, D., “La creación de *spin-off* universitarias: caso del tecnológico de Costa Rica”, *Tecnología en Marcha*, abril-junio 2012, vol. 25, N°2, pp. 100 y ss.; disponible en: http://www.tec.ac.cr/sitios/Vicerrectoria/vie/editorial_tecnologica/Revista_Tecnologia_Marcha/pdf/Tecnologia-Marcha-25-2/11.pdf (última consulta: 30 junio 2013).

95. Página 38 de la citada Estrategia. Vid. *supra* nota a pie de página N°25.

96. Vid. MIRAS-PORTUGAL, M^a. T.; ALZAGA VILLAAMIL, O.; AZCÁRRAGA FELIU, J. A. (et al.), *Propuestas para la reforma...*, op. cit., p. 6.

VI. Bibliografía

- ARROYO APARICIO, A., “Titularidad y protección de las invenciones de origen académico”, en VARGAS VASSEROT, C. (dir.), *Régimen jurídico de la transferencia de los resultados de investigación*, Madrid: La Ley, 2012.
- BARROW, C., *Incubators: a realist’s guide to the world’s new business accelerators*, Nueva York: John Wiley & Sons, 2001.
- BAYONA SÁEZ, C.; GONZÁLEZ ERANSUS, R., *La transferencia de conocimiento en la Universidad Pública de Navarra. Una visión desde la empresa y desde el ámbito universitario*, Navarra: UPNA, 2010.
- BERAZA GARMENDIA, J. M., “La creación de *spin-off* universitarias en la Universidad española: marco legal”, *Revista de Dirección y Administración de Empresas*, diciembre 2010, N°17; disponible en: http://www.enpresa-donostia.ehu.es/p256-content/es/contenidos/informacion/euempss_revista/es_revista/adjuntos/17_4.pdf (última consulta: 30 junio 2013).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Una visión crítica del Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, en BONARDELL LENZANO, R.; MEJÍAS GÓMEZ, J.; NIETO CAROL, U. (coords.), *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid: Dykinson, 1994.
- “Prólogo”, en VARGAS VASSEROT, C. (dir.), *Régimen jurídico de la transferencia de los resultados de investigación*, Madrid: La Ley, 2012.
- CAÑABETE POZO, R., “El contrato de transferencia de tecnología a la empresa de base tecnológica”, en VARGAS VASSEROT, C. (dir.), *Régimen jurídico de la transferencia de los resultados de investigación*, Madrid: La Ley, 2012.
- CLARCK, B. R., *Creating entrepreneurial universities organizational pathways of transformation*, New York: IAU Press, 1998.
- CORRAL, M. G., “‘Ecosistemas de innovación’ para transformar la ciencia en dinero”, *El Mundo*, 9 junio 2012.
- ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., “Participaciones con voto privilegiado y principio de mayoría en la SRL”, en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino F. Duque*, vol. I, Valladolid: Universidad de Valladolid; Caja Duero, 1998.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., “Procedimiento para la transmisión a terceros de los derechos sobre los resultados de la actividad investigadora”, en

- VARGAS VASSEROT, C., VARGAS VASSEROT, C. (dir.), *Régimen jurídico de la transferencia de los resultados de investigación*, Madrid: La Ley, 2012.
- ETZKOWITZ, H., *The triple helix of University-Industry-Government implications for policy and evaluation*, Stockholm: Institutet för Studier av Utbildning och Forskning, Working Paper, 2002, N°11; disponible en: http://www.sister.nu/pdf/wp_11.pdf (última consulta: 30 junio 2013).
- *Triple helix: a manifesto for innovation, incubation and growth*, Stockholm: SNS and Beijing: Peoples Press, 2003.
- *The triple helix. University-industry-government innovation in action*, New York; London: Routledge, 2008.
- ETZKOWITZ, H.; LEYDESDORFF, L., “The triple helix - university-industry-government relations: a laboratory for knowledge-based economic development”, *EASST Review* 14, 1995, N°1.
- “Emergence of a triple helix of university-industry-government relations”, *Science and Public Policy*, 1996; disponible en: <http://www.leydesdorff.net/th1a/> (última consulta: 30 junio 2013).
- “The endless transition: a triple helix of university-industry-government relations, introduction to a theme issue”, *Minerva*, 1998, N°36.
- “The dynamics of innovation: from national systems and “mode 2” to a triple helix of university-industry-government relations”, *Research Policy*, 2000, N°29 (2).
- *Universities and the global knowledge economy: a triple helix of university-industry-government relations*, London: Pinter, abril 2002.
- FELIÚ REY, J., “Empresas de base tecnológica o *spin off* académica: algunas consideraciones de Derecho privado”, *RCDP*, 2009, N°6.
- “Empresas de base tecnológica o *spin off* académica: aproximación a su concepto, antecedentes y algunas consideraciones de Derecho privado”, *DN*, diciembre 2011, N°255, año 22.
- *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Madrid: Marcial Pons, 2012.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, P.; BLANCO JIMÉNEZ, F. J.; ALONSO NEIRA, M. A. (et al.), *El papel de los viveros de empresa en la creación de empleo. (Crear trabajo, ayudando a desarrollar empresas)*, Madrid: Comunidad de Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Panorama Laboral 2011; disponible en: <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=url&data&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Di>

sposition&blobheadervalue1=filename%3DEl_papel_de_los_vive-ros_en_la_creaci%C3%B3n_de_empleo.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1310981778246&ssbinary=true (última consulta: 30 junio 2013).

FUNDACIÓN COTEC PARA LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA, *Informe: Relaciones de la empresa con el sistema público de I+D (1999)*: Madrid: Fundación COTEC para la Innovación Tecnológica, 2000.

— *Nuevos mecanismos de transferencia de tecnología. Debilidades y oportunidades del sistema español de transferencia de tecnología*, Gijón: Encuentros Empresariales COTEC 9, 2003.

GALINDO MELERO, J.; SANZ ANGULO, P.; BENITO MARTÍN, J. J. DE, “La gestión y transferencia del conocimiento en el ámbito de la tercera misión de la universidad como fuente de innovación y generación de riqueza”; disponible en: http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/553/375/La_gestion_y_transferencia_del_conocimiento.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8&blobheadername1=Cache-Control&blobheadername2=Expires&blobheadername3=Site&blobheadervalue1=no-store%2Cno-cache%2Cmust-revalidate&blobheadervalue2=0&blobheadervalue3=JCYL_EconomiaEmpleo&blobnocache=true (última consulta: 30 junio 2013).

GARCÍA MANDALONIZ, M., *La financiación de las PYMES*, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2003.

— “Efectos de la emisión de obligaciones y efectos de su prohibición”, *Revista General Informática de Derecho*, mayo 2003.

— “Los efectos de la emisión de obligaciones y los efectos (opuestos) de la prohibición de la emisión de obligaciones”, en CANDELARIO MACÍAS, I.; OVIEDO ALBÁN, J. (coords.), *Derecho Mercantil Contemporáneo*. T. I. Título IV. Capítulo II. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

GARCÍA RUIZ, E., “La posible calificación de la empresa de base tecnológica como empresa pública y las especialidades de su proceso fundacional”, en VARGAS VASSEROT, C. (dir.), *Régimen jurídico de la transferencia de los resultados de investigación*, Madrid: La Ley, 2012.

HIDALGO NUCHERA, A., *Mecanismos de transferencia de tecnología y propiedad industrial entre la Universidad, los Organismos Públicos de Investigación y las Empresas*, Colección EOI Tecnología e Innovación.

- HSU, D. H.; KENNEY, M., “Organizing venture capital: the rise and demise of American Research & Development Corporation, 1946-1973”, *Industrial and Corporate Change*, 2005, vol. 14, N°4; disponible en: <http://www.management.wharton.upenn.edu/hsu/inc/doc/papers/david-hsu-development-corporation.pdf> (última consulta: 30 junio 2013).
- IGLESIAS PRADA, J. L., “Aproximación al estudio de las Sociedades de Capital-Riesgo”, en ALONSO UREBA, A.; BONARDELL LENZANO, R.; GARCÍA VILLAYERDE, R. (coord.), *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el Mercado Financiero*. Madrid: Civitas; Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1990.
- LANDRY, R.; AMARA, N.; OUIMET, M., “Determinants of knowledge transfer: evidence from Canadian university researchers in natural sciences and engineering”, *Journal of Technology Transfer*, 2007, vol. 32.
- LEYDESDORFF, L., “The triple helix of university-industry-government relations (february 2012)”, en CARAYANNIS, E.; CAMPBELL, D. (eds.), *Encyclopedia of creativity, innovation and entrepreneurship*, New York: Springer, 31 enero 2012; disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1996760 (última consulta: 30 junio 2013).
- LÓPEZ G.; M. DEL S.; MEJÍA C., J. C.; SCHMALS, R., “Un acercamiento al concepto de la transferencia de tecnología en las Universidades y sus diferentes manifestaciones”, *Panorama Socioeconómico*, enero-junio 2006, año 24, N°32.
- MAUTNER, G., “The entrepreneurial university: a discourse profile of a higher education buzzword”, *Critical Discourse Studies*, N°2 (2).
- MERINO MORENO, C.; VERDE CORDERO, A.; VILLAR MÁRTIL, L., “La función de transferencia tecnológica en las OTRIs”, *Revista Madri+d*, 2008, N°47.
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CIENCIA, *La creación de empresas de base tecnológica en el ámbito universitario a partir de la reforma de la LOU*, Madrid: MEC, 2008.
- MIRAS-PORTUGAL, M^a. T.; ALZAGA VILLAAMIL, O.; AZCÁRRAGA FELLIU, J. A. (et al.), *Propuestas para la reforma y mejora de la calidad y eficiencia del sistema universitario español*, 12 febrero 2013.
- MONGE AGÜERO, M.; BRIONES PEÑALVER, A. J.; GARCÍA PÉREZ DE LEMA, D., “La creación de *spin-off* universitarias: caso del tecno-

- lógico de Costa Rica”, *Tecnología en Marcha*, abril-junio 2012, vol. 25, N°2; disponible en: http://www.tec.ac.cr/sitios/Vicerrectoria/vie/editorial_tecnologica/Revista_Tecnologia_Marcha/pdf/Tecnologia-Marcha-25-2/11.pdf (última consulta: 30 junio 2013).
- MORILLAS JARILLO, M. J., “Entidades de base tecnológica universitarias: algunos aspectos de Derecho societario”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C.; OLEO BANET, F.; MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coord.), *Estudios de Derecho mercantil. En memoria del profesor Aníbal SÁNCHEZ ANDRÉS*, Madrid: Civitas - Thomson Reuters, 2010.
- “Riesgos, responsabilidad y seguro en las empresas de base tecnológica”, en VARGAS VASSEROT, C. (dir.), *Régimen jurídico de la transferencia de los resultados de investigación*, Madrid: La Ley, 2012.
- OFICINA DEL EMPRENDEDOR DE BASE TECNOLÓGICA, *Modelo madri+d de normativa de creación de EBTs*, Madrid: mi+d; disponible en: http://www.madrimasd.org/emprendedores/uploads/Modelo_madri+d_normativa_creacion_EBTs.pdf (última consulta: 30 junio 2013).
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, *Business incubation: international case studies*, Paris: OECD, 1999.
- *Factbook 2011: Economic, Environmental and Social Statistics*.
- ORTEGA Y GASSET, J., *Misión de la Universidad*, 1930 (con indicaciones y notas para los cursos y conferencias de: Raúl J. A. PALMA, Buenos Aires, 2001).
- PADILLA MELÉNDEZ, A.; ÁGUILA OBRA, A. R. DEL; GARRIDO MORENO, A., “Factores determinantes de la transferencia de tecnología en el ámbito universitario. La perspectiva del investigador”, *EI*, 2010, N°378.
- PETIT LAVALL, M. V., “Las empresas de base tecnológica (EBTs) en las Universidades públicas”, en GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (dir.), *Comentario a la Ley orgánica de Universidades*, Madrid: Civitas - Thomson Reuters; Universidad Complutense de Madrid, 2009.
- “El anteproyecto de Ley de Economía Sostenible y la transferencia de resultados de la actividad investigadora de las Universidades públicas mediante la constitución de empresas de base tecnológica (EBTs)”, en GÓMEZ SEGADÉ, J. A.; GARCÍA VIDAL, A. (coords.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al profesor Dr.*

- Carlos FERNÁNDEZ-NOVOA en su octogésimo cumpleaños, Madrid: Marcial Pons, 2010.
- PREGLIASCO, L.; LITICHEVER, E.; CIRIANO, S., “Experiencias de Incubacen. La incubadora de empresas de base tecnológica de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la Universidad de Buenos Aires”, en CICERO GONZÁLEZ, S (dir.), *100 buenas prácticas en emprendimiento universitario*, La Coruña: RedEmprendia, 2012.
- RED OTRI UNIVERSIDADES; CRUE, “Indicadores en transferencia de conocimiento”, *Cuadernos Técnicos Red OTRI*, abril 2010, cuaderno N°5.
- RODEIRO PAZOS, D.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, S.; RODRÍGUEZ SANDIÁS, A. (et al.), *La creación de empresas en el sistema universitario español*, Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2008.
- “Obstáculos para las *spin-offs* universitarias en España y Galicia”, *Revista Galega de Economía*, 2010, vol. 19, N°1.
- RODRÍGUEZ POMEDA, J.; CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F., “La transferencia de tecnología en España. Diagnóstico y perspectivas”, *EI*, 2007, N°366.
- RÖPKE, “The entrepreneurial university: innovation, academic knowledge creation and regional development in a globalized economy”, *Working Paper Department of economics Philipps-Universität Marburg*, N°15.
- RUBIRALTA ALCAÑIZ, M., *Transferencia a las empresas de la investigación universitaria. Descripción de modelos europeos*, Madrid: Fundación COTEC para la Innovación Tecnológica, Estudios 29, 2004.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., “La prohibición de emitir obligaciones y otros valores negociables agrupados en emisiones. (Comentario al art. 9 LSRL)”, *RDS*, 1997, año V, N°9.
- SCARAMUZZI, E., *Incubators in developing countries: status and development perspectives*, infoDev Program, Washington: The World Bank, mayo 2002; disponible en: <http://egateg.usaidallnet.gov/sites/default/files/Incubators%20in%20Developing%20Countries.pdf> (última consulta: 30 junio 2013).
- SERRANO FERIGLE, A.; “Reto de la transferencia de conocimiento en ciencias sociales y humanidades”, en TESTAR YMBERT, X., *La transferencia de tecnología y conocimiento universidad-empresa en España: estado actual, retos y oportunidades*, Barcelona: Fundación CYD, N°17, 2012.

- SUBIRÁ, A.; GURGUÍ, A., *Políticas para la competitividad. Una experiencia de gobierno*, Barcelona: Bosch, julio 2007.
- TESTAR YMBERT, X., *La transferencia de tecnología y conocimiento universidad-empresa en España: estado actual, retos y oportunidades*, Barcelona: Fundación CYD, N°17, 2012.
- VAQUERO, A.; FERREIRO, F., “Los viveros gallegos como instrumento de desarrollo local: Situación actual y líneas de mejora”, *Revista Galega de Economía*, 2010, N°20-1.
- VARGAS VASSEROT, C., “La transferencia de resultados de investigación: tercera misión de la Universidad”, en VARGAS VASSEROT, C. (dir.), *Régimen jurídico de la transferencia de los resultados de investigación*, Madrid: La Ley, 2012.
- VARGAS VASSEROT, C., “Concepto, tipos y marco legal de las *spin-off* académicas”, en VARGAS VASSEROT, C. (dir.), *Régimen jurídico de la transferencia de los resultados de investigación*, Madrid: La Ley, 2012.
- VELA VÉLASQUEZ, J. C., *Modelo para la creación de incubadoras de empresas en la realidad peruana*, Tesis doctoral, Lima: Universidad Católica del Perú, febrero 2011; disponible en: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/914/VELA_VELASQUEZ_JULIO_INCUBADORAS_REALIDAD_PERUANA.pdf?sequence=1 (última consulta: 30 junio 2013).
- VENDRELL VILANOVA, A., “Un nuevo impulso para la actividad de capital riesgo”, *AF*, abril 1999, año IV, N°4.
- VERDAGUER, C., “La OTT, motor de la universidad para la transformación de la investigación en innovación”, en TESTAR YMBERT, X., *La transferencia de tecnología y conocimiento universidad-empresa en España: estado actual, retos y oportunidades*, Barcelona: Fundación CYD, N°17, 2012.

Las Empresas Sociales: un nuevo reto para el Derecho de sociedades

*Jorge Feliu Rey**

Resumen

La sociedad, como fenómeno asociativo, ha sido objeto de intensa atención, debate y replanteamiento a lo largo de estos últimos siglos, que han marcado los hitos de su regulación. En la actualidad, las sociedades, principalmente las capitalistas, están inmersas en un profundo proceso de escrutinio social que está marcando las líneas de un replanteamiento de gran alcance sobre las funciones que deben desempeñar en la sociedad. Consideraciones medioambientales, argumentos de justicia social o sencillamente críticas derivadas del papel de las sociedades en la crisis de las economías capitalistas, se encuentran hoy en la base del debate. En este contexto, en las últimas décadas, han despertado especial atención, desde frentes muy diversos, las denominadas empresas sociales, que son un reflejo claro de ese cambio en la mentalidad de la sociedad, en sus motivaciones, sus intereses y su perspectiva, por tanto, del sistema económico. Como consecuencia de estas nuevas formas de entender el mercado, el jurista debe afrontar el reto de

* Prof. Dr. D. Jorge Feliu Rey. Departamento de Derecho privado. Universidad Carlos III de Madrid. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Premio extraordinario de Doctorado. Miembro del Grupo de Investigación “Impacto de las nuevas tecnologías en las sociedades mercantiles (SOCITEC)”, dirigido por Prof. Dr. D. Rafael Illescas Ortiz. Miembro del Instituto de Cultura y Tecnología *Miguel de Unamuno* y del Instituto de Iniciativas Empresariales y Empresa Familiar *Conde de Campomanes*. *Visiting scholar* en *University College of London* (Londres, Reino Unido), *University of Tokyo* (Japón), *University of Arizona* (Arizona), *Tulane University* (New Orleans, Louisiana) y *Visiting Fellow* en el *Harris Manchester College*, *Oxford University*, *Trinity Term 2013*. Docencia impartida en diversos másteres nacionales e internacionales, así como participación en seminarios y congresos nacionales e internacionales. Español; jorge.feliu@uc3m.es.

cuestionarse si el Derecho vigente está en condiciones de responder a esas nuevas necesidades, si, en realidad, apuntala un modelo arcaico e inmovilista o si, por el contrario, puede ser el motor impulsor del cambio.

Palabras clave: Sociedades, sociedades de capital, ánimo de lucro, empresa social, responsabilidad social corporativa, dividendos, interés social, responsabilidad de los administradores.

Abstract

Companies, as an associative phenomenon, have been intensively studied, discussed and reconsidered within last years, leading accordingly to main milestones in their regulation. Nowadays, companies, mainly corporations, are experiencing a profound process of social scrutiny aiming to rethink to a large extent about the functions that companies should perform in contemporaneous societies. Environmental concerns, arguments about social justice or mere criticism arising from the role that companies have performed in the crisis of capitalist economies, are today at the basis of the debate. Against such a backdrop, in the last decades, social enterprises have aroused particular interest and attention as an expression of the change in social mentality, motivations, interests and approaches and, consequently in the economic system. In accordance with this new form of understanding the market, the jurist must face up the challenge to assess whether law currently in force is prepared to give a response to these new needs and whether it acts as a driving force or if it perpetuates an archaic and stagnant model instead.

Keywords: Partnership, companies, corporations, profit and non-profit, social enterprise, corporate social responsibility, dividends, social interest, directors' liability.

I. Introducción

La sociedad, como fenómeno asociativo, ha sido objeto de intensa atención, debate y replanteamiento a lo largo de estos últimos siglos, que han marcado los hitos de su regulación.

Durante este tiempo hemos sido testigos, directos o indirectos, de la evolución de este complejo fenómeno, tanto en la forma de entenderlo como en el alcance de sus diferentes normas, tanto en lo que se refiere a sus elementos configuradores como al planteamiento de sus fines. Efectivamente, desde sus orígenes, el contrato de sociedad ha ido evolucionando en un intento permanente de responder a las necesidades sociales y económicas de cada tiempo. Este esfuerzo y la búsqueda por atender las demandas organizativas del contexto socioeconómico contemporáneo han ido dando lugar a diferentes formas sociales. Así, por ejemplo, muchos de los rasgos de las sociedades actuales reflejan sucesivas respuestas a necesidades del mercado y la sociedad: la evolución de la limitación de responsabilidad de los socios, de la dotación de la personalidad jurídica, o la forma de configurarla para evitar ciertas prohibiciones como la usura.

En la actualidad, las sociedades, principalmente las capitalistas, están inmersas en un profundo proceso de escrutinio social que está marcando las líneas de un replanteamiento de gran alcance sobre las funciones que deben desempeñar en la sociedad. Consideraciones medioambientales, argumentos de justicia social o sencillamente críticas derivadas del papel de las sociedades en la crisis de las economías capitalistas, se encuentran hoy en la base del debate. En efecto, el poder que han adquirido algunas sociedades capitalistas, pudiendo rivalizar en algunos supuestos con las estructuras gubernamentales; el impacto social que su actividad puede tener, ya no sólo en el ámbito económico-social sino también en el medioambiental; y, sobre todo, la esencia misma de los principios de economía de mercado en los que se basan, son detonantes de un deseo de replanteamiento de sus funciones y de la forma misma de entender el desarrollo de las actividades empresariales.

En este sentido, hemos pasado del predominio de una teoría liberal de la empresa, donde la maximización de los beneficios era el único dogma que vertebraba su actuación por encima o sin perjuicio del impacto social que pudieran procurar, por una cada vez mayor preocupación de la empresa por el entorno que le rodea en detrimento de aquel principio maximizador. Desde la única preocupación de los administradores por dirigir la sociedad hacia la obtención ganancias para repartirlas entre los socios, se vira progresivamente hacia la toma en consideración de otros intereses que se incorporan en la toma de decisiones y en el diseño de las

estrategias empresariales. Con este debate de fondo, hemos observado así cómo hemos pasado de cuestionar la posibilidad de que las sociedades llevaran a cabo actividades filantrópicas hasta una generalizada aceptación, y exigencia, sociales de lo que hoy en día se denomina la responsabilidad social corporativa. Sin embargo, estos cambios, en ocasiones, no son tan alentadores pues no siempre afectan a la médula funcional del sistema societario. En muchos casos, estas tendencias son, en realidad, una manera de seguir haciendo lo mismo de siempre, pero con una cobertura distinta, “el mismo perro con distinto collar”.

Con todo, ya se vislumbran numerosos trabajos que abogan por una forma distinta de entender y afrontar el sistema económico. Estos trabajos no se basan en meras hipótesis o teorías abstractas de mero *desideratum*, son reflejo de una realidad ya patente donde comienza a apuntar una estimulante oleada de cambio.

En este contexto, en las últimas décadas, han despertado especial atención, desde frentes muy diversos, las denominadas empresas sociales, que son un reflejo claro de ese cambio en la mentalidad de la sociedad, en sus motivaciones, sus intereses y su perspectiva, por tanto, del sistema económico. Las empresas sociales, con carácter general y como explicaremos posteriormente, tienen como objetivo solucionar una necesidad social de forma innovadora, tener impacto social, pero a su vez ser rentables, no tanto para repartir beneficios, sino para sean sostenibles económicamente y poder así desarrollar su actividad.

Como consecuencia de estas nuevas formas de entender el mercado, el jurista debe afrontar el reto de cuestionarse si el Derecho vigente está en condiciones de responder a esas nuevas necesidades, si, en realidad, apunta un modelo arcaico e inmovilista o si, por el contrario, puede ser el motor impulsor del cambio. De ahí que las reflexiones, aunque sean breves, que se intenta reflejar en este trabajo pretendan aproximarse a este fenómeno no con un ánimo puramente descriptivo y analítico, pues ya son ciertamente numerosas las obras que abordan esta nueva figura, sino con un propósito de reflexión y prospectiva esencialmente jurídicas dirigidas a determinar si tales empresas, dadas sus particulares características, pueden revestir la forma de una sociedad de capital, pues como se puede apreciar en nuestro entorno, estos tipos societarios, por su estructura y finalidad, ejercen una fuerte *vis atractiva* sobre el resto de las formas sociales no capitalistas. Baste como ejemplo anotar, de un lado, el cada vez más frecuente ejercicio

de actividades económicas en el mercado por parte de las Fundaciones y, de otro lado, las recientes reformas en la regulación de las sociedades cooperativas tendentes a la importación efectiva de figuras consolidadas de la regulación de las sociedades de capital.

La cuestión de la que arrancan nuestras reflexiones es, por tanto, si la estructura organizativa de las sociedades de capital es un vehículo viable para canalizar hacia el mercado y la sociedad las actividades de las empresas sociales. Y tal cuestión no es baladí ni es nada evidente ni inmediata la respuesta, ya que una de las características que se predicen de las empresas sociales (desde algunas posiciones doctrinales) es, de hecho, la ausencia de reparto de ganancias entre los miembros que la componen, elemento que puede ser incompatible con el tipo de las sociedades de capital.

El acercamiento a esta repuesta, si las sociedades de capital responden a las necesidades que demanda la empresa social, nos llevará al problema que subyace en el fondo y hacia el que queremos conducir nuestras reflexiones: la flexibilización del Derecho de sociedades y su capacidad para responder a las necesidades organizativas que demanda el tráfico económico y las relaciones sociales.

II. Qué es la empresa social

Las empresas sociales carecen de un concepto unívoco y omnicompreensivo capaz de dotar de unidad a la amplia diversidad de concepciones y aproximaciones diferentes que se proyectan sobre esta misma realidad. Según los países, la organización formuladora de la definición o los objetivos de la descripción, las empresas sociales se definen conforme a criterios diversos. Más aún, la diversidad de términos que aparentemente se refieren de un modo u otro a esta realidad no hace sino incrementar la confusión y la imprecisión de los conceptos. Así, se hablará, junto de empresas sociales, de emprendimiento social, de *social business*, o de *social enterprise*.

El término empresa social surge principalmente como consecuencia de y en respuesta a un contexto económico coyuntural de elevado desempleo, intentando estas empresas dar una solución a este problema creando oportunidades de trabajo. Por ese motivo, las primeras referencias y estudios relativos a la empresa social se referían “a los esfuerzos que comprometían una dinámica empresarial y que utilizaban recursos del mercado y recursos ajenos al mercado (*non-market resources*) para reinsertar laboralmente a

trabajadores con bajos niveles de cualificación”.¹ Por tanto, la forma de gestión y el objeto de la actividad eran elementos determinantes para la calificación como social de una empresa.

Estos criterios se van ampliando, sobre todo durante los primeros años de su desarrollo, en lo que respecta al criterio objetivo. Ya no es sólo y exclusivamente la reinserción de los trabajadores, sino cualquier objeto relacionado con la exclusión social,² que permitirá posteriormente acoger además a empresas que proveen servicios sociales o que actúan por el bien común (hospitales, escuelas...). De igual modo, otro de los elementos determinantes que describe este concepto de empresa social es la forma de gestionarla, a través de técnicas y modos empresariales a pesar de su objetivo social, y, más recientemente, en la forma innovadora de dar solución a esos problemas o en la prestación de esos servicios.

Por tanto, de forma introductoria, las empresas sociales tienen por objeto dar soluciones a problemas sociales o prestar servicios en ese área, a través de técnicas y métodos típicamente empresariales. En definitiva, en términos generales, la empresa social denota una organización que ataca problemas a través de un modelo de explotación empresarial, aunque la misma no esté configurada como una sociedad con ánimo de lucro.³

Aun partiendo de esta concepción tan general, las visiones de este concepto difieren en gran medida entre Europa y Estados Unidos. En relación con Europa, nos vamos a referir en primer término a la postura adoptada por el proyecto EMES (*The Emergence of Social Enterprise in Europe*), que relaciona la empresa social con el tercer sector de la economía,⁴ incluyendo

1. OCDE, *Empresas sociales*, 2001, p. 8, haciendo referencia a los trabajos publicados por la Fundación Rey Balduino en 1994.

2. A este respecto, la primera definición de la OCDE en 2001, *Empresas sociales*, *op. cit.*, pp. 8 y 9, “las empresas sociales son asociaciones que se organizan con un espíritu empresarial para alcanzar objetivos sociales y económicos, que asumen distintas formas legales de acuerdo con el país. La característica distintiva es su capacidad para diseñar soluciones innovadoras y dinámicas a los problemas de desempleo y la exclusión social contribuyendo al tipo de desarrollo económico que refuerza la cohesión social, que es una de las facetas del desarrollo sostenible”.

3. BORNSTEIN, David & DAVIS, Susan, *Social entrepreneurship. What everyone needs to know*, New York, Oxford University Press, 2010.

4. DEFOURNY, Jacques, “Introduction. From third sector to social enterprise”, en BORZAGA, Carlo & DEFOURNY, Jacques (editors), *The Emergence of Social Enterprise*,

a las cooperativas, al cubrir estas empresas aquel “espacio” que ni el Estado ni las empresas privadas ocupan.

Dada la dificultad de establecer una definición única de empresa social, esta red de investigadores conceptualiza la empresa social conforme a una serie de criterios, cuatro económicos (que reflejan las dimensiones económica y empresarial) y cinco sociales (que reflejan la dimensión social). Los criterios económicos son: a) una actividad continua de producción de bienes o venta de servicios; b) un alto grado de autonomía; c) un nivel significativo de riesgo económico; d) una mínima cantidad de trabajadores. Mientras que los criterios sociales se refieren a: a) un objetivo explícito de beneficiar a la comunidad; b) una iniciativa emprendida por un grupo de ciudadanos; c) el poder de decisión no basado en la propiedad del capital; d) naturaleza participativa, que permite involucrar a todas las partes afectadas por la actividad; e) una limitación en la distribución de beneficios.⁵

Estos criterios son indicadores para establecer, dentro de la gran variedad de empresas sociales, un tipo ideal de empresa social, por lo que no cumplir con alguno de estos criterios no implica automáticamente que no se considere social a una empresa.⁶ Pero entendemos que el marco conceptual de la empresa social no comprendería aquellas organizaciones que estando en el tercer sector ejerzan sus actividades bajo principios empresariales de modo que su finalidad se limitase a desarrollar funciones redistributivas o de apoyo.⁷

Se podrían resumir todos estos criterios en la siguiente definición de empresa social: *aquella empresa privada sin ánimo de lucro que presta directamente bienes o servicios relacionados con su objetivo explícito de beneficiar a la comunidad. Se basan en una dinámica colectiva que implican diversos tipos de interesados en sus órganos de gobierno, dando un alto valor a su*

Routledge Studies in the Management of Voluntary and Non-Profit Organizations, London, Routledge, 2004, pp. 1 y ss.

5. DEFOURNY, Jacques & NYSENS, Marthe (eds.), “Social Enterprise in Europe: Recent Trends and Developments”, *Working Papers Series*, no. 08/01, Liège, EMES European Research Network, p. 5, pp. 37 y 38.

6. DEFOURNY, Jacques & NYSENS, Marthe (eds.), “Social Enterprise..”, *op.cit.*, p. 5.

7. GALERA, Giulia & BORZAGA, Carlo, “Social enterprise. An international overview of its conceptual evolution and legal implementation”, *Social Enterprise Journal*, Vol. 5, Nº3, 2009, pp. 215 y 216.

*autonomía y a la asunción de riesgos económicos vinculados a su actividad.*⁸ Es decir, actividad empresarial, objetivos sociales y gobierno participativo.

Difiere, sin embargo, de este concepto de empresa social, la posición de Estados Unidos. En este país, el concepto de empresa social es mucho más amplio y está enfocado principalmente a la generación de ganancias. En este sentido, resulta llamativo encontrar en la literatura anglosajona, en general, dos términos concurrentes, *social enterprise* y *social business*.

El concepto de empresa social (*social enterprise*) en Estados Unidos recorre un amplio rango de organizaciones. Desde sociedades con ánimo de lucro implicadas en actividades con beneficio social (filantropía corporativa o responsabilidad social corporativa), hasta entidades sin ánimo de lucro que desarrollan actividades comerciales cuyos beneficios se orientan a la consecución de misiones u objetivos con beneficio social (*social purpose organizations*), pasando por figuras híbridas que combinan fines lucrativos con objetivos sociales (*hybrids*).⁹ Aunque la visión tradicional, fuera del ámbito académico, venía vinculando el concepto de empresa social con actividades generadoras de beneficio desarrolladas por organizaciones sin ánimo de lucro, en particular, bajo criterios de exención fiscal.

Por tanto, las empresas sociales bajo la concepción estadounidense no están vinculadas al tercer sector de la economía; no necesitan revestir una forma social sin ánimo de lucro o cooperativo, pudiendo desarrollar estas actividades sociedades con ánimo de lucro y; el calificativo de social es relativamente laxo, pudiendo abarcar cualquier tipo de actividad que se pueda entender, en alguna medida, como social.

Entendemos que, como consecuencia de estas dos posturas tan diferenciadas, la posición internacional, debería abarcar ambas y encontrar un común denominador que acercara las concepciones europea y estadounidense. Así, como definición internacional, de sentido amplio, podemos encontrar la aportada por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) que califica como empresa social “cualquier actividad privada llevada a cabo en el interés público, organizada con una estrategia empresarial, pero cuyo propósito principal no es la maximización del

8. DEFOURNY, Jacques & NYSENS, Marthe (eds.), “Social Enterprise...”, *op. cit.*, p. 5.

9. KERLIN, Janelle A., “Social Enterprise in the United States and Europe, Understanding and Learning from the Differences”, *Voluntas*, vol. 17, 2006, p. 248.

beneficio sino la consecución de ciertos objetivos sociales y económicos, con capacidad para adaptar soluciones innovadoras a los problemas de la exclusión social y el desempleo”.¹⁰

De igual modo, recientemente, la Comisión Europea, en su Comunicación *Iniciativa en favor del emprendimiento social*,¹¹ engloba a los efectos de la misma dentro del término empresa social, el concepto de “social business” y el de “social enterprise”, concretando sus características. De este modo la Comisión entiende por empresa social, las empresas “a) para las cuales el objetivo esencial de interés común es la razón de ser de la acción comercial, que se traduce a menudo en un alto nivel de innovación social; b) cuyos beneficios se reinvierten principalmente en la realización de este objetivo social;¹² c) y cuyo modo de organización o régimen de propiedad, basados en principios democráticos o participativos u orientados a las justicia social, son reflejo de su misión”.¹³

Como se puede apreciar, no existe una posición común sobre lo que debe entenderse por empresa social. Por tal motivo, y a los efectos de este trabajo, vamos a utilizar la definición formulada por el padre de los microcréditos, Muhammad Yunus,¹⁴ que se intenta diferenciar de las otras tendencias. Conforme a la propuesta de este autor, Premio Nobel, las empresas sociales son aquellas cuyo objetivo es solucionar un problema social, pero que a diferencia de las empresas tradicionales, no se rigen por el principio de maximización de beneficios, ya que los propietarios no obtienen ningún tipo de beneficio (p. ej. a través de dividendos);¹⁵ sólo, y en su caso, la

10. OCDE, *Empresas sociales*, op. cit., p. 11.

11. Comunicación de la Comisión Europea, de 25 de octubre de 2011. COM (2011) 682/2.

12. Es interesante destacar que las empresas sociales son descartadas como instituciones sin fin lucrativo a los efectos de las cuentas satélites de estos tipos de instituciones conforme a NACIONES UNIDAS, *Manual sobre las instituciones sin fines de lucro en el Sistema de Cuentas Nacionales*, Nueva York, 2003, p. 20, al entender que genera excedentes y los distribuye entre sus propietarios y accionistas.

13. Al respecto, no se hizo esperar la contestación de EMES, Position Paper on The Social Business Initiative Communication, Liege, November 17th, 2011. Redactado por el Consejo de Dirección de EME en respuesta de la Comunicación vid. nota N°12.

14. YUNUS, Muhammad, *La empresas sociales*, Madrid, Paidós, 2011.

15. Aunque este autor, YUNUS, *La empresas sociales*, op. cit., pp. 29 y ss., clasifica las empresas sociales en dos tipos: las primeras (tipo I) se corresponden con la definición que

aportación realizada, dedicándose aquéllos al desarrollo del objeto social, a su sostenibilidad y, en su caso, a la expansión de la empresa.¹⁶

Optamos por esta definición por el reto que supone investigar sobre la ausencia del reparto de ganancias entre los socios de la sociedad. Efectivamente, si esta nota es una de las esenciales para entender que nos encontramos ante una empresa social, ¿podría ser constituida bajo la forma de una sociedad de capital donde uno de los derechos mínimos del socio reconocidos por la ley es el participar en el reparto de las ganancias sociales?

Para responder a esta pregunta vamos a empezar por definir qué es el ánimo de lucro, si el mismo es un elemento esencial o configurador del concepto de sociedad y, en concreto, de las sociedades de capital. Continuando con la hipótesis de que se admitieran sociedades de capital sin ánimo de lucro, nos preguntaremos cómo afectaría a determinados derechos y en qué medida permite la supervivencia de ciertas figuras propias del derecho de sociedades en su configuración actual.

III. Sociedades de capital y empresas sociales: problemas de ajuste

El primer problema que nos encontramos al plantear la posibilidad de que las empresas sociales adopten la forma organizativa de las sociedades de capital es determinar si las sociedades de capital pueden constituirse sin ánimo de lucro. Cuando el Derecho de sociedades se refiere al ánimo de lucro, hace referencia en última instancia al reparto entre los socios del

exponemos en el cuerpo de este trabajo; las segundas (tipo II) son empresas lucrativas, pero los propietarios son los pobres. En este último caso, al ser los pobres quienes reciben los beneficios, está ayudando a resolver un problema social.

16. Los principios bajo los que se rige la empresa social, YUNNUS, *vid. nota ut supra*, pp. 30 y 31, son: “a) El objetivo del negocio es superar la pobreza, o resolver uno o más problemas que amenacen a la población y a la sociedad (como educación, salud, acceso a la tecnología, medio ambiente), no maximizar beneficios; b) La empresa logrará sostenibilidad financiera y económica; c) Los inversores recuperan sólo el dinero invertido. No reciben ningún dividendo que supere la inversión original; d) Cuando se devuelve la cantidad invertida, el beneficio permanece en la compañía para ampliación y mejoras; e) La compañía será ambientalmente consciente; f) La mano de obra recibe un salario mejor que las condiciones de trabajo estándar; g) ¡¡¡Hazlo con alegría!!!”.

beneficio, no al desarrollo de una actividad por parte de la sociedad que pueda acarrear beneficios.¹⁷ Por tanto, es la obtención por los socios y no por la sociedad, que será un instrumento para hacer posible lo primero, el sentido último del ánimo de lucro. Determinado qué es el lucro, la segunda cuestión que debemos plantear es si el mismo es un elemento causal o no del concepto de sociedad, ya que en caso afirmativo, las empresas sociales, tal y como las estamos planteando no podrían revestir esta forma organizativa.

A este respecto existen dos grandes sistemas jurídicos, el que sigue la orientación francesa, que proclama el ánimo de lucro como un elemento esencial del concepto de sociedad; y aquel otro sistema inspirado en el ordenamiento alemán donde el ánimo de lucro no forma parte del concepto de sociedad, existiendo sociedades con y sin ánimo de lucro.

A pesar de esta dispar concepción, puede reconocerse una cierta orientación de la doctrina hacia una posición neutra del Derecho de sociedades, donde el ánimo de lucro no es un elemento causal del concepto de sociedad. A este respecto, es muy útil la evolución experimentada en la doctrina española sobre esta cuestión, a la cual nos referimos a continuación.

La cuestión del ánimo de lucro, en el ordenamiento jurídico español, no es una cuestión relacionada únicamente con las sociedades de capital, sino que se inserta en el concepto mismo de sociedad.¹⁸ De esta forma, legislativamente, ya desde las Partidas, pasando por las Ordenanzas de Bilbao, y terminando con los artículos 1665 del Código Civil (en adelante, Cc) y 116 del Código de Comercio (en adelante, Cco), el lucro ha sido tomado siempre en cuenta como elemento configurador del concepto de sociedad.

De igual manera, y como consecuencia de ello, desde antiguo, ha existido siempre una línea doctrinal y jurisprudencial¹⁹ constante que ha

17. Como resulta lógico, las organizaciones sin ánimo de lucro pueden obtener también beneficios. Sobre este aspecto, entre otros, FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, *La aplicación de resultados en la sociedades mercantiles*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 33 y ss.

18. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, “Sociedad anónima y fin de lucro”, en *Estudios jurídicos de la sociedad anónima*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 42 y 43.

19. Sentencias del Tribunal Supremo que abogan por la consideración del fin lucrativo como causa del contrato de sociedad, entre otras, SSTs de 11 de marzo de 1983, 10 de noviembre de 1986 [RJ 1986/6247], 19 de enero de 1987 [RJ 1987/306], 18 de noviembre de 1988, 7 de abril de 1989 [RJ 1989/2996], 19 de febrero de 1991, 9 de octubre de 1993 [RJ 1993/8175], 27 de enero de 1997 [RJ 1997/143], 18 de septiembre de 1998 [RJ 1998/6545] y 29 de noviembre de 2007 [RJ 2008/32].

mantenido la exigencia del ánimo de lucro como elemento causal del contrato de sociedad.²⁰ Éste también ha sido el criterio de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN).²¹ El fin último de la sociedad, la obtención de lucro o ganancia, se convierte en un elemento caracterizador del tipo, debiendo optarse por la forma de asociación, principalmente, si lo que se quiere desarrollar es una actividad sin ánimo de lucro. Este criterio, jurisprudencial y doctrinal, lleva por tanto a negar la posibilidad de que las sociedades, en general, y las de capital, en particular, puedan desarrollar como actividad principal una actividad que sea contradictoria con el fin general de obtención de lucro. Cuestión distinta es que tales sociedades pudieran realizar actos aislados carentes de ánimo de lucro como es el de la pura filantropía.²²

A pesar de esta posición general de la doctrina, se alzan voces que afirman que el ánimo de lucro no es un elemento causal del contrato, de modo que pueden existir sociedades con y sin ánimo de lucro, siguiendo así la orientación germana.

El referente de esta posición de “concepto amplio de sociedad”, que ha sido acogida posteriormente por un autorizado sector de la doctrina española, ha sido el profesor GIRÓN,²³ desarrollando posteriormente su tesis el

20. A este respecto, existen diversas posiciones doctrinales que entienden el lucro como la causa misma del contrato de sociedad; como uno de los elementos causales del contrato de sociedad, pero no el único; o como el fin de la sociedad propiamente dicho. Sobre este aspecto y las diversas posiciones doctrinales, vid. ILLESCAS ORTIZ, Rafael, *El derecho del socio al dividendo en la Sociedad Anónima*, Anales de la Universidad Hispalense, N°16, 1973, pp. 12 y ss.

21. RRDGRN de 2 de febrero de 1966 [RJ 1966/1398]; 22 de noviembre de 1991 [RJ 1991/8637]; 25 de noviembre de 1997.

22. En este sentido, la RDGRN de 22 de noviembre de 1991 [RJ 1991/8637], admitió la inscripción de una cláusula estatutaria cuyo objeto era la posibilidad de destinar una parte de su beneficio a efectuar aportaciones o donaciones a las fundaciones benéficas promovidas por MAPFRE. La Dirección argumenta que a pesar de que uno de los elementos caracterizadores de la sociedad anónima es la obtención de una ganancia común y su reparto entre los socios que la integran, esto no impide que pueda llevar a cabo actos de deliberación que *por su moderación y marginabilidad no comprometan la preponderancia de aquel sustancial objeto lucrativo*. De igual manera, en relación con este tema la RDGRN de 2 de febrero de 1966 [RJ 1966/1398].

23. GIRÓN, José, *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976, pp. 25 y ss. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Zaragoza, Pórtico, 1977, pp. 291 y ss.

profesor PAZ-ARES.²⁴ El primero de los autores referido parte de la consideración de que la distinción, a través del ánimo de lucro, entre sociedad y asociación se debe originariamente a razones de política de policía, de control del Estado sobre las asociaciones de personas del que quedaban excluidas las sociedades. Por tanto, desde esta perspectiva interpretativa, el ánimo de lucro acotaba el espacio de libertad dejado al Derecho de sociedades con respecto a la autoridad y control gubernativos sobre las asociaciones. Si esta razón política es la que justificaría la diferenciación entre sociedad y asociación sobre la base del lucro, desaparecido el motivo de la distinción también habría de hacerlo la diferenciación misma con tal criterio. Éste es, en efecto, el razonamiento que sigue la doctrina que continúa defendiendo esta concepción amplia de sociedad. El criterio de distinción del ánimo de lucro queda obsoleto, afirma PAZ-ARES, con el reconocimiento de la libertad de asociación consagrado en el artículo 22 de la Constitución Española. Este reconocimiento constitucional implica la liberación de todo el espacio asociativo, es decir, el ánimo de lucro deja de cumplir la función política que desempeñaba y, en definitiva, pierde el valor funcional que le permitía eximir a las sociedades, con ánimo de lucro, del control gubernativo de las asociaciones.

Esta discusión se hace más patente en relación con las sociedades de capital, y ello como consecuencia de la adopción del criterio de la forma como criterio de distinción de la mercantilidad de las sociedades. En las primeras regulaciones específicas de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada, se estableció que estos tipos de sociedades, *cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil*.²⁵ Éste ha sido el criterio mantenido hasta nuestros días, donde la actual Ley de Sociedades de Capital²⁶ mantiene vigente en el ordenamiento jurídico español tal requisito de forma.

24. Sobre este aspecto y su desarrollo argumentativo, PAZ-ARES, Cándido, “Ánimo de lucro y concepto de sociedad”, en *Derecho mercantil de la Comunidad Europea, Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 733 y ss.

25. Ley de Sociedades Anónimas, de 18 de agosto de 1951 (BOE de 26 de agosto de 1951, N°238 [p. 4002]; Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 17 de julio de 1953 (BOE de 18 de julio de 1953, N°199 [p. 4319]).

26. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE de 3 de julio de 2010, N°161 [p. 58742]).

Como consecuencia de la dicción del citado precepto contenido en Leyes especiales, se abren las dudas sobre la posibilidad o no de que las sociedades de capital puedan no tener ánimo de lucro. El núcleo de la cuestión gira en torno a la relación entre objeto, finalidad y/o causa del contrato de sociedad.

Aquellos que mantienen que las sociedades de capital, independientemente del criterio de la forma, deben tener ánimo de lucro, defienden la posición tradicional del concepto de sociedad, y advierten que no hay que confundir el objeto con la causa del contrato de sociedad. El objeto al que se refiere la norma no debe identificarse con el objeto del contrato, sino con la actividad que pretende desarrollar²⁷ la compañía.

De igual modo, los defensores de la concepción amplia de lucro advierten que si bien las sociedades, y en este supuesto concreto, las de capital, han de tener ánimo de lucro, no se define unívocamente a qué tipo de lucro hemos de referirnos. Así, de hecho, mientras que el Cc menciona las ganancias para repartir, el Cco sólo especifica el lucro. Por lo que se podrían constituir sociedades de capital “cuya finalidad no sea obtener una ganancia de signo positivo, es decir, que la sociedad [...] no nace para lograr un incremento patrimonial neto destinado a ser distribuido entre los socios”. No obstante, esto no está permitiendo la posibilidad de que el fin objetivo sea extrapatrimonial, ya que ampararse en una figura societaria para desarrollar tal actividad sería fraude de ley.²⁸

Por último, aquellas posturas que defiende la posibilidad de constituir sociedades de capital sin ánimo de lucro²⁹ avalan esta afirmación en la

27. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “Sociedad anónima y fin de lucro”, *op. cit.*, p. 51. FERNÁNDEZ DEL POZO, *La aplicación de resultados...*, *op. cit.*, p. 38, quien afirma que “es muy dudosa la licitud de la sociedad no lucrativa”. De igual modo, VAQUERIZO, Alberto, “Comentario al artículo 2 de la Ley de Sociedades de Capital”, en ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Cizur Menor, Civitas, 2011, pp. 198 y 199, el cual afirma que “el precepto no aborda la cuestión de la causa contractual de la sociedad, sino que se refiere tan sólo al objeto, entendido como actividad a desarrollar por la propia organización societaria. No parece que resulte adecuado equiparar el objeto –que es a lo que se dedica la sociedad– con el fin o *ratio* subyacente a la sociedad misma. Por esta misma razón, tampoco resulta apropiado identificar la *indiferencia del objeto*, reconocida a ciertos efectos en dicho precepto, con la *indiferencia del fin*”.

