

LEIRIA-YSICEL

2ND YOUNG SCHOLARS INTERNATIONAL CONFERENCE ON ENTERPRISE LAW

LIVRO DE ATAS
PROCEEDINGS

15.MAY.2024
ESCOLA SUPERIOR DE TECNOLOGIA E GESTÃO
POLITÉCNICO DE LEIRIA
LEIRIA - PORTUGAL
| ONLINE VIA ZOOM



Ficha técnica

Título: 2nd Leiria Young Scholars International Conference on Enterprise Law (Leiria-YSICEL). Proceedings.

Coordenação da obra:

Ana Filipa Conceição

Ana Lambelho

Susana Almeida

Comissão científica:

Ana Filipa Conceição

Ana Lambelho

Cátia Marques Cebola

Elisabete Santos

Eugénio Lucas

Jorge Barros Mendes

Nuno Abranches Pinto

Rita D'almeida

Susana Almeida

Susana Sardinha Monteiro

Autores:

Alejandro de Rosa Cañete, Universidade de Valência

Alfredo Jhunion Lazarte Panocca,

Irene Martínez Martínez, Universidade de Deusto

Marília Vieira Castilho, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra

Marta Serrão, Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria

Sandys Menoya Zayas, Universidade de Málaga

Ano: 2023

Edição: Politécnico de Leiria

ISBN:

DOI:

Programa do Evento

9h30 – Abertura

Maria Gorete Costa – Subdiretora da ESTG

Ana Filipa Conceição – Comissão Organizadora

PAINEL I

Moderação

Ana Lambelho

Comissão Organizadora

9h40 – Sustentabilidade e o Direito Societário

Madalena Perestrelo de Oliveira,

FDUL/ advogada, Portugal

10h – Digitalización en el sector marítimo: ¿Hacia una nueva gestión de los riesgos laborales?

Sandys Menoya Zayas

Universidad de Málaga, Espanha

10h30-El Impulso De La Previsión Social Complementaria En El País Vasco

Irene Martínez Martínez

Universidad de Deusto, Espanha

11h-Encubrimiento De Relaciones Laborales A Través De Programas Tributarios En Perú: Caso Obreros Municipales

Alfredo Jhuniór Lazarte Panocca

Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, Perú

PAINEL II

Moderação

Francisco Javier Arrieta Idiakez

Universidad de Deusto, Espanha

11h30-Hacking: Classificação E Enquadramento Legal

Marta José Coelho Alves,

IPP, Portugal

11h45-Dual-Class Shares Structure In China: A Comparative Perspective

Ting Hu

Universidade de Leiden, Países Baixos

12h-Análisis Jurisprudencial Sobre La Negociación De Los Elementos Del Pliego De Cláusulas Administrativas Particulares (Pcap) En El Procedimiento Negociado Del Artículo 166 Y Sigüientes De La Ley 9/2017, De 8 De Noviembre, De Contratos Del Sector Público

Alejandro de Rosa Cañete

Universidade de València, Espanha

12h15-A Decisão Da Suprema Corte Indiana No Caso Novartis: Medicamentos Genéricos E Patentes Farmacêuticas Internacionais

Marcela Nogueira Martins

Universidade de València, Espanha

12h30- Consciência Ambiental Dos Consumidores: O Rótulo Ecológico Como Ferramenta De Auxílio Ao Combate Do Greenwashing?"

Marta Serrão

ESTG/IPLeiria, Portugal

12h45 – Desafios Emergentes Para O Administrador Judicial: Reflexões Sobre Contextos Em Transformação

Marília Castilho

FEUC, Universidade de Coimbra, Portugal

13h -Encerramento

Susana Almeida

Comissão Organizadora

A II Young Scholars International Conference on Enterprise Law (YSICEL), pretendeu dar continuidade ao projeto que se iniciou com a primeira conferência, e que assenta em três pilares fundamentais: ser um espaço de acolhimento e de partilha para estudantes de mestrado e doutoramento e jovens investigadores (até 5 anos após a conclusão do doutoramento); promover a discussão sobre diferentes eixos do Direito Empresarial, como sejam o Direito dos Negócios, o Direito Laboral, o Direito da Insolvência, o Direito do Consumo, o Direito dos Contratos Comerciais ou da Propriedade Industrial e Direitos de Autor; criar uma conferência anual de qualidade, que possa trazer não só estudantes do Mestrado em Solicitadoria de Empresa da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico de Leiria, mas de todo o mundo. Estas são as atas do evento, que representam diferentes ordenamentos e realidades jurídicas.

La 2ª Young Scholars International Conference on Enterprise Law (YSICEL) pretendía dar continuidad al proyecto iniciado con la primera conferencia y que se basa en tres pilares fundamentales: ser un espacio de acogida e intercambio para estudiantes de máster y doctorado y jóvenes investigadores (hasta 5 años después de la finalización del doctorado); promover el debate sobre diferentes áreas del Derecho de la Empresa, como el Derecho Mercantil, el Derecho Laboral, el Derecho Concursal, el Derecho del Consumo, el Derecho de los Contratos Mercantiles o la Propiedad Industrial y los Derechos de Autor; crear una conferencia anual de calidad que pueda reunir no sólo a estudiantes del Máster en Solicitadoria de Empresa de la Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico de Leiria, sino de todo el mundo. Estas son las actas del evento, que representan diferentes sistemas y realidades jurídicas.

The 2nd Young Scholars International Conference on Enterprise Law (YSICEL) was intended to continue the project that began with the first conference and which is based on three fundamental pillars: to be a welcoming and sharing space for master's and doctoral students and young researchers (up to 5 years after completing their doctorate); to promote discussion on different areas of Enterprise Law, such as Business Law, Labour Law, Insolvency Law, Consumer Law, Commercial Contracts Law or Industrial Property and Copyright; to create a quality annual conference that can bring not only students from the Master's Degree in Corporate Solicitorship at the Escola Superior de Tecnologia e Gestão - Politécnico de Leiria, but from all over the world. These are the proceedings of the event, which represent different legal systems and realities.

Índice

Análisis jurisprudencial sobre la negociación en el procedimiento negociado del artículo 166 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público	2
Digitalización en el sector marítimo: ¿hacia una nueva gestión de los riesgos laborales?	46
Encubrimiento de relaciones laborales a través de programas tributarios en Perú: caso obreros municipales	67
El impulso de la previsión social complementaria en el País Vasco	82
Consciência ambiental dos consumidores: o rótulo ecológico como ferramenta de auxílio ao combate ao <i>greenwashing</i>?	99
Desafios Emergentes para o Administrador Judicial:	126

Análisis jurisprudencial sobre la negociación en el procedimiento negociado del artículo 166 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

Alejandro De Rosa Cañete.

Universitat de València.

aderoca@alumni.uv.es

Sumário: 1. Introducción; 2. El procedimiento negociado: aspectos legales sobre su regulación. 3. Consideraciones sobre la necesidad de justificación, especialmente, del procedimiento negociado sin publicidad; 4. Análisis jurisprudencial sobre los requisitos, límites y garantías de la negociación en el procedimiento negociado, con especial atención a la negociación de los elementos del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares; 4.1. Análisis jurisprudencial sobre la negociación del procedimiento negociado con publicidad; 4.2. Análisis jurisprudencial sobre la negociación del procedimiento negociado sin publicidad; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía.

Palavras-chave: procedimiento negociado; pliego; contratista; licitación pública; Administración Pública

1. Introducción.

La contratación pública es una actividad esencial de las Administraciones Públicas que persigue la satisfacción de las necesidades públicas mediante la adquisición de obras, suministros y servicios en el mercado. La contratación pública debe regirse por los principios de legalidad,

transparencia, igualdad de trato y libre competencia, así como por las normas y directrices establecidas por el Derecho de la Unión Europea, que busca la armonización y la eficiencia de los procedimientos de adjudicación en el ámbito comunitario.

La legislación española contempla diversos procedimientos de adjudicación, entre los cuales se encuentra el procedimiento negociado. El procedimiento negociado es una modalidad de contratación pública que permite a la Administración establecer contratos con empresas o proveedores de bienes y servicios.

En este proceso, la Administración tiene la facultad de negociar directamente con los posibles contratistas las condiciones del contrato, ya sea en aspectos técnicos, económicos o ambos. A diferencia de otros procedimientos de contratación, como el procedimiento abierto o el procedimiento restringido (en los cuales las ofertas se presentan sin negociación previa), en el procedimiento negociado se permite esta interacción directa entre la Administración y los posibles licitadores.

El procedimiento negociado se reserva para circunstancias particulares donde la complejidad del contrato demanda una discusión minuciosa sobre los términos y condiciones, o cuando la Administración estima que negociar directamente con los posibles contratistas puede generar mejores ofertas en beneficio del interés público. Este procedimiento se emplea en contratos que abarcan aspectos técnicos de alta complejidad, donde la flexibilidad y el diálogo directo con los licitadores pueden conducir a soluciones óptimas. Este enfoque permite una mayor adaptabilidad a las necesidades específicas del contrato y facilita la ejecución exitosa del mismo.

El objetivo de la investigación, por lo tanto, se orienta al estudio del procedimiento negociado por cuanto se erige como una herramienta valiosa para la Administración y las empresas en la consecución de los objetivos contractuales celebrados entre el sector público y el sector privado en situaciones donde la rigidez de otros métodos pudiera ser desfavorable. Para ello, se analiza la jurisprudencia existente sobre la negociación, con especial atención a la negociación de los elementos del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en el procedimiento negociado, tanto con publicidad como sin publicidad, y se extraen las principales conclusiones sobre los requisitos, los límites y las garantías de este procedimiento.

2. El procedimiento negociado: aspectos legales sobre su regulación.

El procedimiento negociado es una modalidad de contratación pública que permite al órgano de contratación adjudicar el contrato a un licitador elegido tras negociar las condiciones del mismo. Este procedimiento se caracteriza por la flexibilidad y la discrecionalidad del órgano de contratación. El procedimiento negociado puede requerir (o no) la publicación previa de un anuncio de licitación, dependiendo de los casos que prevé la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, “**LCSP**”), en sus artículos 167 y 168.

Es necesario hacer referencia a la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante, “**Directiva 2014/24/UE**”), que en su considerando 40 afirma lo que sigue con respecto al procedimiento de licitación con negociación:

“(44) El procedimiento de licitación con negociación debe poder utilizarse también en los casos en que un procedimiento abierto o restringido haya conducido exclusivamente a ofertas irregulares o inaceptables. En tales casos, los poderes adjudicadores deben poder llevar a cabo negociaciones con objeto de conseguir ofertas normales y aceptables.”

De la misma forma, el considerando 45 de la Directiva 2014/24/UE determina que el procedimiento de licitación con negociación debe contar con medidas de protección que aseguren el respeto a los principios de igualdad de trato y transparencia. Los organismos que adjudican deben especificar de antemano los requisitos mínimos del procedimiento, los cuales no deben cambiarse durante las negociaciones. Los criterios de adjudicación y su ponderación deben mantenerse constantes a lo largo del proceso y no pueden ser negociados para asegurar la igualdad de trato entre todos los participantes. Sin ánimo de adentrarnos en el objeto del trabajo, sí convendría adelantar que la Directiva 2014/24/UE sólo permite el procedimiento negociado sin publicación previa de anuncio en situaciones excepcionales (art. 32 y considerando 50). Sin

embargo, en lo que respecta al procedimiento negociado con publicidad, se acepta de manera general que puede aplicarse con mayor flexibilidad (art. 26.4 considerando 42)¹.

Las negociaciones deben mejorar las ofertas para que los adjudicadores puedan adquirir obras, suministros y servicios que se adapten perfectamente a sus necesidades específicas. Estas negociaciones pueden abarcar todas las características de las obras, suministros y servicios, incluyendo la calidad, cantidades, términos comerciales y aspectos sociales, medioambientales e innovadores, siempre que no sean requisitos mínimos.

Es crucial que los requisitos mínimos definidos por el adjudicador sean las condiciones que todas las ofertas deben cumplir para permitir la adjudicación del contrato según los criterios establecidos. Para asegurar la transparencia y rastreabilidad del proceso, todas las fases deben ser documentadas adecuadamente. Además, todas las ofertas deben ser presentadas por escrito durante el procedimiento.

Como se puede comprobar, la LCSP se basa en las Directivas europeas de contratación pública de 2014. En su articulado, incorpora los diversos procedimientos de adjudicación establecidos en estas directivas, especialmente en la Directiva 2014/24/UE². De hecho, la implementación de las directivas europeas ha provocado la expansión de las situaciones en las que se permite la negociación durante los procesos de adjudicación³.

La elección del procedimiento de adjudicación por parte del órgano de contratación se realiza dentro de unas directrices generales establecidas por LCSP, basadas en gran medida en las Directivas europeas. Según los artículos 116.4 y 131 de la LCSP⁴, el órgano de contratación debe justificar adecuadamente la elección del procedimiento de licitación, considerando criterios de solvencia, el valor estimado del contrato y la necesidad administrativa que pretende satisfacer. Sin embargo, esta elección no es completamente libre y requiere una justificación adecuada, ya que los procedimientos de adjudicación no son intercambiables y deben seleccionarse en función del interés público y de la naturaleza de la prestación que se desea adquirir. Es fundamental evitar la

¹ SARDINA CÁMARA, Pablo (2017), p. 2.

² RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2019), p. 22.

³ RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2019), p. 23.

⁴ RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2019), p. 25.

elusión de los requisitos de los procedimientos de adjudicación, tal como lo establece el artículo 132.2, y seguir estrictamente las reglas del procedimiento elegido⁵.

Es crucial destacar la importancia de las consultas preliminares al mercado, como se menciona en el artículo 115 de la LCSP, ya que permiten al órgano de contratación conocer el estado del mercado en relación con la prestación que se pretende adquirir. Según el artículo 116, en el expediente de contratación se debe justificar detalladamente la elección del procedimiento de licitación, los criterios de solvencia, el valor estimado del contrato y la necesidad administrativa correspondiente. En el artículo 131 se especifica que los contratos se adjudicarán utilizando una pluralidad de criterios basados en la mejor relación calidad-precio, generalmente mediante procedimiento abierto o restringido, salvo excepciones específicas.

El artículo 132 subraya los principios de igualdad, transparencia y libre competencia, estableciendo que la contratación no debe concebirse con la intención de eludir requisitos de publicidad ni restringir la competencia de manera artificial. Los órganos de contratación deben garantizar la libre competencia a lo largo del proceso y notificar cualquier indicio de infracción a las autoridades competentes. El artículo 133 aborda la confidencialidad, indicando que los órganos de contratación no pueden divulgar información confidencial proporcionada por los empresarios, y estableciendo límites claros sobre qué información puede considerarse confidencial.

Adicionalmente, el artículo 136 establece que los plazos de presentación de las solicitudes de participación y proposiciones deben ser razonables y adecuados a la complejidad del contrato, respetando siempre los plazos mínimos establecidos por la ley. El artículo 138 garantiza que los órganos de contratación ofrecerán acceso libre, directo y gratuito a los pliegos y demás documentación complementaria a través del perfil del contratante desde la publicación del anuncio de licitación.

Estos artículos demuestran la estructura rigurosa y detallada que guía los procedimientos de adjudicación, asegurando transparencia, igualdad de trato y competencia leal en todas las etapas del proceso de contratación pública.

⁵ *Ibidem.*

En este sentido, el procedimiento negociado con publicidad se puede aplicar cuando concurra alguna de las circunstancias que se enumeran en el artículo 167, tales como la necesidad de adaptar la prestación a las especificaciones del órgano de contratación mediante un diseño o una solución innovadora, la imposibilidad de adjudicar el contrato sin negociaciones previas por la naturaleza, la complejidad o los riesgos de la prestación, la dificultad de definir con precisión las especificaciones técnicas, la existencia de ofertas irregulares o inaceptables en procedimientos anteriores, o la continuidad en la atención de servicios sociales personalísimos.

El procedimiento negociado sin publicidad se puede utilizar solo en los supuestos que se establecen en el artículo 168, como la falta de ofertas o de candidatos adecuados en procedimientos anteriores, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato, la existencia de un único empresario posible por razones artísticas, técnicas o de derechos exclusivos, la declaración de secreto o reserva del contrato o la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la urgencia imperiosa derivada de acontecimientos imprevisibles, la repetición de obras o servicios similares adjudicados al mismo contratista, o la adquisición en condiciones ventajosas con un proveedor que cese en sus actividades o que esté en concurso o en situación análoga.

La premisa fundamental de este procedimiento es su carácter excepcional, dado que solo puede utilizarse en las circunstancias específicas y delimitadas que establece la LCSP⁶. Este procedimiento otorga una gran libertad de elección a la Administración, por lo que su aplicación está restringida a casos específicos⁷. El artículo 168 de la LCSP establece diversas circunstancias en las que se puede aplicar el procedimiento negociado sin publicidad, divididas en categorías generales para todo tipo de contratos y concesiones, y específicas para ciertos tipos de contratos.

En primer lugar, se contempla la situación en que un procedimiento de adjudicación anterior ha fracasado debido a la falta de ofertas o a que todas las recibidas resultaron inadecuadas. La excepcionalidad en este caso se justifica porque ya existió un proceso previo con publicidad. Este supuesto permite que, tras un intento fallido de licitación abierta, el órgano de contratación pueda recurrir al procedimiento negociado sin publicidad, asegurando que no se perpetúe la falta de

⁶ RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2019), p. 27.

⁷ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2016), p. 244.

competitividad debido a la falta de respuestas adecuadas en el proceso inicial. El fracaso de un procedimiento previo de adjudicación evidencia que, a pesar de haber seguido los canales regulares y haber otorgado publicidad suficiente, no se obtuvieron ofertas viables, lo cual justifica recurrir a un método más flexible para asegurar la adquisición de la prestación necesaria.

El segundo supuesto general es la existencia de un empresario exclusivo, que es el más comúnmente utilizado. Este caso se aplica cuando solo un proveedor puede realizar la prestación necesaria, y es crucial demostrar claramente que no hay otros proveedores disponibles. Además, el contrato no debe diseñarse de manera que favorezca exclusivamente a este proveedor, eludiendo la publicidad de la licitación. Ejemplos típicos incluyen la contratación de artistas específicos o la compra de medicamentos patentados. Este supuesto requiere una justificación robusta que demuestre la exclusividad del proveedor y que no se ha manipulado el proceso de contratación para favorecer a un actor específico.

El tercer supuesto general contempla el caso de contratos secretos o reservados, que por su naturaleza deben mantenerse confidenciales o restringidos. Estos contratos pueden involucrar aspectos de seguridad nacional o información sensible que justifica su exclusión de los procedimientos habituales de publicidad. La necesidad de confidencialidad en estos casos es primordial y la excepcionalidad del procedimiento negociado sin publicidad se justifica plenamente para proteger los intereses del Estado o de entidades públicas. La naturaleza de estos contratos puede incluir servicios o productos que, si fueran conocidos públicamente, podrían comprometer la seguridad o los intereses estratégicos del ente contratante.

Además de estos supuestos generales, la LCSP también permite el uso del procedimiento negociado sin publicidad en situaciones específicas que solo aplican a contratos y no a concesiones. Es fundamental diferenciar estos dos tipos de acuerdos debido al riesgo operacional involucrado. Un caso relevante es la urgencia imperiosa, que se justifica únicamente cuando la urgencia es causada por factores externos y no por la falta de previsión del órgano de contratación. La urgencia debe ser genuina y no resultado de negligencia del adjudicador. Este supuesto se aplica cuando la rapidez en la adjudicación es esencial para resolver una situación crítica, siempre que dicha urgencia no sea consecuencia de una mala planificación por parte del órgano de contratación. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha enfatizado la necesidad de que

la urgencia sea causada por eventos imprevisibles y ajenos a la actuación del órgano de contratación.

Otra situación específica para contratos es el fracaso del procedimiento anterior debido a ofertas irregulares o inaceptables, lo cual permite utilizar el procedimiento negociado sin publicidad. Este caso se distingue del artículo 167 e) LCSP, que justifica la licitación con negociación. Aquí, el foco está en que las ofertas recibidas no cumplen con los requisitos establecidos, lo que permite recurrir a un procedimiento negociado para asegurar que se puedan obtener propuestas adecuadas. La diferencia con el supuesto anterior es que, aunque hubo ofertas, estas no eran viables, lo que justifica un nuevo enfoque en la adjudicación del contrato.

Para ciertos contratos, la LCSP prevé situaciones específicas en las que se puede aplicar el procedimiento negociado sin publicidad. En el caso de contratos de suministros, hay cuatro supuestos específicos. Estos pueden incluir situaciones donde la naturaleza del suministro requiere un trato particular que no es aplicable a otros tipos de contratos. Para contratos de servicios, la ley establece dos supuestos concretos, resaltando la necesidad de un tratamiento diferenciado debido a las características únicas de estos contratos. Además, se permite la repetición de obras y servicios similares tanto para contratos de obras como de servicios. Este supuesto facilita la continuidad y coherencia en la ejecución de proyectos que requieren la misma naturaleza de obras o servicios, permitiendo una extensión o repetición del contrato original sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento.

Por último, según el artículo 185.5, este procedimiento puede usarse para adjudicar contratos de servicios que siguen a un concurso de proyectos, y debe indicarse en el anuncio de licitación según el artículo 186.2. Esta disposición asegura que los contratos derivados de concursos de proyectos pueden ser adjudicados mediante un procedimiento negociado sin publicidad, siempre que se haya previsto y anunciado adecuadamente en la fase inicial del concurso. En resumen, la LCSP detalla diversos escenarios en los que el procedimiento negociado sin publicidad es aplicable, asegurando que se utilice solo en circunstancias justificadas y específicas para mantener la transparencia y la competencia⁸.

⁸ RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2019), p. 28-29.

La regulación del procedimiento negociado, tanto con publicidad como sin publicidad, se contiene en el artículo 169, que fija las normas que deben seguirse para su tramitación. Entre ellas, se destaca que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares debe determinar los aspectos que se negociarán con las empresas, la descripción de las necesidades y características de la prestación, el procedimiento de negociación que garantice la transparencia, la publicidad y la no discriminación, los requisitos mínimos de las ofertas y los criterios de adjudicación entre los licitadores que participen.

Asimismo, se indica que en el procedimiento negociado con publicidad se debe publicar un anuncio de licitación y se aplican las normas del procedimiento restringido para la solicitud de participación, la selección de candidatos, la presentación de ofertas y la apertura de las mismas. La tramitación del procedimiento negociado con publicidad se asemeja al procedimiento restringido, con la salvedad de que el órgano de contratación podrá limitar el número de candidatos invitados a negociar, siempre que sea al menos de tres. Sin embargo, también existe una salvedad por cuanto se puede articular el procedimiento en fases sucesivas para reducir el número de ofertas a negociar.

Además, se establece que el órgano de contratación puede limitar el número de empresas a las que invitará a negociar, siempre que sean al menos tres y que haya suficientes candidatos que cumplan los criterios de selección, y que puede articular el procedimiento en fases sucesivas para reducir el número de ofertas a negociar mediante la aplicación de los criterios de adjudicación, garantizando siempre una competencia efectiva.

Por otro lado, se señala que, durante la negociación, las mesas de contratación y los órganos de contratación deben velar por el igual trato de los licitadores, no facilitar información discriminatoria, informar de todo cambio en la documentación de la contratación que no afecte a los requisitos mínimos y dar plazo suficiente para que presenten una nueva oferta revisada, sin negociar los requisitos mínimos ni los criterios de adjudicación.

Igualmente, se dispone que en el expediente debe constar la documentación relativa a las invitaciones cursadas, las ofertas recibidas, las razones para su aceptación o rechazo y las ventajas obtenidas en la negociación, y que las mesas de contratación y los órganos de contratación deben

cumplir con su obligación de confidencialidad y no revelar los datos designados como confidenciales por los candidatos o licitadores sin su consentimiento previo.

Finalmente, se determina que cuando el órgano de contratación decida concluir las negociaciones, informará a todos los licitadores y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas, y que a continuación, la mesa de contratación verificará que las ofertas definitivas se ajustan a los requisitos mínimos y a los requisitos establecidos en el pliego, las valorará con arreglo a los criterios de adjudicación, elevará la propuesta correspondiente y el órgano de contratación procederá a adjudicar el contrato.

Esto implica que la Administración contratante tiene la libertad de seleccionar un grupo de posibles candidatos para contratar, discutir y negociar las condiciones del contrato con ellos, y finalmente escoger al que considera más adecuado, justificando su elección⁹. Por ello, el procedimiento negociado se reserva para circunstancias particulares donde la complejidad del contrato demanda una discusión minuciosa sobre los términos y condiciones, o cuando la Administración estima que negociar directamente con los posibles contratistas puede generar mejores ofertas en beneficio del interés público. Este procedimiento se emplea en contratos que abarcan aspectos técnicos de alta complejidad, donde la flexibilidad y el diálogo directo con los licitadores pueden conducir a soluciones óptimas. Este enfoque permite una mayor adaptabilidad a las necesidades específicas del contrato y facilita la ejecución exitosa del mismo.

El objetivo de la investigación, por lo tanto, se orienta al estudio del procedimiento negociado, con especial atención al momento de la negociación y a los aspectos que se negocian, por cuanto se erige como una herramienta valiosa para la Administración y las empresas en la consecución de los objetivos contractuales celebrados entre el sector público y el sector privado en situaciones donde la rigidez de otros métodos pudiera ser desfavorable.

3. Consideraciones sobre la necesidad de justificación, especialmente, del procedimiento negociado sin publicidad.

El procedimiento negociado sin publicidad es una modalidad de contratación excepcional que permite a las Administraciones Públicas adjudicar contratos a un empresario determinado sin

⁹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2016), p. 244.

convocar una licitación pública. Esta modalidad solo se puede aplicar en casos específicos, como cuando existen razones técnicas, artísticas o de protección de derechos exclusivos que impiden la competencia entre los posibles oferentes. Estas razones deben estar debidamente justificadas y motivadas por el órgano de contratación, y no deben ser resultado de una restricción artificial de los parámetros de contratación¹⁰.

El marco jurídico que regula el procedimiento negociado sin publicidad se inspira en el artículo 32.2 b) de la Directiva 2014/24/UE, que a su vez sustituye al artículo 31.1 b) de la Directiva 2004/18/CE. Estas normas se alinean con el artículo XIII del Acuerdo sobre Contratación Pública (en adelante, “ACP”), que establece los principios y condiciones para la aplicación de esta modalidad de contratación en el ámbito internacional¹¹ al determinar que:

“Artículo XII Negociación

1. Una Parte podrá prever que sus entidades contratantes celebren negociaciones:

(a) si la entidad ha manifestado su intención de celebrar negociaciones en el anuncio de la contratación prevista conforme al párrafo 2 del artículo VII; o

(b) si de la evaluación efectuada se desprende que ninguna oferta es claramente la más ventajosa según los criterios concretos de evaluación establecidos en el anuncio de la contratación prevista o en el pliego de condiciones.

2. Las entidades contratantes:

(a) se asegurarán de que cualquier eliminación de proveedores que participen en las negociaciones se lleve a cabo de conformidad con los criterios de evaluación establecidos en el anuncio de la contratación prevista o en el pliego de condiciones; y

¹⁰ GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2017), p. 1.

¹¹ El ACP es un pacto entre varios países promovido por la Organización Mundial del Comercio que establece normas para la contratación de bienes y servicios por parte de las autoridades públicas de los países miembros. Este acuerdo se basa en los principios de apertura, transparencia y no discriminación. El 30 de marzo de 2012, el acuerdo fue revisado y la versión actualizada entró en vigor el 6 de julio de 2014. El ACP se encuentra disponible en el siguiente enlace: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.pdf

(b) al término de las negociaciones, concederán a todos los participantes que no hayan sido eliminados un mismo plazo máximo para presentar ofertas nuevas o revisadas.”

El procedimiento negociado sin publicidad por razones de exclusividad técnica es un procedimiento restrictivo y riguroso, que exige una prueba clara e irrefutable de la imposibilidad técnica de que otro operador económico pueda alcanzar los resultados necesarios o de la necesidad de utilizar conocimientos, herramientas o medios específicos disponibles solo para un operador. Únicamente se utilizarán en casos donde no haya una alternativa o sustituto viable y cuando la falta de competencia no se deba a una “restricción artificial de los parámetros de la contratación” (artículo 32. 2. b) de la Directiva 2014/24/UE). Este inciso busca prevenir que la exclusividad haya sido provocada intencionalmente por el propio adjudicador para beneficiar el futuro proceso de contratación¹². Siempre que se opte por el procedimiento negociado sin publicidad debido a que, objetivamente, solo un operador económico puede cumplir con el contrato, los adjudicadores deben justificar por qué no hay otras opciones. En otras palabras, corresponde al órgano de contratación demostrar que ha evaluado otras alternativas o sustitutos razonables, así como diferentes canales de distribución y la funcionalidad de las obras, suministros o servicios. Debe justificar en todo momento la razón detrás de su decisión.

La normativa europea preserva una visión estricta de las razones que permiten el procedimiento negociado (todas ellas derivadas de situaciones que dificultan la generación de competencia empresarial) y considera dicho procedimiento como extraordinario, dado que en él se rompe el principio de publicidad y, por ende, de competencia¹³. Todo ello se encuentra recogido en el considerando 50 de la Directiva 2014/24/UE que afirma lo que sigue:

“(50) En razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales. Las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables al poder adjudicador, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría

¹² GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2017), p. 2.

¹³ BLANCO LÓPEZ, Francisco (2012), p. 3.

más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato. Este es el caso de las obras de arte en las que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del propio objeto artístico. La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero solo las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación.

Los poderes adjudicadores que se acojan a esta excepción deben motivar por qué no existen otras alternativas, como por ejemplo la utilización de otros canales de distribución incluso fuera del Estado miembro del poder adjudicador o la toma en consideración de obras, suministros o servicios comparables desde el punto de vista funcional.

Cuando la situación de exclusividad se deba a razones técnicas, estas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular. Entre estas razones cabe citar la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico. También pueden derivarse razones técnicas de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse a fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse.

Por último, un procedimiento de contratación no resulta útil cuando los suministros son adquiridos directamente en un mercado de productos básicos, incluidas las plataformas para productos básicos como los productos agrícolas, las materias primas y los intercambios energéticos, siempre que la estructura comercial multilateral regulada y supervisada garantice de forma natural los precios de mercado.”

Por lo tanto, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben ser utilizados solo en situaciones muy excepcionales debido a su impacto negativo en la competencia. Estas excepciones se aplican únicamente cuando la publicación es inviable, ya sea

por razones de extrema urgencia no atribuibles al adjudicador o porque la publicación no generaría competencia adicional ni mejores resultados. Las situaciones de exclusividad deben ser objetivas y no creadas por el adjudicador. De hecho, se ha criticado que los principios de la normativa europea se ven seriamente amenazados en la legislación estatal española debido a la presencia de procedimientos (como el procedimiento negociado) son utilizados de manera generalizada por los órganos de contratación¹⁴ (y no de forma excepcional).

Aun así, los adjudicadores deben justificar exhaustivamente la falta de alternativas viables, incluyendo otros canales de distribución o comparaciones funcionales de obras, suministros o servicios. Si la exclusividad se basa en razones técnicas, estas deben ser claramente definidas y justificadas. Finalmente, los procedimientos de contratación no son necesarios cuando los suministros se adquieren directamente en mercados de productos básicos regulados, que ya garantizan precios de mercado.

Existe una profusa jurisprudencia europea al respecto. De esta forma, ya el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, “**TJCE**”) se pronunciaba sobre el uso del procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación en la adjudicación de contratos públicos. Sería conveniente hacer referencia a dos casos muy concretos. Por un lado, el caso Comisión de las Comunidades Europeas contra Italia y, por otro lado, el caso Comisión de las Comunidades Europeas contra España. En ambos casos, el TJCE declaró que ambos Estados miembros habían incumplido sus obligaciones derivadas de la Directiva 93/37/CEE¹⁵ y la Directiva 77/62/CEE¹⁶ respectivamente (ambas Directivas regularon, a nivel europeo, diversos aspectos de la contratación pública y precedieron la legislación actual), al no justificar adecuadamente las condiciones excepcionales que permiten recurrir a dicho procedimiento. En ambos casos, el TJCE subrayó que la carga de la prueba de la existencia de tales condiciones corresponde al poder adjudicador y que el procedimiento negociado debe interpretarse de forma restrictiva.

¹⁴ MORENO MOLINA, José Antonio (2011), p. 141.

¹⁵ Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. Normativa disponible en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-81332>

¹⁶ Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro. Normativa disponible en el siguiente enlace: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d56d7442-c46b-4126-84dc-170b896a9d4a>

En el caso de Italia, el supuesto era el de la adjudicación de contratos de obras públicas mediante el procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación, invocando el motivo de que se trataba de obras similares a las ejecutadas por el contratista del contrato inicial, previsto en el artículo 7.3. e) de la Directiva 93/37/CEE. El TJCE consideró que Italia no había aportado explicaciones detalladas que demostraran la necesidad de adjudicar los contratos a un único contratista por razones técnicas, ni que hubiera una urgencia imprevisible que lo justificara. Asimismo, el TJCE determinó que el plazo de tres años previsto en el citado artículo 7.3.e) se computa desde la adjudicación del contrato inicial, no desde la finalización de las obras del contrato inicial. El TJCE concluyó que los contratos en cuestión, adjudicados en 1997, estaban fuera del plazo de tres años, ya que los contratos iniciales se habían adjudicado en 1982 y 1988. El TJCE declaró textualmente lo que sigue:

“La República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/37/CEE, al adjudicar contratos mediante el procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación cuando no concurrían las condiciones necesarias para ello”.

Asimismo, el TJCE recordó que "en todo caso, la carga de la prueba de que existe una causa de exclusividad técnica corresponde al poder adjudicador”.

En el caso de España, el supuesto era el de la adjudicación de contratos de suministro de productos farmacéuticos a las instituciones de la Seguridad Social mediante el procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación, basándose en un acuerdo entre la Administración del Estado y Farmaindustria, que regulaba la adquisición directa de especialidades farmacéuticas.

El TJCE estimó que el sistema español de contratación pública de productos farmacéuticos, establecido por la legislación y el acuerdo, era contrario a la Directiva 77/62/CEE. El TJCE inició el procedimiento por incumplimiento tras constatar que las autoridades españolas no habían publicado anuncios de licitación de contratos de suministro de productos farmacéuticos en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, salvo algunas excepciones como las vacunas. El TJCE rechazó los argumentos de España de que se daban las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 6.b) y d) de la Directiva 77/62/CEE, que permiten el procedimiento negociado en casos de derechos exclusivos o circunstancias imprevisibles y urgentes. El TJCE

declaró textualmente que "sólo puede justificarse el procedimiento negociado cuando únicamente exista un operador económico que pueda proporcionar la prestación".

