

# REVISTA

## ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714. v. 4, n. 2 (maio-ago. 2023)



Neste número:



# REVISTA

# ULTRACONTINENTAL DE

# LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714

Volume 4, número 2 (maio-ago. 2023)

#### **Fundadores**

Professor Doutor Richardson Xavier Brant  
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso

#### **Editor**

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

**Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**

Montes Claros, Minas Gerais, Brasil

2023

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA  
©COPYRIGHT: ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA  
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 4, n. 2, maio-ago. 2023)  
Revista fundada em maio de 2020 pelo Professor Doutor Richardson Xavier Brant e pelo  
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso.

**Histórico dos Editores da Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso – de maio de 2020 até ...

**Editor**

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso - Montes Claros, Minas Gerais, Brasil.

**Conselho Editorial**

Professora Doutora Alessandra Galli Aprá - Escola da Magistratura do Paraná (EMAP), Curitiba - Paraná, Brasil.

Professora Doutora Alessia Megliacane - Centre Georg Simmel da Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris - Paris, France.

Professora Doutora Aranzazu Roldán Martínez - Universidad Europea de Madrid - Madrid, España.

Professora Doutora Carmen Grau Pineda - Universidad de Las Palmas de Gran Canaria - Las Palmas de Gran Canaria, España.

Professor Doutor Diego Megino Fernández - Universidad de Burgos - Burgos, España.

Professor Doutor George Mousourakis - Hiroshima University - School of Law - Graduate School of Humanities and Social Sciences - Higashihiroshima and Hiroshima, Japan.

Professor Doutor Gonçalo Nicolau Cerqueira de Melo Bandeira - ESG/IPCA-Regional University Network-EU e JusGov-Universidade do Minho - Minho, Portugal.

Professora Doutora Irene Maria Portela - Instituto Politécnico do Cávado e do Ave - Barcelos, Portugal.

Professor Doutor J. Eduardo López Ahumada - Universidad de Alcalá - Madrid, España.

Professor Doutor José María Pérez Collados - Facultat de Dret - Universitat de Girona - Girona, España.

Professora Doutora Nesrin Akin - Doğuş University Faculty of Law, Commercial Law Department - Istanbul, Turquia.

Professor Doutor Omar Huertas Díaz - Universidad Nacional de Colombia - Bogotá, Colombia.

Professora Doutora Paula Quintas - Universidade Portucalense; Instituto Superior de Entre Douro e Vouga (ISVOUGA) - Porto, Portugal.

Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto (licenciado das atividades letivas para o exercício do cargo de Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça - a Corte Suprema - de Portugal)

Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares - Universidade Federal da Bahia - Salvador - Bahia, Brasil.

Professor Doutor Richardson Xavier Brant - Universidade Estadual de Montes Claros - Montes Claros - Minas Gerais, Brasil.

Professora Doutora Rocio Martín Jiménez - Universidad CEU San Pablo de Madrid - Madrid, España.

Professora Doutora Tatiana Ribeiro Viana - Roma, Itália.

Professor Doutor Zulmar Fachin - Universidade Estadual de Londrina - Coordenador do Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias da Escola de Direito das Faculdades Londrina - Londrina - Paraná, Brasil.

**Organização, padronização e revisão linguística**

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

**Diagramação/editoração gráfica/leiaute da capa**

Maria Rodrigues Mendes

**Ficha Catalográfica**

Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica. Vol. 4, n.º 2. Montes Claros/MG, Brasil, Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, 2023.

Quadrimestral

ISSN: 2675-6714

1. Literatura jurídica. 2. Letras jurídicas. 3. Cultura jurídica. 4. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros. 5. Iniciação Científica.

CDU: 34:008(05)(06)

**Catálogo:** Helenilza Santana dos Santos - Bibliotecária CRB 13/871

**ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS**

Endereço: R. Francisco Versiane Ataíde, 389/703, Bairro Cândida Câmara, Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, CEP 39401-039.

Correspondência e submissão de artigos  
(ver normas de publicação, nas últimas páginas desta Revista):  
revista.ultracontinental@gmail.com

Achoimre  
Contents  
Crynodeb  
Kokkuvõte  
Қорытынды  
Kopsavilkums  
Összefoglalás  
Overzicht  
Özet  
Përmbledhje  
Резиме  
Резюме  
Podsumowanie  
Povzetek  
РЭЗИОМЭ  
Resum  
Resumé  
Resumen  
Rezumat  
Sammanfattning  
Sammendrag  
Santrauka  
Sažetak  
Sommaire  
Sommario  
Sommarju  
Souhrn  
Summary  
Yfirlit  
Yhteenvedo  
Zhrnutie  
Zusammenfassung  
Περίληψη

# SUMMARIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	6
 <b>DOUTORADO</b>	
<b>Ana Clara Azevedo de Amorim</b> Promoção da Igualdade de Género na Publicidade: abordagem comparada de direito luso-brasileiro.....	14
<b>Carmen Rosa Rocha Chacón</b> El Estado Constitucional de Derecho y el Control de Constitucionalidad.....	39
<b>Giuseppe Cassano</b> Responsabilità per Violazione on line del Diritto d'Autore: una singolare Sentenza del Tribunale di Roma ed un tentativo di fare chiarezza.....	65
<b>Jesús Cruz Villalón</b> Texto y Contexto de la Reforma Laboral en España de 2021 para la Pospandemia	91
<b>Juan Antonio Martos Núñez</b> La Responsabilidad de las Personas Jurídicas por Delitos Ambientales en el Derecho Penal Español.....	155
<b>Omar Huertas Díaz, Luz Mireya Mendieta Pineda, Edson Romario Pérez Martínez</b> Principios de la Responsabilidad Penal para Adolescentes: marco de protección y sanciones de la justicia en menores en Bolivia y Colombia.....	174
<b>Pedro Fernández Sánchez</b> Sobre a Reforma de 2022 da Legislação Portuguesa de Contratação Pública.....	193
<b>Remedios Roqueta Buj</b> La Extinción de los Contratos de Trabajo Irregulares en las Administraciones Públicas Españolas: evolución.....	216
<b>Tacyana Karoline Araújo Lopes, Márcio Henrique Pereira Ponzilacqua, Paulo Henrique Campos Leite, Daiene Ferreira Lisboa</b> Limites e Possibilidades dos Conselhos Municipais de Meio Ambiente na Construção da Democracia Participativa: um relato de experiência a partir dos Conselhos do Norte de Minas Gerais.....	237
 <b>ESTUDOS CONTINUADOS</b>	
<b>Paulo Ferreira da Cunha</b> Semânticas & Narrativas (de Alguns Aspetos Linguísticos no Subsolo Constitucional)	248
<b>CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO</b> .....	267

Cyflwyniad  
Cur i Láthair  
Bemutatás  
Erindi  
Esittely  
Ettekanne  
Præsentation  
Präsentation  
Predstavenie  
Predstavitev  
Presentació  
Presentación  
Presentatie  
Presentation  
Présentation  
Presentatioun  
Presentasjon  
Presentazione  
Prezantim  
Prezentace  
Prezentacija  
Prezentācija  
Prezentacja  
Prezentare  
Prezentazzjoni  
Pristatymas  
Sunum  
Taisbeanadh  
Тұсаукесер  
Παρουσίαση  
Презентација  
Презентация  
Презентація  
Прэзентацыя  
Представяне

APRESENTAÇÃO

**A** intenção maior da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é a publicação de artigos científicos de qualidade internacional. Arrebanhar artigos científicos de expoentes do Direito em todos os Continentes, na maioria dos países, é um objetivo que, com a graça de Deus, vem sendo alcançado.

Há uma variação de países que são as origens dos autores. Há novos autores que se incorporam à Revista, fornecendo combustível novo para o veículo. E há renovação de publicação de alguns autores, por serem de qualidade destacável no mundo jurídico.

O que se deseja é o reconhecimento. Não apenas da comunidade acadêmica que publica, mas também de outros cientistas que tenham potencial para submissão de artigos científicos para análise e, se aprovados, serem publicados os correspondentes textos.

Neste número – o segundo, do volume 4 – de maio a agosto, há artigos científicos de autoria de dez pessoas, de seis países diferentes. Países que se acham incrustados em dois Continentes distintos (América – do Sul – e Europa).

A entrada de cada autor, nas páginas da Revista, dá-se em ordem alfabética.

## **DOUTORADO**

PORTUGAL. A **Professora Doutora Ana Clara Azevedo de Amorim** é autora de vários livros envolvendo Direito do Consumidor e Direito da Publicidade. Com exclusividade para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, a autora escreveu o artigo científico com o nome de “Promoção da Igualdade de Género na Publicidade: abordagem comparada de direito luso-brasileiro”. A comparação central é no Código da Publicidade, de Portugal, com a legislação brasileira, o Código de Defesa e Proteção ao Consumidor. Dentro da publicidade como um todo, a autora colocou foco na questão das propagandas e anúncios

em que a mulher é utilizada como ser diminuído e até sob apelo sexista ou com redução das atividades, chegando ao ponto de uma publicidade dizer que a mulher é “quente” enquanto o homem é “inteligente”, para mostrar um produto “quente e inteligente” ao mesmo tempo. O texto mostra as situações enfrentadas pelo Auto Regulação Publicitária (de Portugal) e pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Brasil). Embora o cerne de todo o texto jurídico envolva Portugal e Brasil, a autora também faz referência à legislação comparada vigente na Alemanha, Bélgica, Espanha, Finlândia, Noruega, no Reino Unido e na Suíça. A fundamentação doutrinária – além de a própria autora ser uma doutrinadora de nome internacional – é buscada em autores da Alemanha, do Brasil, da Espanha, da Inglaterra, da Itália, de Portugal e da Suíça.

BOLÍVIA. Da parte da **Professora Doutora Carmen Rosa Rocha Chacón**, vem a colaboração com o artigo científico denominado “El Estado Constitucional de Derecho y el Control de Constitucionalidad”. O texto trata do Direito Constitucional interpretado pela Corte Suprema e o Direito Internacional e Direitos Humanos segundo a visão da Corte Interamericana de Derechos Humanos. O tema é desenvolvido colocando as questões constitucionais em face da dignidade da pessoa humana, da soberania popular, o poder democraticamente assumido, a garantia dos direitos fundamentais, as garantias constitucionais em favor da pessoa humana e, sobretudo, a apresentação da Constituição como sendo a norma jurídica garantidora de todos os demais direitos. Para fundamentar o trabalho, a autora mostra conceitos estrelados por autores de bom nome e as decisões das Cortes Superiores de vários níveis espaciais (Bolívia e outros países, bem como a atuação da Corte Internacional de Derechos Humanos).

ITÁLIA. O **Professor Doutor Giuseppe Cassano** é editor de uma Revista que tem por tema o direito ligado à internet e às tecnologias. Escreve, continuamente, muitos artigos científicos sobre o tema dos direitos digitais e autorais. Desta vez, a sua participação na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** se dá com o artigo denominado “Responsabilità per Violazione on line del Diritto d’Autore: una singolare Sentenza del Tribunale di Roma ed un tentativo di fare chiarezza”. A análise é sobre os provedores de internet e a possível violação dos direitos autorais. A discussão ultrapassa o campo da hospedagem do conteúdo, descendo a detalhes sobre o acesso que as pessoas têm aos conteúdos postados e que, muitas vezes, quem copia esse material o utiliza como se fosse próprio. A irregularidade pela violação do direito autoral é de autoria de quem copia, mas há o fato de o provedor de internet ter disponibilizado o material. E ainda comporta debate sobre a exclusão dos arquivos, sem interferência dos seus correspondentes autores. A contrafação – crime de copiar conteúdo e trabalhos de autoria alheia – foi julgada pelo

Tribunal de Roma que, em um dos Acórdãos, optou por rumo diferenciado do comum, já tradicional e fincado na jurisprudência dominante na Itália e na Europa, em relação ao valor da indenização devida em face da violação dos direitos autorais. A complexidade do Acórdão não é tudo, mas é importante. O mais relevante, porém, é que houve a emissão de um novo entendimento, que capitaneará outras decisões semelhantes na Itália e, a partir dali, a Europa e o mundo. O artigo se propõe a, com fundamentação em diversos autores da área, tratar o tema para torná-lo acessível.

ESPAÑA. O Direito, como um todo, tem por padrão maior a sua mutabilidade. A função do Direito é se adaptar ou se acomodar em relação ao tempo em que ele caminha. Um segmento do Direito causa muito impacto, e de forma imediata, sobre os ombros de muita gente: o Direito do Trabalho. As mudanças ocorridas no seio do Direito do Trabalho modificam as relações trabalhistas, os direitos trabalhistas e até mesmo a oportunidade de emprego e geração de renda familiar. Atento a essa condição, o **Professor Doutor Jesús Cruz Villalón** está sempre à frente, quando se trata de temas do Direito do Trabalho na Espanha. Autor de livro sobre a disciplina, em sua décima sexta edição e de muito sucesso – dentre outras publicações – o autor comparece na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** com o artigo científico com o título de “Texto y Contexto de la Reforma Laboral en España de 2021 para la Pospandemia”. A análise central é na reforma das leis trabalhistas levada a efeito no fim do ano de 2021, refletindo os efeitos do trabalho à distância e da perda de vagas de trabalho como resultado das imposições do isolamento social capitaneadas pelas autoridades em nome de uma pandemia. A discussão é sobre os limites em termos de campos que a legislação atacou. O texto remete o complemento do estudo a outros artigos de uma Revista espanhola. Assim, os interessados poderão acessar o trabalho e, em caso de necessidade de procura por uma profundidade em um determinado tema, estudar os pormenores.

ESPAÑA. As questões ambientais são universais. Embora haja como individualizar a pena e identificar o causador do dano, o malefício causado por um dano ambiental é um direito difuso, interessante a todos, de todas as partes do planeta. Um tema atualizadíssimo é o descrito com exclusividade para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**. O autor é o **Professor Doutor Juan Antonio Martos Núñez**. O produto literojurídico se chama “La Responsabilidad de las Personas Jurídicas por Delitos Ambientales en el Derecho Penal Español”. A responsabilidade ambiental está destacando as pessoas jurídicas causadoras de danos ambientais e como individualizar a pena a ser suportada ora pela própria pessoa jurídica – como as reparações, recomposições e indenizações – ou pelas pessoas naturais que respondem pela ficção jurídica chamada empresa. A análise tem por fundamento jurídico as leis ambientais espanholas e as responsabilidades difusas, mundialmente aceitáveis, aplicáveis

aos causadores de danos ambientais. Os autores estudados pelo autor do artigo científico trazem o tema à luz desde várias décadas atrás, em demonstração que a sensibilidade em relação aos crimes ambientais não é novidade dos presentes dias. Também há fundamentação em livros novíssimos, abordando o tema compreendido pelo Direito Ambiental, pelo Direito Penal Ambiental e pelo Direito Internacional.

COLÔMBIA. Os estudos da **Professor Doutor Omar Huertas Díaz**, da **Professora Doutora Luz Mireya Mendieta Pineda** e do **Professor Edson Romario Pérez Martínez**, resultaram na produção do artigo científico “Principios de la Responsabilidad Penal para Adolescentes: marco de protección y sanciones de la justicia en menores en Bolivia y Colombia”. Os investigadores (pesquisadores) integram o Grupo de Pesquisa “Derechos Humanos y Medio Ambiente” da Universidad Pedagógica y Tecnología de Colombia, Grupo este que recebeu o apoio do “Grupo de Investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica Extrema Ratio IUNAL”. O trabalho desenvolvido, como o título sugere, aponta um estudo comparativo da política punitiva das transgressões cometidas por adolescentes no Colômbia e na Bolívia. Há fundamentação da pesquisa em leis de ambos os países, na Constituição (como Lei Maior) também de cada um dos países citados e, também, nas decisões da Corte Constitucional de Colômbia, especialmente em relação (com estudo mais aprofundado) a três Acórdãos.