28. DE LA CÁMARA, Manuel, *Estudios de Derecho Mercantil I*, 2ª ed., Madrid, EDESA, 1977, pp. 566 y ss.

29. GIRÓN, *Derecho de sociedades*, *op. cit.*, pp. 37 y ss. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *La determinación y la distribución del beneficio neto en la sociedad anónima*, Cuadernos

amplitud del objeto. Efectivamente, tal amplitud permite la inclusión de un objeto carente de ánimo de lucro, sobre todo, cuando la propia norma original, en su mismo artículo, establecía cuáles eran los límites a ese objeto, en concreto “la representación de intereses colectivos, profesionales o económicos atribuidos a otras entidades con carácter exclusivo”.³⁰

De este modo, y para salvar la distancia entre el objeto y la causa, siguiendo a parte de la doctrina, la amplitud de objeto incide directamente en la causa del contrato. Efectivamente, como manifiesta el profesor ILLESCAS, “el objeto es tanto instrumento o medio de la causa como realidad querida por las partes al pretender la obtención de un concreto resultado protegible por el derecho. La conexión entre causa y objeto aparece, pues, clara e íntima”.³¹ De ahí que, si se permite una amplitud en el objeto en virtud del cual el mismo no tiene que ser lucrativo, ello conlleva que la causa del contrato, por la conexión existente entre ésta y el objeto, también se vea ampliada a elementos no lucrativos.

Visto ya el problema del ánimo de lucro en las sociedades de capital, el problema siguiente que se suscita es que si partimos de la posibilidad de constituir sociedades de capital sin ánimo de lucro, ¿la arquitectura del tipo lo permitiría? Efectivamente, la regulación de las sociedades de capital está orientada a que los socios puedan obtener una ganancia patrimonial, entonces la supresión del lucro afectará, por un lado, a la efectividad de los derechos económicos del socio, y en especial, al derecho a participar en los beneficios sociales, y, por otro lado, a la actuación de los administradores. Al

del Instituto Jurídico Español, 3, Madrid, 1955, pp. 134 y ss. ILLESCAS, *El derecho del socio...*, pp. 22 y ss.

30. Sobre este aspecto, SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *La determinación y la distribución...*, op. cit., p. 135, nota al pie 51, quien manifiesta que *con este párrafo se quiso excluir principalmente la posibilidad de utilizar esta figura de la sociedad anónima para la organización sindical. Es evidente que al establecerse esta excepción se estaba pensando en una limitación dentro de las entidades “no lucrativas”*. En contra de esta interpretación, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “Sociedad anónima y fin de lucro”, op. cit., p. 52. Es de destacar que en la redacción originaria del Anteproyecto de ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades de 1989, se permitía la constitución de sociedades anónimas sin fin lucrativo. Pero tal posibilidad quedó finalmente suprimida por acuerdo de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

31. ILLESCAS, *El derecho del socio...*, op. cit., p. 25.

quedar suprimido el derecho al beneficio, todas las funciones que cumple el mismo y que se mencionan a lo largo del articulado de la Ley de Sociedades de Capital (p. ej. sanción al socio moroso, retribución de administradores, dividiendo preferente, acciones sin voto...) pueden verse también afectadas.

Deberemos ir viendo caso por caso para comprobar si la autonomía de la voluntad en la configuración de las sociedades de capital permite o no eliminar aquellos aspectos que sean incongruentes con la ausencia del ánimo de lucro que se pretende predicar. En caso contrario, bien deberemos acudir a otros tipos sociales para desarrollar esta actividad no lucrativa, o bien, si mantenemos la idea de querer utilizar las sociedades de capital, deberemos acudir a otros mecanismos contractuales que permitan, extraestatutariamente, obtener tal fin (v.gr. pactos parasociales) aun asumiendo los problemas de validez y eficacia que se suscitan³² en esta esfera.

En relación con los administradores, resulta una preposición lógica que si la sociedad se ha constituido para la obtención de un lucro, la gestión social deba ir encaminada en tal dirección.³³ Efectivamente, los administradores desempeñarán su cargo como representantes leales en defensa del interés social³⁴ entendido como interés de la sociedad.

32. En relación con los pactos parasociales, FELIU REY, Jorge, *Los pactos parasociales en las sociedades no cotizadas*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

33. ILLESCAS, *El derecho del socio*, op. cit., p. 70 y ss. GIRÓN, *Derecho de sociedades anónimas*, op. cit., p. 200 y ss.

34. Sobre el concepto de interés social existen diversas posturas y teorías agrupadas normalmente en dos grandes categorías que se refieren como contractualistas e institucionalistas. En términos generales, para la primera, el interés social se relaciona con el interés de los socios, mientras que para la segunda se relaciona con el interés de la empresa, con el interés común, no sólo de los socios, sino también de otros sujetos (trabajadores, acreedores...). La basculación hacia el predominio de una u otra concepción se observa en la más reciente reforma del derecho de sociedades británico en el que se percibe un cambio del más puro paradigma de maximización del valor del accionista (“*the shareholder primacy principle*”) a una visión más abierta que atiende los intereses de otros colectivos (“*stakeholders*”) o incorpora a la toma de decisiones otros factores –las consecuencias a largo plazo, los intereses de los empleados, las relaciones con proveedores y clientes, el impacto en la comunidad y el medio ambiente, los principios de ética de los negocios–. El debate se centraba entonces en la opción legal por un auténtico enfoque pluralista (*pluralist approach*) o un enfoque aún basado en el valor del accionista que se viene a red denominar “*Enlightened Shareholder Value*”. Sobre esta cuestión, en particular, y las líneas

Por tanto, si los socios han decidido constituir una sociedad donde el ánimo de lucro no es su finalidad, sino desarrollar una actividad empresarial dirigida a lograr, por encima de la obtención del beneficio, un impacto social, los administradores deberán, conforme a los deberes fiduciarios impuestos por razón de su cargo, desempeñar su cargo en aras de alcanzar tal interés. Esto significará un importante cambio en la gestión corporativa, ya

de la reforma en general, FELIU REY, Jorge y RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, “La proyectada reforma del Derecho de Sociedades en el Reino Unido: *Companies Bill*”, *Derecho de los Negocios*, N°194, noviembre, 2006, pp. 25-34. En palabras del Tribunal Supremo: “en torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la Sociedad Anónima como una ‘institución-corporación’, en la que el interés social que allí se persigue, es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.); y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social”, STS de 19 de febrero de 1991 [RJ 1991/1512]. Sobre este aspecto, ALONSO LEDESMA, Carmen, “Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula del interés social en la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente”, en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Giron Tena*, Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio y Civitas, 1991, pp. 31 y ss.; ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Estudios de Derecho Mercantil, Madrid, Civitas, 1995, pp. 17 y ss.; SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, *Conflicto de intereses entre socios en sociedades de capital*, Elcano, Aranzadi, Monografía asociada a *Revista de Derecho de Sociedades* N°15, 2000, pp. 57 y ss.; JAEGER, Pier Giusto, “L’interesse sociale rivisitato (quarant’anni dopo)”, *Giurisprudenza Commerciale*, Vol. 27, 6, 2000, pp. 795 y ss; ARROYO, Ignacio, “Reflexiones en torno al interés social”, *Revista de Derecho Mercantil*, N°240, abril-junio, 2001, pp. 421 y ss; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, *Revista de Derecho Mercantil*, N°246, octubre-diciembre, 2002, pp. 1653 y ss.; COUTINHO DE ABREU, Jorge M., “Interés social y deber de lealtad de los socios”, *Revista de Derecho de Sociedades*, N°19, 2002-2, pp. 39-56; DAVIS, Paul L., “Shareholder Value, Company Law and Securities Markets Law: A British View”, en AA.VV., *Capital Markets and Company Law*, New York, Oxford University Press, 2003, pp. 261-288; BLAIR, Michael, “Shareholder Value: A New Standard for Company Conduct”, en AA.VV., *Capital Markets and Company Law*, New York, Oxford University Press, 2003, pp. 347-354. RUBIO VICENTE, Pedro J., “Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima”, *Revista de Derecho de Sociedades*, N°21, 2003-2, pp. 90 y ss.

que tendería a desincentivar las decisiones cortoplacistas tendentes a la obtención del mayor beneficio posible, y, en gran medida, permitiría atenuar muchos de los problemas que actualmente sufren las sociedades modernas.

IV. Conclusión: la sociedad de capital como una estructura neutra

De todo lo expuesto podemos afirmar que si bien es cierto que en los países de tradición francesa se establece el ánimo de lucro como elemento causal del concepto de sociedad, tal criterio debería ser modificado, *lege ferenda*, teniendo en cuenta la evolución del Derecho de sociedades y las tendencias del Derecho comparado. Esta tendencia tiende a eliminar el lucro como elemento causal por un elemento estructural, concibiendo a la sociedad como un “fenómeno organizativo neutral o independiente de la índole o naturaleza del fin”.³⁵ Parafraseando a Hegel, los grandes hombres no son sólo los grandes inventores, sino aquellos que cobraron conciencia de lo que era necesario en un determinado momento de la historia.³⁶

Por tanto, es necesaria una regulación expresa que permita, sin que deje margen de duda, la posibilidad de constituir sociedades, en general, y de capital, en particular, sin ánimo de lucro. De esta forma se permitiría acudir a estos tipos sociales, sin necesidad de crear nuevas formas sociales, para responder a las necesidades que demanda el tráfico económico.

En definitiva, el problema que subyace tiene relación con el ámbito de actuación de la autonomía de la voluntad a la hora de configurar la sociedad a los intereses de los socios y, en definitiva, para satisfacer las necesidades organizativas que demanda constantemente el mercado.

En este contexto, se ha iniciado así en algunos Ordenamientos, con mayor o menor acierto, un proceso de reforma y modernización del derecho de sociedades para atender estas demandas de adaptación de la disciplina societaria a la realidad del tráfico.

35. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “Sociedad anónima y fin de lucro”, *op. cit.*, p. 53; PAZ-ARES, “Ánimo de lucro y concepto de sociedad”, *op. cit.* p. 733.

36. Cita extraída del artículo de Manuel Fraijó, en el diario *El País* de 12 de febrero de 2013, p. 37.

El fin último que guía estas profundas reformas es la necesidad de dotar de flexibilidad al ordenamiento jurídico societario. La deseada flexibilidad no pasa sólo por agilizar los trámites de constitución de una sociedad y simplificar el procedimiento, sino fundamentalmente por tratar de reflejar en el régimen jurídico de las sociedades las necesidades actuales de los movimientos asociativos, facilitando una mejor regulación de los intereses de los socios, lo que, por ende, exige dotar de un mayor protagonismo a la autonomía de la voluntad. En este sentido, y en aras de alcanzar el objetivo de la flexibilización, es necesario, desde nuestro punto de vista, distinguir entre la realidad formal y la realidad material, de modo que sea la primera la que deba ajustarse a esta última. En efecto, algunas de las exigencias y formalidades en las que aparentemente se asienta nuestro derecho de sociedades no encuentran reflejo ni reconocimiento en la realidad económico-empresarial.

La flexibilización, desde nuestra perspectiva, no es ni debe entenderse como relajación e inseguridad, sino como un esfuerzo por asegurar que el sentido último de las exigencias legales sea tutelar de forma efectiva determinados derechos e intereses dignos de protección y no imponer trabas innecesarias a la actividad económica y las relaciones comerciales. Flexibilización significa también permitir que las sociedades, como instrumento, se adecuen a los fines para las que son creadas. Es, por tanto, premisa para permitir una mejor personalización de la sociedad de acuerdo con los intereses de los socios sin descuidar la protección de otros intereses en juego. Esta visión instrumental de la sociedad parte de la tesis de que la sociedad es un instrumento para la obtención de un fin, no es un fin en sí misma. Así al igual que se cuida y mejora la ergonomía de las herramientas para facilitar su uso y su precisión, la configuración del tipo social debe adecuarse a los fines que persigue. Y la adecuación plena y precisa no se garantiza con la estandarización de las herramientas sino con su más meticulosa personalización como la que permite el buen hacer del cirujano. Aunque sea preciso, no obstante, que se asegure, como se esteriliza el instrumental del cirujano, que determinados derechos e intereses resulten debidamente tutelados.

Por tanto, es el momento, a nuestro entender, de reflexionar profundamente sobre nuestro derecho de sociedades actual para atender las demandas que la sociedad contemporánea reclama. Este convencimiento de la necesidad de cambio nos conduce a plantear al menos las siguientes reflexiones.

Si observamos nuestro entorno socioeconómico y comparamos las expectativas de los operadores en la canalización de su actividad a través de sociedades con los modelos societarios que ofrece la ley, constatamos la existencia de un apreciable desajuste. Una innecesaria rigidez de los tipos societarios ha conducido al legislador a la, en nuestra opinión, errónea estrategia de ampliar el catálogo de tipos legales para cubrir las nuevas necesidades y atender las demandas que el mercado venía planteando. Sin embargo, la tendencia debería ser bien distinta, de hecho, de sentido inverso. El principio de libertad estatutaria debería reemplazar el de opción tipológica, pues permite un mejor ajuste y una mayor personalización de las sociedades en función de los intereses de los socios. En este sentido, frente a la multiplicación tipológica al ritmo de los cambios socioeconómicos, la propuesta de un régimen dual que distinga esencialmente entre aquellas sociedades que cotizan, que desarrollan su actividad en mercados regulados o que reciben especial atención legislativa por su objeto y el resto de sociedades simplificaría el sistema, facilitaría su modernización y permitiría una personalización más adecuada sin amenazar la tutela de aquellos derechos e intereses dignos de protección en el tráfico. Así, el primer grupo de sociedades citadas estaría sujeto a una mayor imperatividad en su régimen para asegurar la debida transparencia, la protección del público inversor o la tutela de otros bienes jurídicos e intereses legítimos, mientras que las otras sociedades ajenas a los elementos caracterizadores que justifican la mayor intervención legislativa en la configuración del tipo quedarían regidas ampliamente por la autonomía de la voluntad. En este último caso, la experiencia de estos años y, de hecho, el ejemplo de la evolución legislativa estadounidense en relación con las *Close corporations*, muestra que la sociedades cerradas capitalistas que acuden a la figura de los pactos parasociales se asemejan progresivamente a una sociedad colectiva distanciándose del modelo típico de una sociedad de capital, con el único beneficio de la limitación de responsabilidad. En efecto, sería conveniente que el Ordenamiento fuera capaz de ofrecer fórmulas organizativas que atendieran estas expectativas.

Esta reflexión sobre la diversidad y amplitud tipológica nos conduce a otra consideración de mayor alcance sobre la configuración jurídica de los institutos disponibles para el desarrollo de actividades económicas. El recurso obligatorio a figuras asociativas para poder acogerse al régimen de responsabilidad limitada debe replantearse, lo que nos llevaría a intentar

fórmulas de limitación de responsabilidad para el empresario individual que no pasen necesariamente por la constitución de sociedades unipersonales o falsamente pluripersonales. Dos motivos principalmente avalarían la oportunidad de este replanteamiento. Primero, por el significativo incremento de las microempresas y la necesidad de reforzar el tejido empresarial facilitando la iniciativa empresarial en condiciones de riesgo razonables. Segundo, por la constatación de que la imposición obligatoria de figuras asociativas resulta en muchas ocasiones más que un beneficio la creación de un potencial problema, por forzar escenarios donde muy frecuentemente los conflictos que surgen entre los socios finalizan con el bloqueo de la gestión e incluso la extinción de la sociedad.

V. Bibliografía

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Estudios de Derecho Mercantil, Madrid, Civitas, 1995.
- ALONSO LEDESMA, Carmen, “Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula del interés social en la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente”, en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio y Civitas, 1991, pp. 31-61.
- ARROYO, Ignacio, “Reflexiones en torno al interés social”, *Revista de Derecho Mercantil*, N°240, abril-junio, 2001, pp. 421-440.
- BLAIR, Michael, “Shareholder Value: A New Standard for Company Conduct”, en AA.VV., *Capital Markets and Company Law*, New York, Oxford University Press, 2003, pp. 347-354.
- BORNSTEIN, David & DAVIS, Susan, *Social entrepreneurship. What everyone needs to know*, New York, Oxford University Press, 2010.
- CALERO, Fernando, *La determinación y la distribución del beneficio neto en la sociedad anónima*, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, 3, Madrid, 1955.
- Comunicación de la Comisión Europea, de 25 de octubre de 2011. COM (2011) 682/2.
- COUTINHO DE ABREU, Jorge M., “Interés social y deber de lealtad de los socios”, *Revista de Derecho de Sociedades*, N°19, 2002-2, pp. 39-56.

- DAVIS, Paul L., "Shareholder Value, Company Law and Securities Markets Law: A British View", en AA.VV., *Capital Markets and Company Law*, New York, Oxford University Press, 2003, pp. 261-288.
- DE LA CÁMARA, Manuel, *Estudios de Derecho Mercantil I*, 2ª ed., Madrid, EDERSA, 1977.
- DEFOURNY, Jacques & NYSSSENS, Marthe, (eds.) "Social Enterprise in Europe: Recent Trends and Developments", Working Papers Series, no. 08/01, Liège: EMES European Research Network.
- DEFOURNY, Jacques, "Introduction. From third sector to social enterprise", en BORZAGA, Carlo & DEFOURNY, Jacques (editors), *The Emergence of Social Enterprise*, Routledge Studies in the Management of Voluntary and Non-Profit Organizations, London, Routledge, 2004.
- EMES, Position Paper on The Social Business Initiative Communication, Liege, November 17th, 2011.
- FELIU REY, Jorge y RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa "La proyectada reforma del Derecho de Sociedades en el Reino Unido: Companies Bill", *Derecho de los Negocios*, N°194, noviembre, 2006, pp. 25-34.
- FELIU REY, Jorge, *Los pactos parasociales en las sociedades no cotizadas*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Zaragoza: Pórtico, 1977.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, *La aplicación de resultados en las sociedades mercantiles*, Madrid, Civitas, 1997.
- GALERA, Giulia & BORZAGA, Carlo, "Social enterprise. An international overview of its conceptual evolution and legal implementation", *Social Enterprise Journal*, Vol. 5, N°3, 2009, pp. 215 y 216.
- GIRÓN TENA, José, *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid: Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 1952.
- GIRÓN TENA, José, *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael, *El derecho del socio al dividendo en la Sociedad Anónima*, *Anales de la Universidad Hispalense*, N°16, 1973.
- JAEGER, Pier Giusto, "L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)", *Giurisprudenza Commerciale*, Vol. 27, 6, 2000, pp. 795 y ss.
- KERLIN, Janelle A., "Social Enterprise in the United States and Europe: Understanding and Learning from the Differences", *Voluntas*, vol. 17, 2006, pp. 247-263.

- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, “Sociedad anónima y fin de lucro”, en Estudios jurídicos de la sociedad anónima, Madrid, Civitas, 1995.
- NACIONES UNIDAS, Manual sobre las instituciones sin fines de lucro en el Sistema de Cuentas Nacionales, Nueva York, 2003.
- OCDE, Empresas sociales, 2001.
- PAZ-ARES, Cándido, “Ánimo de lucro y concepto de sociedad”, en Derecho mercantil de la Comunidad Europea, Estudios en Homenaje a José Giron Tena, Madrid, Civitas, 1991, pp. 731-753.
- RUBIO VICENTE, Pedro J., “Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima”, Revista de Derecho de Sociedades, N°21, 2003-2, pp. 81-108.
- SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, Conflicto de intereses entre socios en sociedades de capital, Elcano: Aranzadi, Monografía asociada a Revista de Derecho de Sociedades N°15, 2000.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, Revista de Derecho Mercantil, N°246, octubre-diciembre, 2002, pp. 1653 y ss.
- VAQUERIZO, Alberto, “Comentario al artículo 2 de la Ley de Sociedades de Capital”, en ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio, Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, Cizur Menor, Civitas, 2011, pp. 193-199,
- YUNNUS, Muhammad, La empresas sociales, Madrid, Paidós, 2011.

Las cooperativas y su dimensión social

*Dante Cracogna**

Resumen

El artículo muestra el perfil social de las cooperativas considerado desde el punto de vista jurídico y con particular referencia al caso argentino. Para ese propósito, trata acerca de los orígenes y la evolución de las cooperativas, sus principios rectores y los pronunciamientos de organismos internacionales como la ONU y la OIT como también el tratamiento dispensado por las organizaciones de integración regional. Las conclusiones destacan las diferencias entre las cooperativas y las empresas lucrativas y estatales afirmando su capacidad de resistir mejor a las crisis pues operan en beneficio de sus asociados, quienes son a la vez sus dueños y usuarios de sus servicios. Asimismo previene sobre los riesgos de su instrumentación por el Estado.

Palabras clave: cooperativas, legislación cooperativa, organismos internacionales.

Abstract

The paper deals with the social dimension of cooperatives considered from the legal point of view and with special reference to the Argentinean case. For that purpose, it reflects upon the origins and evolution of cooperatives, their underlying principles and the documents issued by international organizations such as the UN and the ILO as well as upon the treatment given to cooperatives by the organizations of regional economic integration. The conclusions point out the differences between cooperatives and commercial and State enterprises underlining the capacity of cooperatives

* Doctor en Derecho; profesor titular consulto de Derecho Comercial, Facultad de Derecho de la UBA. Argentino; dcracogna@estudiocracogna.com.ar

for resilience to the economic crisis because they operate in the benefit of their members, who are, at the same time, the owners and the users of their services. Finally it warns about the risks of cooperatives becoming a State instrument.

Keywords: cooperatives, cooperative legislation, international organizations.

I. Introducción

El objeto de este trabajo consiste en presentar el perfil social de las cooperativas desde un enfoque jurídico, destacando los peculiares rasgos que esta forma jurídica de organización de la empresa exhibe frente a las sociedades comerciales con las que frecuentemente suele ser confundida. Pero importa señalar que las cooperativas son verdaderas empresas –formas organizadas de realizar la actividad económica– aunque no persigan fin de lucro; que no persigan fin lucrativo no las priva de su carácter empresario. Por lo tanto, no pueden tampoco ser confundidas con entidades de beneficencia ni con mecanismos estatales para realizar actividades de asistencia social. Su dimensión social no surge de decisiones voluntaristas de sus dirigentes ni de imposiciones de política gubernamental sino de su propia naturaleza, tal como se halla definida por los principios que las sustentan, y de su regulación legal específica. En primer lugar, la cooperativa es una asociación de personas que se unen voluntariamente para resolver alguna necesidad común mediante una empresa de propiedad conjunta democráticamente gestionada; es lo que la Ley 20.337 (LC) define como “entidades fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios”. De allí surgen rasgos que perfilan claramente su dimensión social: el gobierno democrático (un asociado, un voto); la distribución de excedentes en proporción a la utilización de los servicios de la cooperativa y no en función del capital aportado; la constitución de reservas irrepartibles que permiten la continuidad y expansión de la cooperativa; el fomento de la educación mediante asignación específica de recursos a ese efecto; el ingreso abierto a todos los que quieren utilizar sus servicios y aceptan las responsabilidades de asociarse. En función de esas características han sido reconocidas y promovidas por los organismos internacionales y los acuerdos de integración regional.

II. Orígenes y evolución

Las cooperativas nacieron en Europa a mediados del siglo XIX con el propósito de resolver los problemas económicos que se planteaban a determinados grupos sociales en distintos países. El caso más representativo fueron las cooperativas de consumo de Inglaterra, nacidas para paliar los problemas de abastecimiento de los trabajadores surgidos en la época de la Revolución Industrial. Contemporáneamente aparecieron las cooperativas de crédito y de comercialización agraria en Alemania y las cooperativas de trabajo en Francia.¹

En relativamente poco tiempo las cooperativas alcanzaron un importante grado de desarrollo en los países europeos, desde donde se extendieron a otras regiones del mundo a fines del siglo XIX y comienzos del XX. El reconocimiento de sus peculiares características hizo que se dictara una legislación específica para regularlas, además de normas de carácter promocional que en algunos casos alcanzan rango constitucional, como en Italia (art. 45, Constitución de 1947), España (art. 129, Constitución de 1978) y Portugal (arts. 61 y 86, Constitución de 1976), entre otros. De allí que la doctrina europea –particularmente la italiana– sea fecunda en esta materia, ocupándose de precisar las características propias de las cooperativas y sus diferencias con las sociedades comerciales en general.²

En la Argentina las primeras cooperativas fueron creadas en las últimas décadas del siglo XIX. Por ello recién se encuentran mencionadas en los arts. 392 a 394 del Código de Comercio introducidos mediante la reforma

1. Mladenatz, Gromoslav, *Historia de las doctrinas cooperativas*, trad. Carmelo Tumino, Intercoop, Buenos Aires, 1969, p. 63 y ss; Drimer, Alicia y Bernardo, *Las cooperativas. Fundamentos. Historia. Doctrina*, Intercoop, Buenos Aires, 1973, Caps. I y VI.

2. Si bien todos los comercialistas italianos han tratado, con mayor o menor extensión, el tema de las cooperativas, merecen citarse las obras monográficas siguientes: Verrucoli, Piero, *La società cooperativa*, Milano, 1958; Bonfante, Guido, *La legislazione cooperativa. Evoluzione e problemi*, Giuffrè, Milano, 1984; Bassi, Amedeo, “Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici”, en *Il Codice Civile. Comentario*, diretto da Piero Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1988. Para una visión de la incidencia de la reciente reforma del derecho societario en materia de cooperativas: Fici, Antonio, *Imprese cooperative e sociali. Evoluzione normativa, profili sistematici e questioni applicative*, Giappichelli, Torino, 1912, especialmente Cap. 1.

de 1889.³ Posteriormente, debido al importante desarrollo alcanzado por estas entidades, se sancionó en 1926 la Ley 11.388 que estableció un régimen más amplio y adecuado. Esta ley se incorporó como un capítulo especial del Código de Comercio en reemplazo de los artículos citados.⁴ En la actualidad rige la Ley 20.337 sancionada en 1973.⁵

III. Concepto

El art. 2º LC establece que las cooperativas son entidades: a) fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua b) para organizar y prestar servicios. Las nociones de ayuda mutua y de servicio constituyen la piedra de toque de esta disposición legal, de la cual surge la naturaleza solidaria y no lucrativa de las cooperativas. No obstante, el concepto legal se complementa con los caracteres tipificantes que seguidamente enumera el mismo artículo en doce incisos. Con ellos quedan claramente diferenciadas las cooperativas de otras formas de organización, tales como las sociedades comerciales y las asociaciones civiles.

Las cooperativas se constituyen, pues, para brindar servicios a sus asociados y no para repartir ganancias entre ellos como sucede en las sociedades comerciales. Éste es el sentido del *scopo mutualistico* que trata ampliamente la doctrina italiana.⁶

3. El informe de la Comisión Reformadora señalaba que las cooperativas “han comenzado a surgir entre nosotros prometiendo el mayor beneficio de sus condiciones naturales por un mayor desarrollo en el futuro” por lo cual se debe “legalizar la existencia y funcionamiento de tales sociedades, introduciendo un capítulo relativo a ellas” (cit. por Veliz, Ricardo, *La sociedad cooperativa. Su régimen legal y práctico. Legislación argentina y comparada*, Nueva América, Buenos Aires, 1959, t. I, p. 20).

4. El erudito Informe de la Comisión de Códigos del Senado, obra de Mario Bravo, que integraba dicha comisión junto con Leopoldo Melo y Pedro Llanos, constituye una pieza jurídica muy valiosa para conocer los antecedentes y el sentido de las disposiciones de la Ley 11.388 (Diario de Sesiones 25.9.25, p. 469 y ss).

5. Para los antecedentes de la Ley 20.337 ver Cracogna, Dante, “La nueva ley de cooperativas”, *Jurisprudencia Argentina*, 1974, Sec. Doctrina, p. 241 y ss.

6. Ver, por todos, Oppo, Giorgio, “L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti”, en *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, Volume secondo, UTET, Torino, 1960, p. 1181 y ss.

Conforme con la tipificación legal las cooperativas: a) tienen duración ilimitada; b) poseen capital variable; c) se constituyen con un mínimo de diez asociados, salvo excepciones que admita la autoridad de aplicación; d) no pueden limitar el número total de asociados; e) conceden un solo voto a cada asociado, independientemente de la cantidad de cuotas sociales que posean; f) no conceden ventaja ni privilegio a parte alguna del capital; g) prestan sus servicios a los asociados (si bien pueden también prestarlos a los no asociados en las condiciones que establezca la autoridad de aplicación, destinando los excedentes resultantes a reserva irrepartible); h) distribuyen sus resultados entre los asociados en proporción al uso de los servicios sociales realizado por cada uno, es decir de acuerdo con lo que cada uno ha contribuido a su formación; i) reconocen sólo un interés limitado a las cuotas sociales; j) limitan la responsabilidad de los asociados al monto de las cuotas sociales suscriptas; k) establecen la irrepartibilidad de las reservas sociales; l) en caso de liquidación destinan al Fisco el sobrante patrimonial para promoción del cooperativismo.

El art. 4º LC incorpora la noción del “acto cooperativo” como forma de actuación propia y específica de las cooperativas. Conforme con esta disposición, son actos cooperativos los realizados entre las cooperativas y sus asociados y por las cooperativas entre sí en el cumplimiento del objeto social. También lo son, respecto de las cooperativas, los que éstas realicen con idéntica finalidad con otros sujetos de derecho.⁷ Este instituto contribuye decisivamente a la caracterización de las cooperativas diferenciándolas de otras organizaciones jurídicas.

IV. Los principios cooperativos

Rasgo fundamental de las cooperativas es que, más allá del régimen jurídico propio de cada país, responden a una caracterización universal que les define su perfil propio. Esta caracterización surge ya con las primeras cooperativas a mediados del siglo XIX pero se torna más precisa cuando la

7. Una visión amplia del tema se encuentra en Pastorino, Roberto J., *Teoría general del acto cooperativo*, Intercoop, Buenos Aires, 1983, *passim*. Una aproximación se encuentra en Cracogna, Dante, *Estudios de Derecho Cooperativo*, Intercoop, Buenos Aires, 1986, Caps. I-III.

organización mundial por ellas creada en 1895 –la Alianza Cooperativa Internacional– proclama los principios que identifican a estas organizaciones. Estos principios, que fueron varias veces reformulados, sirven de cartabón para definir a las cooperativas y a la vez brindan a los legisladores de los diferentes países las pautas básicas para regular a estas entidades.

La Exposición de Motivos LC puntualiza que la enumeración de los caracteres realizada por el art. 2º LC recoge los llamados “principios cooperativos universales”, tal como han sido proclamados por la Alianza Cooperativa Internacional. Corresponde señalar que si bien la referencia se hace a la Declaración formulada por dicha Organización en 1966,⁸ resulta igualmente aplicable a la nueva Declaración efectuada en 1995, la cual comienza definiendo a la cooperativa como “una asociación autónoma de personas que se unen voluntariamente para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales por medio de una empresa de propiedad común gestionada democráticamente” y a continuación enumera los siete principios básicos que las orientan. Éstos son, sintéticamente expresados: adhesión voluntaria y abierta; gestión democrática por parte de los asociados; participación económica de los asociados; autonomía e independencia; educación, capacitación e información; cooperación entre cooperativas y preocupación por la comunidad.⁹ Esta fuente material de la LC explica que entre los rasgos tipificantes se incluyan principios básicos universales de las cooperativas.

La señalada consistencia entre los llamados “principios cooperativos” y la caracterización legal de estas entidades conlleva la necesidad de recurrir a los primeros para la mejor inteligencia de las disposiciones de la LC y para aventar dudas en casos conflictivos, especialmente teniendo en cuenta que para la aplicación supletoria de las normas sobre sociedades anónimas la LC exige que se concilien con la “naturaleza” de las cooperativas (art. 118).

8. Watkins, W.P., *Cooperative Principles Today & Tomorrow*, Holyoake Books, Manchester, 1986, p. 8, donde se transcriben los principios cooperativos tal como fueron proclamados por la Alianza Cooperativa Internacional en el XXIII Congreso de Viena, 1966.

9. Alianza Cooperativa Internacional, *Los principios cooperativos para el Siglo XXI*, Intercoop, Buenos Aires, 1996, *passim*.

V. Naturaleza jurídica

Existen criterios diversos acerca de la naturaleza jurídica de las cooperativas, a saber: a) que son sociedades (civiles o comerciales); b) que son asociaciones; c) que son asociaciones en forma de sociedad; d) que son un *tertium genus* diferentes de unas y otras.¹⁰ Los que sostienen que se trata de sociedades se amparan en el concepto amplio del art. 1º, Ley 19.550, y en la aplicación supletoria de las disposiciones sobre sociedades anónimas (art. 118 LC) y, por otra parte, en que la vieja Ley 11.388 estaba incluida en el Código de Comercio y las llamaba “sociedades cooperativas”.¹¹

Sin embargo, la Ley 20.337 ha aportado nuevos elementos de juicio para definir esta cuestión: a) no las denomina “sociedades”, a diferencia de lo que venía sucediendo hasta entonces (leyes 11.388, 19.219 y 19.550); b) la LC no se incorpora al Código de Comercio como ocurría con la Ley 11.388; c) la aplicación supletoria de las normas sobre sociedades anónimas –que se mantiene– se halla sujeta a un recaudo riguroso: que tales disposiciones se concilien con las de la LC y la “naturaleza” de las cooperativas; d) utiliza la expresión “asociados” en lugar de “socios”; e) las llama “cooperativas” a secas o bien las denomina “entidades”. Adicionalmente, es del caso puntualizar que la Exposición de Motivos dice expresamente que la LC no se define acerca de si las cooperativas son sociedades o asociaciones sino que “se limita a caracterizarlas dejando así abierto un amplio campo para los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales”.¹²

Por último, la noción del “acto cooperativo” introducida por el art. 4º LC y la prohibición de transformarse en “sociedades comerciales o asociaciones civiles” (art. 6º LC) brindan sustento adicional a la tesis de que se trata, simplemente, de “cooperativas”. Ello no empece a que se las considere sujetas a la jurisdicción de los tribunales comerciales como dictaminó la jurisprudencia.¹³

10. Etcheverry, Raúl Aníbal, *Formas jurídicas de organización de la empresa*, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 107.

11. Éste es el criterio de Halperín, Isaac, *Curso de Derecho Comercial*, Vol. II, Depalma, 1977, pp. 458-459. Por su parte, Siburu, Juan B., *Comentarios del Código de Comercio argentino*, T. V, Lajouane, Buenos Aires, 1912, p. 247, sostenía, antes de la Ley 11.388, que las cooperativas eran sociedades comerciales conforme lo establecido por el art. 8º, inc. 11, del Código de Comercio en virtud de estar reguladas por los arts. 392-394 de dicho Código.

12. Exposición de Motivos Ley 20.337, comentario al art. 2º.

13. Cracogna, Dante, “Acerca del carácter comercial de las cooperativas” (nota a fallo), *Jurisprudencia Argentina*, 1998-II-98.

VI. Resolución ONU N°56/114

En diciembre de 2001 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó una resolución titulada “Las cooperativas en el desarrollo social”, en la que recomienda a los Estados miembros tomar en cuenta los lineamientos para la creación de un entorno favorable para el desarrollo de las cooperativas que incluye como anexo. Asimismo alienta a los gobiernos a revisar las disposiciones legales y administrativas que regulan la actividad de las cooperativas con miras a asegurar dicho entorno favorable y mejorar el potencial de las cooperativas a fin de ayudarlas a alcanzar sus objetivos.

El anexo de este importante pronunciamiento –que contiene una serie de recomendaciones, varias de las cuales se refieren a aspectos legales– comienza señalando que en el seno de la Asamblea General y del Consejo Económico y Social los gobiernos han reconocido la importancia de las cooperativas como asociaciones y empresas por medio de las cuales los ciudadanos pueden efectivamente mejorar sus condiciones de vida y contribuir al progreso económico, social, cultural y político de sus comunidades y naciones.

Señala el documento que los gobiernos buscan crear un entorno en el cual las cooperativas puedan participar en pie de igualdad con otras formas de empresa y lograr sus metas. Sin embargo, agrega, tales políticas pueden ser efectivas solamente si tienen en cuenta el carácter especial de las cooperativas que difieren significativamente de las asociaciones y de las empresas que no están organizadas de acuerdo con los valores y principios cooperativos. De esa manera, la ONU resalta el carácter particular que las cooperativas invisten frente a otras formas de organización empresarial. A la vez destaca su universalidad puesto que todas ellas tienen una misma naturaleza fundada en los valores y principios cooperativos tal como fueron formulados por la Alianza Cooperativa Internacional en la Declaración sobre la Identidad Cooperativa aprobada en 1995, conforme puntualiza el documento.

Se hace mención al posible reconocimiento de las cooperativas en las constituciones nacionales –tal como sucede en numerosos casos– que sirve para orientar la labor legislativa y la acción de los gobiernos en la materia. Se dedican importantes párrafos a la legislación sobre cooperativas haciendo especial énfasis en la necesidad de su adecuación a la naturaleza propia de las cooperativas, por una parte, y a la exigencia del respeto a la autonomía e independencia de las cooperativas con relación a los gobiernos, por otra.

Una recomendación relevante consiste en la participación de representantes del movimiento cooperativo en la elaboración de los proyectos de leyes que les conciernen y en las regulaciones administrativas respectivas.

VII. La Recomendación N°193 de la OIT

Por su parte, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo aprobó en 2002 la “Recomendación sobre la promoción de las cooperativas”¹⁴ cuyos fundamentos señalan la importancia de las cooperativas para la creación de empleos, la movilización de recursos y la generación de inversiones así como para promover la más completa participación de toda la población en el desarrollo económico y social.

En una significativa definición, apunta que “una sociedad equilibrada precisa la existencia de sectores públicos y privados fuertes y de un fuerte sector cooperativo, mutualista y de otras organizaciones sociales y no gubernamentales”. Agrega que dentro de ese contexto, los gobiernos deberían establecer un marco jurídico favorable a las cooperativas y compatible con su naturaleza y función, inspirado en los valores y principios cooperativos proclamados por la Alianza Cooperativa Internacional, los cuales se incluyen como anexo del documento.

La recomendación contiene expresas orientaciones acerca del marco jurídico relativo a las cooperativas, tales como el establecimiento de un registro rápido, sencillo, económico y eficaz; medidas de supervisión acordes con la naturaleza de las cooperativas que respeten su autonomía y no sean menos favorables que las aplicables a otras formas de empresa; aliento a su desarrollo como empresas autónomas y autogestionadas, especialmente en sectores donde ofrecen servicios que de otra manera no existirían.

En materia de legislación el documento señala que los Estados miembros deberían adoptar una normativa específica en materia de cooperativas que se funde en los valores y principios cooperativos y revisar dicha legislación y su reglamentación cuando proceda. A tal efecto, los gobiernos deberían consultar a las organizaciones cooperativas así como también a las organizaciones de empleadores y trabajadores.

14. Recomendación 193, Conferencia Internacional del Trabajo, 90ª Reunión, Ginebra, 2002, N°23A.

Una especial recomendación se formula en cuanto a velar para que no se puedan crear o utilizar las cooperativas para evadir la legislación laboral ni sirvan para establecer relaciones de trabajo encubiertas. Esta advertencia obedece a lamentables experiencias que se han producido en este terreno en época reciente en distintos países mediante la fraudulenta utilización de cooperativas de trabajo para transgredir la legislación laboral y previsional.

Esta recomendación, que vino a sustituir y ampliar una anterior de 1966 sobre el mismo tema, pero referida solamente a los países en desarrollo,¹⁵ tiene el especial significado de emanar de un organismo internacional formado por tres estamentos: los gobiernos, las organizaciones de empleados y los sindicatos de trabajadores. Por lo tanto, expresa la voluntad de los tres sectores a escala mundial, con la singularidad de que este pronunciamiento fue adoptado en forma prácticamente unánime por los miembros de la Conferencia General: 436 votos a favor, ninguno en contra y sólo dos abstenciones.¹⁶

VII. La Unión Europea y las cooperativas

Las cooperativas se encuentran expresamente reconocidas por el Tratado de Roma (art. 48) como una forma empresarial específica y son varios los documentos, tanto de la Comisión y del Consejo Económico y Social como del Parlamento, que se refieren a las cooperativas. Sin embargo, el documento que puede considerarse como de mayor relevancia jurídica es el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) aprobado en 2003 y vigente desde 2006.¹⁷

15. OIT, Recomendación N°127 sobre las cooperativas (países en vías de desarrollo), 1966.

16. Roelants, Bruno, "The First World Standard on Cooperatives and on their Promotion. Recommendation 193/2002 of the International Labour Organization", *RECMA. Revue internationale de l'économie sociale*, N°289, Paris, 2003, p. 1.

17. Reglamento (CE) N°1435/2003 que establece el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (*Societas Cooperativa Europaea* o SCE) publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, L 2071/1, el 18.8.03. Sobre el tema: Cracogna, Dante, "Una novedad comunitaria: la Sociedad Cooperativa Europea", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N°208, 2004, p. 983 y ss.

Como todo producto de la elaboración legislativa comunitaria, el Estatuto de la SCE es el resultado de un proceso de negociación y acuerdos que ha debido sortear numerosos problemas y controversias entre los Estados miembros. Ello fue así en este caso pues, a pesar de que las cooperativas son entidades que reúnen rasgos sustanciales comunes, la legislación de los distintos países exhibe en muchos casos notables diferencias, incluido el de Dinamarca que no cuenta con legislación específica sobre cooperativas.¹⁸ Por otra parte, el proyecto de armonización de la legislación cooperativa que se había intentado llevar a cabo ya en la década de 1960 había fracasado, por lo que la elaboración del Reglamento habría de resultar particularmente difícil.¹⁹

Por lo dicho, no resulta extraño constatar que el Estatuto haya merecido opiniones contradictorias, tal como sucedió, por otra parte, con el Estatuto de la SE. De todas maneras –más allá de las críticas– el Estatuto de la SCE consagra una figura cooperativa de carácter transnacional, es decir específicamente europea, que viene a enriquecer el acervo legislativo comunitario en materia societaria. Con esta nueva figura se afianza el Derecho Societario comunitario a la vez que se abre a las cooperativas una nueva perspectiva de desarrollo dentro del espacio económico integrado. Desde el punto de vista técnico jurídico constituye un hito importante que culmina –al menos temporariamente– el proceso iniciado hace varias décadas con miras a lograr la armonización de la legislación cooperativa europea.²⁰

Poco después de la sanción del Estatuto de la SCE, la Comisión Europea dirigió una comunicación al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre fomento de las

18. Montolío, José María, “Repercusiones en España del proyectado Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea”, *Revista de Debate de Economía Pública, Social y Cooperativa*, CIRIEC-España, Valencia, N°17, diciembre 1994, p. 151.

19. Fajardo García, Gemma, “Una solución unificada con muchas excepciones”, *Cuadernos de las cooperativas de consumidores*, N°4, Hispacoop, Madrid, N°4, noviembre 2002, p. 14, quien recuerda que “se había encargado en 1965 al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado un informe sobre las sociedades cooperativas a efectos de la unificación de su legislación, pero la idea se desechó ante el fracaso del proceso armonizador de la sociedad anónima”.

20. Cfr. Dabormida, Renato, “Il Diritto Cooperativo Comparato nella Comunità Economica Europea”, *Anuario de Estudios Cooperativos 1989*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1990, p. 69 y ss.

cooperativas en Europa²¹ en la que puntualiza que “la CE ha observado que las cooperativas desempeñan una función cada vez más importante y positiva como herramienta para alcanzar numerosos objetivos comunitarios en ámbitos como la política de empleo, la integración social, el desarrollo regional y rural, la agricultura, etc.”. Y agrega: “La CE considera que es preciso mantener dicha tendencia, así como aprovechar y fomentar la presencia de las cooperativas en diversos programas y políticas comunitarios”. Dentro de los principales objetivos formulados por la Comunicación se halla el del continuar mejorando la legislación europea sobre cooperativas y colaborar asimismo en el mejoramiento de la legislación sobre cooperativas de los Estados miembros. Otras iniciativas comunitarias fueron desarrolladas posteriormente.²²

IX. El Mercosur y las cooperativas

En 1999 el Foro Consultivo Económico y Social del Mercosur dirigió una recomendación al Grupo Mercado Común proponiendo la creación de una reunión especializada en materia de cooperativas.²³ En sus considerandos señala que las cooperativas existentes en los países de la región “realizan un importante aporte al desarrollo sustentable de los países y regiones como importantes dinamizadoras de la economía local, nacional y regional...”.²⁴ El Grupo Mercado Común, conforme con las atribuciones asignadas por el Protocolo de Ouro Preto, el 10.10.01 dictó la resolución N°35/01 en virtud de la cual crea la “Reunión Especializada de Cooperativas” (RECM) integrada por representantes gubernamentales de los cuatro Estados Partes que actúa en

21. Comisión de las Comunidades Europeas COM (2004)18 del 23.2.2004.

22. Una apreciación crítica como también referencias a otras iniciativas comunitarias en materia de cooperativas pueden verse en: Sánchez Bajo, Claudia, “Políticas públicas para cooperativas en la Unión Europea”, Claudia De Lisio - Dante Cracogna (coords.), *Políticas Públicas en Materia de Cooperativas*, Intercoop, Buenos Aires, 2007, p. 338 y ss. Ver asimismo: Hiez, David, “Regard juridique sur une stratégie coopérative face au droit communautaire”, Jérôme Blanc et Denis Colongo (coord.), *Les contributions des coopératives à une économie plurielle*, L’Harmattan, Paris, 2011, p. 209 y ss.

23. Las reuniones especializadas, al igual que los subgrupos de trabajo, son órganos que el Grupo Mercado Común puede constituir para el cumplimiento de sus objetivos, según establece el art. 14, inc. V, del Protocolo de Ouro Preto.

24. Recomendación N°5/99 MERCOSUR/FCES/XIII.

coordinación con las entidades nacionales representativas del sector cooperativo de cada uno de los países, según dispone el art. 2º de la mencionada resolución. Se le asigna la finalidad de “analizar y desarrollar proyectos en esta área, especialmente en lo referente a la armonización de aspectos legislativos; la complementación de actividades productivas y/o de servicios; la armonización de políticas públicas del Sector Cooperativo y la promoción de la libertad de circulación e instalación de las cooperativas en la región” (art. 1º).

Desde su creación la RECM ha venido realizando una intensa labor orientada a realizar sus objetivos relacionados con la armonización legislativa y de políticas públicas en la materia, además de la promoción de la libertad de establecimiento de las cooperativas, a cuyo efecto constituyó una Comisión Jurídica especialmente encargada de estas tareas. La primera acción consistió en lograr un adecuado conocimiento del estado de la legislación cooperativa en la región con miras a determinar claramente las similitudes y asimetrías existentes entre los diferentes países.²⁵

A comienzos de 2006 la RECM emitió la Comunicación N°02/06 acerca de las Políticas Públicas en Materia de Cooperativas en la cual expresa la necesidad de realizar esfuerzos para lograr “que cada país adopte medidas concretas que contribuyan a posibilitar y estimular la constitución de cooperativas transfronterizas y regionales y facilitar el reconocimiento legal de las cooperativas de los otros países del Mercosur”.

Después de los estudios y consultas realizados se arribó a la conclusión de que la forma práctica para establecer el régimen de esta peculiar clase de cooperativas consistiría en incorporar dentro de las leyes de cooperativas de los Estados Partes –mediante los procedimientos legislativos propios de cada uno de ellos– un capítulo especial dedicado a aquéllas. De esa manera no se altera el régimen común de las cooperativas de cada país y, por otro lado, se logra uniformidad en el tratamiento de las *Cooperativas del Mercosur* por parte de todos los países.²⁶

25. Como resultado se publicó: Cracogna, Dante (coord.), *Régimen legal de las cooperativas en los países del MERCOSUR*, Intercoop, Buenos Aires, 2003, passim. La segunda edición de este libro, publicada en 2007, incluye también la legislación de los Estados Asociados: Bolivia, Chile, Perú y Venezuela. Asimismo, Cfr. Cracogna, Dante (coord.), *Régimen tributario de las cooperativas en los países del MERCOSUR*, Intercoop, Buenos Aires, 2004.