En conclusión, los dos casos analizados muestran que el TJCE es muy estricto a la hora de controlar el cumplimiento de las normas comunitarias sobre contratación pública y que exige una justificación rigurosa y probada de las condiciones excepcionales que permiten el uso del procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación. Asimismo, los casos ilustran que el TJCE interpreta de forma restrictiva el concepto de exclusividad técnica y que no admite que la regulación nacional o el acuerdo con los proveedores puedan limitar la libre competencia y la transparencia en la adjudicación de los contratos públicos.

Aun así, y a pesar de lo expuesto previamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, "TJUE") ha "flexibilizado" recientemente¹⁷ las condiciones para el uso del procedimiento negociado sin publicación previa en la contratación pública financiada con fondos europeos en la sentencia de 16 de junio de 2022, dictada en el asunto C-376/21, *Obshtina Razlog*, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo Administrativo de Bulgaria.

La sentencia se refiere a un contrato de suministro de equipamiento para un instituto profesional de mecanización agrícola en el municipio de Razlog, Bulgaria, cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional. El contrato se dividió en cuatro lotes, y solo se presentó una oferta para el lote n.º 2, relativo al equipamiento de modelado metálico, que fue rechazada por superar en más del doble el valor estimado del contrato. Tras declarar fracasado el procedimiento abierto, el municipio inició un procedimiento negociado sin publicación previa e invitó a un único operador económico, *Dikar Konsult OOD*, al que adjudicó el contrato por un valor de 33.907 levas búlgaras sin IVA (aproximadamente 17.365 euros). La decisión fue impugnada por el Ministerio de Desarrollo Regional e Infraestructura, que alegó una vulneración de los principios de transparencia, proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación.

El TJUE, tras aclarar que la normativa financiera de la Unión no regula directamente los procedimientos de contratación de las autoridades nacionales, sino que remite a la legislación

¹⁷ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco Lorenzo (2021).

nacional que transponga las directivas de contratación pública, examinó la aplicabilidad de la Directiva 2014/24/UE al contrato en cuestión, cuyo valor estimado era inferior al umbral establecido por dicha Directiva.

El Tribunal recordó que, aun así, los principios generales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de la contratación pública deben respetarse en todo caso, y que el procedimiento negociado sin publicidad previa es una excepción que debe interpretarse de forma restrictiva. Sin embargo, el Tribunal admitió que, en determinadas circunstancias, una autoridad contratante puede dirigirse a un único operador económico en este procedimiento, siempre que se cumplan las condiciones del artículo 32, apartado 2, letra a), de la Directiva 2014/24/UE. En el apartado 36 de la sentencia, el TJUE afirma textualmente que:

"Los principios de transparencia, proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación no se oponen a una restricción total de la competencia en la adjudicación de un contrato público mediante un procedimiento negociado sin publicación previa cuando las características del contrato no exijan objetivamente que este sea ejecutado por el operador económico invitado en exclusiva".

Según este precepto, una autoridad contratante puede recurrir al procedimiento negociado sin publicidad previa cuando el contrato, sin modificaciones sustanciales, incluya las condiciones iniciales del contrato mencionadas en un procedimiento abierto o restringido anterior que haya sido declarado fracasado porque las únicas ofertas presentadas fueran inadecuadas.

El Tribunal consideró que esta disposición no exige que el objeto del contrato presente una particularidad objetiva que justifique confiar su ejecución exclusivamente al operador económico invitado, sino que basta con que se respeten las condiciones iniciales del contrato y que el precio acordado se corresponda con el precio del contrato y no supere el valor estimado. El Tribunal añadió que la autoridad contratante debe justificar adecuadamente su decisión y garantizar el cumplimiento de los principios de transparencia y no discriminación.

La sentencia del TJUE tiene un impacto relevante en la legislación nacional de los Estados miembros, que deben adaptar sus normas sobre el procedimiento negociado sin publicación previa a los criterios establecidos por el Tribunal. En el caso de España, la LCSP transpone los artículos

pertinentes de la Directiva 2014/24/UE y permite la negociación con un único operador económico, sin la obligación de negociar con los operadores que no presentaron una oferta adecuada en un procedimiento abierto o restringido anterior. No obstante, la autoridad contratante debe probar que el precio acordado se corresponde con el precio del contrato y no supera el valor estimado, y que se respeta el principio de igualdad de trato entre los licitadores.

En conclusión, la sentencia del TJUE supone una cierta flexibilización de las condiciones para el uso del procedimiento negociado sin publicación previa en la contratación pública financiada con fondos europeos, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 32, apartado 2, letra a), de la Directiva 2014/24/UE y se respeten los principios generales de la contratación pública. La sentencia del TJUE tiene un impacto relevante en la interpretación y aplicación de la normativa nacional de contratación pública, especialmente en los casos en que se utilicen fondos europeos. La sentencia reconoce un margen de discrecionalidad a las autoridades nacionales para elegir el procedimiento más adecuado a las circunstancias del contrato, siempre que se respeten los principios de la contratación pública y se garantice una gestión eficaz y eficiente de los recursos públicos¹⁸.

4. Análisis jurisprudencial sobre los requisitos, límites y garantías de la negociación en el procedimiento negociado, con especial atención a la negociación de los elementos del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

A continuación, se llevará a cabo un estudio jurisprudencial basado en sentencias de distintos tribunales. Para ello, se comenzará analizando las sentencias más recientes, y se finalizará con las más antiguas. Aunque la legislación que se examine en estas últimas no esté ya en vigor, muchas de las cuestiones que se abordan han sido incorporadas a la normativa actual. Asimismo, el análisis se dividirá en dos apartados. Por un lado, se estudiará distintos aspectos de la negociación en el procedimiento negociado con publicidad, mientras que, por otro lado, se estudiarán estos mismos aspectos en el procedimiento negociado sin publicidad.

¹⁸ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco Lorenzo (2021).

4.1. Análisis jurisprudencial sobre la negociación del procedimiento negociado con publicidad.

La sentencia de la Audiencia Nacional, 20 de abril de 2022¹⁹, resuelve el recurso interpuesto por INDRA SISTEMAS, S.A. contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, “TACRC”) que declaró la conformidad a derecho de los pliegos de la licitación, mediante procedimiento negociado con publicidad, del contrato de mantenimiento de algunos aspectos técnicos relacionados con el carro de combate Leopard 2E. El objeto del recurso era impugnar los pliegos por considerar que vulneraban los derechos de propiedad intelectual e industrial de la recurrente sobre algunos elementos del contrato, que no se justificaba el cambio de procedimiento de adjudicación respecto a anteriores licitaciones (en las anteriores licitaciones se utilizaba el procedimiento negociado sin publicidad, mientras que en la recurrida se emplea el procedimiento negociado con publicidad), que se establecían cláusulas arbitrarias y que se imponía un único criterio de adjudicación.

Como se ha venido explicando, el procedimiento negociado con publicidad es un procedimiento ordinario de contratación que permite al órgano de contratación negociar con los licitadores las condiciones del contrato, previa publicación de un anuncio de licitación y selección de los candidatos que cumplan los requisitos de solvencia. El procedimiento negociado sin publicidad es un procedimiento “excepcional” que solo puede utilizarse en los supuestos tasados por la ley, entre ellos, cuando el contrato solo pueda adjudicarse a un empresario determinado por razones técnicas o de protección de derechos exclusivos.

La recurrente alegaba que este era el caso, ya que era la única empresa que podía prestar los servicios de mantenimiento de los elementos que había diseñado y fabricado en el marco del Programa Leopard, aludiendo además que en el presente caso concurrían razones “relacionadas con la protección de derechos de exclusividad, la necesaria protección de los secretos empresariales y la concurrencia de razones técnicas que acreditan que es la única empresa que puede prestar los servicios de mantenimiento del contrato”.

¹⁹ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª), Sentencia de 20 abril de 2022, Rec. 33/2020 (ECLI: ES:AN:2022:2272).

Sin embargo, el tribunal desestima el recurso y confirma la resolución impugnada, al considerar que no se acredita la existencia de un derecho de propiedad industrial o intelectual exclusivo de la recurrente sobre los elementos del contrato, ni la inexistencia de una alternativa o sustituto razonable en el mercado. El tribunal se basa en la documentación aportada por el órgano de contratación, que incluye un informe técnico que señala que los elementos cuestionados por la recurrente sí están disponibles en el mercado a través de sistemas similares o superiores que otros países, vehículos o compañías acreditan tener, y que el Ministerio de Defensa tiene derecho al uso total o parcial de las tecnologías y propiedades industriales generadas en el Programa Leopard. La sentencia también señala que no se han vulnerado los principios de “conurrencia, igualdad y no discriminación” por cuanto la licitación fue publicada y la recurrente fue debidamente invitada a participar, sin que conste que haya solicitado participar ni que haya sido excluida.

Asimismo, el tribunal indica, en referencia a la resolución del TACRC ratificada por la sentencia, que la elección del procedimiento negociado con publicidad es facultativa y no obligatoria, y que no es necesario justificar específicamente el cambio de procedimiento respecto a licitaciones anteriores.

En conclusión, la sentencia rechaza las pretensiones de la recurrente y confirma la validez de los pliegos de la licitación del contrato de mantenimiento del carro de combate Leopard 2E, al entender que se ajustan a la normativa aplicable y que no vulneran los derechos de propiedad intelectual e industrial ni los principios de contratación pública. La sentencia se fundamenta en la valoración de la prueba documental aportada por las partes y en la interpretación de las disposiciones legales que regulan los procedimientos de adjudicación y los criterios de solvencia y adjudicación.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 16 de junio de 2020²⁰, resuelve el recurso interpuesto por la mercantil CEPSA contra la resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias que desestimó su reclamación contra la adjudicación del contrato de suministro de combustible para la flota de autobuses de TITSA a la mercantil DISA. El contrato se adjudicó mediante un procedimiento negociado con publicidad, en el que CEPSA participó y presentó su

²⁰ Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia núm. 329/2020, de 16 junio, JUR\2021\163062 (ECLI:ES:TSJICAN:2020:3534).

oferta final sin formular objeción alguna al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que regulaba la contratación. Este aspecto, es decir, la ausencia de cuestionamiento de los pliegos es fundamental para el Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

La sentencia alude a que el procedimiento negociado es una modalidad de contratación pública que permite a la entidad contratante negociar con los licitadores las condiciones del contrato, siempre que se respeten los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. En el caso concreto, el pliego establecía una fórmula para el cálculo del precio del combustible, que incluía un “factor X” referido al porcentaje de biocarburante que debía llevar el gasóleo, y un factor M referido al margen comercial ofertado por cada licitador. La mesa de contratación valoró las ofertas presentadas y seleccionó a las tres mejor puntuadas para iniciar la fase de negociación, en la que se les solicitó que mejoraran sus ofertas económicas. Tras la negociación, la mesa de contratación propuso la adjudicación del contrato a DISA, por ser la oferta más ventajosa, y el Consejo de Administración de TITSA acordó la adjudicación en los mismos términos.

CEPSA impugnó la adjudicación ante el Tribunal de Contratos, alegando que el precio del contrato era indeterminado, que la oferta de DISA era desproporcionada o anormalmente baja, y que se había vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores. El Tribunal de Contratos desestimó la reclamación, considerando que CEPSA había consentido el pliego y la fórmula de cálculo del precio, y que no había acreditado la baja desproporcionada de DISA ni la infracción del principio de igualdad

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias desestimó el recurso de CEPSA, confirmando la resolución del Tribunal de Contratos y la adjudicación del contrato a DISA. La Sala aplicó la doctrina jurisprudencial sobre la prohibición de ir contra los propios actos y el principio de buena fe, y estimó que CEPSA no podía cuestionar el pliego ni la fórmula de cálculo del precio después de haber participado en la licitación y en la negociación sin formular objeción alguna. La Sala afirmó concretamente lo que sigue:

“Debe señalarse, en primer lugar, que, como puso de relieve la representación de la entidad TITSA en su escrito de contestación a la demanda deducida por la mercantil CEPSA, la recurrente participó en la licitación y en la fase de negociación

correspondiente, al tratarse de un procedimiento negociado, aceptando todas las condiciones que regulaban la contratación de que se trata, incluida la fórmula establecida para el cálculo del precio, no habiendo formulado objeción alguna, lo que supone que únicamente luego de tener conocimiento de no haber resultado adjudicataria es cuando, yendo contra sus propios actos y de forma contraria al principio de buena fe, ataca el pliego que había sido previamente consentido, lo que determina la aplicación de la abundante jurisprudencia al respecto, pudiendo citarse en concreto la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de diciembre de 2.013, o la del Tribunal Constitucional de 21 de abril de 1.988. Y es que, efectivamente, CEPSA no planteó en ningún momento del procedimiento indeterminación ni irregularidad alguna en cuanto a la fórmula de cálculo del precio fijada en dicho pliego, siendo especialmente de tener en cuenta que no sólo tal ausencia de pegas se produjo en un momento inicial, cuando presentó su oferta, sino que tampoco dijo nada ni en la fase de negociación ni cuando presentó su oferta final”.

Asimismo, la Sala valoró la prueba pericial practicada, que acreditó que el factor X no era una variable ni estaba sujeto a negociación, sino que respondía al porcentaje de biocarburante fijado por la normativa vigente, y que el factor M era el valor que quedaba a libre disposición de los licitadores, sin que se demostrara que la oferta de DISA fuera anormalmente baja o contraria a los valores de mercado. Concretamente, la sentencia refería lo siguiente:

“(…) en efecto, el indicado factor X no es una variable ni está sujeto a negociación ni a libre disposición por las partes, siendo el margen comercial ofertado por cada licitador, el denominado factor M, el valor que queda a libre disposición en el momento de presentar las ofertas correspondientes, no habiendo acreditado la prueba practicada que la oferta presentada por la entidad que resultó adjudicataria en el procedimiento de licitación litigioso, DISA, no fuese la más ventajosa, como tampoco resulta probado que dicha oferta incurriese en baja desproporcionada, respondiendo el hecho de que el margen comercial ofertado por DISA sea inferior al ofrecido por CEPSA a una cuestión de libre mercado, resultando que cada empresa opera en el mercado a su riesgo y ventura, con sus márgenes de beneficios y cálculo de costes según su estrategia empresarial, por lo que a salvo el respeto a las condiciones de la licitación, que como

se ha indicado no fueron puestas en entredicho por la entidad recurrente sino luego de no resultar adjudicataria del contrato, cada entidad puede preparar su oferta en orden a la adjudicación de un contrato público de la manera que tenga por conveniente.”

En otro supuesto, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su sentencia núm. 258/2019, de 25 octubre²¹, resuelve el recurso de apelación interpuesto por una empresa que se presentó a un contrato privado para organizar los espectáculos taurinos de las fiestas patronales de un municipio, y que impugnó la adjudicación a otra empresa tras un procedimiento negociado con publicidad. La sentencia confirma la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Ávila, y analiza los criterios de selección y valoración de las ofertas que se aplicaron en el procedimiento negociado.

La sentencia analizada comienza determinando que el procedimiento negociado es una modalidad de contratación que permite a la Administración convenir el precio y demás condiciones de la adjudicación con el candidato que selecciona, tras la negociación y asesoramiento técnico correspondientes. Para ello, deben determinarse previamente en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares los aspectos económicos y/o técnicos que puedan ser negociados. La sentencia destaca que en este caso se cumplieron las prescripciones legalmente establecidas, y que se determinaron en la Cláusula 10ª del Pliego de Condiciones los cinco criterios de adjudicación previstos en el citado pliego, que habían de ser objeto de negociación.

La sentencia examina las alegaciones de la recurrente sobre la valoración de las ofertas económicas, las mejoras y los carteles ofertados, y concluye que no se aprecia arbitrariedad ni incongruencia en la actuación de la Administración. La sentencia señala que la Administración aplicó correctamente una regla de tres simple inversa para otorgar la puntuación por el precio ofertado, respetando la proporcionalidad prevista en el pliego. Asimismo, la Administración valoró adecuadamente las mejoras ofrecidas por la adjudicataria, que guardaban relación con el espectáculo en sí, frente a las de la recurrente, que consistían en actuaciones de publicidad y atención al público. Por último, la sentencia afirma que la Administración gozaba de un cierto margen de discrecionalidad para valorar los carteles ofertados, teniendo en cuenta la posición de

²¹ Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), Sentencia núm. 258/2019, de 25 octubre, JUR\2019\321774 (ECLI:ES:TSJCL:2019:4338).

cada profesional en el escalafón y otros criterios aplicables, y que la recurrente no aportó prueba alguna sobre la superioridad de su oferta en este aspecto.

En definitiva, la sentencia desestima el recurso de apelación y confirma la validez de la adjudicación del contrato a la empresa Espectáculos Marisma, S.L., al considerar que se ajustó a las bases del procedimiento negociado y que no se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente.

La sentencia núm. 133/2017 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía²² resuelve el recurso de apelación interpuesto por Ortiz Construcciones y Proyectos, S.A. contra la desestimación presunta de su solicitud de indemnización por paralización de las obras del Metro de Málaga. El contrato de ejecución de dichas obras se adjudicó por el procedimiento negociado con publicidad, según la cláusula 14 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

El caso de autos encuentra su regulación en el procedimiento negociado de la antigua Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que se regulaba en los artículos 153 a 162. Aun así, la sentencia analizada ofrece aspectos interesantes para el objetivo del presente trabajo. La normativa anterior, que sigue vigente en la actual, permitía al órgano de contratación realizar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con ellos, siempre y cuando el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares determine los aspectos económicos y técnicos que puedan ser objeto de negociación. En este caso, el anexo 6 del pliego establecía como objeto de negociación, entre otros, las incidencias y circunstancias sobrevenidas que pudieran ocasionar retrasos o la suspensión de los trabajos.

La negociación de los elementos del pliego dio lugar a la inclusión en el contrato de un anexo 3, que preveía el abono de un precio unitario por cada mes de retraso por causas imprevistas no achacables al contratista, tanto en caso de paralización total como parcial de las obras. La sentencia considera que dicho anexo es plenamente aplicable al caso de autos, siendo consecuencia de la aplicación de los preceptos legales transcritos y del propio pliego, al considerar que:

²² Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª) Sentencia núm. 133/2017, de 7 de febrero, Rec. 320/2016 (ECLI: ES:TSJAND:2017:17354).

“Dicho anexo negociado de conformidad con la naturaleza del procedimiento de adjudicación negociado, resulta plenamente aplicable al caso de autos, siendo consecuencia de la aplicación de los preceptos legales transcritos y del propio pliego. No existe, por tanto, una contradicción con el PCAP sino el cumplimiento de lo previsto en el mismo. Así como adecuadamente se indica por el apelante la cláusula 28 resulta aplicable en caso de suspensión temporal del contrato por causas imputables a la Administración, y en el resto de supuestos, siempre que la suspensión no sea imputable al contratista resulta aplicable el anexo 3 del contrato antes enunciado.

Constando acreditada la suspensión temporal total de las obras por acta de 6 de agosto de 2009, no siendo imputable la suspensión al contratista sino a causas externas por falta de autorizaciones, hasta la orden de reinicio de 16 de noviembre de 2009, debe reconocerse al recurrente la cantidad por dicha paralización, aplicando el anexo 3 negociado por la Administración e incorporado al contrato (...).”.

Así, estima parcialmente el recurso y reconoce al recurrente el derecho a percibir la cantidad correspondiente a la suspensión total de las obras por falta de autorizaciones, aplicando el anexo 3 negociado por la Administración e incorporado al contrato.

En conclusión, la sentencia analiza la validez y el alcance de una cláusula contractual derivada del procedimiento negociado, que establece una indemnización por paralización de las obras no imputable al contratista. La sentencia aplica dicha cláusula al supuesto de hecho probado y concede al apelante una parte de la indemnización reclamada.

En síntesis, las sentencias analizadas muestran diferentes aspectos de la negociación del procedimiento negociado con publicidad, que es una modalidad de contratación pública que permite al órgano de contratación convenir con los licitadores las condiciones del contrato, previa publicación de un anuncio de licitación y selección de los candidatos que cumplan los requisitos de solvencia. Entre los elementos de la negociación que se han examinado en las sentencias se encuentran los siguientes:

- La aceptación de las condiciones del pliego por parte de los licitadores que participan en el procedimiento negociado, y la prohibición de cuestionarlas posteriormente, salvo que se

aleguen vicios de nulidad o se demuestre una vulneración de los principios de contratación pública.

- La determinación de los aspectos económicos y/o técnicos que pueden ser objeto de negociación, y la aplicación de los criterios de valoración de las ofertas establecidos en el pliego, respetando la proporcionalidad, la discrecionalidad y la transparencia.
- La inclusión de cláusulas contractuales derivadas de la negociación, que regulen aspectos como la indemnización por paralización de las obras o la fórmula de cálculo del precio, y su validez y alcance en caso de controversia.

4.2. Análisis jurisprudencial sobre la negociación del procedimiento negociado sin publicidad.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su sentencia núm. 141/2022, de 9 mayo²³, resuelve un litigio sobre la revisión de oficio de una resolución municipal que adjudicó la enajenación de una parcela mediante un procedimiento negociado sin publicidad. La particular alegaba que dicha resolución era nula de pleno derecho por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, entre otros motivos, al haberse optado por un procedimiento negociado sin publicidad sin justificación suficiente y sin negociar efectivamente con los licitadores.

La sentencia analizada expone que el procedimiento negociado sin publicidad es una modalidad de contratación pública que permite al órgano de contratación adjudicar el contrato a un licitador elegido por él mismo, tras consultar y negociar con varios candidatos, siempre que concurra alguno de los supuestos previstos en la ley, entre ellos, la imperiosa urgencia derivada de acontecimientos imprevisibles que exijan una pronta ejecución del contrato. Para utilizar este procedimiento, el órgano de contratación debe justificar adecuadamente en el expediente la elección del mismo y los criterios de adjudicación, así como determinar en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación con las empresas. Además, debe velar por el tratamiento igualitario y no discriminatorio de los licitadores

²³ Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), Sentencia núm. 141/2022, de 9 mayo, JUR\2022\204388 (ECLI:ES:TSJCL:2022:2160).

y dejar constancia en el expediente de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo.

En el caso concreto, la sentencia apelada considera que el Ayuntamiento de Soria justificó de forma bastante y suficiente el paso de un procedimiento abierto a un procedimiento negociado, al haber quedado desierto el primero y al haberse acreditado la urgencia de enajenar la parcela para cumplir con el plan de ajuste aprobado por el Ministerio de Hacienda y evitar la intervención de las finanzas municipales. Asimismo, la sentencia apelada entiende que hubo una negociación con el único licitador que presentó oferta, en la que se trataron aspectos relativos al abono del precio, a los plazos de ordenación de la parcela, a la demolición de las edificaciones existentes y a la solvencia del adjudicatario. De hecho, la sentencia confirma la legalidad de los siguientes aspectos sometidos al procedimiento de negociación y los elementos que fueron objeto de la misma:

“Téngase en cuenta también que, sí hubo una intensa negociación previa, con diferentes empresas constructoras, a fin de determinar un "precio de mercado" que permitiese tener, al menos, algún interesado en la parcela. Junto al precio, sí figuraban en el pliego de condiciones algunas condiciones económicas que podían ser y que fueron objeto de negociación; y así, en la cláusula decimosexta del pliego de condiciones se establecía el "abono del precio" mediante la opción entre dos fórmulas, en un solo pago o en pago fraccionado; el único licitador optó por el pago fraccionado y esta cuestión fue negociada a fin de adelantar el pago del precio, dadas las evidentes necesidades de tesorería de este Ayuntamiento y las dificultades de acceder al crédito; también fue negociado con el licitador y posteriormente con la UTE que adquiere la parcela y con la que se suscribe finalmente la escritura pública las condiciones que figuran en la cláusula cuarta "plazos de ordenación de la parcela", tanto la que se refiere a la demolición de las edificaciones existentes, como la que se refiere a la presentación del estudio de detalle y proyecto de urbanización y, en relación con ambas condiciones se negoció que, tanto la demolición de las edificaciones existentes en la parcela, como la construcción de un centro de transformación que dotase de servicio de energía eléctrica a toda la manzana, serían ejecutadas por el adjudicatario y que las condiciones de su pago serían las mismas que se estableciesen, en su día, para el resto de las parcelas a enajenar (ya se había acordado dividir la parcela restante municipal en dos subparcelas

iguales); y, el aspecto más relevante de la negociación fue, a efectos de garantizar la necesaria solvencia del adjudicatario (el licitador poco después entró en concurso de acreedores) instar al adjudicatario a que enajenase la parcela o buscarse alguna fórmula que permitiese mejorar su solvencia. Al cabo de unos meses la parcela fue transmitida por el adjudicatario a una UTE que, con suficiente solvencia, ha finalizado satisfactoriamente la construcción de la parcela.

En conclusión, se negociaron, en su día, diferentes aspectos del pliego de condiciones con el único licitador que había presentado oferta".

Por tanto, la sentencia apelada rechaza que se haya incurrido en la causa de nulidad de pleno derecho por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, y estima que, en todo caso, las posibles deficiencias o irregularidades que pudieran apreciarse en la tramitación del procedimiento negociado serían determinantes de una anulabilidad y no de una nulidad radical, dado el carácter tasado y restrictivo con el que deben ser apreciadas las causas de nulidad de pleno derecho. La sentencia desestima el recurso de la particular que solicitó la revisión, al entender que no se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, sino que se ha justificado la elección del procedimiento negociado y se ha negociado con el único licitador.

La sentencia núm. 432/2021 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana²⁴ resuelve el recurso de apelación interpuesto por un licitador contra la aprobación de los pliegos que rigen el procedimiento negociado sin publicidad para la adjudicación de un contrato de servicios de asesoramiento jurídico del Ayuntamiento de Serra. El licitador alegaba, entre otros motivos, la falta de motivación de los criterios de adjudicación, la infracción de los principios de libre acceso, publicidad y no discriminación, la ausencia de negociación y la desviación de poder.

A pesar de que el tribunal aplica la legislación vigente en el momento de la licitación, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la

²⁴ Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) Sentencia num. 432/2021, de 25 mayo, Rec. 280/2019 (ECLI: ES:TSJCV:2021:2370).

Ley de Contratos del Sector Público, la sentencia que se analiza contiene un aspecto que merece ser resaltado.

Concretamente, y en cuanto a la negociación de los elementos del pliego, el tribunal rechaza que se haya producido una vulneración del principio de igualdad o una limitación del acceso a la contratación pública. El tribunal indica que la invitación contenía la información necesaria para preparar las ofertas y que se concedió un plazo suficiente para ello a todas las empresas participantes, que además se amplió para el recurrente. El tribunal también señala que la cláusula undécima del pliego preveía la posibilidad de negociar con los licitadores, pero que el recurrente no presentó oferta para valoración, por lo que no puede alegar que no hubo negociación (siendo este el aspecto importante de la sentencia).

En conclusión, la sentencia confirma la validez de los pliegos que rigen el procedimiento negociado sin publicidad para la adjudicación de un contrato de servicios de asesoramiento jurídico del Ayuntamiento de Serra, al considerar que se ajustan a la legalidad vigente y que respetan los principios de contratación pública.

La sentencia núm. 223/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 16 de noviembre de 2020²⁵, desestima los recursos interpuestos por el Ayuntamiento de Miranda de Ebro contra las resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León que anularon el acuerdo de contratación de las obras de construcción de un edificio de piscinas climatizadas y la gestión integral de las instalaciones de depuración, mediante el procedimiento negociado sin publicidad. El Ayuntamiento impugnaba dichas resoluciones alegando, entre otros motivos -y para lo que interesa al objeto de este trabajo-, la inexistencia de una modificación sustancial de los pliegos que regían el contrato.

Como se ha mencionado, el procedimiento negociado sin publicidad es una modalidad excepcional de contratación pública que solo puede emplearse en los casos previstos por la legislación aplicable, entre los cuales se incluye el supuesto en que, en procedimientos abiertos o restringidos previos, solo se hayan presentado ofertas irregulares o inaceptables. En el caso de autos, el Ayuntamiento de Miranda de Ebro acordó iniciar el procedimiento negociado sin publicidad tras

²⁵ Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia num. 223/2020, de 16 noviembre, RJCA\2020\1647 (ECLI:ES:TSJCL:2020:3727).

declarar desierto el procedimiento abierto anterior, en el que todas las ofertas presentadas fueron rechazadas por defectos formales. El problema radica en que modificó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

En respuesta, dos empresas que habían participado en el procedimiento abierto y cuyas ofertas fueron inicialmente admitidas y valoradas por la Mesa de Contratación presentaron un recurso contra el acuerdo de declaración de desierto del procedimiento abierto y el inicio del procedimiento negociado sin publicidad. Alegaron que no se cumplían los requisitos para utilizar esta modalidad de contratación y que la modificación de los pliegos representaba una alteración sustancial de las condiciones del contrato, lo que podría afectar tanto a la concurrencia como a la valoración de las ofertas. El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León estimó los recursos especiales interpuestos por las empresas y declaró la nulidad tanto de los pliegos aprobados para el procedimiento negociado como del acuerdo de adjudicación del contrato, al considerar que la modificación operada en los pliegos había supuesto una variación esencial de las condiciones iniciales del procedimiento abierto y que no se habían respetado los principios de publicidad, transparencia e igualdad de trato de los licitadores. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León confirma todos los extremos de la resolución recurrida afirmando lo que sigue:

“(…) se ha alterado la fórmula de la valoración y con el ello el criterio de la adjudicación basado en el precio, sin que además sea cierto que todos los contratistas estén en iguales condiciones para hacer rebajas sobre el precio, ya que ello no puede afirmarse a priori, puesto que es un factor que no se puede afirmar a priori, dependiendo de la infraestructura y entidad de la empresas licitadoras, por lo que en el presente caso a la vista de la excepcionalidad del procedimiento negociado sin publicidad al que se refiere expresamente el TARCCYL y lo expuesto en la presente sentencia podemos considerar que la modificación realiza comporta unas características que vienen excluidas por lo establecido en el artículo 168 b) 2.º de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, para la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, que es que partiendo de que se dé la situación a que se refiere la letra e) del artículo 167, ello sea siempre y cuando en la negociación se incluya a todos los licitadores que, en el procedimiento antecedente, hubiesen presentado ofertas conformes con los requisitos formales del procedimiento de contratación, y siempre que las condiciones iniciales del

contrato no se modifiquen sustancialmente, sin que en ningún caso se pueda incrementar el precio de licitación ni modificar el sistema de retribución, en este caso cabe apreciar dicha modificación sustancial, como se ha concluido en la resolución impugnada, procediendo por ello la desestimación de la impugnación formulada al respecto por el Ayuntamiento recurrente.”

En conclusión, la sentencia que se resume confirma la legalidad de las resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León y desestima los argumentos del Ayuntamiento de Miranda de Ebro, reconociendo la legitimación de las empresas recurrentes para impugnar tanto el procedimiento abierto como el negociado sin publicidad, y apreciando la existencia de una modificación sustancial de los pliegos que vulneraba la normativa de contratación pública (especialmente los artículos 167 y 168 de la LCSP).

La sentencia de la Audiencia Nacional, en su sentencia de 9 de octubre de 2019²⁶ resuelve el recurso interpuesto por Sicomoro Servicios Integrales S.L. contra la resolución del TACRC que anuló el procedimiento de licitación para el servicio de gestión del Centro de Atención al Visitante del Museo Nacional del Prado, adjudicado a dicha empresa. La sentencia analiza los aspectos relativos al procedimiento negociado sin publicidad, los criterios de valoración de las ofertas económicas y la presentación de las ofertas en un mismo sobre. Este es uno de los fallos judiciales más interesantes que se analizan en el presente trabajo por cuanto enfatiza la importancia de la negociación en el procedimiento negociado sin publicidad.

En el caso de autos, el procedimiento negociado sin publicidad se inició tras declararse desierto el anterior procedimiento abierto, y se invitó a las cuatro empresas que habían presentado sus proposiciones económicas en el mismo. El TACRC estimó el recurso de una de las empresas invitadas, Stendhal Museum Solutions S.L., al considerar que se había prescindido de la fase de negociación, vulnerando el principio de igualdad de trato entre los licitadores. La sentencia de la Audiencia Nacional confirma este motivo de anulación, al entender que la Administración no estaba facultada para omitir la negociación por razones de urgencia o interés general, y que la

²⁶ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Sentencia, de 9 octubre 2019, JUR\2019\315210 (ECLI:ES:AN:2019:4039).

ausencia de la misma pudo haber tenido una incidencia fáctica en el resultado final. Al respecto, la sentencia de la Audiencia Nacional considera lo que sigue:

“En este orden de consideraciones, hemos de indicar, sin embargo, que no existe previsión normativa alguna que justifique que en razones de urgencia o interés general permitan omitir la ronda de negociaciones legalmente prevista, por mínima que ésta sea.

A mayor abundamiento, ninguna cláusula del PCAP puede contravenir lo dispuesto en el TRLCSP, dado que infringiría un principio de jerarquía normativa, debiéndose interpretar dicha cláusula de conformidad con el texto de la ley, norma de rango superior que ha de respetar. De ahí que la interpretación que de la cláusula 12.3 ofrece la entidad actora para entender que la negociación no es preceptiva en el procedimiento negociador, resulta inaceptable, pues si bien la jurisprudencia ha venido declarando que se trata de un procedimiento flexible, y que permite que la negociación no haya de tener lugar con todos los licitadores, ha de permitir la posible mejora de las ofertas admitidas, a fin de garantizar debidamente un principio de igualdad y concurrencia. El término "en su caso" al que alude la citada cláusula, precisamente alude a esta última posibilidad.

(...)

Por su parte, el Cuadro-resumen que figura como anexo I al PCAP, en el punto 9, hace constar los aspectos técnicos y económicos objeto de negociación, de modo que la ronda de tales negociaciones y posibles mejoras podrán recaer sobre ambos aspectos (...)

Finalmente, en cuanto a la alegación de la parte actora referente a que ningún tipo de perjuicio se causa al resto de licitadores al no abrir la fase de negociación, esta Sala discrepa con dicha aseveración, por cuanto que entendemos que la ausencia de la misma pudo haber tenido una clara incidencia fáctica en el resultado final, puesto que no podemos olvidar que la ronda de negociaciones habría permitido una mejora en las

ofertas inicialmente presentadas y admitidas, lo que fue obviado por la Administración contratante.