PORTUGAL. Como em pouquíssimos outros países, Portugal tem um Código dos Contratos Públicos. Por lógica consequência, o tema dos “contratos públicos” é uma disciplina autônoma, com legislação própria, com doutrina apropriada e, como disciplina, presente em diversos Cursos de Direito. Alguns autores são referência em termos de Contratos Públicos, em Portugal. Um deles é o **Professor Doutor Pedro Fernández Sánchez**, da Universidade de Lisboa. O autor é integrante de grupos de pesquisas sobre o tema e sempre publica em revistas especializadas no segmento. Exatamente: há revistas em Portugal que publicam somente comentários jurídicos envolvendo contratos públicos. O autor em referência escreveu o novíssimo artigo científico que traz como cabeçalho o nome “Sobre a Reforma de 2022 da Legislação Portuguesa de Contratação Pública”. A indicação nasce aí: no ano de 2022, o Decreto-Lei 78/2022, de 02-12-2022, alterou a Lei 30/2021, de 21 de maio de 2021. O que demonstra que a legislação vem acompanhando o tempo. As modificações, na Lei de 2021, feitas pelo Decreto-Lei de 2022, são muitas. E são motivos para publicação de artigos científicos e livros por parte de diversos autores da especialidade. Um destes textos, novinho, está inserto nesta Revista.

ESPAÑA. O Direito do Trabalho tem por objeto de estudo o segmento em que estão elencadas vulnerabilidades em relação aos sujeitos envolvidos na espécie contratual. Muito mais vulneráveis são os trabalhadores sem uma renda

fixa, sem uma contratação permanente ou que dependem de tarefas a serem executadas. A **Professora Doutora Remedios Roqueta Buj**, leciona Direito do Trabalho e Previdência/Seguridade Social na Universidade de Valencia. Autora de livros e atuante com permanentes atualizações dos seus trabalhos acadêmicos com autoria de artigos jurídicos, escreveu para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** o artigo científico “La Extinción de los Contratos de Trabajo Irregulares en las Administraciones Públicas Españolas: evolución”. O foco é o trabalho de contrato temporário e, mais especificamente ainda, o momento da rescisão, do corte do vínculo empregatício. Embora haja lei regulando o trabalho temporário, o que o artigo demonstra é que há fraude ou tentativa de fraude nos contratos que deveriam ser por prazo indeterminado, sendo tidos como temporários apenas para causar prejuízo ao trabalhador e vantagem econômica à Administração Pública. O estudo específico é a Administração Pública fazer essa modalidade de contratação, em substituição em emprego público concursado e de caráter duradouro e estável.

BRASIL. Da união literojurídica da **Professora Doutora Tacyana Karoline Araújo Lopes** com o **Professor Doutor Márcio Henrique Pereira Ponzilacqua**, o **Professor Doutor Paulo Henrique Campos Leite** e a **Professora Mestre Daiene Ferreira Lisboa**, veio a lume o artigo científico que atende pelo nome de “Limites e Possibilidades dos Conselhos Municipais de Meio Ambiente na Construção da Democracia Participativa: um relato de experiência a partir dos Conselhos do Norte de Minas Gerais”. A experiência norte-mineira é, de fato, um trabalho do Ministério Público de Minas Gerais, por sua Promotoria de Justiça de Meio Ambiente das Bacias dos Rios Verde, Grande e Pardo. Com esses dados pesquisados no seio dessa Promotoria especializada, há a informação necessária. Antes, porém, os autores definem constitucionalmente o meio ambiente e passeiam pelas doutrinas que cercam o tema.

## ESTUDOS CONTINUADOS

PORTUGAL. Em verdade puríssima, se a seção “Estudos Continuados” não existisse nesta **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, precisaria ser criada para publicar o artigo filosófico chamado “Semânticas & Narrativas (de Alguns Aspectos Linguísticos no Subsolo Constitucional)”, de autoria do **Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha**. Foi, por sinal, de um diálogo de tempos passados, entre o Editor desta Revista (muitos anos de a própria Revista existir) com o Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha (quando ele atuava como Professor, porque, atualmente, está licenciado para assunção do cargo de Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal), que

ele passou a informação da validade de uma seção para publicação de textos com liame com o Direito, mas que não que não apresentasse a face direta do Direito. E no artigo em assunto está a prova da validade da seção. O artigo fala sobre Direito, sim, mas de uma forma filosófica e com assunção máxima do conhecimento. Há referência a vários autores, de igualmente variados tempos, e a junção, ou conjunção, harmoniosa do que o autor quer falar com o que o leitor precisa ler. O texto traz uma reflexão do papel do Professor na sala de aula e a dificuldade que são enfrentadas por quem tem por função ministrar o ensino, em face do que os atuais alunos (não) levam – com desconhecimento de muitos tópicos – para os bancos escolares universitários. O texto alia Filosofia do Direito e conhecimentos de Linguística (especialmente Semântica, Fala, Narrativa, e Pensamento-Conhecimento). Trata-se de um texto para ser lido várias vezes e ainda indicado para leitura por parte das pessoas a quem se quer bem (especialmente, aos filhos, pais e irmãos).

**Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso**  
***Editor***

**Autoria**

Desde sua criação, em maio de 2020, a Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica já publicou (incluindo este número):

**Urheberschaft**

Seit seiner Gründung im Mai 2020 veröffentlicht das Ultracontinental Journal of Legal Literature ist bereits erschienen (einschließlich dieser Ausgabe):

**Authorship**

Since its creation in May 2020, the Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica (Ultracontinental Journal of Legal Literature) has published (including this issue):

**Paternidad literaria**

Desde su creación en mayo de 2020, la Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica ya ha publicado (incluido este número):

**Paternité**

Depuis sa création en mai 2020, le Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica a déjà publié (y compris ce numéro):

**Paternità**

Dalla sua creazione nel maggio 2020, la Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica há già pubblicato (incluso questo numero):

Colocação <i>Rangfolge</i> Ranking <i>Colocación</i> Classement <i>Classifica</i>	Origem dos autores por países <i>Herkunft der Autoren nach Land</i> Authors' origin by country <i>Origen de los autores por país</i> Origine des auteurs par pays <i>Origine degli autori per paese</i>	Número de artigos publicados <i>Anzahl der veröffentlichten Artikel</i> Number of articles published Numero de artículos publicados Nombre d'articles publiés <i>Numero di articoli pubblicati</i>
1.º	Espanha	23
2.º	Brasil	20
3.º	Portugal	14
4.º	Argentina	13
5.º	Estados Unidos	07
	Itália	07
7.º	Bolívia	03
	Colômbia	03
	França	03
	Japão	03
	México	03
12.	Moçambique	02
	Turquia	02
14.º	Angola	01
	Canadá	01
	Chile	01
	Grécia	01
	Índia	01
	Polónia	01
	Suíça	01
	Uruguai	01
	Venezuela	01

Céim Dochtúireachta  
Ceum Dotaireachd  
Ступень Доктара  
Daktaro Laipsnis  
Diploma de Doctorat  
Diplomë Doktorature  
Doctoraat  
Doctorado  
Doctorat  
Doctorate Degree  
Doktora Derecesi  
Doktora Grāds  
Doktorat  
Doktorát  
Doktorgrad  
Doktori Fokozat  
Doktorikraad  
Doktorsexamen  
Doktorspróf  
Dokortitel  
Dottorato  
Doutoramento  
Gradd Doethuriaeth  
Grad ta 'Dottorat  
Gradën e Doktoratës  
Llicenciat de doctorat  
Titulado de Doutoramento  
Tohtorin Tutkinto  
Доктор Дәрежесі  
Докторантура  
Докторат  
Докторський Ступінь  
Докторска Степен  
Докторска диплома  
Докторская Степень  
Докторлық Дәрежесі  
Διδακτορικό

DOCTORADO

## **PROMOÇÃO DA IGUALDADE DE GÉNERO NA PUBLICIDADE: ABORDAGEM COMPARADA DE DIREITO LUSO-BRASILEIRO**

**ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

**F**ace ao impacto sociocultural da comunicação comercial, o presente trabalho visa analisar a promoção da igualdade de género nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, nomeadamente no que se refere aos mecanismos sancionatórios da publicidade sexista. Trata-se de um estudo qualitativo, assente no levantamento bibliográfico e legislativo, bem como na análise detalhada de decisões dos organismos de autorregulação competentes, tanto em Portugal como no Brasil. Conclui-se que o contributo do direito da publicidade não parece estar dependente de qualquer alteração legislativa, bastando que se reequacione o fundamento axiológico de algumas restrições ao conteúdo das mensagens e que se reconheça a importância da tutela dos destinatários, independentemente de uma decisão de transação. Os sistemas de autodisciplina encontram-se atualmente em condições privilegiadas para promover a igualdade de género na comunicação comercial, dada a flexibilidade na abordagem de situações em constante mutação e dotadas de uma complexidade crescente.

**Palavras-chave:** direito da publicidade, igualdade de género, publicidade ilícita, publicidade abusiva, dignidade.

---

<sup>1</sup> Doutora em Ciências Jurídicas Privatísticas pela Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro do Gabinete Técnico-Jurídico da Auto Regulação Publicitária. Professora Auxiliar da Universidade Portucalense. *e-mail:* ana\_amorim2003@hotmail.com

## **1 INTRODUÇÃO**

A publicidade assume um papel determinante no processo de comercialização, como instrumento da diferenciação dos profissionais e da própria dimensão simbólica do consumo, deixando de relevar apenas como mecanismo de escoamento da produção. Mas assume, igualmente, um papel determinante na construção das ideologias, tendências e expectativas dominantes em cada época histórica, especialmente quando abandona o recurso a argumentos de natureza técnica e funcional, relativos às características demonstráveis e aos benefícios decorrentes da utilização dos produtos, passando a convocar sobretudo a componente emocional da decisão de transação.

Em 22 de junho de 2017, preocupada com o impacto sociocultural da comunicação comercial, Phumzile Mlambo-Ngcuka, Subsecretária geral da Organização das Nações Unidas (ONU) e Diretora Executiva da ONU Mulheres, criou com um conjunto significativo de anunciantes em nível mundial, a “Unstereotype Alliance”, iniciativa destinada a erradicar os estereótipos de género frequentemente veiculados pelas campanhas publicitárias.

Num contexto económico, social e tecnológico em constante mutação, importa ponderar como pode o direito da publicidade contribuir para a promoção da igualdade de género, sobretudo face à crescente globalização dos mercados. Assim, depois de delimitados os fundamentos constitucionais do direito da publicidade, serão abordadas as principais questões suscitadas pela preocupação com a igualdade de género na comunicação comercial, bem como o respetivo enquadramento nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. Por fim, serão referidos os mecanismos sancionatórios da publicidade sexista, ponderando-se a respetiva efetividade na promoção da igualdade de género.

## **2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DA PUBLICIDADE**

O direito da publicidade regula a comunicação destinada a promover produtos ou serviços no exercício de uma atividade económica. A garantia da liberdade publicitária dos anunciantes funda-se axiologicamente na liberdade de expressão, enunciada no artigo 37.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) e no artigo 5.º, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil (doravante CF). Neste sentido, a regulação da comunicação comercial – em especial, as restrições ao conteúdo das mensagens – deve, de acordo com o princípio da proporcionalidade, limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Em nível legislativo, o direito da publicidade resulta hoje em Portugal sobretudo do Código da Publicidade (doravante CPub) e do regime jurídico das práticas comerciais desleais, aprovado pelo DL n.º 57/2008, de 26 de março, na sequência da transposição da 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. No Brasil, o direito da publicidade enquadra-se nos artigos 36 a 38 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (doravante CDC).

## 2.1 A Proteção dos Consumidores

A proteção dos consumidores funda-se na necessidade de acautelar a vulnerabilidade resultante da assimetria de informação e do desequilíbrio de poder de negociação face aos profissionais. Enquanto mecanismo de proteção da parte mais fraca da relação jurídica de consumo, constitui uma tentativa de superar a inadequação das soluções propostas pelo direito privado comum, especialmente relevante num contexto histórico de excesso de oferta (ANDRADE, 2002, p. 46).

A constatação da vulnerabilidade dos consumidores surgiu com a generalização do consumo de massas que se verificou no continente europeu a partir dos anos 70 do século XX, quando a procura deixou de se limitar aos bens de primeira necessidade. Na tomada de decisões económicas, os consumidores ficavam dependentes dos conteúdos que lhes eram unilateralmente transmitidos pelos produtores e pelos distribuidores, detentores em exclusivo da informação sobre o mercado e do controlo da tecnologia (KITCHEN, 2003, p. 15).

É no quadro desta relação de poder privado que se justifica o movimento de proteção dos consumidores, cuja origem simbólica se encontra na mensagem dirigida pelo Presidente John Kennedy ao Congresso norte-americano em 15 de março de 1962. Em nível europeu, este movimento concretiza-se com a aprovação da Carta do Conselho da Europa sobre a Proteção do Consumidor de 17 de maio de 1973 e do Programa Preliminar da Comunidade Económica Europeia para uma Política de Proteção e Informação dos Consumidores de 14 de abril de 1975. Aqui se consagram os cinco eixos da proteção dos consumidores que viriam a influenciar a redação do artigo 60.º da CRP:

1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.

2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa.

Ao contrário do que se verificava no início do século XX, a defesa dos consumidores passa a gozar de uma verdadeira visão de conjunto sobre os problemas que afetam a parte mais fraca da relação jurídica de consumo. Também no ordenamento jurídico brasileiro, a proteção do consumidor tem origem constitucional, decorrente das reivindicações que se faziam sentir no quadro de um verdadeiro “movimento consumerista” (FILOMENO, 2018, p. 51). Assim, segundo o artigo 170 da CF:

**Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...].

V - defesa do consumidor.

Na sequência desta garantia constitucional, o artigo 4.º, inciso I, do CDC consagrou expressamente o princípio do “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor”. Esta vulnerabilidade, que pode ter natureza informacional, técnica, jurídica ou socioeconômica, decorre do elemento causal da relação jurídica de consumo, enunciado no artigo 2.º do CDC, que identifica o consumidor com o destinatário final do produto ou serviço. De acordo com a teoria finalista, a proteção do consumidor apenas se justifica, segundo o referido elemento causal, quando os sujeitos não utilizam o produto ou serviço no contexto da sua atividade profissional. Ou seja, ao contrário da teoria maximalista, que parece não atender à vulnerabilidade do adquirente, esta teoria finalista coincide com a utilização do produto em proveito próprio, para satisfação de uma necessidade pessoal e não como elemento da cadeia de produção (MARQUES, 2019, p. 325). Entendimento semelhante resulta, no ordenamento jurídico português, do artigo 2.º n.º 1 da Lei de Defesa do Consumidor, que alude também ao “uso não profissional” enquanto elemento teleológico.