26. Cfr. Cracogna, Dante, “El Estatuto de las Cooperativas del Mercosur”, *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, N°42, Bilbao, 2009, p. 17 y ss.

Una vez completado el procedimiento de elaboración y consulta en el ámbito de la Comisión Técnica y de la RECM, el Proyecto fue elevado al Grupo Mercado Común el cual lo trasladó al Parlamento del Mercosur que había entrado recientemente en funcionamiento. Finalmente, el Parlamento del Mercosur aprobó por unanimidad el Estatuto en su sesión del 28.4.09 realizada en Asunción, convirtiendo así a esta sanción (1/09) en la primera adoptada desde su constitución.²⁷ El Estatuto debe ahora ser incorporado a las legislaciones nacionales de los Estados Partes, lo cual ya fue realizado por Uruguay mediante la Ley 18.723. De todas maneras es significativo que la primera norma sancionada por el Parlamento del Mercosur –mediante decisión unánime de sus miembros– haya sido el Estatuto de las Cooperativas del Mercosur.

X. La Ley Marco para las cooperativas de América Latina

En 1987 la Organización de las Cooperativas de América (OCA) convocó a un grupo de expertos de diferentes países latinoamericanos con el propósito de analizar la situación de la legislación cooperativa continental y sentar bases para su perfeccionamiento. A tal efecto se realizaron varios encuentros y se elaboró un documento preparatorio que circuló ampliamente para consulta, luego de lo cual se redactó un texto final con forma de ley y su respectiva fundamentación, el cual fue sometido a la Asamblea Continental de la OCA realizada en Bogotá en 1988, donde fue formalmente aprobado.

A partir de entonces el documento denominado *Proyecto de Ley Marco para las Cooperativas de América Latina* tuvo una vasta difusión que dio como resultado que alcanzara significativa influencia en la renovación y actualización de la legislación cooperativa regional. Prácticamente todas las leyes de cooperativas sancionadas con posterioridad en los países latinoamericanos acusan su influencia en mayor o menor grado.

Transcurridos veinte años desde la aprobación del Proyecto de Ley Marco, y habiendo en el ínterin cesado la actividad de la OCA, la Alianza Cooperativa Internacional para las Américas (ACI Américas) decidió encarar su actualización.²⁸ Esta tarea se llevó a cabo a lo largo de dos años de

27. El texto del Estatuto puede consultarse en <http://www.mercosur.coop?p=337>.

28. Cracogna, Dante, “Nueva versión de la Ley Marco para las Cooperativas de América Latina”, *Revista Jurídica del CIRIEC-España*, Nº20, Valencia, 2009, p. 183 y ss.

reuniones y consultas para llegar, finalmente, a un texto que, tras sucesivas etapas de elaboración, fue aprobado por la ACI Américas en julio de 2008 quedando a partir de entonces en condiciones de cumplir su cometido.²⁹

El documento no es una *Ley Modelo* entendida en el sentido de una elaboración para ser adoptada en diferentes países mediante el sencillo expediente de su copia o transcripción. Por el contrario, se trata de un documento pensado para servir de orientación en la renovación de la legislación cooperativa regional; es una contribución puesta a disposición de los movimientos cooperativos y de los legisladores nacionales como herramienta de trabajo para actualizar las leyes de la materia, algunas de las cuales se hallan considerablemente atrasadas en el tiempo, como sucede, por ejemplo, en los casos de Bolivia (1958) y República Dominicana (1964).

La Ley Marco está elaborada como una ley general para toda clase de cooperativas, afirmando de esa manera la unidad fundamental del movimiento cooperativo con independencia de sus diversos sectores o ramas específicas. Contiene solamente un capítulo con algunas disposiciones especiales para ciertas clases de cooperativas que por su particular naturaleza las requieren: cooperativas de trabajo asociado; bancos cooperativos, cooperativas de ahorro y crédito y de seguros; cooperativas de vivienda; cooperativas escolares y juveniles.

Esta Ley Marco constituye un significativo aporte al progreso de la legislación cooperativa continental basado en los principios cooperativos universales y la experiencia de la legislación comparada. Es dable advertir su influencia en las leyes recientes de la región y seguramente esa influencia aumentará con motivo de haber sido adoptada por el Parlamento Latinoamericano en su sesión plenaria de diciembre de 2012, luego de haber pasado por una exhaustiva consideración por las comisiones pertinentes.³⁰

29. El texto fue publicado por la ACI Américas: *Ley Marco para las Cooperativas de América Latina*, San José (Costa Rica), 2009 y puede consultarse en www.aciamericas.coop

30. En la mencionada sesión, el Parlamento Latinoamericano dio aprobación a la Ley Marco con sólo algunas ligeras modificaciones.

XI. El Año Internacional de las Cooperativas

Mediante Resolución 64/136 la Asamblea General de la ONU³¹ proclamó al año 2012 como “Año Internacional de las Cooperativas” teniendo en cuenta que las cooperativas “promueven la máxima participación posible de todas las personas en el desarrollo económico y social” por lo que “son cada vez más un factor clave del desarrollo económico y social y contribuyen a la erradicación de la pobreza”.

En dicha resolución se invita tanto a los Estados miembros como a la propia ONU a aprovechar el Año Internacional de las Cooperativas para promoverlas y aumentar la conciencia sobre su contribución al desarrollo económico y social. También alienta a los gobiernos para que establezcan disposiciones jurídicas y administrativas apropiadas a fin de promover su crecimiento y sostenibilidad creando un entorno propicio para su desarrollo.

Esta relevante declaración de las Naciones Unidas ha servido para poner de manifiesto el reconocimiento de que gozan las cooperativas en el máximo nivel internacional acerca de sus características propias y de la contribución que ellas brindan al progreso económico y social de sus integrantes y de sus comunidades.

XII. Conclusiones

Las cooperativas han surgido en época de crisis y han demostrado capacidad para resolver problemas que no pueden superar las empresas capitalistas ni las empresas del Estado; las primeras por responder a una lógica de maximización del lucro susceptible de conducir las a excesos que provoquen consecuencias negativas para la economía en su conjunto y las segundas por su naturaleza burocrática ligada a los gobiernos que las lleva a priorizar objetivos políticos ajenos a la sana administración y al propio interés de la ciudadanía. Por ello se ha considerado a las cooperativas como formas empresariales intermedias capaces de equilibrar los comunes excesos de ambas.³²

31. A/RES/64/136, 65ª sesión plenaria, 18.12.09.

32. Es muy ilustrativo el estudio de la reciente crisis financiera mundial y la resiliencia (resistencia) de las cooperativas: Sánchez Bajo, Claudia y Roelants, Bruno, *El capital y la trampa de la deuda. Aprendiendo de las cooperativas en la crisis global*, Intercoop, Buenos Aires, 2012, passim.

De allí que la situación de las cooperativas en ese contexto deba ser analizada teniendo en cuenta su particular naturaleza y forma de actuación a fin de explicar las razones de su resistencia a la crisis ya que no se trata solamente de su capacidad o habilidad para sortear una cuestión coyuntural sino de determinar si su naturaleza brinda elementos para enfrentar la crisis de los años recientes con diferentes perspectivas.

En este sentido cabe destacar que las cooperativas cuentan con un factor sustancial de equilibrio en su funcionamiento que les evita llegar a los excesos en que incurrieron las empresas capitalistas lucrativas: las cooperativas operan para prestar servicios a sus asociados que son a la vez sus dueños. Tales servicios tienen el límite propio de su satisfacción, en tanto que las empresas lucrativas persiguen una ganancia que no reconoce límite sino que exige siempre lograr más.

Ese elemento de equilibrio intrínseco de la cooperativa en tanto empresa –derivado de su propia naturaleza– se proyecta asimismo en la economía general pues da origen a un sector también equilibrador de la economía en su conjunto. La agregación de las cooperativas y de otras formas de organización económica no lucrativa da lugar a la existencia de un sector económico que sirve de contrapeso a los otros sectores: el de economía lucrativa y el de economía pública estatal. Así lo han reconocido eminentes economistas del pasado y lo ratifican los del presente.³³

El arraigo de las cooperativas en las comunidades locales y la búsqueda de la satisfacción de las necesidades de sus integrantes en lugar del beneficio ilimitado que persiguen las empresas capitalistas ha llevado a que las cooperativas sean más resistentes a las crisis y capaces de superar las dificultades que debieron enfrentar a lo largo de su historia y particularmente en los años recientes.³⁴ Precisamente la explicación radica en su peculiar naturaleza.

33. Son muy interesantes las consideraciones de los economistas clásicos (John Stuart Mill, León Walras, Vilfredo Pareto, Alfred Marshall y Arthur C. Pigou) acerca del papel de las cooperativas en la economía (Cfr. Eschenburg, Rolf, *Aportes de la Teoría Económica a la discusión sobre el papel de las cooperativas*, CIUDEC-Ariel, Bogotá, 1988, *passim*). Más recientemente, J. K. Galbraith y Joseph Stiglitz han destacado el papel equilibrador de las cooperativas.

34. Así lo ha demostrado el estudio publicado por la OIT acerca del tema: Birchall, Johnston and Hammond Kettilson, Lou, *Resilience of the Cooperative Business Model in Time of Crisis*, International Labour Organization, Geneva, 2009, *passim*.

Por otro lado, resulta también claro que las cooperativas deben ser fieles a su propia esencia para asegurar su supervivencia y cumplimiento de su objeto. Caso contrario, sucumben irremisiblemente, especialmente cuando los gobiernos pretenden instrumentarlas como mecanismos de ejecución de sus políticas, tanto económicas como sociales. La experiencia de la Unión Soviética y sus países satélites es aleccionadora y los mismo cabe señalar de China y de otros países de distintos continentes que transitaron el camino de utilizar a las cooperativas para desarrollar proyectos políticos incompatibles con los principios básicos de neutralidad política y autonomía que definen a las cooperativas.³⁵ En tales supuestos, las cooperativas sólo conservan el nombre de tales (con lo cual se desnaturalizan y desprestigian), convirtiéndose en un mero apéndice de los organismos estatales encargados de su promoción. De igual manera sucede cuando la legislación no reconoce a las cooperativas su auténtica naturaleza y las confunde promiscuamente con las sociedades comerciales lucrativas, tal como sucedió en algunos países durante la década del '90, a veces con el declamado propósito de ponerlas en condiciones de competir con dichas sociedades con similares herramientas.³⁶

En suma, la dimensión social de las cooperativas surge de su propia naturaleza, a la cual la legislación y las regulaciones administrativas deben plegarse adecuadamente a fin de permitir el pleno desarrollo de todo su potencial.

35. El caso de Venezuela en la última década es particularmente ilustrativo acerca de los resultados de una política estatal de fomento cooperativo no basada en el respeto a la naturaleza de estas entidades sino en finalidades de índole política: primero una explosión de cooperativas no genuinas (creación oficial de 306.792 cooperativas) y a continuación la abrupta desaparición de la mayoría de ellas (unas 286.000). (Bastidas Delgado, Oscar, "Venezuela, el mayor cementerio de cooperativas del mundo", Revista *Cooperativismo*, Diciembre 2012, Lima, pp. 36/37).

36. Resulta particularmente ilustrativo el artículo de Henry, Hagen, "The Legal Structure of Cooperatives: Does it Matter for Sustainable Development?", Hans Jürgen Rösner – Frank Schulz-Nieswandt (Hg.), *Neue Kölner Genossenschaftswissenschaft*, Lit Verlag, 2009, en especial p. 214 y ss.

Bibliografía

- Alianza Cooperativa Internacional, *Los principios cooperativos para el Siglo XXI*, Intercoop, Buenos Aires, 1996.
- Alianza Cooperativa Internacional para las Américas, *Ley Marco para las Cooperativas de América Latina*, San José (Costa Rica), 2009.
- Bassi, Amedeo, “Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici”, en *Il Codice Civile. Comentario*, diretto da Piero Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1988.
- Birchall, Johnston and Hammond Kettilson, Lou, *Resilience of the Cooperative Business Model in Time of Crisis*, International Labour Organization, Geneva, 2009.
- Bonfante, Guido, *La legislazione cooperativa. Evoluzione e problemi*, Giuffrè, Milano, 1984.
- Cracogna, Dante, “La nueva ley de cooperativas”, *Jurisprudencia Argentina*, 1974, Sec. Doctrina, p. 241 y ss.
- Cracogna, Dante, *Estudios de Derecho Cooperativo*, Intercoop, Buenos Aires, 1986.
- Cracogna, Dante, “Acerca del carácter comercial de las cooperativas” (nota a fallo), *Jurisprudencia Argentina*, 1998-II-98.
- Cracogna, Dante, “Una novedad comunitaria: la Sociedad Cooperativa Europea”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N°208, 2004, p. 983 y ss.
- Cracogna, Dante (Coordinador), *Régimen tributario de las cooperativas en los países del MERCOSUR*, Intercoop, Buenos Aires, 2004.
- Cracogna, Dante (Coordinador), *Régimen legal de las cooperativas en los países del MERCOSUR*, 3a. ed., Intercoop, Buenos Aires, 2009.
- Cracogna, Dante, “El Estatuto de las Cooperativas del Mercosur”, *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, N°42, Bilbao, 2009, p. 17 y ss.
- Cracogna, Dante, “Nueva versión de la Ley Marco para las Cooperativas de América Latina”, *Revista Jurídica del CIRIEC-España*, N°20, Valencia, 2009, p. 183 y ss.
- Dabormida, Renato, “Il Diritto Cooperativo Comparato nella Comunità Economica Europea”, *Anuario de Estudios Cooperativos* 1989, Universidad de Deusto, Bilbao, 1990, p. 69 y ss.
- Drimer, Alicia y Bernardo, *Las cooperativas. Fundamentos. Historia. Doctrina*, Intercoop, Buenos Aires, 1973.

- Eschenburg, Rolf, *Aportes de la Teoría Económica a la discusión sobre el papel de las cooperativas*, CIUDEC-Ariel, Bogotá, 1988.
- Etcheverry, Raúl Aníbal, *Formas jurídicas de organización de la empresa*, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- Fajardo García, Gemma, “Una solución unificada con muchas excepciones”, *Cuadernos de las cooperativas de consumidores*, N°4, Hispacoop, Madrid, noviembre 2002, p. 14.
- Fici, Antonio, *Imprese cooperative e sociali. Evoluzione normativa, profili sistematici e questioni applicative*, Giappichelli, Torino, 2012.
- Henry, Hagen, “The Legal Structure of Cooperatives: Does it Matter for Sustainable Development?”, Hans Jürgen Rösner - Frank Schulz-Nieswandt (Hg.), *Neue Kölner Genossenschaftswissenschaft*, Lit Verlag, 2009, en especial p. 214 y ss.
- Hiez, David, “Regard juridique sur une stratégie coopérative face au droit communautaire”, Jérôme Blanc et Denis Colongo (coords.), *Les contributions des coopératives à une économie plurielle*, L’Harmattan, Paris, 2011, p. 209 y ss.
- Mladenatz, Gromoslav, *Historia de las doctrinas cooperativas*, trad. Carmelo Tumino, Intercoop, Buenos Aires, 1969.
- Montolio, José María, “Repercusiones en España del proyectado Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea”, *Revista de Debate de Economía Pública, Social y Cooperativa*, CIRIEC-España, Valencia, N°17, diciembre 1994, p. 151.
- Organización Internacional del Trabajo, Recomendación N°193, Conferencia Internacional del Trabajo, 90ª Reunión, Ginebra, 2002.
- Oppo, Giorgio, “L’essenza della società cooperativa e gli studi recenti”, en *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, Volume secondo, UTET, Torino, 1960.
- Pastorino, Roberto J., *Teoría general del acto cooperativo*, Intercoop, Buenos Aires, 1983.
- Roelants, Bruno, “The First World Standard on Cooperatives and on their Promotion. Recommendation 193/2002 of the International Labour Organization”, *RECMA, Revue internationale de l’économie sociale*, N° 289, Paris, 2003, p. 1.
- Sánchez Bajo, Claudia, “Políticas públicas para cooperativas en la Unión Europea”, Claudia De Lisio - Dante Cracogna (coords.), *Políticas Públicas en Materia de Cooperativas*, Intercoop, Buenos Aires, 2007, p. 338 y ss.

- Sánchez Bajo, Claudia y Roelants, Bruno, *El capital y la trampa de la deuda. Aprendiendo de las cooperativas en la crisis global*, Intercoop, Buenos Aires, 2012.
- Veliz, Ricardo, *La sociedad cooperativa. Su régimen legal y práctico. Legislación argentina y comparada*, Nueva América, Buenos Aires, 1959, t. I.
- Verrucoli, Piero, *La società cooperativa*, Milano, 1958.
- Watkins, W. P., *Cooperative Principles Today & Tomorrow*, Holyoake Books, Manchester, 1986.

Reflexiones sobre la responsabilidad social empresarial (RSE)

*Josué Fernández Escudero**

Resumen

La responsabilidad social empresarial es un término multiconceptual que refleja distintos campos de comportamiento ético de las empresas tanto en lo económico, como en lo laboral, lo medioambiental y demás aspectos que hacen a la vida de la sociedad.

No es conveniente, y eventualmente factible, encuadrar su caracterización en conceptos objetivos de rubros de responsabilidad unitarios o bien aislados de otros de igual importancia.

Su centro de imputación varía según el enfoque y por ello se distorsiona hasta hacerse difuso.

Por ende, no constituye una disciplina autónoma sino que, fundamentalmente, se inserta en la estructura general del cumplimiento adecuado de la normativa que rige en ámbitos diversos.

Palabras clave: sociedad, medioambiente, desarrollo económico sostenible, socialmente responsable, impuestos, reacción social empresarial, normas éticas.

* Abogado (UBA, 1963). Profesor de posgrado de la carrera de Derecho Bancario de la Facultad de Derecho (UBA); ex profesor de grado de derecho comercial en la citada Facultad; profesor de posgrado en la carrera de Derecho de la alta tecnología de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina (sede Buenos Aires); profesor de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Aspectos jurídicos de la banca y del comercio electrónicos).

Autor de ponencias y trabajos en diversas publicaciones sobre derecho societario y aspectos jurídicos del comercio y banca electrónicos. Miembro de los Institutos de Derecho Comercial y de Derecho Informático del CPACF; josuefernandezescudero@gmail.com

Abstract

Corporate social responsibility is a multi-conceptual term which reflects several fields of businesses' ethical behavior in all aspects of society life, including economics, employment and environmental issues.

It is neither convenient nor feasible to frame its characterization in objective notions of the matter of single responsibility or isolated from others of equal importance.

Its core varies according to the approach and therefore it can be distorted to the point where it gets vague.

Hence, it is not an independent discipline but it is rather included in the general frame of adequate compliance of regulation which governs in diverse areas.

Keywords: Society, environment, sustainable economic development, socially responsible, taxes, corporate social reaction, ethical rules.

I. Un maremágnum conceptual

Para muestra de lo que conlleva el título de este acápite bastan algunos botones respecto de las diversas caracterizaciones que se han elaborado sobre la RSE.

Hemos optado por traer a consideración definiciones del tópico que nos ocupa y que emanan de organismos internacionales y de especialistas reconocidos.

Veamos:

- La Unión Europea, en su Libro Verde (2001) señala: “Es la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”. En otras palabras, “esencialmente, un concepto con arreglo al cual las empresas deciden voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio”.
- A su vez, el Centro Mexicano para la Filantropía (CEMEFI, 2002) nos indica: “Es cumplir integralmente con la finalidad de la empresa en sus dimensiones económica, social y ambiental en sus contextos interno y externo” y aclara que “por ello se trata de una acción responsable

integral que se da, fundamentalmente, en función de cuatro líneas estratégicas de competencia: ética empresarial, calidad de vida, vinculación y compromiso con la comunidad y su desarrollo, y cuidado y preservación del medio ambiente. Una empresa socialmente responsable es aquella que, además de ofrecer productos y servicios de calidad, genera utilidades y empleos y paga impuestos, desafía su creatividad para identificar los problemas que aquejan a su comunidad y propone alternativas para su solución. Es un modelo de trabajo y organización que permite retribuir a la sociedad lo que la empresa toma de ella. Es la forma de hacer negocios de manera sustentable”.

- En línea similar, el World Business Council on Sustainable Development (WBCSD, 2002) marca: “Es el compromiso de las empresas de contribuir al desarrollo económico sostenible, trabajando con los empleados, sus familias, la comunidad local y la sociedad en general para mejorar su calidad de vida”.
- En parecido sentido, la Corporate Social Responsibility Europe (CSR, 2002) señala que “es la expresión del compromiso de una empresa con la sociedad y la aceptación de su rol en ella. Esto incluye el pleno cumplimiento de la ley y acciones adicionales para asegurar que la empresa no opera a sabiendas en detrimento de la sociedad. Para ser efectivo y visible, el liderazgo debe ser medible y medido”. De tal modo la definición se complementa mediante la indicación de que es “el operar una empresa de una forma que este compromiso debe estar respaldado por recursos, que excede las expectativas generales que la sociedad tiene con relación a las empresas. Es más que una colección de prácticas específicas o iniciativas ocasionales motivadas por razones de marketing, relaciones públicas u otros beneficios para la empresa. Debe ser vista como una serie completa de políticas, prácticas y programas que están integrados en todas las operaciones y políticas de la empresa”.
- Para el Centro de Iniciativas de la Economía Social (CIES, 2002) se trata de que “la RSE significa desarrollar un nuevo tipo de liderazgo en los negocios, en los gobiernos y en la sociedad civil, con capacidad además para trabajar en red entre ellos”.
- A su vez para Americas Canadá (2002), “es el papel que pueden cumplir las empresas, por ejemplo, en la promoción de la salud y la seguridad de sus empleados, la protección del medio ambiente, la reducción del soborno y la corrupción, la respuesta a los desastres naturales, como en

asegurar que se respeten los derechos humanos en las comunidades en las cuales operan”.¹

El Banco Mundial establece que la RSE “es el compromiso de las empresas para comportarse éticamente y para contribuir al desarrollo económico sustentable trabajando con todos los stakeholders relevantes para mejorar sus vidas en maneras que sean buenas para la empresa, la agenda del desarrollo sustentable y la sociedad en general”.² En este sentido, para el Banco Interamericano de Desarrollo (BID),³ “es una visión sobre la empresa que concibe el respeto a los valores éticos, a las personas, a las comunidades y al medio ambiente como una estrategia integral que incrementa el valor añadido y, por lo tanto, mejora la situación competitiva de la empresa. La RSE se trata más bien de un conjunto comprensivo de políticas, prácticas y programas que se incorporan a todas las operaciones y procesos de toma de decisión empresariales”.

Para el Centro Interamericano de Investigación y Documentación de Formación Profesional (Cinterfor), organismo auspiciado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), “la definición de la responsabilidad social de la empresa admite varias acepciones, pero todas coinciden en que se trata de un enfoque que se basa en un conjunto integral de políticas, prácticas y programas centrados en el respeto por la ética, las personas, las comunidades y el medio ambiente. Se emplea para describir una amplia variedad de iniciativas de orden económico, social y medioambiental tomadas por empresas, que no se fundan exclusivamente en requisitos jurídicos y son, en su mayoría, de naturaleza voluntaria”.⁴

1. Reseña efectuada en el documento Responsabilidad Social Empresaria (p. 17) publicado por IDEA en abril de 2003 que concluye con algunas elaboraciones propias que nos indican que la RSE es un comportamiento que individualmente van adoptando las empresas en forma voluntaria por considerar fundamentalmente que en el largo plazo terminará redundando en su propio beneficio, y que, a su vez, está intrínsecamente vinculada al concepto de desarrollo sostenible que implica que las empresas se ven obligadas a integrar a sus propias estrategias y operaciones las consecuencias económicas, sociales y medioambientales que ella mismas van produciendo.

2. <http://worldbank.org>.

3. <http://Iadb.org>.

4. <http://www.ilo.org>.

A su vez el Committee for Economic Development (entidad integrada por empresarios y educadores)⁵ varía el eje de la génesis de la responsabilidad social empresaria y señala que en rigor tal tópico se grafica en círculos concéntricos (lo que sienta un precedente para la teoría de Freeman que más adelante se describe) aclarando frente a qué y ante quiénes es responsable la empresa:

- A) En primer lugar frente a sus empleados, respecto de quienes debe cumplir con las obligaciones legales mediante una ejecución eficiente de lo económico y operativo.
- B) El círculo intermedio se suma al referido círculo interno y añade a valores y personas (medioambiente, necesidades sociales de los empleados, clientes y público en general).
- C) El último círculo incluye una serie de obligaciones para con el colectivo social que van teniendo génesis en las necesidades propias del conjunto (en otros términos, se trata de un ámbito difícilmente definible y nada estático).

Si de elaboraciones individuales del concepto RSE se trata, parece útil tener presentes a las que a continuación se mencionan luego de una evolución que más adelante expondremos.

En tal sentido se encuentran definiciones como las de que desde una perspectiva de negocios el principal enfoque ha sido que en RSE, mientras que los filósofos han estado involucrados en aplicar la teoría ética y el análisis para estructurar la disciplina de la ética empresarial (Epstein, 1987; Ferrell et al., 2000),⁶ sin mayores sorpresas, los líderes empresariales han tomado conceptos de varios enfoques con poco interés en las definiciones académicas que intrigan a los catedráticos (Epstein, 1987, p. 103). Davidson y Griffin (2000, p. 127) definen a la RSE en forma similar a la de muchos

5. CED, *Social responsibilities of business corporations*, New York, 1971.

6. Epstein, E. M., "The corporate social policy process: Beyond business ethics, corporate responsibility, and corporate social responsiveness", *California Management Review* 29(3), 1987, 99-114.

otros escritores: “Un grupo de obligaciones que una organización tiene para proteger y promover a la sociedad en la cual funciona”.⁷

A su vez, al efectuar un enfoque sobre organizaciones y responsabilidad social, esos mismos autores toman un sesgo descriptivo. El nivel de responsabilidad social demostrado por una organización es representado por un continuo que identifica obstrucción social, obligación social, respuesta social y contribución social. Solamente las organizaciones cuyas acciones y decisiones están arriba de la obligación social hacen más de lo que exige la ley. Las organizaciones que adoptan un enfoque de respuesta social cumplen sus obligaciones básicas legales y obligaciones éticas y hacen más en casos selectos, mientras que las organizaciones que adoptan un enfoque de contribución social son proactivas en promover el bien social.

Schermerhorn (2002, p. 157)⁸ sigue un enfoque similar; la definición que él provee de RSE es como “la obligación de la organización para actuar en formas que sirven al interés propio y al interés de muchos stakeholders externos”.

Según Boatright⁹ (2000, pp. 360-361), la responsabilidad social tiene que ver con las consecuencias de la actividad empresarial y afirma que la responsabilidad social envuelve la selección de metas corporativas y la evaluación de resultados no solamente por el criterio de ganancias y bienestar organizacional, sino por los estándares éticos o juicios de deseo social”.

Como se puede advertir, con la reseña efectuada a título de ejemplo, se hace evidente un concepto difuso, por amplitud, de lo que es objeto de la definición o caracterización que gira en derredor de la estructura de la organización interna de la empresa para enderezarla o dirigirla a que su labor se propague, no sólo en beneficios propios de la actividad empresarial y su público interno, sino también tenga expansión hacia efectos que hagan a lo social en general, y a lo medioambiental y fiscal en lo particular sin dejar de esparcirse por rangos éticos del tejido comunitario.

7. Davidson, P. y R. W. Griffin, *Management: Australia in a global context*. Wiley, Brisbane, 2000.

8. Schermerhorn, J. R., *Management*, 7th edition. Wiley, New York, 2002.

9. Boatright, J. R., *Ethics and the Conduct of Business*, 3rd Edition. Prentice Hall, Upper Saddle River, NJ, 2000.

La evolución del concepto expresado, cuya vastedad provoca –en mi criterio– una pérdida clara de objetivos con el riesgo de la evaporación de logros concretos por indefinición de campos específicos, ha tenido, no obstante, un derrotero interesante en su implantación que supone que cuando las perspectivas excesivamente ambiciosas se encaucen contará con efectos adecuados.

A tal evolución he de referir en el acápite siguiente.

II. De Zaratustra a Carroll y de Friedman a Freeman (y otros)

A. Según referencian J. L. Abreu y M. Baadi, Zaratustra, primer filósofo de la humanidad y a la vez exitoso empresario dedicado a la ganadería y a la cría de caballos, desarrolló ampliamente el criterio de responsabilidad social basándose en tres pilares fundamentales que distinguió como “buenos pensamientos, buenas palabras y buenas acciones”.¹⁰ Claro que para que esta omnicomprendiva reflexión sea aplicada al mundo de la empresa y su influencia social, debieron pasar todos los siglos necesarios como para que esa concepción llegara a la organización del capital y el trabajo con efectos productivos a punto tal que recién a mediados del siglo XIX (concomitantemente con el comienzo de la era industrial hija del maquinismo) se comenzó a conceptualizar el criterio.

Recién en el siglo pasado y sobre sus finales, Archie Carroll (1999) dio luz al moderno concepto de RSE que de todos modos se había expandido durante las décadas del ‘60 y ‘70 y que de alguna manera en principio fue retomado con una novedosa concepción de ética gerencial.¹¹ En esa concepción Carroll señaló que la responsabilidad social de la empresa abarca las expectativas económicas, legales, éticas y discrecionales de la sociedad, en un momento determinado de tiempo.

10. “Análisis del concepto de responsabilidad social empresaria” en Daena International Journal o of good conscience” interesante trabajo en el que hemos abrevado como buena referencia sobre el tema en cuestión.

11. Carroll, A. J., *Corporate social responsibility: Evolution of a definitional construct of business and society*, 1999.

El mencionado Carroll desarrolló una idea sobre la existencia de una suerte de pirámide que coloca a la responsabilidad económica en la base y, moviéndose hacia arriba, surgen las responsabilidades legales, éticas y filantrópicas. La sociedad requiere que las empresas descarguen sus responsabilidades y espera que cumplan con sus responsabilidades económicas y legales así como con obligaciones éticas.¹²

B. A su vez, la teoría neoclásica de la empresa, con su enfoque primordialmente económico (Friedman, 1970;¹³ Levitt, 1958;¹⁴ Sheldon, 1923)¹⁵ aduce que la empresa es una institución económica cuya responsabilidad debe circunscribirse a la obtención de beneficios económicos respetando las normas legales y éticas impuestas por la sociedad y delegando al libre mercado las responsabilidades sociales.

Se advierte fácilmente el extremo mal llamado liberalismo que preside este criterio en el que, prácticamente, se limita al Estado a un rol de mero prestador de servicios públicos y de enmarcador de algunas políticas elementales en orden a servicios que le son propios.

A tal sesgada postura se contrapone la teoría de los “stakeholders” (Freeman, 1984)¹⁶ en la que desarrolla la concepción de las empresas como un sistema relacionado con la sociedad, no de modo abstracto, sino dando cuenta de los grupos, las personas y las instituciones a las que se debe tener en cuenta en su actividad empresarial. En otros términos se trata de que los grupos interesados o el entorno interesado deben ser considerados elementos esenciales en la planificación estratégica de los negocios.

Aproximando a ese criterio unido al originario del citado Carroll, surgió la teoría de la “ciudadanía corporativa” a la que se identifica como un proceso mediante el cual una compañía desarrolla y administra la relación con los stakeholders (Waddock y Graves).

12. Ferrel y otros en *Business Ethics*, 4a edición, Houghton.

13. Friedman, M., “The social responsibility of business is to increase its profits”, in Des Jardin, J. R. and J. MC Cal, *Contemporary issues in business ethics*, Wadsworth, Belmont, California, 2000.

14. Levitt, T., “The dangers of social responsibility”, *Harvard Business Review*, 1958.

15. Sheldon, O., *The philosophy of management*, London: Sir Isaac Pitman & sons.

16. R. E. Freeman, *Strategic Management: a stakeholder approach*, Ed. Pitman.

Logan, Roy y Regelbrugge (1997) indican que la ciudadanía corporativa varía entre los mínimos deberes legales y éticos, por un lado, y un comportamiento proactivo y responsable por otro¹⁷ lo que, según interpretaciones más amplias, implican dicho comportamiento de cumplir efectivamente con tales deberes tanto en los negocios, como con los integrantes de la empresa, la sociedad y el medioambiente.

C. Siempre siguiendo de cerca a las concepciones de Carroll surgieron conceptos bautizados como los de “reacción social empresarial” que concierne sustancialmente a la acción. Esto está referido a la capacidad de una empresa para responder a las demandas de la sociedad. Así Ackerman¹⁸ y Sethi¹⁹ distinguen la obligación social –entendiendo por tal al comportamiento empresarial en respuesta a las fuerzas del mercado o restricciones legales– de responsabilidad social que no significa otra cosa que hacer que ese comportamiento sea congruente con los valores predominantes en una sociedad en orden a sus expectativas y desempeños y a la reacción social que implica adaptar ese proceder a lo que constituyen las necesidades sociales.

III. RSE en Argentina

A. En un buen trabajo Amalia Milberg, Marcelo Paladino y Roberto Vassolo llevan a cabo un pormenorizado análisis sobre la evolución de la RSE en nuestro país.²⁰

Así parten de la filantropía y la caridad como la colonial manera de efectuar el abordaje de este tópico hasta la llegada del primer peronismo en el que un estado de bienestar tomó a los menos pudientes como parte de su política, sobre todo con el impulso de las leyes laborales y el refuerzo de la

17. Autores citados en *Global Corporate citizenship Rationale and strategies*, Washington DC, The Hitachi Foundation.

18. Ackerman y Bauer, *Corporate Social Responsiveness. The modern dilemma*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1976.

19. Autor citado en “Dimensions of corporate social performance: an analitical Framework”, *California Management Review* 17.

20. Autores citados en *Responsabilidad social en Argentina*, Ed. Austral.

actividad sindical. El concepto filantrópico fue reemplazado, entonces, por el de justicia social.

Décadas más tarde y con el advenimiento de maneras vinculadas con la social democracia primero y con el neoliberalismo luego, nacieron diversas ONG destinadas a cubrir el campo que nos ocupa hasta que, finalmente, el concepto de RSE comenzó a funcionar como idea prescriptiva no sólo en la norma sino también en la dirigencia social.

Cabe advertir que los sucesivos cambios de orientación en el ideario que rigió los destinos del país en estas últimas tres largas décadas varió la presentación oficial del encuadre de la cuestión bajo análisis lo que se hubo de sumar a las tendencias de globalización de la economía y de generalización del concepto de RSE.

No obstante y, en coincidencia con los autores citados al comienzo de este acápite, pareceme que poco se ha podido avanzar entre nosotros en su imposición.

Más allá de la existencia de alguna normativa y de proyectos en tal sentido, la RSE gira todavía alrededor de un voluntarismo preterlegal en sentido amplio, y su enclave se encuentra sobre todo en el ámbito de las citadas ONG y de fundaciones de origen empresarial con demandas sectoriales entrecruzadas de los “stakeholders” hacia las empresas en las que poco tienen que ver la acción gubernamental.

Por otro lado, y fuera del ámbito de los hechos, la idea abstracta de lo que conceptualmente se debe concebir como RSE, lejos de verse entre nosotros como un factor que debe perfilarse en lo enunciativo en forma adecuada para luego ejercerse en su plenitud, contrafácticamente se aleja de la de una verdadera obligación que ha de recaer en las empresas para volcar sus pretensiones hacia la acción de los gobiernos.

Surge entonces una contradicción entre los reclamos sindicalmente organizados respecto de los agentes organizados de la economía en forma empresarial, con el pensamiento general de la sociedad en cuanto al destinatario de tales reclamos en orden a la mentada responsabilidad social.

El fenómeno argentino, así descripto, no sólo surge de la percepción que da lugar a estas apreciaciones sino también de observar un comportamiento continental (en sentido amplio) respecto del funcionamiento de la comprensión acerca de la RSE en Latinoamérica en la que, los derivados de tal responsabilidad, parecen obedecer a motivaciones de carácter compensatorio concebidas espontáneamente y en forma transitoria y no sistemática

sin una coordinación continua que se dan como respuesta a presiones y necesidades circunstanciales.²¹

No se me oculta, como se podrá advertir en las conclusiones que se han de plantear sobre el final de este trabajo, que tal vez estas características que terminan de señalarse tengan correlato manifiesto con algunas visiones sobre los sobredimensionados alcances de este tema, de carácter más vivencial que intelectualmente abstraible.

B. Yendo ahora al escaso marco normativo vigente y/o propuesto en nuestro derecho positivo de *lege data* y *lege ferenda*, cabe citar las siguientes prescripciones sobre la materia como las esencialmente vigentes entre nosotros:

1. En primer término y siguiendo la jerarquía normativa he de mencionar las disposiciones constitucionales que rondan este tema (vbg. y particularmente los arts. 14 bis, 41 y 42 sin dejar de lado otras garantías consagradas en tratados internacionales con jerarquía constitucional como, p. ej. el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales suscripto en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Ratificado por la República Argentina por Ley 23.313 y su íntima vinculación con el respeto por los trabajadores y sus derechos esenciales lo que tanto vincula con el primer círculo de obligaciones derivadas de la RSE mencionado en la reseña de las concepciones del Comité for Economic Development).
2. En el campo de normas parlamentarias específicas se hace notar lo previsto en la Ley 25877 que, en su artículo 25 y ss, prevé que las empresas de más de 300 trabajadores deberán elaborar un balance social que recoja información sistematizada relativa a condiciones de trabajo y empleo, costo laboral y prestaciones sociales a cargo de la empresa aunque en el detalle de dicho balance no aparecen consignadas prestaciones que se inserten mucho más allá del campo laboral.

21. Mario Roitter en “El mercado de la beneficencia: algunas evidencias sobre las características y dimensión de la filantropía empresaria en la Argentina”, BA CEDES. En igual sentido, Luciana Targi y otras en *Responsabilidad social empresaria en la Provincia de Córdoba*, Eudecor SRL.

3. Un proyecto de ley, reflatado por la senadora María Laura Leguizamón, también establece la obligatoriedad de Balance Social para empresas estatales o con participación accionaria del Estado en el que se establecen pautas genéricas, que los funcionarios públicos que asuman la dirección de tales empresas deben lograr que se establezcan exigiendo un buen gobierno corporativo, cuidando del medio ambiente, cero (*sic*) tolerancia a la discriminación, buen trato al personal, salarios dignos y posibilidad de desarrollo sostenible debiendo ser tales objetivos concretos, integrales, mensurables y auditables en todos sus resultados estimados (N. de la R. de este trabajo: y siguen las generalizaciones...). Diríase que sólo es de destacar la previsión en dicho proyecto de la creación de un Consejo de RSE al que, de ser ley lo proyectado, le espera menuda tarea.
4. Un proyecto de ley del Diputado Nacional Yarade (Salta) en el que se pauta que las labores relacionadas con la RSE serán optativas por parte de las empresas y que las mismas contribuirán a esta temática del modo que mejor lo entiendan.
Propone, a su vez, la formalización en cada empresa comprometida de un código de conducta que contenga pautas de evaluación y desempeño mediante indicadores que midan el cumplimiento.
Como estímulo se establecen beneficios impositivos y promocionales (crediticios) para quienes adopten la obligación de prestarse al cumplimiento de metas de RSE.
5. En parecido sentido al proyecto que se termina de reseñar, el diputado nacional Martín Cosentino (Provincia de Buenos Aires) también ha presentado un proyecto dándose como aspecto saliente la registración de las tareas que las empresas realicen en orden a la RSE.
6. Finalmente, y como dispositivos locales, se ha de mencionar a la ley 2594 de la Ciudad de Buenos Aires y la ley 8488 de la Provincia de Mendoza sobre balance de responsabilidad social y ambiental sus recaudos y efectos, teniendo estos cuerpos legales una normativa parecida a los proyectos de ley nacional y provincial antes enunciados (escasa imperatividad en lo que concierne a reglas de conducta y pautas muy genéricas cuyos postulados específicos se delegan en la autoridad de aplicación).

Conclusiones

Inevitablemente, y luego de leer todo lo que casi reiterativa y machaconamente se ha expuesto –lo que a mi entender resulta inevitable dadas las características del tema– se advierte que la RSE como idea y desarrollo pretendidamente autónomo es de una vastedad que, en forma aislada, la hace un tópico inasible o, en todo caso, sin carnadura propia en tanto se esté centrando el criterio de responsabilidad en un solo núcleo de imputación normativa.

En efecto: no se ve modo de efectuar el abordaje de esta temática radicándola en un único objeto de derecho (la empresa) y en su vinculación comunitaria.

Es que, en mi visión, no estamos frente a un rubro que singularmente pueda ser estudiado como un fenómeno separado de la visión de las obligaciones que como integrantes del colectivo social, los sujetos de derecho, sean éstos personas físicas o ideales, sea en forma unitaria o grupal, y en solitario u organizados de la manera en que lo puedan estar de cualquier modo lícito de que se trate, tenemos en relación a esa misma comunidad que componemos.

En otros términos se trata de verificar si se cumple con la amplia normativa que en el derecho local y en el comparado rige todos los ámbitos de interés que se han mencionado.

En el accionar propio o conjunto: ¿se satisface la legislación laboral? ¿Se cumplimentan las normas medioambientales? ¿Se da estricta observancia a la legislación fiscal? ¿Se propende a una tarea educativa general en tanto se tenga la posibilidad de hacerlo? Y siguen los ítems...

Si la verificación es positiva es que está siendo satisfecha la responsabilidad social que toda la comunidad tiene, en mayor o menor medida y según su potencial intelectual, económico y de fuerza de trabajo.

Por ende y salvo un no aconsejable, por excesivamente exigente y a veces incumplible imperium legal que –más allá de las normas específicas– obligue a una o unas persona/s determinadas por alguna condición o por su conformación organizativa, a cubrir ciertas áreas de interés general, tengo la sensación de que todo lo que se pueda decir sobre la RSE no es más ni menos que explayarse sobre la actitud solutoria –y la consecuencia de llevarla o no a cabo– de las mandas legales –en sentido amplio– y de las normas éticas a que la conciencia social obliga en cuanto a los campos en que centra la acción contenida en dicha responsabilidad.

Lo que se termina de aseverar no significa desdeñar la literatura y las concepciones doctrinarias y normativas a las que se ha echado mano para referirnos a este tema y a tantas otras existentes sobre el asunto. Tampoco es negar plenamente su valor.

Simplemente se trata de encuadrarlo dentro de un panorama en que, materia por materia, tiene sujetos obligados (en definitiva todos los que somos destinatarios de un orden jurídico temático que esté bien concebido y mejor legislado) y que no precisa de singularizaciones en un solo ente –en este caso la empresa– cuyos titulares, en la medida de sus alcances medidos por magnitud y potencia, han de quedar ligados.

Dicho de otro modo, entiendo que no resulta del caso hacer de la RSE una disciplina aparte que esté más allá del cumplimiento de la ley, el que, en todo caso, puede ser jurídicamente exigido y eventualmente estimulado a todos y para todos.

Bibliografía

- Abreu, J. L. y Baadi, M., “Análisis del concepto de responsabilidad social empresarial”, en *Daena International Journal of Good Conscience*.
- Ackerman y Bauer, *Corporate Social Responsiveness. The modern dilemma*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1976.
- Ackerman y Sethi, “Dimensions of corporate social performance: an analytical Framework”. *California Management Review* 17.
- Banco Mundial en <http://worldbank.org>
- BID en <http://Iadb.org>.
- Boatright, J. R., *Ethics and the Conduct of Business*, 3rd Edition. Prentice Hall, Upper Saddle River, NJ, 2000.
- Carroll, A. J., *Corporate social responsibility: Evolution of an a definitional construct of business and society*, 1999.
- CED, *Social responsibilities of business corporations*. New York, 1971.
- CINTEFOR OIT en -[http:// www.ilo.org](http://www.ilo.org)
- Davidson, P. y R. W. Griffin, *Management: Australia in a global context*. Wiley, Brisbane, 2000.
- Epstein, E. M., “The corporate social policy process: Beyond business ethics, corporate responsibility, and corporate social responsiveness”, *California Management Review*, 1987. 29(3), 99-114.

- Ferrel y otros en *Business Ethics*, 4a edición, Houghton.
- Freeman, R.E., *Strategic Management: a stakeholder approach*, Ed. Pitman.
- Friedman, M., "The social responsibility of business is to increase its profits" in Des Jardin J. R. and J. MC Cal, *Contemporary issues in business ethics*, Wadsworth, Belmont, California, 2000.
- IDEA, *Responsabilidad Social Empresaria* (p. 17) publicado por IDEA en abril de 2003.
- Levitt, T., "The dangers of social responsibility", *Harvard Business Review*, 1958.
- Logan, Roy y Reggelbruge, Autores citados, "Global Corporate Citizenship Rationale and strategies", Washington DC, The Hitachi Foundation, 1997.
- Milberg, Paladino y Vasolo, Autores citados, en *Responsabilidad social en Argentina*, Ed. Austral.
- Roitter, Mario, "El mercado de la beneficencia: algunas evidencias sobre las características y dimensión de la filantropía empresaria en la Argentina", BA CEDES.
- Schermerhorn, J. R., *Management*, 7th edition. Wiley, New York, 2002.
- Sheldon, O., *The philosophy of management*, London, Sir Isaac Pitman & sons.
- Targi, Luciana y otras, *Responsabilidad social empresaria en la Provincia de Córdoba*, Eudecor SRL.

Artículos recibidos por convocatoria abierta

El transfuguismo político como elemento distorsionador de la representación política

María Alejandra Pericola y Gonzalo Joaquín Linares***

Resumen

El fenómeno del transfuguismo político tiene unas dimensiones y una relevancia que repercuten en la concepción de lo que hoy significa la representación política en el contexto de un Estado de derecho y una democracia de partidos. Los representantes portan una representatividad configurada en las urnas sobre la base de la adscripción política a un partido político, de modo que cuando el Diputado o Senador nacional decide unilateralmente no incorporarse al bloque parlamentario que se corresponde con el partido político bajo cuyos auspicios concurrió a la contienda electoral o, más frecuentemente, abandonar dicho bloque parlamentario e incorporarse a otro, se produce entonces una distorsión de aquella representatividad.

La perspectiva de estudio que se propone observará, en primer lugar, la delimitación conceptual del transfuguismo político, para luego estudiar la constitución de los bloques parlamentarios unipersonales. En el entendimiento de que el transfuguismo político se constituye en elemento distorsionador del funcionamiento de la representación política en el Congreso, se considerará la doctrina constitucional argentina que entiende que, para el caso de la Cámara de Diputados, las bancas corresponden a los

* Abogada y Licenciada en Ciencia Política. Profesora de Teoría del Estado, Derecho Constitucional y Principios Generales del Derecho Latinoamericano (UBA). Directora del Proyecto de Investigación en Derecho “El Presidencialismo sitiado: ¿hacia el personalismo parlamentario?” (DCT 1229), acreditado por la Facultad de Derecho UBA) - Proyectos DeCyT 2012-2014; mpericola@derecho.uba.ar

** Becario de inicio en el Proyecto de Investigación “Arqueología del control de constitucionalidad y su relación con las formas de gobierno”, convocatoria 2012-2013. En el marco del Proyecto de Investigación en Derecho “El Presidencialismo sitiado: ¿hacia el personalismo parlamentario?” (DCT 1229), acreditado por la Facultad de Derecho (UBA) - Proyectos DeCyT 2012-2014; linares452@est.derecho.uba.ar

Diputados y no a los partidos políticos y se analizará en particular la denominada “borocotización” del sistema político argentino. A continuación, se analizará el rol de los partidos políticos en el Senado de la Nación, donde, contrariamente, las bancas son asignadas a los partidos políticos. Asimismo, se pasará revista de la regulación de los monobloques políticos en los Reglamentos de ambas Cámaras, y, por último, se presentan las propuestas de regulación del transfuguismo político emanadas del Congreso Nacional.