Por tanto, podemos concluir señalando que el procedimiento de adjudicación llevado a cabo por la Administración no se ajusta al procedimiento legalmente establecido, y los motivos por los que se prescindió de la fase negociadora carecen de cobertura legal alguna, lo que nos ha de llevar a confirmar la resolución impugnada en este punto y rechazar la pretensión actora que venimos analizando.”

El órgano de contratación reconoció en un informe complementario que no se había negociado con los licitadores, sino que se había adjudicado el contrato directamente por razones de interés argumentando que se trataba de evitar interrupciones en la prestación del servicio y que se suponía que las empresas presentarían las mismas ofertas que en el procedimiento abierto anterior, que había quedado desierto. Sin embargo, como apunta la Audiencia Nacional, este proceder no se ajusta al procedimiento legalmente establecido.

En respuesta a la alegación de que la falta de negociación no perjudicaba a los demás licitadores, la sentencia establece que la negociación es una fase fundamental del procedimiento negociado. Según la Audiencia Nacional, la ausencia de esta fase podría haber influido en el resultado final, ya que habría permitido mejorar las ofertas iniciales y admitidas, algo que la Administración contratante pasó por alto²⁷.

En conclusión, la sentencia de la Audiencia Nacional confirmó la nulidad del procedimiento por la falta de negociación y ordenó la retroacción del procedimiento al momento de apertura de las ofertas, a fin de que pueda llevarse a cabo la negociación prevista.

En la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 17 de marzo de 2017²⁸, se resuelve el recurso interpuesto por un arquitecto contra la adjudicación de un contrato de servicios de asesoramiento y asistencia para la gestión de los edificios del Parlamento de Canarias, mediante procedimiento negociado sin publicidad, a favor

²⁷ GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2020). “Procedimiento negociado sin publicidad: ausencia de negociación. Comentario la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 9 Oct. 2019, Rec. 446/2016”. *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 166, marzo-abril. Wolters Kluwer.

²⁸ Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia núm. 140/2017, de 17 marzo, JUR\2017\287933 (ECLI:ES:TSJICAN:2017:2432).

de otro licitador que presentó una oferta más ventajosa económicamente. El recurrente alegaba la nulidad de la adjudicación por incumplir el adjudicatario las bases del contrato, por vulnerar el principio de igualdad y no discriminación y de confidencialidad, y por no realizarse a favor de la mejor oferta según el criterio de la oferta económica.

La parte recurrente sostenía que la Administración no podía aceptar mejoras en las ofertas presentadas por los licitadores durante la negociación y que el único criterio para adjudicar el contrato debe ser la oferta económica presentada inicialmente. Sin embargo, la Sala concluye que esa postura contradeciría la verdadera naturaleza del procedimiento negociado, ya que se estaría privando al proceso de su finalidad principal, eliminando la posibilidad de una auténtica negociación que implica un intercambio de posturas. La sentencia señala, aludiendo a jurisprudencia existente, lo que sigue:

"el elemento diferenciador del procedimiento negociado, respecto de los procedimientos abierto y restringido, es que mientras en éstos no es posible negociar la propuesta presentada por el licitador, en el procedimiento negociado se exige la negociación, debiendo de fijarse previamente en el pliego."

En el caso concreto, la sentencia analiza los aspectos técnicos y económicos que fueron objeto de negociación con los licitadores, de acuerdo con lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. La sentencia concluye que la oferta del adjudicatario fue la más ventajosa económicamente para la Administración, ya que suponía un módulo unitario de 37,5 euros por hora, mientras que la del recurrente era de 110,625 euros por hora, lo que denotaba una desproporción evidente. La sentencia rechaza que el adjudicatario incumpliera las bases del contrato, ya que la negociación de los términos de las ofertas estaba prevista y permitida en el pliego:

"La realidad es que la cláusula 10.3 establecía claramente la negociación de los aspectos técnicos y económicos que se detallaban (...) en el pliego de cláusulas, lo que ratificaba la cláusula 13.2, como no podía ser menos en un procedimiento negociado."

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su Sentencia núm. 834/2016, de 27 septiembre²⁹, resolvió el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Algeciras contra la sentencia de instancia que estimó el recurso de una empresa licitadora contra la adjudicación del contrato de servicios de "Elaboración del Mapa Estratégico de Ruidos del Municipio de Algeciras".

La Sala confirma la sentencia de instancia al considerar que el Ayuntamiento no siguió el procedimiento negociado sin publicidad, sino que la tramitación seguida para la adjudicación fue la propia de un procedimiento abierto, es decir, sin negociación alguna con los licitadores. En este supuesto también se analiza la legislación vigente sobre el procedimiento negociado antes de la entrada en vigor de la normativa actual, pero los aspectos que estudiaremos son perfectamente aplicables a la legislación vigente.

El aspecto más relevante de la sentencia es el análisis de la valoración de las ofertas presentadas por los licitadores, especialmente en lo que respecta a las prestaciones o mejoras técnicas establecidas como criterio de selección, que no estaban incluidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. La Sala señala que estos criterios de valoración no se encontraban en el pliego inicial, sino que fueron establecidos “*ex novo*” por la Administración una vez presentadas las ofertas. Esto impidió a los licitadores conocer de antemano los criterios que serían considerados. Los informes técnicos valoraron como parámetros de mejora la reducción del tiempo de entrega, la ubicación de la sede del proyecto, la formación de los técnicos municipales, la presentación y/o divulgación de los trabajos realizados, y las mejoras técnicas en la definición de los trabajos. Sin embargo, estos parámetros, entre otros vicios, no estaban contemplados entre los aspectos económicos y técnicos determinados por los pliegos para ser, en su caso, objeto de negociación con las empresas. De la siguiente forma se pronuncia la sentencia:

“En el procedimiento negociado, como adecuadamente se indica en el recurso de apelación, citando diversas sentencias, la Administración tiene un amplio margen de discrecionalidad para elegir, motivadamente, al contratista tras una negociación, respecto de los aspectos fijado en el pliego.

²⁹ Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia núm. 834/2016, de 27 septiembre, JUR\2018\300294 (ECLI:ES:TSJAND:2016:17358).

Ahora bien, como adecuadamente se indica en la sentencia, a pesar de haberse elegido el procedimiento negociado para la adjudicación del contrato, el Ayuntamiento no sigue el mismo, sino que la tramitación seguida para la adjudicación es la propia de un procedimiento abierto. Así una vez presentadas y admitidas la ofertas, no se procede a realizar negociación alguna con los licitadores, sino que la mesa de contratación solicita la valoración de las ofertas presentada a los técnicos. Estos tras una primera valoración sin motivar la puntuación otorgada, efectúan, una nueva valoración de las ofertas, en las que se indican como parámetros de valoración de las mejoras: "reducción de tiempo de entrega, sede proyecto, formación de los técnicos municipales, presentación y/o divulgación de los trabajos realizados y mejoras técnicas en la definición de los trabajos(mediciones en fachadas)" (folios 3821 y 3822del expediente administrativo).

Estos criterio de valoración de las ofertas presentadas, no se encontraban recogidas en los pliegos, sino que son fijada ex novo por la Administración una vez ya presentadas las ofertas, y sirvieron de base y fundamento para la adjudicación del contrato.

Ha quedado acreditada la ausencia de toda negociación en el procedimiento de adjudicación, habiéndose procedido a la adjudicación del contrato, no de forma discrecional y motivada tras la correspondiente motivación, sino en virtud de una valoración de unos criterios de adjudicación no contenido en las bases y fijados una vez conocidas las ofertas, lo que ha impedido a los licitadores conocer los criterios que iban a ser tenidos en cuenta. En definitiva, se ha vulnerado el procedimiento negociado para la adjudicación del contrato y el principio de publicidad de la contratación administrativa, por lo que el recurso debe ser desestimado.”

En conclusión, la sentencia declara la nulidad de la adjudicación del contrato de servicios por haberse incumplido el procedimiento negociado y el principio de publicidad, al haberse valorado unas mejoras técnicas que no se habían fijado previamente en el pliego ni se habían negociado con los licitadores, lo que supuso una vulneración de la igualdad de oportunidades y de la libre concurrencia en la contratación administrativa.

En la sentencia núm. 87/2014, de 27 de marzo de 2014, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid³⁰ desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Velilla de San Antonio contra la sentencia de instancia que anuló la adjudicación de un contrato de servicio de auditoría financiera y de cumplimiento de la legalidad a la empresa Atenea Auditores, S.L.

El motivo de la anulación fue la falta de motivación de la propuesta de adjudicación efectuada por la mesa de contratación y del propio acto de adjudicación, así como el incumplimiento de los trámites previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para el procedimiento negociado sin publicidad con tramitación urgente. Si bien es cierto que este procedimiento se regía por la extinta Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, hay determinados aspectos que merecen ser analizados con detenimiento (especialmente en relación con los elementos objeto de negociación).

En el caso concreto, la mesa de contratación, presidida por el Alcalde del Ayuntamiento de Velilla de San Antonio e integrada por otros cuatro miembros, no cumplió con las funciones que le correspondían según la normativa y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

En primer lugar, no realizó ninguna negociación con las dos empresas admitidas al proceso de selección, Ingenio Asesores, S.L. y D.C.D. Empresas, S.L., ni valoró las ofertas presentadas en función de los criterios establecidos en el pliego, que eran el precio, el programa de trabajo, la experiencia y la cualificación del equipo profesional. De esta forma se pronuncia la sentencia:

“A ello debe añadirse que, conforme al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, nos encontramos ante un contrato que se adjudica por el procedimiento negociado sin publicidad, que obliga a la Mesa de Contratación (cuya constitución era potestativa), tras calificar la documentación aportada por los licitadores, a llevar a cabo una negociación con las empresas a fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa, tras valorar las efectuadas por los licitadores a cuyo efecto podían solicitar los informes técnicos que estimasen convenientes, que siempre tendrán un carácter facultativo para ésta, salvo la excepción prevista en el artículo 136 de la LCSP (RCL

³⁰ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia núm. 87/2014, de 27 marzo, JUR\2014\128603 (ECLI:ES:TSJM:2014:4077).

2007, 1964) , para posteriormente proponer al órgano de contratación la adjudicación provisional.

Pues bien, de los documentos obrantes en el expediente de contratación remitido se deduce que la Mesa de Contratación no se han seguido los trámites mencionados, ya que no existe constancia de que se haya efectuado negociación alguna con las 2 empresas admitidas al proceso de selección, ni que la Mesa de Contratación haya procedido a la valoración de las ofertas con la finalidad de conocer cuál es la oferta económicamente más ventajosa, infringiendo con ello el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que es la ley del contrato y que obliga tanto a la Administración como a los que toman parte del procedimiento de licitación que, conforme hemos expuesto en el fundamento de derecho segundo, obligaba a que para la valoración de las ofertas y la determinación de la económicamente más ventajosa se atendería a los aspectos que allí se mencionan de la negociación, lo que obligaba a la Mesa de Contratación a negociar con las empresas dichos aspectos, y una vez concretada la oferta más ventajosa y expuestas las razones que le llevaban a dicha conclusión, realizar la propuesta de adjudicación al órgano de contratación.”

En segundo lugar, no solicitó ningún informe técnico que avalara la propuesta de adjudicación, sino que se limitó a aceptar el informe del Secretario del Ayuntamiento que anulaba la oferta de Ingenio Asesores, S.L. por defectos formales, y el informe de la Interventora de Fondos que se negaba a emitir una valoración técnica por no ser su competencia.

En tercer lugar, no motivó la propuesta de adjudicación a favor de Atenea Auditores, S.L., sino que se remitió a la indicación del Alcalde, sin expresar las razones o las ventajas de dicha oferta frente a la de D.C.D. Empresas, S.L.

Por todo ello, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nulidad de la adjudicación del contrato de servicio de auditoría financiera y de cumplimiento de la legalidad al considerar que se había vulnerado el principio de transparencia y el derecho de defensa de los licitadores, al no haberse seguido el procedimiento negociado con las garantías y los requisitos exigidos por la ley y el pliego. Asimismo, la sentencia destaca la importancia de la motivación de la propuesta de adjudicación y del acto de adjudicación, como elementos esenciales para el control

jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa en materia de contratación pública. Este aspecto se determina de forma expresa en la sentencia cuando se refiere que:

“Del contenido de este precepto se deduce, en primer lugar, que las adjudicaciones deben ser motivadas, y, en segundo, que, si los interesados lo solicitan, deberá comunicárseles los motivos del rechazo de su proposición o candidatura y las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor.

La finalidad de este precepto no es otra que conocer de forma suficiente los motivos por los cuales se ha efectuado la adjudicación, ya que la adjudicación del contrato está sujeta, en todo caso, a los principios de publicidad y transparencia que obliga, en lo que aquí interesa, a notificar a los licitadores los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes, ya que el conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso.”

En síntesis, las sentencias analizadas muestran la importancia de la negociación como elemento esencial del procedimiento negociado sin publicidad, así como de su adecuada justificación y documentación en el expediente de contratación. Algunos de los aspectos relevantes de la negociación que se han examinado son los siguientes:

- La selección del procedimiento negociado sin publicidad debe justificarse por la presencia de alguna de las circunstancias contempladas en la ley, incluyendo la urgencia imperiosa causada por eventos imprevistos que requieran una rápida implementación del contrato.
- El órgano de contratación debe determinar en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación con las empresas, y velar por el tratamiento igualitario y no discriminatorio de los licitadores.
- La negociación debe permitir la mejora de las ofertas iniciales y admitidas, y debe quedar constancia en el expediente de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo.

- La ausencia de negociación puede suponer una vulneración del procedimiento legalmente establecido y de los principios de contratación pública, y puede tener una incidencia fáctica en el resultado final de la adjudicación.
- La modificación de los pliegos durante la negociación debe respetar las condiciones iniciales del contrato y no puede suponer una alteración sustancial de las mismas, ni afectar a la concurrencia o a la valoración de las ofertas.
- La propuesta de adjudicación y el acto de adjudicación deben estar motivados y expresar las razones o las ventajas de la oferta elegida frente a las demás, así como comunicar a los licitadores los motivos del rechazo de su proposición o candidatura y las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor.

5. Conclusiones.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar el procedimiento negociado como una modalidad de contratación pública que permite a la Administración negociar con los posibles contratistas las condiciones del contrato, en función de la complejidad, la urgencia o la exclusividad de la prestación que se desea adquirir. Para ello, se ha realizado un estudio de la normativa aplicable, tanto nacional como europea, que regula los supuestos, los requisitos y las garantías de este procedimiento, así como un análisis jurisprudencial de las sentencias más relevantes que han resuelto controversias sobre la negociación de los elementos del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, tanto en el procedimiento negociado con publicidad como en el procedimiento negociado sin publicidad. A continuación, se exponen las principales conclusiones que se han extraído de este trabajo.

En primer lugar, se ha constatado que el procedimiento negociado con publicidad es un procedimiento ordinario de contratación que se puede utilizar cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 167 de la LCSP, tales como la necesidad de adaptar la prestación a las especificaciones del órgano de contratación mediante un diseño o una solución innovadora, la imposibilidad de adjudicar el contrato sin negociaciones previas por la naturaleza, la complejidad o los riesgos de la prestación, la dificultad de definir con precisión las

especificaciones técnicas, la existencia de ofertas irregulares o inaceptables en procedimientos anteriores, o la continuidad en la atención de servicios sociales personalísimos.

En segundo lugar, se ha comprobado que el procedimiento negociado sin publicidad es un procedimiento excepcional de contratación que solo puede emplearse en los casos tasados por el artículo 168 de la LCSP, como la falta de ofertas o de candidatos adecuados en procedimientos anteriores, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato, la existencia de un único empresario posible por razones artísticas, técnicas o de derechos exclusivos, la declaración de secreto o reserva del contrato o la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la urgencia imperiosa derivada de acontecimientos imprevisibles, la repetición de obras o servicios similares adjudicados al mismo contratista, o la adquisición en condiciones ventajosas con un proveedor que cese en sus actividades o que esté en concurso o en situación análoga.

Este procedimiento se reserva para situaciones en las que la publicación no es posible o no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, y requiere una justificación rigurosa y probada de la exclusividad objetiva del empresario elegido y de la falta de alternativas o sustitutos razonables en el mercado.

En tercer lugar, se concluye que, tanto en el procedimiento negociado con publicidad como en el procedimiento negociado sin publicidad, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares debe determinar los aspectos que se negociarán con las empresas, la descripción de las necesidades y características de la prestación, el procedimiento de negociación que garantice la transparencia, la publicidad y la no discriminación, los requisitos mínimos de las ofertas y los criterios de adjudicación entre los licitadores que participen.

Durante la negociación, los órganos de contratación deben velar por el igual trato de los licitadores, no facilitar información discriminatoria, informar de todo cambio en la documentación de la contratación que no afecte a los requisitos mínimos y dar plazo suficiente para que presenten una nueva oferta revisada, sin negociar los requisitos mínimos ni los criterios de adjudicación. Asimismo, en el expediente debe constar la documentación relativa a las invitaciones cursadas, las ofertas recibidas, las razones para su aceptación o rechazo y las ventajas obtenidas en la negociación, y las mesas de contratación y los órganos de contratación deben cumplir con su

obligación de confidencialidad y no revelar los datos designados como confidenciales por los candidatos o licitadores sin su consentimiento previo.

En cuarto lugar, se ha examinado la jurisprudencia existente sobre los requisitos, límites y garantías de la negociación en el procedimiento negociado, con especial atención a la negociación de los elementos del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, tanto con publicidad como sin publicidad, y se han extraído las siguientes conclusiones:

- En el procedimiento negociado con publicidad, se ha resaltado la aceptación de las condiciones del pliego por parte de los licitadores que participan en el procedimiento negociado, y la prohibición de cuestionarlas posteriormente, salvo que se aleguen vicios de nulidad o se demuestre una vulneración de los principios de contratación pública.
- Asimismo, se ha subrayado la determinación de los aspectos económicos y/o técnicos que pueden ser objeto de negociación, y la aplicación de los criterios de valoración de las ofertas establecidos en el pliego, respetando la proporcionalidad, la discrecionalidad y la transparencia.
- Por último, se ha señalado la inclusión de cláusulas contractuales derivadas de la negociación, que regulen aspectos como la indemnización por paralización de las obras o la fórmula de cálculo del precio, y su validez y alcance en caso de controversia.
- En el procedimiento negociado sin publicidad, se ha puesto de relieve la necesidad de motivar la elección del procedimiento negociado sin publicidad por la concurrencia de alguno de los supuestos previstos en la ley, entre ellos, la imperiosa urgencia derivada de acontecimientos imprevisibles que exijan una pronta ejecución del contrato.
- Igualmente, se ha enfatizado la obligación de determinar en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación con las empresas, y de velar por el tratamiento igualitario y no discriminatorio de los licitadores.

- Además, se ha indicado que la negociación debe permitir la mejora de las ofertas iniciales y admitidas, y que debe quedar constancia en el expediente de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo.
- Asimismo, se ha advertido que la ausencia de negociación puede suponer una vulneración del procedimiento legalmente establecido y de los principios de contratación pública, y que puede tener una incidencia fáctica en el resultado final de la adjudicación.
- Por otra parte, se ha manifestado que la modificación de los pliegos durante la negociación debe respetar las condiciones iniciales del contrato y no puede suponer una alteración sustancial de las mismas, ni afectar a la concurrencia o a la valoración de las ofertas.
- Finalmente, se ha recordado que la propuesta de adjudicación y el acto de adjudicación deben estar motivados y expresar las razones o las ventajas de la oferta elegida frente a las demás, así como comunicar a los licitadores los motivos del rechazo de su proposición o candidatura y las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor.

En quinto lugar, se ha apreciado que la jurisprudencia europea ha tenido una influencia notable en la interpretación y aplicación de la normativa nacional de contratación pública, especialmente en lo que se refiere al procedimiento negociado sin publicidad. Se ha constatado que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido muy estricto a la hora de controlar el cumplimiento de las normas comunitarias sobre contratación pública y que ha exigido una justificación rigurosa y probada de las condiciones excepcionales que permiten el uso del procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación. Sin embargo, también se ha observado que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha flexibilizado recientemente las condiciones para el uso del procedimiento negociado sin publicación previa en la contratación pública financiada con fondos europeos, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 32, apartado 2, letra a), de la Directiva 2014/24/UE y se respeten los principios generales de la contratación pública.

En conclusión, el procedimiento negociado, tanto con publicidad como sin publicidad, es una herramienta valiosa para la Administración y las empresas en la consecución de los objetivos contractuales celebrados entre el sector público y el sector privado en situaciones donde la rigidez

de otros métodos pudiera ser desfavorable. Este procedimiento permite una mayor adaptabilidad a las necesidades específicas del contrato y facilita la ejecución exitosa del mismo, siempre que se respeten los principios de legalidad, transparencia, igualdad de trato y libre competencia, y que se garantice una gestión eficaz y eficiente de los recursos públicos.

6. Bibliografía.

BLANCO LÓPEZ, Francisco (2012). *El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de nueva regulación legal*. Madrid: La Ley.

GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2017). *La utilización del procedimiento negociado sin publicidad por razones de exclusividad técnica*. *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 149, mayo.

GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2020). *Procedimiento negociado sin publicidad: ausencia de negociación. Comentario la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 9 Oct. 2019, Rec. 446/2016*. *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 166, marzo-abril. Wolters Kluwer.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco Lorenzo (2021). *El TJUE flexibiliza las condiciones del procedimiento negociado sin publicación previa. Comentario de la STJ 16/06/2022, Obshtina Razlog, C-376/21*. Observatorio de Contratación Pública, 30 de junio.

MORENO MOLINA, José Antonio (2011). *Crisis y contratación local desde la perspectiva de la Administración*. Anuario del Gobierno Local, núm. 2011. Barcelona: Institut de Dret Públic.

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2019). *Los procedimientos de adjudicación con negociación*. *Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. extraordinario marzo.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2016). *Principios de derecho administrativo general II*, 4ª ed. Madrid: Iustel. ISBN 978-84-9890-357-7.

SARDINA CÁMARA, Pablo (2017). *El ocaso del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía en la contratación administrativa*. *Contratación Administrativa Práctica*, N° 148, Sección Reflexiones. Marzo 2017. Madrid: Wolters Kluwer

Digitalización en el sector marítimo: ¿hacia una nueva gestión de los riesgos laborales?

Sandys Menoya Zayas

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Doctorando del Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Universidad de Málaga

menoya@uma.es

Sumário: Notas Introdutorias. 1. La digitalización y su impacto en el trabajo. 1.1. Digitalización y transformación digital .1.2. Tendencias actuales en el ámbito del trabajo y las relaciones laborales .1.3. Impacto de la digitalización en el trabajo. 2. Aproximación al sector marítimo en clave laboral. 2.1. Caracterización del sector marítimo. 2.1.1. Tendencias actuales. La digitalización. 2.2. Características del trabajo en el mar. 2.2.1. Riesgos laborales relacionados con el trabajo marítimo 3. Nuevos riesgos laborales, ¿nueva gestión? 3.1. Perspectivas y retos en materia de prevención de riesgos laborales. 3.2. Áreas clave de intervención. 3.3. Algunas propuestas de actuación. A manera de reflexiones finales. Bibliografía

Palavras-chave: sector marítimo; gente de mar; digitalización; protección social; transición justa; sostenibilidad.

Notas Introdutorias

El transporte marítimo es incuestionablemente un sector vital para el comercio y la seguridad a nivel global. No solo es un componente esencial de los sistemas de transportes nacionales, regionales e internacionales (pasajeros y turistas), sino que constituye el principal medio de transporte para el comercio mundial, ya que mueve aproximadamente el 90% de las mercancías comercializadas.

En el caso particular de la Unión Europea (UE), representa alrededor del 75% del comercio exterior de la Unión y el 31% de su comercio interior en términos de volumen; asimismo, traslada anualmente 400 millones de pasajeros entre los puertos de los Estados miembros, incluidos unos 14 millones de turistas en cruceros.

Por ese peso decisivo que tiene en la economía mundial, por su carácter de sector internacional y por la significativa cantidad de empleos que genera directa e indirectamente, el transporte marítimo también es un sector muy marcado por la evolución y tendencias de la digitalización, la descarbonización y los fenómenos demográficos.

De una parte, cabe apuntar que el sector es un alto consumidor de energía y a su vez una de las actividades más contaminantes, de ahí que esté urgido de “montarse en el carro” de la transición energética; de otra, las tendencias demográficas actuales desempeñan un rol crucial en la configuración de los patrones de empleo marítimo, por lo que las empresas del sector deberán adaptar sus estrategias de contratación, capacitación y retención para abordar el panorama poblacional en evolución y garantizar una fuerza laboral disponible, calificada y diversa para el futuro.

En el ámbito de la UE, se ha impulsado el avance de la transición energética no solo por los aspectos climáticos, sino también por su potencialidad para crear más y mejores empleos. Se ha impuesto el paradigma de la “economía verde”, con su doble vertiente: la que aúna la condición de ser sostenible para con el territorio y la que debe permitir generar un horizonte de estabilidad y derechos a las personas trabajadoras que se incorporen a los nuevos puestos de trabajo creados por la transición ecológica.

En el caso particular de España, se ha considerado que en el sector marítimo a los retos identificados en cuanto a diversificación de sus productos y la descarbonización “se une el reto de impulsar su transformación digital lo antes posible [...] como herramienta de apoyo para alcanzar la descarbonización y sostenibilidad del sector”. Quiere esto decir que nos hallamos ante tres transiciones que se entremezclan y se hacen interdependientes, lo que apunta ineludiblemente a un tratamiento integrado.

En materia de seguridad y salud en el trabajo, se identifica al sector marítimo como uno de los sectores de actividad con mayor tasa de siniestralidad, de ahí que la prevención de los riesgos

laborales constituya una esfera de actuación importantísima de cara a la sostenibilidad de la fuerza de trabajo marinera. Todo ello se complejiza al comprender por un lado la gran amplitud de la industria –que cubre desde una pequeña embarcación de recreo hasta un macrobuque transportador de contenedores–; y, por otro, la cantidad de actividades y funciones laborales diferentes que se pueden realizar, ya sea mar adentro o bordo de buques, en las infraestructuras portuarias y en otras actividades conexas desarrolladas en tierra, las cuales implican una serie de riesgos generales o comunes a todas ellas, así como riesgos específicos o diferenciales para cada una.

Este trabajo tiene como objetivo fundamentar propuestas de actuación que desde el derecho del trabajo y de la seguridad social contribuyan a reformular el enfoque actual de la prevención de riesgos laborales en el sector marítimo, tomando como base la identificación de nuevos riesgos asociados a la digitalización.

La investigación responde a un enfoque cualitativo y tiene carácter exploratorio, cuya metodología se basa en los métodos teóricos histórico-lógico y de análisis-síntesis, así como en las técnicas de análisis bibliográfico y revisión documental, las cuales permitieron procesar fuentes de información secundaria tales como artículos científicos, informes de investigación e institucionales, acerca de los núcleos conceptuales que sirven de ejes temáticos y se expresan en la estructuración del sumario, a saber: la digitalización y su impacto en el trabajo; la caracterización del sector marítimo desde el punto de vista laboral; y la necesidad de transitar hacia una nueva gestión de riesgos laborales a tono con la transformación digital en marcha.

En estudios realizados previamente por el autor, se han examinado los impactos que traen consigo para el trabajo marítimo las transiciones digital y energética, así como el reto demográfico. Ello ha permitido identificar como principales focos de atención desde la perspectiva iuslaboralista a cuestiones tales como: el rol de la negociación colectiva, los estudios interseccionales que incorporen la perspectiva de género, así como el papel de las políticas de empleo y la formación continua. Asimismo, se ha constatado que uno de los principales retos para el derecho social se enmarcan en la gestión de la prevención de los riesgos laborales asociados al trabajo marítimo-pesquero, que irán surgiendo y manifestándose como resultado del proceso de digitalización.

Los análisis aportados en este nuevo trabajo ponen de manifiesto en qué medida la digitalización impactará en el trabajo de la gente de mar y en la concepción de una nueva gestión de la prevención de riesgos laborales asociados a los nuevos escenarios y características del trabajo y la vida a bordo

de buques. Por ello, no es ocioso aclarar que los planteamientos que se hacen se refieren en general a los riesgos en el mar, no en puertos o tierra, lo que permite en alguna medida acotar los análisis teniendo en cuenta la complejidad y diversidad del sector tal y como se ha apuntado antes.

En ese sentido, se identifican algunos posibles riesgos a los que estarán sometidos los marinos en alta mar en un entorno digitalizado, así como se sugieren cursos de actuación orientados a garantizar los derechos del trabajo y la protección social de este colectivo, bajo una perspectiva de trabajo decente que tome en cuenta aspectos clave como la internacionalización del sector, la negociación colectiva a nivel global, regional y nacional, y la necesidad de adoptar políticas públicas que conviertan al proceso de digitalización en oportunidad de desarrollo y competitividad.

La principal conclusión a la que se arriba es que es imperativo hoy en día que el abordaje de los riesgos laborales en el sector marítimo se haga bajo un enfoque holístico que integre no solo soluciones tecnológicas, sino también marcos regulatorios y programas de capacitación que coadyuven a una asimilación y transición digital de forma segura, justa, inclusiva y sostenible.

1. La digitalización y su impacto en el trabajo

Para hablar de digitalización en el mundo del trabajo hay al menos tres tendencias globales a las que será inexcusable aludir: la revolución tecnológica, marcada por el uso intensivo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, y sobre todo hoy en día por la inteligencia artificial; la globalización; y el cambio cultural que de ellas resulta. Todas ellas impactan sobre el empleo y las relaciones laborales, y no siempre de manera positiva. Hay sin duda una batalla en las antípodas de dichos procesos sociales: humanización vs. pérdida de puestos de trabajo, flexibilidad vs. protección de datos o tiempo de trabajo efectivo vs. derecho a la desconexión digital, son solo un botón de muestra de las contradicciones que subyacen como resultado de tales fenómenos en el entorno laboral actual.

El principal reto está en garantizar, por una parte, el trabajo decente dentro del cambio digital; y, por otra, en plantear límites legales, sociales y económicos a la digitalización desenfrenada, de manera que no se comprometa el derecho al trabajo como vía para la reproducción material y espiritual del ser humano y se produzca la llamada “desocupación tecnológica”.

Sin dudas, todo ello entraña el despliegue de mecanismos más eficaces en cuanto a la negociación colectiva, el asesoramiento jurídico empresarial y sobre todo laboral, la seguridad social, la cualificación, desarrollo y especialización laboral y profesional, la cultura organizacional y la innovación, entre otros. Y es que la digitalización, como sinónimo de progreso económico, no puede significar retroceso desde el punto de vista social, sino una oportunidad para continuar humanizando el trabajo y brindar mayores posibilidades de inserción a los diferentes colectivos, a tono con los postulados del trabajo decente y el Estado social de derecho.

1.1. Digitalización y transformación digital

En el escenario mundial presente, caracterizado por la velocidad de las transformaciones de todo tipo y la influencia de varios factores como la globalización, el cambio climático, la innovación tecnológica, la escasez de recursos o los cambios demográficos, “el proceso de transformación digital se erige como un elemento catalizador y a la vez acelerador de muchos de estos cambios” .

PARVIAINEN ET AL. definen transformación digital como cambios en las formas de trabajo, roles y oferta de negocios causados por la adopción de tecnologías digitales en una organización, o en el entorno de operación de la organización; no obstante, los enfoques más actuales la refieren ya como “cambios relacionados con la aplicación de la tecnología digital en todos los aspectos de la sociedad humana”.

En el contexto de sectores económicos específicos, la digitalización introduce cambios en la forma de trabajar, los perfiles laborales y los modelos empresariales que se utilizan. Como tendencia se ha señalado que la mayoría de los sectores digitalizados mejoran su productividad más rápido que los sectores menos digitalizados.

1.2. Tendencias actuales en el ámbito del trabajo y las relaciones laborales

Varias tendencias clave han estado dando forma al lugar de trabajo moderno, como reflejo de los cambios continuos en la tecnología, la demografía, la cultura organizacional y la economía global. La digitalización, siendo ella misma una tendencia de hoy, está presente en casi todas las demás que se mencionan, como aspecto transversal y facilitador de procesos como el trabajo a distancia,

el trabajo en plataformas, el uso de la inteligencia artificial o el perfeccionamiento operacional y de tareas en los entornos laborales tradicionales.

Algunas de las principales tendencias actuales son: el trabajo remoto e híbrido; los arreglos de trabajo flexibles; la transformación digital; el uso de herramientas de colaboración remota; la mayor preocupación por la diversidad, equidad e inclusión en el entorno de trabajo; y la responsabilidad ambiental empresarial (en función de la sostenibilidad) y responsabilidad social empresarial (RSE). Es probable que estas tendencias sigan reconfigurando al lugar de trabajo en los próximos años, no obstante, es importante tener en cuenta que las tendencias específicas y su impacto pueden variar según las industrias, regiones y contextos organizacionales.

1.3. Impacto de la digitalización en el trabajo

Algunos analistas consideran que la automatización, la tecnología 4.0, el teletrabajo y el trabajo en plataformas digitales han venido para quedarse; y que a su vez entrañarán efectos sociales, en particular sobre el volumen de empleo. Sin embargo, no existe consenso en cuanto a si la digitalización devendrá automatización ahorradora de puestos de trabajo, como ha sido históricamente la tónica del progreso tecnológico; si el cambio estructural digital no modificará sustancialmente el nivel de empleo, sino que afectará más bien la distribución de puestos de trabajo según profesión, sector y cualificación; o si el impacto será limitado a las tareas de trabajo.

Según el informe “Digitalización y Servicios Públicos: Una Perspectiva desde el Trabajo”, la digitalización afecta a los mercados laborales de cinco maneras principales : 1) creando empleos y nuevas profesiones relacionados con nuevas tecnologías digitales; 2) destruyendo empleos y tareas que pueden ser digitalizadas; 3) modificando el contenido del empleo, difuminando el lugar de trabajo y las fronteras de trabajo/vida e instaurando nuevas formas de gestión habilitadas digitalmente; 4) modificando la relación con ciudadanos/usuarios del servicio; y 5) desplazando la relación laboral hacia la subcontratación y la privatización.

2. Aproximación al sector marítimo en clave laboral

Las actividades laborales que se desarrollan en el mar tienen poco que ver con aquellas que se llevan a cabo en tierra. Esta radical diferencia se manifiesta, también y como se verá más adelante, en una seguridad y salud en el trabajo revestida de ciertas peculiaridades que les son exclusivas y que integra varias aristas normativas y de gestión.