Importa ainda referir que, de acordo com a noção prevista em ambos os diplomas, pode ser consumidor qualquer pessoa física ou jurídica. Neste sentido, a limitação às pessoas singulares apenas se verifica nos casos expressamente previstos, como decorre do artigo 3.º alínea a) do DL n.º 57/2008, de 26 de março em matéria de práticas comerciais desleais. Tributária da tradição europeia,

que exclui do conceito de consumidor as pessoas coletivas, esta perspetiva mais restritiva justifica-se ainda pela necessidade de acautelar a vulnerabilidade resultante da assimetria de informação e do desequilíbrio de poder de negociação face aos profissionais.

Ora, a partir da segunda metade do século XX, perante os primeiros sinais de excesso de oferta na generalidade dos sectores de atividade, o escoamento de uma produção indiferenciada e o crescimento do consumo passaram a estar dependentes da comunicação comercial de massas, que começou a generalizar-se não só na imprensa e no exterior mas também progressivamente na rádio, na televisão e no cinema. O conteúdo das mensagens publicitárias coincidia então com o elogio do produto, que visava as suas características demonstráveis ou os benefícios decorrentes da sua utilização. No quadro do modelo de comportamento desenvolvido pelas teorias económicas neoclássicas, que postulam a racionalidade das decisões de consumo, este predomínio dos argumentos de natureza técnica e funcional permite a maximização da utilidade e a minimização dos custos.

A constatação da vulnerabilidade dos consumidores e a relevância do produto na comunicação comercial justificaram a centralidade da publicidade enganosa em se falando de legislativo (AMORIM, 2015, p. 169-170). Esta centralidade manifesta-se atualmente, no ordenamento jurídico português, nos artigos 10.º e 11.º do CPub e dos artigos 7.º a 9.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março, que incidem sobre elementos objetivos da oferta – como as vantagens, os riscos, a execução, a composição, o modo de fabrico, as garantias de conformidade, as utilizações, as especificações e a origem geográfica – ou ainda sobre o preço e outras condições de aquisição. No ordenamento jurídico brasileiro, resulta também do artigo 37, § 1.º, do CDC, segundo o qual:

**Art. 37.** É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

**§ 1.º** É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

## **2.2 A Proteção dos Destinatários e a Proibição de Discriminação**

O artigo 60.º n.º 2 da CRP e os artigos 36 a 38 do CDC determinaram o enquadramento da publicidade no direito do consumidor (ALMEIDA, 2005,

p. 21). Este enquadramento coincide com a tendencial equiparação dos destinatários aos consumidores. No entanto, importa salientar que o direito da publicidade visa também a proteção dos recetores efetivos das mensagens, independentemente da existência de uma decisão de transação, como demonstra a garantia de valores constitucionais do domínio da comunicação comercial.

Assim, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, alínea d), do CPub, o destinatário é “a pessoa singular ou coletiva a quem a mensagem publicitária se dirige ou que por ela, de qualquer forma, seja atingida”. O destinatário integra o conceito nuclear na disciplina da relação jurídica publicitária, que visa a proteção dos seus interesses. Para além do público-alvo ou segmento de mercado visado pelo anunciante, que coincide com os consumidores atuais e potenciais do produto ou serviço, abrange os recetores efetivos. Por estarem em contacto com o canal de difusão, estes recetores efetivos são igualmente atingidos pela comunicação comercial, ainda que possam não ser sequer consumidores potenciais do bem anunciado. Daqui decorre que no confronto com o conceito de consumidor, o destinatário traduz uma realidade mais ampla, dado que o negócio jurídico não chega frequentemente a celebrar-se. Ao incluir os recetores efetivos, o conceito de destinatário é menos situacional e menos relacional do que o de consumidor (AMORIM, 2023, p. 39).

Também nos termos do artigo 29 do CDC, releva para efeitos da regulação das práticas comerciais – onde se insere a publicidade – o “consumidor equiparado”, que abrange “todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais”. Assim, o âmbito de aplicação das normas em matéria de publicidade delimita-se em função dos destinatários da comunicação comercial, na medida em que a norma amplia o conceito de consumidor resultante do artigo 2.º do CDC (BAUERMAN, 2006, p. 18). Considerando sobretudo os recetores efetivos, que são atingidos pela mensagem mas não integram o público-alvo, a titularidade dos interesses protegidos passa então a assentar num conjunto de circunstâncias de facto, que inviabiliza a determinação dos sujeitos concretos, ao contrário do que se verifica relativamente aos consumidores. A par desta insusceptibilidade de determinação dos titulares dos interesses protegidos, que constitui um critério de natureza subjetiva, também a indivisibilidade do bem jurídico, de natureza objetiva, contribui para a qualificação da proteção dos destinatários maioritariamente como interesses difusos.

A proteção dos destinatários releva especialmente para efeitos da promoção da igualdade de género na comunicação comercial. Ora, de acordo com o princípio da igualdade enunciado no artigo 13.º da CRP:

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.
2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

Em se falando de direitos pessoais, este princípio da igualdade concretiza-se no “direito à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”, previsto no artigo 26.º, n.º 1, da CRP. Acresce que incumbe ao Estado, nos termos do artigo 9.º, alínea h), da CRP, “promover a igualdade entre homens e mulheres”. A comunicação comercial convoca sobretudo uma proibição de discriminação, ainda que ao Estado caiba igualmente realizar discriminações positivas, por exemplo, para efeitos da proteção do trabalho da mulher durante a gravidez e após o parto, de acordo com o disposto no artigo 59.º, n.º 1, alínea c), e no artigo 68.º, n.º 3, da CRP. A proibição de discriminação integra um dos princípios fundamentais, devendo determinar a eliminação de desigualdades sociais, nomeadamente através de uma regulação adequada e eficaz.

A República Federativa do Brasil tem também como objetivo fundamental, nos termos do artigo 3.º, inciso IV, da CF, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Concretizando ainda o princípio da igualdade de género, o artigo 5.º, inciso I, da CF reconhece expressamente que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”.

Esta proibição de discriminação, que se impõe aos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, coincide com a proteção dos destinatários da comunicação comercial, devendo procurar-se a coerência entre o princípio da igualdade e a representação social de mulheres e de homens nas mensagens publicitárias. O seu enquadramento sistemático permite a qualificação como direito subjetivo, quando existe um tratamento discriminatório direto, mas também para efeitos da emanção de medidas legislativas de promoção da igualdade (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 470).

### **3 PREOCUPAÇÃO COM A IGUALDADE DE GÉNERO NA COMUNICAÇÃO COMERCIAL**

A comunicação comercial tem constituído um veículo especialmente preocupante de mensagens que afetam a dignidade da mulher. Alguns autores

identificam quatro grupos de casos nesta matéria (MARTÍNEZ ESCRIBANO; HERRERO SUÁREZ; MARTÍN GARCÍA; HERNÁNDEZ-RICO, 2015, p. 100-101). Podem estar em causa anúncios discriminatórios, frequentemente dirigidos a crianças, como se verifica nas campanhas que diferenciam a oferta de brinquedos em função do sexo, perpetuando conceções enraizadas na sociedade, particularmente quanto à realização de tarefas domésticas e ao exercício de uma atividade laboral. Releva também a instrumentalização do corpo da mulher, que aparece como mero objeto desvinculado do produto promovido, em setores de atividade em que os destinatários são maioritariamente do sexo masculino, como os automóveis ou algumas bebidas alcoólicas. Alguns anúncios veiculam ainda estereótipos de género, condicionando o papel atribuído na sociedade a homens e mulheres, nomeadamente, através de comportamentos de subjugação. Por fim, fica abrangida pela preocupação com a igualdade de género a publicidade violenta, que banaliza situações de violência dos homens contra as mulheres.

Na seara do europeu, aquela preocupação resulta da *Resolução sobre o impacto do marketing e da publicidade na igualdade entre homens e mulheres*, de 3 de setembro de 2008, na qual o Parlamento Europeu afirmou que “a publicidade que veicula mensagens discriminatórias e/ou degradantes com base no género e em todas as formas de estereótipo de género constitui um obstáculo a uma sociedade moderna e igualitária”. Posteriormente, no *Relatório sobre o impacto da publicidade no comportamento dos consumidores*, de 23 de novembro de 2010, o Parlamento Europeu voltou a reconhecer a necessidade de garantir “o respeito da dignidade humana, sem discriminações de género, religião ou convicções, deficiência, idade ou orientação sexual”.

Mais recentemente, no *Relatório sobre a igualdade de género no setor dos meios de comunicação social na UE*, de 23 de fevereiro de 2018, o Parlamento Europeu considerou que

a representação de mulheres e de homens nos meios de comunicação social pode veicular uma representação desigual nas diversas esferas da vida política, económica, social, académica, religiosa, cultural e desportiva, em que os homens surgem predominantemente em papéis sociais ativos, enquanto às mulheres é reservada uma postura de maior passividade, que, dentro dos vários estereótipos que afetam a imagem da mulher e do homem, é predominante a sexualização do corpo feminino, mais evidente no jornalismo dito sensacionalista e na publicidade.

Considerou ainda que “a erotização da violência e a objetificação das mulheres nos meios de comunicação social têm um efeito negativo na luta pela erradicação da violência contra as mulheres”. E, na *Estratégia da UE para a*

*Igualdade de Género*, de 21 de janeiro de 2021, o Parlamento Europeu voltou a exortar os Estados Membros “a adotarem legislação que proíba a publicidade sexista nos meios de comunicação social”. Em todos os documentos referidos, foi atendido o impacto sociocultural da comunicação comercial, com especial enfoque nas crianças e jovens.

No direito comparado, a promoção da igualdade de género na comunicação comercial tem ampla tradição nos países escandinavos, como demonstram, em nível legislativo, o § 2 (2) do capítulo 2 do *Consumer Protection Act* finlandês de 1978 e o § 2 (2) do *Marketing Control Act* norueguês de 2009. Também no ordenamento jurídico suíço, a doutrina enquadrava a proibição de publicidade discriminatória na cláusula geral de concorrência desleal prevista no artigo 2.º da *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* de 1986 (DAVID, 1997, p. 32). E a *Commission Suisse pour la Loyauté* reconheceu de forma paradigmática que a licitude da comunicação comercial com recurso a imagens do corpo feminino depende da efetiva conexão com o produto ou serviço anunciado (decisão de 13 de março de 2013, processos n.º 102/13 e n.º 109/13).

No ordenamento jurídico espanhol, o artigo 3.º, alínea a), § 2, da *Ley General de Publicidad* de 1988 qualifica como ilícita a publicidade que apresenta a mulher “de forma vexatória ou discriminatória” ou que utiliza “particular e diretamente o seu corpo ou partes do mesmo como mero objeto desvinculado do produto que se pretende promover, assim como a sua imagem associada a comportamentos estereotipados”. No entanto, antes desta alteração legislativa, introduzida pela Lei Orgânica n.º 1/2004, de 28 de dezembro, a jurisprudência já censurava amplamente a publicidade sexista, por exemplo, nas campanhas que diferenciam a oferta de brinquedos em função do sexo das crianças, perpetuando concepções enraizadas na sociedade, sobretudo quanto à realização de tarefas domésticas e ao exercício de uma atividade laboral (TATO PLAZA, 2004, p. 491).

No Reino Unido, em sede de autodisciplina, a Advertising Standards Authority demonstrou, num relatório divulgado em julho de 2017 sobre os estereótipos de género na publicidade (“Depictions, Perceptions and Harm”), a existência de danos sociais causados por mensagens que veiculam a ideia de inferioridade da mulher, comprometendo-se a combater designadamente as campanhas que sugerem comportamentos pouco saudáveis, como a magreza extrema. A consequente proibição da publicidade sexista entrou em vigor em junho de 2019.

### 3.1 Evolução do Apelo a Sentimentos e Tendência de Liberalização

A emergência da gestão estratégica de *marketing* determinou uma mudança de paradigma em termos de conteúdo das mensagens publicitárias, que deixam de se centrar nas características demonstráveis e nos benefícios decorrentes da utilização do produto, para passarem a incidir sobre as necessidades e os desejos mas também as motivações, a personalidade e os estilos de vida dos consumidores. Esta mudança de paradigma assentou na constatação do caráter funcionalmente indiferenciado das várias ofertas disponíveis, bem como no afastamento da crença na racionalidade das decisões de consumo, postulada pelo modelo de comportamento desenvolvido pelas teorias económicas neoclássicas, em que assentou a centralidade da publicidade enganosa em termos legislativos. A comunicação comercial visa, desta forma, a diferenciação emocional ou simbólica face à concorrência, que é especialmente significativa nos sectores de atividade caracterizados pela inexistência de barreiras comerciais, tecnológicas ou financeiras à entrada. Por exemplo, nos anos 80 e 90 do século XX, num movimento de rutura com a publicidade tradicional, as campanhas da Benetton passaram a adotar como principais temas as questões raciais e a xenofobia, os conflitos armados, a SIDA<sup>2</sup> e as agressões ambientais, que constituíam alguns dos assuntos políticos e sociais mais controversos (VERÍSSIMO, 2001, p. 46-47).

Neste contexto, desenvolve-se igualmente a comunicação de marca, que visa criar envolvimento através de associações positivas suscetíveis de acrescentar valor e significado à vida dos consumidores. Este envolvimento potencia a repetição da compra, pelo que se manifesta sobretudo face à dificuldade de construir relacionamentos de longo prazo com os consumidores. Os anúncios salientam agora elementos extrínsecos aos produtos, convocando, designadamente, os efeitos subjetivos gerados pelo consumo, a experiência resultante da compra e as emoções sociais, que potenciam a escolha de marcas capazes de conferir um determinado estatuto ou de favorecer a aceitação do indivíduo num grupo de pertença ou de referência. É também no quadro desta mudança de paradigma que a publicidade passa a recorrer predominantemente a imagens, cujo impacto mais direto e mais imediato é reconhecido face ao texto escrito. As imagens têm ainda a vantagem de constituir uma linguagem universal, o que releva especialmente numa época histórica que coincide com a globalização de alguns sectores de atividade.

---

<sup>2</sup> Nota do Editor: no Brasil, utiliza-se a sigla AIDS para Síndrome da Deficiência Imunológica (ou Imunodeficiência) Adquirida. Também se usa, mais raramente, Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV, com iniciais em Inglês).

A recusa do apelo a sentimentos na comunicação comercial coincide historicamente com a crença na racionalidade das decisões de consumo. À medida que o conteúdo das mensagens foi deixando de ter conexão com os produtos, a doutrina e a jurisprudência alemãs censuravam a publicidade chocante com fundamento no princípio da prestação (“Leistungswettbewerb”), segundo o qual a concorrência entre agentes económicos deve assentar nos elementos objetivos da oferta (HENNING-BODEWIG, 1993, p. 953). Importava ainda garantir a liberdade de escolha dos consumidores e o funcionamento correto do mercado, pelo que o princípio da prestação justificou a proibição do apelo a sentimentos na comunicação comercial, dominante pelo menos até ao final do século XX.

No entanto, na transição para uma nova abordagem jurídica da publicidade, a liberalização do apelo a sentimentos resulta da inexistência de fundamento constitucional para uma proibição genérica. Afastada a crença na racionalidade das decisões de consumo, a mera ausência de conexão com o produto – que caracterizava a publicidade chocante e que se verifica hoje frequentemente no *marketing* viral – parece constituir uma opção legítima dos anunciantes, de acordo com a liberdade de expressão consagrada no artigo 37.º da CRP e no artigo 5.º, inciso IX, da CF. Daqui decorre que a dimensão emocional e simbólica da comunicação comercial não determina a existência de uma categoria de ilícito publicitário, aplicável genericamente na ausência de outras valorações (AMORIM, 2017, p. 422). Neste sentido, as restrições ao conteúdo das mensagens impostas pela necessidade de promover a igualdade de género na publicidade devem ainda obedecer ao princípio da proporcionalidade.