Palabras clave: representación política, democracia, partidos políticos, bloques parlamentarios, transfuguismo político

Abstract

The party-switching phenomenon has taken on such a dimension and bears such relevance that it exerts an enormous impact on how political representation in a rule of law with multiparty democracy is conceived today. Political representativeness stems from ballot box results which proceed from the elected representative's political adherence to a certain political party – therefore, when a House Representative or a Senator decides unilaterally not to join the parliamentary bloc under which sponsorship he/she ran for office, or, more frequently, to desert such bloc to join another, there appears a distortion of the said representativeness.

This study will firstly observe the conceptual delimitation of party-switching to go on to study the conformation of single-member party parliamentary blocs. On the basis that party-switching is an element that distorts the normal functioning of political representation in Congress, we will consider the Argentine constitutional doctrine, which maintains that in the case of the House of Representatives, the seats belong to the representatives and not to the political parties; this study will also analyze the so-called “borocotization” of the Argentine political system. Secondly, we will examine the role of political parties in the National Senate, where, in contrast to the House of Representatives, seats are allotted to political parties. In addition, we will review the regulations for single-member party blocs in both chambers. Lastly, we will present proposals brought forward by the National Congress for the regulation of party-switching.

Keywords: political representation, democracy, political parties, parliamentary blocs, party-switching

I. Delimitación conceptual del fenómeno del transfuguismo

El *Diccionario de la Real Academia Española* recoge dos acepciones del término *tránsfuga*: una común, referida a la “persona que huye de una parte a otra”, y una figurada, de aplicación a la “persona que pasa de un partido a otro”. Es este segundo significado de donde partimos. Con independencia de que una persona cambie o no de partido, lo que determina su condición de tal es que no ocupe la ubicación parlamentaria que le corresponde desde una perspectiva político-electoral.

De este modo, la condición personal *sine qua non* para devenir tránsfuga consiste en desempeñar un cargo público representativo, entendiendo por tal el ejercicio en entes públicos con base territorial en virtud de una relación democrática de representación política originada por una elección de ciudadanos.¹ Por ello, puede hablarse de transfuguismo en los ámbitos nacional, provincial y local o municipal.²

El transfuguismo consiste en ubicarse voluntariamente en una posición representativa distinta a la pretendida por la agrupación política en cuya lista se presentó ante los electores, bien desde el inicio del desempeño del cargo público representativo, bien posteriormente a causa de un cambio de bloque parlamentario. Así las cosas, se puede hablar de un transfuguismo inicial o *ab initio*³ y de un transfuguismo sobreviniente o por cambio de bloque político.

Los supuestos de índole subjetiva que conducen a los representantes a cambiar de bloque parlamentario (y por ello un alejamiento del tránsfuga

1. B. TOMÁS MALLÉN, *Transfuguismo parlamentario y democracia de partidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 34.

2. En el caso español, el transfuguismo local es considerado una de las principales causas de inestabilidad en la gobernabilidad de las Corporaciones Locales para facilitar la presentación de mociones de censura, y a regular esta situación se ha dirigido la Ley Orgánica 2/2011 de 28 de enero (BOE del 29/01/2011).

3. Recuérdese, el caso de transfuguismo inicial acaecido en Perú en las elecciones celebradas en abril de 2000. La coalición *Perú 2000* liderada por Alberto Fujimori obtuvo 52 de los 120 escaños del Congreso peruano. Sin embargo, varios congresistas de otras formaciones se pasaron a su partido y se inscribieron en el grupo parlamentario correspondiente permitiendo que el día de la constitución del Congreso peruano –26 de julio de 2000– Fujimori fuera elegido presidente de la República con mayoría absoluta, lo que se conoce como “escándalo de los tránsfugas”. *El País*, 27 de julio de 2000.

tanto del partido en cuyas listas se presentó como del electorado que lo votó) y que se exponen a modo de justificación, pueden ser: el cambio de orientación ideológica de los partidos, la desaparición o crisis de los partidos, el oportunismo o búsqueda de mejores posiciones políticas, las discrepancias con la dirección del partido, el cambio de orientación ideológica personal, la compensación económica (transfuguismo retribuido).⁴

El transfuguismo incurre en un menosprecio de la relación del representante con los electores y en un distanciamiento de los compromisos electorales asumidos con los ciudadanos. Provoca inestabilidad política por cambiar la correlación de fuerzas, a menudo originada en favores, prebendas o corrupción, y perjudica la representación y la gobernabilidad democrática al dificultar que las instituciones políticas operen como es previsto y cumplan con sus funciones.⁵

II. Bloques unipersonales: ¿representación legítima o variante del transfuguismo?

La composición del Congreso de la Nación se ha visto signada en los últimos años por la proliferación de los denominados “monobloques” o “bloques unipersonales”; esto es, diputados o senadores nacionales que actúan individualmente como bloques legislativos, con las mismas atribuciones y el estatus parlamentario que ostenta un bloque integrado por varios miembros. A modo de ejemplo, en la composición legislativa correspondiente al período 2009/2011, sobre un total de 43 bloques que conformaban la Cámara de Diputados de la Nación, 20 de ellos eran bloques unipersonales. Por su parte, en la actualidad, 15 diputados nacionales con mandato vigente actúan como monobloques, guarismos ciertamente significantes.

Los motivos que llevan a un legislador a conformar un bloque unipersonal varían según el caso, dependiendo en ocasiones de resultados electorales, circunstancias políticas o conflictos partidarios. Por de pronto, nos es posible identificar a grandes rasgos tres situaciones usuales: la primera de ellas, se da en el caso de partidos políticos provinciales, o bien partidos

4. B. TOMÁS MALLÉN, op. cit. p. 56.

5. D. NOHLEN, *Diccionario de Ciencia Política*, México, Ed. Porrúa, 2006, Tomo II, p. 1491.

políticos nacionales que compiten con posibilidades reales en un solo distrito, circunstancias ambas que los llevan a obtener una sola banca por la provincia donde despliegan su peso político.⁶ Esta particularidad se presenta principalmente en el Senado de la Nación, donde las fuerzas provinciales que gobiernan a nivel local o bien capitalizan una porción importante de votos en un distrito, o suelen tener mayor injerencia en la elección de Senadores Nacionales, incluso más que los partidos de relevancia nacional.

La segunda situación se presenta con motivo de la organización y agrupamiento de las bancas obtenidas por varios partidos políticos en el marco de una alianza electoral. No son pocas las ocasiones en que las sociedades electorales que se conforman a los fines de una elección parlamentaria se inclinan por no constituir un bloque unificado una vez asumidos los escaños ganados. De esta manera, es común observar que los distintos partidos que integraron un frente electoral común, constituyan posteriormente sus respectivos bloques por separado, resultando en algunos casos bloques unipersonales, dependiendo de la cantidad de bancas que obtienen los representantes de cada partido en el marco de la lista compartida.⁷

Finalmente, la tercera situación que conduce a la creación de un monobloque suele darse cuando un legislador decide, por diferencias políticas, circunstancias coyunturales o mero pragmatismo, abandonar el bloque al que pertenecía originalmente, identificado por lo general con el partido por el que accedió a su banca, para conformar un bloque unipersonal con otra denominación e identidad política⁸ y que se lo califica de “transfuguismo

6. Tal es el caso del Movimiento Popular Neuquino, fuerza provincial que cuenta con una sola banca en la Cámara Alta por el distrito de Neuquén.

7. A título de ejemplo, tras las elecciones nacionales de 2011, los legisladores que ingresaron por la alianza “Frente Amplio Progresista” conformaron bloques separados, uno por cada partido que integró la sociedad electoral. De este reparto surgió un bloque unipersonal en la Cámara de Diputados de la Nación (Victoria Donda, Libres del Sur) y otro en el Senado de la Nación (Jaime Linares, GEN).

8. Entre los legisladores con mandato vigente, encontramos el caso del senador Samuel Cabanchik (CABA) y del diputado Juan Carlos Forconi (Santa Fe). Durante los primeros años de su mandato, ambos legisladores formaron parte de los bloques legislativos de los partidos o espacios políticos por los que accedieron a su banca, pero luego los abandonaron para conformar su propio monobloque.

sobrevenido o por cambio de grupo parlamentario”.⁹ Dentro de este supuesto incluimos también a los legisladores que, desde el momento mismo del recambio legislativo, y en ocasión de asumir su banca, deciden no integrar el bloque conformado por quienes ingresaron junto a él por la misma lista, optando en su lugar por la creación de un bloque unipersonal propio, sin guardar necesaria identificación política con el partido que lo llevó como candidato, o con un partido que haya integrado el frente electoral de ser éste el caso.¹⁰ Concretamente, en este último caso, se asiste a lo que se ha denominado “transfuguismo inicial” que es el llevado a cabo por los legisladores electos que deciden inscribirse desde el inicio del desempeño de su cargo representativo en un bloque parlamentario distinto al integrado por sus compañeros de candidatura, o más exactamente, distinto al querido por el partido o formación política que lo respaldó electoralmente. Se trata de un fenómeno menos frecuente que el “transfuguismo sobrevenido”, pero que, sin embargo, requiere especial atención en nuestro sistema político.

Entendemos que esta última situación, en sus dos variantes, constituye una cuestión de necesario análisis al momento de evaluar los problemas de representatividad y legitimidad que se advierten en la composición de las cámaras legislativas.

II.1. Los bloques unipersonales y el mecanismo de la representación política

Nuestro interés en la constitución de bloques unipersonales como variante particular del denominado transfuguismo político se vincula al eventual conflicto que puede plantearse entre este comportamiento de los legisladores con las bases de la representación política en nuestro país, y en particular, el rol que se atribuye a los partidos políticos en este contexto.

9. Cfr. B. TOMÁS MALLÉN, op. cit. p. 45.

10. Antes que el caso Borocotó (que se comenta más adelante), se conoció el caso de la diputada Graciela Ocaña, quien ingresó a la Cámara Baja por la alianza “Unión para el Desarrollo Social”, sociedad integrada por la Unión Cívica Radical y el partido Unión Celeste y Blanca, entre otros. Al momento de asumir las bancas, Ocaña no se incorporó a ninguno de los bloques identificados con los partidos o espacios que formaron ese frente electoral, sino que optó por crear un bloque unipersonal denominado “Unidad para el Desarrollo Social y la Equidad”.

La Constitución Argentina adopta en su artículo 1º la forma representativa y republicana de gobierno. Esto significa, de acuerdo al complemento aportado por el artículo 22 de nuestra carta magna, que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la propia Constitución. Se observa que nuestra ley suprema vincula esencialmente la forma representativa con la republicana, asociación formal que responde a factores histórico-políticos. Una forma republicana y representativa implica, por un lado, que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los representantes que elige a tales efectos, y por el otro, que esa representación será ejercida por medio de mandatos con un determinado tiempo de duración, constituidos sobre la base de elecciones libres y democráticas. La vinculación de las formas republicanas con el principio de la división política surge originalmente del liberalismo constitucional, que tiene a John Locke¹¹ como su principal teórico. En su obra, que postula la división de poderes y el paradigma de la legalidad como garantía de la libertad individual, se plantea una primera asociación entre esta división y el mecanismo de la representación política, poniendo énfasis en el Poder Legislativo como órgano en el cual el pueblo deposita la potestad de hacer la ley (por medio de un mandato de representación), que se erige como límite y garantía contra el abuso del poder del Estado contra el Pueblo. Ello, en razón del contenido que atribuye el liberalismo político a la libertad: aquel estado donde los ciudadanos no están bajo más poder que el que ha sido instituido por la ley.

El proceso histórico que deviene en la conjunción del liberalismo político y el modelo de división de poderes, con el mecanismo de la representación política, ambas bases para la democracia constitucional moderna, se caracteriza por lo que Sartori¹² refiere como la “evolución del gobierno que responsable al gobierno que responde”. Señala el autor que en el siglo XVII los ingleses comenzaron a practicar el “gobierno responsable”, esto es: los ministros son responsables ante un parlamento donde “la representación es más virtual que electoral”, de manera tal que los partidos estaban más orientados hacia adentro del parlamento. Posteriormente, cuando se extiende el derecho del sufragio hasta volverse universal, los partidos empiezan

11. J. LOCKE, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Buenos Aires, Ed. Alianza, [1690] 1990.

12. G. SARTORI, *Partidos y Sistemas de Partidos*, Madrid, Alianza, 1999, Cap. 1.

a constituirse como partidos de masas, y comienzan a buscar votos hacia fuera, en la ciudadanía ampliada. De esta manera, los partidos comienzan a estar orientados democráticamente, y “responden” a las demandas del pueblo puesto que se ven influidos por éstos. De esta forma, “el gobierno que responde es un gobierno que está obligado a acceder a lo que se le pide”. Así, el “gobierno responsable” ante el parlamento se convierte en un gobierno que “responde” ante el pueblo.

En consecuencia, como señala Edmund Burke, este proceso asiste al tránsito de una representación virtual a una representación electiva, en tanto que base del mecanismo de la representación política moderna.¹³ En este contexto, se observa que los partidos políticos terminan por constituirse en los medios de expresión de la ciudadanía, siendo que la representación política se logra a través de ellos. El partido político se torna así en una herramienta fundamental para canalizar la voluntad política del electorado, constituyendo un instrumento de vinculación entre la ciudadanía y el parlamento y el gobierno. En este sentido, Panebianco¹⁴ señala las tres funciones que desarrollan los partidos políticos en las democracias: la función integrativa, en virtud de la cual estructuran y expresan las demandas generales de la sociedad; una segunda función que consiste en seleccionar los candidatos a los cargos públicos y ciertos funcionarios que ocupan cargos no electivos; y en tercer término, la función de determinar la política estatal y participar en las decisiones políticas generales.

En estos términos podemos advertir que, así como la asociación formal entre las formas republicana y representativa efectuada por la Constitución argentina responde a los factores históricos que determinaron el surgimiento de los sistemas políticos liberales-democráticos, la institucionalización de los partidos políticos como herramientas esenciales del sistema representativo en el texto de la carta magna también se explica en este proceso. La transición del gobierno responsable al gobierno que responde, en alusión a la efectiva democratización de la representación parlamentaria, conlleva la consolidación de los partidos políticos como vehículos de canalización de la voluntad de las masas. Así, el proceso histórico reseñado termina por anclar liberalismo político y división de poderes, con democracia representativa, y

13. G. SARTORI, *Elementos de Teoría Política*, Madrid, Alianza, 1992, p. 232.

14. A. PANEBIANCO, *Modelos de partido*, Madrid, Alianza, 1990, p. 498.

necesariamente con los partidos políticos en tanto herramientas fundamentales de este mecanismo.

Bajo esta lógica, así como la Constitución formaliza el vínculo necesario entre República y representación política (arts. 1º y 22º), sigue la línea del proceso histórico-político que rodea al mecanismo de la representación, al reconocer a los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático, atribuyéndoles la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos. Así, el artículo 38 de nuestra norma suprema reconoce a los partidos como medios de representación, formadores de la relación entre representante y representado.

Ya con carácter previo a la reforma constitucional de 1994, que introdujo el nuevo artículo 38 en el capítulo de Nuevos Derechos y Garantías, la Ley orgánica de partidos políticos 23.298¹⁵ estableció en su artículo 2º que “los partidos son instrumentos necesarios para la formulación y realización de la política nacional” y que “Les incumbe en forma exclusiva, la nominación de candidatos para cargos públicos electivos”.

La jurisprudencia ratificó la constitucionalidad de esta atribución en los fallos Ríos¹⁶ y Padilla,¹⁷ confirmando antes y después de la reforma constitucional la competencia de los partidos políticos como único medio para presentar candidaturas y acceder a los cargos públicos electivos, al manifestarse en contra de la posibilidad de presentar candidaturas independientes por fuera de los partidos legalmente reconocidos.

De lo expuesto surge que, efectivamente, los partidos políticos desempeñan un rol fundamental para la constitución del vínculo de representación y también representatividad, entre representantes y representados. Esto no sólo surge de la Constitución escrita, sino de la génesis histórica que precede y explica este diseño constitucional.

Ahora bien, como consecuencia de esta atribución que ostentan los partidos, y refiriéndonos particularmente a la representación en el Congreso de la Nación, surge a nuestro entender la necesidad de que exista cierta

15. B.O. 25/10/1985.

16. CSJN, Ríos, Antonio s/oficialización candidatura Diputado Nacional - Distrito Corrientes. 22/04/1987. Fallos: 310:819.

17. CNE, Fallo N°3054/2002 del 24/09/2002. Causa “Padilla, Miguel M. s/inconstitucionalidad del art. 2º de la ley 23.298”.

identidad, congruencia y/o reciprocidad entre la representación política que se conforma en las Cámaras (hablamos puntualmente de la integración de los bloques legislativos) con los partidos políticos o frentes electorales que llevaron como candidatos a sus integrantes. Es necesaria esta identidad, este reflejo, a los efectos de garantizar una base de legitimidad, de representatividad para la representación resultante. Siendo que los partidos políticos se constituyen, por atribución constitucional y como resultado de un proceso histórico, como vehículos y receptores de la voluntad política del electorado, particularmente mediante la competencia exclusiva para presentar candidaturas, resulta necesario que la organización de la representación legislativa que surge de las elecciones, a través de la conformación de bloques legislativos, guarde una identificación política con los partidos que propusieron como candidatos a los representantes electos. Así, consideramos que la legitimidad de la representación parlamentaria depende de que subsista cierta identificación o correspondencia entre los bloques que se constituyen en el seno de las cámaras, y los partidos por los que ingresaron sus integrantes.

En este orden de ideas, advertimos como problemática –en términos de representatividad– la conformación de bloques unipersonales por parte de legisladores que deciden no integrar o dejar de pertenecer al bloque del partido por el que fueron electos. La conformación de un “monobloque”, que no guarda identificación política alguna con el partido que postuló a su integrante, nos lleva a cuestionar la legitimidad de esa representación unipersonal, en virtud del papel que juegan los partidos en el gobierno representativo republicano. Ello, por cuanto nuestro sistema político-constitucional tiene como receptores de la voluntad electoral a los partidos políticos, y no a los candidatos de manera independiente. De lo contrario, ¿qué sentido tiene prohibir una candidatura independiente, en razón de lo establecido en el art. 38 de la Constitución Nacional y en el art. 2 de la ley orgánica de partidos políticos, y con fundamento en la relevancia que ostentan los partidos para un sistema representativo, pero admitir luego la formación de bloques unipersonales independientes que no guardan referencia con los partidos que necesariamente permiten a sus integrantes acceder a los escaños?

De esta forma, la proliferación de bloques unipersonales en las cámaras legislativas nacionales se nos presenta como un potencial conflicto de representatividad, a la luz de la teoría e historia del mecanismo de la representación política. Ello se traduce, por extensión, en un problema jurídico constitucional, dado que nuestra Constitución traduce en principios

jurídicos el resultado de la historia que ve nacer a la representación política, y en particular, el lugar que ocupan los partidos políticos en esa historia y en el sistema resultante. De ese proceso histórico y de la Constitución, surge una necesaria vinculación entre los partidos políticos y la representación manifestada en las bancas del Congreso Nacional, para garantizar su legitimidad. El pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes, representantes que son elegidos mediante un procedimiento democrático, donde son los partidos políticos los espacios que canalizan de manera exclusiva la voluntad electoral. De esta manera, como dice Sartori, siendo que la representación política no se constituye únicamente como un vínculo jurídico de mandato, sino también como un vínculo sociológico, en términos de identificación política entre representante y representado, o lo que se denomina la “representatividad”, no es inverosímil plantear una necesaria correlación entre la representación que se vuelca en la Cámara de Senadores y de Diputados de la Nación, a partir de la conformación de los bloques parlamentarios, y los partidos que oficiaron de receptores de la voluntad electoral de la que surge a esa representación.

Nos preguntamos, a esta altura del análisis, qué tan legítima es la representación expresada por un bloque unipersonal, que no se identifica con ningún partido que haya competido en las elecciones –ya sea en soledad o en un frente electoral– que da origen a la representación parlamentaria.

III. La jurisprudencia favorable a la doctrina clásica del mandato representativo en la Cámara de Diputados de la Nación

III.1. Del mandato imperativo al mandato representativo

El modelo de representación política en la Edad Media era usualmente denominado “mandato imperativo” y la representación propia de los Parlamentos se basaba en las técnicas del Derecho Privado, donde existía una relación personal entre el mandante y los mandatarios y los poderes de aquél estaban determinados por las instrucciones de éstos.¹⁸ Asimismo, recuérdese que la revocación del mandato era la consecuencia jurídica ante el incumplimiento de las indicaciones. En este contexto, cuando los mandatarios no

18. Cfr. B. TOMÁS MALLÉN, op. cit., p. 83.

tenían precisas instrucciones respecto de determinados temas, se veían paralizadas las deliberaciones. Por ello, Inglaterra comenzó a ensayar una relación de confianza entre mandante y mandatario, disponiendo –el Rey– finalmente y de modo práctico, que las instrucciones fueran cada vez más genéricas.¹⁹

La idea de que el mandato ha de ser general y no particular, fue expuesta por claramente por Edmund Burke, al sostener, en su discurso a los electores de Bristol, al ser elegido representante de esa ciudad ante el Parlamento, en 1774, que “El Parlamento no es un congreso de embajadores que defienden intereses distintos y contrapuestos entre sí, que cada uno ha de defender, como lo harían un representante legal y un abogado, contra otros representantes legales y abogados; muy al contrario, el Parlamento es la asamblea deliberativa de una nación, con un interés: el del conjunto; donde ni los propósitos ni los presupuestos locales deben guiar otra cosa que el bien común resultante del criterio general del conjunto. Ciertamente, vosotros elegís un parlamentario, pero, una vez elegido, éste ya no es un parlamentario por Bristol, sino un miembro del Parlamento”.²⁰

De forma similar, Carré de Malberg²¹ indicó que en la Constitución de Francia de 1791 se revela un nuevo modelo de representación caracterizado por: a) el entendimiento de que el diputado no será ya el representante del grupo especial que le eligió; b) la ampliación de los poderes del diputado en las relaciones con sus electores, pues al no representar a su grupo electoral no podrá someterse a las órdenes o instrucciones de sus electores, esto es, a ningún mandato imperativo; y c) la asamblea de diputados expresará directa y soberanamente la voluntad de la nación.

De esta forma, puede observarse la transformación de la noción de representación mediante el tránsito del mandato imperativo al mandato representativo: “El diputado no realiza un mandato que lo encadene, sino que ejerce una función libre. No expresa la voluntad de sus electores, sino que decide por sí mismo y bajo su propia apreciación”.²²

19. Cfr. A. TORRES DEL MORAL, “Réquiem por el mandato representativo”, en *Revista de Derecho Político*, Madrid, 2011, N°81, p. 41.

20. E. BURKE, “Discurso a los electores de Bristol”, en *Revolución y Descontento, Selección de escritos políticos de Edmund Burke*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 90-91.

21. R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, México, FCE, [1922] 2000, p. 922.

22. *Ibid.*, p. 929.

En conjunto, la doctrina inglesa basada en la confianza depositada en los representantes para defender libremente los intereses generales y la doctrina francesa del mandato representativo (unidad e indivisibilidad de la soberanía que sólo puede expresarse y actuar a través de sus representantes) dan sustento al nuevo modelo de representación.²³

III.2. El rol de los partidos políticos en la Cámara de Diputados de la Nación

Adelantamos que, para el caso de la Cámara de Diputados, la jurisprudencia se ha inclinado por la doctrina clásica del mandato representativo, de la que resulta que las bancas corresponden a los diputados y no a los partidos políticos. Partiendo de esta aclaración, se analiza a continuación, la resolución de la Cámara Nacional Electoral (CNE) en el caso del diputado Borocotó.²⁴

El 23 de octubre de 2005, el Dr. Eduardo Lorenzo Borocotó fue elegido diputado nacional por la Alianza Propuesta Republicana (PRO). Antes de asumir su banca Borocotó manifestó su voluntad de traspasarse en su calidad de representante del pueblo a las filas del partido oficialista, es decir, la Alianza Frente para la Victoria.

El caso fue de tales proporciones que su cambio supuso la presentación de una impugnación en la justicia electoral por parte del PRO para impedir que el diputado electo asumiera su banca; el envío del caso a la Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamento; y el inicio de un proceso penal por la comisión del delito de cohecho (proceso ligado a la imputación de la supuesta admisión de dádivas,²⁵ a cambio de ser designado Presidente de la Comisión de Salud y de la designación de su hijo como Director Nacional del Ministerio de Salud).²⁶

23. Recordemos, sin embargo, que el paso del modelo imperativo al modelo representativo no implicó que todos los estamentos estuvieran representados en el Parlamento, atento que la soberanía nacional no exigía el sufragio universal.

24. CNE, Fallo N°3738/2006 del 29 de agosto de 2006. Causa “Pagani, Enzo Luis s/representación” (Expte. N°4164/05).

25. Situación que podría encuadrarse en lo que se ha denominado “transfuguismo retribuido”, en el que la actuación del representante va más allá del mero oportunismo y suscita dudas, no ya acerca de su conveniencia, moralidad o ética, sino respecto de su licitud.

26. Véase, Delgado Guembes, César, “Fragilidad partidaria y racionalidad del transfuguismo

Un resultado ajustado de 124 a 102 y 6 abstenciones desestimó la impugnación presentada por el PRO y se permitió que Borocotó pudiera jurar y asumir su banca en la sesión preparatoria de la Cámara de Diputados el 6 de diciembre de 2005.

El caso Borocotó supuso precisamente el uso de la opción del “monobloque”, cuando luego del escándalo público del anuncio de su cambio de agrupación, el diputado se inscribió en un monobloque independiente.

La Justicia Electoral fue llamada a pronunciarse respecto de la presentación efectuada por el apoderado del PRO en la que se solicitaba que se impidiese la asunción a su cargo del diputado Borocotó y se procediese al corrimiento de la lista oficializada por la coalición, en virtud de que éste habría manifestado su voluntad de “traspasarse en su calidad de representante a las huestes del oficialismo”.

En primera instancia se resolvió no hacer lugar a las acciones interpuestas por Enzo Luis Pagani, señalando que en las constancias acompañadas no se desprendía que Borocotó haya manifestado expresamente su intención de formar parte de la Alianza Frente para la Victoria, ni tampoco de abandonar las filas del PRO. Asimismo, se destacó que según lo previsto por el Código Electoral Nacional (CEN) en el art. 161 los cargos se asignan conforme al orden establecido por cada lista y que los únicos supuestos que permiten modificar ese orden son los previstos en el art. 164.²⁷ Se aclaró que al encontrarse ya firme la resolución que había dispuesto la oficialización de la lista, permitir que una agrupación política la modifique con posterioridad al acto electoral significaría atentar contra la seguridad jurídica al manipular la voluntad del electorado. Finalmente, se sostuvo que “la Cámara de Diputados²⁸ será quien evaluará si el candidato reúne el requisito de idoneidad establecido por el art. 16 de la Constitución Nacional”.

en Latinoamérica”, en Santolaya Machetti, Pablo y Corona Ferrero, Jesús M. (Directores), *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Civitas, Navarra, 2009, p. 201.

27. CEN-Artículo 164. En caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un Diputado Nacional lo sustituirán quienes figuren en la lista como candidatos titulares según el orden establecido. Una vez que ésta se hubiere agotado ocuparán los cargos vacantes los suplentes que sigan de conformidad con la prelación consignada en la lista respectiva. En todos los casos los reemplazantes se desempeñarán hasta que finalice el mandato que le hubiere correspondido al titular.

28. Constitución Nacional - Artículo 64. Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez. Ninguna de ellas entrará en sesión sin la

Contra esta decisión se presenta una apelación en la que se afirma que “el demandado incurre en burla al electorado, fraude, estafa, engaño, y hace una pirueta al pasarse de un partido a otro que está en las antípodas políticas del primero, y que notoriamente carece de idoneidad y de habilidad moral”. Al mismo tiempo, advierten que si bien es cierto que las bancas legislativas pertenecen al representante y no al partido que lo nominó, “aquí se ha puesto en juego el normal funcionamiento del sistema de partidos y del sistema electoral argentino, ya que el demandado ha actuado en contra de la plataforma electoral y de los principios sostenidos por la agrupación PRO”. En definitiva, se subraya que la actitud pública de Borocotó, desairando el mandato del pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, “debe interpretarse como una renuncia tácita al espacio toda vez que ha mutado de proyecto político de manera inexorable, contexto en el cual queda configurada la causal prevista por el artículo 164 del Código Electoral Nacional”.

La Cámara Nacional Electoral sostuvo que los planteos dirigidos a cuestionar la idoneidad del Dr. Borocotó para desempeñar el cargo de diputado nacional no podían ser atendidos en la justicia electoral, atento que la verificación judicial del cumplimiento de las calidades institucionales y legales requeridas para la función a la que se postulan los candidatos se efectúa al momento en que las agrupaciones políticas registran a sus candidatos ante el juez electoral. De esta forma, se vuelve al argumento esgrimido en primera instancia referido a que el comportamiento posterior del diputado electo sólo puede ser considerado por la Cámara de Diputados en los términos del artículo 64 de la Constitución Nacional.

Respecto del argumento presentado en la apelación con relación a que se encontraría configurado un supuesto de “renuncia tácita” del diputado electo Borocotó y que se habilitaría el corrimiento previsto en el artículo 164 del CEN, la Cámara indicó que la intención de renunciar no se presume y que “las razones que alegan los recurrentes para fundar su planteo se vinculan con una renuncia tácita del candidato electo al ‘espacio’ político de la agrupación que lo nominó y no al cargo de diputado nacional”. Por ello, este argumento no prosperó.

mayoría absoluta de sus miembros; pero un número menor podrá compeler a los miembros ausentes a que concurran a las sesiones, en los términos y bajo las penas que cada Cámara establecerá.

Asimismo, la Cámara recordó que “en relación con la elección de diputados nacionales, no existe disposición alguna que admita la prevalencia de los partidos sobre los candidatos” en conformidad con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que establece que la representación del pueblo de la Nación Argentina compete a los representantes y no a los partidos políticos que actúan como instrumentos para la designación de los candidatos y la formulación y realización de la política nacional.²⁹ Sobre esta base, se entendió que, al no pertenecer las bancas al partido sino al pueblo, entra en juego el principio de “representación libre” que invisten los diputados nacionales. Y se concluye que, “habiendo sido el demandado, y no la agrupación política a través de la cual se postuló, quien resultó elegido en los comicios, para representar libremente a la Nación, y no únicamente a sus electores, nada autorizaría a que la justicia denegara su proclamación por el hecho que se denuncia...”.

Sin perjuicio de lo resuelto, la Cámara Nacional Electoral manifestó su preocupación por la reiteración de comportamientos públicos que debilitan el sistema representativo y que se encuadran en la ética de los comportamientos republicanos. Concluyendo que “la legitimidad de origen resultante de la elección se perfecciona con la legitimidad de ejercicio del poder con el que el pueblo inviste a sus representantes”.

No obstante, más allá de lo concluido por la Cámara Nacional Electoral, nos permitimos considerar que la correlación entre los escaños obtenidos en la cámara baja y los partidos que postularon a sus ocupantes se presenta también como necesaria si se toma en cuenta la finalidad que persigue el sistema electoral para la elección de Diputados Nacionales. El artículo 161 del Código Nacional electoral adopta el método D'Hont para la distribución de las bancas en la Cámara de Diputados. Dicho sistema puede ser calificado, en virtud de las reglas técnicas elaboradas por el profesor Dieter Nohlen,³⁰ como un sistema basado en el principio de la elección proporcional, o sistema minoritario. Conforme este principio, la cantidad de escaños obtenidos por un partido es igual o proporcional a la cantidad de votos que obtuvo. En este sentido, el objetivo de un sistema proporcional, como es el método D'Hont, consiste en lograr una representación que refleje de la mejor

29. CSJN, Fallo “U.C.R. C.F.I. partido Federal y FREJUPO s/ presentaciones sobre la forma de computar los votos de las elecciones del 14/5/89”. 16-11-1989- Fallos: 312:2192.

30. D. NOHLEN, *Sistemas electorales y partidos políticos*, México, FCE, 1994.

manera los grupos políticos en el electorado. Debemos tener en cuenta que, en virtud del artículo 38 de la CN, esos grupos expresan sus inquietudes y canalizan sus demandas por medio de los partidos políticos, en tanto instituciones investidas con la competencia exclusiva para la postulación de candidatos (en los términos de la legislación actual). Por ende, para garantizar este objetivo que se propone el sistema electoral, cual es reflejar fielmente la voluntad del electorado expresada por distintos grupos a través de los partidos políticos, es necesario que la conformación de los bloques legislativos guarde congruencia con los partidos y frentes que postularon a sus integrantes, y que canalizaron la decisión del electorado. Entendemos que ello permite garantizar una representación no sólo en el sentido jurídico, sino en el sociológico: que la ciudadanía reciba de la composición parlamentaria un reflejo de la voluntad que volcó en las urnas, a través de los instrumentos legales para la postulación de cargos, que en nuestro sistema electoral son precisa y exclusivamente los partidos políticos. Por ello, la finalidad perseguida por el sistema electoral D'Hont se pierde si los bloques conformados no guardan identificación con el partido votado, lo que sucede cuando se crea un bloque unipersonal bajo la tercera situación ya mencionada.

IV. El rol de los partidos políticos en la Cámara de Senadores de la Nación

En el caso del Senado, la asociación entre los escaños y los partidos políticos se presenta más palmaria. El artículo 54 de la Constitución establece que el Senado se compone de tres senadores por cada provincia y tres por la Ciudad de Buenos Aires, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos. Esta fórmula es replicada en el artículo 157 del Código Nacional Electoral. De la letra de la Constitución y de la ley se desprende que las bancas corresponden al partido o alianza política que postuló a los candidatos electos.

Este temperamento fue sentado en el fallo “Alianza Frente por un Nuevo País”,³¹ que dirimía la disputa por la asignación de la tercera banca por la

31. CSJN, “Alianza Frente por un Nuevo País s/ solicita cumplimiento del art. 54 de la Constitución Nacional elecciones del 14 de octubre de 2001”, 4/6/2003. Fallos: 326:1778.

minoría entre Alfredo Bravo y Gustavo Béliz, por el distrito de la Ciudad de Buenos Aires. Bravo superaba a Béliz en votos, pero con la particularidad de que el primero se había presentado en simultáneo por dos listas de idéntica composición, la del ARI y la del Partido Popular Nuevo Milenio (una modalidad conocida popularmente como “lista espejo”, esto es, listas de distintos partidos o alianzas electorales que llevan idéntica nómina de candidatos para una misma categoría). La suma de votos obtenidos por las listas del ARI y del PPNM le otorgaba a Bravo el segundo lugar. No obstante, la Justicia falló a favor de Béliz, entendiendo, con base en una interpretación literal del artículo 54 de la CN, que la banca por la minoría no corresponde al segundo candidato más votado, sino al partido o alianza que le siga al primero en número de votos. De esta manera, tomando la cantidad de sufragios cosechados por cada partido por separado, el Frente por un Nuevo País resultaba la segunda alianza más votada, por más que la sumatoria de votos obtenidos por Bravo a través del ARI y del PPNM superaba los alcanzados por Béliz.

En el considerando 13 del fallo en estudio, la CSJN sostuvo que “del examen armónico de las normas que regulan el sistema electoral se desprende que, en materia de elección de senadores nacionales, fue intención del constituyente asignar las bancas de ese cuerpo a los partidos políticos. Tal criterio, cuyo acierto o conveniencia no compete decidir a esta Corte, impide a la hora de determinar la forma en que deberán ser computados los votos desligar la figura del candidato de la del partido político, puesto que es a través de éste y no de aquél que nuestro ordenamiento se decidió, a los efectos de la designación de senadores nacionales, canalizar la representación de la voluntad popular”. Por ello, para la elección de senadores nacionales, se desestimó la aplicación directa al caso de la doctrina emanada de Fallos 312: 2192.^{32 33}

De esta forma, se confirma el criterio según el cual las bancas del Senado corresponden a los partidos, y no a los legisladores. Ello a su vez refuerza

32. CSJN, Fallo “U.C.R. C.F.I. partido Federal y FREJUPO s/ presentaciones sobre la forma de computar los votos de las elecciones del 14/5/89”. 16-11-1989.

33. En el mismo sentido, en la causa “Stolbizer, Margarita y otros s/promueven acción declarativa de inconstitucionalidad y solicita medida cautelar (UCR)”, el Fallo de la CNE N°3571/2005 del 13 de octubre de 2005 concluyó que “conforme el sistema electoral establecido en la Constitución Nacional, las bancas en el Senado de la Nación no se asignan a candidaturas personales sino a las agrupaciones políticas que obtengan las dos primeras mayorías relativas de sufragios”.

nuestra tesis acerca de la importancia de una identificación política entre los partidos que compiten en las elecciones llevando a sus candidatos a ocupar los cargos legislativos, con la posterior integración de los bloques políticos que componen la representación en las Cámaras.

V. Los monobloques en los Reglamentos de las Cámaras de Diputados y Senadores de la Nación

De acuerdo a los reglamentos vigentes en ambas Cámaras, el sistema parlamentario argentino admite la conformación de los denominados “bloques políticos”, los cuales agrupan a legisladores “por afinidades políticas e intereses”. “Dicha institución encuentra su respaldo en una larga tradición parlamentaria argentina”, cuyo objetivo “es el de mantener un criterio y estrategias políticas coherentes frente a los diversos problemas e iniciativas que se plantean. La complejidad de la tarea legislativa hace que el trabajo deba dividirse para no dispersar esfuerzos, siendo los bloques los encargados de determinar y coordinar esta tarea”.³⁴

Nos proponemos en esta instancia analizar la juridicidad de la conformación de bloques unipersonales, a la luz de los reglamentos de la Cámara de Diputados de la Nación y del Senado de la Nación.

El artículo 55 del Reglamento de la cámara alta dispone que “dos o más senadores pueden organizarse en bloques de acuerdo a sus afinidades políticas. Cuando un partido político o una alianza electoral existente con anterioridad a la elección de los senadores tiene sólo un representante en la Cámara, puede asimismo actuar como bloque”.

En similar sentido, el artículo 55 del Reglamento de la Cámara de Diputados establece que “los grupos de tres o más diputados podrán organizarse en bloques de acuerdo con sus afinidades políticas. Cuando un partido político existente con anterioridad a la elección de los diputados tenga sólo uno o dos diputados en la Cámara, podrán ellos asimismo actuar como bloque”.

De la lectura literal de esta normativa concluimos que, en principio, un grupo de legisladores está en condiciones de conformar un bloque, siendo 2 o más en el caso del Senado, y 3 o más para la Cámara de Diputados. Por ende, como regla general, surge que un solo legislador no podría, en principio,

34. Sitio Oficial del H. Senado de la Nación.

conformar un bloque parlamentario. No obstante, para ambos reglamentos, la excepción se admite en aquellos casos en que un partido político o una alianza electoral existente con anterioridad a la elección tienen sólo un representante en la Cámara, en cuyo caso puede éste actuar como bloque parlamentario.

Párrafos arriba, iniciamos el análisis de esta cuestión identificando tres situaciones bajo las cuales suelen conformarse bloques unipersonales. Del estudio de ambos reglamentos, surge que sólo las dos primeras responden a circunstancias que la normativa admite como supuestos reglamentarios para habilitar el funcionamiento de un bloque unipersonal. Es decir, cuando se trata de un representante correspondiente a un partido o alianza electoral preexistente a la elección del legislador.

No obstante, el caso de un legislador que abandona su bloque (transfuguismo sobreviniente) o decide desde el inicio de su mandato no integrar la bancada del partido que lo llevó como candidato, situación que hemos identificado como conflictiva en términos de representatividad política (transfuguismo inicial), parece plantear a su vez un problema reglamentario. Ello, por cuanto la formación de un bloque unipersonal que no guarda identificación o vínculo alguno con un partido o frente preexistente no está contemplada en los reglamentos. Estas normas admiten una única excepción para permitir la formación de un bloque cuya integración sea menor a la reglamentaria (tres legisladores para la Cámara de diputados, dos para el Senado). Éste es el caso de uno o dos representantes vinculados a un partido político reconocido con anterioridad a su elección, no así para un legislador que decide crear un monobloque que no guarda vínculo alguno con partidos políticos preexistentes que hayan participado en la contienda electoral.

Es por este motivo que, hace poco menos de un año, el Presidente de la Cámara de Diputados Julián Domínguez llegó a cuestionar los llamados “monobloques”, advirtiendo que el reglamento no los contempla. “El artículo 55 habla de bancadas con al menos tres miembros, con la excepción de las fuerzas políticas que hayan participado de los comicios. [...] Domínguez se alarmó ante la cantidad de casos: el actual recinto tiene 16 bloques unipersonales y 4 de dos miembros. Sólo en muy pocos casos representan a fuerzas con presencia electoral en octubre, como sí ocurre con los dos diputados del Partido Demócrata de Mendoza y del Frente Cívico y Social de Catamarca”.³⁵

35. “Domínguez quiere eliminar los monobloques y suma críticas”, Nota periodística publicada en portal *La Política Online*, domingo 29 de julio de 2012.

De acuerdo a estas consideraciones, las autoridades de las Cámara no deberían habilitar en todos los casos el funcionamiento de los bloques unipersonales, salvo cuando éstos representan a partidos que han participado en las elecciones. Por el contrario, la situación que hemos señalado como conflictiva en términos de representatividad, y que se presenta cuando los bloques unipersonales se forman de escisiones de bloques más grandes o bien originariamente, sin expresar vínculo alguno con partidos políticos participantes en la elecciones, no parece contar con un adecuado sustento reglamentario para permitir su constitución y funcionamiento.

Asimismo, y hablando ya en términos estrictamente políticos, se ha advertido un comportamiento particular de estos monobloques, que suelen mostrar una conducta impredecible al momento de las votaciones y en ocasión de expresar posiciones políticas, inclinándose por formar distintas alianzas según el tema en cuestión, pudiendo actuar a veces a favor del oficialismo, y otras a favor de la oposición.³⁶ Esto también trae aparejado un problema de representatividad, cuando los representantes electos no transmiten al electorado una línea de conducta política medianamente constante al momento de ejercer sus funciones. Dicho comportamiento mal podría contribuir a la legitimación de la representación política, acentuando el desgaste del vínculo de representación en su dimensión sociológica.

En definitiva, la modificación de los Reglamentos de ambas Cámaras “[...] puede ser una oportunidad para reflejar, en las normas parlamentarias, dentro de lo constitucionalmente posible, lo que parece constituir una clara y creciente realidad en la opinión pública, el rechazo progresivo entre la ciudadanía a que un tránsfuga pueda mantener su escaño, trasladándolo a otro grupo parlamentario y continuar gozando, incluso en ocasiones acrecentadas precisamente por su conducta, las importantes ventajas de todo tipo, materiales y jurídicas con las que distinguimos a las personas que representan la soberanía popular”.³⁷

36. Véase un informe titulado “Cómo se mueven los monobloques en la Cámara baja”, publicado por el Semanario Parlamentario el 12 de abril de 2012; se refiere al comportamiento y estrategias de los bloques unipersonales.

37. P. SANTOLAYA MACHETTI, y J. CORONA FERRERO (Directores), *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Navarra, Civitas, 2009, p. 35.

Para abonar la idea presentada más arriba, es oportuno referirnos a un informe publicado por Directorio Legislativo³⁸ que muestra la evolución en la composición de los bloques políticos en el Congreso de la Nación, haciendo mención de los bloques unipersonales entre los años 1999 y 2007.

La cantidad de monobloques ha variado en la Cámara de Diputados durante ese período de la siguiente manera:

Año	Cantidad de bloques unipersonales en la HCDN
1999	4
2000	9
2001	2
2002	3
2003	24
2004	6
2005	28
2006	17
2007	22

Por su parte, el informe muestra que en el Senado de la Nación en 1999 existía uno solo bloque unipersonal (Fre.Pa.So.) y para el año 2007 existían 5 (representan el 6,94% de la Cámara). En cambio, en Diputados, hacia 1999 existían solamente 4 bloques con un solo miembro, y para agosto de 2007 había 22 bloques de este tipo (8,56%) llegando en 2005 a existir 28 bloques unipersonales (10,89% del total de miembros de Diputados).

Entre 2009 y 2011, la cantidad de bloques unipersonales en la Cámara de Diputados ascendía a 17. En la actualidad, del conjunto de 33 bloques que componen la Cámara de Diputados de la Nación, 15 de ellos son unipersonales. El caso del Senado es más notorio aún, si tomamos a consideración que

38. "Congreso de la Nación 1999-2007. Un análisis de sus miembros". Directorio Legislativo.

la composición de este cuerpo es de 72 senadores, existiendo actualmente 14 monobloques. En estas cifras se observa, para el caso de la Cámara de Diputados, que al menos 3 de esos monobloques no se identifican con un partido que haya participado en las elecciones. En el caso del Senado, uno de los monobloques ciertamente no está contemplado en los supuestos reglamentarios. Otras situaciones son ciertamente discutibles en cuanto a si se ajustan o no a la norma establecida en ambos reglamentos.³⁹

VI. Las propuestas de regulación del transfuguismo político emanadas del Congreso Nacional

Luego del incidente Borocotó, el 16 de noviembre de 2005 se presenta un proyecto de ley en el Senado de la Nación⁴⁰ para incorporar un artículo en la Ley de Ética Pública N°25.188, en el Capítulo II “Deberes y pautas de comportamiento ético” con el siguiente texto: “Los legisladores nacionales electos o en funciones, mientras dure su mandato constitucional, deberán abstenerse de afiliarse, adherir públicamente o integrar un bloque político de un partido político distinto al que correspondió su candidatura”. Agregando que “será reprimido con multa de cinco mil pesos a cincuenta mil pesos e inhabilitación especial de cuatro a diez años” el legislador que incurriera en alguna de estas conductas.

39. El Senador Samuel Cabanchik llegó a la Cámara alta en 2007 por la alianza Coalición Cívica y al año siguiente conformó su bancada unipersonal, llamada “Proyecto Buenos Aires Federal”, un sello ajeno a las últimas elecciones. Otro es el caso del correntino José Roldán, que si bien conformó un monobloque con el sello Frente de Todos, el nombre que usó el frente por el que fue electo senador en 2007, integró el Partido Liberal. También se da la situación de quienes integran monobloques separados pero confluyen en el espacio del peronismo federal como el sanjuanino Roberto Basualdo, el santafesino Carlos Reutemann y la chubutense Graciela Di Perna. En la Cámara de Diputados, podemos identificar como posibles supuestos antirreglamentarios los casos de Marcela Rodríguez, diputada del ARI y la Coalición Cívica hace más de una década, que pasó a conformar en 2011 un bloque unipersonal; o los santafesinos Juan Forconi y Celia Arena, quienes ingresaron integrando la fuerza encabezada por Carlos Reutemann y ahora integran monobloques (fuente: *La Política Online*).

40. Expediente N°3751/05. D.A.E. N°185. Firmado por los senadores Eduardo Menem y Rubén Marín. Enviado al archivo el 26/03/2007. Paradójicamente, el 21 de noviembre de 2007, el Senador Carlos S. Menem presenta un proyecto de ley (Expediente N°3555/07. D.A.E. N°156) que prácticamente reproduce el presentado en 2005.

Entre los fundamentos del proyecto se lee la consideración del transfuguismo político como un ejemplo de corrupción política, en el sentido de que ésta (en sus diferentes modalidades) infringe los postulados de la ética, las reglas de convivencia política y las normas jurídicas preestablecidas. Resaltando que el comportamiento en el que un individuo, caracterizado como representante popular democráticamente elegido, abandona la formación política en la que se encontraba para pasar a engrosar las filas de otra, sin que por ello se vea obligado a abandonar el escaño, constituye una estafa política.

El 26 de marzo de 2008 un grupo de diputados nacionales presentó un proyecto para sancionar una “Ley de sanciones al transfuguismo y otras conductas contra la voluntad popular”.⁴¹ Respecto del “transfuguismo”, la propuesta consistió en sancionar con “la pérdida del cargo público al funcionario electo por un partido político,⁴² alianza o frente electoral, excepto el Presidente de la República, que decide incorporarse o representar a otra opción política para: 1. Favorecer intereses políticos opuestos o manifiestamente distintos a los que ofreció en su campaña electoral; 2. Obtener ventaja electoral; 3. Cambiar una mayoría de gobierno. Se eximirá de responsabilidad al funcionario público que demuestre que su conducta responde al incumplimiento de la plataforma electoral por parte del partido político, alianza o frente electoral por el que fue propuesto”. Asimismo, se agrega la aplicación de “inhabilitación especial de cuatro a seis años para desempeñar cargos públicos, cuando la conducta descripta obedezca a un acto de corrupción consistente en percepción de suma de dinero o la obtención de una ventaja económica de cualquier índole para sí o para un tercero, sin perjuicio de las acciones penales que le puedan corresponder”.