2.1. Caracterización del sector marítimo

El sector marítimo es único porque combina elementos tanto del sector industrial como del de servicios, pero sobre todo por su condición de sector internacional y altamente globalizado. A continuación, se detallan algunas particularidades que resaltan ese carácter:

1. Alcance global (dada la propia naturaleza de las rutas marítimas comerciales internacionales).

2. Infraestructura industrial (puertos, terminales, astilleros e instalaciones off-shore).

3. Servicios de transporte (básicamente mercancías y pasajeros).

4. Eje integrador de la compleja y multiactoral cadena de suministro global (compuesta por diferentes actores y partes interesadas, como compañías navieras, autoridades portuarias, agentes transitarios y de aduanas, agencias de colocación, etc.).

5. Marco regulatorio complejo y multitemático, pero muy bien institucionalizado desde los niveles internacionales (dígase OIT y OMI, básicamente) hasta el nivel de país.

6. Innovación tecnológica continua en función de las necesidades de eficiencia, seguridad y sostenibilidad ambiental (por ejemplo, en el diseño de buques, los sistemas de navegación, la tecnología de propulsión y la automatización).

7. Gran impacto socioeconómico (en cuanto al empleo, la dinámica de las relaciones comerciales y la incorporación de países y regiones a la sociedad global).

8. Significativa huella ecológica (debido a las emisiones, la generación de desechos y el riesgo de derrames de petróleo y otros incidentes de contaminación asociados a la alta siniestralidad de la actividad marítima).

9. Marcada influencia de factores geopolíticos, de seguridad, delictivos, etc.

Muchas de estas cualidades definen la índole y carácter del trabajo a bordo de buques, tal como se detalla más adelante.

2.1.1. Tendencias actuales. La digitalización.

Cuando se trata el tema de la digitalización en el sector marítimo, los estudios se enfocan esencialmente en cuestiones técnico-económicas: la gestión del transporte y la ingeniería naval; las operaciones logístico-portuarias; los sistemas de comunicaciones marítimas y la automatización de procesos administrativos.

Se ha demostrado que la optimización de las operaciones de transporte conduce a una disminución de los accidentes en los puertos y en el mar, reduce la contaminación y las emisiones y, en general, ayuda a minimizar las externalidades negativas y a agilizar el comercio internacional. Por lo tanto, la digitalización en el transporte marítimo también puede considerarse como un factor coadyuvante de la descarbonización, que hoy constituye prioridad, obligación y reto para el sector.

Investigaciones recientes han señalado, por ejemplo, cómo la inteligencia artificial ha devenido una tecnología clave para el sector, no solo porque brinda información en tiempo real sobre el consumo de combustible y energía, la velocidad, el estado de la maquinaria o el trimado de una embarcación, sino también por lo que puede contribuir en la mejora de la eficiencia, la seguridad y la sostenibilidad de las operaciones en el mar.

En materia de empleabilidad, el marítimo es uno de los sectores con mayor capacidad de generar empleo, sin embargo, el incremento constante del contenido tecnológico de esta industria contrasta con la tendencia a la baja de las contrataciones e impone la necesidad de perfiles laborales con una sólida formación técnica profesional y una gran polivalencia. De acuerdo con la FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS TRABAJADORES DEL TRANSPORTE, la dimensión tecnológica afecta principalmente a las terminales de contenedores y se estima que la destrucción potencial de puestos de trabajo en los puertos rondará el 8.2%. Por otra parte, el aumento de buques autónomos incidirá también en el número de marinos necesarios para manejar los sistemas de a bordo, y en las competencias necesarias para ello.

Todo esto puede suponer un gran esfuerzo desde el punto de vista normativo, ya que se requerirán regulaciones actualizadas y exigentes, que por un lado no frenen el desarrollo vertiginoso de la digitalización, y que por otro no menoscaben aspectos como la estabilidad laboral o la seguridad y salud en el trabajo.

En general, es probable que la digitalización en el sector marítimo tenga varias consecuencias para el empleo, tales como: reducción de las tripulaciones como resultado de la automatización de tareas rutinarias; cambio en los perfiles de puestos por la demanda de nuevas habilidades digitales; racionalización de la fuerza laboral por mejoras de eficiencia operacional; nuevas necesidades de capacitación y oportunidades profesionales enfocadas al ámbito digital; y desplazamiento laboral, que puede implicar recualificación o reubicación de los trabajadores desplazados hacia otros perfiles; mejoras en seguridad marítima que impactan en la seguridad y salud laboral, entre otras.

No obstante, se reconoce que es difícil predecir el impacto que tendrán los avances tecnológicos y la automatización en la pérdida o la creación de empleos en el sector marítimo a futuro, ya que se espera que la digitalización repercuta más en las tareas que en los puestos de trabajo. Mientras, es muy probable que a futuro el factor demográfico tensiona fuertemente el necesario relevo generacional en el sector.

2.2. Características del trabajo en el mar

El trabajo en el sector marítimo presenta varias características distintivas que lo diferencian del empleo en otras industrias. Estos son algunos de los rasgos claves:

1. Empleabilidad global, al facilitar la movilidad de la fuerza de trabajo marinera en todo el mundo, lo que incide en la multiculturalidad de las tripulaciones.
2. Diversidad de funciones y perfiles profesionales, y por tanto de oportunidades laborales y de carrera.
3. Entornos desafiantes e impredecibles (mar abierto, movimientos constantes, condiciones climáticas extremas, ubicaciones remotas, riesgos laborales y sociopsicológicos de todo tipo).
4. Especialización en función de la actividad o rol profesional que se realice, ya sea a bordo o en tierra.

5. Particularidades normativas inherentes a la industria marítima y sus propios sistemas de certificación, cualificación, inspección, etc.

6. Estacionalidad (no solo por la influencia de los ciclos económicos y las fluctuaciones en el comercio global, sino por otros factores naturales como los periodos de veda, las temporadas ciclónicas, las nevadas, entre otros).

2.2.1. Riesgos laborales relacionados con el trabajo marítimo

El sector marítimo-pesquero contempla actividades laborales consideradas entre las más peligrosas del mundo y por tanto presenta una de las tasas de siniestralidad y accidentalidad laboral más elevadas entre todos los sectores de actividad.

Por ejemplo, en el caso de la pesca marina, la OIT y la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) estiman que el 7% de las víctimas mortales de accidentes laborales que se producen anualmente en el mundo ocurren en la industria pesquera (unas 24.000 personas), a pesar de que este sector representa menos del 1% de la fuerza laboral mundial.

LOURO destaca que el tema de la prevención de riesgos laborales referido al sector marítimo siempre resultará relevante, dadas las implicaciones derivadas de dichos riesgos, que se conjugan con el ambiente inestable propio de los buques, donde las condiciones climáticas y las derivadas del puesto de trabajo pueden desencadenar accidentes laborales de gran magnitud.

Asimismo, refiere este reconocido autor que en esta materia es importante diferenciar entre lo que se denomina seguridad y salud en el trabajo (a bordo) y seguridad de la vida humana en el mar. Esta “doble cara” de la seguridad marítima implica una complicada trama legislativa, en la cual, tal y como es la tónica sectorial, se entrelazan normas de rango internacional (como aquellas de la OIT o la OMI), normas supranacionales como es el caso de la UE, y normas jurídicas de ordenamiento interno. En el primer caso tienen una influencia más marcada, por la propia naturaleza del objeto de regulación, en la seguridad de la vida humana en el mar; mientras que en el segundo, el ámbito jurídico se halla más circunscrito a la legislación laboral sancionada por principalmente por los entes nacionales y comunitarios.

El proceso de evaluación de riesgos del trabajo marítimo-pesquero es por tanto complejo, no solo porque se esté como es lógico ante probabilidades y no certezas, sino por las características, condiciones y normativa aplicable en que se desarrollan las diversas actividades dentro del sector. Por tanto, ese conjunto de normas debe entenderse como un todo a la hora de establecer programas preventivos en este tipo de empresas.

Los trabajadores del sector marítimo-pesquero están expuestos a riesgos de muy diversa índole: riesgos de la propia navegación o relacionados con el contacto con el mar (accidentes / ahogo en el mar, exposición al agua fría e inmersión / hipotermia, exposición a la radiación solar y condiciones meteorológicas adversas); riesgos relacionados con las condiciones de trabajo en general (movimiento continuo e inestable; ambiente de trabajo a menudo hostil, incómodo y peligroso por naturaleza; espacios reducidos o hacinados; horarios que tienden a ser extendidos y caóticos); riesgos de operar con maquinaria peligrosa y que requiere precisión; exposición continua a ruido y vibraciones; carga física elevada; exposición a agentes físicos, químicos y biológicos, etc. .

Algunos de estos riesgos son genéricos o comunes para todas las actividades marítimas, pero sin duda hay aspectos diferenciales entre distintas actividades, sobre todo por el medio físico donde se desarrollen o por el nivel de complejidad, que implican la identificación de riesgos particulares. Por ejemplo, la acuicultura tiene particularidades si se lleva a cabo en el mar o en la tierra. Otro ejemplo pueden ser las actividades subacuáticas que se caracterizan por presentar unos riesgos muy específicos y que abarca sectores de actividad como el mantenimiento de puertos, la construcción naval, salvamento, etc..

Enumerar aquí todos los peligros que supone el trabajo en el mar y las medidas de seguridad a tener en cuenta para cada uno de estos riesgos es tan sumamente extenso y específico en función del trabajo a realizar que resulta imposible resumirlos en un solo artículo. En el Código Internacional para la Protección de los Buques y las Instalaciones Portuarias, adoptado por la OMI, se recogen todas las medidas y procedimientos necesarios contra los sucesos que afectan a la protección de los trabajadores, y se identifican los principales riesgos laborales a que están sometidos, a saber:

a) riesgos biológicos (derivados, por ejemplo, de la manipulación de capturas en el ámbito de la pesca)

b) riesgos ergonómicos y psicosociales (derivados de la carga física, dadas las propias exigencias físicas del trabajo, y de factores psicosociales, organizativos e individuales: trastornos musculoesqueléticos, fatiga, cansancio, estrés, sensación de aislamiento o soledad, acoso, etc.)

c) riesgos físicos (asociados a las condiciones ambientales, o por la exposición continuada a las radiaciones ultravioletas)

d) vibraciones

e) ruido

f) riesgos físicos en actividades subacuáticas (como el buceo profesional, la construcción submarina y naval, el mantenimiento de instalaciones sumergidas o semisumergidas, la explotación del medio acuático, tareas de recuperación o reflotamiento, salvamento, investigación) y de acuicultura marina (determinados según fase de la actividad (criaderos, preengorde, estanques en tierra e instalaciones en el mar).

Estos son en esencia los riesgos específicos relacionados con el mar, pues para el caso de la industria naval se añade una larga lista de riesgos asociados a los trabajos de construcción y reparación de buques.

Como se puede colegir de dicha lista, la identificación de riesgos presentes no está en sintonía con el proceso de transformación digital del sector, es decir, que aún no se encuentran precisamente identificados, definidos ni regulados los riesgos específicos asociados a la digitalización, dígase, por caso, la exposición continua a las pantallas de visualización de datos. Sin embargo, el Convenio sobre el Trabajo Marítimo, 2006 (enmendado) plantea que las normas sobre protección de la seguridad y la salud y sobre la prevención de accidentes a bordo de buques deben ser “revisadas para tener en cuenta la evolución de la tecnología...a fin de facilitar una mejora continua de las políticas y programas de seguridad y salud en el trabajo y de proporcionar un entorno de trabajo seguro a la gente de mar”.

3. Nuevos riesgos laborales, ¿nueva gestión?

Si nos preguntamos cómo prevenir los riesgos derivados de los trabajos en el mar, saldrán a relucir varios aspectos clave que todo trabajador y empresario/armador debería conocer, si se parte de que

el soporte de su gestión está en una capacitación adecuada, no solo desde el punto de vista técnico náutico, sino también en cuanto a la normativa que protege, pero al mismo tiempo sanciona.

El primer punto es comprender y conocer la legislación gubernamental de cada país y del lugar en el que se va a llevar a cabo el trabajo, así como conocer las responsabilidades tanto del empleador como del empleado.

Entre estas cuestiones esenciales a dominar se pueden mencionar las siguientes: accidentes de trabajo, técnicas de seguridad a bordo de buques e infraestructuras portuarias, análisis y evaluación general del riesgo de accidente del personal marítimo y portuario, protección colectiva e individual, dispositivos de salvamento, medios de lucha contra incendios a bordo de los buques, planes de emergencia y autoprotección en el buque e infraestructuras portuarias, normas y señalización en seguridad en buques y puertos, almacenamiento, manipulación y transporte marítimo de mercancías químicas, tóxicas y peligrosas, trabajos en espacios confinados en el buque, procedimiento de inspecciones de seguridad e investigación de accidentes marítimo-portuarios, etc.

Quiere esto decir que es imprescindible disponer de un plan de seguridad para el trabajo sobre o cerca del agua, que incluya métodos / procedimientos de trabajo seguros, preparación para emergencias, planes de contingencia, trabajos de rescate, salvamento, evacuación y simulacros. Comprender el uso y la importancia de los muchos tipos de evaluación de riesgos necesarios para trabajar cerca del agua (probabilidad y severidad) y contar con una dotación mínima suficiente de medios de protección, también constituyen aspectos que completan la eficacia del proceso de gestión en esta materia.

Sin embargo, la transformación digital está modificando de manera sustancial el panorama actual de esta disciplina, de ahí que el autor considera que, ante la emergencia de nuevos riesgos laborales en el trabajo marítimo, se impone la necesidad de avanzar hacia una nueva concepción de la prevención de estos, que supone reconocer nuevas esferas de actuación desde un enfoque jurídico laboral.

3.1. Perspectivas y retos en materia de prevención de riesgos laborales

Entre los principales riesgos que ha introducido o introducirá la digitalización en el sector marítimo se pueden establecer los siguientes:

1. Amenazas a la ciberseguridad: con la creciente dependencia de los sistemas digitales para la navegación, la comunicación y el control operativo, existe un mayor riesgo de sufrir ataques cibernéticos. Los actores malintencionados podrían alterar o manipular sistemas críticos, provocando accidentes, pérdidas financieras o incluso desastres ambientales.

2. Violaciones a la privacidad de los datos personales: las empresas marítimas recopilan grandes cantidades de datos para diversos fines, incluido el seguimiento de embarcaciones, la gestión de carga y la gestión de tripulaciones. Garantizar la seguridad y privacidad de estos datos es crucial para evitar el acceso no autorizado o el uso indebido, lo que podría tener repercusiones legales y financieras.

3. Riesgos asociados a la automatización: a medida que las tecnologías de automatización, como las embarcaciones autónomas y los sistemas operados de forma remota, se vuelven más frecuentes, existe el riesgo de que los trabajadores marítimos pierdan su empleo. Además, los trabajadores pueden enfrentar nuevos desafíos en la operación y el mantenimiento de sistemas automatizados complejos, lo que requerirá capacitación y desarrollo de habilidades adicionales.

Asimismo, puede manifestarse una sobrecarga de información, ya que la digitalización puede saturar a los trabajadores marítimos con grandes cantidades de datos e información, lo que genera una sobrecarga cognitiva y una menor conciencia situacional. Esto puede perjudicar la toma de decisiones y aumentar el riesgo de errores, especialmente en situaciones de alta presión o emergencia.

4. Riesgos derivados del trabajo remoto en condiciones de aislamiento: la digitalización permite el monitoreo y la gestión remotos de los buques, lo que puede llevar a períodos prolongados de aislamiento para los trabajadores marítimos a bordo. Este aislamiento puede tener efectos adversos sobre la salud mental y el bienestar, lo que requiere mecanismos de apoyo e intervenciones para mitigarlo.

5. Por otro lado, se refuerza la incidencia sobre riesgos ya previstos por otras causas, como son los problemas ergonómicos. El mayor uso de interfaces digitales, como pantallas de computadora y teclados, puede generar problemas ergonómicos para los trabajadores marítimos que pasan períodos prolongados frente a estos dispositivos. Pueden surgir problemas como lesiones por esfuerzos repetitivos, fatiga visual y trastornos musculoesqueléticos si no se siguen las prácticas ergonómicas adecuadas.

3.2. Áreas clave de intervención

Abordar estos peligros requiere un enfoque integral que combine tres áreas clave de intervención: soluciones tecnológicas, marcos regulatorios y programas de capacitación, para así poder garantizar la integración segura y sostenible de la digitalización en la industria marítima. Ello, a su vez, implica una llamada de atención sobre esferas de actuación emergentes que requieren la adopción de medidas o soluciones, como son:

1. La relación entre riesgos asociados a la digitalización y accidentes de trabajo / enfermedades profesionales
2. El perfeccionamiento de las normas específicas, los planes de prevención de riesgos laborales y su incidencia en la formación del personal marítimo y en la disciplina laboral
3. El perfeccionamiento de la función pública de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS).

3.3. Algunas propuestas de actuación

A continuación, se proponen actuaciones genéricas para cada uno de los ámbitos de actuación identificados en este estudio, con énfasis en el marco regulatorio que desde el derecho del trabajo y de la seguridad social, deberá sustentar las dimensiones tecnológica y formadora.

Cuadro 1: Propuestas de actuaciones por esferas identificadas como claves.

Esfera de actuación	Propuesta de actuaciones
Tecnología	<ol style="list-style-type: none">1. Inversión en medios y equipos de protección individual2. Reestructuración de los medios navales existentes3. Nuevos diseños y producción de buques enfocados a los desafíos de la transformación digital
Regulación	<ol style="list-style-type: none">1. Actualización de la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales a las nuevas exigencias (incluida la descripción de los nuevos riesgos y su tratamiento)2. Ampliación del ámbito de aplicación subjetivo y de las instituciones implicadas (incluida, como ya se ha apuntado, la función de la ITSS)
Formación	<ol style="list-style-type: none">1. Desarrollo de programas de capacitación en competencias digitales basados en el enfoque de aprendizaje permanente en función de la prevención2. Desarrollo de programas dirigidos a la adquisición de conocimientos sobre los nuevos riesgos (entrenamientos, simulaciones, entre otros)

Fuente: Elaboración propia.

A manera de reflexiones finales

El trabajo realizado ha puesto de manifiesto en qué medida la tendencia en desarrollo de la digitalización impactará en el trabajo de la gente de mar y en la concepción de nuevas relaciones laborales, sobre todo en el ámbito de la gestión de la prevención de riesgos laborales que ya van

apareciendo relacionados con las nuevas condiciones y características del trabajo y la vida a bordo de buques.

La transición digital en el sector marítimo provocará cambios en la industria, en su mercado laboral y en los patrones de empleo, por lo que será necesario en investigaciones posteriores darle un tratamiento integrado con los postulados del trabajo decente y a la Agenda 2030, toda vez que se requerirá de ir “acomodando” los objetivos particulares de la transición digital a la legislación laboral marítima, de manera que puede lograrse una verdadera sinergia entre los instrumentos normativos y los de gestión.

Los riesgos relacionados con el trabajo de la gente de mar, visto en su conjunto, están suficientemente identificados, tipificados y regulados. Sin embargo, se constata que la transformación digital requerirá una actualización de estas consideraciones tanto a nivel técnico como desde el punto de vista institucional y legislativo.

En este sentido, se identifican los principales riesgos a los que estarán sometidos los marinos en alta mar como resultado de la digitalización, así como las posibles líneas de actuación orientadas a garantizar los derechos del trabajo y la protección social de este colectivo tan diverso y complejo, bajo una perspectiva jurídica laboral que tome en cuenta aspectos clave como la internacionalización del sector y la necesidad de adoptar políticas públicas que conviertan a los referidos procesos en oportunidades de desarrollo y competitividad, y no precisamente en amenazas a la estabilidad laboral del sector.

Ante la necesidad urgente de adoptar un nuevo enfoque de la prevención de riesgos laborales en el trabajo marítimo, basado en un abordaje holístico que integre no solo soluciones tecnológicas, sino también marcos regulatorios y actuaciones en formación que coadyuven a una transición digital segura, justa y sostenible, es trascendental el reforzamiento del rol del diálogo social y la negociación colectiva en la elaboración de las políticas e instrumentos que se diseñen, cuestión que sin duda ameritará posteriores estudios. De momento, hay todo un nuevo camino abierto a la investigación.

Bibliografía

ALBORS GALIANO PORTALES (19 de abril de 2018). Los Retos de la Innovación y la Digitalización en el Sector Marítimo, desayuno del CME con el secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda. Blog institucional. Disponible en: <https://www.alborsgaliano.com/los-retos-de-la-innovacion-y-la-digitalizacion-en-el-sector-maritimo-desayuno-del-cme-con-el-secretario-de-estado-de-infraestructuras-transporte-y-vivienda/>

BELTRÁN, A., OSLÉ, S., FERRÁNDIZ, L., GONZÁLEZ, E., Y FERNÁNDEZ, S. (2017). La reinención digital: una oportunidad para España, McKinsey & Company, 58 p. Disponible en: <https://circulodeempresarios.org/transformacion-digital/wp-content/uploads/PublicacionesInteres/05.La-reinencion-digital-de-Espana.pdf>

BLANCO, A. (26 de mayo de 2023). La unión del sector marítimo, clave para afrontar los retos de empleabilidad, transición energética y digitalización. Disponible en: <https://www.conectaindustria.es/articulo/innovacion/union-sector-maritimo-clave/20230526100434010283.html>

COLCLOUGH, C. J. (2021). Digitalización: una guía de acción sindical para el trabajo y trabajadores de Servicios Públicos. Disponible en: <https://publicservices.international/resources/digital-publication/digitalizacion-una-gua-de-accion-sindical-para-el-trabajo-y-trabajadores-de-servicios-pblicos?id=11767&lang=es>

CONFEDERACIÓN EUROPEA DE SINDICATOS (2021). Informe la digitalización de la economía. Sitio web institucional. Disponible en: <https://www.ces.es/documents/10180/5250220/Inf0121.pdf>

FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS TRABAJADORES DEL TRANSPORTE (s/a). Sector Marítimo. Sitio web institucional. Disponible en: <https://www.itfglobal.org/es/focus/automation/sector-mar%C3%ADtimo>

FUNDACIÓN FRIEDRICH EBERT ARGENTINA (2017). Digitalización y el Futuro del Trabajo, Sinopsis del estudio “Trabajar 4.0” elaborado por el Ministerio Federal de Trabajo de Alemania. Análisis N° 20, 17 p. Disponible en: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/argentinien/13617.pdf>

GOBIERNO DE ESPAÑA (s/a-a). Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. PERTE para la Industria Naval.

GOBIERNO DE ESPAÑA (s/a-b). Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Componente 23: Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo.

GRUPO GESEME (s/a). Día de la “Gente del Mar”: Trabajos en el mar y Prevención de Riesgos Laborales. Sitio web institucional. Disponible en: <https://geseme.com/dia-de-la-gente-del-mar-trabajos-en-el-mar-y-prevencion-de-riesgos-laborales/>

INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO DE ESPAÑA [INSST] (s/a). Sector Marítimo Pesquero. Sitio web institucional. Disponible en: <https://www.insst.es/materias/sectores-de-actividad/maritimo-pesquero#:~:text=Los%20trabajadores%20del%20sector%20mar%C3%ADtimo,a%20ruido%20y%20vibraciones%2C%20carga>

JORGE, J., CHIVITE, M. P. Y SALINAS, F. (2019): “La transformación digital en el sector cooperativo agroalimentario español: situación y perspectivas”, CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, 95, 39-70. DOI: 10.7203/CIRIEC-E.95.13002

LOURO, J. (2006). Trabajo a bordo y siniestralidad laboral: condiciones de seguridad y salud en los buques mercantes. Tesis doctoral, Universidade da Coruña, 677 pp.

MARTÍN ARTILES, A. (2021). “Digitalización del trabajo: proto sindicalismo y cuasi-unionismo post-pandémico”. Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, 7, 9-32. Disponible en: <https://doi.org/10.5565/rev/aiet.91>

MENOYA ZAYAS, S. (2024). «La protección social de los trabajadores del mar frente a la digitalización: ¿oportunidad o amenaza?». Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 38: 113-129. Disponible en: <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/948>

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN DE ESPAÑA. Código Internacional para la protección de los buques y de las instalaciones portuarias (Código PBIP), adoptadas el 12 de diciembre de 2002 mediante Resolución 2 de la Conferencia de Gobiernos contratantes del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, 1974. Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 202, de 21 de agosto de 2004. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/ai/2002/12/12/\(3\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2002/12/12/(3))

MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO DE ESPAÑA (2020). Estrategia a largo plazo para una economía española moderna, competitiva y climáticamente neutra en 2050. Madrid, noviembre, 73 págs.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO [OIT] (2019). Contratación y retención de la gente de mar y promoción de oportunidades para las mujeres de mar. Informe (Ginebra, 25 de febrero – 1.º de marzo de 2019), Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Políticas Sectoriales.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO [OIT] (2021). La digitalización y el futuro del trabajo en el sector de los servicios financieros, Documento temático para la Reunión técnica sobre las repercusiones de la digitalización en el sector financiero, Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Políticas Sectoriales, Ginebra. Disponible en: <https://labordoc.ilo.org/discovery/fulldisplay/alma995151490602676/41>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO [OIT] (2022). Convenio sobre el Trabajo Marítimo, 2006 (enmendado). Disponible en: https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:91:0:::P91_SECTION:MLCA_A_MEND_A4

ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL [OMI] (20 de noviembre de 2015). “El transporte marítimo: indispensable para el mundo”, seleccionado como lema del Día marítimo mundial de 2016. Sitio web institucional. Disponible en: <https://www.imo.org/es/MediaCentre/PressBriefings/Paginas/47-WMD-theme-2016-.aspx#:~:text=%22Actualmente%20alrededor%20de%2090%25%20del,para%20mantener%20e%20mundo%20actual.>

ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL [OMI] (2020). Cuarto estudio de gases de efecto invernadero 2020. Sitio web institucional. Disponible en: <https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/MediaCentre/Documents/Fourth%20IMO%20GHG%20Study%202020%20Executive%20Summary.pdf>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (2023). Transporte marítimo. Sitio web institucional. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/transport_s/transport_maritime_s.htm

PARVIAINEN, P., TIHINEN, M., KÄÄRIÄINEN, J., & TEPPOLA, S. (2017). “Tackling the digitalization challenge: How to benefit from digitalization in practice.” *International Journal of Information Systems and Project Management*, 5(1), 63–77. Disponible en: <https://doi.org/10.12821/ijispm050104>

TORRES, P., SOTO, M., MORILLO, R. (2023). Inteligencia artificial IA en el talento humano del sector marítimo de Panamá. *Revista EOnlineTech*, Vol. 2 No. 2, Mayo – Agosto, pp. 48-66.

UNIÓN EUROPEA [UE] (2023). Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al uso de combustibles renovables y combustibles hipocarbónicos en el transporte marítimo y por el que se modifica la Directiva 2009/16/CE, Bruselas, 13 de julio de 2023.

UNITED NATIONS (2022). *Review of Maritime Transport 2022*. Geneva, 174 pp. Sitio web institucional. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/rmt2022_en.pdf.

Encubrimiento de relaciones laborales a través de programas tributarios en Perú: caso obreros municipales

Alfredo Jhuniar Lazarte Panocca

Supervisor legal en Osinergmin

Director del Podcast Perspectiva Laboral

alazartep@unsa.edu.pe

Sumário: 1. Introducción. 2. Tributación en Perú. 3. Trabajo como forma de pago del tributo. 4. Caso obreros municipales. 5. Límites. 6. Conclusiones.

Palavras-chave: Relaciones laborales; encubrimiento; derecho laboral; tributo; gobiernos locales.

Introducción

El Estado recaba ingresos para su funcionamiento y la satisfacción de necesidades públicas, la cual constituye su principal función o razón de ser; una de las principales maneras de recaudación es a través de la imposición y cobro de tributos.

El Perú no es ajeno a todo ello, a lo largo del tiempo se ha venido sosteniendo debido a la recaudación de tributos; empero en los últimos años debido a la recesión económica mundial, así también las consecuencias de la pandemia y los conflictos sociales que atraviesa el país, han generado que en la actualidad el Estado peruano se encuentre con poca recaudación tributaria ello debido al aumento de los índices de pobreza, informalidad y falta de empleo.

Por ejemplo, en el año 2023, lo recaudado por la Administración Tributaria Central (Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria) comprendió la suma de

S/147,246 millones de Soles, ello significó una baja del 7% en contraste con el año anterior. (EL PERUANO, 2024)

Aunado también tenemos que recientemente se ha publicado el informe de pobreza 2023 elaborado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, en donde se reflejan datos alarmantes, tales como: Se ha alcanzado un porcentaje del 29% de pobreza, cifra más alta desde hace una década, así como la tasa de subempleo aumentó al 43,3% y el porcentaje de empleo informal asciende al 71,1%. (INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA E INFORMATICA, 2024)

Antes estos datos, es importante la relevancia y postura del Estado con la recabación de tributos en todos sus niveles de gobierno, tiene la posibilidad de sostenerse y dar respuesta a las necesidades públicas de cada nivel, sea nacional, regional o local, a través del sistema de recaudación tributaria, aunado que debe dar frente a la falta de empleo, siendo que bajo estos dos aspectos neurálgicos centra mayor base el fenómeno del pago de tributos a través de trabajo.

Con esta introducción y temática presentada gira la temática de este artículo puesto que, como desarrollaremos a continuación con el caso en particular tenemos que la Administración Tributaria - de manera particular los Gobiernos Locales o también llamadas Municipalidades- viene recaudando tributos en el ámbito de su competencia. Aunque aparentemente estos programas tributarios, se presentan como posible respuesta y solución tanto al temar recaudatorio y la falta de empleo en el Perú; sin embargo, la aplicación de los mismos, vulnerarían derechos fundamentales de las personas (contribuyentes), en sentido estricto el derecho al trabajo y conexos.

Ello viene generando controversias diversas en sede judicial y constitucional en nuestro país relacionados con este tema, que, si bien cada caso concreto es distinto y especial, se tiene en muchos de ellos el denominador común referido a la creación y aplicación de programas tributarios de recaudación a través de “servicios”, elemento de una relación laboral también, siendo que como expondremos también en los términos de estos programas si bien aparentemente no reconocen ninguna relación laboral ni “subordinación” (elemento característico de la relación laboral), en la práctica nos permitirá divisar que se tratan de relaciones laborales encubiertas. Generándose una problemática, terminando en procesos judiciales donde se vienen desnaturalizando estos contratos bajo estos programas. Lo preocupante es que, a pesar de ello, hasta la fecha múltiples municipalidades locales vienen implementando mecanismos de recaudación de tributos a través

del trabajo o servicio; y que generan interrogantes tales como, probablemente, estamos ante un fenómeno de encubrimientos laborales en el sector estatal, para ello abordaremos el caso particular de los obreros municipales, sector en el cual ha encontrado espacio estos programas para su desarrollo. Finalmente, es innegable ante este escenario, la confluencia del ámbito tributario como base de creación, pero en aplicación práctica de la misma, subyace y emerge el ámbito laboral, el cual viene siendo desconocido y vulnerado por los gobiernos locales al crear y aplicar estos programas tributarios.

1. Tributación en el Perú:

Para empezar, al hablar de tributación, debemos entender el marco regulatorio de la tributación en el Perú, es así que tenemos la dispuesto en el artículo 74³¹ de la Constitución Política, que señala lo siguiente:

“Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

*Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. **El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.***

Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación.

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.”

En el citado artículo, se enmarca el principio de legalidad de los tributos y que los mismos están sujetos a limitación, extremo de alta importancia, pues como veremos más adelante la tributación

³¹ El artículo 74 de la Constitución Política del Perú de 1993, fue modificado por la Ley N° 28390, publicada el diecisiete de noviembre de 2004 en el Diario Oficial El Peruano.

en general no puede ser ejercida ni vulnerar derechos fundamentales de las personas. Así también en el artículo en mención, se estableció la clasificación tripartita de los tributos (impuestos, contribuciones y tasas) y de él se desprende quiénes son los titulares del poder tributario. (CASTAÑEDA, 2005)

De esta disposición subyace la razón y pilar de los tributos, los llamados principios de no confiscatoriedad y solidaridad, este último que ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0004-2004-AI/TC, que señala que lo referido en el artículo 74 de la Constitución debe ser concordado con los artículos 43 y 44 de nuestra Carta Magna, sobre los cuales recae toda la teoría tributaria del Estado Constitucional.

Con el antecedente normativo constitucional expuesto, se desprenden quiénes son los sujetos vinculados en una relación tributaria (acreedor y deudor tributario), siendo el nexo la obligación de pago de una deuda tributaria. Al referirnos al acreedor tributario y la pasibilidad de exigir la obligación de pago al deudor, surge una figura que cobra un rol importante es la Administración Tributaria, según Merma Molina, pues

“la Administración Tributaria constituye el órgano que se encarga de la recaudación tributaria, a su vez indica que en nuestro sistema son: La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT, los órganos recaudadores de los Gobiernos Regionales y los órganos recaudadores de los Gobiernos Locales. Indica también que, de acuerdo a lo establecido en el Código Tributario, estos órganos tienen la facultad de recaudar, determinar, fiscalizar y sancionar lo relacionado a la deuda tributaria”. (MERMA MOLINA, 2021, págs. 50-51)

Aterrizando en concreto al marco normativo legal tributario, se tiene lo regulado por el Decreto Supremo N° 133- 2013-EF, publicado el veintidós de junio de dos mil trece, el cual aprueba el Texto Único Ordenado del Código Tributario señalando en su artículo 32³² las formas de pago de la deuda tributaria, las cuales pareciesen ser *numerus clausus*; sin embargo, el inciso f (otros medios que la Administración Tributaria apruebe) nos permite señalar que dicha norma es *numerus apertus*. Es este extremo en concreto constituye espacio abierto a la imposición de pago de tributos sin límite alguno y que ocasiona que las entidades estatales, en particular los Gobiernos Locales o

³² Artículo sustituido por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 969, publicado el veinticuatro de diciembre de 2006.

municipalidades, tomando la legalidad de este extremo normativo, creen programas de cobro de tributos que le corresponden por competencia, a través de trabajo o servicios.