Assim, com a generalização do apelo a sentimentos na comunicação comercial, diminui progressivamente o âmbito de aplicação do regime jurídico vigente, centrado na proibição da publicidade enganosa. De facto, as mensagens invocam atualmente sobretudo benefícios emocionais e simbólicos, insuscetíveis de ficar abrangidos, no ordenamento jurídico português, pelos artigos 10.º e 11.º do CPub e pelos artigos 7.º a 9.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março e, no ordenamento jurídico brasileiro, pelo artigo 37, § 1.º, do CDC. Como reconhece a doutrina maioritária, a aplicabilidade do princípio da veracidade, em que assenta a proibição da publicidade enganosa, restringe-se às expressões concretas e comprováveis, relativas a circunstâncias objetivas, excluindo apreciações meramente subjetivas, como os juízos estéticos ou as considerações relativas a gostos pessoais (FERNÁNDEZ-NOVOA, 1975, p. 378).

A tendência de liberalização do apelo a sentimentos na comunicação comercial tem como exceções a exploração do medo ou da superstição, da ansiedade, da insegurança ou do sentimento de culpa dos destinatários, de

acordo com o disposto no artigo 11.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março relativo às práticas comerciais agressivas e no artigo 37, § 2.º, do CDC em matéria de publicidade abusiva. Num contexto histórico de excesso de oferta, verifica-se um recurso crescente a emoções negativas que visam intensificar a dimensão persuasiva da publicidade, condicionando a liberdade de escolha dos consumidores (O'SHAUGHNESSY; O'SHAUGHNESSY, 2003, p. 107-109).

### **3.2 A Publicidade Ilícita no Ordenamento Jurídico Português**

Face ao aumento exponencial da concorrência num contexto de globalização dos mercados, o apelo a sentimentos redundava por vezes numa desconformidade com o artigo 7.º n.º 1 do CPub, que proíbe “a publicidade que, pela sua forma, objeto ou fim, ofenda os valores, princípios e instituições fundamentais constitucionalmente consagrados”. Também em sede de autodisciplina, o artigo 5.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária estabelece que “a comunicação comercial deve respeitar os valores, direitos e princípios reconhecidos na Constituição e na restante legislação aplicável”. A violação deste princípio da licitude tem adquirido progressiva centralidade na regulação do conteúdo das mensagens publicitárias no ordenamento jurídico português, constituindo uma exceção à tendência de liberalização do apelo a sentimentos na comunicação comercial.

Na medida em que os preceitos constitucionais têm valor normativo direto, as normas de remissão podiam ter sido dispensadas, como reconhece predominantemente a doutrina espanhola face ao diploma que inspirou o legislador na redação do atual CPub (CUESTA RUTE, 1989, p. 59). Recorde-se ademais que a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é hoje pacificamente aceita, tendo consagração expressa no artigo 18.º, n.º 1, da CRP.

O artigo 7.º, n.º 2, alínea d), do CPub consagra, entre o conjunto de hipóteses de violação do princípio da licitude enunciadas a título exemplificativo, a publicidade que “contenha qualquer discriminação em relação à raça, língua, território de origem, religião ou sexo”. Esta norma concretiza o princípio da igualdade enunciado no artigo 13.º da CRP e o “direito à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”, nos termos do artigo 26.º, n.º 1, da CRP (AMORIM, 2023, p. 46). Ora, a censurabilidade das mensagens publicitárias assenta frequentemente na discriminação em relação ao sexo, que constitui, face ao elenco previsto pelo legislador, um dos fatores historicamente mais relevantes. Aliás, constava já expressamente do artigo 23.º do CPub de 1980 e

do artigo 23.º do CPub de 1983 a proibição de “veicular a ideia de inferioridade ou subalternidade da mulher em relação ao homem ou reduzir a mesma ao seu papel doméstico tradicional” (n.º 1) e de utilizar a “imagem da mulher como mero objeto da promoção de bens ou serviços de que não é exclusiva consumidora” (n.º 2).

Neste contexto, algumas decisões proferidas pela Comissão de Aplicação das Coimas em Matéria Económica e de Publicidade condenaram a publicidade sexista, como no caso do calendário no qual o corpo de uma mulher aparecia com uma cabeça de vaca ou na campanha a um esquentador que qualificava a mulher como “quente” e o homem como “inteligente”, para concluir que o produto promovido era “quente e inteligente”, tendo as mensagens sido consideradas degradantes, com fundamento na dignidade da pessoa humana (GERALDES, 1999, p. 105-108). Igualmente frequente em determinados setores de atividade continua a ser a referida instrumentalização do corpo da mulher na comunicação comercial.

O Anteprojeto de Código do Consumidor de 2006 retomou no artigo 91.º, n.º 3, a proibição de “publicidade que utilize a imagem da mulher ou do homem com caráter discriminatório ou vexatório”. E o artigo 10.º do Anteprojeto de Código da Publicidade de 2015 proibia “a publicidade que utilize com caráter discriminatório ou vexatório a imagem da mulher ou do homem” (n.º 3) e “que utilize o corpo da mulher ou do homem ou partes do mesmo quando desvinculado do produto que se pretende publicitar, ou que associe a imagem da mulher ou do homem a comportamentos estereotipados discriminatórios” (n.º 4). Apesar de não terem sido aprovados, estes diplomas revelam a preocupação do legislador com a promoção da igualdade de género na publicidade, na medida em que as normas passariam a aludir à mulher e ao homem.

Não estando hoje expressamente previstas, as hipóteses enquadram-se na proibição consagrada no artigo 7.º, n.º 2, alínea d), do CPub, resultando diretamente também dos preceitos constitucionais. Neste sentido, não parece ser necessária qualquer alteração legislativa para a promoção da igualdade de género na publicidade no ordenamento jurídico português.

Acresce que a ilicitude da comunicação comercial que veicula estereótipos de género ou que instrumentaliza o corpo da mulher pode ainda resultar da contrariedade ao bom gosto e decência. Porém, na medida em que o conteúdo do bom gosto e decência fica dependente das concepções morais, sociais, culturais e religiosas em cada momento vigentes, esta proibição deve abranger hipóteses meramente residuais, como o recurso a linguagem obscena consagrado do artigo 7.º, n.º 2, alínea f), do CPub ou a publicidade de conteúdo pornográfico, nos

termos do artigo 1.º, n.º 1, do DL n.º 254/76, de 7 de abril. Na verdade, ainda que não integre diretamente um valor suscetível de justificar restrições aos direitos, liberdades e garantias – nomeadamente, as que resultam da regulação da comunicação comercial – o conceito de “moral pública constitucional” pode ser construído a partir da dignidade da pessoa humana e de outros bens jurídicos protegidos (MACHADO, 2002, p. 854).

A publicidade que banaliza situações de violência dos homens contra as mulheres – por exemplo, de natureza sexual – fica abrangida pela proibição enunciada no artigo 7.º, n.º 2, alínea b), do CPub relativa à publicidade que “estimule ou faça apelo à violência, bem como a qualquer atividade ilegal ou criminosa”. Na verdade, está em causa o direito à integridade física e moral, enunciado no artigo 25.º da CRP mas que seria, desde logo, incompatível com a ideia de Estado de Direito prevista no artigo 2.º da CRP e com a convivência pacífica inerente a uma sociedade democrática.

A afetação da dignidade da mulher pode ainda ser acautelada pelo artigo 7.º, n.º 2, alínea b) do CPub ao proibir a publicidade que “atente contra a dignidade da pessoa humana”, reiterando o disposto no artigo 1.º da CRP, segundo o qual “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Perante a crescente globalização dos mercados, a dignidade da pessoa humana oferece um parâmetro de aferição do conteúdo das mensagens publicitárias difundidas numa rede aberta.

Em sede de autodisciplina, o artigo 6.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária prevê que “a comunicação comercial deve proscreever qualquer declaração ou apresentação áudio e/ou visuais que possam ofender os padrões de decência prevaletentes no país e cultura em causa”. E o artigo 8.º relativo à responsabilidade social prevê que “a comunicação comercial deve respeitar a dignidade da pessoa humana e não deve incitar ou veicular qualquer forma de discriminação, seja ela fundada em questões raciais, de nacionalidade, de origem religiosa, género, etária, deficiência física ou orientação sexual” (n.º 1) e que “a comunicação comercial não deve igualmente conter, sugerir ou incitar a comportamentos violentos, ilícitos ou antissociais” (n.º 3).

### **3.3 A Publicidade Abusiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 37, § 2.º, do CDC proíbe a publicidade abusiva, que delimita nos seguintes termos:

**Art. 37.** [...].

**§ 2.º** É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

O conceito de publicidade abusiva traduz um exercício inadmissível da liberdade de expressão prevista no artigo 5.º, inciso IX, da CF, na medida em que excede os limites impostos pelo ordenamento jurídico. Tal como foi configurada pelo legislador, a publicidade abusiva não está diretamente relacionada com o produto ou serviço mas com a própria mensagem veiculada. Ou seja, são afetados os interesses dos destinatários da comunicação comercial, independentemente de uma decisão de transação (EFING, 2006, p. 195). Neste sentido, de acordo com o que resulta também do artigo 6.º, inciso IV, do CDC, esta norma revela uma dicotomia face à publicidade enganosa, centrada nas características demonstráveis ou nos benefícios decorrentes da utilização dos bens adquiridos pelos consumidores.

O artigo 37, § 2.º, do CDC tem caráter exemplificativo, na medida em que o legislador consagrou uma cláusula geral de não abusividade, proibindo qualquer forma de publicidade que atente contra os valores sociais fundamentais (DIAS, 2013, p. 166). Ou seja, o legislador protegeu aqui um interesse coletivo, não compatível com a consideração individual do consumidor (CENEVIVA, 1991, p. 128). O recurso a conceitos indeterminados dificulta a qualificação da mensagem como publicidade abusiva, que fica dependente das circunstâncias do caso concreto, devendo ser aferida a lesão daqueles valores sociais. Assim, a não abusividade postula a necessidade de atender à valoração da conduta realizada pela comunidade num determinado contexto histórico. É neste critério que deve assentar igualmente a distinção entre a publicidade abusiva e o recurso ao humor, que fica abrangido pela liberdade de expressão dos anunciantes.

Ora, nos termos do referido artigo 37, § 2.º, do CDC, a promoção da igualdade de gênero tende a ficar abrangida pela proibição da publicidade discriminatória, que reitera o disposto no artigo 3.º, inciso IV, e no artigo 5.º, inciso I, da CF. Mas, pode ficar abrangida também pela proibição da publicidade violenta, que viola o direito à integridade física e moral das pessoas. Importa ainda referir que à semelhança do que se verifica no ordenamento jurídico português, as mensagens publicitárias que afetam a dignidade da mulher podem ser proibidas diretamente com fundamento na “dignidade da pessoa humana”, em que assenta a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1.º, inciso III, da CF.

Também o artigo 20.º do Código de Autorregulamentação Publicitária prevê que “nenhum anúncio deve favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade”. E o artigo 22.º que “os anúncios não devem conter afirmações ou apresentações visuais ou auditivas que ofendam os padrões de decência que prevaleçam entre aqueles que a publicidade poderá atingir”. Acresce ainda que segundo o disposto no artigo 26.º, “os anúncios não devem conter nada que possa conduzir à violência”.

#### **4 MECANISMOS SANCIONATÓRIOS**

Nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, a afetação da dignidade da mulher na comunicação comercial permite acionar os mecanismos sancionatórios tradicionais, de natureza administrativa ou judicial, que garantem a proteção dos interesses dos destinatários sobretudo por meio da cessação das campanhas publicitárias.

A tutela contraordenacional enunciada no artigo 34.º do CPub integra o principal mecanismo sancionatório contra a publicidade ilícita, determinando a aplicação de uma coima de € 1745,79 a € 3740,98 e de € 3491,59 a € 44 891,81 consoante o infrator seja pessoa singular ou pessoa coletiva. Nos termos do artigo 36.º do CPub, são punidos como agentes da publicidade ilícita “o anunciante, o profissional, a agência de publicidade ou qualquer outra entidade que exerça a atividade publicitária, o titular do suporte publicitário ou o respetivo concessionário, bem como qualquer outro interveniente na emissão da mensagem publicitária”. A competência para a instrução e o julgamento dos processos cabe, segundo o disposto nos artigos 38.º e 39.º do CPub, respetivamente, à Direção-Geral do Consumidor e à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica.

O direito de mera ordenação social justifica-se historicamente pela necessidade de atenuar o excesso de criminalização, sobretudo face a infrações de natureza económica. De facto, em sede de comunicação comercial, dificilmente se verifica o princípio da intervenção mínima do direito penal, pelo que a consagrada tutela contraordenacional reflete a menor densidade axiológica dos bens jurídicos protegidos. Porém, como resulta do confronto com alguns ordenamentos jurídicos de direito comparado, os valores das coimas são em Portugal excessivamente baixos, contribuindo para uma significativa impunidade da publicidade ilícita, nomeadamente, quando estão em causa mensagens discriminatórias.

Pelo contrário, a tutela penal da publicidade enganosa encontra-se prevista no artigo 282.º do Código Penal espanhol e no § 16 (1) na *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* alemã em matéria de Concorrência Desleal. Após a transposição da Diretiva 2005/29/CE sobre Práticas Comerciais Desleais, aquela tutela penal resulta também do artigo 13.º do *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008* e, com algumas exceções, do artigo XV.83 n.º 13 do *Code de Droit Économique* belga. À semelhança do que se verifica em alguns sistemas de direito comparado, considerando a relevância dos bens jurídicos protegidos e a garantia constitucional da proteção do consumidor, o ordenamento jurídico brasileiro criminaliza nos artigos 61 a 80 do CDC um conjunto de hipóteses, incluindo a publicidade abusiva no artigo 67 (precedido do art. 61), segundo o qual:

**Art. 61.** Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes.

**Art. 67.** Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

**Pena** Detenção de três meses a um ano e multa.

No ordenamento jurídico português é igualmente aplicável à publicidade sexista o artigo 10.º da Lei de Defesa do Consumidor, que assegura “o direito de ação inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor”. Apesar de consagrada também numa dimensão preventiva, a tutela judicial contra a publicidade ilícita corresponde quase sempre a uma ação de cessação de determinados comportamentos. Esta ação de cessação constitui o mecanismo mais eficaz de proteção dos destinatários que não tenham ainda estado em contacto com o anúncio. E, na medida em que visa afastar um estado de desconformidade objetiva, não fica dependente da culpa do anunciante. Coincide com esta ação de cessação a alusão às medidas cautelares no artigo 41.º, n.º 1, do CPub. Ao contrário do que sugere a referência ao caráter cautelar, as referidas medidas não têm natureza provisória (AMORIM, 2023, p. 191).

Para efeitos da proteção dos destinatários, é especialmente relevante a sanção acessória de publicação da decisão a expensas do infrator. Esta sanção acessória decorre em Portugal do artigo 35.º, n.º 4, do CPub e, no Brasil, do artigo 60 do CDC:

**Art. 60.** A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos

termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

**§ 1º** A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

No entanto, com a generalização do recurso à Internet como suporte publicitário, as novas formas de disseminação de conteúdos suscitam múltiplas dificuldades na tutela efetiva da comunicação comercial, sobretudo face à crescente globalização dos mercados e à acentuada dimensão emocional e simbólica das decisões económicas.