41. Expediente 0894-D-2008. Trámite Parlamentario N°13. Firmantes: Laura J. Sesma, Silvia Augsburguer, Ricardo O. Cuccovillo, Elda R. Gerez, Lisandro Viale y Pablo Zancada por el Partido Socialista. Norma E. Morandini por Memoria y Democracia.

42. Situación recogida actualmente por la Constitución de Portugal en su artículo 160.1 c) donde se prescribe que perderán su mandato los Diputados que “se inscriban en un partido distinto de aquel por el cual se hayan presentado a sufragio”.

VII. Una apostilla acerca de las nociones de “representación” y “representatividad”

El problema del transfuguismo político nos impone la necesidad de distinguir adecuadamente dos nociones fundamentales que, si bien se hallan necesariamente vinculadas, reflejan fenómenos distintos: la “representación” por un lado, y la “representatividad” por otro.

Eduardo Rinesi, en su trabajo “Representatividad, Legitimidad y Hegemonía”, explica que la representación consiste en un mecanismo por el cual el pueblo gobierna y delibera a través de sus representantes, mientras que la representatividad es la legitimidad de aquel vínculo entre representante y representado.⁴³ Bajo esta explicación, no toda representación es representativa. En estos términos, la problemática inherente al transfuguismo político radica en determinar si la ausencia de un vínculo o identificación de un legislador con el partido a través del cual accedió al escaño correspondiente –en razón de no integrar el bloque referenciado con el mismo– constituye un problema de representación, y por ende, justiciable a la luz de los artículos 1º y 22º de la CN, o de representatividad y legitimidad. Asimismo, esta cuestión introduce otra dificultad, respecto de si es válido proponer una solución legislativa para el problema. Es sabido que la legislación electoral y de partidos políticos tiene por finalidad regular el procedimiento mediante el cual el sufragio se traslada y materializa en una representación política concreta y personificada, así como los aspectos jurídicos de la actuación de las agrupaciones políticas. No obstante, es ciertamente cuestionable proponer una norma que regule aspectos relativos a la representatividad, a la legitimidad de la representación, cuando este factor constituye, como bien señala Lipset,⁴⁴ una cuestión de creencia en las instituciones y los representantes.

En este mismo sentido, y como se mencionó anteriormente, Sartori formula una distinción entre la representación y la representatividad política. En rigor, el autor parte de reconocer distintas acepciones para el concepto de “representación política”.

43. E. RINESI, “Representatividad, legitimidad y hegemonía”, en S. EMILIOZZI, M. PECHENY, M. UNZUÉ (compiladores), *La dinámica de la democracia. Representación, instituciones y ciudadanía en Argentina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007, p. 112.

44. S. M. LIPSET, *El hombre político*, Madrid, Tecnos, 1981, p. 67.

Por un lado, formula una definición en un sentido estrictamente jurídico, a partir del cual se define a la representación en base a la relación de mandato o delegación. Es decir, se refiere al mecanismo jurídico a través del cual opera una transferencia de voluntad desde el electorado o mandantes hacia los representantes o mandatarios. Bajo este prisma, la representación en el sentido jurídico no es otra cosa que la relación jurídica de mandato, esto es, aquella relación en virtud de la cual una persona transfiere a otra la potestad para tomar decisiones y realizar actos en su nombre. Tratándose del mandato político, nos estamos refiriendo a las decisiones y actos políticos, tanto ejecutivos como legislativos.

Por otro lado, el autor explica la representación desde un “enfoque sociológico”, e introduce la idea de representatividad, a la que considera “esencialmente un hecho existencial de semejanza”.⁴⁵ De esta manera, la representación en un sentido sociológico implica la posibilidad de que un representante refleje o personifique legítimamente las características y expectativas de sus representados. Se trata, en definitiva, de un vínculo de semejanza que define la representación desde un enfoque sociológico, y no de la representación en su acepción jurídica, en cuanto a delegación por mandato. De esta manera, la presencia o ausencia de representatividad se vincula a la eventualidad de replicar ese “hecho existencial de semejanza” que enuncia Sartori. Ello, a diferencia de la representación en su sentido jurídico, que presupone la efectiva conformación de una relación jurídica de mandato, es decir, la delegación de voluntad por parte del ciudadano al representante electo. La validez de esta representación radica en que ese mandato se configure exitosamente mediante el procedimiento electoral previsto en la Constitución y en las leyes, al margen de que esa representación reproduzca o genere un vínculo subjetivo de identificación entre el representante y el representado; cuestión que, hemos dicho, es propia del aspecto sociológico de la representación, más cercano a la idea de representatividad.

De esta manera, la representatividad como representación sociológica o existencial supone que el mandatario personifique al ciudadano, es decir, que sea representativo de éste, que encarne algunas características esenciales del sector que le confió un mandato de representación.⁴⁶ De esta manera,

45. G. SARTORI, *Elementos...* op.cit., p. 225.

46. *Ibíd*, p. 234.

se concluye que la representación consiste en un mecanismo por el cual el pueblo gobierna y delibera a través de sus representantes, mientras que la representatividad es la legitimidad de aquel vínculo entre representante y representado. Bajo esta explicación, y conforme lo señalado anteriormente, no toda representación es necesariamente representativa.

En los términos expuestos, cabe entonces preguntarnos en qué medida el transfuguismo político ha de ser considerado un problema de representación en el sentido jurídico, o por el contrario, una cuestión estrictamente vinculada al aspecto sociológico, esto es, a la representatividad. ¿Es adecuado afirmar, entonces, que un legislador que no integra, o mismo abandona el bloque parlamentario correspondiente al partido por el que se postuló, introduce un conflicto alcanzado por conexiones jurídicas? ¿O, por el contrario, esta situación afecta un vínculo estrictamente político en términos de legitimidad o identificación, ajeno al campo del Derecho?

De la respuesta dependerá, en consecuencia, si se trata o no de una cuestión justiciable. Ello, a propósito de la intervención que tuvo la Cámara Nacional Electoral en el caso del diputado Borocotó referido precedentemente. La resolución de dicho tribunal parece tributar a la primera de las tesis enunciadas en el párrafo anterior, toda vez que consideró que el comportamiento político desplegado por el diputado con posterioridad a la asunción de su banca constituía una cuestión política no justiciable. Ello, por cuanto entendió que un eventual juicio sobre tal comportamiento correspondía exclusivamente a la propia Cámara de Diputados, en uso de las facultades conferidas por el artículo 64 de la carta magna.

Asimismo, cabe recordar que, en similar sentido a lo expresado en otros casos,⁴⁷ la Cámara entendió que la función de la Justicia Electoral se circunscribe en este aspecto a verificar el cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales por parte del candidato, y no así a su comportamiento posterior, una vez electo. En los términos de Sartori, el argumento del Tribunal parece indicar que el rol de la justicia se limita a custodiar el principio de representación únicamente en su sentido jurídico. Es decir, controlar que aquella relación jurídica de mandato se constituya en forma regular, que ostente validez jurídica, a través de la observancia de los preceptos

47. Nos referimos al fallo “Novello”, donde se resolvió acerca de la validez de las denominadas candidaturas “testimoniales” o eventuales.

constitucionales y legales que rigen el procedimiento a través del cual, en palabras del autor, se consuma esa transferencia de voluntad del ciudadano al representante. La tarea de los tribunales, según este criterio, recae en controlar que ese vínculo de mandato o delegación se conforme de manera jurídicamente válida. De esta manera, excedería el marco de su competencia y función el juzgar el comportamiento político del representante, por lo que su intervención en resguardo del principio de representación política contenido en el artículo 1° de la Constitución Nacional se limita a los aspectos jurídicos, no así a la conducta política del mandatario y los efectos que ésta pueda tener en el componente subjetivo de la representación, esto es, en su legitimidad.

Esta cuestión, relativa a la naturaleza jurídica o extrajurídica del problema del transfuguismo, resulta también de sustancial relevancia al momento de proponer soluciones legislativas para el mismo. En efecto, sería válido sostener que una legislación específica en la materia aportaría una solución adecuada, siempre y cuando operemos bajo la hipótesis de que el problema es esencialmente jurídico. Por el contrario, si consideramos que el problema resulta estrictamente sociológico, en cuanto a la identificación subjetiva entre el ciudadano y su representante, y de legitimidad en términos de creencia política, resulta claro que la cuestión del transfuguismo no constituye –o no debería constituir– materia objeto de legislación.

Por nuestra parte, consideramos que el problema del transfuguismo político reviste ambas calidades: se trata de un problema jurídico, y también de un problema político. Por un lado, hemos puntualizado, en oportunidad de referirnos a los denominados monobloques o bloques unipersonales, que los reglamentos de ambas cámaras legislativas nacionales prescriben que dos o más senadores, o en su caso tres o más diputados, pueden conformar bloques parlamentarios según sus afinidades políticas, y seguidamente establecen que un solo legislador (o mismo dos tratándose de diputados) pueden funcionar como bloque, siempre que el mismo represente a un partido o alianza que haya participado en las elecciones. Una adecuada interpretación de esta norma indicaría que su sentido no es otro que el de asegurar una identificación de ese bloque con alguna agrupación política que haya participado en los comicios, y en consecuencia, canalizado la voluntad electoral.

Por ende, si partimos de la idea de que el legislador que conforma un monobloque ajeno al partido político que sustentó su candidatura –y posibilitó su acceso al escaño parlamentario– incurre en una forma de

transfuguismo político, observamos que esta modalidad específica entra en colisión directa con una norma prevista en los reglamentos parlamentarios. Ello deja al descubierto cierta dimensión jurídica en el problema. Por su parte, resulta verosímil afirmar, en este sentido, que la regulación de los bloques en ambos reglamentos resulta una consecuencia lógica, puesto que ratifica el rol que la Constitución y la ley atribuyen a los partidos políticos a los fines de la representación. Por ello, se advierte cómo determinadas conductas asociadas al transfuguismo político se ubican en un campo atravesado por normas y principios contenidos en reglamentos, leyes y en la propia Constitución. No obstante, estas consideraciones nos conducen a un segundo problema, acerca de si una eventual prohibición del transfuguismo puede ser objeto de legislación electoral, o si por el contrario, corresponde a la competencia reglamentaria de cada cámara. ¿Se trata de un problema vinculado al proceso electoral y de formación de la representación política, o de una mera cuestión organizacional de los recintos parlamentarios?

Asimismo, y desde un punto de vista más general, podemos hacer una lectura conjunta del artículo 38 de la Constitución Nacional y del artículo 2 de la Ley orgánica de los partidos políticos, en tanto que asignan un rol preponderante al partido político a los efectos de conformar una representación, atribuyéndole la competencia –y en el caso de la ley, el monopolio– para la postulación de candidatos, con el principio constitucional de representación contenido en el artículo primero. Una adecuada armonización de estas cláusulas constitucionales y legales permite cuestionar, con razón, la validez de una representación parlamentaria que no guarde correlación con partido político alguno, y no sólo en términos políticos, sino también constitucionales. Es en este aspecto donde sale a relucir, a nuestro entender, la dimensión jurídico-constitucional del transfuguismo.

Sin perjuicio de lo expuesto, esta falta de identificación también reviste un problema sociológico, en cuanto al factor de representatividad. En efecto, la ubicación del legislador por fuera del bloque correspondiente al partido que nominó su candidatura, puede ciertamente comprometer aquel “hecho existencial de semejanza” del que habla Sartori, puesto que ha sido ese partido el medio institucional de expresión de una voluntad electoral. No obstante ello, cabe puntualizar que ese medio no se limita a una función jurídica, puesto que los partidos tienen, como se señaló, una función integrativa. De esta manera, el hecho de que un candidato se postule a través de uno u otro partido, habla de una ubicación en el espectro político

e ideológico, en lo que atañe a los gobiernos, las políticas de estado, y las demandas de la sociedad. En tales condiciones, no resulta un factor menor que un representante conserve o no su identificación con ese partido político durante el ejercicio de su mandato parlamentario, a los efectos de su representatividad, esto es, el mantenimiento de un vínculo de semejanza con su representado.

Estas reflexiones no implican desconocer fenómenos políticos recientes, donde los partidos han perdido parte de su otrora capacidad de interpelar a la ciudadanía y expresar sus demandas. En particular, la llamada “partidocracia” ha sido objeto de críticas en el escenario político contemporáneo, siendo que muchas veces el mandato del partido⁴⁸ llega incluso a prevalecer por encima del mandato electoral. De esta manera, los representantes pierden proximidad con sus representados, diluyendo o debilitando la relación inmediata entre electores y elegidos. Esto importa el riesgo de que el representante político termine vinculándose más a la superestructura partidaria que a la propia ciudadanía.⁴⁹

VIII. Conclusión

El problema del transfuguismo político, en su faz jurídica, surge en razón de lo establecido por la Constitución y las leyes, así como por la jurisprudencia de la CSJN y de la Cámara Nacional Electoral que identifican al partido político como único medio de acceder a los cargos electivos parlamentarios. Máxime tratándose del Senado, donde los titulares de las bancas son los partidos políticos.

48. Véase, A. TORRES DEL MORAL, “Réquiem por el mandato representativo”, op. cit. p. 52, lugar en el que sostiene que “[...] la posición que en el Antiguo Régimen tenían los señores feudales, abades, gremios, etc., como titulares de la representación, la han asumido los partidos en los regímenes demoliberales. Con una diferencia [...]: la titularidad jurídica del escaño pertenece al diputado y éste puede, en cuanto representante de la soberanía nacional, plantar cara a ‘su partido’, votar en contra de sus instrucciones y mantenerse en el escaño hasta el final de la legislatura. Eso equivale a poner en juego su carrera política y no lo hace casi nadie, es cierto, pero puede hacerlo. Estamos solo a un paso del mandato de partidos”.

49. G. SARTORI, *Elementos...* op. cit. p. 241.

Admitir una disociación entre los partidos o alianzas que compitieron en las elecciones, y los bloques parlamentarios, evidencia una contradicción de fines en el marco de un sistema que atribuye al partido político una función integrativa para estructurar y expresar demandas generales, y la atribución exclusiva de postular candidatos para cargos públicos. Más aún, tomando a consideración que, con base en esta atribución que reconoce la Constitución, la legislación y también la jurisprudencia, se ha rechazado la posibilidad de presentar candidaturas independientes por fuera de los partidos políticos.

En lo que atañe específicamente a los bloques unipersonales, el único supuesto que admiten los reglamentos de ambas Cámaras es la formación de un monobloque que represente a una agrupación participante en las elecciones. Sin embargo, se observa en la actualidad y en períodos anteriores que muchos monobloques fueron inscriptos sin identificarse con un partido legalmente reconocido. Ello implica a nuestro entender un problema de representación en el sentido jurídico, puesto que muchos de estos bloques unipersonales no se apegan a lo dispuesto por los reglamentos.

Por otro lado, el fenómeno del transfuguismo importa también un conflicto en el aspecto sociológico de la representación: es ciertamente objetable la legitimidad de un bloque desligado de las agrupaciones que compitieron en las elecciones. O en el mejor de los casos, esa legitimidad será tanto más débil. Asimismo, su conducta resulta muchas veces impredecible y variable a la hora de las votaciones, revelando un comportamiento usualmente especulativo, que también contribuye a deslegitimar la representación política.

Sin perjuicio de lo expuesto, y toda vez que la relación entre representante y representado no es la de delegado y delegante, no existe un mandato imperativo que medie entre ambos sujetos. Por ello, en caso de inclinarnos por la prohibición del transfuguismo político⁵⁰ y por una regulación más estricta de los bloques unipersonales, debemos señalar que ello no daría plena garantía para paliar la crisis de representatividad que afecta nuestro sistema político hace ya algunos años. Empero, entendemos que sí contribuiría a transparentar más el vínculo de representación de cara a la sociedad, y a

50. El ejemplo más extremo lo dispone la Constitución de Portugal, que en el artículo 163 establece: “1. Pierden el mandato los diputados: c) Que se inscriban en un partido distinto por el cual se presentaron en las elecciones”.

limitar prácticas que se nos presentan como viciadas y que no contribuyen a mejorar la calidad de la representación política.

Finalmente, la crítica formulada en este trabajo hacia el transfuguismo político, con fundamento en el rol que ocupan los partidos políticos en el mecanismo de la representación, no implica aseverar de manera absoluta que deba ser el partido el único canal para construir un vínculo de representación fuerte, democrática y legítima. Esta atribución exclusiva se desprende actualmente de la legislación y la jurisprudencia vigente en la materia. Con todo, entendemos que la perspectiva aplicada a esta problemática no es óbice para reflexionar respecto de la crisis que viven actualmente los partidos políticos en su estructura tradicional, y sobre la posibilidad de habilitar otros canales de participación para injerir en la política institucional. Así como el rol atribuido a los partidos políticos como canalizadores de expectativas surge de la realidad histórica que rodea el avenimiento de la forma representativa de gobierno, la historia puede en sus procesos dinámicos requerir la apertura de otros espacios o medios de actuación política, y plantear la necesidad de extender el campo de participación de la ciudadanía en la política y el Estado.

Bibliografía

- Burke, Edmund, “Discurso a los electores de Bristol”, en *Revolución y Descontento, Selección de escritos políticos de Edmund Burke*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- Carré de Malberg, R., *Teoría General del Estado*, México, FCE, [1922] 2000.
- Delgado Guembes, César, “Fragilidad partidaria y racionalidad del transfuguismo en Latinoamérica”, en Santolaya Machetti, Pablo y Corona Ferrero, Jesús M. (Directores), *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Navarra, Civitas, 2009.
- Lipset, Seymour Martin, *El hombre político*, Madrid, Tecnos, 1981.
- Locke, John, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Buenos Aires, Alianza, 1990.
- Manin, Bernard, *Los Principios del Gobierno Representativo*, Madrid, Alianza, 1998.
- Nohlen, Dieter, *Sistemas electorales y partidos políticos*, México, FCE, 1994.
- Nohlen, Dieter, *Diccionario de Ciencia Política*, México, Ed. Porrúa, 2006, Tomo II.

- Panebianco, Angelo, *Modelos de partido*, Madrid, Alianza, 1990.
- Rinesi, Eduardo, “Representatividad, legitimidad y hegemonía”, en S. Emiliozzi, M. Pecheny, M. Unzué (compiladores), *La dinámica de la democracia. Representación, instituciones y ciudadanía en Argentina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007.
- Santolaya Machetti, Pablo y Corona Ferrero, Jesús M. (Directores), *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Navarra, Civitas, 2009.
- Sartori, Giovanni, *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza, 1992.
- Sartori, Giovanni, *Partidos y Sistemas de Partidos*, Madrid, Alianza, 1999.
- Tomás Mallén, Beatriz, *Transfuguismo parlamentario y democracia de partidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Torres del Moral, Antonio, *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 3ª edición, 2010.
- Torres del Moral, A., “Réquiem por el mandato representativo”, en *Revista de Derecho Político*, Madrid, 2011, N°81.
- CSJN, “Ríos, Antonio s/oficialización candidatura Diputado Nacional-Distrito Corrientes”. 22/04/1987. Fallos: 310:819.
- CNE, Fallo N°3054/2002 del 24/09/2002. Causa “Padilla, Miguel M. s/inconstitucionalidad del art. 2° de la ley 23.298”.
- CNE, Fallo N°3738/2006 del 29 de agosto de 2006. Causa “Pagani, Enzo Luis s/presentación” (Expte. N°4164/05).
- CSJN, “U.C.R. C.F.I. partido Federal y FREJUPO s/ presentaciones sobre la forma de computar los votos de las elecciones del 14/5/89”. 16-11-1989- Fallos 312:2192.
- CSJN, “Alianza Frente por un Nuevo País s/ solicita cumplimiento del art. 54 de la Constitución Nacional elecciones del 14 de octubre de 2001”. 4/6/2003. Fallos 326: 1778.
- CNE, Fallo N°3571/2005 del 13 de octubre de 2005. Causa “Stolbizer, Margarita y otros s/promueven acción declarativa de inconstitucionalidad y solicitan medida cautelar (UCR)”.
- <http://lapoliticaonline.com/noticias/val/80168/dominguez-quiere-eliminar-los-monobloques-y-suma-criticas.html>
- <http://parlamentario.com/articulo-7272.html>
- <http://www.directoriolegislativo.org/fotos/2011/08/Evoluci%C3%B3n-de-los-bloques-legislativos.pdf>

Directivas anticipadas: un progreso legislativo

*Ma. Laura Ferrari, Miriam Guz, Laura Massaro, Gricelda Moreira, Adriana Ruffa y Graciela Soifer**

Resumen

La consagración legislativa de la figura de las Directivas Anticipadas, a partir de la sanción de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742 reafirma los profundos cambios que en las últimas décadas se han producido en la relación médico-paciente. La referida norma resalta y jerarquiza el valor de los derechos personalísimos, derivados de la libertad y de la autonomía, al regular la posibilidad de tomar decisiones relativas a la salud de las personas.

El trabajo, además de analizar el marco legislativo provincial e internacional, aborda críticamente las dificultades prácticas que se generarán a partir de los requisitos formales exigidos por la norma, susceptibles de afectar derechos protegidos por nuestra Constitución Nacional.

Palabras clave: bioética, autonomía, muerte, directivas anticipadas, dignidad.

Abstract

The legal establishment of Anticipated Medical Guidelines, by the law 25.529, amended by the law 26.742, reinforces the changes that have been

****** Miembros Integrantes del Seminario Permanente de Investigación en Bioética del Inst. A. L. Gioja, Facultad de Derecho (UBA): M. Ferrari (Abogada, argentina) M. Guz (Abogada, argentina); L. Massaro (Abogada, argentina); G. Moreira (Psicoanalista, uruguay); A. Ruffa (Abogada, argentina); G. Soifer (Médica, argentina), grupobioeticar@gmail.com

taking place, during the past decades, in the doctor-patient relationship. This statute highlights and reinforces the rights of liberty and autonomy, by regulating the possibility of deciding on personal health and care.

This paper, besides analyzing the local and international legal background, considers the practical difficulties that will arise from the formal requisites established by the law and that are susceptible of affecting individual rights under the Argentinean Constitution.

Keywords: bioethics, autonomy, death, advance directives, dignity.

I. Introducción

Con el cambio de paradigma de la relación médico-paciente que se ha producido en las últimas décadas, la actitud paternalista del profesional, que tiene una historia de más de veinte siglos, ha llevado a tener en cuenta las decisiones del enfermo ante las propuestas terapéuticas, invasivas o no, a fin de respetarlas.

Al paternalismo se lo define como un modo de actuación en el que un sujeto toma decisiones en nombre de otro, ignorando o sin otorgarle importancia a los deseos de ese otro.

El “paternalismo médico” es la acción por la cual el médico pretende hacerle bien al enfermo actuando según su propio concepto; el paciente es tratado como un ser incapaz de decidir sobre su propio bien. Este vínculo se caracteriza por una supuesta superioridad que determina una relación asimétrica y en la que la toma de decisiones se realiza en forma vertical, autorizando al médico a decidir, por sí solo, sobre todas las prácticas sanitarias.

Tradicionalmente, el vínculo médico-paciente se ha presentado como una relación fuertemente jerarquizada entre el experto, el “doctor”, quien porta el saber, y el “enfermo”, quien no sabe ni entiende y que además se encuentra en una situación de debilidad y de vulnerabilidad por los padecimientos que la enfermedad genera.

En esta actitud predomina la idea de beneficencia. Las acciones de los profesionales que integran el equipo de salud tienen como principal objetivo el “bien” del enfermo, definido de acuerdo a sus propios criterios. En este contexto la obligación de los profesionales de la salud es asegurar que el paciente nunca resulte perjudicado y que, además, reciba todas las intervenciones y prácticas disponibles para lograr su recuperación, aun cuando éstas

puedan ser excesivas. Con respecto al paciente, no le corresponde tomar decisiones ni discutir las prescripciones del médico.

Debe tenerse presente que el desarrollo tecnológico actual puede llevar a situaciones de mantenimiento de la vida a cualquier costo, en un intento de negar la realidad de la finitud humana; es bajo las circunstancias actuales que surge la necesidad de conocer la voluntad de las personas para aceptar o rechazar determinadas prácticas médicas.

El paternalismo médico se corresponde con una concepción sacerdotal del ejercicio de la medicina y mantuvo su vigencia desde la época de la medicina hipocrática griega, hasta que en el siglo XX fue resquebrajándose en virtud de una serie de factores. En primer lugar se produjo un debilitamiento de la figura del sacerdote-experto que todo lo sabe, para abrirse paso la idea de un diálogo entre sujetos racionales como modo de acuerdo y convivencia. Por otro lado la consagración del individuo como un ser autónomo y con derechos, capaz de dirigir satisfactoriamente su propia vida tomando las decisiones que atañen a su salud y a la integridad de su cuerpo.

Las Directivas Anticipadas son instrucciones precisas que toda persona capaz deja por escrito sobre qué tipo de cuidados desea recibir o no, cuando no pueda tomar decisiones o expresar su voluntad; esta práctica de la autonomía pone en conflicto la relación con el médico si éste pretende retomar el esquema paternalista e imponer su voluntad sobre la del enfermo.

El advenimiento de las Directivas Anticipadas aparece entonces como una consecuencia necesaria para garantizar la autonomía del individuo y hace visible el cambio de paradigma en la relación médico-paciente.

Es importante destacar que la sustitución del viejo modelo paternalista en salud por uno basado en la autonomía de las personas estuvo impulsada por el derecho. En la mayoría de los países fueron las decisiones judiciales y legislativas, mucho más que el convencimiento y la reflexión de los profesionales de la salud, las que contribuyeron a que se fuera consolidando el nuevo modelo.

Quienes muestran reparos sobre la efectividad de las Directivas Anticipadas como expresión de la voluntad del sujeto, argumentan que en ocasiones éstas pudieron ser manifestadas varios años antes de que ocurra la situación de riesgo vital y además que no siempre pueden contemplarse los cambios subjetivos de la persona, ni los avances científico-tecnológicos acaecidos desde la suscripción del documento.

Desde ya, cada caso es individual y requiere un análisis particularizado para poder tomar decisiones ante el problema bioético que se genera en la práctica.

Desde lo jurídico el cambio tiene su correlato en el protagonismo alcanzado en las últimas décadas por los derechos personalísimos, en lo que concierne al derecho privado. En tanto que igual misión es llevada a cabo desde los derechos humanos en lo que incumbe al derecho público.

En este contexto, en 2009 fue sancionada –casi en silencio–, la ley 26.529 de “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Historia Clínica y Consentimiento Informado”, que regula los derechos de los pacientes en lo que atañe a su atención médica.

De este modo, la ley incorpora al ordenamiento una nueva figura, sin precedentes en la tradición jurídica argentina: las *directivas anticipadas de salud* (DAS). La figura originariamente procede del derecho norteamericano, donde recibe la denominación de testamento vital (*living will*).

Si bien los derechos personalísimos –tales como el derecho a la intimidad, a la privacidad, a la autodeterminación, a la dignidad humana– tienen raigambre constitucional en orden a lo normado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en tanto que el derecho a la salud fue reconocido por los tratados internacionales incorporados a nivel constitucional, no existía –hasta la sanción de la ley 26.529– norma alguna que los consagre de forma expresa.

Desde la sanción de la ley 26.529 y su posterior reforma, quedaron plasmados y especificados derechos que hacen a la relación médico-paciente tales como: consentimiento informado, autonomía de la voluntad, información sanitaria, confidencialidad, trato digno y respetuoso, historia clínica, muerte digna, directivas anticipadas, entre otros.

Es nuestro objetivo abordar la temática de las Directivas Anticipadas poniendo especial énfasis en las cuestiones que genera la puesta a punto de este derecho y analizar su modo de instrumentación desde la ley 26.529. La propuesta contempla también conocer la implementación legislativa de las DAS en el ámbito nacional y provincial –en lo que atañe al derecho vernáculo– y desde el panorama internacional a partir de lo que se ha expresado desde el derecho comparado.

II. Breve reseña histórica de la mutación del concepto de muerte

Las DAS abordan de modo elíptico la idea de muerte, dado que de alguna manera estas directivas funcionan como previsión de las condiciones bajo las que se ha de deliberar el modo de vivir y de morir.

En tiempos lejanos el hombre estaba advertido de la muerte, a no ser que le llegara abruptamente. Ese aviso estaba dado desde los hechos naturales hasta por convicción.

La muerte se esperaba en el lecho, era una ceremonia pública y organizada por el propio moribundo. Participaban parientes, amigos, vecinos y niños. Era apacible, sin dramatismos.

La pintura académica de la segunda mitad del siglo XIX abunda en escenas de este tipo.

El hombre se resignaba sin demasiada pena a la idea de la mortalidad.

La muerte era familiar, indiferente, serena, su llegada estaba prevista. Sin embargo, la relación entre los vivos y los muertos era de distancia, respeto, casi con una actitud temerosa hacia ellos. Un ejemplo es la arquitectura funeraria en la antigüedad. En tanto, la ley de las doce tablas en Roma prohibía el entierro *in urbe* –dentro de la ciudad–, de modo tal que los muertos se depositaban al borde de las rutas.

Fue recién con el culto a los mártires –de origen africano–, que eran enterrados en las necrópolis suburbanas, que el cementerio ingresó a la ciudad y desapareció la separación entre la abadía –a cargo del cementerio– y la iglesia catedral.

En la Edad Media y todavía en los siglos XVI y XVII, poco importaba el destino exacto de los huesos con tal que permanecieran junto a los santos o en la iglesia, es más, el cuerpo era confiado a esta última. Al lugar donde depositaban los cuerpos se lo denominaba osario.

El cementerio no siempre era necesariamente el sitio donde se enterraba, podía ser también un lugar de asilo, convirtiéndose éste en un punto de encuentro, de reunión, como el foro romano o *piazza* mayor –para comerciar, jugar y hasta bailar–. Los muertos y los vivos estaban familiarizados, no era extraño encontrar huesos en la superficie.

Fue en el concilio de Rouen del año 650 que se prohibió bailar en el cementerio o en la iglesia.

La concepción de muerte como destino provocó una familiaridad con el tema que le brindó un marco adecuado para su aceptación.

Hacia el siglo XVI hay una vinculación de la muerte y lo sexual, erótico. El arte da testimonio de ello: Bernini en su famosa escultura expresa la unión mística de Santa Teresa con Dios, pone en relación la agonía con el éxtasis del trance amoroso, y, de hecho, la denominó “El éxtasis de Santa Teresa”.

El romanticismo negro –que tuvo entre sus exponentes a artistas tales como Goya (en su última etapa) y Delacroix– se encargó de unir al monje con la bella muerte que está velando.

En el siglo XVIII, las placas –identificadorias– con una inscripción sencilla se vuelven cada vez más numerosas. Comenzaba a tener importancia la identidad del difunto.

En la Edad Media, el hombre occidental, rico, poderoso o letrado se reconoce a sí mismo en su muerte.

A partir de esta centuria, el hombre de las sociedades occidentales tiende a dar un sentido nuevo a la muerte. La dramatiza, la exalta, la hace impresionante. Al igual que el acto sexual, la muerte es considerada una transgresión, la muerte es una ruptura. La muerte agita a la gente, genera llantos, rezos, gritos, gesticulaciones. Se transforma en intolerable la separación. Conmueve.

Es precisamente en ese siglo cuando se produce un cambio cultural en occidente. Surge una desacralización de la muerte, se hace laica.

Por otro lado el testamento, que antes había sido la manera de expresar los pensamientos más íntimos de quien lo otorgaba, su fe, sus convicciones, incluyendo cláusulas piadosas –que comprometían al ejecutor testamentario a cumplir la voluntad del difunto–, se transforma: pasa a ser algo laico, se separa lo vinculado al patrimonio del resto de sus voluntades, que –a la sazón– pasan a ser comunicadas oralmente a los familiares. De modo paralelo, se transforma el vínculo familiar que comienza a fundarse en relaciones de afecto y sentimientos.

Desde fines de la Edad Media hasta el siglo XVIII, el duelo implicaba la obligación de los parientes de expresar su pesar por la muerte, estipulándose la contención de los otros por la pena que padecía.

En el siglo XIX el duelo se transforma –nuevamente– en una ostentación, demostraciones de exceso. Los muertos comienzan a ser enterrados en la propiedad familiar, se comienza a visitar el lugar, el recuerdo lo hace inmortal. El cementerio recupera su zona física y a la vez moral, que había ocupado en la antigüedad y se había perdido en la Edad Media. La muerte se vuelve vergonzosa y ajena.

En esta época, el moribundo debe ser protegido, se evita el malestar y la emoción intensa. Ya no se muere en la casa, se muere en el hospital y a solas. Es una cuestión técnica y –en muchos casos– el que muere, hace ya tiempo que perdió la consciencia.

Se modificaron los ritos funerarios, de modo tal que no se note que pasó la muerte. Si hay ceremonia debe ser muy discreta –ya no se da el pésame– y no se entierra a los muertos, no se los visita, no tienen lugar, se los hace desaparecer, se los crema, se los olvida, se los anula, se los prohíbe. Es casi un pecado ante un mundo que aboga por la felicidad perpetua. Nos sentimos inmortales.

Hasta la década del sesenta del siglo XX las personas morían en sus casas, rodeadas de sus familiares. Desde los setenta, con la puesta a punto de las unidades de terapia intensiva las personas mueren en calidad de pacientes en los hospitales, en las salas de terapia intensiva, conectados a una máquina, solos, sin signos de humanidad a su alrededor, sin contacto con otros semejantes.

Quizá éste sea el punto de inflexión a partir del cual se comenzó a desarrollar a nivel legislativo un tímido respaldo a cuestiones relacionadas con la muerte ya alejada de la normativa atinente al patrimonio del difunto.

Ahora existe la posibilidad de elegir dónde y cómo morir.

Es en tal tesitura que el derecho a la autodeterminación, que se manifiesta en las DAS, representa un caso de ejercicio de un derecho personalísimo o derechos de la personalidad, que asoman enfrentando los paradigmas del Código Civil francés, que giraba en torno al patrimonio y al concepto de dominio con los consiguientes derechos del propietario.

Vale referir que el concepto de muerte no surgía de la legislación argentina, hasta que fue introducido en los artículos 23 y 24 de la ley 24.193 de trasplantes de órganos, donde se la denomina, “respetuosamente”, fallecimiento.

El artículo 23 dispone que “El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta: a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) Ausencia de respiración espontánea; c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI). La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible”. En tanto

que el artículo 24, reza: “A los efectos del artículo anterior, la certificación del fallecimiento deberá ser suscripta por dos (2) médicos, entre los que figurará por lo menos un neurólogo o neurocirujano. Ninguno de ellos será el médico o integrará el equipo que realice ablaciones o implantes de órganos del fallecido. La hora del fallecimiento será aquella en que por primera vez se constataron los signos previstos en el artículo 23”.

Ambos artículos han sido reglamentados por la Resolución 275/2010 del Ministerio de Salud –mediante la aprobación del Protocolo Nacional para Certificar el Diagnóstico de Muerte Bajo Criterios Neurológicos.¹

Queda aquí expuesto que el avance de la ciencia permitió determinar un concepto de muerte, para definir una circunstancia inevitable de la vida, que hasta el siglo XXI ocurría sin estamento legal.

Sobre el particular, cabe precisar el concepto de distanasia. Si bien la expresión no es popular en Latinoamérica –con excepción de Brasil–, es interesante constatar que el diccionario Aurelio de la lengua portuguesa, define “distanasia” como “muerte lenta, ansiosa y con mucho sufrimiento”, se trata de un neologismo de origen griego, en el cual el prefijo griego *dys* tiene el significado de “acto defectuoso”. Por tanto, etimológicamente, distanasia significa prolongamiento exagerado de la agonía, sufrimiento y muerte del paciente. El término también puede ser utilizado como sinónimo de tratamiento inútil, cuya consecuencia es una muerte médicamente lenta y prolongada, con mucha frecuencia acompañada de sufrimiento.

Entre los dos extremos (eutanasia –práctica que la ley procura prohibir– y distanasia) se encuentra la actitud que honra la dignidad humana y preserva la vida y es la que muchos bioeticistas llaman “ortotanasia”, para hablar de la muerte digna, sin abreviaciones innecesarias y sin sufrimientos adicionales, esto es “muerte en su tiempo cierto”.

El hecho de contar con una ley que otorga la posibilidad de dejar sentado el modo en que queremos escribir el último capítulo de nuestra biografía da cuenta en sí mismo de la necesidad que ha comenzado a surgir en cada uno de nosotros, como sujetos pasibles de muerte, de elegir, decidir, y exigir que se acepten dichas directivas. No se trata de dejar asociado el concepto de DAS solamente a la idea de muerte digna, pero tampoco es posible esquivar el tema. Sin lugar a dudas la figura de las DAS se vincula íntimamente

1. <http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/164250/norma.htm>.

al derecho a la dignidad de la vida y al respeto por las decisiones personales referidas a la salud en cada sujeto.

III. Directivas anticipadas. Derecho a la dignidad de la vida y a la autodeterminación

Para entender la trascendencia de la expresión directivas anticipadas de salud (DAS) y los dilemas que genera su implementación, deviene menester precisar el concepto.

Sobre el particular se ha expresado que “La autonomía de la voluntad, libertad consustancial del paciente a la hora de recibir prestaciones o tratamientos sanitarios, y por lo tanto del derecho de aceptarlos o rechazarlos, puede ejercitarse no sólo en el momento actual, sino también para el futuro. Se trata de una autonomía prospectiva, la cual, en palabras de Juan J. Zamarrigo Moreno (*Bioética, religión y derecho*, Madrid, 2005) supone un sistema de reflexión sobre el porvenir, imaginándolo a partir del futuro y no del presente; previendo las situaciones en que el individuo se encontrará situado, en cuya virtud indica al médico que pueda encargarse de su asistencia, los procedimientos que quiere o no quiere que se realicen, mediante un documento llamado indistintamente ‘directivas anticipadas’, ‘testamento vital’ o ‘biológico’, ‘voluntades anticipadas’, ‘instrucciones previas’. Tal como lo afirman Jorge Manzini y Eduardo Tinant, por voluntades anticipadas se entiende pues, la manifestación escrita, datada y fehaciente de toda persona capaz que libremente expresa las instrucciones que deberán respetarse en la atención y el cuidado de su salud, en previsión de una incapacidad propia que pudiera padecer con el fin de que esas directivas anticipadas se cumplan en tal supuesto. Éstas se refieren a las libertades personales del individuo y no a disposiciones o estipulaciones patrimoniales, propias del derecho civil (aunque se expresen juntas). La declaración de voluntad así emitida reviste en cierto modo el carácter de un consentimiento libre e informado, en todo caso ‘anticipado’”.

La VIII Jornada Notarial Iberoamericana² aprobó la denominación derecho de autoprotección, que había sido propuesto por la delegación española; en tanto en estas tierras el Dr. Rabinovich Berckman lo llama “declaración vital de voluntad”.

2. VIII Jornada Notarial Iberoamericana, Veracruz, México, 1998, Libro I, p. 1.

Mención aparte merece la noción de *living will*, instituto de joven edad y creación doctrinaria, que implica la libre voluntad de la persona, otorgada en tiempos de capacidad, para regir durante una época de la vida en que no fuese así. Se apunta a la facultad de una persona hábil para disponer válidamente en lo personal y lo patrimonial para el caso futuro en que le sobrevenga una discapacidad o una incompetencia, que lo prive del discernimiento o no le permita expresar su voluntad.³

Parte de los juristas entiende que dentro del *living will* existe una subclasificación que se denomina directivas anticipadas de salud, teniendo por tales a las manifestaciones valorativas de los pacientes en cuanto al tema de la enfermedad. Son ellas las expresiones acerca del trato que les gustaría recibir, en ocasión de enfrentar situaciones de riesgo o de discapacidad, para el caso que no estuviesen en aquel momento en condiciones de manifestarse.⁴

Más ampliamente, el *living will* constituye el derecho de todo ser humano a decidir sobre su persona y sus bienes para una eventual pérdida de discernimiento futuro y asimismo, la posibilidad de su curación efectiva.

Estos actos, debidamente instrumentados, permiten enmarcar enunciaciones relativas a establecer fehacientemente los deseos para administrar y disponer de sus posesiones, designar curador, determinar las disposiciones para el cuidado y decoro personal, otorgar poderes que permanezcan subsistentes ante una incapacidad aleatoria, total o parcial y fijar los derechos personalísimos.

En las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se concluyó que las manifestaciones anticipadas de voluntad en materia de tratamientos médicos constituyen una forma específica de consentimiento informado. Asimismo se interpreta que la finalidad de estas declaraciones es preservar la inviolabilidad de la persona y el respeto de su dignidad.

La recepción de las directivas anticipadas de salud en Argentina se produce a nivel normativo a través de la versión original del artículo 11 de la ley 26.529, que estipuló que son “declaraciones de voluntad efectuadas de

3. N. A. TAIANA DE BRANDI, “Directivas Anticipadas: ejercicio de la autonomía prospectiva en caso de discapacidad o incompetencia. El acto de autoprotección”, *Revista Perspectiva Bioética*, FLACSO, 14, N°26-27, 2009.

4. P. J. PIERRE - D. A. HOLLMANN, “Voluntad Anticipada. Testamento Vital. Autocuratela. Autoprotección”, *El Derecho*, 29 de enero de 2010, p. 2.

manera libre por una persona mayor de edad mediante las cuales manifiesta anticipadamente decisiones vinculadas a su salud, sin necesidad de expresión de causa alguna, las que deberán ser tenidas en cuenta en el momento que existan circunstancias que no le permitan expresar personalmente dicha voluntad”.

En mayo de 2012 se sancionó la ley 26.742 –modificatoria de la ley 26.529– que agregó un segundo párrafo al artículo 11, que dispone que las directivas anticipadas deberán “formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en cualquier momento por quien la manifestó”.

Las DAS implican un gran avance a nivel legislativo, exponen una prerrogativa hacia el respeto y la valoración del principio de autonomía de la voluntad –en particular– y de los derechos personalísimos –en general.

Es que ellas son una herramienta para que las personas puedan expresar su voluntad, a efectos de que resulten explicitados qué cuidados quieren recibir en situaciones en que no podrán ya expresarlo, ya sea por su estado de inconsciencia o enfermedad grave e irrecuperable.

Si bien el fin de estas directivas es que se respete la voluntad del paciente, haciendo uso del principio de la autonomía de la voluntad, la ley establece como límite que esas determinaciones no sean prácticas eutanásicas, prohibidas por el ordenamiento jurídico.

Como antecedente, la ley 17.132⁵ –de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividad de Colaboración de las mismas– en su artículo 19 inciso 3º establece que se debe “respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o delitos...”. En el orden provincial fue la ley 4.263 de la provincia de Río Negro, sancionada en el año 2007, la primera norma que reflejó expresamente el principio de autonomía.

A partir de lo legislado queda expuesto que un paciente competente, en ejercicio de su autonomía y en un ámbito de libertad absoluta, puede rechazar un tratamiento médico ya sea en forma escrita a través de las DAS o verbalmente en caso de poder hacerlo. Todo ello en clara alusión a los

5. <http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/19429/texact.htm>.

principios de la bioética: autonomía, beneficencia o no maleficencia, como contracara del mismo principio, y justicia.

El médico a cargo debe por el principio de autodeterminación del paciente y el de no maleficencia, respetarla. Al galeno o equipo de salud tratante sólo les queda plantear la objeción de conciencia (fundada también en Convenciones Internacionales) que será respetada con su consecuente derivación a otro equipo de salud o profesional médico, conforme lo establece el artículo 19 inciso 2 de la ley 17.132 antes mencionada.

El médico debido a su posición de garante está obligado a utilizar los conocimientos científicos para proteger la vida del paciente en cuanto le sea posible, so pena de incurrir en responsabilidad penal por acción u omisión.

Sobre este punto es de destacar la modificación (a la ley 26.529) introducida por la ley 26.742 en lo que atañe a la relación médico-paciente, cuando en su artículo 11 bis incorpora la disposición eximente de responsabilidad: “Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma”.

Sin embargo, el legislador mantuvo y no derogó el artículo 21 de la ley de Derechos del Paciente que dice: “Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiese corresponder, los incumplimientos de las obligaciones emergentes de la presente ley por parte de los profesionales y responsables de los establecimientos asistenciales constituirán falta grave, siendo pasibles en la jurisdicción nacional de las sanciones previstas en el título VIII de la ley 17.132 –Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares de las mismas– y, en las jurisdicciones locales, serán pasibles de las sanciones de similar tenor que se correspondan con el régimen legal del ejercicio de la medicina que rija en cada una de ellas”.

La interpretación armónica de ambos textos legales (artículos 21 y 11 bis) no parece una tarea sencilla. Los eventuales damnificados podrán iniciar acciones por “un obrar en desacuerdo con las disposiciones de la ley de reforma de la ley 26.529”, conforme el artículo 11 bis o por “incumplir la ley de Derechos del Paciente”, según el artículo. 21.

Al respecto ha sido conveniente y oportuno el dictado del Decreto N°1089 del Poder Ejecutivo, en julio de 2012, que aprobó la reglamentación de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742. La referida norma, aun dejando sin reglamentar el artículo 11 bis, fijó en el artículo 11 (Directivas Anticipadas) un claro criterio interpretativo al establecer: “En ningún caso

se entenderá que el profesional que cumpla con las Directivas Anticipadas emitidas con los alcances de la ley 26.529 o su modificatoria, ni demás previsiones de ellas o de esta reglamentación, está sujeto a responsabilidad civil, penal, o administrativa derivada de su cumplimiento”.

Situación aparte se genera a partir de la revocabilidad del acto en sí, dado que la decisión del paciente o de su representante legal en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional debe acatar esa manda y debe dejar expresa constancia de ello en la historia clínica. Asimismo, la norma prevé que debe acreditarse fehacientemente dicha manifestación y que ésta haya sido adoptada conociendo los riesgos previsibles.

Además para el caso de revocación al rechazo dado a los procedimientos indicados, el médico actuante aceptará tal decreto si se mantienen las condiciones de salud que en su momento aconsejaron dicho tratamiento, dejándolo asentado en la respectiva historia clínica con su debido fundamento (artículo 10 de la ley 26.529).

Resulta relevante poner atención a los casos en que el paciente decide cambiar su disposición de no tratarse y comenzar a hacerlo. Si no estuviese consciente pero lo hubiese dejado expresado por escrito, sus autorizados podrán hacerlo en su nombre, de ahí la importancia de la capacidad moral de los representantes. Ya que tanto puede haber pedido que no se le hagan intervenciones o procedimiento invasivos y cambiar de idea, como a la inversa. Se trata entonces de un ámbito en el que debe prevalecer la bioética, donde no deben mezclarse intereses mezquinos personales.

IV. Génesis. Breve reseña jurisprudencial

El axioma “no existen enfermedades sino enfermos” cobra énfasis en la actualidad. El cuerpo y la persona resultan inescindibles poniéndose en juego sus deseos, miedos y necesidades. Adquiere relevancia lo concerniente al ámbito sociocultural, familiar, religioso, como también los derechos que invisten a la persona en este siglo.

Es en este escenario donde las DAS, fundadas en los principios de la bioética: autonomía y beneficencia (que implica el de no maleficencia), cobran mayor fuerza y auge.

Se puede decir que los antecedentes de este tipo de determinaciones sobre la salud se manifestaron –en un principio– con la oposición de los

Testigos de Jehová a aceptar transfusiones de sangre, con fundamento en convicciones religiosas. La Biblia señala la prohibición de la ingesta de determinados alimentos lo que en la actualidad es interpretado por los seguidores de ese credo como la prohibición absoluta de incorporar sangre ajena al propio cuerpo. El libro de Hechos, capítulo 15, versículo 20 dice “que se abstengan de las cosas contaminadas por los ídolos y de la fornicación y de lo estrangulado y de la sangre”. En igual sentido, ese texto religioso advierte: “En cuanto a cualquier hombre de la casa de Israel o algún residente forastero que esté residiendo como forastero en medio de ustedes que coma cualquier clase de sangre, ciertamente fijaré mi rostro contra el alma que esté comiendo la sangre, y verdaderamente la cortaré de entre su pueblo”; y agrega:” Porque el alma de la carne está en la sangre y yo mismo la he puesto sobre el altar para ustedes para hacer expiación por sus almas, porque la sangre es lo que hace expiación por el alma en ella”.