Las municipalidades al ser acreedores tributarios, recaen sobre sus competencias la recaudación de tributos particulares, contemplados en la Ley de Tributación Municipal, Decreto Legislativo N° 776, se establecen los impuestos municipales (Artículos 5 y 6) y el marco de las tasas y contribuciones (artículo 60). Cabe resaltar que la realidad de los Gobiernos Locales en el Perú no es la más óptima pues, en la mayoría de casos, requieren de recursos, por lo que, para proveerse de ellos y manejarlos, se valen, como bien lo indica Merma Molina, de;

“Los ingresos que tienen las municipalidades en nuestro país son demasiado limitados. Están determinados principalmente por 3 ó 4 tributos. En la actualidad, las transferencias que realiza el gobierno central a través del FONCOMUN resultan indispensables para la sobrevivencia de los gobiernos locales. Así, la realización de los fines que respecta a los municipios, tiene que ver fundamentalmente con la captación del impuesto predial, los arbitrios, el impuesto a la alcabala, así como con el nivel de su priorización de pequeñas obras que desarrolla.” (MERMA MOLINA, 2021, pág. 18)

Es así que, ante el escenario descrito, los Gobiernos Locales cuentan con este marco y potestad tributaria, con el fin de poder satisfacer las necesidades de su comunidad local, dentro de los cuales se encuentran como principales promover el desarrollo local, el ornato, limpieza y seguridad de la localidad, funciones principales que corresponden de competencia a las municipalidades, conforme se ha establecido en su Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N. 27972.

2. Trabajo como forma de pago de tributo:

Primero, debemos entender el concepto de trabajo, al respecto Neves Mujica, indica que trabajo es aquel trabajo humano, productivo, por cuenta ajena, libre y subordinado. Ello es objeto de protección por el Derecho del Trabajo. (NEVES MUJICA, 2018, pág. 17)

A continuación, es preciso desarrollar el concepto de relación laboral materializado en el concepto de contrato de trabajo; así se tiene que la doctrina, jurisprudencia y legislación (artículo 4 del Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nro. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral) concuerdan que dichos elementos son: prestación personal de servicios, remuneración y subordinación; tal como bien lo señala Boza Pro. (BOZA PRO, 2011, págs. 42-43)

Siendo este último elemento, el elemento diferencial y característico de un contrato de trabajo, con otro tipo de contrato de cualquier índole. De esta manera a través de la identificación de estos elementos se podrá establecer cuando estamos ante una relación laboral y cuando no. Ello nos permitirá advertir cuando nos encontramos ante un encubrimiento o simulación de vínculo contractual, supuesto que devendrá en la desnaturalización contractual y el reconocimiento de una relación laboral, a raíz del principio de primacía de realidad.

Uniendo los conceptos expuestos al ámbito tributario advertimos que, en la actualidad, en el Perú se ha facultado a la Administración Tributaria a determinar otros medios de pago, sujetos a su propia aprobación. Es así, ante esta situación permisible legalmente en los últimos años, se viene implementando, en diversas de Gobiernos Locales, el pago de un tributo adeudado, a través de la “prestación personal de servicios” o en algunos casos sin ninguna censura, a través de “trabajo”.

Este mecanismo de creación y aplicación de estos programas tributarios se regula a través de normas especiales, llamadas ordenanzas municipales, las cuales tiene rango de ley y son emitidas por los Gobiernos Locales. Los principales tributos municipales canjeados o pagos mediante estos programas son el impuesto predial y arbitrios municipales. Es así, que de primer lugar los gobiernos locales emiten la ordenanza municipal donde se regula y establece las condiciones de los programas de cobro de deuda a través de trabajo o servicio; segundo a partir de la publicación y vigencia de la ordenanza, la misma entidad convoca a sus deudores tributarios y suscribe con ellos, contratos de servicios bajo lo regulado en la ordenanza municipal; empero no reconociendo la misma como relación laboral. Los principales servicios que brindan los deudores tributarios son los referidos a limpieza pública, serenazgo, parques y jardines o actividades manuales-operarias; actividades que son estrictamente relacionadas a las funciones primordiales de los gobiernos locales y que son propio de obreros.

De esta manera, podemos advertir que se origina un vínculo entre una relación laboral y una tributaria, de suerte que se ha desarrollado a lo largo del tiempo y es conocido tanto en doctrina, normativa y jurisprudencia, el encubrimiento de una relación laboral a través de una civil respecto de las cuales es sabido que el elemento diferenciador entre una y otra es la presencia de subordinación en la primera de ellas.

Para poder entender la relevancia del problema es que se debe tener claro el Derecho del Trabajo, que consagra el reconocimiento y protección de los derechos de los trabajadores, los cuales responden a tratados internacionales y convenios de la Organización Internacional de Trabajo suscritos por el Estado Peruano y que son de obligatorio cumplimiento. Aunado, se encuentran en concordancia en la Constitución, la cual contiene un conjunto de disposiciones destinadas a proteger los derechos de los trabajadores, como ocurre con las siguientes:

“(…) Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. (…)”. (Artículo 23, tercer párrafo).

“En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (…)”. 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. (…)”. (Artículo 26, Inciso 2).

Entonces como queda claro, la protección al trabajador y de sus derechos, constituyen obligaciones del Estado y ningún mandato legal o de menor jerarquía puede desconocerlos o vulnerarlos.

Sin embargo, conocedores de nuestra realidad socioeconómica y del hecho de que el mercado laboral se enmarca en la informalidad en el Perú, el encubrimiento de las relaciones labores a través de contratos de pago de deudas tributarias se vale de dispositivos legales existentes, en el caso específico del ámbito tributario.

Es preciso traer a colación, lo señalado por el Tribunal Constitucional del Perú, en la sentencia recaída en el Expediente 02102-2011-PA/TC, en el fundamento cuatro en el que señala:

“4. Pues bien, para determinar si existió una relación laboral entre las partes encubierta mediante una relación civil, este Tribunal debe evaluar si en los hechos se presentaron, en forma alternativa y no concurrente, los siguientes rasgos de laboralidad: a) el control sobre la prestación de servicios o la forma en que ésta se ejecuta; b) la integración del demandante en la estructura organizacional de la Sociedad; c) si la prestación fue

ejecutada dentro de un horario determinado; d) si la prestación fue de cierta duración y continuidad; e) el suministro de herramientas y materiales al demandante para la prestación del servicio; f) el pago de remuneración al demandante; y, g) el reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud.”

Si bien lo señalado por el Tribunal Constitucional peruano se refiere a un supuesto de encubrimiento de una relación laboral, lo resaltante de esta sentencia es el pronunciamiento del Tribunal respecto de los llamados rasgos de laboralidad que permitirán, en un caso concreto, determinar si hay un encubrimiento de una relación laboral; criterios que pueden aplicarse, de manera análoga a cualquier otra relación, en este caso a una de naturaleza tributaria.

Es menester también indicar que para la identificación de encubrimiento de relaciones laborales se debe tener en cuenta lo determinado en normativa especial y, también, los principios del Derecho del Trabajo que dan sustento a dicha especialidad. Dichos principios son “líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”. (PLÁ RODRÍGUEZ, 1998)

Entre los principales principios que se deben tener presente consideramos a los de irrenunciabilidad, continuidad, primacía de la realidad y el protector.

3. Caso Obreros Municipales:

Como se ha desarrollado anteriormente, existe una aparente vulneración a los derechos fundamentales de las personas que, en este específico caso, adoptan la figura de deudores tributarios no obstante que, en realidad, también asumen la de trabajadores.

Un caso particular que viene sucediendo en cuanto a este tema, es el de los obreros municipales que, por cierto, poseen un régimen laboral determinado (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N. 003-97-

TR, régimen de la actividad privada), tal como lo dispone la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N. 27972, que enuncia:

“(...) Los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen”. (Artículo 37).

Como si no fuera suficiente lo determinado por la ley mencionada, recientemente se publicó la Ley N° 30889, que precisa y señala de manera textual en su único artículo, lo siguiente:

“Precísase que los obreros de los gobiernos regionales y gobiernos locales no están comprendidos en el régimen laboral establecido por la Ley del Servicio Civil, Ley 30057. Se rigen por el régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral”.

Por lo expuesto, la problemática es real y latente, generando innumerables litigios judiciales en nuestro país acerca de este tema; sin embargo, lo preocupante es que esta tendencia va en incremento dado que múltiples municipalidades vienen implementando la recaudación de tributos; inaplicando leyes- las cuales he señalado- y sobre todo vulnerando lo establecido por la Constitución, en lo que a la protección de los derechos de los trabajadores respecta.

En el Perú, distintos gobiernos locales han venido implementando estas modalidades de pago de deuda tributarias, con distintas denominaciones, pero bajo la misma base normativa, escudándose en el marco legal tributario.

De las recopilaciones en la extensiva lista de municipios que vienen implementando o han implementado el cobro de deudas tributarias a través de la prestación personal de servicios, tenemos los siguientes:

- En el departamento de Arequipa, el caso más emblemático es el del Distrito de Alto Selva Alegre que, desde el dos mil diez, implementó el programa de recuperación de tributos “Trabajo por Deuda Tributaria” a través de las siguientes ordenanzas N° 256-MDSA y 415-MDSA.

- En el departamento de Lima, tenemos múltiples Gobiernos Locales que vienen implementando dicha modalidad de pago, tales como Comas (Ordenanza Municipal N° 536-MC³³), La Victoria (Ordenanza Municipal N° 301-MLV³⁴), Surquillo (Ordenanza Municipal N° 433-MDS³⁵), entre otros.
- En la provincia Constitucional de Callao, tenemos al Gobierno Local del Distrito de Mi Perú, que recientemente el veintiocho de noviembre de 2023, mediante Ordenanza N° 147-2023-MDMP.

Los puntos controversiales de estos denominados programas aplicados por los Gobiernos Locales se pueden resumir en los siguientes³⁶:

- El tiempo máximo que se puede prestar el servicio sin que se desvirtúe su finalidad.
- La posibilidad de utilizar esta modalidad de pago más de una vez en un periodo de tiempo determinado.
- El número máximo de horas diarias o semanales de servicio que se puede exigir a los contribuyentes, con el objeto de que dicha actividad no se convierta en una de dedicación exclusiva.
- La necesidad de contar con criterios objetivos que brinden certeza respecto de la correcta valorización del servicio prestado.
- Establecimiento del porcentaje del valor del servicio que será asignado al pago de la deuda tributaria o, de ser el caso, el porcentaje de dicho valor que puede ser percibido por el contribuyente como un ingreso.
- Definición de las actividades que se pueden realizar en favor de la municipalidad para el pago de la deuda en este tipo de programas.
- Deudas pueden ser objeto de pago a través de esta modalidad y sus características.

De la lectura de estas ordenanzas, queda evidenciado que, en realidad, se estaría encubriendo una verdadera relación laboral entre las partes y, si bien estas entidades estatales tratan de cubrir sus necesidades y cumplen sus funciones específicas a través de los servicios de sus deudores

³³ Publicada en el diario oficial El Peruano, el catorce de marzo de 2018.

³⁴ Publicada en el diario oficial El Peruano, el ocho de marzo de 2019.

³⁵ Publicada en el diario oficial El Peruano, el seis de agosto de 2019.

³⁶ Considerando vigésimo de la Sentencia recaída en el Expediente N° 05099-2015-PA/TC.

tributarios, vienen desconociendo los derechos laborales de estos últimos. Aunado se tiene que el denominador común de estas ordenanzas municipales requiere personal obrero para realizar funciones propias e inherentes de obreros municipales, lo que evidencia una vulneración e inaplicación de la normativa específica de contratación de personal obrero (limpieza pública, serenazgo, parques y jardines o actividades manuales-operarias), el cual tiene un régimen propia y especial del régimen de la actividad privada.

Esta situación viene afectando la estabilidad en el trabajo de este personal contratado y, en términos económicos, generando inestabilidad en el presupuesto edil, a futuro, debido a las demandas interpuestas por estas personas con el fin de lograr el reconocimiento de una relación laboral a plazo indeterminado, pago de beneficios sociales con sus correspondientes intereses legales e indemnizaciones, así como su reposición; todo lo cual genera contingencias a los Gobiernos Locales.

Uno de los principales argumentos que realizan los Gobiernos Locales para la continua creación y aplicación de estos programas, se basa que no existe una prohibición legal de la utilización del marco tributario y que se encuentra permitido por el marco normativo peruano. Si bien este argumento no incurre en falacia, puesto que el marco tributario prevé la creación de estos programas para la recaudación de tributos, estos deben encontrarse bajo un límite. Más aún en el caso particular de los obreros municipales debemos de tener en cuenta lo dispuesto recientemente en el Primer Pleno Casatorio Laboral emitido por la Corte Suprema de Justicia del Perú, emitido en la Casación Laboral N° 32846-2022 Huánuco³⁷, en donde se estableció como precedente vinculante que los trabajadores que tienen la condición de obreros municipales se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada; en consecuencia, no pueden ser contratados válidamente bajo los alcances del régimen especial de contratación administración de servicios. Este precedente vinculante es de vital importancia pues se deja constancia en el caso concreto que la contratación de obreros municipales no puede darse bajo ningún régimen especial de contratación, bajo ese razonamiento nos permite establecer que el razonamiento y argumento utilizado por los Gobiernos Locales carecen de sustento, ante este reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de Perú.

³⁷ Publicado en el diario oficial El Peruano, el 06 de mayo de 2024.

Todo este escenario de creación y aplicación de programas tributarios, presenta un contexto donde el “remedio” termina siendo peor que la enfermedad, puesto que se pretende solucionar el problema de recaudación tributaria local y a la vez generar puesto de trabajo; sin embargo, se realizan estas relaciones contractuales bajo el marco tributario sin límite alguno y desconociendo el carácter laboral y los derechos de los propios trabajadores, e inclusive en el caso particular de obreros municipales inaplicando normativa especial de contratación.

Si bien es permisible la imposición tributaria, esta no puede ser ejercida sin limitación alguna, debiéndose tener en cuenta el derecho al trabajo de las personas y la irrenunciabilidad de sus derechos, es por ello que se debe considerar plantear límites a las distintas modalidades de pago de una deuda tributaria relacionadas al ámbito laboral o que, en su ejercicio, se den prestaciones personales de servicios con subordinación.

No se puede desconocer la contratación laboral a plazo indeterminado y los elementos que la caracterizan, señalados en el artículo 4 del Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, como son la prestación personal de servicios subordinados y remunerados, cuya presencia determina la presunción de la existencia de un contrato de trabajo indeterminado.

4. Límites:

Se vislumbra y esboza como solución a esta problemática ya expuesta, dentro de un análisis razonado, no mediante la derogación del inciso f del artículo 32 del Texto Único Ordenado, sino que dicho extremo normativo tributario debe contener límites específicos, partir primero que se debe reconocer y permitir la relación entre el deudor tributario y el Gobierno Local en una laboral, reconociendo todos los derechos acordes al régimen que le corresponda y, de ese modo, hacer efectiva la deuda tributaria con parte razonable de la remuneración del trabajador.

La coexistencia de la relación tributaria y laboral puede darse de manera adecuada, además se debe tener en cuenta que las personas que adeudan tributos a sus municipios, en el mayor de los casos, no cuentan con ingresos económicos suficientes, de modo que con ellos solo alcanzan a cubrir sus necesidades básicas o, en otro caso, puede ser que estas personas no cuenten con un empleo o estén en condición de pobreza.

Analizando la situación general de estas personas, podemos señalar que, en su gran mayoría, se presentan a estos programas de trabajo por deuda tributaria para labores permanentes de la Municipalidad y que, además, comprenden labores propias de obrero y, como hemos señalado, existen normas específicas que señalan que un obrero municipal debe ser contratado bajo el régimen laboral de la actividad privada (Decreto Legislativo 728). Entonces, no se pueden inaplicar dichas normas y bajo el amparo de lo establecido en el marco tributario contratarlas señalando, expresamente, que no poseen vínculo laboral con ellas; declaración que, por lo demás, no exime ni libera a la institución edil del reconocimiento de una verdadera relación laboral, en aplicación de los principios del Derecho del Trabajo ya citados, específicamente, el de primacía de la realidad, que nos permite considerar cierto lo que se constata en los hechos, al margen de lo consignado documentalmente.

Como se ha mencionado en reiteradas oportunidades, este es un problema y situación real que se viene incrementando con el pasar del tiempo e inclusive advertido por el Tribunal Constitucional, quién estableció en la sentencia recaída en el Expediente N° 05099-2015-PA/TC en su considerando vigésimo segundo lo siguiente:

“Una regulación que establezca algunos parámetros generales a los programas de canje de deuda tributaria podría permitir un uso responsable de estas herramientas, de modo que tanto los ciudadanos como los gobiernos locales se vean beneficiados con el pago de deudas y la disposición de recursos para satisfacción del interés público, sin incurrir en el riesgo de desnaturalizar la finalidad perseguida y evitar, de esa forma, la vulneración de derechos fundamentales.”

Sin embargo, hasta la fecha no se ha realizado una adecuada regulación; siendo que estos casos siguen ventilándose en el ámbito judicial y los Gobiernos Locales siguen en marcha de la implementación de estos programas y las autoridades competentes y encargadas de regular esta problemática aun no toman o advierten este problema latente.

5. Conclusiones:

Es importante una adecuada regulación en el ámbito tributario estableciendo límites a la disposición abierta de formas de recaudación de deudas tributarias, así también en reiterar una

observancia obligatoria al contenido del derecho del trabajo. Debido que ni las relaciones tributarias ni de cualquier otro régimen válido son ajenas al mandato imperativo de lo determinado en la Constitución, no se pueden desconocer o encubrir relaciones laborales bajo ningún ámbito. Si bien estos programas tributarios buscan solucionar la problemática de recaudación tributaria y falta de empleo local termina convirtiéndose a la larga en un problema tanto en el desarrollo económico de la localidad como vulnerando derechos de los trabajadores. La coexistencia de ambos campos puede darse bajo un estudio adecuado y sistemático de ambas materias, prevaleciendo en cada caso concreto y sin desconocer por encima el contenido laboral y defensa de los derechos de los trabajadores, no permitiendo el ejercicio abusivo del Derecho.

En el caso particular de los obreros municipales, ya se ha establecido tanto legal como jurisprudencialmente, que su contratación de estas personas que brindan servicios de limpieza pública, serenazgo, parques y jardines o actividades manuales-operarias; solo deben darse bajo la contratación por el régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Bibliografía

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA E INFORMATICA. (2024). Perú: Evolución de Pobreza Monetaria 2014-2023. Instituto Nacional de Estadística e Informática.

BOZA PRO, G. (2011). LECCIONES DE DERECHO DE TRABAJO, Primera Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CASTAÑEDA, E. S. (2005). Del Régimen Tributario y Presupuestal. En G. Jurídica, Gaceta Jurídica (págs. 290-05). Lima.

EL PERUANO. (2022 de 01 de 06). EL PERUANO. Sunat: recaudación anual 2021 supera proyecciones y asciende a casi S/ 140,000 millones. EL PERUANO: <https://elperuano.pe/noticia/136886-sunat-recaudacion-anual-2021-supera-proyecciones-y-asciende-a-casi-s-140000-millones>

EL PERUANO. (07 de 01 de 2024). El Peruano. El Peruano: www.elperuano.pe/noticia/232885-recaudacion-tributaria-en-2023-sumo-s-147246-mlns

GESTIÓN. (11 de 09 de 2018). GESTIÓN. GESTIÓN ECONOMÍA:
<https://gestion.pe/economia/peru-recaudara-s-114-933-millones-pago-impuestos-2019-crecera-monto-244140-noticia/>

MERMA MOLINA, G. (2021). LA TRIBUTACIÓN MUNICIPAL Y EL SISTEMA TRIBUTARIO PERUANO. Callao.

NEVES MUJICA, J. (2018). INTRODUCCIÓN AL DERECHO LABORAL, Cuarta Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1998). Los Principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires: De Palma.

El impulso de la previsión social complementaria en el País Vasco

Irene Martínez Martínez³⁸

Investigadora predoctoral en Universidad de Deusto

martinez.irene@deusto.es

Sumário. 1. La sostenibilidad de las pensiones. 2. El sistema español de Seguridad Social. 3. La protección social complementaria en el País Vasco. 4. Las EPSV: caracterización y relevancia. Las EPSV preferentes. 5. Revisión crítica del régimen fiscal de los sistemas de protección social complementaria. 6. Conclusiones.

Palavras-chave: EPSV; previsión; previsión social complementaria; Euskadi; pensiones; jubilación; incentivos/EPSV; social protection; complementary social welfare; Basque country; pensions; retirement/benefits.

1. La sostenibilidad de las pensiones

La protección social constituye un elemento esencial de la labor de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y, en consecuencia, también de los Estados que la integran, que la conciben como una «precondición para la justicia social y la cohesión»³⁹.

Ya en 1977, el Código de Lovaina configuró el modelo actual de protección social como un sistema multinivel en el que deben coexistir tres pilares fundamentales: un sistema público de Seguridad Social, una protección social complementaria de empleo y una protección social complementaria

³⁸ Beneficiaria del Programa Predoctoral de Formación de Personal Investigador No Doctor del Departamento de Educación del Gobierno Vasco (Orden de 20 de junio de 2023, del Consejero de Educación, por la que se establecen las bases de la convocatoria de las ayudas nuevas y renovaciones para el Programa Predoctoral de Formación de Personal Investigador no Doctor correspondiente al curso 2023-2024).

³⁹ *100 years of social protection: The road to universal social protection systems and floors. volume II: 52 country studies* (2023). Geneva: International Labour Office.

de carácter individual⁴⁰. Estos segundo y tercer pilar, basados en la capitalización y la rentabilidad, constituyen una vía de diversificación del riesgo⁴¹ con el objetivo de conseguir su minimización.

La sostenibilidad de los sistemas de pensiones se encuentra influida por múltiples factores, pero resulta altamente dependiente de la existencia de una población activa suficiente, del crecimiento económico y de las tasas de natalidad y de envejecimiento de la población⁴². En occidente, las últimas décadas han estado marcadas por una alteración del equilibrio existente entre población activa y población «dependiente» que, en algunos casos, acompañada de un incremento de las pensiones por encima de la tasa de crecimiento económico, han tambaleado los cimientos de los sistemas de Seguridad Social⁴³.

Como consecuencia del progresivo envejecimiento de la población y, de manera más acuciante, tras la crisis económica y financiera global, numerosos países europeos y, entre ellos, España y Portugal, han debido abordar la problemática relativa a la sostenibilidad de las pensiones y, más en concreto, las amenazas existentes para la adecuación y suficiencia de las pensiones del futuro.

El Libro Blanco de la Comisión Europea para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles⁴⁴ ya reconocía en 2012 que el incremento de gasto derivado de la satisfacción de las pensiones futuras, habida cuenta del incremento de la esperanza de vida y de la reducción de la natalidad, será insostenible desde el punto de vista financiero en las próximas décadas si no se aborda a través de estrategias globales «para adaptar los sistemas de pensiones a las cambiantes circunstancias económicas y demográficas».

⁴⁰ GÓMEZ SALADO, M.A. (2021), «Los tres pilares fundamentales en los que se apoya el modelo español de pensiones: ¿hacia dónde vamos?», en *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, núm. 3, 90-124.

⁴¹ FORNERO, E. (2009), «Crisi finanziaria e riforme previdenziali: ¿quale ripensamento crítico?», en *Politica economica*, 1/2009, 57-74.

⁴² BESSI, R. (1991), «Experiencia internacional en planes individuales de previsión» en *Las Entidades de Previsión Social Voluntaria (I y II seminario sobre EPSV)*, Bilbao: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 107-121.

⁴³ VIDARTE, J.I. (1991), «Tratamiento fiscal de los planes individuales» en *Las Entidades de Previsión Social Voluntaria (I y II seminario sobre EPSV)*, Bilbao: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 123-144.

⁴⁴ COMISIÓN EUROPEA (2012), *Libro Blanco, Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, COM(2012) 55 final.

En esta hoja de ruta que la Comisión plantea, en aplicación de la teoría de los tres pilares, destaca la apuesta por el complemento de las pensiones a través de la constitución de planes de ahorro complementarios como mecanismo para lograr que las primeras sean adecuadas y suficientes; entendiendo como tales aquellas que permitan mantener el nivel de vida existente durante la vida laboral. Para ello, debemos atender a un indicador clave, la tasa de reemplazo. Entendida esta como el cociente entre las prestaciones iniciales medias de las pensiones con el salario medio, las previsiones efectuadas con respecto a España estiman que se reducirá de un 60% en 2019 a un 29% en 2070: de un 72,2% a un 39,9% en el caso de Portugal⁴⁵.

Por lo tanto, es claro que, si se quiere evitar una reducción drástica de la calidad de vida de las personas tras la jubilación, con las consecuencias que ello puede tener sobre el consumo y, por lo tanto, sobre el crecimiento económico global en general, es preciso acometer una reforma de los sistemas de pensiones.

2. El sistema español de Seguridad Social

Al igual que el sistema de Seguridad Social portugués, el español tiene una naturaleza mixta, que aún una protección de carácter contributivo o profesional, con una rama no contributiva o asistencial. Ambas Constituciones, la portuguesa de 1976 y la española de 1978 reconocen el derecho, y consiguiente mandato a los poderes públicos, de mantener un régimen público de Seguridad Social y promulgan los principios fundamentales por los que esta debe guiarse, dejando a la legislación ordinaria la configuración del sistema concreto aplicable.

Así, de conformidad con el artículo 41 de la Constitución Española (CE), los poderes deben mantener un régimen público de Seguridad Social, universal y que garantice «asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo», a la vez que contempla la posibilidad de que se cree un sistema de protección complementario.

⁴⁵ COMISIÓN EUROPEA (2021), *Institutional Paper 148: The 2021 Ageing Report: Economic and Budgetary Projections for the EU Member States (2019-2070)*, Bruselas.

De conformidad con la legislación ordinaria que desarrolla el mandato constitucional, el sistema público de Seguridad Social se configura como un régimen de reparto en el que es la población activa la que financia, a través de sus contribuciones, las pensiones que reciben las clases pasivas a través de una rama contributiva y otra asistencial; por su parte, el sistema complementario, basado en la capitalización.

Es por ello por lo que, ante las deficiencias que este sistema plantea en el contexto actual, se hace más patente la necesidad de compaginar esa protección pública con una protección complementaria basada en la capitalización, que tiene carácter libre y voluntaria y cuya gestión es privada.

Así, el Pacto de Toledo, formulado en 1995 y reformado en 2003, 2011 y 2020, se propuso como objetivo analizar los defectos estructurales del sistema de Seguridad Social español y proponer las reformas pertinentes con un alto consenso político⁴⁶. Se estructuró en torno a 15 recomendaciones que, posteriormente, se convertirían en 22⁴⁷. Es la recomendación número 16 la que aboga explícitamente por el impulso de los sistemas complementarios de protección social.

3. La protección social complementaria en el País Vasco

Con origen en los gremios de la Edad Media, las mutualidades de previsión social han sido tradicionalmente las encargadas de la gestión y el ejercicio de la actividad de protección social complementaria a la Seguridad Social pública en España⁴⁸. El mutualismo puede definirse como la defensa mutua ante los riesgos y amenazas a las que se enfrentan los ciudadanos, y está basada en la solidaridad y la reciprocidad entre sus miembros⁴⁹. En 1978 la Constitución Española decidió que fuesen las Comunidades Autónomas en las que se subdivide el Estado, las que pudieran asumir competencias exclusivas en esta materia, la de mutualidades de previsión social no integradas en

⁴⁶ GUTIÉRREZ CASILLAS, I. (2018), «El pacto de Toledo: fundamento, precedentes, concepto, contenido y revisión parlamentaria», en *Revista de las Cortes Generales*, nº 103, 399-428.

⁴⁷ CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (2020), *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*.

⁴⁸ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.T. (2004), «El mutualismo de previsión social en el País Vasco y Cataluña» en *Economistas*, núm. 22, 102, 56-61.

⁴⁹ SÁEZ FERNÁNDEZ, F.J., SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.T., LÓPEZ CASTELLANO, F. (2006), *El mutualismo de previsión social y los sistemas de protección complementarios*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.

la Seguridad Social. No obstante, solo cuatro de las diecisiete Comunidades Autónomas en las que se subdivide administrativamente el Estado español decidieron asumir dichas competencias a través de sus correspondientes Estatutos de Autonomía⁵⁰, siendo el País Vasco y Cataluña las que protagonizaron un mayor desarrollo en esta materia, que contrasta con la progresiva oxidación del modelo estatal como consecuencia de las exigencias financieras y regulatorias y el empeoramiento en su tratamiento fiscal⁵¹.

En el País Vasco, en concreto, existe una gran tradición mutualista que se remonta al final del siglo XI y principios del siglo XII⁵², que, desde entonces, se ha ido plasmando en diferentes instituciones como las cofradías, las hermandades o las mutualidades; que constituyen distintas expresiones de la solidaridad social y el «espíritu comunitarista»⁵³. La asunción de la competencia exclusiva en materia de «mutualidades no integradas en la Seguridad Social» (artículo 10.23 del Estatuto de Autonomía) tuvo como continuación la promulgación de la Ley 25/1983, de 27 de octubre, sobre Entidades de Previsión Social Voluntarias, que sustituye el concepto de Mutualidad por Entidad de Previsión Social Voluntaria como término que engloba la amalgama de instituciones que realizan, sin ánimo de lucro, esa actividad de previsión social complementaria. De esta manera, el complemento al sistema de Seguridad Social, que en el Estado viene siendo desarrollado fundamentalmente por los fondos de pensiones, en el País Vasco encuentra, además, un instrumento específico, las Entidades de Previsión Social Voluntaria (EPSV).

No obstante, el ejercicio de esta competencia no ha sido pacífico, siendo habituales los conflictos entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco, como consecuencia de la competencia exclusiva del primero en materia de «bases de la ordenación de crédito, banca y seguros» en virtud del artículo 149.1.11 CE. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de

⁵⁰ Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco; Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña (disposición derogada por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña); Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

⁵¹ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.T. (2004), *op.cit.*, 57.

⁵² URRUTIA ELORZA, J.R. (1997), *Modelo autonómico de Previsión Social Voluntaria: Pasado, Presente y Futuro*, San Sebastián: Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, 23-49.

⁵³ ARRIETA IDIAKEZ, F.J., MARTÍNEZ ETXEBERRIA, G., LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. (2020), «Las mutualidades en Euskadi como entidades de la economía social» en *Gizaekoa-Revista Vasca de Economía Social*, núm. 17, 181-196.

delimitar el ámbito competencial correspondiente a cada una de ellas a través de diversos pronunciamientos cuyo análisis excede del objeto de este trabajo (STC 86/1989, de 11 de mayo, 220/1992, de 11 de diciembre, 206/1997, de 27 de noviembre, 66/1998, de 18 de marzo, 213/1994, de 14 de julio, 97/20134, de 12 de junio⁵⁴).

4. Las EPSV: caracterización y relevancia. Las EPSV preferentes

Como decíamos, las EPSV fueron creadas por la Ley 25/1983, de 27 de octubre, sobre Entidades de Previsión Social Voluntarias que, a su vez, fue objeto de desarrollo en el Decreto 87/1984, de 20 de febrero, modificado posteriormente por el Decreto 92/2007 y por el Decreto 203/2015 y, por último, por el Decreto 13/2024. La Ley 25/1983, de 27 de octubre fue derogada en 2012 por la Ley 5/2012, de 23 de febrero, sobre Entidades de Previsión Social Voluntaria⁵⁵ (Ley de EPSV).

En atención a las raíces del mutualismo, arraigadas en la concordia, la solidaridad, la cooperación, el ahorro y la solidaridad, y alejadas de la búsqueda del beneficio como objetivo primordial⁵⁶, las EPSV se configuraron como entidades con personalidad jurídica propia que, sin ánimo de lucro, desarrollan la actividad de previsión social complementaria y voluntaria con el objetivo de proteger a sus asociados frente a determinadas contingencias o riesgos fortuitos y/o previsibles dentro de su ámbito de actuación, que se ciñe a la Comunidad Autónoma del País Vasco. Su gestión y funcionamiento, llevado a cabo por entidades privadas, aunque bajo el control administrativo y supervisión del Gobierno Vasco, se rige por los principios de transparencia y participación democrática de los socios en sus órganos de gobierno. Las EPSV se integran por uno o varios planes de previsión social, acuerdos contractuales que instrumentan y regulan el régimen de aportaciones y prestaciones correspondiente. Estos planes se formalizan en reglamentos y aplican criterios financieros y actuariales de capitalización para la determinación de las prestaciones (art. 8 de la Ley de EPSV).

⁵⁴ A este respecto, nos remitimos a la revisión jurisprudencial realizada por el profesor ARRIETA IDIAKEZ, en MANRIQUE LÓPEZ, F., ARRIETA IDIAKEZ, F.J., ATXABAL RADA, A. (2014), *Las entidades de previsión voluntaria. Constitución, extensión a nuevos sujetos protegidos, régimen fiscal*, Cizur Menor: Aranzadi, S.A.U., 105-171.

⁵⁵ «BOE» núm. 54, de 16 de marzo de 2012.

⁵⁶ URRUTIA ELORZA, J.R. (1997), *op.cit.*, 23-49.

En función de las contingencias que sean objeto de cobertura, podemos diferenciar entre EPSV que cubren contingencias personales (artículo 24.1 de la Ley de EPSV) -como la jubilación, la incapacidad permanente y la invalidez o el desempleo de larga duración-, EPSV que cubren contingencias sociales (artículo 24.2 de la Ley de EPSV) -como la incapacidad temporal o la asistencia sanitaria, entre otras-, y EPSV que cubren contingencias indiferenciadas, que se encuentran detalladas de forma exhaustiva en el artículo 25 de la Ley y que engloban a entidades mutualistas como las Cofradías, los Montepíos o las Hermandades, históricamente arraigadas en el territorio vasco.

Por otro lado, en función de la relación existente entre los socios que participen de la EPSV, podemos clasificarlas en individuales, de empleo, de modalidad asociada e indiferenciadas. En el funcionamiento de una EPSV podemos distinguir entre tres tipos de socios: socio promotor, socio protector, socio ordinario y beneficiario. El socio promotor es el que crea la EPSV, realiza una aportación inicial y participa en su gestión; el socio protector participa y realiza aportaciones sin obtener ningún beneficio directo de la misma; y el socio ordinario es el que tiene derecho a beneficiarse, ya sea para sí mismo o en favor los beneficiarios designados, de las prestaciones resultantes. Dependiendo de quién asuma cada rol, y centrándonos en las dos primeras categorías señaladas, las EPSV individuales serán aquellas en las que el socio protector es una entidad financiera, mientras que, en las EPSV de empleo, el socio protector es el empresario y el socio ordinario el empleado.

Por su parte, los planes de previsión se clasificarán igualmente por la relación existente entre los socios, por lo que tendrán una categoría refleja a la asignada a la propia entidad, y por el régimen de aportaciones y prestaciones, en función de si las primeras o las segundas son definidas, tienen carácter mixto o si el plan en concreto instrumenta estrategias de inversión de ciclo de vida.