#### **4.1 O Recurso a Sistemas de Autodisciplina**

A par dos mecanismos sancionatórios de natureza pública, importa considerar o recurso a sistemas de autodisciplina, enquanto tutela privada organizada pelos próprios profissionais, que apresenta como principal vantagem a flexibilidade na abordagem de situações em constante mutação e dotadas de uma complexidade crescente. Na verdade, através da introdução de novos patamares de responsabilidade, a autorregulação contribui para elevar o nível de correção das condutas dos profissionais e para garantir a segurança jurídica face às cláusulas gerais e aos conceitos indeterminados (CONTE, 2006, p. 137). Encontra-se, por isso, em condições privilegiadas para promover a igualdade de género na comunicação comercial.

Os Códigos de Conduta constituem uma forma coletiva e não estadual de regular as relações entre agentes económicos, integrando ordenamentos jurídicos autónomos e não meros postulados de conteúdo ético (PATIÑO ALVES, 2007, p. 61). Atento o carácter voluntário, fundam-se na autonomia privada e num princípio de reciprocidade. O valor jurídico dos Códigos de Conduta é determinado pela sua força coativa, ainda que o efeito vinculativo se restrinja às relações intersubjetivas, com exclusão de terceiros. Neste sentido, a eficácia das decisões assenta na qualidade de associado ou, pelo menos, na sua aceitação expressa pelos intervenientes. Porém, esta limitação não inviabiliza a heteroeficácia dos sistemas de autodisciplina, que por meio do controlo da generalidade dos meios de difusão enquanto titulares do suporte publicitário, atingem também os anunciantes não associados, como reconheceu em Portugal o Supremo Tribunal de Justiça (Acórdão de 15 de janeiro de 2009, processo n.º 2234/05.2TVLSB).

Dado que as normas emanadas pelos organismos profissionais têm uma acentuada componente ética e de responsabilidade social, os sistemas de autodisciplina conduzem quase sempre a um equilíbrio adequado dos interesses dos profissionais, dos consumidores, do mercado publicitário e da sociedade em geral (GÓMEZ SEGADÉ, 1980, p. 161). Ora, num quadro de adesão voluntária, a relevância da resolução de litígios depende tanto da autoridade social dos organismos, como daquela proteção integrada de interesses, contrariando a preocupação com o risco de valorização neocorporativa dos comportamentos. A relevância da autodisciplina no domínio da comunicação comercial tem sido reafirmada, em Portugal, pela Auto Regulação Publicitária (ARP) e, no Brasil, pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR).

No entanto, as decisões da ARP têm incidido maioritariamente sobre a veracidade das afirmações publicitárias e sobre a comparação entre concorrentes, continuando a verificar-se uma significativa impunidade relativamente aos anúncios discriminatórios. Assim, ao contrário do que se verifica no direito comparado, na sequência de uma queixa apresentada contra a Vileda Ibérica, a propósito da venda de esfregonas, o Júri de Ética considerou que a mensagem “A mamã compra e nós oferecemos à filha” não consubstancia um estereótipo de género (decisão de 13 de fevereiro de 2007, processo n.º 2J/2007). Foram também afastadas outras formas de discriminação, nomeadamente, em relação à orientação sexual, a propósito do sítio eletrónico com a designação “Orgulho Hetero” para promoção da cerveja Tagus, na sequência de uma queixa apresentada contra a Sumolis (decisão de 11 de dezembro de 2007, processos n.º 46 e 47J/2007) e, em relação à raça, face à campanha que invoca a impossibilidade de articulação de determinados sons por parte dos asiáticos em geral e dos japoneses em particular, na sequência de uma queixa apresentada contra a ZON TV Cabo Portugal (decisão de 5 de maio de 2013, processo n.º 10J/2013).

No Brasil, a intervenção do CONAR tem resultado quase sempre da iniciativa dos próprios consumidores, determinando a alteração ou sustação das mensagens, pontualmente acompanhadas de uma advertência aos anunciantes. Assim, a instrumentalização do corpo feminino na comunicação comercial, por apelo excessivo ao erotismo, foi censurada pelo CONAR em setembro de 2007 a propósito do anúncio de uma cerveja que mostrava mulheres a dançar em trajes mínimos sobre as mesas de um bar (representação n.º 196/07). Também em abril de 2003, o CONAR tinha determinado a cessação da publicidade exterior de dois estabelecimentos de diversão noturna, com imagens de mulheres nuas e seminuas (representação n.º 73/03). E, em julho de 2003, a cessação de uma campanha que divulgava uma boate de forma considerada indecente e com

recurso a imagens que traduziam uma humilhação das mulheres (representação n.º 97/03). No entanto, aquela instrumentalização não parece verificar-se relativamente a determinados produtos, como reconheceu o CONAR, em março de 2004 e em setembro de 2006, a propósito da publicidade exterior feita pela “Revista Playboy” (representações n.º 216/03 e 181/06)

O CONAR não considera censurável a diferenciação dos produtos promovidos em função do sexo, como resulta das mensagens “cerveja para macho” e “rosa vermelha mulher” apreciadas em junho de 2017 (representação n.º 35/17) e do anúncio de batatas fritas “Ruffles Queijo” e “Ruffles Costelinha” apreciado em setembro de 2009 (representação n.º 187/09). Neste último caso, foi igualmente determinante o recurso ao humor na alusão às diferenças entre os universos feminino e masculino dos jovens adolescentes, que integravam o público-alvo. Também no caso de uma campanha de roupa interior que apresentava os estereótipos de gênero da mulher sensual e do homem facilmente manipulável, o CONAR afirmou em outubro de 2011 que o humor e a irreverência da campanha não traduziam uma violação do princípio da igualdade (representação n.º 225/11).

Recentemente, em maio de 2018, o CONAR considerou degradante o anúncio que sobrepunha a imagem de alimentos ao rosto de duas mulheres, escrutinadas pelo olhar de homem, com a frase “Quando você está cansado de comida requentada e a pizza do Forno te chama muita atenção!” (representação n.º 81/18). Em setembro de 2003, tinha sido considerado igualmente desrespeitadora das mulheres a mensagem “Jóias, o Viagra delas” (representação n.º 202/03).

A publicidade violenta é também fortemente censurada pelo CONAR, como resulta do caso analisado em julho de 2004, relativo à mensagem “Mecânica, Funilaria e Pintura Via Costeira. Tá na cara que precisa”, acompanhada da imagem do rosto de uma mulher agredida (representação n.º 123/04) e do caso analisado em fevereiro de 2007, relativo à campanha “Bate que ela gosta”, onde aparecia uma conhecida lutadora de boxe do sexo feminino (representação n.º 125/06).

Em maio de 2010, o CONAR ordenou a alteração de uma campanha que retratava cenas desprezíveis do ponto de vista ético, entre elas, a imagem de um homem segurando um machado enquanto uma mulher o acariciava, e a cena que exibia um rapaz demonstrando sua força bruta sobre a mulher enquanto expressava o seu domínio sexual (representação n.º 236/09). A alusão inequívoca à violência doméstica na publicidade foi também proibida em setembro de 2022,

independentemente recurso ao humor, que o CONAR considerou irrelevante face à gravidade da mensagem (representação n.º 144/22).

Já a publicidade discriminatória foi proibida pelo CONAR em maio de 2006, a propósito da mensagem “Caracu é igual mulher; gostosa pura ou turbinada”, utilizada para promover cervejas (representação n.º 62/06). Também a equiparação da mulher a uma vaca foi proibida pelo CONAR em março de 2019 (representação n.º 025/19) e em maio de 2019 (representação n.º 004/19). Menos considerado tem sido o recurso a estereótipos de gênero no que respeita à realização de tarefas domésticas, em anúncios dirigidos a crianças. Por exemplo, em novembro de 2016, o CONAR arquivou uma queixa relativa ao anúncio de uma máquina de lavar roupa de brinquedo onde apareciam apenas meninas (representação n.º 217/16).

Por fim, importa salientar que o elevado número de queixas apresentadas por consumidores em matéria de igualdade de gênero na comunicação comercial traduz um reflexo do significativo amadurecimento da sociedade brasileira, sobretudo no que respeita à representação social de mulheres e de homens nas mensagens.

#### **4.2 A Reação do Mercado como Manifestação da Consciência Ética da Comunidade**

Entendido num sentido subjetivo amplo, o mercado abrange os intervenientes diretos na troca de produtos ou prestação de serviços (profissionais e consumidores), bem como os destinatários das mensagens publicitárias, nomeadamente os recetores efetivos. Verificada hoje sobretudo em ambiente digital, a reação espontânea do mercado face a determinadas campanhas traduz uma manifestação da consciência ética da comunidade, integrando um relevante mecanismo sancionatório informal, cuja celeridade e eficácia superam a tutela pela via administrativa ou judicial e até a intervenção dos organismos de autodisciplina, num contexto em que a ampla difusão de conteúdos se encontra facilitada. Desta forma, a reação espontânea do mercado relativamente aos estereótipos de gênero na publicidade limita a utilidade dos mecanismos sancionatórios tradicionais. Para além de poder determinar a cessação voluntária do ato ilícito pelo anunciante, a reação espontânea do mercado condiciona as decisões de consumo e influencia a perceção emocional e simbólica da marca pelo público em geral, o que pode corresponder a uma afetação da reputação económica do profissional e a uma efetiva diminuição do seu volume de negócios.

Ora, esta tutela informal beneficia dos instrumentos digitais caracterizados pela interatividade e bidirecionalidade – nomeadamente, as redes sociais, os blogues pessoais e as comunidades de partilha de conteúdos – que permitem aos utilizadores a troca de opiniões relativas aos produtos e serviços mas também às próprias campanhas publicitárias. É, aliás, nesta dimensão colaborativa da Internet que assenta a redistribuição do poder de mercado na Sociedade da Informação (AMORIM, 2017, p. 471).

Na medida em que constitui uma manifestação da consciência ética da comunidade, esta tutela informal assenta na valoração das mensagens publicitárias à luz do seu significado social, ao contrário do que resulta frequentemente dos mecanismos sancionatórios tradicionais. De facto, o mercado faz depender a garantia de valores constitucionais na comunicação comercial estritamente do sentido social dominante em cada época histórica, que deve prevalecer na interpretação e aplicação das normas proibitivas. Esta conceção normativa dinâmica permite dar resposta ao carácter difuso e mutável da publicidade, sobretudo adequando a censurabilidade das condutas à sua valoração social, com a garantia de celeridade e eficácia que os mecanismos sancionatórios tradicionais não oferecem. Permite igualmente estabelecer um critério de distinção entre a publicidade sexista e o recurso ao humor, que deve continuar a ser admitido. Ou seja, os mecanismos sancionatórios informais revelam maior efetividade na promoção da igualdade de género, ainda que o Estado e os sistemas de autodisciplina não possam alhear-se da competência que lhes cabe nesta matéria.

Têm sido especialmente objeto de censura pelo mercado as mensagens publicitárias que banalizam situações de violência dos homens contra as mulheres, bem como estereótipos de género veiculados através de comportamentos de subjugação ou relativos à realização de tarefas domésticas. Na verdade, a comunicação comercial constitui um reflexo da estratégia e do posicionamento das marcas, devendo os anunciantes contribuir para a mudança social, em detrimento de reforçar as desigualdades existentes.

## **5 CONCLUSÃO**

Tradicionalmente enquadrado na proteção do consumidor, o direito da publicidade tende a centrar-se na proibição da publicidade enganosa. No entanto, a promoção da igualdade de género demonstra a necessidade de se reequacionar o fundamento axiológico de algumas restrições ao conteúdo das mensagens, centrando-o agora no princípio da igualdade e na proibição de discriminação.

Ou seja, no quadro da transição para uma diferenciação emocional e simbólica face à concorrência, a proteção destinatários passa a ser independente da existência de uma decisão de transação. Este alargamento da esfera de atuação do direito da publicidade coincide com o reconhecimento da preocupação com os estereótipos de género num contexto de crescente globalização dos mercados, onde importa atender especialmente ao impacto sociocultural da comunicação comercial.

Mais do que uma alteração legislativa, importa assegurar uma adequada interpretação e aplicação das normas proibitivas. Neste sentido, o ordenamento jurídico brasileiro demonstra que os sistemas de autodisciplina se encontram atualmente em condições privilegiadas para promover a igualdade de género na comunicação comercial, apresentando como principal vantagem a flexibilidade na abordagem de situações em constante mutação e dotadas de uma complexidade crescente. Enquanto a dignidade das mulheres não for amplamente acautelada pelos mecanismos sancionatórios tradicionais, vai continuar a caber ao mercado um papel determinante, através da reação espontânea manifestada em ambiente digital, sempre que a mensagem seja contrária à consciência ética da comunidade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito do consumo**. Coimbra: Almedina, 2005.

AMORIM, Ana Clara Azevedo de. **A tutela da lealdade nas relações de mercado**: a propósito do ilícito publicitário. Coimbra: Almedina, 2017.

AMORIM, Ana Clara Azevedo de. Comunicação comercial e direitos dos consumidores: desafios da sociedade da informação. In: **Revista de Direito Intelectual**, Lisboa, Ed. APDI, n.º 1, p. 165-189, 2015.

AMORIM, Ana Clara Azevedo de. **Manual de direito da publicidade**. 2. ed. Lisboa: Petrony, 2023.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LXXVIII, p. 43-64, 2002.

BAUERMAN, Sandra. Estudo comparativo da publicidade enganosa no Brasil e em Portugal. In: **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**, Coimbra, Ed. APCD, n.º 48, p. 11-39, dezembro de 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. v. I, 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

CENEVIVA, Walter. **Publicidade e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CONTE, Giuseppe. Codici etici e attività d'impresa nel nuovo spazio globale di mercato. In: **Contratto e Impresa**, Bologna / Pisa, Ed. Pacini, v. 22, fascicolo 1, p. 108-140, janeiro/fevereiro de 2006.

CUESTA RUTE, José María de la. Observaciones sobre la ley general de publicidad. In: **Revista Jurídica de Catalunya**, Barcelona, Ed. Ilustre Collegi de l'Advocacia de Barcelona, n.º 4, p. 51-104, 1989.

DAVID, Lucas. **Schweizerisches wettbewerbsrecht**. 3. ed. Berna: Stämpfli, 1997.

DIAS, Lucia. **Publicidade e direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad. In: **Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor**, Madrid, Ed. Marcial Pons, n.º 2, p. 369-391, 1975.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do consumidor**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GERALDES, Ana Luísa. **O direito da publicidade**. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1999.

GÓMEZ SEGADÉ, José António. Sistemas de autorregulación publicitaria. In: **Jornadas de derecho de la publicidad**. Madrid: Instituto Nacional de Publicidad, 1980. p. 155-191.

HENNING-BODEWIG, Frauke. Werbung mit der realität: oder wettbewerbswidrige Schockwerbung? In: **Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht**, München, Ed. Erschienen; Frankfurt, Ed. Beck, ano 98, n.º 12, p. 950-953, dezembro de 1993.

KITCHEN, Philip. **The future of marketing: critical 21<sup>st</sup> century perspectives**. Nova Iorque: Palgrave MacMillan, 2003.

MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. (Coleção *Studia Iuridica*, 65).

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia; HERRERO SUÁREZ, Carmen; MARTÍN GARCÍA, Lirio; HERNÁNDEZ-RICO, José. **Derecho de la publicidad**. Navarra: Aranzadi, 2015.