Esa exigencia –formulada desde el culto profesado– provocó la necesidad de instrumentar la voluntad de decidir su futuro en cuestiones atinentes a la propia salud y a los tratamientos médicos permitidos o prohibidos.

Esa posición y su respectiva puesta en práctica se revela entonces como un real antecedente de lo que a partir de la sanción de la ley 26.529 obtuvo consagración legal como directivas anticipadas de salud (DAS). Es de hacer notar que hasta ese entonces, esa categoría de decisiones no tenía aval en la legislación nacional, aunque sí registraba importantes antecedentes jurisprudenciales y había sido receptada en algunas legislaciones provinciales.

Un antecedente jurisprudencial sobre la materia,⁶ que expuso con mayor crudeza la necesidad de consagrar el derecho a poder decidir sobre el propio cuerpo, se hizo evidente en el caso del paciente que negó su consentimiento para la amputación de su extremidad inferior (pierna hasta rodilla). Esa negativa implicaba dejar expandir la gangrena, lo que podía causarle la muerte.

El paciente tenía un conocimiento acabado de esas consecuencias y pese a ello no consintió la operación mientras que el hijo (quien inició la presentación judicial) afirmaba que su padre carecía de discernimiento para tomar esa decisión.

6. Decisión del juez Pedro Hooft, en autos “Servicio de Salud Mental del Hospital Interzonal General de Agudos, Mar del Plata s/Acción de amparo”, publicado en la Revista Jurídica *El Derecho*, Buenos Aires, Año 1998, T° 176, p. 332 y ss.

El juez se presentó en el hospital –donde el paciente se encontraba internado– y después de requerir todos los testimonios e informes del caso, pudo concluir que, si bien las facultades del paciente podían estar algo disminuidas, esa disminución no era suficiente para declararlo incapaz, por lo que dictaminó a favor de su negativa sosteniendo que “...allí donde el paciente exteriorizó reiteradamente que la amputación era contraria a la forma en que él mismo se concebía como sujeto, el parecer diferente de un juez debe resignarse, puesto que de lo contrario suplantaría o impondría al destinatario de la decisión una condición de vida que él expresamente desechó...”.

Otro pronunciamiento posterior en materia de DAS es el caso “M”⁷ donde es de resaltar el análisis médico y bioético llevado a cabo por el juez de la causa. La paciente padecía una enfermedad degenerativa e irreversible y solicitó no someterse a intervenciones cruentas e invasivas como la gastrostomía y traqueostomía.

Frente a estos hechos, la Defensora Oficial enfatizó que “ante la claridad de las respuestas categóricas de la paciente, su lucidez mental, madurez y seguridad en sus convicciones, considera que ‘M’ es una persona capaz de obrar y competente para decidir y por ello entiende que se debe admitir la petición judicial y respetar la declaración de voluntad que la causante hiere en carácter de directiva anticipada, por haber sido realizada con plena capacidad para efectuar juicios razonados, con conocimiento y adecuada información de la situación y en condiciones de estabilidad emocional”. Al mismo tiempo, aseveró que “aceptar la directiva anticipada implica un avance en la consolidación del principio de autonomía y del derecho del paciente a rechazar tratamientos que –como en el caso– prolonguen su vida artificialmente a costa de su calidad de vida y dignidad”.

En ese sentido, el Comité *Ad Hoc* del Programa Temático Interdisciplinario en Bioética de la Universidad Nacional de Mar del Plata sostuvo “que las DAS constituyen un instrumento legal cada vez más necesario en el entramado médico jurídico existente hoy día, en la concreción del derecho a la libre decisión, a la calidad de vida y a la preservación de la salud como proceso integral biológico, psicológico, social e histórico...”.

7. Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N°1 de Mar Del Plata, Buenos Aires, 25/07/2005.

Una vez más, se puso de manifiesto y se reforzó el precepto con base constitucional de respetar la autonomía de la persona, haciendo referencia a las conductas autorreferentes, decisiones autónomas que hacen a la idea de la dignidad de la persona humana y al respeto a sus libertades fundamentales.

En ese entendimiento se desarrolla de modo paralelo el creciente interés del paciente en participar en la toma de decisiones que hacen a la salud, la vida y a la dignidad, lo que a su vez habilita un ejercicio pleno de la ciudadanía.

El fundamento doctrinario del fallo se sustentó en la opinión del distinguido profesor doctor Germán Bidart Campos, al afirmar que “en una democracia constitucional, en la que la dignidad y el valor de la persona humana ocupan un lugar prioritario y central, dicha dignidad exige que se respeten las decisiones personales, el propio plan o proyecto de vida que cada cual elige para sí, en la medida en que no perjudique a terceros, ni afecte al bien común: la intimidad y la privacidad (el *right of privacy* de los anglosajones) es un aditamento de la dignidad, de manera que, en nuestra filosofía constitucional, el principio de autonomía personal se halla unido indisolublemente a la dignidad”.⁸

Por lo tanto, desde la perspectiva constitucional se puede afirmar que la cuestión remite al artículo 19 de la Constitución Nacional, cuyos alcances en torno a las directivas anticipadas fueron claramente explicitados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el paradigmático caso “Bahamondez”.⁹ Con distintos argumentos la Corte admitió la objeción a la transfusión de sangre, presentada por pacientes mayores de edad y capaces, fundada en razones religiosas o en la prerrogativa según la cual es posible disponer del propio cuerpo, de la propia vida, y de cuanto le es propio, y esa negativa anticipada resulta obligatoria para sus familiares, médicos y merece respeto y acatamiento.

8. G. J., BIDART CAMPOS; D. H., HARRENDORF, *Principios, Derechos Humanos y Garantías*, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1991.

9. Bahamondez, Marcelo, Corte Suprema de Justicia de la Nación, en La Ley 1993-D, 130, con nota de Néstor Pedro Sagüés; con nota de Hebe Mabel Leonardi de Herbón; Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional, 370, con nota de Adelina Loianno; DJ 1993-2, 501, Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional, La Ley 2002, 569, con nota de Carlos E. Fernández Videtti; Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil, Parte General, Director: José W. Tobías, Editorial La Ley, 2003, 55, con nota de José W. Tobías.

Los argumentos vertidos por varios de los Ministros de la Corte Suprema de la Nación de aquel entonces han, sin duda, enmarcado hacia el futuro los principios constitucionales que subyacen y sostienen el derecho de las personas a decidir sobre aspectos vinculados a su salud y a determinar su propio plan de vida. Entre ellos cabe destacar lo manifestado en su voto por los doctores Belluscio y Petracchi al interpretar el alcance del artículo 19 de la Constitución Nacional: “El artículo 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros”.

Para agregar en otro de los fundamentos que “La libertad de una persona adulta de tomar decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés”.

Además se sostiene que “no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros”.

Complementando lo anteriormente expuesto, se afirmó: “El derecho más trascendente del médico y su obligación más esencial, es la de curar a los individuos enfermos dentro de sus posibilidades. Sin embargo, este derecho y esta obligación encuentran sus límites en el derecho del individuo a determinar, en principio por sí mismo, acerca de su cuerpo. Constituiría una intromisión antijurídica en la libertad y la dignidad de la persona humana si un médico –aun cuando estuviese fundado en razones justificadas desde el punto de vista médico– realizare, por sí, una operación de consecuencias serias en un enfermo sin su autorización, en el caso que previamente hubiese sido posible conocer en forma oportuna la opinión de aquél. Pues, aun un enfermo en peligro de muerte, puede tener razones adecuadas y valederas, tanto desde un punto de vista humano como ético, para rechazar una operación, aun cuando sólo por medio de ella sea posible liberarse de su dolencia”.

A modo de síntesis conclusiva y a partir de fundamentos diversos pero sustancialmente coincidentes expuestos en los distintos votos en la sentencia “Bahamondez”, se infiere que tratándose de conductas autorreferentes

—aquellas con relación a las cuales las consecuencias sólo recaen sobre la propia persona, no afectan derechos de terceros y no comprometen intereses públicos relevantes—, las decisiones autónomas hacen a la idea misma de la dignidad de la persona humana y al respeto a sus libertades fundamentales.

V. Principio de autonomía. Capacidad y competencia. Fundamentos constitucionales y su funcionamiento desde el derecho positivo

Hasta la sanción de la ley 26.529 la cuestión se resolvía a través de dictámenes de Comités de Ética —los cuales no son jurídicamente vinculantes— y en situaciones de mayor gravedad, personas en estado vegetativo o con enfermedades degenerativas terminales, se planteaba la judicialización del caso o se dejaba en manos de la familia o de los médicos la resolución de dicho tema.

Cuando la tecnología desarrolla una serie de procedimientos que pueden agredir o ir contra la integridad física o psíquica del individuo, el principio de autonomía, habilita al paciente a tomar decisiones al respecto. La autonomía, entonces, no es un atributo absoluto sino que varía en función de las circunstancias personales que difieren según determinados factores culturales, sociales, económicos, que hacen a la persona competente para algunas decisiones y no para otras, en determinado momento y espacio.

Así pues, el principio de autonomía está conformado por dos reglas esenciales: 1- la libertad y 2- la capacidad de actuar, lo que implica la obligación de respetar la libertad de cada persona para decidir por sí y sobre sí. Pero esta garantía de los derechos individuales sólo puede hacerse efectiva si está basada en la información y comprensión adecuada. De este deber de información del médico, su comprensión y posterior aceptación por parte del paciente, surge “el proceso del consentimiento informado” o, como lo llaman algunas legislaciones, “consentimiento libre y esclarecido”. Siempre debe considerarse que del hecho de informar no se infiere necesariamente la comprensión, más aún cuando el sujeto al que está dirigida la información se encuentra en una situación de vulnerabilidad a raíz de la enfermedad que padece.

La competencia para la toma de decisiones en salud es una situación que deberá ser evaluada para cada situación en particular, en cada sujeto y

en cada contexto específico y es ahí donde la competencia no se consagra como sinónimo de capacidad legal.

Es dable establecer que para el derecho la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción; tal escala de mensura ha de ser estipulada en cuestiones de competencia, la que corresponde presumir. Es decir, toda persona es competente para decidir sobre su cuerpo y su salud hasta que se demuestre lo contrario y no hay una condición particular, ni hábito de vida (tóxicómanos, alcohólicos, etc.) que coloque al sujeto fuera de este sitio, salvo que así sea demostrado previamente.

Así, los actos humanos se predicen voluntarios siempre que sean ejecutados con intención, discernimiento y libertad (artículo 897 del Código Civil). El error obsta a la intención y con ello a la comprensión y a la decisión tomada, de ahí la importancia del modo en que se transmite la información de manera tal que sea asequible por el receptor. La cuestión del discernimiento se ajusta por un lado a límites numéricos establecidos para la minoridad y por otro a la enfermedad mental, es ahí donde penetra la idea de competencia gradual para la toma de decisiones. En tanto que la libertad no se configura en cuanto aparecen la violencia o la coerción (artículo 900 del Código Civil).

Se predica entonces la importancia de revelar la información material, considerando que el intercambio se produce entre un profesional y un profano y que caer en un error importaría la carencia de intención y con ello, la falta de voluntariedad de la decisión. Aclarados esos aspectos le queda siempre al paciente decidir a favor o en contra del plan propuesto y autorizar que se ejecute el elegido.

A su vez, corresponde señalar que el derecho a la información con que cuenta un paciente, como previo a un procedimiento médico, presenta una contracara, que es el “derecho a no saber”. Es decir que el paciente también tiene el derecho a renunciar a recibir información relevante para someterse a un tratamiento médico. Una vez más afirmamos que para la realización de este derecho no podrán darse reglas fijas y que el equipo de salud deberá actuar de acuerdo con las características propias de cada paciente.

Lo atinente a la competencia y capacidad es una cuestión de peso en materia de consentimiento informado, pero es en la esfera abarcada por las DAS donde alcanza su punto cúlmine. Es que las DAS llevan ínsitas una cuestión de anticipación, previsión, mirada a futuro que se une a la consideración de poder hallarse impedido de las aptitudes requeridas para tomar una decisión

en el momento en que esto sea necesario y que a la vez esa resolución pueda ser reputada legalmente válida. Es allí donde se observa de manera palpable la importancia de la formalización de las directivas anticipadas.

Por ejemplo, ante la propia incapacidad y en uno de los supuestos posibles, frente a la necesidad de un operativo médico, antes de solicitarse el consentimiento del curador o al familiar, resulta legítimo respetar el deseo del propio paciente, expresado fehacientemente y documentable en los tiempos en los que aún era capaz.¹⁰ Las Naciones Unidas dispusieron: “...La interdicción o incapacitación, debe ser reemplazada paulatinamente por mecanismos de apoyo, que podrán ser personales o a cargo de instituciones, o redes de apoyo, organizadas para ayudar a las personas que lo necesitan, sea en el ámbito económico o personal, para el ejercicio de la capacidad jurídica. La adaptación de la legislación debe estar precedida de un cambio de conciencia social, basada en la idea de justicia, equidad, igualdad y también de solidaridad, brindando un apoyo social que se centre en las capacidades y no, en las deficiencias, para una participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás. El cambio deberá ser acompañado con el diseño de políticas públicas...”¹¹

En esta tesitura es de resaltar que las DAS comportan una derogación tácita del inciso 4° del artículo 1963 del Código Civil, en cuanto instituye que el mandato se acaba “por incapacidad sobreviniente del mandante o mandatario”. Ese artículo se expide en forma expresa sobre la extinción por inhabilidad. Se trata de entender entonces, la posibilidad de validez de aquellos poderes en previsión de la propia incapacidad.

Así, por ejemplo, las Jornadas Civiles de Mar del Plata celebradas en 1995, recomendaron dejar constancia en el instrumento del poder que, por haber sido previsto para la incapacidad, no quedaría revocado al producirse el supuesto consignado. Derogado tácitamente o no, es una norma que en la actualidad se presta a controversias.

Las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil expresaron: “El derecho conlleva la facultad de previsión de la propia incapacidad y la plena validez y

10. N. A. TAIANA DE BRANDI - L. R., LLORENS, “El consentimiento informado y la declaración previa del paciente”, *R. d N.*, N° 866, 2001, p. 84.

11. Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad.

eficacia de las manifestaciones de voluntad que por escrito, realice la persona cualquiera sea la denominación que se otorgue a tales documentos”.¹²

En una sentencia dictada por la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires¹³ en un complejo caso bioético-constitucional referido a un paciente en estado vegetativo permanente (E.V.P.), fue unánime la decisión en cuanto a denegar el requerimiento de autorización de la suspensión del soporte vital (alimentación e hidratación). Sin perjuicio de ello, hubo divergencias en cuanto a los fundamentos de la sentencia. Allí se expresó: “...resulta aquí pertinente invocar, por la vía de la analogía las claras previsiones contenidas en los artículos 479 y 383 del Código Civil. De las disposiciones legales citadas se derivan criterios orientadores por la vía de la analogía [...] en cuanto allí, una persona mayor de edad, jurídicamente capaz y competente, exterioriza su voluntad fundada en cuanto a la designación de apoderado (en primer lugar a su cónyuge y subsidiariamente a su hermana), a quien confiere un mandato especial relativo a la toma de decisiones respecto a la futura evolución de la salud de su mandante, en caso de llegar ésta a una situación de incapacidad para la autodeterminación a consecuencia del desarrollo de su enfermedad y para que ese apoderado especial arbitre en tal supuesto las medidas conducentes para el cumplimiento de la voluntad de la mandante, orientado por el criterio del denominado mejor interés del paciente...”.

Es necesario adentrarnos en el concepto vertido en el artículo 5 de ley 26.529 respecto al consentimiento informado, en tanto que su importancia radica en el respeto a la información auténtica acerca de la enfermedad y de los tratamientos. El consentimiento es pues, la justificación de la legitimidad del accionar de médicos, anestesistas y profesionales de la salud en general. Al momento de decidir, el individuo debe estar completa y correctamente instruido. Si el paciente fuera menor de edad o incapaz y sus padres o curadores no prestaren su conformidad para un procedimiento quirúrgico o algún otro de relevancia, se hace necesario solicitar la respectiva autorización judicial.

Por su parte no puede dejar de nombrarse que la dignidad y autonomía de la persona humana surgen de la disposición del artículo 19 de la Constitución Nacional, que constituye el principio de autonomía de la persona, también llamado principio de reserva.

12. XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2001, cuerpo 2, p. 3.

13. S.C.J.B.A., fallo 9/02/05, caso “S.M.d.C.”.

El artículo referido “es una joya normativa y simbólica que ubica al paradigma constitucional argentino –desde sus orígenes– en el ámbito del Estado constitucional de derecho, al centrar todo el andamiaje de la organización del poder en el respeto de la intimidad de las personas. Dicho ámbito no sólo tiene una tutela jurídica precisa que inhibe la intromisión estatal o de los particulares, sino también, se presenta como un otro abierto, indeterminado, que no sabe todo ni puede todo, que no es ajeno a la falta y que posibilita desde la ley, la construcción de subjetividades diversas en sus desarrollos pero iguales en el entramado de la intersubjetividad. El que pueda hacer con mi vida lo que me plazca, amparado en la normatividad, posibilita que en realidad lo haga, porque existe un orden simbólico que así se lo habilita a mi subjetividad. No es lo mismo construir la subjetividad con o sin el auspicio de la ley normativa y la ley simbólica, por cuanto mi diversidad no sufrirá la soledad del descastado, sino que se entrelazará con las múltiples opciones que se presentan por más minoritaria que la misma sea”.¹⁴

Este concepto se refuerza en sus fundamentos, a partir de la reforma constitucional de 1994 con los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, cuya validez y vigencia se introduce a través del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, que los incorpora al orden jurídico interno con jerarquía constitucional. En el marco internacional, los Derechos Humanos son reconocidos originariamente en la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y más tarde en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, y en el Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por ley 23.054.¹⁵ En este último, en su artículo 4 inciso 1º, expresa que toda persona tiene derecho a que se respete su vida desde el momento de la concepción, agregando que ningún ser humano puede ser privado de la vida arbitrariamente. Además se enumeran los derechos a la integridad física, psíquica y moral y a la libertad, entre otros.

En la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, el 13 de enero de 2000, se suscribió la Convención sobre Protección Internacional del Adulto (califica en esta categoría toda persona mayor de 18 años), cuyo objetivo fue contemplar sus situaciones de cuidado. De igual manera se prevé la posibilidad que el individuo, cuando aún está en pleno uso de

14. A. GIL DOMÍNGUEZ, “Sobre la libertad, las creencias y la vida digna”, *La Ley*, 2012-C, 486.

15. <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

sus atribuciones mentales, organice su propia protección para una futura y eventual incapacidad.

Con el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, se amplía el concepto de Derechos Humanos, resaltándose la Convención de los Derechos del Niño, ley 23.849 y la Convención para las Personas con Discapacidad, ley 26.738.

La Constitución Nacional delimita así los convenios sobre derechos humanos a los cuales dispensa rango constitucional, previendo un preciso sistema de desarrollo y dejando abierto el margen a otras facultades, tras el debido proceso.

La categorización de los primeros implica que son superiores a las leyes ordinarias, pero no derogan ninguna cláusula de la Constitución y deben entenderse complementarios de sus garantías.

Ahora bien, los derechos esenciales del hombre que no estuvieren estipulados en norma expresa, se encuentran previstos implícitamente en el artículo 33 –precepto que no figuraba en el texto original de 1853, pero que fue agregado por la reforma de 1860–. Se buscaba evitar que la autoridad o los particulares pudieran desconocer las garantías básicas del ser humano y las del sistema republicano.¹⁶

De tal modo, partiendo de la consideración de la existencia de la facultad de todo hombre a decidir sobre su destino, mientras no dañe a la sociedad, la duda se plantea en torno al instrumento en que se documentará su decisión para que sea respetada, especialmente en el caso de encontrarse en situación de no poder defenderla, sumado a la previsión de evitar el oportunismo de médicos, amigos o familiares.

VI. Desarrollo de las DAS en el derecho comparado

En Estados Unidos, las *Advanced Directives* surgieron en 1967 cuando Luis Kutner, un abogado de Chicago, redactó el primer documento sobre el tema. Luego en 1976, la *Natural Death Act* de California dio forma a lo que hoy se conoce como “testamentos vitales”, ampliándose los alcances del concepto a partir de la aprobación de la Ley de Autodeterminación del Paciente en 1991.

16. H. J. ZARINI, *Constitución Argentina, Comentada y Concordada*, p. 140.

En ese país, las directivas anticipadas comprenden dos documentos, el denominado *living will* –testamento vital– y el *health care proxy* –poder médico o poder para el cuidado de la salud–, que se otorga a un representante. Fue así el derecho anglosajón el primero en admitir “la voluntad personal del cómo vivir”, instaurando los gérmenes de la autonomía dirigida hacia el futuro.

El primer instrumento internacional sobre la materia con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscribieron fue el Convenio de Bioética relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, firmado por los países de la Unión Europea en Oviedo (España) el 4 de abril de 1997. En el artículo 9 de este Convenio se establece que “serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad”.

En Canadá existe legislación sobre directivas anticipadas en casi todas las provincias y su reglamentación es muy variada. Las instrucciones pueden abarcar los tratamientos médicos y el cuidado que la persona desea recibir para el supuesto de tener una incapacidad que le impida expresarse. Quebec ha incorporado a su Código Civil el “mandato otorgado en previsión de la propia incapacidad” que abarca el cuidado de la persona y sus bienes, se instrumenta por escritura pública y requiere homologación judicial.

En el Reino Unido, las directivas anticipadas han sido recogidas en *The Mental Capacity Act* del año 2005, modificada en el 2007. La ley crea el *Court of Protection*, tribunal especial que tiene a su cargo resolver las cuestiones relativas a la validez y aplicabilidad de los documentos de voluntades anticipadas.

Holanda fue uno de los primeros países en incorporar a su legislación lo regulado en el artículo 9 de la Convención de Bioética, que en el artículo 2, apartado 2 de la “Ley de verificación de la terminación de la vida a petición y suicidio asistido”, dispone: “El médico podrá atender la petición de un paciente, que cuente al menos con dieciséis años de edad, que ya no esté en condiciones de expresar su voluntad pero que estuvo en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses al respecto, antes de pasar a encontrarse en estado de incapacidad y que redactó una declaración por escrito que contenga una petición de terminación de su vida”. Holanda se convirtió así en el primer país en regular la eutanasia.

En Bélgica, el artículo 4 de la ley relativa a la eutanasia señala que toda persona mayor o menor de edad emancipada, que sea capaz y consciente

puede manifestar anticipadamente su voluntad por escrito, declarando que un médico le practique la eutanasia si constata que: 1) se encuentra padeciendo a consecuencia de una afección accidental o patología grave e incurable, 2) está inconsciente, y 3) su situación de salud es irreversible de acuerdo al estado actual de la ciencia. La ley considera que el médico no comete ninguna infracción si al practicar la eutanasia en casos como éstos, cumple con los tres requisitos descriptos.

El Código Civil italiano, con el título “De la Administración de Sustento”, instituye que “La persona que, por efecto de una enfermedad o bien por una disminución física o psíquica, se encuentra en la imposibilidad, también parcial o temporaria, de proveer los propios intereses, puede ser asistida por un administrador de sustento, nombrado por el juez tutelar del lugar en el cual ésta tiene residencia o domicilio”. La norma agrega que “El administrador de sustento puede ser designado por el mismo interesado, en previsión de la propia eventual futura incapacidad, mediante acto público o escritura privada autenticada”.

Alemania prevé la figura del “asistente legal” para cualquier persona mayor de edad que –como consecuencia de una enfermedad psíquica o de una incapacidad física no pueda cuidar total o parcialmente sus asuntos– solicite al juzgado de tutelas, que también puede actuar de oficio, el nombramiento de un asistente. El asistente debe actuar procurando el bienestar de su asistido para que su vida transcurra, según su capacidad y de acuerdo a sus propios deseos y aspiraciones.

En Francia, las directivas anticipadas están reguladas desde el año 2005 en la ley sobre los derechos de los pacientes al final de la vida. Estas instrucciones contemplan la voluntad de las personas con relación a las limitaciones de su incapacidad y a su sufrimiento médico.

En España, las disposiciones contenidas en el Convenio de Oviedo se incorporaron a la legislación por Instrumento de ratificación del 23 de julio de 1999, pasando a formar parte de su ordenamiento jurídico con efectos vinculantes a partir del 1 de enero de 2000. La implementación legislativa del artículo 9 del Convenio Europeo de Bioética comenzó en el país ibérico por las comunidades autónomas, pasando en 2002 al orden nacional por una norma llamada “Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica”. Esta ley regula las directivas médicas anticipadas bajo la denominación de “instrucciones previas”, determina que la manifestación

anticipada de voluntad tendrá por objeto los cuidados y tratamientos a los que desearía o no someterse la persona al encontrarse en condiciones de incapacidad, y el destino que quisiera dar a su cuerpo y órganos después de fallecer, dándosele la posibilidad de nombrar a un representante para que vele por el cumplimiento de la voluntad anticipada.

Además, señala que las instrucciones deberán constar por escrito y no ir contra el ordenamiento jurídico ni la *lex artis* y corresponderse con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas, dejando constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones en la historia clínica.

El “Documento de Voluntad Anticipada” español es un protocolo dirigido al responsable médico que en un futuro pueda dispensar la asistencia sanitaria en el que una persona adulta, libremente, con capacidad e información suficiente y conforme a los requisitos legales, declara las instrucciones a considerar cuando se halle en una situación en la que las circunstancias dadas no le permitan manifestar por sí mismo su voluntad. En este documento el otorgante también puede elegir un representante como intermediario válido y necesario con el equipo clínico que es quien interpretará –en caso de que el paciente no pueda hacerlo– su voluntad.

En la mayoría de los países latinoamericanos aún no se han aprobado normas jurídicas que regulen expresamente los documentos de voluntades anticipadas; sin embargo, ello no ha sido un obstáculo para su instrumentación, toda vez que muchas leyes de salud de la región contemplan el derecho al consentimiento informado y a rechazar determinados tratamientos médicos.

Así, el ordenamiento jurídico de México regula las directivas anticipadas a partir de la sanción de la “Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal” y de la “Ley de Voluntad Vital Anticipada del Estado de Michoacán de Ocampo”.

La ley del Distrito Federal tiene por objeto “establecer y regular las normas, requisitos y formas de realización de la voluntad de cualquier persona con capacidad de ejercicio, respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida”. Además, establece límites a la voluntad anticipada, expresando que sus disposiciones son relativas a materia de ortotanasia, por lo que “no permiten ni facultan bajo ninguna circunstancia la realización de conductas que tengan como consecuencia el acortamiento intencional de la vida”.

Según esta ley, el documento de voluntad anticipada podrá suscribirlo cualquier persona con capacidad, es decir, el enfermo terminal o sus familiares, las personas señaladas en correspondencia con la ley y los padres o tutores.

La suscripción deberá hacerse de manera libre y voluntaria por el propio solicitante ante un notario, estampando su nombre y firma y nombrando un representante para que corrobore la realización del Documento de Voluntad Anticipada en los términos y circunstancias determinados en él, teniendo en cuenta también lo manifestado respecto a la disposición de los órganos susceptibles de ser donados.

En caso de estar imposibilitado para comparecer ante el notario, el enfermo podrá suscribir el documento ante el personal de salud y dos testigos, debiendo notificar en cada caso a la Coordinación Especializada, quien deberá darlo a conocer al Ministerio Público para los efectos a que haya lugar y al personal de salud correspondiente, para que lo integre al expediente clínico cuando el paciente entre en la etapa terminal de su enfermedad. La ley también regula los requisitos para la representación y precisa que el cargo de representante es voluntario y gratuito, pero que una vez aceptado obliga a quien lo admitió a desempeñarlo, de ahí que las excusas sólo se pueden reconocer en el momento en el que se solicita su nombramiento.

En Michoacán, la ley persigue que los pacientes en estado terminal tengan la oportunidad de decidir someterse a los cuidados paliativos en sustitución de los curativos o las medidas extraordinarias. También les reconoce el derecho a un representante legal o a designar a una persona de su confianza para que vele por el cumplimiento de su voluntad. En tal sentido, determina el contenido de las obligaciones del médico, precisando que deberá suministrar analgésicos y opioides para paliar el dolor del paciente, pero que en ningún caso se autorizará suministrar tales fármacos “con la finalidad de acortar o terminar la vida del paciente”, lo que ya constituye una limitación de sus obligaciones y, a la vez, de la autonomía de la voluntad del paciente.

En Uruguay, la ley 18.473 del 17 de marzo de 2009 sobre la Voluntad Anticipada reza que toda persona mayor de edad y psíquicamente competente, que obre de forma voluntaria y consciente, tiene derecho a oponerse a la aplicación de tratamientos médicos si con ello no afecta a la salud de terceros, reconociéndole además el derecho a expresar anticipadamente su voluntad para oponerse a tratamientos que prolonguen su vida en detrimento de calidad –no a los cuidados paliativos– en el estadio terminal de su

enfermedad, lo que tendrá plena eficacia aun cuando la persona se halle en un estado de incapacidad legal o natural. La expresión anticipada de voluntad se deberá hacer por escrito y será firmada por el titular y dos testigos –la norma prevé que cuando no pueda ser firmada por el primero, uno de los testigos podrá hacerlo por él– o ante notario, debiendo incorporarse en cualquier caso a la historia clínica del paciente. La ley exige que se nombre un representante y sustitutos, para el caso en que el primero se niegue a velar por el cumplimiento de la voluntad de su representado. Del mismo modo instaure que cuando una persona con diagnóstico de patología terminal no haya expresado su voluntad con antelación y se vea imposibilitada de hacerlo, el cónyuge o concubina, y en su defecto los familiares en primer grado de consanguinidad, podrán decidir por él la suspensión de los tratamientos o procedimientos.

En Chile se promovió un proyecto de ley para regular los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, que reconoce el derecho a aceptar o denegar procedimientos médicos, aclarando que el rechazo de los tratamientos por los pacientes terminales no podrá implicar el adelanto intencional de la muerte ni la renuncia a los cuidados paliativos. También dispone que la manifestación anticipada de voluntad se exprese por escrito ante notario o al momento del ingreso al hospital, ante el Director –o ante quien este delegue su función– y el personal de la salud responsable de su ingreso, discriminando dos supuestos en que la voluntad anticipada puede surtir efectos: encontrarse en estado de salud terminal e incapacitada para manifestar su voluntad, “no siendo posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido”. A través de su declaración, la persona podrá también manifestar su voluntad de donar los órganos. Los involucrados en la toma de decisiones podrán, en caso de dudas, consultar un Comité de Ética Asistencial y la persona tratada también tendrá derecho a solicitar su alta o el cambio de los prestadores de salud que la atienden.

En Colombia, el Proyecto de Ley Estatutaria 100 de 2006, que aún no obtuvo sanción legislativa, sobre “Terminación de la vida de una forma digna y humana y asistencia al suicidio”, regula la voluntad anticipada bajo el término de “petición por instrucción previa”, que “consiste en la designación por parte del paciente de una o más personas, con anterioridad, en privado y en estricto orden de preferencia, para que informen al médico tratante acerca de su voluntad de morir, en caso de que concurran las circunstancias

de que trata esta ley y sea incapaz de manifestar su voluntad o se encuentre inconsciente”. En el mismo artículo se especifica que esta petición podrá ser elaborada en cualquier tiempo, de forma escrita, y firmada ante notario público en presencia de dos testigos, requiriendo para su validez que haya sido elaborada y firmada por lo menos 5 años antes de la pérdida de su capacidad para expresar su voluntad, pudiendo ser modificada o revocada en cualquier tiempo.

Además se establece que si “un paciente adulto y mayor de edad en el que se cumplen los requisitos exigidos por la norma, se encuentra inconsciente y no ha podido expresar su voluntad por escrito o por ningún otro medio, se podrá proceder a su representación legal por los familiares en primera instancia –siguiendo los criterios de parentesco por consanguinidad, siempre que éstos no tengan interés material en la muerte del paciente, y en su ausencia por el propio médico tratante”, quienes “podrán completar la petición de terminación de la vida de una forma digna y humana”.

Colombia es el único país del mundo en el que la práctica de la eutanasia ha sido reconocida como un derecho fundamental por el Tribunal Constitucional, en una sentencia de 1998 que entiende que la eutanasia activa (ya sea en su forma de producción directa de la muerte, ya en la de auxilio al suicidio) constituye un derecho de los enfermos directamente derivado del reconocimiento constitucional de la dignidad y la libertad individuales. Según dicha sentencia, siempre que el sujeto sufra una situación terminal con dolores insoportables, el Estado no puede oponerse ni a su decisión de morir ni a la de solicitar la ayuda necesaria para ello.

Sin embargo, el nuevo Código Penal colombiano de 2000 no tiene en cuenta la referida sentencia y penaliza la eutanasia.

VII. Normativa sobre DAS a nivel provincial

Con la sanción en 2008 de la ley 2.611 de la provincia de Neuquén, en cuyo artículo 4 hace mención a los principios básicos, haciendo referencia en el inciso e) a que “todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito”. En forma complementaria, el artículo 13, manifiesta que, respecto a las “instrucciones previas”, el paciente tendrá derecho a manifestar los cuidados y/o tratamientos de salud en caso de inconsciencia permanente. Establece, como el resto de las legislaciones, que

dichas instrucciones deberán constar por escrito, además de quedar asentadas en la historia clínica.

La Constitución de la provincia de Santa Fe, en su artículo 19 señala: “Nadie puede ser obligado a un tratamiento sanitario determinado, salvo por disposición de la ley, que en ningún caso puede exceder los límites impuestos por el respeto a la persona humana”.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha sancionado la ley básica de salud (ley 153) en la cual en su artículo 4º inciso h), establece concretamente el derecho de las personas a la solicitud por parte del profesional actuante de su consentimiento informado, previo a la realización de estudios y tratamientos.

En la provincia de Tucumán, se ha sancionado la ley 6.952, que consagra los derechos del paciente y especialmente reconoce el derecho a la intimidad, a la confidencialidad, a la información, a morir con dignidad, estableciendo el artículo 1º inciso 18 el derecho a manifestar su conformidad o disconformidad por la atención recibida.

En los casos de operaciones mutilantes, ya el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina requería la autorización formal y expresa (por escrito) del enfermo. Así, en su artículo 15º acuerda que el médico no hará ninguna operación mutilante (amputación, castración) sin previa autorización del enfermo, la que podrá exigir por escrito o hecha en presencia de testigos hábiles.

En la provincia del Chaco se sancionó la ley 6.212 que modifica el Código Procesal Civil y Comercial de esa jurisdicción, reconoce el Registro de Actos de Autoprotección que funciona en el ámbito del colegio de escribanos, obliga a los magistrados a solicitar informes a este registro en todos los juicios de insania y prioriza las directivas impartidas por el presunto insano.

En la provincia de Buenos Aires se sancionó la ley 14.154 el 14 de julio de 2010 que modifica la ley orgánica del notariado de la provincia y dispone que el colegio de escribanos de la provincia de Buenos Aires llevará el Registro de Actos de Autoprotección, en el que se tomará razón de las escrituras públicas que dispongan, estipulen o revoquen decisiones tomadas por el otorgante para la eventual imposibilidad, transitoria o definitiva, de tomarlas por sí, cualquiera fuere la causa que motivare esa imposibilidad y regula a continuación su funcionamiento.

La avanzada ley 10.058 de la provincia de Córdoba adhiere a la ley nacional 26.529, determina su ámbito de aplicación para aquellas personas con capacidad plena de obrar y plantea como limitaciones la eutanasia, la

muerte por piedad y el acortamiento intencional de la vida. Garantiza los cuidados básicos y en su artículo 5 propone definiciones bioéticas que esclarezcan a médicos y pacientes (consentimiento informado, cuidados paliativos, declaración de voluntad anticipada, diagnóstico de enfermedad terminal, medidas desproporcionadas, medidas mínimas ordinarias).

Plantea la posibilidad de formular una declaración de voluntad anticipada (DVA) “en previsión de la pérdida de la capacidad natural o la concurrencia de circunstancias clínicas que le impidan consentir o expresar su voluntad en ese momento” para que el médico o la institución se abstengan de someter al paciente a medidas desproporcionadas o de encarnizamiento terapéutico para prolongar artificialmente su agonía.

En su artículo 8 prevé la revocación por el propio paciente de una DVA, ya que establece que prevalece su voluntad mientras conserve su “voluntad de actuación posibilidad de expresarse” por encima de una DVA anterior, aclarando que prevalece (artículo 9) su última expresión de voluntad. La DVA debe ser incorporada a la historia clínica (artículo 10).

Se determina la designación de representante (artículo 10) y una cuidada enumeración de las causales de extinción de ella (artículo 11). Crea un Registro Único de Voluntades Anticipadas con funciones de asesoramiento a la comunidad, custodio de las DVA hasta cinco años después de la muerte de su otorgante en el ámbito del Ministerio de Salud de la provincia.

La DVA se expresa por escrito y con un modelo de dos fojas, con alcance en la página web del Ministerio de Salud, si no puede ser confeccionada ante ese Registro donde puede ser entregada por el declarante, su representante, los directores médicos de los hospitales de la provincia, juez de paz o escribano público.

Se garantiza la confidencialidad de la DVA, se prohíbe otorgarla a mujeres en estado de gestación y se autoriza a las personas enumeradas en el artículo 21 de la ley 24.193 a realizar una DVA.

Se prevé una reglamentación de la ley, aún no dictada. Sin perjuicio de ello resulta a las claras, la normativa de mayor desarrollo a nivel provincial, con postulados interesantes a nivel de implementación de la voluntad anticipada y su modo de registro. Como falencia se puede observar la falta de legitimación de la mujer en gestación para participar de este derecho y no puede dejar de mencionarse la previsión de realizar campañas de difusión e información a la ciudadanía a efectos de que participe de este tipo de directivas la mayor cantidad de personas.

VIII. Reglamentación de las DAS

La ley 26.529, reglamentada por el decreto 1089/12 del Poder Ejecutivo Nacional en julio de 2012, propone una suerte de auto-tutela o auto-curatela, si bien lo limita al ámbito del cuidado de la salud y excluye expresamente las cuestiones patrimoniales; establece un régimen de manifestaciones o directivas anticipadas para recibir o negarse a adoptar determinados tratamientos médicos.

En mayo de 2012 el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.742, modificatoria de la 26.529 que avanza sobre la normativa en relación a la “muerte digna”. Refiere a normas sobre autonomía de la voluntad, directivas anticipadas y derechos de los pacientes con enfermedades irreversibles, incurables o en estado terminal.

El artículo 5 inciso g) de la ley 26.529 dispone entre los derechos de los pacientes “el derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable”.

Una primera crítica que se puede formular a esta modificación está relacionada con la reforma del artículo 11 de la Ley 26.529 que exige que “la declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”.

El requisito de formalizar las declaraciones anticipadas ante escribano público o juzgados de primera instancia resulta excesivo y bien puede operar como un serio obstáculo para asegurar el acceso y hacer efectivo el derecho a expresar la voluntad. Más aún, en la práctica dicha exigencia puede convertirse en una nueva causa de exclusión de derechos por razones económicas o de movilidad. Es de postular entonces la reforma de este artículo desechando formalismos innecesarios, basándose en experiencias llevadas

adelante en importantes centros de salud que han incorporado las DAS mediante un trámite sencillo y su ineludible incorporación a la historia clínica del paciente.

Cabe recordar al respecto que el proyecto de ley que dio origen en el Senado de la Nación a la ley 26.529 preveía, con relación al procedimiento que debía seguirse para formalizar las DAS, que debían instrumentarse en “tres ejemplares de idéntico tenor, con el propósito de que un ejemplar sea destinado al profesional, otro quede en poder del paciente o sus representantes, y el restante se agregue a la historia clínica”. Lamentablemente, este párrafo se eliminó durante el tratamiento del proyecto en la Cámara de Diputados y la última modificación se expidió profundizando las dificultades.

Sin duda, cada día más, los legisladores deberán abordar el desafío que representa establecer legislaciones que contemplen todas las posibilidades de ejercicio de derechos, tendientes a garantizar la autonomía de las decisiones sobre la propia vida.

IX. Intervención obligatoria del escribano o del juez, como requisito formal de las DAS

La ley 26.529 y su modificatoria 26.742 y su decreto reglamentario N°1.089/2012 – referido en el acápite que antecede– dispuso que la declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juez de primera instancia competente, donde se detallarán los tratamientos médicos, preventivos o paliativos y las decisiones relativas a su salud.

El postulado consagrado por ley y la reglamentación, que tiene por finalidad aclarar y establecer mecanismos que faciliten su implementación, ponen en evidencia que ambos funcionan como valla al libre ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, dado que incorporan la figura del escribano o del juez para otorgarle validez a las DAS.

Cabe en este estadio mencionar la creación de registros –relativos al tema– por parte de los Colegios de Escribanos de distintas jurisdicciones. En tal sentido, es de reseñar: Registro de Actos de Autoprotección en Prevención de una Eventual Discapacidad –mediante el reglamento implementado dentro del ámbito de la provincia de Buenos Aires por Resolución del Colegio de Escribanos de esa provincia, el 23 de abril de 2005–; el 29 de septiembre de 2006, la provincia de Santa Fe (Segunda Circunscripción, Rosario), resuelve la creación de un registro al efecto; en tanto que en la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires, luego de su aprobación por el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos, el registro funciona desde 2008.

Además, bajo la égida del Consejo Federal del Notariado Argentino, funciona a partir de diciembre de 2009 el Registro Nacional de Autoprotección, al cual deben comunicarse los instrumentos públicos de los actos inscriptos en los registros de la República Argentina. Su objetivo es lograr una consulta eficaz, para que pueda saberse de todo documento de esta clase, que se haya anotado en cualquier punto del país.

Nótese que como respuesta a esta cadena registral, el único eco mencionable es que, en la actualidad, algunos Tribunales de Familia de la provincia de Buenos Aires efectúan la consulta a los mentados registros, en forma voluntaria;¹⁷ en tanto que en el Chaco esa consulta es coactiva.

Al someter las DAS a la intervención de un escribano o juez competente se le aplica el mismo contenido que los testamentos regidos desde el Código Civil, cuando si bien ambos supuestos tratan de una previsión a futuro, una atiende a la esfera patrimonial (testamento) y la otra por el contrario a la extrapatrimonial (DAS), más precisamente a los de derechos personalísimos.

Tal exigencia de formalidad es necesaria en orden a brindar la protección que incumbe al patrimonio en un caso y a los derechos personalísimos ejercidos mediante las DAS en el otro.

Se ha pensado en instrumentarlo en un documento público, en el cual el otorgante disponga sus directivas anticipadas, conforme los límites de la ley.

Esta cuestión genera como desventajas la dificultad que ha de implicar una elaboración personal y la falta de previsiones que sirva de guía e información al otorgante, aspecto éste que viene a ser suplido por el asesoramiento prestado por la figura del funcionario público designado por ley, con las falencias que en la práctica han de desarrollarse en cada caso en particular.

En cuestiones atinentes al patrimonio resulta conducente el gasto que importa garantizar la distribución de éste; sin embargo, en el caso de las DAS la intervención del juez competente en orden a evitar la erogación frente al notario no logra erigirse más que como un escollo administrativo.

17. XIV Jornada Notarial Iberoamericana, Tema II: “El notario como garante de los derechos de las personas”, p. 23.

Entonces, la remisión a la actuación del juez competente para un acto que –a la sazón–, debe ser absorbido desde una arteria administrativa o en su caso dar lugar a un registro propio, escapa a enaltecer el derecho que intenta proteger.

Lo relativo a la intervención del escribano escapa a todo análisis, ya que no resulta viable para la totalidad de la ciudadanía acceder a un servicio de estas características y los honorarios que genera.

En el orden de ideas esbozado, vale recalcar lo importante de un medio formal para instrumentar las DAS; en tanto que la elección discutible que propone la ley lo genera la intervención desde el ámbito privado del escribano y desde el ámbito público del juez competente.

Si bien la intervención obligatoria del escribano o del juez, como requisito formal de las DAS ha sido adoptada por nuestra legislación como el modo más adecuado para formalizarlas, a nuestro juicio resulta ilustrativo y abona nuestra posición el documento llevado a cabo en el Observatorio de Bioética de Barcelona (España) a cargo de la Dra. María Casado,¹⁸ en el sentido que es necesario promover y regular la creación de un registro general de DAS y a su vez fomentar la adopción de estas decisiones previas facilitando su otorgamiento a personas y centros, para lo cual es útil que haya modelos de documentos de DAS a disposición de quienes deseen acceder al derecho de otorgarlo y que, respetando siempre la multiplicidad de contenidos posibles, sirvan de esquema básico en el que inspirarse para la elaboración de un documento propio o bien para modificarlo a voluntad.

X. Directivas Anticipadas en el proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación

El anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación incorpora un régimen sistemático de los derechos de la personalidad, largamente reclamado por la doctrina argentina. La comisión redactora del anteproyecto señaló que “a ese fin se ha tomado en consideración la incorporación a la Constitución del derecho supranacional de derechos humanos, cuya reglamentación infraconstitucional debe tener lugar en el Código Civil”.

18. M. CASADO - A. ROYES, “Repercusión e impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre las voluntades anticipadas y sobre la eutanasia”, 20/21.

El Capítulo 3 del Libro Primero, denominado “Derechos y Actos Personalísimos”, se abre con una declaración acerca de la dignidad de la persona humana y se reconocen explícitamente los derechos a la intimidad, honor, imagen e identidad. Se regula el derecho a la disposición del propio cuerpo con limitaciones fundadas en principios bioéticos.

Además se prohíben las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas.

En relación a la investigación médica experimental con seres humanos, se fijan requisitos claros y concluyentes y se reitera el principio básico en materia de bioética de que el consentimiento es libremente revocable.

El proyecto trata las Directivas Anticipadas en el Capítulo 3 del Libro Primero, denominado “Derechos y actos personalísimos (artículos 51 a 61). El artículo 51 declara inviolable la persona humana.

En el artículo 55 se establece que “el consentimiento no se presume”, pero no fija ningún criterio ni formas solemnes para su manifestación, por lo que de no cumplirse debidamente, pudieran dar lugar a la nulidad del acto.

En el artículo 59 del mencionado proyecto se prevé (inciso g) “el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación o reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría o produzcan sufrimiento desmesurado o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable”, texto que prácticamente reproduce el del artículo 5 inciso g) de la ley 26.529 de Derechos de los Pacientes, reformada por la ley 26.742.

En relación a las Directivas Anticipadas, que trata en el artículo 60, el proyecto prevé que se trate de una “persona plenamente capaz”. Aquí se encuentra un escollo en la noción de competencia, sin perjuicio de la alusión que de ella hace el proyecto cuando se trata lo relativo a los menores. Por otro lado, señala que como previsión de futura incapacidad se puede conferir mandato respecto de la salud, con lo que el proyecto remite tácitamente a las normas sobre Mandato, del capítulo 8, Título IV del Libro Tercero del mismo texto legal.

El artículo dispone también que se puede designar “a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas se tienen por no escritas”. Las declaraciones de voluntad, agrega,

“pueden ser libremente revocadas en todo momento”, conforme con el criterio de la ley de Derechos del Paciente.

Por su parte, el artículo 139, “Personas que pueden ser curadores”, dispone que “La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela”.

Los artículos proyectados merecen a nuestro juicio algunas consideraciones. El proyecto se refiere a persona “capaz”. Sin embargo entendemos que el derecho del menor de edad a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los asuntos de su interés y al progresivo ejercicio de sus derechos reconocidos por la Convención de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes y la ley 26.601, y en materia de salud por el artículo 2 inc. e) de la ley 26.529, lo habilitan a otorgar este tipo de directivas cuando cuenta con aptitud de discernimiento suficiente, o competencia bioética en materia de salud.

En materia de personas mayores declaradas incapaces, entendemos que si la sentencia no impide al afectado otorgar este tipo de actos estaría habilitado para hacerlo. Aún más, entendemos que una sentencia que declara la “incapacidad” de una persona no podría restringirle a esa persona el derecho a opinar y a que esa opinión sea tenida en cuenta, conforme artículos 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 475 del Código Civil, artículos. 2, 3, 24 y 27 de la ley 26.061 “Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”. Dicho esto –obviamente– en la medida en que las circunstancias personales del individuo le permitan emitir opiniones.