Casi tres décadas después de la promulgación de esta Ley de 1983, la necesaria respuesta a los cambios tanto sociales, como jurídicos, económicos y financieros, motivó la promulgación de la, actualmente vigente, Ley 5/2012. En concreto, tal y como se resalta en la propia exposición de motivos de esta Ley, uno de los principales motivos que subyacen a la actualización de la regulación vasca en materia de EPSV es precisamente dar respuesta a la insistencia por parte de la

Unión Europea (UE) de la potenciación de los sistemas complementarios de protección social y, en particular, los sistemas colectivos y de empleo, como refuerzo de la Seguridad Social ante la evolución de la demografía en Europa, que se tradujo, entre otras cosas, en la Directiva 2003/41/CE, de 3 de junio, relativa a las actividades y supervisión de fondos de pensiones de empleo.

La Ley de EPSV se apoya igualmente en las recomendaciones derivadas del Pacto de Toledo, el Libro verde de la Comisión Europea en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros y, por supuesto, el Plan de Previsión Social Complementaria de Euskadi, de 10 de enero de 2006⁵⁷. Conforme a este último, la reforma persigue dos objetivos fundamentales: «buscar la máxima adecuación de la previsión social complementaria a los nuevos retos derivados de la evolución del contexto demográfico, social, económico y financiero, y potenciar los sistemas colectivos de previsión, fundamentalmente los sistemas de empleo».

Con la intención de seguir potenciando la utilización de los sistemas complementarios de previsión social en su modalidad de empleo, este mismo año se promulgó el Decreto 13/2024, de 13 de febrero, por el que se modifican diversos decretos en materia de Entidades de Previsión Social Voluntaria, que desarrolla por fin la normativa reglamentaria en relación con las EPSV preferentes. Las EPSV preferentes, ya previstas por el capítulo V de la Ley de EPSV de 2012, constituyen una tipología específica de EPSV de empleo que se nutre «de aportaciones compartidas entre personas trabajadoras y empresa, otorgando prestaciones prioritariamente en forma de renta», para complementar la pensión otorgada por la Seguridad Social⁵⁸.

Estas EPSV preferentes serán aquellas que se integran únicamente por planes de previsión social, igualmente, preferentes. Estos planes, creados a través de un procedimiento específico determinado en la propia Ley, están guiados por el principio de no discriminación en el acceso de personas socias, otorgan una protección que cubra, como mínimo las contingencias de jubilación, fallecimiento e invalidez o incapacidad permanente que suponga extinción de la relación laboral o

⁵⁷ REDACCIÓN REVISTA EKONOMIAZ (2014), «Guía de la previsión social complementaria» en *Ekonomiaz*, núm. 85, 1er semestre.

⁵⁸ *El Gobierno Vasco aprueba el nuevo decreto de las EPSV de Euskadi que consolida el sistema de empleo preferente (Consejo de Gobierno 13-2-2024)* <https://www.irekia.euskadi.eus/es/news/91621> (última consulta 15 de mayo de 2024).

equivalente, no permiten el rescate anticipado -a diferencia del resto de EPSV- y, como adelantábamos, las prestaciones, una vez acaecida la contingencia, serán recibidas en forma de renta vitalicia, con carácter general.

Además, como consecuencia de la reforma introducida por el Decreto 13/2004, se fomenta una mayor transparencia en la gestión e información de la estrategia de inversión, se amplía la cartera de activos en los que estas entidades pueden invertir; inversión que, además, debe estar presidida por principios de inversión sostenible y responsable (ISR), tal y como determina la normativa de la UE.

5. Revisión crítica del régimen fiscal de los sistemas de protección social complementaria

Como se destaca en el Libro Blanco de la Comisión, la generalización en la constitución y utilización de planes de previsión complementaria pasa por mejorar su rentabilidad, seguridad y el acceso igualitario a estos. Es por ello por lo que destaca la configuración de incentivos fiscales que los hagan más atractivos desde el punto de vista financiero, incrementando así su rentabilidad. Es común a todos los países de la OCDE la utilización de incentivos fiscales para incentivar el ahorro a través de sistemas privados de pensiones, generalmente a través de fórmulas como la exención de la aportación, la exención de los rendimientos generados y la tributación de las prestaciones, también conocida como «fórmula EET»⁵⁹.

En el caso del País Vasco, como consecuencia de la preservación de los derechos históricos de sus tres Territorios Forales -Araba, Bizkaia y Gipuzkoa-, cada uno de ellos ostenta un régimen tributario propio. Así, cada uno de esos Territorios goza de capacidad para mantener, establecer y regular su propio sistema tributario, de conformidad con el denominado Concierto Económico⁶⁰. En lo relativo a las EPSV, la autonomía que los Territorios Forales tienen en materia tributaria se ha traducido en el establecimiento de determinados incentivos fiscales, aplicables en diferentes

⁵⁹ OBSERVATORIO DE PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA DE LA CAV (OPSC/GAOB) (2021), *Fiscalidad de los sistemas privados de pensiones*.

⁶⁰ Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco.

tributos, siendo los más relevantes los que inciden sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF)⁶¹.

El IRPF será el impuesto que grave las rentas obtenidas por el socio ordinario de una EPSV, tanto individual como de empleo, y los incentivos previstos a este respecto pueden desplegarse en los dos momentos en los que afloran estas rentas: cuando se realiza la aportación al plan de previsión o cuando se cobra la prestación correspondiente. Esta aportación, a su vez, podrá ser realizada por el socio ordinario o por el socio protector. Asimismo, también pueden realizarse aportaciones al patrimonio protegido del cónyuge o de personas con discapacidad.

Cuando el socio ordinario realiza una aportación individual a su plan de previsión, el artículo 70 de la Norma Foral 13/013, de 5 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (NFIRPF) prevé que el contribuyente pueda reducir esa cantidad de su base imponible del Impuesto, con determinados límites. Así, las aportaciones realizadas durante el año natural correspondiente que no excedan de 5.000 euros podrán ser reducidas en su totalidad y, por lo tanto, no serán objeto de gravamen en el momento de la aportación, sino, en su caso, cuando se perciba la prestación correspondiente, generando así un diferimiento de la tributación de estas rentas. En el supuesto en el que el socio protector realice una contribución empresarial al plan de previsión empresarial del trabajador este último podrá, igualmente, beneficiarse de una reducción por esa cantidad en su base imponible del Impuesto, con un máximo de 8.000 euros anuales. El límite conjunto de la reducción que un contribuyente persona física podrá aplicar en concepto tanto de aportaciones como de contribuciones será de 12.000 euros.

Estas contribuciones realizadas por el empleador podrán ser consideradas por este como gasto deducible a efectos del Impuesto sobre Sociedades (IS), con carácter general, cuando se imputen al trabajador como rendimiento del trabajo. No obstante, desde la derogación de la deducción en cuota existente entre 2007 y 2014, no existe para dicho empleador ningún otro incentivo fiscal, a

⁶¹ A este respecto, es importante destacar que cada uno de los tres Territorios Forales cuenta con su propia normativa tributaria. En lo relativo a la tributación de las aportaciones y prestaciones a EPSV, esta normativa es equiparable entre los tres y, por lo tanto, con el objetivo de simplificar la comprensión de este trabajo, las alusiones normativas se realizarán a la Norma Foral de Bizkaia (Norma Foral 13/013, de 5 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas), si bien las Normas Forales aplicables en los territorios de Araba y Gipuzkoa son la Norma Foral 33/2013, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la Norma Foral 3/2014, de 17 de enero, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, respectivamente, y sus correspondientes desarrollos reglamentarios.

diferencia de lo que sí ocurre en Territorio Común, donde, desde 2022 y conforme al artículo 38 ter de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), puede aplicar una deducción del 10 por ciento por las contribuciones a sistemas de previsión social empresarial imputadas a los trabajadores cuyas retribuciones brutas anuales fueran inferiores a 27.000 euros.

Centrándonos ahora en el momento de cobro de la prestación, es preciso matizar que esta podrá cobrarse en forma de renta o de capital, siendo diferente su tratamiento fiscal en uno y otro caso.

El cobro de la prestación supondrá la percepción del montante resultante de la capitalización de las cantidades previamente aportadas y, por lo tanto, implicaría el fin del diferimiento en la tributación de esas rentas. En ambos supuestos, tanto si el cobro es en forma de renta como si lo es en forma de capital, la prestación percibida tendrá la consideración de rendimiento del trabajo para el socio ordinario beneficiario de esta a los efectos de su inclusión en la base imponible general del IRPF, cuyo tipo de gravamen es progresivo, pudiendo oscilar entre el 23 y el 49 por ciento.

Es importante matizar, que el tratamiento fiscal que prevén las Normas Forales no diferencia entre las EPSV y el resto de los sistemas de previsión social, como los planes de pensiones. No obstante, en la práctica, los incentivos fiscales que resultan aplicables sí pueden ser distintos y más beneficiosos en el supuesto de las EPSV. Esto es así porque, en el caso de los planes de pensiones -no así en el de las EPSV- la realización de aportaciones se encuentra limitada por la normativa sustantiva reguladora de este sistema de previsión social. En concreto, la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, prevé que el límite del conjunto de aportaciones realizadas a cualquier instrumento de previsión social -sin que ello incluya a las EPSV- sea de 1.500 euros anuales, pudiendo ser incrementado en 8.500 euros adicionales si este incremento proviene de contribuciones empresariales. De este modo, en la práctica, tanto en Territorio Común como en el País Vasco, la reducción máxima por las aportaciones y contribuciones efectuadas a planes de previsión social -que no sean EPSV- estará topada por esos límites financieros en un total de 10.000 euros, mientras que, en el caso de las EPSV, no limitadas

en el importe de aportaciones y contribuciones que se pueden realizar, la reducción podrá alcanzar los 12.000 euros anuales.

La normativa también contempla un régimen especial aplicable a las EPSV por su actividad de previsión complementaria. Las EPSV, como entidades con personalidad jurídica propia, son sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades. No obstante, la normativa foral reguladora de este Impuesto prevé que las EPSV que realicen la actividad de cobertura de contingencias personales, estarán sujetas al Impuesto por un tipo de 0 por ciento, mientras que aquellas que cubran contingencias sociales u otras contingencias, tributarán al 19 por ciento.

A pesar de que el régimen fiscal previsto por las normativas forales ha contribuido tradicionalmente al impulso de la utilización y el ahorro previsional a través de las EPSV, lo cierto es que, aun así, existen numerosas voces críticas que sugieren la necesidad de una reforma de este para garantizar tanto que los incentivos previstos estén alineados con los objetivos propuestos, como para asegurar una tributación justa de las prestaciones que se perciban.

Como sugiere ATXABAL RADA⁶² y, en el mismo sentido URRUTIA ELORZA, para incentivar el ahorro, no solo se deberían mantener las actuales reducciones por aportaciones efectuadas, que permiten diferir la tributación, sino también incidir sobre las prestaciones, de manera que el importe que exceda de esas aportaciones realizadas, es decir, la rentabilidad obtenida, no se grave como una renta del trabajo pues, en puridad no lo es.

Es preciso destacar que la consideración de una renta como rendimiento del trabajo implica su inclusión en la base imponible general del IRPF -no en la del ahorro-, que lleva aparejada la aplicación de tipos de gravamen más altos y afectados por una mayor progresividad, pudiendo convertir esta opción en excesivamente gravosa, desincentivando su utilización. Sin embargo, su tratamiento, al igual que en el caso de otros instrumentos financieros de ahorro, bien como un rendimiento del capital mobiliario, bien como una ganancia o pérdida patrimonial permitiría incluir estas rentas en la base imponible del ahorro, cuyo tipo de gravamen máximo es del 25 por ciento.

⁶² ATXABAL RADA, A. (2014) en MANRIQUE LÓPEZ, F., ARRIETA IDIAKEZ, F.J., ATXABAL RADA, A., *Las entidades de previsión voluntaria. Constitución, extensión a nuevos sujetos protegidos, régimen fiscal*, Cizur Menor: Aranzadi, S.A.U., 217-234.

Incluso si lo que se pretende es impulsar la utilización de este instrumento, debería llevar aparejada un tratamiento más favorable que el aplicable a otros instrumentos financieros de ahorro, por lo que podría plantearse la aplicación de bonificaciones o deducciones que, además, tengan en cuenta las rentas del contribuyente, para evitar beneficiar de manera desproporcionada a las rentas más altas a costa de una menor recaudación.

Adicionalmente, si el objetivo perseguido es fomentar la utilización de las EPSV primordialmente como complemento de la pensión de jubilación, carece de sentido otorgar un tratamiento más beneficioso a las percepciones en forma de capital que a las que se reciban en forma de renta, mucho más asimilables a esas pensiones de jubilación. Esto es especialmente relevante en el caso de las EPSV preferentes, pues, con carácter general, solo admiten este segundo tipo de percepción y, por lo tanto, dado que las percepciones en forma de renta no afectan de manera relevante a la progresividad del impuesto, tampoco se ven beneficiadas por la reducción prevista por la Norma Foral del IRPF. No parece que si, precisamente, lo que se intenta incentivar es el complemento de dicha pensión, con la utilización de las EPSV como instrumento «estrella» de la previsión complementaria de empresa en el País Vasco, las prestaciones percibidas de estos instrumentos queden privadas de la aplicación de ningún tipo de incentivo.

6. Conclusiones

Es necesaria una apuesta clara y decidida en favor de los sistemas de previsión social complementaria para evitar que el progresivo envejecimiento de la población amenace a la sostenibilidad del sistema público de pensiones y, en consecuencia, comporte una disminución de la calidad de vida de las personas mayores tras la jubilación.

En tanto que las decisiones de ahorro e inversión vienen determinadas, entre otras, por razones de rentabilidad, es preciso revisar el régimen fiscal asociado, en este caso, a las EPSV, instrumento más generalizado en la Comunidad Autónoma del País Vasco, para que dichas decisiones resulten más atractivas para los ciudadanos.

El establecimiento de límites financieros, como los aplicables a los planes de pensiones, limita la posibilidad de ahorro previsional, especialmente en el caso de aquellas personas de mayor edad que se encuentren más cerca de la edad de jubilación y de la consiguiente percepción de la prestación. Pero lo cierto es que el establecimiento de reducciones máximas en el caso de las EPSV, que no se ven constreñidas por esos límites sustantivos, también restringe en la práctica dicho ahorro porque el exceso que no pueda reducirse en los plazos establecidos por la norma redundará en la doble imposición de las rentas. Esto es especialmente sensible en el supuesto de personas que se acerquen al momento de su jubilación. En consecuencia, deben revisarse las reducciones aplicables a las aportaciones y contribuciones para poder ajustarse en función de la etapa vital del contribuyente.

Por otro lado, si el único incentivo previsto es la reducción en la base imponible general del IRPF por el importe de las aportaciones y contribuciones efectuadas, como decíamos, solo se consigue un diferimiento de la tributación; por lo que, en términos de rentabilidad, el incentivo es mínimo. Si se plantease introducir un incentivo adicional, podría dudarse entre aplicarlo en el momento de la aportación o en el de la percepción de la prestación. En el supuesto de que solo se incentivase este segundo momento, y dado que la prestación se percibe lejana en el tiempo, los ciudadanos no encontrarían un beneficio directo en realizar ese esfuerzo previsional con suficiente antelación.

Por ello, sí que resultaría interesante la creación de una deducción en la cuota del IRPF por la realización de aportaciones individuales a planes de previsión social complementaria que se calcule tomando en consideración tanto el importe de la aportación realizada en el año natural, como la renta total percibida por otros conceptos o, por lo menos, por las incluidas en la base imponible general. De esta manera, se promueve que aquellas personas con menores rentas y que, en consecuencia, se ven expuestas a mayor riesgo de que su pensión futura no les permita mantener una calidad de vida suficiente, vean unos mayores beneficios en la utilización de los sistemas complementarios.

Esta deducción debe operar tanto respecto de las aportaciones individuales realizadas por los socios ordinarios a sus EPSV individuales o de empleo, en forma de deducción en su cuota del IRPF, como respecto de las contribuciones empresariales realizadas por los socios protectores, los empleadores. En relación con estos últimos, debe seguir manteniéndose la consideración como

gasto deducible de las contribuciones empresariales realizadas a las EPSV de sus trabajadores que se les impute como renta en especie. Además, debe incentivarse la realización de contribuciones empresariales a las EPSV de empleo, preferentes o no, de sus empleados través de una deducción en su cuota del Impuesto sobre Sociedades, como ya ocurre en Territorio Común.

En lo relativo a la prestación, como se ha avanzado previamente, la no integración de parte de la prestación se introdujo y se mantiene como una medida para evitar la progresividad en la tributación de las prestaciones percibidas en forma de capital, pues su efecto redundaría en una sobreimposición que, lejos de incentivar, desincentivaría la utilización de este tipo de instrumentos. No obstante, esto deja desatendidos aquellos supuestos en los que como, por ejemplo, en las EPSV preferentes la prestación se percibe en forma de renta. En este supuesto, no solo la renta se integra al 100 por ciento, es decir, tributa en su totalidad; sino que, además, se considera como rendimiento del trabajo y, por lo tanto, se incluye en la base imponible general del impuesto. Es preciso, por lo tanto, revisar el tratamiento fiscal otorgado a las prestaciones y, en concreto, la calificación de las rentas percibidas, para evitar que desaliente la utilización de estos instrumentos.

Por otro lado, debe seguir instándose a las empresas a promover la creación y utilización de EPSV de empleo a través de la negociación colectiva.

Bibliografía

100 years of social protection: The road to universal social protection systems and floors, volume II: 52 country studies (2023). Geneva: International Labour Office.

ALONSO FERNÁNDEZ, J.J., ROSADO CEBRIÁN, B. (2016). «Los sistemas de previsión social complementaria y la reforma del impuesto sobre la renta de las personas físicas en 2014: ¿mejorando la fiscalidad y la equidad?», *Economía Española y Protección Social*, VIII.

ARRIETA IDIAKEZ, F.J., MARTÍNEZ ETXEBERRIA, G., LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. (2020). «Las mutualidades en Euskadi como entidades de la economía social» *Gizaekoa-Revista Vasca de Economía Social*, núm. 17.

ATXABAL RADA, A. (2014) en MANRIQUE LÓPEZ, F., ARRIETA IDIAKEZ, F.J., ATXABAL RADA, A., *Las entidades de previsión voluntaria. Constitución, extensión a nuevos sujetos protegidos, régimen fiscal*. Cizur Menor: Aranzadi, S.A.U.

BESSI, R. (1991). «Experiencia internacional en planes individuales de previsión» en *Las Entidades de Previsión Social Voluntaria (I y II seminario sobre EPSV)*. Bilbao: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.

COMISIÓN EUROPEA (2012). *Libro Blanco, Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, COM(2012) 55 final.

COMISIÓN EUROPEA (2021). *Institutional Paper 148: The 2021 Ageing Report: Economic and Budgetary Projections for the EU Member States (2019-2070)*. Bruselas.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (2020). *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*.

FORNERO, E. (2009). «Crisi finanziaria e riforme previdenziali: ¿quale ripensamento critico?», *Politica económica*, 1/2009.

GOBIERNO VASCO (2008). *Manual de previsión social complementaria*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.

GÓMEZ SALADO, M.A. (2021). «Los tres pilares fundamentales en los que se apoya el modelo español de pensiones: ¿hacia dónde vamos?», *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, núm. 3.

GUTIÉRREZ CASILLAS, I. (2018). «El pacto de Toledo: fundamento, precedentes, concepto, contenido y revisión parlamentaria», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 103.

MANRIQUE LÓPEZ, F., ARRIETA IDIAKEZ, F.J., ATXABAL RADA, A. (2014). *Las entidades de previsión voluntaria. Constitución, extensión a nuevos sujetos protegidos, régimen fiscal*. Cizur Menor: Aranzadi, S.A.U.

OBSERVATORIO DE PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA DE LA CAV (OPSC/GAOB) (2021). *Fiscalidad de los sistemas privados de pensiones*.

REDACCIÓN REVISTA EKONOMIAZ (2014). «Guía de la previsión social complementaria», *Ekonomiaz* núm. 85, 1er semestre.

SÁEZ FERNÁNDEZ, F.J., SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.T., LÓPEZ CASTELLANO, F. (2006). *El mutualismo de previsión social y los sistemas de protección complementarios*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.T. (2004). «El mutualismo de previsión social en el País Vasco y Cataluña», *Economistas*, núm. 22, 102.

URRUTIA ELORZA, J.R. (1997). *Modelo autonómico de Previsión Social Voluntaria: Pasado, Presente y Futuro*. San Sebastián: Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras.

VIDARTE, J.I. (1991). «Tratamiento fiscal de los planes individuales», *Las Entidades de Previsión Social Voluntaria (I y II seminario sobre EPSV)*. Bilbao: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.

Consciência ambiental dos consumidores: o rótulo ecológico como ferramenta de auxílio ao combate ao *greenwashing*?

Marta Sofia Madureira Serrão

Mestranda na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico de Leiria

2220089@my.ipleiria.pt

Sumário: 1. O impacto das preocupações ambientais nas decisões tomadas pelos consumidores
1.1. Análise de dados estatísticos. 2. *Greenwashing* 2.1. Enquadramento legal 3. Rótulos Ecológicos. 3.1. Rótulo ecológico europeu: *ecolabel*. 3.1.1. Modelo de Rótulo Ecológico da UE. 3.1.2. Factos e números sobre o Rótulo Ecológico Europeu. 3.2. Logótipo de produção biológica da União Europeia. 3.2.1. Modelo de Logótipo biológico da UE. 4. O rótulo ecológico como ferramenta de auxílio ao combate ao *greenwashing*. Conclusão. Bibliografia

Palavras-chave: Consciência ambiental; meio ambiente; práticas comerciais desleais; *greenwashing*; rótulo ecológico; *marketing* ambiental.

Introdução

O crescente aumento do consumo de bens e serviços “movimenta a economia gerando empregos e renda, no entanto, promove prejuízos ao meio ambiente ocasionados pelo sistema produtivo e [pelos] resíduos pós-consumo, como [o] descarte de produtos, embalagens e outros”⁶³. As Nações

⁶³ Gorni et al. (2016), p. 9.

Unidas afirmam que “se a população global atingir os 9,8 mil milhões até 2050, será necessário o equivalente a quase três planetas para fornecer os recursos naturais necessários para sustentar os estilos de vida actuais”⁶⁴.

Atualmente, a sociedade está a braços com problemas como as alterações climáticas, poluição, aquecimento global, entre outros. Neste cenário cada vez mais preocupante encontram-se as questões relacionadas com a consciência ambiental. Os consumidores estão cada vez mais cientes de que os seus hábitos de consumo afetam diretamente o meio ambiente, agravando os problemas ambientais. Assim, assiste-se ao surgimento do consumidor sustentável que, no momento da escolha de determinado bem ou serviço, tem em consideração não só aspetos como a qualidade-preço, como também a questão da sustentabilidade durante a produção e consumo do bem ou do serviço, visando promover a preservação do meio ambiente.

Considerando os “custos sociais e ecológicos trazidos pelo consumismo faz sentido mudar intencionalmente para um paradigma cultural em que as normas, símbolos, valores e tradições estimulem apenas o consumo suficiente para a satisfação do bem-estar do ser humano, ao mesmo tempo em que direcionam mais energia humana para práticas que ajudem a recuperar o bem-estar do planeta”⁶⁵.

Deste modo, a procura por produtos ecológicos consubstancia uma importante alavanca para as empresas refletirem sobre o seu papel na proteção do meio ambiente, nomeadamente, estudarem formas de tornar os seus produtos mais sustentáveis e melhorarem o desempenho dos mesmos durante o seu ciclo de vida. Todavia, os consumidores necessitam de informação credível para poderem escolher produtos menos prejudiciais para o ambiente. No entanto, esta procura por produtos mais sustentáveis traz o verso da moeda: as eco propagandas repletas de informações erróneas, que se traduzem num verdadeiro abuso de confiança do consumidor e numa prática comercial enganosa.

Adotando a premissa de que “um dos vectores fundamentais para a tutela do consumidor consiste na sua defesa contra as práticas comerciais desleais e agressivas, situação que na actual sociedade

⁶⁴ Nações Unidas, disponível em <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-consumption-production/>, consultado a 18/05/2023.

⁶⁵ Gorni et al. (2016), p. 11.

de consumo assume cada vez mais relevância”⁶⁶, o objetivo deste artigo é analisar as implicações éticas e jurídicas do *greenwashing* e aferir de que maneira os rótulos ecológicos, - entenda-se rótulo ecológico da União Europeia e logótipo biológico da União Europeia - podem auxiliar no combate ao *greenwashing*.

Na primeira parte do artigo, analisar-se-ão os dados referentes aos Eurobarómetros de 2013, 2014, 2017 e 2023 e o estudo “*The Great Green Maze: How environmental advertising confuses consumers*”, por forma a se perceberem como as alegações ambientais têm impacto nas escolhas e nas compras de bens e/ou serviços dos consumidores.

Por sua vez, na segunda parte do artigo, explanar-se-á, com recurso a doutrina, o que se entende pela prática do *greenwashing* e proceder-se-á a uma análise do enquadramento legal do mesmo, destacando-se a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005 e o Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que aprova o Regime Jurídico das Práticas Comerciais Desleais.

Relativamente à terceira parte do artigo, apresentar-se-ão os rótulos ecológicos, nomeadamente, o rótulo ecológico da União Europeia e o logótipo biológico da União Europeia, fazendo-se um enquadramento legal de ambos, com recurso ao Regulamento (CE) n.º 66/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009 e ao Regulamento (UE) 2018/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018.

Quer na segunda parte, quer na terceira parte do artigo, proceder-se-á à apreciação da Diretiva (UE) 2024/825 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de fevereiro de 2024, que altera as Diretivas 2005/29/CE e 2011/83/UE no que diz respeito à capacitação dos consumidores para a transição ecológica através de uma melhor proteção contra práticas desleais e através de melhor informação, nomeadamente, sobre os preceitos respeitantes aos rótulos ecológicos inseridos na aludida diretiva.

No que diz respeito à quarta parte do artigo, demonstrar-se-á em que medida os rótulos ecológicos podem auxiliar o combate ao *greenwashing*.

Por fim, apresentar-se-ão as devidas conclusões.

⁶⁶ Leitão (2011), p. 423.

Relativamente à metodologia, no presente artigo usou-se uma metodologia dedutiva, fundamentada em pesquisa bibliográfica.

1. O impacto das preocupações ambientais nas decisões tomadas pelos consumidores

Diante das problemáticas desencadeadas pela negligência com o meio ambiente, os consumidores desejam ser atores principais na transição ecológica e começam a voltar a sua atenção para a consciência ambiental.

Deste modo, “entende-se que o nível de consciência que as pessoas têm sobre o meio ambiente pode influenciar no seu comportamento de compra, uma vez que o consumo exacerbado pode impactar negativamente no meio ambiente”⁶⁷.

A consciência ambiental está profundamente associada a “atitudes de consumo consciente, que incluem em seu processo de decisão o atributo de sustentabilidade ambiental, preocupando-se com aspectos como reciclagem e processos tecnológicos que envolvam consumo racional de recursos naturais, destinação adequada de resíduos e eficiência energética”⁶⁸. Este processo de decisão, pode “impactar no comportamento de compra, incluindo a disposição a pagar a mais por produtos considerados sustentáveis”⁶⁹.

1.1. Análise de dados estatísticos

Analisa-se os dados do Eurobarómetro relativos aos anos de 2013, 2014, 2017 e 2023 e o estudo “*The Great Green Maze: How environmental advertising confuses consumers*” (“O Grande Labirinto Verde: Como a publicidade ambiental confunde os consumidores”) a fim de se perceber como a consciência ambiental e as alegações ambientais têm impactado as escolhas dos consumidores.

Os Eurobarómetros 367, 416, 468 e 535 foram realizados nos Estados-membros da União Europeia e o estudo “*The Great Green Maze: How environmental advertising confuses consumers*” foi realizado em 16 países europeus e não europeus.

O Flash Eurobarómetro 367, com trabalho de campo realizado em dezembro de 2012 e publicado em julho 2013, através de 25.568 entrevistas telefónicas aferiu que 26% dos inquiridos comprou

⁶⁷ Gorni et al. (2016), p. 10.

⁶⁸ Silva (2018), p. 17.

⁶⁹ Raasch et al. (2021), p. 47.

(frequentemente) produtos amigos do meio ambiente e 54% comprou (às vezes) produtos amigos do meio ambiente⁷⁰. Dentro dos motivos possíveis para comprar produtos ecológicos, 95% dos europeus afirmou que o faz porque sente que usar produtos amigos do meio ambiente é a atitude correta⁷¹ e 89% dos entrevistados afirmou que comprar produtos amigos do meio ambiente pode, efetivamente, fazer a diferença para o mesmo⁷².

Quando questionados sobre quão confiantes estão de que ao comprarem um produto rotulado como sendo amigo do ambiente este será menos prejudicial para o mesmo, 66% dos cidadãos europeus respondeu afirmativamente⁷³.

Do Eurobarómetro Especial 416, publicado em setembro de 2014 e com trabalho de campo realizado entre abril e maio de 2014, através de 27.998 entrevistas diretas pessoais, concluiu-se que 75% dos europeus inquiridos estavam dispostos a comprar produtos amigos do ambiente, mesmo que estes tenham um valor ligeiramente mais elevado⁷⁴ e 21% dos cidadãos da UE declarou comprar produtos amigos do ambiente que detinham um rótulo ambiental⁷⁵.

Segundo o Eurobarómetro Especial 468, realizado entre setembro e outubro de 2017, através de 27.881 entrevistas diretas pessoais e publicado em novembro de 2017, constatou-se que 30% dos europeus comprou produtos que continham o rótulo ecológico da UE⁷⁶ e 32% afirmou que os rótulos ecológicos desempenharam um papel importante na decisão de compra de determinado produto⁷⁷.

Em comparação com o Eurobarómetro acima apresentado, o Flash Eurobarómetro 535, realizado em setembro e publicado em outubro de 2023, através de 26.635 entrevistas online, constatou que 63% dos inquiridos costumavam comprar produtos com rótulo ecológico, o que se traduziu num aumento significativo face ao ano de 2017⁷⁸.

⁷⁰ Eurobarómetro 367 (2013), p. 10.

⁷¹ Eurobarómetro 367 (2013), p. 22.

⁷² Eurobarómetro 367 (2013), p. 83.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Eurobarómetro 416 (2014), p. 33.

⁷⁵ Eurobarómetro 416 (2014), p. T30.

⁷⁶ Eurobarómetro 468 (2017), p. 107.

⁷⁷ Eurobarómetro 468 (2017), p. 112.

⁷⁸ Eurobarómetro 535 (2023), p. 20.

O estudo “*The Great Green Maze: How environmental advertising confuses consumers*” realizado pelo *The European Consumer Organisation* e pelo *International Consumer Research & Testing*, analisou as perceções dos consumidores sobre as alegações ambientais e concluiu que 40% dos entrevistados afirmou estar disposto a pagar mais por um produto ou serviço que contenha uma alegação ou rótulo ambiental verificado⁷⁹, quase 48% preferia comprar produtos que continham um rótulo ambiental⁸⁰ e quase 40% dos inquiridos afirmou sentir-se manipulado “se um produto ou serviço que pretendiam comprar exibisse alegações verdes falsas ou não verificadas”⁸¹, sendo que apenas 3% declarou estar capaz de distinguir alegações ambientais verdadeiras e falsas.

Em suma, é possível perceber como as preocupações ambientais têm impacto nas escolhas dos consumidores. No entanto, esta preocupação traz consigo o verso da moeda, pois se, por um lado, a consciência ambiental dos consumidores impulsiona os operadores económicos a adotar estratégias amigas do ambiente e a trazer para o mercado produtos com baixo impacto ambiental e com toda a informação necessária para que os consumidores façam as suas escolhas de forma consciente e informada, por outro lado, há também operadores económicos que em “virtude da falsidade, vaguidade ou inexatidão das alegações relativamente à pegada ecológica e sustentabilidade dos produtos, poderão [comercializar bens e serviços que possam] ter efeitos perniciosos na esfera dos consumidores e dos concorrentes e, em última instância, no ambiente”⁸². Deste modo, os bens ou serviços que incorrem na prática do *greenwashing* provocam um duplo problema, na medida em que “não só enganam o consumidor, como também competem de forma desleal no mercado com produtos verdadeiramente sustentáveis”⁸³.

⁷⁹ The European Consumer Organisation & International Consumer Research & Testing (2023), p. 6.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ The European Consumer Organisation & International Consumer Research & Testing (2023), p. 7.

⁸² Almeida & Casal (2022), p. 151.

⁸³ Silva (2021), p. 126.

2. Greenwashing

Por forma a “cativar o público, continuar a ser escolhido como fornecedor ou simplesmente para não ficar exposto ao risco de perder financiamento ou incorrer em incumprimento das diretivas, as empresas são induzidas a comunicar, de forma célere e intensa, o que nem sempre ocorre da forma responsável, substanciada em factos e metodologias, como deveria”⁸⁴. Nesta senda, “as organizações perceberam que a política de preservação ambiental agrega valor ao produto”⁸⁵. É nestes moldes que surge a prática do *greenwashing*.

O termo *greenwashing* resulta da aglutinação das palavras inglesas *green* (verde) e *washing* (gerúndio do verbo “lavar”) que em tradução livre significa lavagem verde, também, conhecido como maquilhagem verde, falso *marketing* verde ou eco branqueamento. Este termo surgiu, em 1986, quando Jay Westerveld o utilizou pela primeira vez para criticar o setor hoteleiro por apelar à reutilização de toalhas como forma de salvar o meio ambiente, quando, de facto, o referido apelo servia apenas e só como medida de contenção de custos⁸⁶.

A expressão *greenwashing* subentende a existência de uma “camuflagem de produtos convencionais com uma errónea imagem de impactos ambientais reduzidos, utilizando, por exemplo, a cor verde, elementos da natureza ou alegações vagas”⁸⁷.

Quando praticado, o *greenwashing* incorre tanto numa ofensa ao meio ambiente, na medida em que as “práticas empresariais, sejam por suas tecnologias, sejam por seus procedimentos ou utilização de recursos, são incompatíveis com o desenvolvimento sustentável”⁸⁸, como numa ofensa ao consumidor, uma vez que determinado bem ou serviço “não corresponde ao que está sendo vendido e viola a dimensão jurídica e ética desta relação, descumprindo o dever de informação e boa-fé”⁸⁹.

A Comissão Europeia e as autoridades nacionais da Rede de Cooperação para a Defesa do Consumidor realizam anualmente um rastreio aos sítios *web* denominado de *sweep* (varredura), com o objetivo de identificar violações das normas europeias em matéria de Direito do Consumo

⁸⁴ Khouri (2024).