O'SHAUGHNESSY, John; O'SHAUGHNESSY, Nicholas. **The marketing power of emotion**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

PATIÑO ALVES, Beatriz. **La autorregulación publicitaria: especial referencia al sistema español**. Barcelona: Bosch, 2007.

TATO PLAZA, Anxo. Violencia de género y publicidad. In: **Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor**, Madrid, Ed. Marcial Pons, n.º 25, p. 489-497, 2004.

VERÍSSIMO, Jorge. **A publicidade da Benetton: um discurso sobre o real**. Coimbra: Minerva, 2001.

Submissão em: 13 de junho de 2023

Último Parecer favorável em: 21 de julho de 2023

### **Como citar este artigo científico**

AMORIM, Ana Clara Azevedo de. Promoção da igualdade de género na publicidade: abordagem comparada de direito luso-brasileiro. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 2, p. 14-38, maio-ago. 2023.

## EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

CARMEN ROSA ROCHA CHACÓN<sup>1</sup>

### RESUMEN

**E**l presente artículo científico expone el surgimiento del nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho e identifica los rasgos característicos de ese nuevo paradigma y la importancia del control de la constitucionalidad en la batalla por la efectividad del derecho a la dignidad del hombre. En los Estados democráticos constituyen una especie de norma de calidad, los principios de soberanía popular, legitimación democrática de los poderes constituidos, reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, consagración de un conjunto de principios y valores constitucionales, aplicación directa de la Constitución en cuanto norma fundamental y garantías fundamentales de resguardo y protección de la Constitución como norma jurídica. Para ello se realizó un estudio jurídico-descriptivo –en el área del Derecho Constitucional– que utiliza el método jurídico dogmático y pretende ofrecer una imagen de funcionamiento de la norma constitucional y del control de la constitucionalidad como institución jurídica relevante.

**Palabras clave:** Estado Constitucional de Derecho, control de constitucionalidad, dignidad humana y control de convencionalidad.

---

<sup>1</sup> Licenciada en Ciencias Jurídicas y Políticas. Magister en Derecho Civil. Docente pregrado y posgrado del área Civil de la Carrera de Ciencias Jurídicas y del Departamento de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba, Bolivia.

## ABSTRACT

This scientific article exposes the emergence of the new paradigm of the Constitutional State of Law and identifies the characteristic features of this new paradigm and the importance of the control of constitutionality in the battle for the effectiveness of the right to dignity of man. In democratic States, the principles of popular sovereignty, democratic legitimation of the constituted powers, recognition and protection of fundamental rights, consecration of a set of constitutional principles and values, direct application of the Constitution as far as fundamental norm, and fundamental guarantees of shelter and protection of the Constitution as a legal norm. For this, a legal-descriptive study was carried out –in the area of constitutional law– that uses the dogmatic legal method and aims to offer an image of the operation of the constitutional norm and the control of constitutionality as a relevant legal institution.

**Keywords:** Constitutional State of Law, constitutionality control, human dignity, conventionality control.

## 1 INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo determinar el surgimiento del nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho e identificar los rasgos característicos de ese nuevo paradigma y la importancia del control de la constitucionalidad en la batalla por la efectividad del derecho a la dignidad del hombre.

## 2 DESARROLLO

En la actualidad son ampliamente reconocidos –en los Estados democráticos– los principios de soberanía popular, legitimación democrática de los poderes constituidos y derechos fundamentales que constituyen una especie de norma de calidad, consagración de un conjunto de principios y valores constitucionales, aplicación directa de la Constitución en cuanto norma fundamental y garantías fundamentales de resguardo y protección de la Constitución como norma jurídica (DÍAZ BRAVO, 2016). Para formular el problema que se intenta dilucidar en este estudio se dirá que actualmente las garantías constitucionales, en particular el control de constitucionalidad de las leyes, constituyen un elemento que no se aleja de la polémica, encontrando posiciones que consideran a la justicia constitucional como un elemento antidemocrático, y otras posiciones, de las que formo parte, que consideran que

la justicia constitucional es un distintivo de los regímenes democráticos, por lo que la necesidad de su análisis es del todo vigente (DÍAZ BRAVO, 2016).

Este estudio se propone como objetivo general determinar el surgimiento del nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho, y entre sus objetivos específicos identificar los rasgos característicos de ese nuevo paradigma y la importancia del control de la constitucionalidad en la batalla por la efectividad del derecho a la dignidad del hombre.

En cuanto a la metodología utilizada, puede asegurarse que es un estudio jurídico-descriptivo, en el área de Derecho Constitucional, que utiliza el método jurídico dogmático y pretende ofrecer una imagen de funcionamiento de la norma constitucional y del control de la constitucionalidad como institución jurídica relevante.

### **3 ANÁLISIS HISTÓRICO DEL SURGIMIENTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

El culto al texto de la ley fue la esencia del Estado Liberal dominado por las corrientes positivistas del Derecho, que interpretaron como lo mismo al Derecho y a la ley. Esta concepción estuvo estructurada sobre los principios de autonomía de la voluntad e igualdad formal en la aplicación de la ley. Como afirmó Hobbes, antes del Estado y de la Ley no se conocía la diferencia entre lo justo y lo injusto, en fin, que en el pacto social se enajenaron todos los derechos, para que el Estado –a través de la dominación legal– garantizara la igualdad y la libertad, cierta y segura de ellos (HOBBS, 1994).

Las consecuencias de tal concepción del Estado liberal no se hicieron esperar y según las define Cea Egaña: efectivamente, las primeras constituciones europeas y de nuestra América fueron en realidad nada más que instrumentos de gobierno; los jueces se limitaban al rol que les fijó Montesquieu, es decir, conformarse como seres inanimados que modulaban las palabras de la ley; el control de los gobernantes quedaba radicado en las asambleas parlamentarias; el legislador establecía la casación para que los tribunales supremos custodiaran la interpretación o aplicación, tasada y segura, de los mandatos legislativos; y los ciudadanos carecían de garantías, sobre todo, para ejercerlas en contra del legislador y de los funcionarios administrativos (CEA EGAÑA, 2017).

El paradigma del Estado legislador sirvió a la democracia durante un tiempo y en ese lapso hubo progresos importantes en la organización política y

jurídica del mundo. Sin embargo, este paradigma derivó en antidemocrático y como resultado acarreó grandes catástrofes sociales a la humanidad sustentadas por la legalidad formal resultante de una concepción positivista del Estado y el derecho. Ocurrió el desmantelamiento de la democracia representativa y de la ley y ocuparon su lugar la soberanía como fundamento del Estado, la democracia, y el sistema jurídico.

De la destrucción de este paradigma del Estado legislador surgen los presupuestos para el nacimiento del paradigma de Estado Constitucional de Derecho, que tiene como esencia la dignidad de la persona y de sus derechos inalienables o derechos humanos; así que la nueva concepción del Estado humaniza todo el ordenamiento jurídico incorporándole valores y principios que serán imprescindibles a cualquier interpretación jurídica válida.

#### **4 CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

Las características que se destacan de este nuevo paradigma son las siguientes:

- a) revitaliza a la persona humana, su dignidad y sus derechos humanos inalienables, de donde fluye la nueva legitimidad del derecho en democracia; es decir, el ejercicio del derecho será legítimo siempre que se haga con sujeción a la Constitución que norma en su parte dogmática las garantías jurisdiccionales de esos derechos;
- b) supremacía sustantiva y formal de la Constitución, de la que deriva la fuerza normativa, propia y directa, de los valores, principios y normas que la conforman tanto en su texto, como en el bloque de constitucionalidad, sobre todo en su parte dogmática. Esta supremacía significa que las disposiciones constitucionales son aplicadas a todos (gobernantes y gobernados) sin necesidad de desarrollo legal, directamente. Dicho paradigma establece que la ley se subordine a la Constitución, razón por la cual la ley será válida en la medida en que respete la Constitución, sobre todo en su núcleo esencial que resulta de su parte dogmática.

Sobre el tema dice Cea Egaña, parafraseando a Krugger que, si por siglos el ejercicio de los derechos fundamentales fue posible en la medida en que lo permitía la ley, hoy la ley vale en la medida en que respeta a los derechos fundamentales (CEA EGAÑA, 2017), lo que es un avance. Algo más sobre la Supremacía Constitucional, y es que tiene como exigencia el control por el

Tribunal Constitucional que se encarga de proteger los derechos fundamentales y para su blindaje cuenta con una serie de garantías constitucionalizadas agrupadas en torno al concepto de debido proceso;

- c) rol protagónico, activo y dinámico de todos los jueces en la aplicación del control de constitucionalidad y el control de convencionalidad que lo conforma, siempre sobre la base del precedente vinculante que dispone la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su caso.

Con Cea Egaña se puede afirmar la necesidad de ayudar a la magistratura persuadiéndola de su rol en el Estado Constitucional de Derecho y capacitándola en la argumentación ponderada y razonada de cada asunto o gestión que involucre la promoción y defensa de los derechos esenciales. Más todavía: resulta menester demostrar que el derecho puede adentrarse más en la consecución del ideal de un sistema normativo coherente cuando los valores y principios constitucionales se irradian hacia todos los confines del régimen preceptivo (CEA EGAÑA, 2017);

- d) constitucionalización del Derecho es un reordenamiento del Derecho desde sus fuentes, su interpretación, aplicación, función del Estado en el ordenamiento jurídico, relaciones con la democracia, intercomunicación del Derecho Interno e Internacional, que conducen a una nueva legitimación sustantiva y procesal del Derecho. El Derecho se independiza del Estado, de la ley, de la soberanía, adoptando como misión y objetivo fundamental a la justicia, tanto en lo nacional, como internacionalmente. Como consecuencia de la constitucionalización del Derecho ocurre la extensión horizontal y vertical del constitucionalismo humanista, que cala todas las disciplinas jurídicas, todas las actuaciones estatales y de los particulares. Este fenómeno se conoce como irradiación o efecto reflejo de la constitucionalización del Derecho;
- e) la Constitución resulta un Código de valores políticos; por tanto, las estructuras hermenéuticas conocidas no son suficientes ni adecuadas para su interpretación, que ahora se centra en la argumentación Convinciente En Su Motivación, Cuidadosa Del Balance Entre Los Derechos Fundamentales en pugna, minuciosa en los valores y principios que la justifican. Todo ello acarrea la aparición de una nueva racionalidad jurídica. En esta nueva racionalidad jurídica la autoridad judicial es más libre de ajustar los derechos fundamentales en conflicto con los valores y principios constitucionales que atañen al caso en cuestión, y lo hace a través de la argumentación razonable y práctica que produce un Derecho dinámico adaptado a las circunstancias que lo condicionan;

- f) el sistema jurídico en su totalidad tiene que ser descifrado, aplicado e ideado desde la Constitución y con respeto a los valores y principios constitucionales. Este proceso no es inmediato, sino que evoluciona lentamente, por lo que pueden encontrarse –en los Códigos más modernos– algunas normas que no superan el control de constitucionalidad o de convencionalidad necesarios para ser considerada una norma justa y válida por ello;
- g) el ordenamiento jurídico del Estado Constitucional de Derecho encuentra un espacio entre el iusnaturalismo y el positivismo utilizando como eje articulador la dignidad del hombre o mujer y los derechos humanos cuya afirmación y resguardo permite coexistir en democracia. Todo lo que requiere contextualizarse desde la perspectiva global de la dignidad humana.

## **5 LA DIGNIDAD HUMANA COMO EJE ARTICULADOR ESENCIAL DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

La dignidad de la persona se invoca como valor articulador tanto en las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos como en la mayoría de las Constituciones democráticas actuales –en cualquier latitud– y como patrón de legitimidad de todo ordenamiento jurídico.

Para explicar la dignidad humana como eje articulador del Estado Constitucional de Derecho es preciso tener en cuenta lo que expone Pascual Lagunas: la dignidad como cualidad intrínseca del hombre aparece como fuente de los demás derechos fundamentales, articulados en torno a un objetivo que es el de garantizar precisamente para todo ser humano el desarrollo de una vida digna, de manera autónoma, en igualdad de condiciones con los demás individuos y en la plenitud de su potencial humano tanto físico como intelectual. Aunque, como hemos visto la razón puede fundamentar la idea de la dignidad de la persona, la aceptación de esta idea y sobre todo de la igualdad entre todos los seres humanos respecto de la atribución de las potestades, derechos y libertades que supone el pleno disfrute de una vida en dignidad debe basarse en la existencia de un presupuesto ético en la conciencia social para que, a posteriori, la propia sociedad exija que sea justificado y positivizado jurídicamente y como parte de esa misma conciencia social, los poderes públicos deberán asumirlo, legitimarlo y promocionarlo (PASCUAL LAGUNAS, 2017).

Este autor reconoce la necesidad de un presupuesto ético en la conciencia social que ofrezca estabilidad a la idea de dignidad de la persona. No se puede cuestionar que la dignidad de la persona adquiere sus fundamentos últimos en

el ideal de justicia e igualdad que toman contenido dentro de un marco ético determinado, marco ético que puede ser manipulado por el poder a su antojo. Por eso afirma Peces-Barba (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1999) que para hacer realidad la garantía de los derechos fundamentales parece conveniente que el contenido de tales derechos se fije y su respeto se obligue en normas claras y precisas, lo que es correcto.

Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como los Pactos de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, reconocen en sus preámbulos que la dignidad es inherente a todas las personas y constituye la base de los derechos fundamentales. Sin embargo, es preciso preguntarse ¿cómo puede la dignidad humana convertirse en fundamento de la protección de bienes jurídicos globales? Siguiendo a Gutiérrez, puede asegurarse que es evidente que, cuando se pretende retrotraer su fundamento a la dignidad de la persona, no se busca, en realidad, una norma positiva dotada de eficacia jurídica cierta en un contexto jurídico dado, sino el principio básico de un nuevo ordenamiento jurídico mundial. Eso se corresponde con el proceso llamado de constitucionalización de la comunidad internacional, en el que ésta (la dignidad) resulta progresivamente comprendida como una entidad sustantiva, y no solamente relacional susceptible de ser ordenada bajo parámetros jurídicos más o menos unitarios. En la dignidad de la persona se busca entonces no el sentido que puede ser percibido con las categorías jurídicas consolidadas por una ciencia del Derecho constitucional altamente diferenciada, sino el que se remonta a una teoría de la Constitución de pretensiones legitimadoras. No se trata, en definitiva, de interpretar un Derecho constitucional vigente, sino de configurarlo y dotarle de sentido; no se habla del Derecho como criterio de resolución de conflictos ya contextualizados, sino que se contempla en cuanto proyecto de ordenación general de la vida social (GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, 2017).

Las Constituciones latinoamericanas acogen como columna que vertebrada el orden fundacional a la dignidad de la persona y los derechos humanos. La dignidad humana es una cualidad de la persona que no desaparece, que distingue al hombre como especie de los demás seres vivos, y es promovida, garantizada inalterablemente por el ordenamiento jurídico por más groseros que hayan sido los actos que tal persona haya cometido en su vida. Es por tanto valor supremo, principio jurídico, fuente de todos los derechos fundamentales, y punto de partida en la interpretación y aplicación de todo el sistema jurídico.

La dignidad humana como valor perteneciente a hombre o mujer, se muestra a través de la libertad con que cada uno determina consciente y responsablemente su vida que debe ser tolerada por los demás.