Cuando la norma se refiere al mandato en previsión de la propia incapacidad y al nombramiento de curador no está claro si se limita sólo el ámbito de la salud o si comprende también las cuestiones patrimoniales. Por otro lado, a pesar del título del artículo, la norma autoriza la designación de las personas que han de ejercer la curatela. Y de la conjunción de los artículos proyectados 60 y 139 resulta que toda persona “capaz” puede designar a su eventual curador. Entendemos que ese curador lo ha de ser para atender tanto las cuestiones atinentes a la persona como a sus bienes.

Integran la noción de las Directivas Anticipadas la norma del artículo 61 “Exequias”, una novedad legislativa, que formula la posibilidad de disponer la forma funeraria y disposición del cadáver –con fines terapéuticos, científicos o pedagógicos– aclarando que cuando la voluntad del fallecido no ha sido expresada y no es presumida, la decisión queda en manos del

cónyuge, conviviente y demás parientes en el orden sucesorio, facultando de este modo a tomar decisiones trascendentes sin establecer pretorianamente un riguroso formalismo. Por su parte el tercer párrafo del artículo 56 reza que la ablación de órganos se rige por una legislación especial.

Es de hacer notar que el proyecto tomo el sayo de cuestiones que hasta el momento eran abordadas desde la bioética, de modo tal de colocar a la persona y sus derechos personalísimos como centro de la legislación, saliendo así del modelo del Código de Napoleón, que centraba su análisis en el derecho de propiedad sobre las cosas.

El proyecto se hace cargo de las novedades técnicas –en lo que atañe al comienzo y fin de la vida– remitiendo a las leyes especiales que se dicten sobre cada tema. Empero esa circunstancia no impide el abordaje exegético de las nuevas situaciones nacidas del avance científico, con base en el reconocimiento de la persona como centro de derechos. Es precisamente en el abanico de derechos expuestos donde descansa la importancia de la reforma del Código Civil.

No deja de sorprender que, sin perjuicio de que el proyecto de unificación de los códigos Civil y Comercial de la Nación se encuentre aún a consideración de la Comisión Bicameral creada para analizar y dictaminar la propuesta, ha sido reiteradamente invocado en fallos sobre diversas cuestiones de familia.

Así, en diciembre de 2012, el Tribunal de Familia N°1 de Mar del Plata, en la causa “R. G. O. s/curatela” rechazó la acción intentada por la madre de una persona de 48 años de edad afectada de psicosis crónica para lograr se la nombre curadora de su hijo en los términos de los arts. 141, 152 bis y 468 del Código Civil. El tribunal para rechazar la petición sostuvo que conforme las disposiciones “del Código proyectado y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, para el ejercicio de la capacidad jurídica, el Sr. G. O. R. deberá actuar con apoyos para los actos de administración extraordinaria y disposición de bienes inmuebles. Asimismo, decide hacer lugar a las directivas anticipadas que el Sr. G. O. R. manifestó en su defensa para el caso de sufrir una descompensación psiquiátrica”.

Entre los argumentos del Tribunal para arribar a la resolución que rechaza la solicitud de curatela y establece un sistema de apoyos, se destaca que “queda claro en la transcripción de la pericia social que el nuevo paradigma impone soluciones diferenciadas a cada situación. G. requiere de un apoyo para efectivizar el ejercicio pleno de su capacidad jurídica, pero

el desempeño de su vida diaria no se va a exaltar con una restricción a su capacidad, sino, por el contrario, con el impulso al mayor ejercicio de su autonomía”.

Además el fallo sostiene que “El Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, el que se encuentra a debate en el momento actual ante la sociedad civil a través de la legislatura, establece en el art. 60, la directiva anticipada de salud, pudiendo la persona establecer de manera fehaciente, las personas de su confianza que integrarán el consentimiento ante la eventualidad de una limitación transitoria al ejercicio de su capacidad jurídica”.

XI. Conclusiones

Frente a la medicalización de la salud y a los avances de la ciencia y la tecnología, capaces de prolongar artificialmente la vida hasta más allá de lo razonable, se origina la pretensión del paciente para disponer de una atención médica que respete su dignidad, creencias y tenga en cuenta sus decisiones respecto a su salud y el modo que desea vivir y morir.

La sanción de la ley 26.529 de derechos del paciente se muestra como el corolario lógico de los derechos ya consagrados a nivel constitucional y amparados desde los tratados internacionales de Derechos Humanos. Ello conforma un importante progreso normativo y al hacerse eco del desarrollo constante de la ciencia y la tecnología, sirve de límite al avance de éstos, frente a los derechos personalísimos.

Contempla cuestiones directamente referidas a la dignidad humana, al regular los derechos de los pacientes y en especial al otorgar la posibilidad de disponer de las DAS, como herramienta de previsión en lo atinente a la atención médica.

El decreto reglamentario avanza más allá de las regulaciones de la ley –en materia de las solemnidades necesarias para la validez de las DAS–; pensamos que la ley (y el decreto) tienen dos falencias fundamentales:

1) La falta de difusión adecuada y masiva sobre la existencia de esta nueva figura. En los centros asistenciales ¿se conocen e implementan las DAS?

2) La solemnidad exigida por la intervención de escribano o juez competente.

Nuestra propuesta es crear canales adecuados para conocer los detalles de la ley que atañen directamente a las personas, con las campañas de

publicidad pertinentes y con la puesta al alcance de cualquier individuo de esa información.

Pensar en un futuro de enfermedad tortuosa que obligue a tomar las previsiones del caso no se configura en el cotidiano de nadie; de ahí la dificultad de que este derecho sea adoptado por personas que no experimentaron por sí o por alguien cercano una situación semejante a la planteada desde la norma aquí analizada.

Es por ello que su difusión debe responder a una estrategia y a una educación de la población, que resalte la importancia de la autonomía unida a la dignidad humana.

Los recaudos a implementar en ese sentido escapan a la idea de este artículo, pero una medida masiva a nivel operativo (sanitario) y la difusión a nivel educativo (profesional) resultan conducentes a estos efectos.

Como moción para evitar el entuerto administrativo y formal –que a la vez resulta necesario–, la oferta más tentadora se asienta en crear un registro dependiente de las autoridades competentes en materia de salud en cada jurisdicción, donde la encomiable tarea reservada por ley a escribanos y jueces sea llevada a cabo por personal de esas dependencias formado a tal fin. La idea de registros jurisdiccionales lleva implícita la creación de un registro a nivel nacional.

La instrumentación de las DAS por medio de formularios sería el modo que aseguraría fehacientemente las cuestiones sobre las que han de versar. La elaboración de las DAS en solitario pondría en riesgo que no se respete la voluntad de la persona.

Bibliografía

Código Civil de la Nación.

Código de Ética para el Equipo de Salud, 2011.

Constitución de la Nación.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 5 d), vii).

Convención sobre los Derechos del Niño (art. 14, 1) .

Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad.

Convención Americana de Derechos Humanos (art. 12).

CNCIV, Sala H, Fallo J.J., febrero 21 1991.

- CSJN, Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición de Mar del Plata, Caso “M”, 25/07/2005.
- C.S.J.N. caso “Bahamondez”, 06/04/1993, La Ley 1993-D, 130).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 1 y 18).
- Glosario sobre Decisiones al Final de la Vida (Boletín del Consejo Académico de Ética en Medicina, 2012).
- La Biblia.
- Ley 26.529: Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.
- Ley 26.742 y Decreto reglamentario 1089/2012.
- Ley 17.132: Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares.
- Ley 24.193: Trasplantes de órganos y tejidos.
- Ley 153: Básica de Salud (Ciudad Autónoma de Buenos Aires).
- Ley 4.263 de la Provincia de Río Negro.
- Ley 2.611 de la provincia del Neuquén.
- Ley 6.95 de la provincia de Tucumán.
- Ley 6.212 de la provincia del Chaco.
- Ley 14.154 de la provincia de Buenos Aires.
- Ley 10.058 de la provincia de Córdoba.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 18).
- S.C.J.B.A., caso “S., M.d.C.”, 09/02/2005, LLBA 2005 (marzo), 17 - LA LEY 2005-B, 267, con nota de Pilar Zambrano; LA LEY 2005-C, 676.
- DE BRANDI, Nelly A. - LLORENS, Luis Rogelio, “El consentimiento informado y la declaración previa del paciente”, *R. d N.*, N°866, 2001, p. 84.
- BIDART CAMPOS, Germán J., HARRENDORF, Daniel H., *Principios, Derechos Humanos y Garantías*, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1991.
- CASADO, M. - ROYES, A., “Repercusión e impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre las voluntades anticipadas y sobre la eutanasia”.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Sobre la libertad, las creencias y la vida digna”, La Ley, 2012-C, 486.
- PIERRE, Paola Julieta - HOLLMANN, Diego Ariel, “Voluntad Anticipada. Testamento Vital. Autocuratela. Autoprotección”, *El Derecho*, 29 de enero de 2010, p. 2.
- TAIANA DE BRANDI, Nelly Alicia, “Directivas Anticipadas: ejercicio de la autonomía prospectiva en caso de discapacidad o incompetencia. El acto de autoprotección”, *Revista Perspectivas Bioéticas*, FLACSO, 14, N°26-27, 2009.

ZAMARRIEGO MORENO, Juan José, *Bioética, religión y derecho*, Madrid, 2005.

ZARINI, Helio Juan, *Constitución Argentina, Comentada y Concordada*, p. 140.

Blogging y e-democracia

*Analía Aspis**

Resumen

El presente artículo tiene como finalidad analizar el fenómeno de los blogs como parte de una transformación más profunda de las estructuras sociales, políticas y jurídicas surgidas a partir de las innovaciones de la Web 2.0, y que genera nuevas formas de gestionar, producir, informarse, comunicarse e incluso participar políticamente.

Palabras clave: Blogging, e-democracia, Internet, libertad de expresión, derecho de autor, periodismo ciudadano.

Abstract

This article analyzes the phenomenon of blogging as part of a deeper social, political and legal transformation arising from the innovations of Web 2.0, and that generates new ways to manage, lead, learn, communicate, and even participate politically.

Keywords: Blogging, e-democracy, Internet, freedom of expression, copyright, netizen.

* Abogada (UBA). Master en Derecho, Criminalidad y Seguridad en Nuevas Tecnologías (Universidad de Lausana, Suiza). Investigadora en el Instituto Sueco de Derecho Informático (Universidad de Estocolmo, Suecia). Profesora del Master en Derecho Informático (Suecia). Becaria doctoral (UBA - CONICET). Autora de diferentes artículos en derecho y nuevas tecnologías. Disertante en congresos y seminarios nacionales e internacionales en derecho y tecnología. Fundadora de la organización sin fin de lucro Internet y Sociedad (Argentina). Argentina; analia.aspis@gmail.com.

I. Introducción

Internet es sin duda un fenómeno global que en la última década ha influido en todas las actividades humanas. Desde la década de 1990 la tecnología digital ha evidenciado un ritmo constante de crecimiento que ha permitido a sus usuarios tener una mejor velocidad y calidad de los servicios de red, afectando al mismo tiempo la interacción con la ciudadanía por parte del sector público y las entidades del mercado digital. Dado su carácter multidimensional no es exagerado decir que Internet ha inaugurado una nueva era en la sociedad digital, donde términos como e-administración, e-gobierno, delincuencia informática, comercio electrónico y e-democracia se han incorporado al lenguaje académico y social y donde incluso los ciudadanos de la nueva democracia digital están caracterizados como ciudadanos de la red.¹ En este marco, uno de los medios utilizados por estos últimos son los blogs.

En el contexto de las nuevas formas de comunicación digital se le asigna al fenómeno de los blogs una preponderancia de influencia en el desarrollo de la revolución informativa, la cual ha redefinido los cimientos del derecho a la información, y de libertad de expresión de los medios de comunicación tradicionales. Ya sea por las notas y comentarios vertidos en diversos blogs con respecto a la guerra de Irak, a la elección presidencial de Bush, la recuperación de la democracia en Nepal o los disturbios en Francia, lo cierto es que tales crónicas han dado comienzo al surgimiento del periodismo ciudadano, el cual tiene como fin la narración en directo de sucesos que se están desarrollando, trazando una línea divisoria e innovadora respecto del monopolio del manejo de la información por los medios de comunicación tradicionales.

Como un signo particular de una sociedad contemporánea influenciada notablemente por la tecnología, los ciudadanos –y sobre todo la generación de jóvenes– han comenzado a utilizar las herramientas informáticas para reformar ciertos ideales sociales y culturales teniendo como herramienta el código abierto de Internet,² así como las informaciones previamente alo-

1. L. LESSIG, *Code Version2.0*, New York, Basic Books, 2006, p. 125.

2. A través de este proceso en constante evolución, dos tercios de los ciudadanos europeos han estado utilizando Internet por motivos personales, siendo la mitad de ellos consumidores asiduos de la red con visitas de al menos una vez (21%) o más veces al día (31%).

jadas en la web. De esta manera se genera y crea una nueva cultura derivada de la generación de contenido creado por usuarios y, al mismo tiempo se desarrolla una participación activa en las redes sociales y blogs.³

El presente artículo tiene como finalidad abordar el fenómeno de los blogs desde un enfoque integrador en cuanto a las principales consecuencias ciudadanas respecto a su uso. En tal sentido, se presentarán las tendencias internacionales relacionadas con la figura del blog a fin de poder discernir las características más importantes que han contribuido a su extenso desarrollo. En segundo lugar se hará referencia a las principales actividades de los ciudadanos como bloggers, su incidencia en la e-democracia y las consecuencias jurídicas de sus actos. Dado que el fenómeno de los blogs ha dado sus inicios y extensivo desarrollo en las regiones de Estados Unidos y Europa, se analizará el marco legislativo que pueda ayudar a comprender una futura regulación. A tal fin se compararán los dos sistemas jurídicos, a saber el sistema de autorregulación estadounidense y el sistema legislativo europeo a fin de estudiar la interacción entre la ley y la tecnología, las consecuencias jurídicas y el impacto del uso de los blogs en ellas. Posteriormente, una breve reflexión se presentará sobre los efectos del blogging en la democracia virtual o e-democracia y los mecanismos democráticos tradicionales en el mundo real. Finalmente, se presentarán las conclusiones del análisis presentado y propuestas para futuras acciones y regulaciones aplicables al periodismo ciudadano.

Otras estadísticas indican también, los diferentes enfoques relacionados con Internet y su uso en la penetración de la población. En Europa, la penetración es de 48,5%, mientras que en América del Norte, el porcentaje es del 73,6% en comparación con la penetración de la población mundial de Internet. Ésta es una perspectiva muy interesante a tener en cuenta al momento de presentar las diferencias en cuanto al uso de del blog en los EE.UU. y Europa. Para mayor información consultar THE GALLUP ORGANIZATION, EUROPEAN COMMISSION, *Information Society as seen by European Citizens*, Flash Eurobarometer, 2008, http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_241_en.pdf, última visita 9 de febrero de 2013. También Internet WorldStats: Usage and Population Statistics, <http://www.internetworldstats.com/>, última visita 12 de febrero de 2013.

3. No es de extrañar por qué la revista Times anunció la Persona de 2006: *Usted*, declarando además que los usuarios unen sus voces en la inclusiva conversación permitida por la Web 2.0. Para mayor detalle consultar L. GROSSMAN, "Time's Person of the Year: You", *Times*, Nueva York, 13 de diciembre de 2006, disponible en <http://www.time.com/time/magazine/article, /0, 9171, 1569514, 00.html>, última visita 10 de marzo de 2013.

II. El fenómeno de los blogs e Internet

El término *blogs* hace referencia a las palabras “web logs”, sitios web que alojan diarios personales en línea con mensajes presentados en orden cronológico. Sin perjuicio de lo señalado, cabe destacar que esta definición se encuentra desactualizada si la comparamos con la estructura de los blogs modernos, puesto que en la actualidad los blogs no tienen contenido sólo personal, sino también político, periodístico, comercial y social. En suma, podemos definir el blog como un diario personal en línea que puede adoptar diferentes formas dependiendo de los intereses del usuario.

De hecho, tanto la tecnología abierta como la facilidad de su uso han contribuido al crecimiento del blogging. Desde Justin Hall (blogger pionero) en 1994, a John Barger,⁴ la experiencia de blogging resulta hoy en día sencilla como nunca antes. Servidores web, tales como www.wordpress.org, www.typepad.com, www.livejournal.com y www.blogger.com, proporcionan a los usuarios un acceso libre y software de código abierto, convirtiéndose sus usuarios, de este modo, en los editores y dueños del contenido generado.

Los blogs constituyen una plataforma donde se alojan mensajes ordenados cronológicamente con su respectivo diseño y categorización. Dicha plataforma coexiste con comentarios de terceras personas, hipervínculos,⁵ *blogrolls*⁶ y *trackbacks*.⁷ En general, estos elementos técnicos permiten la libertad de expresión en el ciberespacio, transparencia en los contenidos así como independencia de la influencia del poder editorial de los medios de comunicación, fomentando asimismo un acceso fácil al conocimiento global, la libre difusión de información, la interacción global entre las culturas y el ejercicio de la democracia. Tal como se ha mencionado, los blogs no sólo alojan un determinado tipo de contenido privado, comparable con aquél que

4. Editor del controvertido blog *Robot Wisdom.com*, disponible en <http://robotwisdom2.blogspot.com/>, última vista 10 de febrero de 2013.

5. Permalink consiste en un link permanente que redirige al usuario a la entrada de un blog específico, otorgando la posibilidad al usuario final de realizar búsquedas en sus archivos ordenados en orden cronológico.

6. Se trata de links favoritos afiliados a la plataforma Blogger.

7. Links que redirigen a sitios web externos pero haciendo referencia a una entrada determinada de un cierto blog.

podiera registrarse en un diario personal sino que también pueden utilizarse como herramienta para la difusión de nuevas ideas, especulaciones u opiniones sociológicas y políticas, constituyendo de esta manera, un medio de expresión para miles de voces en línea.⁸ En consecuencia, según el material y de la finalidad de su creación, los blogs representan a diferentes sectores de la sociedad.

Si tuviéramos que realizar una clasificación de los diferentes tipos de blogs, podemos identificar en primer lugar a los tradicionales blogs personales que adoptan en términos generales la forma de un diario personal online donde el blogger escribe sus pensamientos y sus experiencias íntimas sin ningún otro propósito que compartir con el público su vida privada.⁹ De esta manera, esta categoría de blogs tiene la finalidad psicológica de ayudarlo a su autor a exteriorizar sus sentimientos como lo haría en un diario personal, con la distinción de que público en línea al cual se encuentra dirigido le agrega el elemento de publicidad y generación de una identidad propia y referente en línea.

Luego se encuentran los blogs corporativos, cuyo término hace referencia a los blogs creados por empresas e instituciones para fines de marketing, comerciales y de relaciones públicas. Uno de los temas relacionados con esta categoría de blogs se encuentra relacionado con el “falso blog” o *flog*, es decir los blogs empresariales que utilizan la dinámica de los blogs personales con el fin de influir en las decisiones de compra de los consumidores pero, a diferencia de los primeros, estos blogs son creados por empresas con fines exclusivamente de marketing.

En tercer lugar, tenemos blogs personales con contenidos variados los cuales sirven fundamentalmente para fines informativos o educativos y son creados por una persona o un grupo de personas que quieren manifestar o compartir públicamente su opinión o experiencia profesional en temas específicos. Esta categoría informativa se encuentra dividida en diferentes subcategorías, como ser los blogs de defensa,¹⁰ constituida por activistas

8. Global Voices Online, <http://globalvoicesonline.org/>, última vista 12 de febrero de 2011.

9. Justin Hall fue el creador del primer diario personal online.

10. Un famoso flog fue el de la compañía Sony Zipatoni quien creó el blog “*Todo lo que quiero para Navidad es una PSP*”. Este blog fue incitado por el personal de marketing de Sony para promocionar un producto comercial. Sin embargo, el resultado fue adverso para Sony al descubrirse el engaño y ser demandado por fraude.

digitales que desean difundir un determinado mensaje político o social; los milblogs, escritos por soldados y personas que ejercen la actividad militar; edublogs, de contenidos educativos, blawgs, blogs profesionales, como también blogs de viajes, de modas, políticos, de entretenimiento, y otros.¹¹

III. Los blogs y la e-democracia: los ciudadanos en la *blogosfera*

La *blogosfera*¹² puede ser definida como el espacio en internet conformado exclusivamente por blogs escritos por una gran cantidad de ciudadanos que llevan adelante una alta participación en el diálogo social y político. Los ciudadanos que participan en blogs de carácter periodístico desarrollan principalmente tres funciones: copian y pegan noticias o publican enlaces de noticias en sus blogs, comentan en los blogs o medios de comunicación que aceptan comentarios en sus propios blogs y finalmente compiten con la masa medios de comunicación para mejorar la calidad de la información creando sus propias historias de noticias, ya sea en cuanto a su comunidad local, en el ámbito nacional o internacional.¹³

De esta manera, los blogs con contenidos informativos reúnen enlaces de diferentes fuentes, periódicos, agencias de noticias y medios de difusión y crean –con el objetivo de *trackback* y *permalinks*– un área donde los usuarios pueden encontrar cualquier tipo de información deseada sobre un determinado tema. De esta manera los blogs funcionan como canales de vinculación a medios de comunicación y, de hecho, pueden dar lugar a una popularidad mayor que aquella de una página web de noticias específicas.

Así, los ciudadanos participan por medio de una colaboración espontánea creando comunidades virtuales, difundiendo noticias y generando una

11. A su vez, que según el medio que los blogs utilicen –de texto, audio, video– pueden dividirse en *blogs de texto* y también en *mp3blogs*, *audioblogs* y *videoblogs* o *vlogs*.

12. Término utilizado como palabra inherente a los weblogs.

13. Los blogs pueden incluso tomar la forma *Wiki*, los cuales sólo contienen noticias con referencias a las fuentes originales, sin comentarios personales o argumentos. De esa manera, el mosaico de la información se compara, se yuxtapone y formula subtemas, como ser también la presencia del *Really Simply Syndication agregador* (*agregador RSS*), herramienta que avisa a los usuarios de la actualización constante de un blog e informa a la masa en red sobre las últimas noticias acerca de un tema.

interacción global entre los ciudadanos y los medios de comunicación convencionales donde el conocimiento de las fuentes de noticias se comparte, se reúne de una manera más organizada¹⁴ y se critica con el fin de promover nuevas ideas y formular ciudadanos activos. Las noticias procedentes de Europa, Asia y América se unen para crear una comunicación global en línea entre los periodistas y los lectores en vez del monólogo periodístico tradicional.

Un primer interrogante de la actividad online de los bloggers surge en relación con la calidad de la información generada por los periodistas y ciudadanos por medio de la función *copy/paste*. Si bien es indiscutible que los hipervínculos y el hiperlinkeo han mejorado la calidad de la información en Internet, permitiendo a los lectores verificar las fuentes, ¿qué sucede cuando un blogger no menciona las fuentes de información mencionadas y reproduce noticias violando los derechos intelectuales del autor sobre la propiedad?

La consecuencia de dichas actividades sitúa a los blogs como potenciales herramientas infractoras al derecho de autor, internacionalmente denominado derecho de *copyright*. Las infracciones al copyright se han caracterizado tradicionalmente por la utilización, copia o plagio de una obra protegida sin la autorización de su autor.¹⁵ En relación con la actividad de los bloggers, la consecuencia de copiar y pegar noticias sin hacer referencia a la fuente puede configurarse como una violación de los derechos de disposición, difusión y reproducción del contenido generado por un periodista, debido a que, a simple vista, el resultado se presenta como si el contenido del blog hubiera sido escrito por el blogger y no por el autor original que hubiera subido la información en primer lugar en una página web determinada.

En relación con lo señalado, la Unión Europea prevé en su Directiva 2001/29/CE de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (Directiva Infosoc), determinadas

14. Technorati es una plataforma blog que tiene propósitos informativos con las últimas noticias y links que redirigen a los principales blogs que las desarrollan.

15. H. HALLDORSOTTIR, *Enforcement of Copyright – A reflection on Injunctions in the Information Society*, Stockholm, IT Law Scandinavian Studies In Law, Volume 47, 2004, p. 156.

excepciones en relación a los derechos de autoría. El artículo 5 § 3 quater limita el alcance de los derechos exclusivos del autor puesto que permite la reproducción por la prensa e incluso permitiendo además que el uso de la reproducción sin consentimiento y sin indicación de la identidad del autor está prohibido. Asimismo, la ley de Derecho de Autor de EE.UU. § 107¹⁶ permite un uso leal de la obra protegida, incluyendo asimismo la referencia por medio de citas y enlaces a fuentes de información que puede tener lugar a condición de que se respete el uso justo del principio de lealtad de la fuente.

Por otra parte, si bien es cierto que el plagio y el debate sobre la protección de derechos de autor de las obras intelectuales en era digital es cotidiano, en la vereda opuesta se acepta la actividad de los bloggers de crear un nuevo texto a partir de diferentes fuentes de información disponibles en la web, donde las personas utilizan un material original pero de una forma totalmente diferente con vistas a fines de difusión de las ideas y del conocimiento al público. En tal sentido la opinión mayoritaria acepta la posibilidad de compaginación o remixado¹⁷ de texto que generen un contenido original más allá de los contenidos previos utilizados para la creación del nuevo contenido. A su vez, los hipervínculos juntos, el uno al lado del otro en un blog pueden crear un texto remixado, donde la noticia surgida de la yuxtaposición de información genere un impacto mucho más relevante que los artículos de primera fuente. Esto es así debido a que se considera que la actividad del lector y su relación con el texto nuevo y “regenerado” tiene como resultado un impacto positivo en la capacidad de formación de opinión del primero.

De lo antedicho se deduce que la función de reorganización de la información preexistente en la web otorga un poder de mayor decisión en criterio de opinión por parte del lector. Este escenario puede compararse analógicamente como si hubiera dos periodistas llevando adelante una conversación escrita en forma de artículo donde un lector a través de la metodología socrática tiene que buscar el significado más profundo de dicho artículo. El usuario o lector mediante la lectura de las noticias que une alrededor de un tema determinado, puede comprender el propósito adicional del autor,

16. Disponible en http://www4.law.cornell.edu/uscode/17/usc_sec_17_00000107----000-.html, última visita 14 de marzo de 2013.

17. Proceso remixado hace referencia al término remix o mezcla [por remezclar hipervínculos]; ha creado nuevos artículos, nuevas historias, y una nueva cultura.

pudiendo identificar sólo los hechos para formar su propia opinión sobre el tema logrando así su sabiduría personal. Así como Sócrates enseñaba cómo enriquecer nuestra sabiduría personal, confiando sólo los hechos reales y buscando la verdad en todas las ocasiones de nuestra vida, la tecnología contemporánea juega un papel importante en tal sentido, ayudando mediante la investigación a descubrir la verdad detrás de los artículos de noticias, comparar los resultados e identificar las partes que faltan al completar el esquema íntegro de la realidad informada.

Por lo tanto, los bloggers que utilizan el modo socrático de pensar y de tener la tecnología a su favor pueden producir un nuevo medio de comunicación que se deriva del conocimiento que proviene de los resultados de la comparación de las fuentes. Los nuevos ciudadanos de la red evidencian, cada vez con mayor participación, su descreimiento de la manipulación de la información de los grandes medios de comunicación, y es por ello que los bloggers han ido creando espacios para permitir el flujo de información relacionada con protestas en defensa de derechos civiles, creando un nuevo tipo de crítica social constructiva, mediante enlaces entre los puntos que faltan y los errores periodísticos.

IV. Los comentarios como forma de expresión democrática en la web

Si tuviéramos que pensar en la forma básica de expresión de la democracia, sin duda pensaríamos en primera instancia en la libertad de poder expresarse. Como ha sido señalado en el punto anterior, los bloggers tienen la posibilidad de expresar sus opiniones, sus pensamientos y sus disidencias hacia terceras personas sin —en principio— ningún tipo de censura previa. Ahora bien, cabe destacar que la democracia no sólo se construye sobre la voz de unos pocos sino que también a través de las implicancias del discurso pronunciado en terceras personas, que podrán por su parte indicar su punto de vista u opinión formada sobre el tema objeto de discusión. Así como existen discusiones o comentarios constructivos en el mundo real, el mundo virtual también ofrece opciones para fomentar el diálogo y el intercambio ideológico.

Es así como además de la existencia de los blogs interactivos, existen también blogs que ofrecen un diálogo vivo entre bloggers y usuarios de Internet (diálogo vertical y horizontal entre los bloggers, así como entre los bloggers y lectores), dando surgimiento al segundo elemento de blogs que permite la

conversación en línea: el comentario. Bloggers de todo el mundo participan en esta sociedad global por medio de comentarios en los portales de noticias, en reportajes de los medios de comunicación y en los blogs de noticias creadas por los ciudadanos. De este modo, la crítica social ha entrado en el mundo en línea, mientras que la penetración de Internet ha permitido, a quien se encuentre dispuesto, decir lo que piensa sobre los artículos de noticias y mensajes. Por lo tanto, los comentarios en los blogs preservan la libertad básica y fundamental de la expresión, como se aprecia en la legislación europea y americana. Los principios de la democracia en nuestro mundo moderno digitalizado no han cambiado. La libertad de expresión y, en consecuencia, la libertad de opinión de Aristóteles, así como también la libertad de decir y expresar lo que se piensa, siguen siendo los derechos humanos fundamentales.

En el nivel internacional estos derechos se encuentran contemplados en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, este derecho incluye la libertad de sostener opiniones sin interferencia y de buscar, recibir y difundir información e ideas a través de cualquier medio y sin consideración de fronteras”; en el ámbito europeo, es aplicable el artículo 10 § 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales: toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y de recibir o comunicar informaciones o ideas sin injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. Además, los mismos derechos están protegidos por la Primera Enmienda de la Constitución de EE.UU. que establece que el Congreso no hará ninguna ley que coarte la libertad de expresión o de la prensa.

De esta manera, la libertad de expresión se deriva de la protección de la dignidad humana, la esencia de la democracia. La protección de la dignidad humana es un derecho básico humano fundamental que tiene una protección absoluta y no puede ser limitado, pero en caso de circunstancias excepcionales, el derecho a la libertad de expresión está sujeto a los límites relativos a la protección de la reputación y los derechos de los demás, la prevención del delito, la protección de la moral, la seguridad nacional y de otra índole, según el texto legal y su carácter nacional o internacional. No es de extrañar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que la libertad de expresión es el “perro guardián de la democracia”.

Aparte de las observaciones provenientes de los flogs y el spam, los comentarios también pueden ser anónimos. A pesar de la pequeña proporción

de los comentaristas en que puesto con su identidad original, una gran cantidad de comentaristas se esconde detrás del anonimato. Una pequeña proporción de los comentaristas emplea su identidad real, pero la gran mayoría se esconde en el anonimato. Y aquí es donde comienza el debate. ¿Tienen los bloggers el derecho de permanecer en el anonimato o se ven obligados a publicar sus nombres reales? Si bien cualquier persona tiene derecho a no revelar su identidad, lo cierto es una respuesta afirmativa o negativa dependerá de cada circunstancia en particular, del tema debatido o de las implicancias éticas de su elección de anonimato.

Los comentarios anónimos de los usuarios en los blogs de noticias pueden tener, en realidad, implicaciones legales si el blogger no adhiere al principio de uso razonable de la Internet y el no escrito “código de ética” entre los bloggers. Ello no excluye la responsabilidad por sus comentarios. Cada blogger tiene derecho a publicar lo que quiera, pero desde el momento en que sus mensajes son ofensivos y generan delincuencia, tiene que ser identificado. Así, los comentaristas deben siempre tener en cuenta que internet no es un área en la que todo está permitido, por el contrario, sus acciones pueden tener serias consecuencias legales. Más allá de que cada país interpreta los términos de la justicia y la legitimidad de diferentes maneras relacionadas con sus valores, cultura, religión y moral, en la imperante sociedad digital globalizada, la demanda de una política común de lucha contra los delitos en Internet es un requisito previo, que deberá tener como objetivo establecer valores comunes entre los usuarios de Internet. De este modo, las cuestiones jurisdiccionales no importarán, si el resultado de la decisión es similar a todos los países y los casos de *forum shopping* fueran limitados.¹⁸

Por lo tanto, cuando un blogger realiza comentarios agresivos por medio mensajes que contengan ataques personales y calumnias vulnera el derecho al respeto de la dignidad humana y el derecho de protección de la personalidad, puesto que el respeto de la dignidad humana prima sobre la libertad de expresión.¹⁹ Declaraciones difamatorias y comentarios anónimos pueden dar lugar a demandas civiles por difamación, y la persona puede

18. A. KIMBERLY y F. PARISI, *Rethinking Forum Shopping in Cyberspace*, Chicago, Chicago-Kent Law Review, Vol. 77, N°3, 2002, pp. 1325-1358.

19 Los bloggers pueden en tal sentido advertir a terceros lectores negando su responsabilidad por los comentarios ilegales o eliminarlos, ya que violan el código de ética blogger.

ser identificada por medio de la individualización del Protocolo de Internet –dirección IP– utilizado al momento de emitir el comentario, como ha sido resuelto en la corte estadounidense de Delaware en el caso Doe vs. Cahill.

Los comentarios también pueden dar lugar a extorsiones, amenazas y fraudes. Estos casos se encuentran bajo el ámbito de aplicación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, que los Estados miembros han incorporado a su legislación nacional. Los casos penales son difíciles de manejar porque hay una dificultad en la identificación de la persona que cometió el delito. Cabe señalar que hasta la fecha, los procedimientos penales suelen retrasarse ya que los casos no se pueden resolver sin la cooperación de los proveedores de servicios de internet (ISP) y muchos, finalmente, acaban sin resolverse.²⁰

De lo antedicho se desprende que en muchas ocasiones la actividad en los blogs pueden ser visto como ejerciendo un rol de “perro guardián de la democracia”. Ahora bien, ¿es posible referirme a la existencia de una libertad de expresión en los blogs? En primer lugar cabe señalar que si bien existen bloggers que filtran o impiden totalmente comentarios de terceros, dicha limitación no se encuentra considerada como una limitación a una comunicación libre y sin censura. Y esto es así puesto que no sólo es bastante inusual la prohibición total de los comentarios de los bloggers, sino que por el contrario los medios de comunicación²¹ han incorporado comentarios y blogs en sus sitios web en un esfuerzo por establecer la interactividad y la mejor calidad de prensa. Esto es así porque la *ratio* de Internet establece, sin ley escrita, que todo lo que se escribe está abierto a debate, disponible en

20. Sin perjuicio de lo antedicho, cabe señalar que existen ocasiones donde desde el anonimato de un comentario ha sido posible revelar escándalos políticos. Esto sucedió con el famoso Bush, servicio de la Guardia Nacional y los documentos de Dan Rather. Los usuarios anónimos comentaron el tema y se reveló la verdad que los medios de comunicación no estaban autorizados a develar. Ver M. PAPANDREA, *Citizen Journalism and the reporter's privilege*, Boston College Law School Faculty papers, Boston, 2007, p. 525.

21. El *Washington Post* ha lanzado una nueva herramienta de comentarios y pide “un nivel de discurso” en los comentarios. BBC por su parte ocupa una red de blogs donde los periodistas crean blogs sobre diversas cuestiones y aceptan la opinión de los lectores que les permitan mejorar su trabajo. Tenemos también el periódico francés *Le Monde* que tiene, a mi juicio, éxito en los blogs de calidad, ya que tiene una gran cantidad de bloggers intelectuales que aceptan comentarios constructivos sobre sus artículos.

forma de libre acceso, para que los demás puedan hacer comentarios sobre tasa y criticar aquello que leen.

En mi opinión, la censura editorial que realizan los dueños de los blogs en los comentarios publicados posee una función diferente de la de los medios de comunicación tradicionales. Estos últimos generalmente filtran el contenido de un artículo para su publicación cuando éste no es conforme con el interés privado del dueño de la empresa de medios, prevaleciendo el interés privado sobre el interés público de la libertad de información y la libertad de expresión del periodista. Quizá sería más propicio referirse en Internet a “selección de contenido” por parte del blogger y no literalmente a “censura”, ya que este término se encuentra asignado específicamente a los medios tradicionales de comunicación.

En el caso del editor de un blog ciudadano, suele llevarse adelante un proceso de selección de comentarios sólo a los efectos de proporcionar una plataforma adecuada para realizar un intercambio de opiniones libres de *spamming* y *astroturfing*. Este mecanismo de selección se desarrolla por medio de la colaboración avanzada entre bloggers y lectores para señalar las eventuales violaciones al código ético que guía sus acciones en Internet y más específicamente en un blog determinado. En términos generales los bloggers prefieren no hacer uso de su poder de edición, sólo reservado para aquellas ocasiones donde el contenido del discurso genera disputas irreconciliables o difamaciones o injurias públicas. Para el resto de las situaciones los bloggers prefieren no limitar la expresión en su portal, puesto que justamente uno de los factores que generan una mayor popularidad en un blog radica en su aptitud y predisposición para brindar a sus lectores un espacio para el debate. En general, se observa que cuanto más abierto es un medio de comunicación en el comentario, más eficiente es el diálogo, y hoy en día la tecnología ofrece una voz a cualquier persona que tenga acceso a Internet y necesite ser escuchada.

V. El periodismo ciudadano

Desde siempre el periodismo ha tenido un rol especial en las sociedades tradicionales y contemporáneas. Gracias a las crónicas, a las diferentes informaciones y las noticias, millones de personas día a día pueden anoticiarse de lo que acontece en su país y en todo el mundo. Con el surgimiento de Internet el mapa informativo ha cambiado rotundamente, dando lugar

no sólo a nuevas formas de comunicación de la noticia sino también a nuevos comunicadores que no siempre provienen del sector del periodismo profesional. Es así como en los últimos años muchas personas han comenzado a desarrollar facetas periodísticas gracias a las plataformas online que les permiten generar noticias sin necesidad de un contexto comunicacional convencional.

La tecnología de la información interactúa eficazmente con la sociedad y las funciones en favor de los ciudadanos. Así, estas nuevas herramientas digitales pueden de hecho, mejorar la calidad de vida cuando se utilizan con cautela y prudencia para el bien común. En tal contexto, es también el periodismo ciudadano una nueva manera elegida por los ciudadanos del mundo para expresar sus crónicas de noticias en Internet. El periodismo participativo en red hace referencia a aquellos ciudadanos que utilizan las herramientas de los medios de comunicación tradicionales para producir sus propias noticias, revelan evidencias o proporcionan primicias acerca de un tema, ejerciendo una especie de periodismo no remunerado mediante la generación de un blog de noticias.²² El informe *Drudge* es uno de los primeros blogs reconocido mundialmente por contenido político-periodístico. Puso de manifiesto el notorio escándalo *Lewinski* que generó un efecto dominó por la presidencia de Clinton. Sin embargo, la expansión del periodismo ciudadano se produjo después de los ataques del 11/09, donde un evento a gran escala convirtió a los testigos en periodistas. Ese fue el momento en que la realidad en EE.UU. fue representada no desde el punto de vista de los periodistas sino desde la crónica de los bloggers. Incluso, los medios de comunicación en ese momento estaban utilizando videos y fotos tomadas por los ciudadanos para pedirles que contribuyan a una mejor información. Lo mismo ocurrió con el atentado terrorista en Londres²³ y se sigue produciendo cada vez que un problema social importante sucede.

En un esfuerzo por comprender el surgimiento del periodismo ciudadano en este período de tiempo determinado, se debe en primer lugar

22. Cabe destacar que existen bloggers que llevan adelante el periodismo ciudadano con fines financieros. Esto ocurre cuando utilizan la plataforma del blog para obtener ingresos por la publicidad alojada en el sitio como también por la cantidad de visitas por click.

23. Por ejemplo se puede consultar la cobertura de los hechos por el blog de J. DAY, *Weblogsprovetheirworth*, disponible en <http://www.guardian.co.uk/technology/2005/jul/08/media.terrorism>, última visita 20 de febrero de 2012.

separar periodismo ciudadano de blog periodístico, entendido este último como el blog utilizado por los periodistas profesionales como herramienta para publicar sus artículos. Teniendo como guía los valores de las generaciones pasadas, las ideas de la revolución francesa y las ideas filosóficas de Malesherbes –la discusión pública de las opiniones–, los ciudadanos han comenzado una demanda con el fin de obtener información más precisa sobre la realidad presentada por los medios de comunicación. La razón de ello es el sentimiento general de descontento de los ciudadanos por la prensa.²⁴ El Centro de Investigaciones Pew en su estudio de consumo, noticias y credibilidad indica una gran disminución en la credibilidad de las noticias en la última década.²⁵ De hecho, existe una necesidad social para cambiar el statu quo de los medios de comunicación de hoy en día. Y es por eso que, a pesar de las declaraciones de independencia y objetividad de la prensa, hay indicios de encubrimiento de los escándalos políticos con fines financieros como también la existencia de determinados monopolios que presentan una misma línea editorial. Es por ello que el periodismo ciudadano se presenta como una alternativa expresiva para aquellas personas que desean contar su verdad o acceder a información no disponible en los medios de comunicación tradicionales.

El periodismo ciudadano a pesar de su dinámica plantea un gran debate entre los profesionales de la prensa. De hecho, los periodistas tradicionales se dedican a producir artículos de alta calidad en su esfuerzo por derrotar a la competencia de los otros medios de comunicación. Por lo tanto, se centran en la precisión y la fiabilidad de su trabajo. Por otra parte, el periodismo ciudadano en línea puede carecer de la calidad, en cuanto el blogging no exige una investigación más profunda en sus temas. Y de hecho, hay una gran cantidad de denunciantes en la red y las fuentes en línea no siempre son fiables. Sin embargo, esto no significa que el periodismo ciudadano sea menos consistente y preciso que el periodismo profesional. Hay indicios de profesionalidad, incluso en los aficionados. En su esfuerzo por

24. H. TUMBER, *Democracy in the Information Age: The Role of the fourth Estate in Cyberspace*, New York, Information, Communication & Society , 2001, Volume 4, pp. 95-112.

25. Pew Research center Biennial News Consumption survey, *Maturing Internet News Audience – Broader than Deep*, 30 de July de 2006, disponible en <http://people-press.org/reports/pdf/282.pdf>, última visita 24 de febrero de 2009.

contribuir a la divulgación de la verdad, pasan tiempo valioso en frente de su computadora tratando de perfeccionar sus artículos. Y eso es porque la reputación en la red es todo y luchar en igualdad de condiciones para el reconocimiento y la participación en la elite de periodistas en línea. Por otra parte, hay quienes sostienen que los ciudadanos no están bien educados para ser periodistas en cuanto a conocimiento de exigencias de metodología de la investigación, la evaluación de la información obtenida y la devoción al código ético del periodismo.²⁶ El interrogante surge inmediatamente: ¿qué sucede cuando los ciudadanos respaldan los valores democráticos y tienen como objetivo principal dar a conocer ciertos aspectos de la realidad? ¿No es una manera de cumplir con sus obligaciones como ciudadanos activos en la democracia moderna? ¿Por qué no dejar al amateurismo producir su cultura? ¿Por qué deberíamos prohibir a nadie decir en voz alta lo que piensa acerca de la sociedad moderna? ¿Por qué, en otros términos, tenemos miedo de la creatividad del amateurismo y tratamos de impedir su desarrollo?

La importancia de la clasificación de los bloggers como periodistas en la red se encuentra relacionada con la posibilidad de analizar si es posible considerar los actos de personas que ejercen la labor de escribir, opinar e informar online como periodistas profesionales. Este debate público denota importancia desde el punto de vista legal donde no existen regulaciones legales o precedentes judiciales que aborden la temática del periodismo de manera específica. ¿Tienen los bloggers algún tipo de responsabilidad en los casos de difamación de terceras personas o se encuentran protegidos por la libertad de prensa y resultan en tal sentido aplicables las protecciones referentes a los reporteros? Este fenómeno, independientemente de su impacto global, se enfrenta a cada país dentro de su ordenamiento jurídico nacional. Por esta razón, se hará referencia a la regulación de los Estados Unidos y Europa como dos referentes diferentes pero determinados de la regulación que se desprende en la mayoría de los países en forma local.

a) Régimen jurídico en Estados Unidos y el periodismo ciudadano

En los Estados Unidos los medios de comunicación tradicionales se encuentran amparados bajo el derecho a la libertad de prensa tal como lo

26. Para mayor detalle consultar Codes of Ethics in the U.S. disponible en <http://www.asne.org/index.cfm?id=387>, última visita 26 de febrero de 2013.

establece la Primera Enmienda. El privilegio del reportero que la Enmienda reconoce proporciona una inmunidad a los periodistas que les permite abstenerse de revelar sus fuentes confidenciales y proteger su anonimato con el fin de proteger el flujo de información en el discurso público.²⁷ La protección del periodista incluye la salvaguarda del material recopilado para elaborar la noticia, como ser videos y grabaciones de su trabajo. Los periodistas están protegidos por las leyes de protección constitucional y el Estado, pero los tribunales pueden en cada caso concreto estimar la importancia, la adecuación de la información proporcionada y el equilibrio de intereses y decidir si proteger o no el anonimato de las fuentes. Por lo tanto, los bloggers se encuentran amparados para poder invocar el privilegio del reportero con el fin de evitar las consecuencias jurídicas de la publicación de noticias en línea.

Según el Media Law Resource Center (MLRC), en los Estados Unidos ha habido 159 acciones judiciales penales y civiles relativas a bloggers desde el año 2004 y estas cifras siguen creciendo todo el tiempo, ya que hay bloggers nuevos cada día que realizan este tipo de activismo. MLRC tiene incluso una lista de demandas dirigidas a los bloggers en los Estados Unidos incluyendo la referencia al primer caso jurisdiccional donde un tribunal decidió proteger el anonimato de las fuentes, en el caso *Apple Computer Inc. v. Does*.²⁸ Allí el tribunal de apelación decidió que los bloggers y webmasters tienen las mismas protecciones que los medios de comunicación tradicionales. En esta decisión, el tribunal no determinó si los bloggers son periodistas pero constituyó sin duda un primer paso hacia el reconocimiento del valor de periodismo ciudadano en el mundo moderno. Para este propósito organizaciones y universidades colaboran, forman grupos de investigación que se centran en ese fenómeno y ayudar a los bloggers a hacer frente a acciones legales, así como también informándoles acerca de sus derechos legales, poniendo a su disposición guías y consejos legales en línea,²⁹ oficiando de lineamientos jurídicos para autorregular la blogosfera y las cuestiones jurídicas todavía sin un marco legal determinado.

27. A modo de ejemplo puede citarse la contribución de esta disposición en la divulgación de escándalo Watergate que terminó con la renuncia del presidente Nixon.

28. *Computer, Inc. v. Doe*, N°1-04-CV-032178.

29. Disponible en <http://www.eff.org/issues/bloggers/legal>, última visita 1 de marzo de 2013.

b) Régimen jurídico europeo y periodismo ciudadano

Europa, en contraste con los Estados Unidos, es una combinación de países con diferentes antecedentes políticos y culturales, donde el uso de los blogs como plataformas de comunicación es ahora más importante que nunca, teniendo en cuenta la reciente ampliación de la Unión Europea en 2007. Sus ciudadanos exigen ser escuchados en un área especialmente multicultural y multidimensional donde las cuestiones locales son las prioridades en la agenda de cada Estado miembro. En efecto, en tal escenario político, las diferentes metas u objetivos regionales cubren las primeras páginas de los medios de comunicación locales. Sin embargo, hay casos en los que la prensa es parte de la escena política. De acuerdo con el Informe Mundial Anual 2007³⁰ sobre la libertad de prensa de los “Reporteros sin Fronteras”, los países del norte de Europa permanecen en los primeros lugares en cuanto a libertad de prensa más proporcionada, Italia se encuentra en el puesto 35 y Grecia en el puesto 30. El panorama de los medios ha cambiado rápidamente, lo que plantea desafíos para la rendición de cuentas, la objetividad y la precisión en los medios de comunicación de masas y plantear cuestiones sobre periodismo digital y participación ciudadana.