⁸⁵ Paviani (2019), p. 107.

⁸⁶ Netto et al. (2020), p. 2.

⁸⁷ Almeida & Casal (2022), p. 152.

⁸⁸ Goes & Rebouças (2017), p. 92.

⁸⁹ *Ibidem*.

nos mercados online. Em 2020, surgiu, pela primeira vez, uma análise concentrada na prática do *greenwashing*. Dessa análise destaca-se o seguinte: das 344 alegações de sustentabilidade proferidas, essencialmente, por comerciantes da UE, dirigidas a consumidores em lojas online e nos sites dos próprios comerciantes, em “mais de metade dos casos, o comerciante não forneceu informações suficientes para que os consumidores pudessem avaliar a veracidade da alegação”⁹⁰; em 37% dos casos as autoridades consideraram que as alegações continham declarações vagas, tais como, “amigo do ambiente” ou “sustentável” “que visavam transmitir aos consumidores a impressão infundada de que um produto não tinha impacto negativo no meio ambiente”⁹¹; e em 42% dos casos, as autoridades “tiveram razões suficientes para acreditar que a alegação poderia ser falsa ou enganosa e, portanto, poderia constituir uma prática comercial desleal”⁹².

No que diz respeito ao contexto nacional, a Direção-Geral do Consumidor, dentro das alegações analisadas confirmou o seguinte: 75% das alegações «incluíam declarações vagas e gerais (ou informações insuficientes) de sustentabilidade– como ‘Amigo do ambiente’, ‘verde’, ‘amigo da natureza’, ‘ecológico’), suscetíveis de induzir em erro o consumidor médio»⁹³.

2.1. Enquadramento legal

Relativamente à prática do *greenwashing* não existe enquadramento legal europeu ou nacional específico. No entanto, tratando-se o *greenwashing* de uma prática comercial enganosa, o mesmo enquadra-se na Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e no Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que aprova o Regime Jurídico das Práticas Comerciais Desleais.

De acordo com as orientações sobre a aplicação da Diretiva 2005/29/CE/ relativa às práticas comerciais desleais que acompanha o documento da comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité

⁹⁰ Comissão Europeia (2021), p. 1.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ República Portuguesa (2021), p. 2.

das regiões, as alegações ambientais aludem “à prática de sugerir ou, de outro modo, dar a impressão (numa comunicação comercial, de marketing ou publicidade) de que um produto ou serviço tem um impacto positivo ou nulo no ambiente ou é menos nocivo para o ambiente do que os produtos ou serviços da concorrência”⁹⁴. Ora, quando tais alegações não se confirmam como verdadeiras, está-se perante um caso de *greenwashing*.

Nesta senda, quando as alegações ambientais relativas a “bens e serviços não forem simples, claras, relevantes, fiáveis, verificáveis, se não tiverem em conta o ciclo de vida do produto e se não utilizarem metodologia uniforme de medição da pegada ecológica, podem constituir uma prática comercial enganosa”⁹⁵, conforme os artigos 6.º, 7.º e 12.º da Diretiva 2005/29/CE e o Decreto-Lei n.º 57/2008.

As preocupações ambientais “estão na primeira linha de prioridades gizadas pelos legisladores e decisores, quer da UE, quer nacionais, e influenciam as decisões dos consumidores e a atuação dos operadores económicos”⁹⁶.

Prova do acima citado é a Diretiva (UE) 2024/825 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de fevereiro de 2024 que altera as Diretiva 2005/29/CE e 2011/83/UE, no que diz respeito à capacitação dos consumidores para a transição ecológica através de uma melhor proteção contra as práticas desleais e através de melhor informação e adita à Diretiva 2005/29/CE, o que se entende por alegação ambiental, alegação ambiental genérica e rótulo de sustentabilidade, bem como procede a alterações ao art. 6.º e 7.º da Diretiva 2005/29/CE.

Das alterações efetuadas, destacam-se as alíneas aditadas ao art. 6.º, n.º 2, que determinam que é igualmente considerada prática comercial enganosa aquela que envolve “fazer uma alegação ambiental relacionada com o futuro desempenho ambiental sem compromissos claros, objetivos, disponíveis ao público e verificáveis, estabelecidos num plano de execução pormenorizado e realista que inclua metas mensuráveis e calendarizadas e outros elementos relevantes necessários para apoiar a sua execução, como a afetação de recursos, e que seja regularmente verificado por um perito externo independente, cujas conclusões sejam disponibilizadas aos consumidores” (al. d)) e aquela que envolve “fazer publicidade a benefícios para os consumidores que sejam

⁹⁴ Comissão Europeia (2016), p. 111.

⁹⁵ Almeida & Frota (2023), p. 280.

⁹⁶ Almeida & Frota, 2023, pp. 273-274.

irrelevantes e não advenham de nenhuma característica do produto ou da empresa” (al. e)). Desta forma, entende-se que a utilização de termos como “eco friendly” (amigo do ambiente) quando não seja acompanhado de evidência científica que o comprove, está proibido.

O Regime Jurídico das Práticas Comerciais Desleais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, e que procedeu à transposição da Diretiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio, reitera no seu art. 4.º que as práticas comerciais desleais são proibidas. Por sua vez, o art. 5.º, n.º 1, do RJPCD refere que “é desleal qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afecte este relativamente a certo bem ou serviço”.

No que às ações enganosas diz respeito, o art. 7.º, n.º 1, contempla que se considera prática comercial enganosa aquela “que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente correctas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor (...) e que, em ambos os casos, conduza ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo”.

O art. 9.º do RJPCD enumera os elementos necessários para identificar se uma prática comercial é enganosa ou suscetível de “conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo” e o art. 22.º, n.º 1, do RJPCD dispõe que qualquer alegação, nomeadamente, as alegações ambientais devem basear-se em “provas de exactidão material dos dados de facto contidos nas práticas comerciais”.

Caso as práticas comerciais enganosas e/ou omissões enganosas sejam praticadas através de publicidade, estas constituem publicidade enganosa, nos termos do art. 11.º, n.º 1, do Código da Publicidade.

Consagra, ainda, o art. 21.º do RJPCD que a violação do clausulado nos arts. 7.º e 9.º constitui contraordenação económica grave, conferindo ao consumidor o “direito à redução adequada do preço ou à resolução do contrato relativamente aos produtos adquiridos por efeito de uma prática comercial desleal”, conforme consagra o art. 14.º, n.º 1, do RJPCD.

No entanto, parece insuficiente considerar o *greenwashing* como uma “mera” prática comercial enganosa, dado que a solução que o RJPCD oferece é a da reparação do consumidor lesado. Contudo, esta prática transcende o dano a todos os consumidores que adquirem bens e serviços camuflados com *greenwashing* e, em última instância, afeta, direta ou indiretamente, o meio ambiente. Posto isto, a reparação deste dano torna-se muito mais complexa que a solução conferida pelo art. 14.º, n.º 1, do RJPCD.

Por força da Diretiva (UE) 2024/825, os Estados-Membros da União Europeia têm até 27 de março de 2026 para adotar e publicar as disposições necessárias para cumprir a presente diretiva, conforme dispõe o art. 4.º, n.º 1, da mesma. Assim, Portugal terá de alterar o Regime Jurídico das Práticas Comerciais Desleais, até ao prazo mencionado, para que este se uniformize com o clausulado na Diretiva.

De salientar, a preocupação quanto às alegações ambientais, no que diz respeito ao conceito de plástico biodegradável, manifestadas no Decreto-Lei n.º 78/2021, de 24 de setembro, que procedeu à transposição parcial da Diretiva (UE) 2019/904 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2019, relativa à redução do impacto de determinados produtos de plástico no ambiente.

Faz-se, ainda, menção à secção E do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária em Matéria de Publicidade e outras formas de Comunicação Comercial, mais concretamente, ao artigo E1, n.º 7 que consagra que alegações ambientais «como “amigo do ambiente” ou “ecologicamente seguro”, “verde”, “sustentável”, “emissões de carbono” ou quaisquer outras alegações, quando sugiram que um Produto ou actividade não exerce impacte algum - ou apenas um impacte positivo - sobre o ambiente, não devem ser utilizadas».

3. Rótulos Ecológicos

O rótulo “facilita ao consumidor as informações necessárias sobre as características, a composição ou mesmo a pegada ecológica do produto ou do serviço, de modo a permitir uma decisão de consumo adequada, segura e informada e uma atuação correta, além de assegurar uma concorrência leal entre os operadores económicos, na medida em que permite a comparação entre produtos ou serviços comparáveis”⁹⁷.

O Regulamento (UE) n.º 1169/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2011 relativo à prestação de informação aos consumidores sobre os géneros alimentícios, que altera os regulamentos (CE) n.º 1924/2006 e (CE) n.º 1925/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga as Diretivas 87/250/CEE da Comissão, 90/496/CEE do Conselho, 1999/10/CE da Comissão, 2000/13/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, 2002/67/CE e 2008/5/CE da Comissão e o Regulamento (CE) n.º 608/2004 da Comissão, define rótulo como “uma etiqueta, uma marca comercial ou de fabrico, uma imagem ou outra indicação gráfica descritiva, escritas, impressas, gravadas com estêncil, marcadas, gravadas em relevo ou em depressão ou afixadas na embalagem ou no recipiente dos géneros alimentícios” (art. 2.º, n.º 2, al. i)) e rotulagem como “todas as indicações, menções, marcas de fabrico ou comerciais, imagens ou símbolos referentes a um género alimentício que figurem em qualquer embalagem, documento, aviso, rótulo, anel ou gargantilha que acompanhem ou se refiram a esse género alimentício” (al. j)).

O citado Regulamento estabelece que a informação prestada não deve induzir em erro e deve ser clara, exata e facilmente compreendida pelo consumidor (art. 7.º, n.ºs 1 e 2).

O rótulo e a rotulagem, enquadram-se dentro dos direitos do consumidor, conforme art. 3.º, al. a), b) e d) da Lei da Defesa do Consumidor. Susana Almeida define-os como os “instrumentos fundamentais para assegurar respeito efetivo, desde logo, pelo direito à informação em particular (...), bem como pelo direito à proteção da saúde e da segurança física (...) ou pelo direito à qualidade dos bens e serviços”⁹⁸. A propósito, veja-se os arts. 8.º, 5.º e 4.º, respetivamente, da Lei da Defesa do Consumidor.

⁹⁷ Almeida (2023), p. 840.

⁹⁸ *Ibidem*.

3.1. Rótulo ecológico europeu: ecolabel

A Diretiva (UE) 2024/825, considerou os rótulos como alegações ambientais quando estes contenham “qualquer mensagem ou representação que não seja obrigatória por força do direito da União ou do direito nacional, independentemente da sua forma, incluindo qualquer representação textual, pictórica, gráfica ou simbólica” (art. 2.º, al. o)) e definiu rótulo de sustentabilidade “qualquer marca de confiança, marca de qualidade ou equivalente, que seja voluntária, quer pública quer privada, e que vise destacar e promover um produto, um processo ou uma empresa por referência às suas características ambientais ou sociais, ou ambas, excluindo qualquer rótulo obrigatório exigido nos termos do direito da União ou nacional” (art. 2.º, al. q)). Ora, dentro desta definição enquadra-se o rótulo ecológico da União Europeia ou *ecolabel*.

O rótulo ecológico europeu foi criado pelo Regulamento (CEE) n.º 880/92 do Conselho, de 23 de março de 1992 e foi alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1980/2000 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de julho de 2000. Atualmente, o sistema de rótulo ecológico da União Europeia é regulado pelo Regulamento (CE) n.º 66/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, alterado pelo Regulamento (UE) 782/2013 da Comissão, de 14 de agosto de 2013 e pelo Regulamento (UE) 2017/1941 da Comissão, de 24 de outubro de 2017.

Inicialmente, o rótulo ecológico tinha como objetivo “promover a concepção, produção, comercialização e utilização de produtos com um impacte ambiental reduzido durante o seu ciclo de vida completo e informar melhor os consumidores sobre o impacte dos produtos no ambiente, sem, contudo, comprometer a segurança do produto ou dos trabalhadores nem afectar significativamente as qualidades que tornam o produto apto para utilização” (art. 1.º do Regulamento (CEE) n.º 880/92).

Em 2000, o Regulamento (CE) n.º 1980/2000 veio produzir as devidas alterações, nomeadamente, ao objetivo do sistema comunitário de atribuição de rótulo ecológico, passando este a consistir “em promover produtos susceptíveis de contribuir para a redução de impactos ambientais negativos, por comparação com outros produtos do mesmo grupo, contribuindo deste modo para a utilização eficiente dos recursos e para um elevado nível de protecção do ambiente. Para atingir este objectivo, serão facultadas aos consumidores desses produtos orientações e informações correctas, não enganadoras e assentes em bases científicas”.

O Regulamento (CE) n.º 66/2010, dispõe no seu art. 2.º, n.º 1, que o rótulo ecológico europeu se aplica “aos bens e serviços fornecidos para distribuição, consumo ou utilização no mercado comunitário, a título oneroso ou gratuito”, promovendo-os, uma vez que estes possuem “impactos ambientais reduzidos ao longo de todo o seu ciclo de vida, quando comparados com produtos do mesmo grupo de produtos existentes no mercado europeu”⁹⁹. Deste modo, o principal objetivo do rótulo ecológico da União Europeia é “capacitar os intervenientes no mercado para consumirem, produzirem e viverem de forma mais sustentável e envolvê-los na transição para uma economia circular”¹⁰⁰.

De salientar que o art. 6.º, n.º 6, do Regulamento estabelece que “não pode ser atribuído a produtos que contenham substâncias ou preparações/misturas classificadas como tóxicas, perigosas para o ambiente, cancerígenas, mutagénicas ou tóxicas”.

O art. 10.º, n.º 1, do mesmo Regulamento prevê a proibição de “qualquer publicidade falsa ou enganosa ou a utilização de qualquer rótulo ou logótipo que possa induzir em confusão com o rótulo ecológico da UE” e o n.º 2 acrescenta que “o organismo competente deve, numa base regular, verificar se os produtos aos quais atribuiu o rótulo ecológico da UE cumprem os critérios de atribuição do rótulo ecológico (...). Caso seja necessário, o organismo competente deve também proceder a tais verificações com base numa queixa”. Em Portugal, o organismo competente para atribuição de licenças é a Direção-Geral das Atividades Económicas (DGAE).

Por forma a cumprir o principal objetivo do rótulo ecológico, o Plano de Trabalho Estratégico da União Europeia para o Rótulo Ecológico 2020-2024, aponta três medidas, a saber: “integrar e desenvolver o rótulo ecológico da UE como um instrumento relevante nas políticas e iniciativas que promovem o consumo e a produção sustentáveis, a economia circular, estilos de vida sustentáveis, o financiamento sustentável e a ação climática em sinergia com outros instrumentos”¹⁰¹, “maximizar a eficácia e a eficiência da aplicação do Regulamento relativo ao rótulo ecológico da UE, incluindo o desenvolvimento e a manutenção de uma carteira de critérios

⁹⁹ Comissão Europeia (2024a), p. 3.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Comissão Europeia (2024a), p. 4.

bem-sucedida”¹⁰² e “reforçar a presença do rótulo ecológico da UE no mercado, aumentando a aceitação da indústria e a sensibilização dos consumidores”¹⁰³.

3.1.1. Modelo de Rótulo Ecológico da UE

O anexo II do Regulamento (CE) n.º 66/2010, consagra que o rótulo ecológico da UE adota a seguinte forma:



Figura 1 - Rótulo Ecológico Da União Europeia

Rótulo opcional com caixa de texto dispõe da seguinte forma:

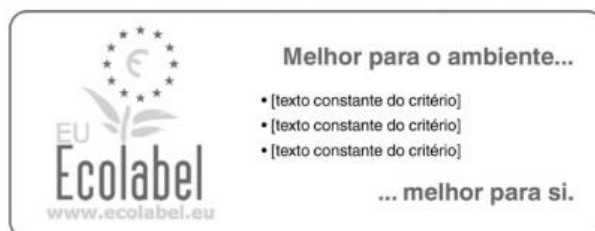
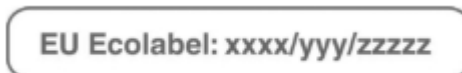


Figura 2 - Rótulo Ecológico Europeu opcional

O número de registo do rótulo ecológico da UE deve ser apostado no produto, contemplando o seguinte formato:



¹⁰² *Ibidem.*

¹⁰³ *Ibidem.*

Figura 3 - Formato do n.º de registo do Rótulo Ecológico Europeu

Sendo que “xxxx” corresponde ao país do registo, “yyy” ao grupo do produto e, por sua vez, “zzzzz” corresponde ao número de registo atribuído pelo organismo competente.

3.1.2. Fatos e números sobre o Rótulo Ecológico Europeu

Em março de 2024, foram concedidas 2.743 licenças para 95.758 produtos no mercado da UE, um aumento de 159 licenças comparativamente com setembro de 2023, tornando o ano de 2024 no ano com mais licenças registadas desde a criação do rótulo ecológico da União Europeia. A maioria das licenças foram concedidas em Itália (17%), França (16%), Alemanha (16%) e Espanha (13%).

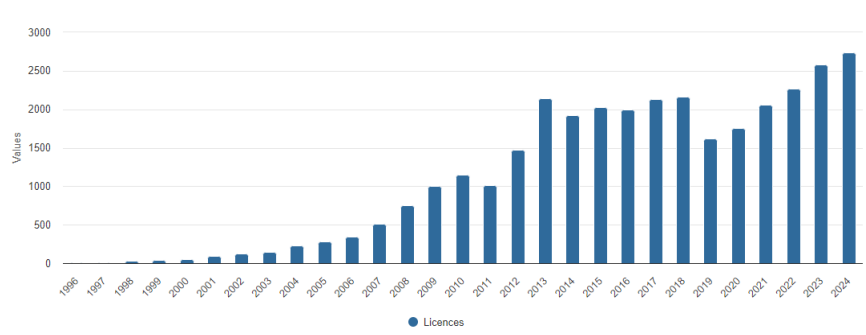


Figura 4 - Evolução do n.º de licenças com rótulo ecológico europeu da UE

Fonte: Comissão Europeia, 2024b

Por sua vez, do total de licenças concedidas (2.743), 25% era referente a serviços de alojamento turístico, 13% a produtos de limpeza de superfícies duras e 8% a lenços de papel.

3.1.2.1. Licenças do rótulo ecológico da União Europeia atribuídas em Portugal

Em março de 2024, a DGAE atribuiu 35 licenças do rótulo ecológico da União Europeia.

Licenças REUE atribuídas pela DGAE								
Grupo de Produtos/Ano	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024
Têxteis	0	0	1	1	1	1	1	1
Produtos de Limpeza	6	6	4	4	5	6	10	11
Papel	3	5	5	4	5	9	10	10
Alojamentos Turísticos	6	1	5	5	5	5	5	6
Tintas e Vernizes	3	4	4	4	5	5	6	6
Produtos de Higiene Pessoal e Animal	1	1	1	2	2	1	1	1
Total	19	17	20	20	23	27	33	35

Figura 5 - Licenças rótulo ecológico da UE atribuídas pela DGAE

Fonte: Direção-Geral das Atividades Económicas, 2024

3.2. Logótipo de produção biológica da União Europeia

O logótipo de produção biológica da União Europeia “pode ser utilizado na rotulagem, apresentação e publicidade de produtos” que cumpram o estatuído no Regulamento (UE) 2018/848 do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de maio de 2018 relativo à produção biológica e à rotulagem dos produtos biológicos e que revoga o Regulamento (CE) n.º 834/2007 do Conselho (art. 33.º, n.º 1) e pretende “garantir a veracidade das alegações verdes quanto aos produtos alimentares, na medida em que apenas podem ostentar o logótipo os produtos que contenham apenas, ou quase apenas, ingredientes biológicos”¹⁰⁴. Ou seja, os produtos que ostentam o logótipo biológico da UE têm de conter, pelo menos, 95% de ingredientes biológicos, conforme arts. 30.º, n.º 5, al. a), ii) e n.º 6, al. c), do Regulamento (UE) 2018/848.

No que diz respeito ao conceito de rotulagem de produtos biológicos, o Regulamento acima mencionado, adota a definição consagrada no já citado Regulamento (UE) n.º 1169/2011, procedendo, apenas a alteração no seu conteúdo de “género alimentício” para “produto” (art. 3.º, n.º 52).

A utilização do logótipo biológico da UE é obrigatória em todos os produtos alimentares da União Europeia pré-embalados, produzidos e vendidos como produtos biológicos na União Europeia, conforme arts. 2.º, n.º 1, 30.º, n.º 1 e 32.º, n.º 1, al. b) do Regulamento (UE) 2018/848. Por sua vez,

¹⁰⁴ Almeida (2023), p. 842.

a utilização do logótipo biológico da União Europeia é facultativa quando se trate de produtos importados de países terceiros, conforme arts. 33.º, n.º 3, e 32.º, n.º 1, al. b), a *contrario sensu*.

O art. 30.º, n.º 1, do ora referido Regulamento considera que um “produto exhibe termos referentes à produção biológica quando, na rotulagem, nos meios de publicidade ou na documentação contabilística, esse produto, os seus ingredientes ou as matérias-primas para alimentação animal usadas para a sua produção forem descritos em termos que sugiram ao comprador que os mesmos foram produzidos em conformidade com o presente regulamento”. Face ao exposto, os termos “bio” e “eco”, podem ser utilizados isolados ou combinados em toda a União Europeia.

Apenas os operadores económicos detentores do certificado, atribuído por uma agência ou organismo de controlo autorizado, que lhes confere a possibilidade de utilização do logótipo de produção biológica estão autorizados a exibi-lo (arts. 33.º e ss do Regulamento (UE) 2018/848). Em Portugal, a autoridade competente e de controlo é a Direção-Geral da Agricultura e Desenvolvimento Rural (DGADR), conforme Despacho Normativo n.º 9/2020, de 17 de agosto de 2020.

Faz-se, ainda, menção ao Regulamento de Execução (UE) 2021/279 da Comissão, de 22 de fevereiro de 2021, que estabelece normas de execução do Regulamento (UE) 2018/848 no que diz respeito aos controlos e outras medidas que asseguram a rastreabilidade e a conformidade em matéria de produção biológica e de rotulagem dos produtos biológicos e ao Regulamento Delegado (UE) 2021/771 da Comissão de 21 de janeiro de 2021 que complementa o Regulamento (UE) 2018/848, estabelecendo critérios e condições específicas para as verificações da contabilidade documental no âmbito dos controlos oficiais da produção biológica e dos controlos oficiais de grupos de operadores.

3.2.1. Modelo de Logótipo biológico da UE

De acordo com o anexo V do Regulamento (UE) 2018/848, o logótipo biológico da UE deve adotar a seguinte forma:



Figura 6 - Logótipo biológico da União Europeia

O logótipo biológico da UE pode ser utilizado a preto e branco “unicamente quando não seja praticável aplicá-lo a cores” (ponto 1.3. do anexo V do Regulamento (UE) 2018/848):



Figura 7 - Logótipo biológico da União Europeia opcional

De salientar que “quando [o logótipo biológico da UE] estiver associado a logótipos nacionais ou privados que utilizem uma cor verde diferente da cor de referência (...), o logótipo de produção biológica da União Europeia pode ser utilizado na referida cor diferente da de referência” (ponto 1.8. do anexo V do Regulamento (UE) 2018/848).



Figura 8- Formato geral dos números de código

De acordo com o ponto 2 do anexo V do Regulamento (UE) 2018/848, o “AB” diz respeito ao código ISO do país em que são realizados os controlos (al. a)), o “CDE” é “um termo, indicado em três letras a decidir pela Comissão ou por cada Estado-Membro, como «bio» ou «öko» ou «org» ou «eko», que estabelece uma ligação com a produção biológica” (al. b)) e o “999” é o número de referência atribuído pela autoridade competente.

4. O rótulo ecológico como ferramenta de auxílio ao combate ao *greenwashing*

Importa, primeiramente, destacar que o comportamento de consumo “desvinculado da preservação ambiental tende a submeter às gerações futuras a um ônus econômico e social intolerável, resultante do esgotamento de recursos e da poluição decorrente do uso indiscriminado de produtos provocadores de deterioração do meio ambiente”¹⁰⁵.

As “escolhas por práticas ilícitas ou antiéticas estão situadas no espaço de responsabilização dos empresários e não podem ser justificadas, sequer em tese, muito menos na prática, como uma atitude esperta ou natural da atividade”¹⁰⁶, como realçam, ainda, que “em nenhuma configuração a adoção de uma maquiagem verde está justificada. O empresário que supõe que uma das estratégias viáveis é vender a imagem de protetor do meio ambiente, criando a sensação no consumidor de que este está gastando um pouco mais para adquirir um produto que contribua para a sustentabilidade, sem que seu produto ou atividade suportem ações que de fato possam ser reconhecidas como sustentáveis é sempre uma prática nefasta e temerária”¹⁰⁷.

Nesse sentido, importa perceber como é que um consumidor pode aferir que determinado produto e/ou serviço é sustentável e foi produzido de forma sustentável quando a empresa produtora não está associada a nenhuma organização ou não possui nenhum prémio de sustentabilidade que a credibilize.

Por forma a fornecer tal informação, criaram-se os rótulos ecológicos: *ecolabel* e logótipo biológico da UE, já analisados em sede própria. Ambos funcionam como um importante instrumento de combate às práticas de *greenwashing*, pois conferem credibilidade ao produto que os ostenta e difere-o dos demais. No entanto, o rótulo ecológico da UE é um mecanismo com natureza voluntária e o logótipo biológico da UE, só tem carácter obrigatório quando se trata de produtos alimentares da União Europeia pré-embalados, produzidos e vendidos como produtos biológicos na União Europeia.

Assim, Inês Barros propõe como forma de atenuar a problemática do *greenwashing* e solucionar a confusão gerada nos consumidores sobre a sustentabilidade do produto, a implementação de uma noção jurídica de empresa sustentável, assente em alguns conceitos já existentes no ramo do

¹⁰⁵ Gorni et al. (2016), p. 12.

¹⁰⁶ Goes & Rebouças (2017), p. 97.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

Direito do Ambiente, bem como, o estabelecimento de um número mínimo de critérios que uma empresa terá de cumprir para que seja, juridicamente, considerada sustentável¹⁰⁸.

Em suma, os rótulos ecológicos, dada a sua natureza (em grande parte) voluntária, não consubstanciam panaceia para o *greenwashing*, sendo, por isso, necessário legislar e implementar políticas que assegurem práticas comerciais leais e reveladoras de verdadeira preocupação ecológica, alertando e informando os consumidores sobre o *greenwashing*. Deste modo, um dos mecanismos que poderia funcionar como um entrave a esta prática de comércio desleal, e em concordância com Inês Pena Barros¹⁰⁹, seria a criação de uma noção jurídica de empresa sustentável, a fim de se poder atribuir esta classificação às empresas que efetivamente e, apesar dos custos iniciais elevados, produzem os seus produtos e/ou serviços de forma sustentável, sem recorrer a “maquilhagens verdes” no que diz respeito ao *marketing* dos mesmos. Por outro lado, é premente divulgar e promover o rótulo ecológico europeu e o logótipo biológico da UE, para que os mesmos possam alcançar, cada vez mais, o fim a que se destinam.

Conclusão

Entende-se que os conhecimentos sobre as questões ambientais levam o consumidor a adotar atitudes e comportamentos de consumo sustentável e influenciam o seu comportamento de compra, uma vez que o consumo exacerbado e excessivo pode impactar negativamente a proteção do meio ambiente.

Como foi possível apurar, muitas empresas “aderem” ao mercado verde aplicando (aparentemente) práticas de responsabilidade social quando, na realidade, esta “adesão” faz-se com recurso a informação manipulada ou insuficiente. Apesar da elevada aposta das empresas na proteção ambiental, as práticas de *greenwashing* são, também, muito comuns o que contribui para a desconfiança dos consumidores nas informações que obtém.

Assim, o *greenwashing* ocorre quando as empresas/instituições/organizações, quer sejam públicas, quer sejam privadas, divulgam as suas práticas ecológicas como forma de promoção de um bem ou serviço, sem, contudo, alterarem o seu *modus operandi*, fazendo-se valer da preocupação pela preservação do meio ambiente, quando na verdade o único objetivo é a obtenção de lucro.

¹⁰⁸ Barros (2020).

¹⁰⁹ *Ibidem*.

Face ao exposto, é possível concluir que em momento algum a adoção do *greenwashing* está justificada por parte das empresas no exercício da sua atividade, pelo que a adoção de práticas ilícitas ou antiéticas não podem ser tidas como atitudes normais da atividade empresarial. Deste modo, quando um empresário equaciona se uma das estratégias viáveis na obtenção de lucro é vender a imagem de protetor do meio ambiente, criando no consumidor a ilusão de que está a gastar um pouco mais para adquirir um produto sustentável e ecológico que contribui para a proteção do meio ambiente, sem que, contudo, o seu produto suporte tais ideais, é sempre uma prática comercial desleal.

Em suma, o *greenwashing* é, portanto, uma prática de comércio desleal, mais concretamente, uma prática comercial enganosa, que se mune do discurso de proteção ambiental, tendo como único objetivo a obtenção de lucro.

Contudo, parece pouco concluir que a reparação do dano causado pela prática do *greenwashing* ao consumidor lesado conferida pelo art. 14.º, n.º 1, do RJPCD, seja solução suficiente. Pelo que se aguarda que a transposição da Diretiva (UE) 2024/825 para o ordenamento jurídico português confira uma solução mais adequada, a fim de se mitigar a prática do *greenwashing* que afeta, em primeira instância, o consumidor ludibriado pela mesma e, em última instância, o meio ambiente.

Os rótulos ecológicos foram criados com o intuito de encorajar os operadores económicos a conceberem produtos sustentáveis e oferecer aos consumidores a informação necessária para que estes possam escolher bens e serviços de forma consciente e informada.

No entanto, os rótulos ecológicos europeus (*ecolabel* e logótipo biológico da União Europeia), dado o seu carácter (essencialmente) voluntário, não funcionam como panaceia para o *greenwashing*, sendo para tal importante implementar uma noção jurídica de empresa sustentável, como forma de atribuição desta classificação às empresas que pretendem colocar no mercado bens e serviços orientados com os valores da sustentabilidade e da ecologia, a fim das distinguir das demais. A par desta implementação é, igualmente, importante divulgar e promover os rótulos ecológicos europeus, por forma a que estes consigam alcançar maior notoriedade e credibilidade.

Bibliografia

ALMEIDA, Susana, CASAL, Liliana (2022). *A nova agenda do consumidor e a prestação de informações sobre consumo sustentável: o greenwashing, branqueamento ecológico ou ecobranqueamento*, Edição Especial. Porto: Revista Jurídica Portucalense. [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(ne2v3\)2022.ic-09](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(ne2v3)2022.ic-09)

Almeida, Susana, (2023). *A tutela e a capacitação do consumidor para a transição ecológica: linhas gerais do quadro europeu e seus reflexos no ordenamento luso*. Coimbra, Almedina.

ALMEIDA, Susana, FROTA, Mário (2023). *Crises e refrações no quotidiano: a tutela do consumidor em contexto de crise climática*. Coimbra: Almedina.

BARROS, Inês Pena (2020). *Um novo conceito de “Empresa Sustentável”*: Uma análise à problemática do Greenwashing no contexto europeu, Edição n.º 23. Coimbra: Debater a Europa. https://doi.org/10.14195/1647-6336_23_4

COMISSÃO EUROPEIA (2013). *Flash Eurobarometer 367 Attitudes of europeans towards building the single market for green products Report*. Bruxelas: União Europeia. https://data.europa.eu/data/datasets/s1048_367?locale=pt

COMISSÃO EUROPEIA (2014). *Special Eurobarometer 416 Attitudes of european citizens towards the environment Report*. Bruxelas: União Europeia. https://data.europa.eu/data/datasets/s2008_81_3_416?locale=en

COMISSÃO EUROPEIA (2016). *Orientações sobre a aplicação da diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais que acompanha o documento comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: abordagem global para estimular o comércio eletrónico transnacional no interesse dos cidadãos e empresas da Europa*. Bruxelas: União Europeia.

COMISSÃO EUROPEIA (2017). *Special Eurobarometer 468 Attitudes of european citizens towards the environment Report*. Bruxelas: União Europeia. https://data.europa.eu/data/datasets/s2156_88_1_468_eng?locale=en

COMISSÃO EUROPEIA (2023). *Flash Eurobarometer 535 The EU Ecolabel Report*. Bruxelas: União Europeia. https://data.europa.eu/data/datasets/s3072_fl535_eng?locale=en

COMISSÃO EUROPEIA (2024a). *Strategic EU Ecolabel Work Plan 2020 - 2024*. Bruxelas: União Europeia.

<https://ec.europa.eu/environment/ecolabel/documents/EU%20Ecolabel%20Work%20plan%2020-2024%20Dec%202020.pdf>

COMISSÃO EUROPEIA (2024b). *EU Ecolabel facts and figures*. União Europeia.

https://environment.ec.europa.eu/topics/circular-economy/eu-ecolabel/business/ecolabel-facts-and-figures_en

DIREÇÃO-GERAL DAS ATIVIDADES ECONÓMICAS (2024). *Dados Estatísticos do REUE em Portugal*. Direção-Geral das Atividades Económicas.