En tal sentido, y en coincidencia con lo que asegura Nogueira Alcalá, puede asegurarse que el respeto y protección de la dignidad de la persona humana como deber jurídico fundamental del Estado constituye una premisa para todas las cuestiones jurídico dogmáticas particulares, como asimismo una norma estructural para el Estado y la sociedad que es resistente a la ponderación; de allí la prohibición absoluta de la esclavitud y de la tortura. El valor y principio de la dignidad humana tiene un carácter absoluto y de obediencia irrestricta. La dignidad humana constituye el mínimo invulnerable del ser humano que el ordenamiento jurídico debe asegurar; cada uno y todos los derechos fundamentales tienen en ella su fundamento y base sustantiva, ya que todos ellos contribuyen a desarrollar ámbitos propios de la dignidad de la persona humana (NOGUEIRA ALCALÁ, 2017).

## **6 EL CONSTITUCIONALISMO BOLIVIANO SOBRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LA DIGNIDAD HUMANA COMO EJE ARTICULADOR DEL SISTEMA JURÍDICO EN SU CONJUNTO**

Para mostrar eficientemente la posición del Constitucionalismo boliviano sobre el tema es imprescindible iniciar el análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en tal sentido. Para ello, puede utilizarse un extracto de lo más destacado de lo más destacado del texto de la Sentencia Constitucional Plurinacional 1617/2013, que a continuación se reproduce, por su relevancia para este estudio:

### **III.1. El Tribunal Constitucional Plurinacional en el proceso de construcción del Estado Plurinacional Comunitario: La materialización de los derechos fundamentales**

El art. 1 de la CPE sostiene que: “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario [...]”; modelo de Estado que fue el resultado de la fuerza descolonizadora de los pueblos indígena originarios campesinos, que plantearon el reto histórico de dar fin al colonialismo, con sujetos políticos colectivos con derecho a definir su destino, gobernarse en autonomías y participar en los nuevos pactos de Estado. Este nuevo modelo tiene una inspiración anticolonialista que rompe con la herencia del Constitucionalismo monocultural, que nació a espaldas de los pueblos indígenas, y del Constitucionalismo pluricultural que introdujo de manera subordinada un reconocimiento parcial a los derechos de los pueblos indígenas. Nuestra Constitución marca una ruptura respecto al Constitucionalismo clásico y occidental concebido por las élites políticas; es un constitucionalismo que expresa la voluntad de las clases populares y los pueblos indígenas, creando una nueva institucionalidad, transversalizada por lo plurinacional; una nueva territorialidad, signada por las autonomías; un nuevo régimen político y una nueva legalidad bajo el paradigma del pluralismo jurídico igualitario en el marco de la Constitución Política del Estado. [...] caracteriza la última generación del

Constitucionalismo', en el cual, el fenómeno de constitucionalización del ordenamiento jurídico se consagra y alcanza su esplendor a través del principio de aplicación directa de los derechos fundamentales, el cual se materializa a través del nuevo rol de las autoridades jurisdiccionales en su labor de interpretación constitucional acompañada de una coherente teoría de argumentación jurídica. (Sentencia, 2013).

Para desentrañar todos los pronunciamientos definitorios de esta sentencia es necesario ir por partes. Primeramente, la sentencia precisa las características del Estado Plurinacional Comunitario boliviano y es posible identificar peculiaridades innovadoras, de un Constitucionalismo de nuevo tipo con las características que se han dejado dichas *up supra* y que identifican al Estado Constitucional de Derecho. En tal razón, puede asegurarse que el Estado Plurinacional Comunitario se cataloga como un Estado Constitucional de Derecho.

En segundo lugar, se aborda la concepción del derecho ante la nueva idea del pluralismo jurídico que conduce a una pluralidad de fuentes jurídicas, a un compartir formas jurídicas que proceden de orígenes diferentes, a una coincidencia a nivel de principios y derechos fundamentales, a una coincidencia en el respeto a la dignidad humana como eje articulador de las jurisdicciones ordinaria y originaria, donde ambas respetan y garantizan el cumplimiento de los derechos humanos.

Un ordenamiento jurídico que comienza por ofrecer una naturaleza distinta a la función de impartir justicia, que de ser considerada potestad delegada por el Estado en el Poder Judicial se convierte en servicio de la comunidad, lo que permite acercarla a esa sociedad que pretende administrar desde el punto de vista jurídico y ofrecer seguridad y certeza en sus derechos.

En tercer lugar es preciso comentar el rol que define la sentencia para el propio Tribunal Constitucional que se convierte, con la nueva institucionalidad constitucional, en garante de la supremacía de la Constitución, contralor de la constitucionalidad, el respeto y la vigencia de los derechos fundamentales y sus garantías, de los criterios de derechos humanos constitucionalizados, los que deben ser aplicados no solamente por el juez constitucional, sino también por todos los jueces a todos los niveles de administración de justicia, que se constituyen así en garantes primarios de la Constitución y de los derechos fundamentales humanos y de sus garantías esenciales.

Otra cuestión es el comentario que hace sobre los dos principios que guían la interpretación de los derechos fundamentales, el principio de interpretación *pro persona* y la interpretación conforme a los Pactos de Derechos

Humanos ratificados por el Estado Boliviano, lo que significa que los derechos fundamentales han de interpretarse en favor de la persona, lo que se explicará de la forma más favorable a la persona.

El principio de interpretación, conforme a los Pactos de Derechos Humanos, impone a los jueces, tribunales y órganos administrativos del Estado, el deber de ejercer el control de convencionalidad que permite interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en tratados e instrumentos internacionales que sobre derechos humanos haya ratificado el país o se haya adherido, o las interpretaciones que de ellos hace la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos siempre que formulen derechos más favorables a los contenidos en la Constitución.

Todas las consecuencias jurídicas comentadas conducen al fenómeno llamado constitucionalización del ordenamiento jurídico que se afianza dentro del sistema jurídico boliviano, vía aplicación directa de los derechos fundamentales, facultad utilizada por las autoridades jurisdiccionales para la interpretación de los derechos fundamentales a través del uso de una argumentación correcta de sus decisiones.

Es preciso apuntar que la utilización por las autoridades judiciales de este tipo de interpretación es exigible por cualquiera de los ciudadanos, por el Estado e incluso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La actuación contraria del juez en estas interpretaciones genera responsabilidad, incluso para el Estado.

## **7 LA INTERPRETACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA DE 2009**

El artículo 13 de la Constitución Política del Estado de 2009, expone la interpretación de los derechos fundamentales de la siguiente manera:

Primeramente define, en su apartado I, las características esenciales de los derechos reconocidos por la Constitución y los define como inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. Estas características de los derechos reconocidos en la Constitución son de mayor importancia para su interpretación correcta. Por ello, se comenta en adelante cada una de esas características:

- 1) inviolabilidad: Significa que todas las personas tienen derecho a que se les respeten los derechos reconocidos por la Constitución que no pueden ser desconocidos por ninguna persona, en ninguna circunstancia;

- 2) universalidad: La universalidad es la esencia fundamental del Derecho Internacional de Derechos Humanos. El Estado tiene el deber, sin importar su sistema político, económico y cultural, de promover y proteger todos los derechos y las libertades fundamentales. Esos derechos son inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tienen los mismos derechos, sin discriminación alguna. Todas las personas son titulares de todos los derechos reconocidos; en eso consiste el principio de universalidad, estrechamente relacionado con los derechos a la igualdad y no discriminación;
- 3) interdependencia: Es la cualidad-principio que determina que la existencia de un derecho, su reconocimiento, disfrute y realización, está directamente relacionada con la de los restantes derechos de forma tal que el respeto, la garantía, la promoción y la protección de uno impactará positiva o negativamente en el otro y viceversa. Dependen recíprocamente unos de otros. La interdependencia de los derechos reconocidos se manifiesta en que el avance de uno de ellos facilita el avance de los demás y de la misma forma la privación de uno de los derechos reconocidos afecta negativamente a los demás;
- 4) indivisibilidad: Es la cualidad – principio que implica que los derechos reconocidos no pueden ser divididos, separados o fragmentados en su análisis, abordaje, aplicación y exigibilidad porque, careciendo de jerarquías, conforman una unidad indisoluble que se define mediante su realización conjunta;
- 5) progresividad: Significa que los derechos reconocidos no se pueden disminuir y no puede existir retroceso en el contenido de los mismos.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos de México la define como

El principio de progresividad de derechos humanos implica el gradual progreso para lograr su pleno cumplimiento, es decir, que para el cumplimiento de ciertos derechos se requiere la toma de medidas a corto, sigue: mediano y largo plazo, pero procediendo lo más expedita y eficazmente posible. El principio de progresividad se ha relacionado particularmente con los derechos económicos, sociales y culturales, pero se aplica también para los civiles y políticos, procurando por todos los medios posibles su satisfacción en cada momento (México, 2017, pág. 11).

El apartado II del artículo 13 de la Constitución boliviana resulta ser una cláusula abierta de la Constitución que permite reconocer otros derechos no enunciados. Este tipo de norma permite que los derechos humanos consagrados en los Tratados internacionales ratificados por Bolivia, al convertirse de cierta forma en derechos constitucionales, sean directamente aplicables y gocen de la protección que la Constitución ofrece a los derechos que ella proclama, sin necesidad de regulación o desarrollo legislativo. La inclusión dentro de la Constitución de cláusulas de apertura permite evitar diferencias entre el sistema interno y externo de protección de los derechos humanos y a la vez se ofrece seguridad jurídica a los aplicadores de estas normas (LEÓN BASTOS; WONG MERAZ, 2017).

En el apartado III del propio artículo 13 se insiste sobre la idéntica jerarquía que distingue a los derechos reconocidos por la Constitución, lo que conduce al criterio de ponderación entre los derechos que pudieran enfrentarse, nunca de predominio de uno sobre otro, como ya se afirmó antes.

Por último, el apartado IV establece la prevalencia en el orden interno de los Tratados y Convenios internacionales ratificados por Bolivia, y explica una norma de interpretación importante para este estudio cuando determina que “los deberes y derechos consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia” (Constitución Política del Estado, 2009). En concordancia con esta norma general se genera la del artículo 256 apartados I y II en los que se explicita que serán aplicados de manera preferente sobre la Constitución, los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Bolivia que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución y este mismo criterio será utilizado para interpretar los derechos que esta Constitución consagra (Constitución Política del Estado, 2009).

En este sentido Rivera, afirma que:

A partir de una interpretación sistemática y en concordancia práctica de las normas previstas por la Constitución, antes referidas, se puede concluir que en el sistema constitucional boliviano los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos se constituyen en parámetro de interpretación constitucional y legal, así como en parámetros para el desarrollo del control de constitucionalidad y convencionalidad (RIVERA, 2017, pág. 323).

Lo que debe ser tomado en cuenta con la seriedad que corresponde.

## 8 EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD. FUNDAMENTOS

La teoría del control constitucional, en el marco de sus orígenes, fundamentos, variantes y aplicación, ocupó y ocupa un lugar central en el interés teórico y práctico de los estudios de derecho.

La Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Marbury v. Madison”, sin lugar a dudas el caso más famoso del constitucionalismo moderno que se presenta públicamente como el origen del control judicial difuso, así como el diseño positivista que Hans Kelsen planteara en su propuesta de “Tribunal Constitucional” (hoy vigente en los países europeos y en algunas naciones latinoamericanas) conforman los dos modelos de control de constitucionalidad que han atrapado con mayor fuerza el interés del mundo occidental.

Según Amaya, ambos modelos centrales trascienden las razones ideológicas, políticas e históricas de su creación, para instalar la discusión jurídica y política –entre otras cuestiones– sobre la posición que una Constitución tiene frente a los principios del sistema democrático (Amaya, 2015, pág. 41).

Insiste –el mencionado autor– en que, desde dicha perspectiva, tanto la sentencia de Marshall en “Marbury”, en su condición fundante del control judicial difuso, como las ideas lógicas de Kelsen, como artífice principal del modelo concentrado, transitan magistralmente sobre muchas de las tensiones que aún hoy enfrentan los conceptos de democracia y constitución, y su aplicación y desarrollo en los sistemas jurídicos mundiales (AMAYA, 2015, pág. 41).

Para los defensores de la declaración oficiosa de inconstitucionalidad, el debido proceso legal no se encontraría afectado con dicha declaración, pues si así fuera también debería descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal, con el pretexto de no haber podido los interesados alegar sobre su aplicación al caso (AMAYA, 2015).

El control de constitucionalidad constituye una cuestión de derecho ínsita de la facultad de los jueces que se resume en el antiguo adagio romano *iura novit curia* y que incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (AMAYA, 2015).

Este principio, por el que se concede a los jueces la potestad de suplir el derecho que las partes no invocan o que invocan erróneamente, incluye el deber de mantener la jerarquía normativa del orden jurídico boliviano; de allí que una sentencia que aplique normas inconstitucionales se posiciona contra la supremacía constitucional y su jerarquía normativa.

La atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia –en todas sus instancias– de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituye uno de los fines superiores y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consagrados en la Constitución contra los abusos posibles de los poderes públicos, atribución que es derivación forzosa de la distinción entre los poderes constituyente y legislativo ordinario que hace la Constitución, y de la naturaleza necesariamente subordinada del segundo (AMAYA, 2015).

## **9 MODELOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

Se denomina por la doctrina modelos de control de constitucionalidad a aquellos mecanismos de control originales, nacidos de historias propias, como son: el judicial, típico de Estados Unidos; y el kelseniano, que se desarrolla en Europa continental. En adelante, sus características identitarias.

### **9.a El Modelo Judicial**

Según Jorge Alejandro Amaya, las principales características de la revisión judicial en los Estados Unidos son las siguientes:

- 1) es un sistema judicial, pues el control recae en los magistrados judiciales;
- 2) es un sistema difuso, porque todos los jueces –estadales o federales– pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes y actos inferiores. Es decir que el modelo no se adscribe a un órgano específico, sino que, dentro del Poder Judicial, todos los jueces son dotados de idéntica competencia para esta cuestión;
- 3) el control es incidental, o sea, nace y se desarrolla en el seno de un proceso judicial. La cuestión constitucional no es objeto principal, pero se presenta como una cuestión que ha de ser lógicamente deslindada para la solución del litigio;
- 4) rige la noción de “causa”, lo que implica que los jueces solamente pueden pronunciarse dentro de los juicios que se planteen ante sus estrados;

- 5) los jueces ejercen el control de constitucionalidad en casos concretos y no cuando la cuestión ha devenido abstracta;
- 6) los jueces ejercen el control de constitucionalidad a pedido de las partes interesadas y que tengan un interés concreto en la no aplicación de la norma pretendidamente inconstitucional (*standing*);
- 7) el control de inconstitucionalidad es muy amplio, especialmente considerando la flexible interpretación a la que la ley fundamental estadounidense se ve generalmente sometida;
- 8) los Tribunales Judiciales no ejercen control sobre las cuestiones no justiciables, políticas o actos de gobierno (según lo que ellos mismos han ido calificando como tales);
- 9) los jueces se pronuncian sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas impugnadas en las sentencias, produciendo efectos que, en principio, se circunscriben al caso concreto, pero que en varios otros tienen un alcance más genérico, en virtud de la regla del precedente;
- 10) la resolución judicial acerca de la constitucionalidad de una norma o de su inconstitucionalidad solamente afecta a las partes (efecto *inter partes*) y los efectos de la declaración en cuestión no se extienden al resto de la norma, que mantiene vigencia en el ordenamiento;
- 11) la sentencia es declarativa, porque el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una “nulidad” preexistente y, por tanto, con efectos *ex tunc* (AMAYA, 2015, pág. 117). Lo que constituye una radiografía del modelo judicial de los Estados Unidos.