En el ámbito europeo existen numerosos textos legales, entre los cuales cabe mencionar previsiones suprarregionales, que protegen la libertad e independencia de la prensa. En relación con estas últimas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos protege la libertad de prensa a través del artículo 19, que declara la libertad de opinión a través de “cualquier medio sin importar las fronteras”. Por su parte el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, protege también, en el artículo 10 §1, la “libertad de opinión y de recibir o comunicar informaciones o ideas sin injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”, destacando, sin embargo, en el §2 restricciones que impiden “la divulgación de informaciones confidenciales”. Asimismo la libertad de expresión en prensa está garantizada en el artículo 19 del Pacto Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la

30. Disponible en http://www.rsf.org/article.php3?id_article=24021, última vista 26 de febrero de 2013.

libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro procedimiento de su elección”. También la Declaración sobre la libertad de prensa y el pluralismo que se adoptó en Sofía en 1997 y que propone una política de autorregulación a la ética periodística y los crímenes contra periodistas condenados. Un rol importante denota el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo para la protección de la prensa. El tribunal aún hoy en día lleva adelante juicios relacionados con la libertad de prensa condenando incluso a estados del G8. La lista emitida por el Tribunal y por parte del Consejo de Europa no es exhaustiva y se centra sobre todo en la protección de la prensa de las demandas dirigidas a los periodistas de fuentes gubernamentales o civiles.

Instituciones europeas, en sus esfuerzos por lograr el pluralismo en los medios de comunicación y la participación activa de los ciudadanos en la democracia moderna, han puesto en marcha nuevas estrategias. Promueven investigaciones en el campo tecnológico y en el intento de evaluar todos los problemas que surgen al Web 2.0 interactúan con los medios de comunicación y el derecho. Europa se centra en la movilización ciudadana y planea un nuevo plan de acción estratégico para el 2016. Tiene como objetivo principal para el e-Europa “establecer un Espacio Único Europeo de la Información que ofrece condiciones asequibles y seguras, de alto ancho de banda, de las comunicaciones, contenidos ricos y diversificados y servicios digitales. En este contexto, Europa trata de promover plataformas innovadoras y comunicativas, fomentar nuevos servicios electrónicos y contenido en línea, desarrollar arquitecturas que pueden lanzar nuevos modelos de negocio y estimular la creatividad y la innovación, incluso dejando al usuario la libertad para generar nuevas formas de periodismo y de política. Por ello, Europa pretende afrontar los retos del futuro con una gran cantidad de actos preparatorios y, al mismo tiempo, proporcionando apoyo financiero a los investigadores que deseen crear un modelo viable tecnológica y sociológicamente. En este punto, debemos mencionar también algunas propuestas como la de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la Unión Europea Global Online FreedomAct.

En Europa, donde el 57% de los europeos navega en Internet para obtener información y las plataformas de blogs y sitios web de los medios de comunicación ciudadanos crecen rápidamente, la legislación parece ser un factor importante para los políticos que quieren evitar los casos de lagunas

legales y hacer frente a las situaciones emergentes. Por esta razón, el plan de acción europeo respecto de Internet trata de establecer algunas normas para la actividad, para fomentar el desarrollo de las plataformas de blogs y estimular la participación ciudadana.³¹ Al mismo tiempo, Europa establece observatorios europeos de periodismo, crea comunidades dinámicas entre bloggers y periodistas, organiza competencias, Thinkaboutit.eu y toma las medidas necesarias para la protección del pluralismo de los medios que permite la diversidad de fuentes, incluyendo también las fuentes periodísticas en la web.

El debate europeo sobre los bloggers se inició con el informe de Marianne Mikko, llevado a cabo por la Comisión de Cultura del Parlamento Europeo y primer intento de aclarar la situación jurídica de los blogs, así como para plantear problemas legales sobre derechos de autor, difamación y los delitos cibernéticos. La reacción de la blogósfera no se hizo esperar y provocó una acalorada discusión sobre la regulación de los bloggers. De hecho, cualquier intento de una directiva de la UE para la Internet fue duramente criticado por los bloggers, ya que plantea cuestiones de censura, la vigilancia y el control sobre la Web 2.0. Hasta ahora, sin embargo, el marco europeo de bloggers todavía no ha sido definido aunque puede estimarse que, según la tradición normativa europea, se emitirá alguna Directiva para adaptar las legislaciones locales de los países miembros o bien un sistema mixto de regulación, siendo este último menos probable debido a la tradición jurídica anteriormente señalada. En tal sentido es dable concluir que si bien el derecho europeo no comparte la elección de un sistema igual de regulación de la actividad digital como ser el elegido en Estados Unidos, lo cierto es que muchas decisiones respecto al tratamiento de la actividad del blogging son coherentes en cuanto a sus motivaciones y lógicas en cuanto las soluciones aplicadas.

VI. Reflexiones sobre el e-periodismo y el fortalecimiento de la democracia convencional y la democracia en línea

Luego de presentados los diferentes usos de las plataformas blogs, sus alternativas, sus limitaciones y potencialidades, resulta menester realizar

31. BlogActiv.eu y EurActiv.com son algunas de las plataformas con las que Europa busca ideas de los ciudadanos innovadores y revolucionarios.

una breve reflexión sobre el rol del aquellos ciudadanos que eligen los blogs como medio de expresión o de información sobre la realidad, ya sea local o mundial. Es interesante señalar que el fenómeno tecnológico expresado a través del blogging produce un impacto en las estructuras virtuales como también del mundo offline. En este último es donde convive la democracia conocida por todos o la mayoría de los ciudadanos y donde un espacio de expresión virtual crea infinitas posibilidades de expansión de las estructuras e instituciones preexistentes, generando mayor participación, inmediatez, acceso a la información, posibilidad de ser oído y de poder construir un diálogo entre las personas y las instituciones. Por su parte el blogging también genera una nueva democracia: la e-democracia o democracia en línea, sistema de convivencia de los diferentes usuarios online que eligen construir un espacio con determinadas normas y valores tomados del mundo convencional con incorporaciones propias del medio informático en el cual se desarrollan. Por ello la importancia de la actividad del blogging radica en su efecto bidireccional con capacidad de generarse desde y hacia el mundo on/off line así como expandir sus efectos en iguales sentidos. Es por ello que resulta coherente que muchos de los principios jurídicos preexistentes se vean reflejados en el mundo digital puesto que pareciera haber una cierta demanda de coherencia y coexistencia sistémica entre ambos sistemas. Es notorio que Internet genere códigos o sistemas de reglas éticas que se alinean con los principios democráticos y de respeto al prójimo en una zona de convivencia digital donde intuitivamente se traza una línea divisoria entre aquello que está prohibido o permitido tal como en el mundo de las reglas tradicionales. Queda por cierto todavía un campo de desarrollo e indagación sobre los aspectos probatorios de las actividades ilícitas online que, tal como en el mundo real, requieren de un actividad exhaustiva y detallada como también de formas de procedimiento efectivas para poder salvaguardar los derechos invocados ante eventuales violaciones a los derechos particulares de un individuo, puesto que también un sistema de justicia efectivo forma parte de la construcción de una e-democracia más participativa y justa.

Conclusiones

A lo largo del presente artículo se han presentado diferentes reflexiones y discusiones sobre el blogging y la participación ciudadana a través de los medios de comunicación digitales. El abordaje de la temática tiene, sin

duda, relación directa con los desafíos que la tecnología posmoderna trae aparejada no sólo para los diferentes sistemas jurídicos mundiales sino también para la forma de llevar adelante la política en las sociedades democráticas contemporáneas y los ciudadanos que participan en ellas a través de los medios informáticos en la actualidad. La nueva era de la tecnología de la información de los siglos XX y XXI han dado forma a una nueva generación llamada por muchos la *generación del milenio*, *milennios* o *generación Y*, haciendo referencia a aquellas personas nacidas entre 1980 y 2000, adolescentes y adultos que han experimentado desde el vamos un mundo digital diferente de la sociedad convencional en la que sus padres han vivido. Esta reforma generacional es el resultado del cambio radical de la sociedad tal y como aparece en la historia reciente.

La historia nos ha enseñado que una generación se forma de acuerdo con el contexto social y político ocasional. De hecho, la reciente revolución de Internet ha dado forma a una nueva generación que es análoga a la generación que fue testigo de la revolución industrial. Los cambios fundamentales en las raíces de la sociedad que ocurrieron durante el estallido inicial de la industrialización afectaron a la generación que entonces creció en la misma forma que la digitalización la ha influido profundamente. Los adolescentes y los adultos jóvenes entran en un nuevo mundo de innovación y creatividad que en muchos casos choca con el statu quo de la sociedad convencional. Las nuevas tecnologías y medios han alterado las formas de las herramientas de comunicación que establecen a la mensajería instantánea, blogs e Internet como opciones más favorables para llegar a amigos, colegas y gente en general.

A pesar de que estos términos generacionales están conectados con la historia norteamericana, los milennios estadounidenses parecen compartir las mismas características con los milennios europeos y de hecho, estamos asistiendo a un fenómeno global. El software libre ayuda a expresar su creatividad y compartir sus conocimientos en la web. Por otra parte se coopera en las comunidades globales de aprendizaje en línea sobre otras culturas y se desarrolla de esa manera un enfoque diferente más abierto y participativo para importantes temas sociales y políticos. Al mismo tiempo, se comunican mediante las aplicaciones de mensajería instantánea con sus amigos en todo el mundo, analizando los últimos acontecimientos y tratando de evaluar y estimar la situación con un enfoque más liberador.

Los milennios han desarrollado ideas progresistas, trabajo en equipo y deseos de contribución para la sociedad. A pesar de que se respeten los

ideales de sus padres, la nueva generación busca reformar los valores sociales tradicionales. Es por eso que protestan en contra de las normas conservadoras de la ley que suprimen la libertad de expresión e información en la web. No es sorprendente, apoyan que la ley debe seguir el ritmo del desarrollo tecnológico y que las normas jurídicas deben ser actualizadas de acuerdo con las nuevas normas. Tienen temores ambientales y apoyan la economía verde, mientras que al mismo tiempo quieren estar involucrados en todos los aspectos de la conversación pública. Los blogs en este marco conforman una herramienta de extrema utilidad para poder llevar adelante diferentes acciones con fines de participación ciudadana. En términos generales puede señalarse que en la actualidad dichas actividades se han desarrollado sin demasiados inconvenientes legales, lo cual no significa que sea necesario debatir sobre la necesidad de una regulación específica para la actividad de las personas que ejercen sus actividades de blogging online. A su vez, resulta interesante reflexionar sobre el rol que cumplen dichas actividades en la construcción de la democracia, no sólo en Internet, sino en todo el territorio de un país.

Desde este punto de vista, Estados Unidos lleva adelante iniciativas que adoptan una política pública de Internet y blogs que favorecen el sistema de autorregulación. Este sistema tomó elementos de los diferentes modelos económicos³² y estableció normas generales de conducta para sus usuarios pero libres de la intervención del Estado. Esto significa que en Estados Unidos la ley contractual prevalece sobre el derecho público, el interés comercial predomina sobre la protección de la privacidad y la orientación de la política del gobierno en estimular la innovación y la creatividad con fondos estatales con el fin de permitir el surgimiento de nuevas tecnologías. Estas características han contribuido a este impulso tecnológico enorme y ha ayudado a la economía estadounidense a prosperar debido a los beneficios de la cultura y del periodismo ciudadano generado por usuarios.

Los blogs en la Unión Europea constituyen también un nuevo medio de comunicación pero a diferencia de Estados Unidos, donde las reglas son

32. S. VENTURELLI, *Inventing E-Regulation in the US, EU and East Asia: Conflicting Social Visions of the Internet & the Information Society*, Telematics & Informatics: An International Journal on Telecommunications & Information Technology, Nueva York, Volume 19, Issue 2, May 2002, pp. 69-90.

establecidas por el mercado, el acervo normativo europeo está basado en una política orientada al ciudadano, derivado de la experiencia de la revolución francesa y la lucha de los ciudadanos contra los abusos del gobierno. La reglamentación europea emana también de tres diferentes modelos económicos que han establecido las normas comunes para la comunidad europea, disposiciones que sirven al carácter multicultural y multidimensional de Europa, conservando la identidad nacional de cada Estado miembro, en la aplicación de una regulación más estricta para la protección de los ciudadanos y en el establecimiento de estrictas leyes de competencia y regulaciones legales sobre el ciberespacio. Esto ha resultado en un rompecabezas regulador europeo con muchos convenios, directivas y recomendaciones que demanda la regulación en todos los aspectos del sector de Internet con el fin de establecer normas comunes de regulación a todos los Estados miembros.

Los mencionados marcos legales se han centrado principalmente en las circunstancias actuales y en no hacer frente a las sociedades innovadoras que requieren acciones imperativas e inmediatas. Por ello, debe haber un cambio de enfoque en la e-regulación, una regulación que podría proporcionar soluciones flexibles a las situaciones jurídicas emergentes. El desafío para Europa, así como también para países que siguen los pasos de la misma estructura jurídica de su sistema de leyes, será potenciar el activismo de la participación ciudadana online a través de diferentes canales u opciones regulatorias que favorezcan el fortalecimiento del carácter multidimensional del blogging.

Analizado el contexto en que surgen y se desenvuelven los blogs, su reconocimiento a nivel ciudadano como elemento democratizador, parece difícil continuar indiferente frente a la necesidad de crear y asegurar condiciones para la expresión efectiva de la sociedad y de los individuos que la componen, y por tanto patrocinar o defender las herramientas informáticas que permiten constituir opciones alternativas a las presentadas por los medios tradicionales. Pero, como observamos, a partir del análisis del entorno sociocultural en que se insertan, no basta contar con una sofisticada infraestructura comunicacional, se requiere desarrollar una conciencia más madura sobre las funciones informativas, a fin de no crear regulaciones jurídicas artificiales, desligada de los hechos reales o descontextualizada. Se ha demostrado que incluso es posible que muchas de las previsiones jurídicas existentes puede aplicarse *a priori* a las circunstancias generadas por la actividad de un blogger, sin perjuicio de estimar conveniente un debate más

preciso en cada Estado en particular donde se desarrollen tales actividades. Para obtener esta conciencia madura es preciso poner a los ciudadanos en condiciones de participar activamente en los procesos de comunicación; para ello es preciso dar oportunidades equitativas de oportunidades de participación y otorgar un alto grado de libertad y responsabilidad individual. Supone igualmente, una población con habilidades informacionales, pero esencialmente capaz de aprender a aprender.

En este sentido surgen entonces algunos desafíos a nivel social y político, y por supuesto en el ámbito de la regulación de la actividad, frente a los cuales es posible indicar algunas propuestas tendientes a regular la actividad del periodismo ciudadano. En primer lugar resulta importante destacar el valor social y potenciar el ejercicio de la libertad de expresión e información, fundamentos de derecho a la información, creando una cultura de la autorregulación que exprese la responsabilidad compartida por los ciudadanos, los medios, organizaciones privadas y públicas que actúan en este ámbito. A su vez se considera importante focalizar acciones para el desarrollo de las habilidades informacionales a los ciudadanos, tanto de aquellos usuarios de deciden expresarse a través de la web como aquellos que simplemente lean las noticias generadas por los bloggers. En tercer lugar resulta considerable evaluar la posibilidad de estimular el surgimiento de nuevas estrategias de información periodística en un marco responsable, con códigos de ética que se cumplan a fin de poder ser crítico y al mismo tiempo ejercer los derechos de la democracia y el ejercicio de la ciudadanía.

Los blogs forman parte de un fenómeno que ha caracterizado los últimos años en el seno de la tecnología informática, formando parte de la construcción del desarrollo de una incipiente democracia digital o e-democracia, con valores, costumbres y códigos que poco a poco van delineando el marco de acción de los bloggers que desean verter sus opiniones en línea como también de aquellas terceras personas que se sienten motivadas a participar a través de comentarios en determinadas plataformas. Se ha señalado por cierto que si bien la lógica del mundo offline sigue siendo de aplicación para cuestiones relativas a la libertad de expresión, lo cierto es que la misma lógica es también aplicable para aquellas situaciones que las leyes denotan como violatorias de un determinado derecho. Sin embargo existen todavía zonas híbridas o con lagunas jurídicas que hasta el día de hoy se han venido regulando con una cierta coherencia en cuanto a la lógica empleada, para definir determinadas situaciones tecnológicas de hecho como acordes o no

a derecho. Es por ello que resulta primordial seguir investigando la mejor alternativa normativa en cuanto a la regulación de las diferentes actividades llevadas a cabo en la web, ya que tal regulación fortalecerá no sólo el sistema de la e-democracia sino también los efectos que las actividades online tienen en el mundo real. El debate se encuentra abierto sobre las alternativas posibles: nuevas formas de regulación, o bien una adaptación de la normativa existente, mecanismos autorregulación, o un sistema mixto, lo cierto es que todo debate que conduzca a un estadio de mayor seguridad jurídica será sin duda celebrado por todos aquellos participantes de las actividades en Internet de modo general y el blogging en particular. Sin perjuicio de lo antedicho cabe concluir que las diferentes opciones, ya sea en cuanto a participación, expresión y difusión que ofrecen los blogs otorgan a los ciudadanos un poder de opinión y de ejercicio de sus derechos sin duda seguirán construyendo una base sólida no sólo para la construcción de espacios alternativos de conocimiento e información, sino también como formas de adquisición de posibilidades para el ejercicio de la libertad de pensamiento, expresión y participación.

Bibliografía

- Bennett, Colin J., Grant, Rebecca, *Visions of Privacy: Policy Choices for the Digital Age*, Toronto, University of Toronto Press, Toronto, 1999.
- Corin Bryan, Political Participation and the Internet, *Liberating cyberspace: Civil Liberties, Human Rights and the Internet*, Pluto Press, Londres, 1999.
- Duclert, Vincent, *La France: une identité démocratique, Les textes fondateurs*, Seuil, Marzo, 2008.
- Halldorsdottir, Hjordis, *Enforcement of Copyright – A reflection on Injunctions in the Information Society*, IT Law, Scandinavian Studies In Law, Volume 47, Estocolmo, 2004.
- Howe, Neil and Strauss, William, *Millennials go to college, strategies for a new generation in Campus*, American Association of Collegiate Registrars and Admissions Officers, Life Course Associates, Estocolmo, 2003.
- Jackson, Nigel, *Scattergun or rifle approach to communication: Mps in the blogosphere*, Information Polity, Volume 13, N° 1-2, Estocolmo, 2008.
- Kahin, Brian and Nesson, Charles, *Borders in Cyberspace, Information Policy and the Global Information Infrastructure*, Harvard information

- Infrastructure Project, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, Londres, 1999.
- Lessig, Lawrence, *Code, version 2.0*, Basic Books, New York, 2006.
- Lessig, Lawrence, *Remix: Making Art and Commerce thrive in the hybrid economy*, Bloomsbury Academic, Londres, 2008.
- Magnusson Sjoberg, Cecilia, *IT Law for IT professionals: an Introduction*, Studentlitteratur, Lund, 2005.
- Moore, Kimberly A. and Parisi, Francesco, *Rethinking Forum Shopping in Cyberspace*, Chicago-Kent Law Review, Vol. 77, N. 3, New York, 2002.
- Ringmar, Eric, *A blogger's manifesto: Free speech and the censorship in the age of Internet*, Anthem Press, London, 2007.
- Sanson, Angela, *Facebook and Youth Mobilization in the 2008 Presidential Election*, New media, Technology and Democracy, Vol. 8, London, 2008.
- Seipel, Peter, *Law and Information Technology, Swedish Views*, IT Law Observatory of the Swedish ICT commission, Information and Communication Technology Commission Report, Stockholm, 2002.
- Thurman, Neil, *Forums for citizen Journalists? Adoption of user generated content initiatives by online news media*, New Media and Society, Vol.10, New York, 2008.
- Tumber, Howard, *Democracy in the Information Age: The Role of the fourth Estate in Cyberspace*, Information, Communication & Society, Vol.4, New York, 2001.
- Venturelli, Shalini, *Inventing E-Regulation in the US, EU and East Asia: Conflicting Social Visions of the Internet & the Information Society*, Telematics & Informatics: An International Journal on Telecommunications & Information Technology, Vol. 19, Boston, 2002.
- Wahlgren, Peter, *IT Law*, Scandinavian Studies in Law, Vol. 47, Jure Law Books, Stockholm, 2004.
- Winograd, Morley and Hais, Michael, *Millennial Makeover: Myspace, YouTube and the future of American Politics*, Putgers University Press, New Brunswick, New Jersey and London, 2008.
- Wright, Scott, *Read my Day? Communication, campaigning and Councilors' blogs*, Information Polity, Vol. 13, Boston, 2008.

Lectio Magistralis: en busca de las Libertades Civiles*

*Norman Dorsen**

**Discurso de bienvenida. Universidad de Buenos Aires,
13 de noviembre de 2012**

Muchas gracias a todos. Estoy muy agradecido por estar aquí y por recibir un título honorífico de esta gran institución, muchos de cuyos profesores y alumnos conozco y admiro desde hace largo tiempo. Agradezco la flexibilidad en reprogramar [el encuentro] a la luz de mi imposibilidad de asistir en la fecha anterior debido al huracán que azotó Nueva York hace dos semanas.

Hoy voy a hacer algunas observaciones sobre la naturaleza de la revisión judicial en los Estados Unidos, seguidas por una breve discusión de tres decisiones de la Suprema Corte sobre libertades civiles y unas breves conclusiones. El primer caso, de 1958, planteó la cuestión de si el gobierno estadounidense tiene el poder de quitar la ciudadanía a una persona nacida en Estados Unidos por haber votado en una elección de otro país. El segundo caso, de 1968, planteó la cuestión de si un estado de Estados Unidos que permite a los hijos reclamar una indemnización de quien por error o negligencia mata a su padre o madre, puede –de acuerdo con la Constitución– excluir a aquellos hijos cuyos padres no estaban casados o, como solemos decir, a aquellos que son hijos “ilegítimos”. El tercer caso, decidido este mismo año, consideró si el Congreso de Estados Unidos viola la libertad de

* Traducción de María de los Ángeles Ramallo y Antonio Ribichini.

** Norman Dorsen es Frederick I. and Grace A. Stokes Professor of Law y Counselor to the President, NYU. Ha sido Presidente Fundador de la Sociedad de Profesores de Derecho Americanos desde 1971 a 1973 y Asesor General (1969-1976) y Presidente de la Asociación Americana de Derechos Civiles (1976-1991).

expresión al convertir en un crimen el hecho de que una persona declare falsamente que recibió la Medalla de Honor, el mayor premio al valor en batalla de este país.

Estados Unidos es un país de derecho anglosajón (“common law”) y Argentina sigue un sistema de derecho continental. Pero esa diferencia no es importante a los fines de esta charla, dado que voy a discutir problemas que se presentan en torno a la Constitución de los Estados Unidos, un documento que requiere interpretación, como todas las constituciones escritas, incluyendo a la argentina.

Como dije, los tres casos involucran libertades civiles, lo que significa que cada uno plantea el interrogante de si el gobierno ha privado o no a alguien de un derecho fundamental. La gente reivindica muchas clases de libertades civiles; por ejemplo, el derecho a un juicio justo (o debido proceso), la libertad de expresión o culto, el derecho a la privacidad, el derecho a la propiedad privada, el derecho a circular libremente, el derecho a no ser discriminado por motivos arbitrarios como la raza o el sexo, entre otros. La mayoría de nosotros tiene una fuerte opinión sobre lo que las libertades civiles son o deberían ser, más allá de lo que piense el resto.

¿Qué son las libertades civiles? ¿De dónde provienen? No descienden desde el cielo anunciando que “son una libertad civil”. Y sólo porque ustedes o yo pensemos que algo es una libertad civil, eso no lo convierte en una. Una disposición constitucional o una ley debe declararla, o un Tribunal u otra institución con autoridad debe enunciarla. Además, luego de que se acepta que una libertad civil existe como principio, para que ella pueda hacerse cumplir, algún oficial debe determinar que esa libertad civil ha sido violada.

Tomemos el derecho a la privacidad. Hay actualmente una controversia en Estados Unidos en torno a si la policía puede entrar a una casa o tienda privadas, o registrar a una persona sin autorización judicial. Por ejemplo, cuando la policía cree de buena fe pero equivocadamente que un criminal armado se encuentra en una casa, ¿puede simplemente entrar al edificio? ¿O puede detener y registrar un automóvil que cree, nuevamente por error de buena fe, que lleva objetos robados y en el que el culpable está por escapar? Otro tipo de problema relacionado con la privacidad es si el derecho de la mujer a hacerse un aborto debe ser protegido siempre o sólo en determinadas situaciones como violación o incesto. Otro tema relacionado es si el gobierno o un particular pueden discriminar a los homosexuales en materia

de vivienda, empleo o el derecho a contraer matrimonio. ¿Tiene la gente derecho a no ser discriminada o, quizás, derecho a discriminar?

Durante mucho tiempo, fueron los líderes de las familias y tribus quienes tomaban estas decisiones, y en algunos lugares todavía lo hacen. Hoy en día, la mayoría de los países le dan este poder al gobierno. Pero, ¿qué gobierno?, ¿nacional, estadual o local? Y si es el gobierno nacional, ¿qué parte de él: el Poder Ejecutivo, el Legislativo o el Judicial?

Los tribunales tienen la última palabra en la mayoría de los países, incluyendo a los Estados Unidos. Pero, ¿por qué? Los legisladores, el presidente y otros funcionarios públicos también juran respetar la Constitución. Los legisladores suelen enfrentar interrogantes sobre la constitucionalidad de la ley que están debatiendo, y los Departamentos de Justicia, Estado, Defensa y otras dependencias públicas frecuentemente consideran la validez de las leyes que aplican. ¿Por qué su decisión no es final? En Estados Unidos y en otros países, la legislatura y el presidente –de quien los departamentos ejecutivos dependen– son instituciones más democráticas que los tribunales, porque son elegidas por distritos o por la nación en su conjunto, en vez de ser designados, como lo son la mayoría de los magistrados. No es sorprendente, entonces, que cuando la Corte de los Estados Unidos toma una decisión importante sobre los derechos de los acusados, como Miranda o Gideon, o sobre discriminación racial, aborto o muchas otras cuestiones, las partes perdedoras aleguen con frecuencia que la Corte es antidemocrática y que abusó de su poder de revisión sobre el Congreso, el Presidente o su equivalente estadual, todos ellos *elegidos* por el pueblo.

Problemas similares surgen en muchos Estados. El año pasado, el Tribunal Constitucional alemán confirmó una ley que había sido diseñada para respaldar al Euro, permitiéndole a Alemania contribuir a un fondo europeo general. El tribunal alemán sostuvo que nadie puede predecir “qué medidas van a ser las mejores para Alemania y el futuro de una Europa unida en la actual crisis”. En consecuencia, la Corte concluyó que los legisladores alemanes, como representantes del pueblo, *elegidos*, debían decidir estas cuestiones sin intervención judicial.

Hay otro problema. Algunas veces, la mayoría de los estadounidenses se opone a una decisión de la Corte. Pero no puede revertir la decisión sin una reforma constitucional, lo que es extremadamente difícil de hacer en los Estados Unidos. En ocasiones, la gente hace justicia por mano propia y simplemente se niega a obedecer una decisión judicial o incluso recurre a

la violencia, como pasó en Estados Unidos cuando la Suprema Corte ordenó la segregación racial de las escuelas públicas y prohibió a los colegios organizar oraciones religiosas. Estas conductas antijurídicas claramente reducen el prestigio y la autoridad del Poder Judicial, y esto es, obviamente, malo para el país.

Pero hay contraargumentos más sólidos para justificar el poder de los tribunales para revisar la constitucionalidad del accionar de las otras ramas del gobierno. Uno que les gusta a los abogados es que los tribunales están compuestos por abogados, y los abogados saben más, son más inteligentes y están mejor entrenados que otras personas, o al menos piensan que lo están. Por lo tanto, aun si algunos presidentes son abogados (incluyendo al presidente Obama) y muchos legisladores son abogados, los tribunales deberían tener la última palabra. Además, los tribunales se constituyen en un foro que permite la reflexión y la discusión basada en casos previos y otros materiales que sirven de guía. Por otro lado, aun cuando los jueces sean designados y no elegidos, suelen contar con fuertes convicciones democráticas. En Estados Unidos, un presidente *elegido* designa jueces, un Senado *elegido* los confirma y la mayoría de los jueces, especialmente los de la Suprema Corte, tienen largas y públicas carreras y son ampliamente conocidos por la sociedad.

Otro argumento en defensa del poder de los jueces en Estados Unidos es que la mayoría son nombrados por períodos prolongados o de forma vitalicia, como los jueces del gobierno federal. Estos jueces no tienen que preocuparse por ser reelegidos y pueden fallar siguiendo los dictados de su conciencia, aun cuando la decisión sea impopular. Presidentes y legisladores, al enfrentar campañas de reelección, no pueden permitirse este nivel de independencia, debido a las presiones políticas. Así, dos de los principales propósitos de la Constitución –la salvaguarda de las minorías y de las opiniones políticas y religiosas disidentes– estarían mejor protegidos en el sistema actual, donde los tribunales independientes tienen la última palabra.

Una consecuencia importante del intenso debate sobre la legitimidad de la revisión judicial es que los jueces estadounidenses frecuentemente se remiten a las decisiones de las ramas *elegidas* del gobierno, tal como lo hizo el Tribunal Constitucional de Alemania en el caso que les mencioné. De hecho, varios de los más conocidos jueces americanos, como Felix Frankfurter y William Rehnquist, han basado su filosofía jurídica en el principio de la deferencia judicial o restricción judicial, como suele llamarse.

Muy pocos jueces, quizá ninguno, diría que siempre debe deferir sus decisiones al Congreso o al Presidente. En el mismo sentido, pocos o ningún juez sostendría que no es necesario deferir nunca. En consecuencia, el debate actual gira en torno a *cuánto* y *cuándo* los jueces deben deferir. Algunos jueces defienden un nivel de deferencia alto, dado que los jueces no son responsables electoralmente frente al pueblo; al contrario, otros dicen que esta posición equivale a cobardía judicial y a abdicar a la responsabilidad de los Tribunales de hacer cumplir las libertades civiles frente al gobierno aun cuando ello sea impopular.

Todo esto puede tornarse complicado y confuso, y algunos jueces y abogados dicen que deberíamos retornar a las reglas legales básicas. Se preguntan por qué no podemos resolver estos problemas a la vieja usanza, a través de tradicionales y confiables métodos de decisión judicial –textos constitucionales o legales, la historia de las disposiciones relevantes y los precedentes–. El problema es que estos métodos de decisión pueden ser antiguos y tradicionales pero, frecuentemente, no son confiables. Los textos pueden ser ambiguos, la historia puede no estar disponible o ser inconsistente, y el precedente, a menudo, no es aplicable. Cuando el texto, o la historia, o el precedente, *son* claros, el caso raramente llega a la Suprema Corte, o ni siquiera llega a convertirse en caso. Fallar no es tarea fácil, y la cuestión de cuánto deben deferir los jueces al Congreso y al Ejecutivo no debe ser evitada.

En estas circunstancias, no es sorprendente que el cinismo y el escepticismo hayan crecido a lo largo de estos años, llevando a algunos profesores, abogados y a muchos miembros del público a concluir que los tribunales deciden los casos como si fueran legisladores o políticos y que la doctrina judicial no es más que una cobertura o máscara de las preferencias personales –y no legales– del juez. En otras palabras, que los jueces deciden los casos en función del lugar de dónde provienen. En Estados Unidos, el Realismo Legal de las décadas de 1920 y 1930, y el Movimiento de Estudios Críticos del Derecho, más recientemente, sostenían esta postura.

Para tratar de clarificar estas cuestiones, retomaré los tres casos que mencioné al inicio de esta charla.

Clemente Pérez nació en Texas y se convirtió así en ciudadano de los Estados Unidos, al amparo de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución, ratificada en 1868. Ésta establecía que “todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos [...] son ciudadanas de los Estados Unidos y del Estado en el que residen”. El propósito inmediato de la Decimocuarta

Enmienda fue asegurar que los esclavos africanos y antiguos esclavos fueran ciudadanos de Estados Unidos y, de esta manera, contrarrestar una decisión previa de la Suprema Corte. Muchos años después, en los comienzos de la Segunda Guerra Mundial, el Congreso promulgó la Ley de Nacionalidad de 1940. La ley prevé que un ciudadano estadounidense que vote en una elección de otro país pierda el derecho a la ciudadanía porque tal acto importa una falta de lealtad hacia los Estados Unidos. Perez votó en una elección mexicana y el gobierno de los Estados Unidos se apoyó en esta disposición para revocarle la ciudadanía.

Pero, ¿tenía el Congreso el poder constitucional para sancionar la Ley de Nacionalidad? No hay nada en la Constitución o en su historia que trate este tema y ningún caso anterior que aborde este problema. Entonces, ¿cuál es la respuesta? O, más exactamente, ¿cómo hace uno para encontrar la respuesta? Cuando el caso Pérez fue discutido en la Suprema Corte en 1957, los jueces estaban profundamente divididos.

Un grupo, liderado por el juez Frankfurter, sostenía la validez de la ley. Invocaba la autoridad general del Congreso para legislar y el hecho de que nada en la Constitución prohibía al Congreso aprobar una ley semejante o, como dijo Frankfurter, “hacer el ridículo de sí mismo”. Además, si el Congreso tenía el poder para declarar la guerra y regular las relaciones exteriores, tenía la responsabilidad de reducir conflictos entre los Estados Unidos y otras naciones, y ésta era una manera de hacer eso. En consecuencia, el grupo de Frankfurter concluyó que el Congreso podía establecer qué actos determinarían una pérdida de la ciudadanía, a veces llamada “expatriación”. Según esta visión, la Suprema Corte debía deferir al Congreso y al Presidente, y confirmar la ley.

Otro grupo de jueces, liderado por el Presidente del Tribunal Earl Warren, tenía una opinión diferente. Warren escribió que “la ciudadanía [es] un derecho básico del hombre ya que no es nada menos que el derecho a tener derechos”. Una persona apátrida “es deshonrada y degradada [...] con ninguna posibilidad de reclamar legalmente el amparo de ninguna nación”. Warren continuó diciendo que las personas que crearon este gobierno “le otorgaron poderes amplios [...] [pero] los ciudadanos son ellos mismos soberanos y su ciudadanía no está sujeta a los poderes generales del gobierno”. En consecuencia, el Congreso no puede privar a la gente de la ciudadanía que la Decimocuarta Enmienda les otorgó.

En ausencia de precedentes judiciales y de costumbre relevante, ¿existían bases sólidas para una decisión en uno u otro sentido en el caso Pérez?

¿Debió la Corte en estas circunstancias haber deferido al Congreso, como sostenía Frankfurter, o es la ciudadanía un status constitucional que el gobierno no puede quitar a nadie? Quizás éste sea un caso en el que cada juez decide en función del lugar de dónde proviene, pero ¿cómo podríamos saberlo?

Tuve una pequeña conexión con el caso Pérez porque yo era secretario letrado del juez de la Suprema Corte John Marshall Harlan en ese momento. Discutí el caso Pérez con él y lo ayudé a armar una opinión en un caso análogo. Al final, la Suprema Corte, por 5 votos a 4 –con Harlan a favor– sostuvo el poder del Congreso de quitarle a Pérez la ciudadanía por haber votado en una elección mexicana. El juez William O. Douglas escribió un voto en disidencia en el que afirmó que “estos [casos de expatriación] son los pronunciamientos constitucionales más importantes del siglo”, seguramente porque respondían a la pregunta fundamental de quién es el máximo soberano en los Estados Unidos: si las personas o el gobierno.

Tuve una conexión más cercana con el segundo caso. Era una demanda promovida por los cinco hijos de Louise Levy, una mujer soltera y negra que murió mientras era atendida en un hospital de Nueva Orleans, Louisiana. Una ley de Louisiana preveía que el hijo sobreviviente de un padre muerto por culpa de un tercero podía reclamar resarcimiento por el delito. Los niños Levy iniciaron acciones al amparo de esta ley, sosteniendo la negligencia del hospital. Los tribunales de Louisiana desestimaron el caso. Sostuvieron que la palabra “hijo” en el texto legal se refería sólo a “hijo legítimo”, nacido de padres casados y que la norma estaba “basada en la moral y el bienestar general [porque] desalentaba traer niños al mundo fuera del vínculo nupcial”. La Corte Suprema tomó el caso por apelación en virtud de otra parte de la Decimocuarta Enmienda, la Cláusula de Igual Protección.

Esta cláusula dispone que ningún estado “negará a cualquier persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes”. Ni ésta ni ninguna otra disposición de la Constitución menciona la cuestión de los nacimientos legítimos o ilegítimos y no había costumbre ni decisiones anteriores que trataran el problema que presentaba el caso Levy. ¿Cómo debía decidir la Corte?

Tres jueces querían ratificar la ley. Sostenían que en Estados Unidos la distribución de la propiedad está gobernada por la ley estadual y no federal y que Louisiana, en interés de la estabilidad familiar y la moral general, podía racionalmente sancionar leyes para alentar a los padres a que se casen. Además, en la ley inglesa y de la mayoría de los estados de Estados Unidos, los

hijos extramatrimoniales podían reclamar indemnización por daños en caso de homicidio culposo sólo si los padres los habían reconocido formalmente como hijos suyos, supuesto que no se daba en este caso. Consecuentemente, los tres jueces concluyeron que Louisiana podía denegarles válidamente a los hijos de Levy el derecho de cobrar una reparación por la muerte de su madre.

Seis jueces estuvieron en desacuerdo. En su voto por la mayoría, el juez Douglas preguntó, retóricamente, por qué debían negársele derechos a niños inocentes por ser “ilegítimos” cuando tenían todas las responsabilidades de un ciudadano, incluyendo pagar impuestos y servir en las Fuerzas Armadas. La opinión enfatizó que Louise Levy “cuidaba a sus [hijos] y los criaba; eran ciertamente suyos en sentido biológico y espiritual; y sufrieron su muerte de la misma forma que cualquier otro hijo”.

Me pregunto si alguno de los que están aquí hubiera apoyado a Louisiana y denegado a los chicos el derecho a ser resarcidos por la muerte de su madre. Aún así, ¿fue persuasiva la opinión de la mayoría? Como he mencionado, se basó en precedente o costumbre e ignoró la cuestión de la deferencia judicial al estado de Louisiana.

¿Qué lado tenía razón? Debería mencionar que fui el abogado de los niños Levy ante la Corte Suprema, y que es mi caso favorito entre todos los que litigué allí, quizás porque planteó una cuestión completamente nueva y quizás porque sentí que las cortes de Louisiana habían tenido un accionar escandaloso al denegar a los niños Levy una indemnización por la muerte de su madre. Después de todo, los niños no tenían responsabilidad alguna por el hecho de que sus padres no hayan estado casados. Pero, ¿es mi opinión meramente una “preferencia personal”? ¿Estaría una decisión en sentido contrario más justificada en materia de derecho o sería también una “preferencia personal”? ¿Hay un principio más importante en juego?

El tercer caso que voy a discutir, que fue decidido en junio de 2012, se refiere a una ley llamada Stolen Valor Act, aprobada por el Congreso en 2005. La ley convirtió en un crimen el declarar falsamente haber recibido condecoraciones y medallas militares. Un hombre llamado Álvarez se declaró culpable del cargo de falsa declaración por haber recibido la Medalla de Honor, el premio militar más alto de la nación, como he mencionado. Álvarez apeló y el caso fue a la Corte Suprema.

La Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos establece que el Congreso no deberá hacer “ninguna ley [...] que restrinja la liber-

tad de expresión”. La única cuestión del caso era si la Primera Enmienda invalidaba la Stolen Valor Act y por lo tanto barría con la condena a Álvarez por su falsa alegación. Al leer la Primera Enmienda, uno podría pensar que toda expresión está protegida porque el texto dice simplemente que el Congreso no deberá hacer “ninguna ley”. Pero esto estaría equivocado, porque el texto completo de la Enmienda es que el Congreso no deberá hacer ninguna ley “que restrinja la libertad de expresión” y la Constitución no define “restringir” o “libertad de expresión”, por lo que hay un amplio margen para la interpretación, tal como hemos aprendido a partir de muchos casos a lo largo de los años.

¿Significa esto que hay límites a lo que la gente puede decir en los Estados Unidos? Sí. Si A le vende a B un auto, o una casa, o un cuadro, y miente sobre lo que está vendiendo, esa expresión puede ser castigada como fraude. O si X es autor y usa palabras de otra persona en un libro o un artículo sin darle el crédito respectivo, X puede ser condenado por plagio. Hay otros límites a la libertad de expresión, tales como falso testimonio, calumnias, injurias, obscenidad, apología de la violencia, amenazas personales y pornografía infantil. Cada uno de estos límites debe ser definido, y hay con frecuencia casos difíciles. Pero está claro que estas categorías de expresión no están protegidas por la Constitución.

En el caso de Stolen Valor la cuestión era si el gobierno podía castigar la declaración falsa de Álvarez de que había ganado la Medalla de Honor. La Corte Suprema ha resuelto con frecuencia que “no hay valor constitucional en falsas declaraciones de hecho” y, tal como he dicho, ha castigado injurias, falso testimonio y fraude, todos los cuales involucran falsas declaraciones de hecho. Además, la Stolen Valor Act es respetable. Se remonta a la Revolución Americana de la década de 1780, cuando el general George Washington estableció un sistema para asegurar que los honores militares fueran recibidos sólo por quienes en verdad los merecían.

Entonces, ¿cuál es el problema? La Corte Suprema debería haber confirmado la condena de Álvarez en virtud de la Stolen Valor Act, ¿no están de acuerdo? No tan rápido.

En los Estados Unidos está bien establecido que aun cuando la expresión no esté constitucionalmente protegida, una restricción gubernamental a la misma es inconstitucional a no ser que el gobierno demuestre un “interés estatal superior” en la restricción y en que la ley es “realmente necesaria” para lograr su propósito. En este caso no había evidencia de que la

“percepción pública de los honores militares [haya sido] diluida por estas falsas adjudicaciones” o que la falsedad haya ofendido a los auténticos receptores de los honores, los dos intereses que el gobierno alegó. Además, los términos de la ley podrían aplicarse a conversaciones privadas, incluyendo aquellas que tienen lugar en la privacidad del hogar. Por último, el gobierno no demostró necesitar una ley tan amplia para lograr su objetivo. La ley podría haber sido reducida a declaraciones hechas en público, o el gobierno podría haber evitado el problema constitucional en su totalidad si hubiera mantenido un registro de los destinatarios de los honores militares para que las mentiras sobre las medallas pudieran ser públicamente expuestas.

Al final, seis jueces votaron invalidar la ley en virtud de la Primera Enmienda, mayormente porque pensaron que si la sostenían, darían lugar a la acusación por otros tipos de falsedades a otros individuos que, si bien reprobables, probablemente no hayan causado ningún tipo de daño. Después de todo, la mayoría de nosotros alteramos la verdad de vez en cuando. En razón de mi larga trayectoria en la Asociación Americana de Libertades Civiles (American Civil Liberties Union, ACLU), que se opone fuertemente a las restricciones a la libertad de expresión, estoy bastante convencido de que hubiera estado de acuerdo con la mayoría de haber sido parte de la Corte. Por otro lado, tengo una fuerte “preferencia personal” en contra de las personas que mienten acerca de sus logros. En consecuencia, cuando un grupo dedicado a la libertad de expresión como el Centro Thomas Jefferson para la Protección de la Libre Expresión (The Thomas Jefferson Center for the Protection of Free Expression), del cual soy miembro del directorio, debatió este caso, yo era para mis colegas una piedra en el zapato. No cesaba de intentar hallar una forma de sostener la ley, a pesar de la Primera Enmienda, en razón de mi desagrado por la falsedad. Eventualmente me plegué a la opinión de los otros, tal como siempre sospeché que haría.

¿Qué pasó luego de que los tres casos fueran decididos? Las decisiones de la Corte Suprema suelen tener una larga vida y éste fue el caso de todas ellas. El caso Pérez de 1958, que sostuvo el poder del gobierno de retirar la ciudadanía a un estadounidense nativo por votar en una elección extranjera, fue revocado por la Corte Suprema veinte años más tarde, así vindicando la opinión del Presidente de la Corte Warren.

El tercer caso, referido a la Stolen Valor Act, que acabo de describir, no fue invalidado. No ha transcurrido suficiente tiempo. Pero sí ha habido tiempo suficiente para que el Congreso apruebe una nueva Stolen Valor

Act, que limite el crimen de declarar falsamente un honor militar a aquellos casos en que el engaño tiene la intención de hacer dinero o recibir algún otro beneficio. Algún día sabremos si la nueva ley sobrevive a la Primera Enmienda.

La secuela más interesante fue la de Levy vs. Louisiana. Después de sostener que el Estado no podía excluir a los hijos extramatrimoniales del beneficio de las leyes por muerte culposa –distinguiendo entre hijos “legítimos” e “ilegítimos”– la Corte Suprema devolvió el caso a los tribunales inferiores para que decidan si el hospital había sido negligente y, en este último caso, a cuánto dinero tenían derecho los niños por la muerte de su madre. Para mi sorpresa, las cortes de Louisiana se negaron nuevamente a permitir a los niños demandar el resarcimiento. En lugar de acabar con la discriminación en contra de los hijos extramatrimoniales, permitiéndoles accionar en virtud de la Wrongful Death Act, los tribunales de Louisiana decidieron denegar a *todos* los niños en el Estado el derecho a reclamar por daños a quien accidentalmente mata a su padre. De esta forma, sostuvo Louisiana, no había discriminación; la Wrongful Death Act no protegería a ningún niño en estas circunstancias. Los otros abogados de los niños Levy y yo rápidamente nos preparamos para apelar nuevamente a la Corte Suprema. Pero antes de que llegáramos a hacerlo, Louisiana cedió y decidió permitir a los niños Levy y a todos los otros niños en el Estado a reclamar por daños. Creo que éste era el único resultado moral.

Al discutir estos tres casos de libertades civiles, me he referido a algunas de las ideas generales con las que comencé esta charla: la relevancia del texto constitucional, la historia, el federalismo, el verdadero rol de los tribunales, el grado en que las cortes deben ceder a los poderes electos, y los valores, es decir, las preferencias ideológicas y personales del juez.

Ahora es momento de hacer la pregunta opuesta. ¿Nos ayudan estos tres casos a entender los principios generales y el proceso judicial del que son parte?

Los casos muestran la relevancia del texto constitucional, incluyendo su historia y propósitos, nuestro concepto del rol de los tribunales, el grado de deferencia debido a los poderes políticos y el federalismo. Pero los ejemplos también muestran que, en casos novedosos y difíciles, estos métodos pueden no ser decisivos.

Volvamos a pensar si el gobierno puede revocar la ciudadanía de una persona, discriminar a los hijos extramatrimoniales o castigar criminalmen-

te declaraciones falsas sobre honores militares. ¿Conducen las técnicas judiciales que mencioné a una decisión confiable? En un sentido, la respuesta podría ser sí. Si el juez es un textualista o si suele deferir regularmente al Congreso y a los Estados en casos difíciles o si, por otro lado, él o ella defienden fuertemente los derechos individuales, ese juez puede llegar a una decisión siguiendo su filosofía personal. Pero esa línea de pensamiento hace surgir otra pregunta: ¿por qué el juez eligió una particular filosofía? ¿Qué lo llevó a ser ese tipo de juez?

Esto significa que, cuando un caso no puede ser resuelto con facilidad, cuando los materiales legales habituales no alcanzan para despejar el camino, el juez debe hacer un esfuerzo extra para decidir el caso y su decisión será hasta cierto punto subjetiva. ¿Significa esto que es una preferencia “política”, “ideológica” o “personal”? Sí, hasta cierto punto. Los jueces deben juzgar, fueron puestos en el cargo con ese propósito. Todos tienen valores fundamentales, el lugar del cual “proviene”. No quiero sugerir que los jueces no tienen ningún tipo de restricciones legales. Por el contrario, están limitados por su deber de seguir las reglas del oficio, honestamente y tan lejos como puedan llevarlas. En otras palabras, la creación judicial o aplicación de una libertad civil es parte del “derecho” pero, para llegar allí o no, se requiere, frecuentemente, algo más que el análisis legal convencional.

¿Es esta nueva forma de ver el problema de la magistratura buena o mala? Sugiero que no es ninguna de las dos, parecería que es meramente inevitable.