<https://www.dgae.gov.pt/servicos/sustentabilidade-empresarial/rotulo-ecologico/dados-estatisticos-do-reue-em-portugal-.aspx>

GOES, Helder Leonardo de Souza, REBOUÇAS, Gabriela Maia (2017). *Responsabilidade empresarial e greenwashing: implicações éticas e jurídicas*, Edição n.º 1. Brasília: Revista de Direito e Sustentabilidade. <https://www.indexlaw.org/index.php/revistards/article/view/2005>

GORNI, Patrícia Monteiro, GOMES, Giancarlo, WOJAHN, Rafaelle Matte, PADILHA, Carolina Klein (2016). *Consciência ambiental e sua influência sobre o comportamento de compra com vistas a preocupação ambiental*, Edição n.º 1. Ceará: CONTEXTUS Revista. <https://www.redalyc.org/journal/5707/570761056002/570761056002.pdf>

KHOURI, Alice (2024). *Greenwashing: um efeito colateral na corrida do mercado pela sustentabilidade?*. Expresso. <https://expresso.pt/opiniao/2024-05-07-greenwashing-um-efeito-colateral-na-corrída-do-mercado-pela-sustentabilidade--f0e6c26d>

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2011). *As práticas comerciais desleais nas relações de consumo*. Revista Ordem dos Advogados. <https://portal.oa.pt/upl/%7B29c2d451-b398-486b-9842-a5cad254e869%7D.pdf>

NETTO, Sebastião Vieira de Freitas, SOBRAL, Marcos Felipe Falcão, RIBEIRO, Ana Regina Bezerra, SOARES, Gleibson Robert da Luz (2020). *Concepts and forms of greenwashing: a systematic review*, Edição n.º 19. Alemanha: Environmental Sciences Europe. <https://doi.org/10.1186/s12302-020-0300-3>

RAASCH, Michele, JÚNIOR, João Henriques de Sousa, ROCHA, Rudimar Antunes da (2021). *Consciência ambiental de consumidores e sua disposição a pagar*, Edição n.º 2. Belo Horizonte: REUNA. <http://revistas.una.br/index.php/reuna/article/view/1254>

REPÚBLICA PORTUGUESA (2021). *Ecobranqueamento: 75% das alegações ecológicas em páginas web são vagas e gerais*. Secretaria-Geral da Economia. <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/comunicado?i=ecobranqueamento-75-das-alegacoes-ecologicas-em-paginas-web-sao-vagas-e-gerais>

PAVIANI, Gabriela Amorim (2019). *Greenwashing: o falso marketing e a responsabilidade civil em relação ao consumidor*, Edição n.º 1. Goiânia: Revista de Direito e Sustentabilidade. <https://www.indexlaw.org/index.php/revistards/article/view/5525#:~:text=Neste%20sentido%20a%20pesquisa%20est%C3%A1%20voltada%20%C3%A0%20an%C3%A1lise,da%20boa-f%C3%A9%20transpar%C3%Aancia%20e%20direito%20a%20informa%C3%A7%C3%A3o%20verdadeira.>

SILVA, Daniel (2021). *The fight against greenwashing in the European Union*, Edição n.º 2. Minho: UNIO - EU Law Journal. <https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/article/download/4029/4052>

SILVA, Victor Henrique Medronha da (2018). *Consumo de produtos sustentáveis: indicadores que antecedem a disposição a pagar*. Pelotas: Universidade Federal de Pelotas. <https://guaiaca.ufpel.edu.br/handle/prefix/4329>

THE EUROPEAN CONSUMER ORGANISATION, INTERNATIONAL CONSUMER RESEARCH & TESTING (2023). *The great green maze: survey results from 16 countries*. Konsument. https://konsument.at/system/files/2023-11/Greenwashing-Umfrage%202023%20Bericht%20mit%20den%20wichtigsten%20Ergebnissen%20und%20Schlussfolgerungen_englisch.pdf

Desafios Emergentes para o Administrador Judicial:

Reflexões sobre Contextos em Transformação

Marília Vieira Castilho

Administradora Judicial

Doutoranda em Governação, Conhecimento e Inovação, da FEUC

mariliacastilho.aj@outlook.pt

Sumário: 1. Introdução. 2. A regulação jurídica da profissão de administrador judicial. 3. Conclusão.

Palavras-chave: administrador judicial; insolvência; recuperação de empresas; regulação

1. Introdução

Nas últimas duas décadas, a recuperação de empresas, mormente, a prevenção da insolvência, foi uma das matérias objeto de alterações legislativas mais profundas em Portugal. Durante este período, entrou em vigor o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas¹¹⁰, que foi depois sucessivamente alterado, em 15 ocasiões.

¹¹⁰ Doravante designado, abreviadamente, por CIRE.

É a par deste alinhamento jurídico-económico que o Administrador Judicial, comumente designado de auxiliar da justiça, passa a exercer funções com o intuito de recuperar e viabilizar empresas.

No seguimento das recentes alterações legislativas, em Portugal, os instrumentos jurídicos de recuperação de empresas pré-insolventes constituem uma temática preeminente, fruto das atuais circunstâncias, nomeadamente da mudança de paradigma liquidatório ao paradigma da recuperação, e de um movimento legislativo constante que obriga a repensar a relação de tensão entre o direito vigente e as necessidades do mercado.

No contexto da relevância teórico-prática desta temática, avulta a atuação do Administrador Judicial, enquanto ator que conduz e/ou acompanha o desenrolar dos processos de insolvência e recuperação de empresas.

Propomo-nos, neste desiderato, analisar e discutir o papel do Administrador Judicial, partindo da revisão da literatura existente sobre o tema, examinando os desafios enfrentados pelos Administradores Judiciais, as competências necessárias para exercer essa função de forma eficiente e identificando as melhores práticas no desempenho da sua atividade.

O tema centrar-se-á na figura do Administrador Judicial, na regulação jurídica da profissão e na sua atuação: poderes, deveres e responsabilidades, sendo que, para o efeito, faremos um breve enquadramento da figura do Administrador Judicial, no ordenamento jurídico português, afluando e explorando ainda as causas socioeconómicas que subjazem à mais recente alteração das suas funções.

Considerando o impacto negativo que o encerramento das empresas muitas vezes acarreta para a economia, a sociedade/devedora e os *stakeholders*, pretendemos compreender a evolução e o alargamento das funções do Administrador Judicial com vista a promover o crescimento económico, a recuperação de empresas e a conformidade com os padrões europeus.

2 - A regulação jurídica da profissão de Administrador Judicial

Os processos de pré-insolvência surgiram como resposta à crise financeira mundial de 2008¹¹¹ e esta mudança de paradigma veio acompanhada de mudanças profundas no mercado. Neste contexto, os decisores políticos, especialmente a União Europeia, fizeram proliferar legislação orientada para o resgate empresarial de onde eclodiram os processos de pré-insolvência e insolvência preventiva, assumindo particular relevância, no caso português, a instituição do processo especial de revitalização¹¹², em 2012, e a sua sucessiva revisão, em 2017, e mais recentemente em 2022, com a Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, que transpôs, para o Direito português, a Diretiva (UE) 2019/1023, em matéria de reestruturação e insolvência.

A chamada reforma do processo de insolvência, supostamente operada pela Lei 9/2022, de 11 de janeiro, ficou muito aquém duma verdadeira reforma nos termos em que a ansiavam os Administradores Judiciais, sendo que se desconhece se esse era, verdadeiramente, o intuito do legislador nacional.

A necessidade de aproximação ao ordenamento jurídico comunitário e a própria evolução da legislação nacional estiveram na base da entrada em vigor da Lei 9/2022, de 11 de janeiro, que surgiu na sequência do dever de transposição da Diretiva Comunitária (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Junho de 2019.

Num contexto de insolvência ou de pré-insolvência, e, depois de uma revisão bibliográfica preliminar, é indiscutível que as MPME¹¹³ deveriam ter sido o alvo da reforma legislativa operada pela Lei n.º 9/2022 de 11 de janeiro, o que malogradamente não se verificou¹¹⁴.

¹¹¹ Neste sentido, por exemplo, MEVORACH/WALTERS (2020), p. 855 e 856.

¹¹² Doravante designado, abreviadamente, por PER.

¹¹³ Hoje, justificadamente, a tendência é para a valorização da categoria da microempresa – MPME (Micro, Pequenas e Médias Empresas) /MSME (Micro, *Small and Medium Enterprises*), sendo que estas representam cerca de 90% do tecido empresarial e mais de 50% do emprego em todo o mundo.

¹¹⁴ Nesse sentido e criticando várias as soluções jurídicas adotadas pelo legislador português na transposição da Diretiva (UE) 2019/1023, SERRA, Catarina (2022); p. 85 a 112.; SERRA, Catarina (2022a), p. 14-31; OLIVEIRA, Nuno (2022-05-27) p. 953-1164. DINIS, David (2022), p. 42-62. LEITÃO, Luís M. (2022), p. 87-91. SILVA, Fátima (2022); p. 32-41.

É a par deste alinhamento jurídico-económico que o Administrador Judicial¹¹⁵, comumente designado de auxiliar da justiça, passa a exercer funções¹¹⁶ com o intuito de recuperar e viabilizar empresas¹¹⁷.

Pontuamos diversas alterações legislativas que em muito alteram a tramitação judicial por parte do AJ, desde logo:

- i. Ao nível da exoneração do passivo restante, cumpre assinalar a importância do processo de insolvência de pessoa singular na medida em que as dinâmicas económico-sociais conduziram a um estado de sobreendividamento¹¹⁸ dos agregados familiares que só por via da exoneração do passivo restante conseguem o almejado *fresh start*.
 - a) Nesta senda, a propósito das mais recentes alterações processuais deixou o AJ de ter a obrigatoriedade de apresentar cinco relatórios anuais¹¹⁹, reduzindo-se a três, prazo que pode, eventualmente, ser prorrogado¹²⁰.
 - b) Por outro lado, o AJ passou a ter a faculdade de diligenciar pela liquidação superveniente¹²¹ de bens.

¹¹⁵ Doravante designado, abreviadamente, por AJ. O administrador da insolvência ou administrador judicial (expressões sinónimas) é a pessoa que tem a responsabilidade de proceder à gestão ou à liquidação da massa insolvente - artigo 2.º do EAJ.

¹¹⁶ Sobre as funções do AJ – cfr. artigo 55.º do CIRE; sobre as competências do AJ – cfr. artigo 82.º, n.º 3, 4 e 5 do CIRE; sobre os deveres e o regime sancionatório do AJ – cfr. artigo 16.º e ss. da Lei 32/2004

¹¹⁷ Diferentemente do que sucedia no CPEREF – em que a lei distinguia entre as figuras do gestor judicial (designado no âmbito do processo de recuperação), e do liquidatário judicial (a quem incumbia proceder à liquidação do património do falido) –, o CIRE consagra atualmente a figura única do administrador da insolvência também designado administrador judicial.

¹¹⁸ A propósito do tema *vide*, FRADE, Catarina (2007) – “*Os resultados desta investigação mostram que nem mesmo o apagar das dívidas dos insolventes é garantia da sua recuperação económica. Se persistirem as debilidades estruturais que os conduziram àquela situação (desemprego, problemas de saúde, baixos rendimentos), é muito provável que voltem a reincidir e a sofrer novo revés financeiro. E contra isso nenhuma acção de educação financeira pós-falência consegue lutar.*”

¹¹⁹ Trata-se da primeira e da, quiçá, mais importante alteração legislativa com impacto para as pessoas singulares. A nova redação do artigo 235.º do CIRE, após a entrada em vigor da Lei 9/2022, de 11 de janeiro, reduziu de cinco para três anos o prazo nele previsto inicialmente.

¹²⁰ Nos termos do artigo 242.º - A do CIRE, passa a ser possível estender o período de cessão por um prazo máximo de 36 meses. Este artigo foi aditado pela Lei 9/2022, de 11 de janeiro e tem vindo a ser muito suscitado nos processos de insolvência de pessoa singular porque permite, por exemplo, regularizar a cessão de rendimentos. Deste modo, enquanto a Lei 9/2022 reduziu o período de cessão de cinco para três anos, também passou a prever uma prorrogação desse período por idêntico prazo, por uma única vez.

¹²¹ O artigo 241.º - A do CIRE, aditado pela Lei 9/2022, de 11 de janeiro, passa a prever uma liquidação superveniente, no caso de ingressarem no património do devedor bens ou direitos suscetíveis de alienação após o encerramento do processo de insolvência em virtude do despacho inicial de exoneração do passivo restante.

- ii) Operaram-se, igualmente, alterações ao regime legal da qualificação da insolvência: nomeadamente no que ao encurtamento dos prazos¹²² diz respeito (sem que, para o efeito, o AJ disponha de um prazo razoável para a recolha do suporte probatório tendente à instrução do referido apenso), facto que em muito limita a possibilidade de apuramento de responsabilidade e, conseqüentemente, reduz a possibilidade de ressarcimento dos credores.
- iii) Ao nível da tramitação dos PER, expressivas alterações tendentes a uma maior aprovação dos Planos de Recuperação:
 - i. Em primeiro lugar, foram alteradas as dinâmicas de votação e formação de maiorias tendentes à aprovação de um plano de recuperação em PER.
 - ii. Em segundo lugar, foram alteradas as regras de homologação dos planos de recuperação, em larga medida para responder à alteração das regras relativas à votação e formação de maiorias atrás referidas.
 - iii. Por fim, e já fora do âmbito de transposição da Diretiva, a Lei no 9/2022, alteraram-se, também, as regras de formação de maiorias respeitantes à aprovação do plano de recuperação em processo de insolvência.
 - iv) As alterações legislativas estenderam-se ainda às disposições relativas à liquidação do ativo (cfr. artigo 158.º e 169.º do CIRE) e à obrigatoriedade de elaboração de mapas de rateios parciais (cfr. artigo 178.º do CIRE), entre outros.

Neste contexto, a alteração legislativa opera necessariamente alterações profundas ao quotidiano dos AJ's que enfrentam sérios desafios para, com os mesmos (e poucos) meios, exercerem funções de tamanha complexidade e com prazos processuais tão curtos.

O AJ foi forjado como um auxiliar da justiça¹²³, investido numa função de natureza pública, compreendida dentro da função jurisdicional do Estado, desde logo, porque a sua nomeação é

¹²² O artigo 188.º do CIRE foi sucessivamente alterado pela Lei 16/2012, de 20 de abril, pelo D.L. 79/2017, de 30 de junho, e pela Lei 9/2022, de 11 de Janeiro. No seu n.º 1 fixa agora o prazo para apresentação do parecer em “15 dias após a assembleia de apreciação do relatório ou, no caso de dispensa da realização desta, após a junção aos autos do relatório a que se refere o artigo 155.º, cabendo ao juiz conhecer dos factos alegados e, se o considerar oportuno, declarar aberto o incidente de qualificação da insolvência, nos 10 dias subsequentes.”. Prazo este que apesar de prorrogável (e apenas caso o Tribunal expressamente admita a referida prorrogação) é manifestamente insuficiente.

¹²³ Vide, <https://tribunais.org.pt/Insolvencia-e-recuperacao-de-empresas/Lista-dos-Administradores-Judiciais>
São auxiliares da justiça todos aqueles que trabalham em órgãos auxiliares dos tribunais e do Ministério Público. Os administradores judiciais são agentes muito importantes no processo de insolvência, no processo especial de revitalização, no processo especial para acordo de pagamento, e no período de cessão dos 3 anos da exoneração do

competência do Juiz titular do processo¹²⁴ e, tal como os demais auxiliares da justiça, exerce funções¹²⁵ que auxiliam o Tribunal e o Ministério Público.

O artigo 2.^o¹²⁶ do CCAJ versa sobre ***Deveres deontológicos gerais*** e assinala que o administrador judicial é um “servidor da justiça e do direito” que tem de observar o cumprimento, pontual e escrupuloso:

- i. dos deveres consignados no Estatuto do administrador Judicial, nas demais disposições legais e regulamentares e no presente Código (n.º 1 do artigo 2.º);
- ii. dos deveres gerais de conduta profissional do administrador judicial, designadamente, a integridade, a imparcialidade, a lealdade e a cortesia (n.º 2 do artigo 2.º) ;
- iii. do dever de atuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, procedendo com a máxima urbanidade, nomeadamente para com colegas, magistrados, mandatários, operadores judiciários, partes, credores e demais intervenientes nos processos, e ainda funcionários notariais, das conservatórias e de outras repartições ou entidades públicas ou privadas (n.º 3 do artigo 2.º).

Neste desiderato, quando seja evidente que a empresa se manteve em laboração e em incumprimento generalizado das suas obrigações, o AJ deve, na elaboração do relatório a que alude o artigo 155.º do CIRE¹²⁷ e, bem assim, do parecer de qualificação a que alude o artigo 186.º do CIRE, exprimir o seu entendimento sobre se as demonstrações financeiras individuais e/ou consolidadas dão, ou não, uma imagem verdadeira e apropriada da insolvente. Para o efeito, deverá destacar as suas reservas e ênfases, identificando as incertezas materiais relacionadas com a continuidade da empresa em laboração, numa altura em que, e se for o caso, não possa ignorar o incumprimento generalizado em que se encontra.

passivo restante enquanto desempenham função de garantes de que os devedores cumprem as suas obrigações de informação sobre o seu património.

¹²⁴ Artigo 36.º, n.º 1, alínea b) e 52.º do CIRE.

¹²⁵ Sobre as funções do AJ – cfr. artigo 55.º do CIRE; sobre as competências do AJ – cfr. artigo 82.º, n.º 3, 4 e 5 do CIRE; sobre os deveres e o regime sancionatório do AJ – cfr. artigo 16.º e ss. da Lei 32/2004

¹²⁶ Regulamento n.º 497/2023 que aprova o Código de Conduta do Administrador Judicial pelo órgão de gestão da Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares da Justiça.

¹²⁷ Ressalve-se que o artigo 155.º, n.º 1, alínea b) do CIRE estatui expressamente que o relatório do AJ deve conter: “A análise do estado da contabilidade do devedor e a sua opinião sobre os documentos de prestação de contas e de informação financeira juntos aos autos pelo devedor.”

Os relatórios, pareceres e requerimentos do AJ não obedecem a um normativo técnico que tenha sido aprovado ou reconhecido pela CAAJ¹²⁸, mas é nosso entendimento que, cada vez mais, se impõe que estes documentos sejam normalizados (tal como sucede com outras classes profissionais, como sejam os ROC ou os Agentes de Execução) com o objetivo de evitar ambiguidades linguísticas ou dificuldades interpretativas que coloquem em causa os níveis de segurança, objetividade e isenção que se impõem à classe profissional em causa.

A par do novo direito da insolvência, resultante das novas e sucessivas alterações ao CIRE, impõe-se a adaptação da classe aos novos tempos, aos referidos contextos em transformação, que adensam a necessidade de estabelecer uma normalização das peças processuais-chave, impondo as necessárias conclusões e recomendações. Genericamente, referimo-nos à necessidade de condensar os factos que o AJ julgue pertinentes e úteis para a descoberta da verdade material.

Tanto os relatórios trimestrais da liquidação¹²⁹, quanto o relatório a que alude o artigo 155.º do CIRE¹³⁰ e o parecer de qualificação a que alude o artigo 186.º do CIRE¹³¹ constituem a face visível do trabalho desenvolvido pelo AJ para a descoberta das causas da declaração da insolvência e para sinalizar todos os negócios passíveis de resolução¹³², bem como todos os atos a praticar para assegurar uma eficiente liquidação do ativo.

Ora, as referidas peças processuais resultam do cumprimento dos deveres que impendem sobre o AI, como auxiliar da justiça, e, para a referida apresentação, impõe-se que seja verificada a regularidade dos livros, registos contabilísticos e demais documentos a que alude o artigo 24.º do CIRE.

Isto posto, não basta apreender os referidos elementos sem extrair da sua análise conclusões que permitam elucidar o Tribunal e os credores da viabilidade da liquidação, dos créditos passíveis de serem cobrados, do estado geral da contabilidade. Estas tarefas constituem essencialmente verificações e exames técnicos cuja elaboração está diretamente relacionada com deveres

¹²⁸ A Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares da Justiça (CAAJ) estabeleceu como objetivo estratégico dos seus Planos de Atividades, para os anos de 2021 e 2022, a regulamentação da atividade dos auxiliares da justiça sujeitos à supervisão da CAAJ e, neste âmbito, como objetivo operacional, regular as atividades dos auxiliares da justiça, designadamente através a publicação do Código de Conduta para os Administradores Judiciais.

¹²⁹ Nos termos do artigo 61.º do CIRE.

¹³⁰ É obrigatório mas não obedece, até ao momento, a uma estrutura formal.

¹³¹ É facultativo e não obedece, até ao momento, a uma estrutura formal.

¹³² Prevista nos termos do artigo 120.º e 121.º do CIRE.

específicos que se impõem aos AJ's¹³³, tais como o dever de cuidado na análise dos elementos a que alude o artigo 24.º do CIRE e, conseqüentemente, o dever de comunicação mediante a comunicação aos autos das suas conclusões e do Plano de Liquidação¹³⁴.

O dever de comunicação consiste em reportar aos autos todos os factos de que tenha conhecimento e que considere relevantes como o pagamento desigual aos credores antes da declaração da insolvência, caso seja passível de demonstrar que, naquela data, a administração não podia ignorar que a sociedade iria apresentar-se à insolvência.

A independência do AI está presente no planeamento e na execução da tramitação processual, pelo que se impõe identificar e neutralizar a ação de fatores que possam limitar ou condicionar a qualificação dos pareceres e requerimentos apresentados em juízo.

O artigo de PEPELS¹³⁵, sobre o papel dos AJ no regime alemão, analisa, com foco específico no Administrador da Insolvência, até que ponto as disposições do Regulamento Europeu de Insolvência permitem reestruturações eficientes. Embora o seu estudo incida sobre a recuperação de grupos de empresas, podem retirar-se ensinamentos valiosos da abordagem que faz ao AJ; às pessoas que realmente se qualificam como «administradores de insolvência»; às situações em que o devedor perde os poderes de administração e o AJ assume o controlo sobre os seus ativos e assuntos e/ou a sua reestruturação e, bem assim, a análise que faz dos deveres por que se devem reger o AJ e a empresa, no decurso de um processo de recuperação.

Por fim, com particular interesse para o estudo que pretendemos desenvolver, BUERGUER e BOTELHO analisam¹³⁶ a relação entre o juiz e o administrador judicial à luz da teoria da agência.

¹³³ LEITÃO Luís M. (2022); p. 226. O relatório do administrador da insolvência destina-se a permitir à assembleia deliberar sobre os termos ulteriores do processo, devendo por isso explicitar as diversas opções existentes e as conseqüências previsíveis de a assembleia deliberar num ou noutro sentido

¹³⁴ Preceitua o n.º 1 do artigo 158.º do CIRE: “Transitada em julgado a sentença declaratória da insolvência e realizada a assembleia de apreciação do relatório, **o administrador da insolvência procede com prontidão à venda de todos os bens apreendidos para a massa insolvente, independentemente da verificação do passivo, na medida em que a tanto se não oponham as deliberações tomadas pelos credores na referida assembleia, apresentando nos autos, para o efeito, no prazo de 10 dias a contar da data de realização da assembleia de apreciação do relatório, um plano de liquidação de venda dos bens, contendo metas temporalmente definidas e a enunciação das diligências concretas a encetar.**” (negrito nosso)

¹³⁵ «Group concerns and communication and cooperation between practitioners under the European Insolvency Regulation (Part I) » Int Insolv Rev. 2023; 32:497–537.

¹³⁶ BUERGUER, João F. / BOTELHO, Martins M. (2022). pp. 131-145

Segundo a sua leitura, o juiz “contrata” o AJ, sendo que o primeiro nomeia o segundo, fixando-lhe remuneração (no caso, a variável, porque a remuneração fixa, em Portugal, decorre da lei), para realizar tarefas sob a sua subordinação. Todavia, sublinham os autores, desta relação tendem a decorrer conflitos com origem em objetivos distintos, assimetria informacional e diferentes propensões ao risco.

Em Portugal, a nomeação¹³⁷ do administrador da insolvência só pode recair sobre pessoas constantes das listas oficiais de administradores de insolvência.

O artigo 2.º n.º 2 do CCAJ, intitulado “Deveres deontológicos gerais” destaca como “deveres gerais de conduta profissional do administrador judicial, designadamente, a integridade, a imparcialidade, a lealdade e a cortesia.”. Deste modo, engloba a integridade e a consequente isenção, bem como a imparcialidade, na sua atuação e julgamento. A importância de o AI elaborar bons juízos profissionais está patente nas diversas disposições reguladoras da sua atividade profissional¹³⁸.

Para uma melhor compreensão do papel do AJ, relevam ainda estudos¹³⁹ que se debruçam sobre uma gestão eficiente dos processos, nomeadamente, pelo apuramento de como a falta de transparência e informações assimétricas influenciam o processo de insolvência, levando a escolhas desfavoráveis e resultados menos positivos para as partes envolvidas.

O objeto do nosso estudo – a natureza e a atuação do AJ - afigura-se pertinente, desde logo atenta, contrariamente a outros países¹⁴⁰, a escassez, em Portugal, de estudos sobre a importância do Administrador Judicial enquanto entidade especializada em recuperação de empresas.

¹³⁷ Leitão, Luís M. (2022); p. 145 – “O estatuto do administrador da insolvência é actualmente regulado pela Lei 22/2013, de 26 de fevereiro publicada em anexo. Nos termos do art. 13.º, n.º 1, dessa lei, salva a hipótese do art. 53.º do CIRE, a nomeação do administrador da insolvência só pode recair sobre pessoas constantes das listas oficiais de administradores de insolvência. Para além disso, salvo no caso previsto no n.º 2 deste artigo 52.º do CIRE, a nomeação do administrador de insolvência deve efectuar-se por processo informático que assegure a aleatoriedade da escolha e a igualdade na distribuição nos processos (art. 13.º, n.º 2, da Lei 22/2013). Não sendo possível ao juiz recorrer a esse sistema informático deve procurar nomear os administradores com base nos mesmos critérios, a partir das listas oficiais (art. 13.º, n.º 3, Lei 22/2013).”

¹³⁸ Com particular incidência no Código de Conduta do Administrador Judicial; no Código de Insolvência e Recuperação de Empresas e no Estatuto do Administrador Judicial.

¹³⁹OLABARRIETA, Unai/ SAN-JOSE, Leire/ ARAUJO, Andrés (2023).

¹⁴⁰ Por exemplo, LUCAS, F. P. (2021); pp. 21 a 44

Conclusão:

No contexto da relevância teórico-prática desta temática, avulta a atuação do Administrador Judicial (AJ), enquanto ator que conduz e/ou acompanha o desenrolar dos processos de insolvência e recuperação de empresas. O nosso estudo tem-se desenvolvido essencialmente em torno da discussão entre o estatuto e o papel do Administrador Judicial, à luz do que parece ser um quadro de tensão entre o direito vigente e as necessidades do mercado. Muita dessa tensão resulta, por sua vez, da existência de um quadro jurídico nacional sobre insolvência e recuperação largamente dominado pela regulação da União Europeia e, em parte, marcado pelas características de economias centrais transpostas para a uma economia semiperiférica.

É facto inequívoco que o vasto leque de matérias (jurídico-económicas) que são objeto de análise por parte do AJ justificam um rigoroso quadro legal que garanta a observância do princípio da independência e as suas diversas derivações. A independência representa mais do que uma antecâmara do princípio da idoneidade, basilar no trabalho de um AJ criterioso e ordenado e é o fundamento para se lograr alcançar o almejado prestígio social da profissão, na medida em que notifica o público do seu empenho na proteção de interesses comuns e asseverando que o AJ executa o seu trabalho respeitando escrupulosamente os interesses da sociedade e dos seus credores.

A ética e a deontologia são ferramentas fundamentais para que não se ultrapassem «linhas vermelhas» no exercício profissional. As obrigações e o seu respeito do ponto de vista deontológico permitirão diferenciar a classe dos Administradores Judiciais das outras profissões e credibilizar o trabalho desenvolvido pela generalidade dos Administradores Judiciais.

Nesse aspeto, a presença do deontólogo, por intermédio da intervenção da CAAJ, é importante para manter a certeza e a segurança jurídicas no âmbito dos processos judiciais em que é nomeado um Administrador Judicial. Os profissionais em funções, atualmente inscritos nas listas oficiais da CAAJ, devem ter em consideração que todas as decisões que envolvam um certo grau de subjetividade no que diz respeito a direitos e obrigações devem estar devidamente fundamentadas nos autos, de forma que o resultado seja justo para todas as partes envolvidas.

É, aliás, sob o desígnio da redução do risco de falta de independência que se justifica o amplo catálogo de incompatibilidades aplicáveis aos AJ's. No CCAJ este princípio é densificado no artigo 8.^o¹⁴¹ que versa sobre “Incompatibilidades, impedimentos e suspeições”, que estatui que os AJ's devem exercer a sua atividade tendencialmente em regime de exclusividade (situação que, em abono da verdade, se tem revelado quase impossível de executar, atentos os exíguos processos em distribuição nos últimos anos).

Sem prescindir, são de cumprimento obrigatório as regras do regime de incompatibilidades, impedimentos e suspeições previstas no Estatuto do Administrador Judicial e demais legislação aplicável, bem como as instruções e regulamentos aprovados pela CAAJ, relativos ao respetivo exercício de funções.

A formação e a competência do AJ traduzem-se na obrigação do AJ pautar o exercício de funções por uma conduta profissional solidamente fundamentada ao nível técnico, observar os deveres de cuidado em todas as fases de tramitação processual e ser diligente e tempestivo na tomada de decisões, sobretudo no que à resolução de negócios e liquidação de ativo diz respeito.

A Insolvência e a Recuperação de empresas tendem a ser vistas como “um subsistema “único” do direito comercial, ligado a questões de interesse público e que visa promover um processo justo tendo em conta interesses de múltiplos grupos de partes interessadas, para maximizar o valor, minimizar o desperdício e permitir o resgate de negócios viáveis”¹⁴².

No seguimento do exposto, ao AJ impõe-se nunca atentar contra a dignidade e prestígio das funções¹⁴³ que exerce e respeitar sempre o vasto leque de deveres profissionais.

¹⁴¹ Regulamento n.º 497/2023 que aprova o Código de Conduta do Administrador Judicial pelo órgão de gestão da Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares da Justiça.

¹⁴² Neste sentido, por exemplo, Irit Mevorach / Adrian Walters, «The Characterization of Pre-insolvency Proceedings in Private International Law», *European Business Organization Law Review*, 2020, p. 856.

¹⁴³ O artigo 5.º do Código de Conduta do Administrador Judicial, versa sobre o **Exercício da atividade** e sublinha a importância de o AJ atuar com o máximo rigor e ponderação, diligência e competência, concretizando no n.º 2 do referido artigo os deveres que sobre ele impendem:

- a) A maximização da satisfação dos interesses dos credores;
- b) A defesa do prestígio da profissão;
- c) O respeito pelas regras e formalidades legais;
- d) A clareza, acessibilidade e inteligibilidade dos atos que praticam e dos documentos que elaboram;

Bibliografia

SANTOS, A. & REIS, J. (2018), “Portugal: uma semiperiferia reconfigurada”, e-cadernos CES, 29.

CORDEIRO, A., LEITÃO, L., OLIVEIRA, M. & CORREIA, F. (2024), Estudos sobre Insolvência e Recuperação de Empresas. [[VitalSource Bookshelf version]]. Retrieved from <vbk://9789894015833>.

A GURREA-MARTÍNEZ (2018), The future of reorganization procedures in the era of pre-insolvency law., Ibero-American Institute for Law and Finance Working Paper No 6/2018. Singapore Management University School of Law Research Paper No 34/2019.

FRADE, CATARINA (2007), A regulação do sobreendividamento, Tese de Doutoramento, Coimbra.

SERRA, CATARINA (2009), A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito: o Problema da Natureza do Processo de Liquidação Aplicável à Insolvência no Direito Português», Coimbra Editora, Coimbra.

SERRA, CATARINA (2022), Empresas e “Human Rights Due Diligence – Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes”. in DSR, vol. 27, (em curso de publicação), n.º 4 do texto.

SERRA, CATARINA (2022), Nova reestruturação de empresas: perspetivas e coordenadas em tema de Micro e Pequenas Empresas (para depois da Lei no 9/2022, de 11 de janeiro), VI Congresso de Direito das Sociedades em Revista, [[VitalSource Bookshelf version]]. Retrieved from <vbk://9789894005483>.

e) O zelo e a competência na utilização dos meios legais que lhe permitem aceder às informações necessárias à gestão dos processos de que são responsáveis;

f) A prestação de contas nos termos da lei, entregando prontamente, quando devido, todas e quaisquer quantias, objetos ou documentos de que sejam detentores devido à sua atuação como administradores judiciais;

g) A não aceitação de designação para novos processos ou requerimento da suspensão de designação para novos processos quando não disponham das competências ou dos meios necessários para o efetivo acompanhamento de novos processos;

h) A manutenção da informação relativa ao estado de cada processo;

i) Uso de endereço eletrónico fornecido pela CAAJ.

SERRA, CATARINA (2022), Formação de categorias e aprovação do plano de recuperação no quadro do Processo Especial de Revitalização – Primeiras observações críticas à Lei no 9/2022, de 11 de Janeiro.

SERRA, CATARINA (2022), Conferência ‘O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a transposição da Diretiva 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho’, Ministério da Justiça.

DINIS, D., STAND-STILL (2022), cláusulas ipso facto e new money após a transposição da Diretiva», Conferência ‘O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a transposição da Diretiva 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho’, Ministério da Justiça.

SILVA, FÁTIMA REIS (2022), Proposta de Lei 115/XIV/3a – na versão da proposta conjunta do GPPSD e GPPS – Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, Conferência ‘O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a transposição da Diretiva 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho’, Ministério da Justiça».

LUCCAS, FERNANDO POMPEU (2021), A importância do Administrador Judicial enquanto agente especializado nas Recuperações Judiciais e Falências, e os recentes acréscimos e mudanças sobre seus deveres, advindos da Lei n.º 14.112/2020”. Revista dos Tribunais.

MEVORACH, I. & WALTERS, A. (2020), The Characterization of Pre-insolvency Proceedings in Private International Law», European Business Organization Law Review.

MACHADO, JOSÉ GONÇALVES (2023), Instrumentos de Recuperação de Empresas Pré-insolventes - Princípios orientadores, RERE e PER. [[VitalSource Bookshelf version]]. Retrieved from vbk://9789894010296.

REIS, JOSÉ (2023), A Economia Portuguesa - Formas de Economia Política numa periferia persistente (1960-2017), Coimbra: Edições Almedina, 2018. [[VitalSource Bookshelf version]]. Retrieved from vbk://9789724073835.

REIS, JOSÉ (2004), Estado, Mercado e Comunidade: A economia portuguesa e a governação contemporânea. Revista Crítica de Ciências Sociais..

REIS, J. & RODRIGUES, J. (2011), Portugal e a Europa em crise.

BUERGER, J. F. & BOTELHO, M. M. (2022), *The Judicial Administrator and the Agency Theory*» EALR, V. 13, nº 3.

FERNANDES, L. C. & LABAREDA, J. (2013), *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado*, 2a Ed., Quid Juris, Lisboa.

LEITÃO, LUÍS MENEZES (2022), *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas - Anotado*, 12th Edition, Coimbra. [[VitalSource Bookshelf version]]. Retrieved from <vbk://9789894006015>.

OLABARRIETA, U., SAN-JOSE, L. & ARAUJO, A. (2023), *The lemon market of insolvency proceedings in Spain in the new normal Information asymmetry and adverse selection problems* Cogent Business & Management, 10:3, 2266656 , DOI: 10.1080/23311975.2023.2266656