## 9.b El Modelo Europeo

Según la estudiosa Carla Huerta Ochoa,

el modelo europeo o también llamado austriaco, atribuye a un órgano específico, llámese Corte o Tribunal Constitucional, facultades para revisar todas las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes, las cuales de manera excluyente no pueden ser conocidas por los jueces ordinarios, razón por la cual deben plantearse en la vía principal o en la vía de acción, por los órganos del Estado afectados por las normas inconstitucionales. Este tribunal especializado podrá declarar la inconstitucionalidad con efectos generales, lo cual se traducirá en la

eliminación de la ley respectiva a partir del momento en que se publique la resolución de inconstitucionalidad. Esto se debe a que el fundamento de este modelo se encuentra en la teoría de las nulidades de Hans Kelsen. Por lo tanto, podemos hablar de un control concentrado de la constitucionalidad, en virtud de que el control es realizado por un órgano jurisdiccional independiente, que puede no pertenecer al Poder Judicial, y que se coloca por encima de todos los órganos del Estado (HUERTA OCHOA, 2019, pág. 1).

Como se observa, este sistema introduce un cambio básico respecto del sistema estadounidense de control de constitucionalidad de las leyes, concentrando dicho control en un solo tribunal, consagrándose así un nuevo sistema (“el concentrado o europeo”) frente al “difuso o estadounidense”.

## **10 EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD COMO ELEMENTO INTEGRADO AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

### **10.a La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Sobre el Control de Convencionalidad**

El control de convencionalidad es un mecanismo en virtud del cual las autoridades judiciales y administrativas aplican el parámetro de convencionalidad, –es decir, el conjunto de tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Bolivia y las interpretaciones realizadas por las instituciones internacionales correspondientes, en sus decisiones– para lo cual interpretan la normativa interna desde y conforme al bloque de constitucionalidad, asegurando así que los tratados internacionales y las interpretaciones que en relación a ellas se hayan realizado –tanto en el Sistema Universal como en el Sistema Interamericano de protección a Derechos Humanos– sean cumplidas.

Haciendo historia, el concepto de control de convencionalidad surge en el año 2006, en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, cuando en lo relacionado al órgano judicial señaló que:

[...] cuando la legislativa falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado y es un principio básico del derecho de la

responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana [...] (caso Almonacid Arellano vs. Chile, 2006).

Por lo que, el órgano judicial, a través de sus jueces y tribunales internos, como bien lo señala la Corte, está sujeto al imperio de la ley y por ello está obligado a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, así:

[...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” (Sentencia caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y Costas, 2006), de lo que se entiende que el órgano judicial debe realizar el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que se aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, considerando que no solamente debe tenerse en cuenta el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana; que “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno” (Opinión consultiva Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de Leyes Violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1994).

Otra de las cuestiones que resultan de interés en relación con el control de convencionalidad ha sido tratada en el caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de enero de 2014, que en su párrafo 124 dispone que la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana les compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.

Significa que, por ejemplo, si se toma en cuenta la estructura judicial boliviana no hay que pensar que por ser el encargado del control de constitucionalidad el Tribunal Constitucional Plurinacional, solamente este órgano judicial tendría igualmente entre sus atribuciones el control de convencionalidad. No es así, porque el control de la convencionalidad es difuso

y no concentrado, es universal y no particular, y por ello debe ser realizado por todos los jueces, todos los órganos del Estado, incluso las autoridades administrativas, porque es una obligación del Estado.

También aporta a la configuración del concepto de control de convencionalidad el caso *Radilla Pacheco vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, que en su párrafo 338 precisa la Corte Interamericana su criterio acerca de las formas en que pueden garantizarse en el derecho interno los contenidos de la Convención Interamericana cuando define:

Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención (*Caso Radilla Pacheco vs México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2009, s.n.t.).

Nótese la importancia del contenido del subrayado. Resulta que una norma en solitario que reconozca un derecho de los contenidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado parte no conforma una garantía adecuada, ni tampoco conforma el cumplimiento efectivo de la obligación estatal de adaptar la normativa interna en relación con lo acordado internacionalmente. Es imprescindible para ello que las prácticas jurisdiccionales se encuentren ajustadas al mismo fin y, en tal razón, concedan eficacia real al derecho reconocido.

Trascendente en este sentido es el caso *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, que en relación con la contundencia del control de convencionalidad puntualiza:

En consecuencia, la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos

constitucionales, aquellos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercido de forma complementaria (Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia., 2013, pág. s.p).

Así deja ver la decisión de la Corte sobre de qué manera el control de convencionalidad se integra al conjunto de derechos fundamentales tutelados por la Constitución de cada país, y se integra al control de constitucionalidad como parte complementaria.

De importancia para la definición del control de convencionalidad es el caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 30 de noviembre de 2012. La sentencia de la Corte en este caso en su párrafo 143 apunta que:

[...] se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad. (Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 2012, pág. s.p).

Luego del panorama internacional de los modelos y su aplicación, corresponde ingresar a valorar ese mismo tema en Bolivia.

### **10.b El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia Sobre el Control de Convencionalidad**

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia en relación con este tema, en Sentencia emitida el 10 de mayo de 2010 por el Tribunal Constitucional de Bolivia (Expediente N.º 2006-13381-27-RAC), apartado III.3 sobre “El

Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ha puntualizado que:

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera, la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.

Esto es así por dos razones jurídicas concretas: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos (Sentencia , 2010, pág. s.p).

Las razones concretas expuestas por el Tribunal Constitucional Plurinacional tienen una explicación bien fundamentada. Primeramente, el objeto de la competencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos es precisamente constituirse en máxima intérprete de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y máximo garante en el plano supranacional del respeto a los derechos humanos; esta razón –sin dudas– abona la consideración de su jurisprudencia como parte del bloque de constitucionalidad.

En segundo lugar, la doctrina del efecto útil de las sentencias sobre derechos humanos es también una doctrina desarrollada por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. La doctrina consiste en que estas sentencias de la Corte, cuando encuentran al Estado responsable de determinada vulneración de derechos humanos hacen nacer en el Estado una responsabilidad internacional a partir de la cual el Estado infractor deberá dar cumplimiento a la sentencia ineludiblemente, siempre sustentado –tal cumplimiento– en el principio de buena fe.

[...] Principio de buena fe, en virtud del cual, los Estados deben atender sus obligaciones internacionales, fundamento por demás sustentado para argumentar que los estados miembros de este sistema no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir esta responsabilidad internacional.

Por lo expuesto, se puede afirmar que es precisamente el principio de buena fe el que reviste a las Sentencias de la CIDH en el efecto útil o de protección efectiva, siendo por tanto plenamente justificable la ubicación de estas Sentencias dentro del llamado bloque de constitucionalidad.

En el marco del panorama descrito se colige que inequívocamente las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado, tampoco de las normas jurídicas infraconstitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del “Estado Constitucional” enmarcado en la operatividad del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos [...] (Sentencia , 2010, s.n.t.).

En razón de todo lo expuesto, se afirma, que existe una relación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional de Bolivia, relación que tiene una doble perspectiva:

- a) desde la perspectiva reparadora, la interpretación de la Corte Interamericana del derecho fundamental vulnerado permite ofrecerle una adecuada y eficaz protección internamente;
- b) desde la perspectiva preventiva, permite evitar las consecuencias adversas de las sentencias condenatorias de la Corte para la seguridad jurídica en el país.

Lo que sirve de base para comprender la perspectiva reparadora y de protección de los derechos humanos fundamentales y la perspectiva preventiva que debe evitar las consecuencias condenatorias precautelando la seguridad jurídica de Bolivia, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional de Bolivia, respectivamente.

## 11 CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto, se exponen las siguientes conclusiones:

**Primera:** De la superación del paradigma del Estado legislador surgen los presupuestos para el nacimiento del paradigma de Estado Constitucional de Derecho, que tiene como esencia la dignidad de la persona y de sus derechos inalienables o derechos humanos; la nueva concepción del Estado humaniza todo el ordenamiento jurídico incorporándole valores y principios que serán imprescindibles a cualquier interpretación jurídica válida.

**Segunda:** El Estado Constitucional de Derecho destaca entre sus características las siguientes: revitaliza a la persona humana, su dignidad y sus derechos humanos inalienables; implica la supremacía sustantiva y formal de la Constitución; establece un rol protagónico, activo y dinámico de todos los jueces en la aplicación del control de constitucionalidad y el control de convencionalidad que lo conforma; proporciona una nueva legitimación sustantiva y procesal del derecho desde lo constitucional; conduce a la aparición de una nueva racionalidad jurídica que conecta lo nacional, los derechos humanos y lo internacional en la argumentación jurídica; ordena que el sistema jurídico en su totalidad tiene que ser descifrado, aplicado e ideado desde la Constitución y con respeto a los valores y principios constitucionales; en fin, el ordenamiento jurídico del Estado Constitucional de Derecho encuentra un espacio entre el iusnaturalismo y el positivismo utilizando como eje articulador la dignidad del hombre o mujer y los derechos humanos cuya afirmación y resguardo permite coexistir en democracia.

**Tercera:** En la realización de sus objetivos, el Estado Constitucional de Derecho institucionaliza el control de la constitucionalidad y la convencionalidad como las mayores garantías para asegurar los derechos consagrados en la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, contra los abusos posibles de los poderes públicos y de tal forma resguardar los valores democráticos universales.

## BIBLIOGRAFÍA

A.D.A.M. Enciclopedia Médica. MedlinePlus información de salud para usted. 2-3-2020. Disponible en: <<https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007767.htm>>.

ÁGREDA MALDONADO, Roberto. Reflexiones jurídicas transdisciplinarias. Cochabamba (Bolivia) (libro digital), 2022.

AMAYA, Jorge Alejandro. **Control de constitucionalidad**. Buenos Aires: Astrea, 2015.

ARIZONA STATE UNIVERSITY. Universidad Latina de Costa Rica. Universidad Latina de Costa Rica. 9-7-2020. Disponible en: <<https://www.ulatina.ac.cr/articulos/que-son-las-tic-y-para-que-sirven>>.

BÁRCENA, Alicia. Presentación. En: **Educación en América Latina y el Caribe: la crisis prolongada como una oportunidad de reestructuración**. Santiago (Chile): CEPAL, 2021

BOLIVIA. Constitución Política del Estado. La Paz: Gaceta Oficial, 2008.

BOLÍVIA. Constitución Política del Estado. La Paz: Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009.

BOLIVIA. Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia, 1617. 4 de Octubre de 2013.

BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia. Expediente n.º 2006-13381-27-RAC. 10 de Mayo de 2010.

BUPA Global 2022. Disponible en: <<https://www.bupasalud.com.bo/salud/coronavirus#:~:text=El%2031%20de%20diciembre%20de,una%20nueva%20cepa%20de%20coronavirus>>. Acceso en: marzo 2020.

CNDH México. Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos. <<http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/34-Principios-universalidad.pdf>>. 08 de 06 de 2017.

CORONAVIRUS: cronología de una pandemia. [Película]. Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=ltlcmSWzALY>>. 22 de marzo de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia. 20 de Marzo de 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones. 30 de Noviembre de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Radilla Pacheco vs México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 23 de noviembre de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión consultiva. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OC-14/94, Serie A n.º 14, párrafo 35. 9 de diciembre de 1994.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y Costas, Serie C n.º 154, párrafo 124. 26 de septiembre de 2006.

CEA EGAÑA, José Luis. Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 16-5-2017. Disponible en: <[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)>.

CHÁVEZ REINOSO, Jorge Patricio; CHÁVEZ GUEVARA, Jorge Ernesto; FLORES ANDINO, Víctor Manuel; GUAYANLEMA CHÁVEZ, Ivonne Gabriela.

**Educación virtual en época de Covid-19:** perspectiva de los educandos a nivel superior. Ecuador: Horizontes, 2021.

DÍAZ BRAVO, Enrique. Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes. En: **Opinión Jurídica**, Medellín, Colombia, vol. 15, n. 30, p. 25-46, 2016.

DURÁN RODRÍGUEZ, Rodrigo Alberto. La educación virtual universitaria como medio para mejorar las competencias genéricas y los aprendizajes a través de buenas prácticas docentes. Tesis Doctoral (Doctorado)– Programa de Doctorado de Ingeniería de Proyectos: Medio Ambiente, Seguridad, Calidad y Comunicación. 2015. Barcelona, Universidad Politécnica de Cataluña, 2015.

ENCICLOPEDIA CONCEPTO. Equipo Editorial, Etecé. 16-7-2021. Disponible en: <<https://concepto.de/red-inalambrica/>>.

FORO INTERNACIONAL DERECHOS HUMANOS Y TECNOLOGÍA DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN, 4. Ciudad de México, México, 2011.

GARDINI, Gian Luca. Un marco para el análisis y la reflexión. En: GARDINI, Gian Luca (Coord.). **El mundo antes y después del Covid-19:** reflexiones intelectuales la política, la diplomacia y las relaciones internacionales. Salamanca: Instituto Europeo de Estudios Internacionales (EIIIS), 2020. p. 1-6.

GCFGGlobal. Goodwill Community Foundation Inc. 2021. Disponible en: <<https://edu.gcfglobal.org/es/educacion-virtual/que-es-la-educacion-virtual/1/>>.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. Traducir derechos: la dignidad humana en el derecho constitucional de la comunidad internacional. En: **Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid**, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, v. 16, p. 91-112, 2012.

HOBBS, Thomas. **El ciudadano**. Madrid: Alianza, 1994.

HUERTA OCHOA, Carla. El control de la constitucionalidad. Análisis del art. 105 constitucional. En: **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, v. 93, n. 1, Ciudad de México, 7 de Agosto de 2019.

IGNITE Online. 2020. Disponible en: <<https://igniteonline.la/1824/#:~:text=Las%20plataformas%20virtuales%20son%20softwares,el%20servicio%20a%20su%20comunidad>>.

LEÓN BASTOS, Carolina; WONG MERAZ, Víctor Alejandro. Cláusulas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos: constituciones iberoamericanas. **Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales**, Madrid, Ed. Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, vol. 18, n. 2, p. 93-125, 2017.

MARTÍNEZ IBARRA, Marcela. **Derechos humanos en la educación a distancia**: oportunidades en el modelo de la educación superior abierta y a distancia. 2011.

MÉDICOS SIN FRONTERAS. Disponible en: <<https://www.msf.org.ar/actualidad/que-una-pandemiacual-la-diferencia-pandemia-y-epidemia>>. 12 de Marzo de 2020.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad. **Revista de Derecho**, Antofagasta (Chile), Ed. Universidad Católica del Norte, año13, n. 1, p. 67-101, 2006.

OEA. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). **¿Cómo garantizar el acceso al derecho a la educación para niñas, niños y adolescentes durante la pandemia de COVID-19?** RELE, 2020.

PASCUAL LAGUNAS, Eulàlia. 16 de 05 de 2017. La dignidad humana como elemento vertebrador del derecho. Disponible en: <[https://www.academia.edu/12020181/LA\\_DIGNIDAD\\_HUMANA\\_COMO\\_ELEMENTO\\_VERTEBRADOR\\_DEL\\_DERECHO](https://www.academia.edu/12020181/LA_DIGNIDAD_HUMANA_COMO_ELEMENTO_VERTEBRADOR_DEL_DERECHO)>.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1999.

PÉREZ PORTO, Julián; MERINO, María. Recursos tecnológicos: qué son, en el hogar, definición y concepto. Disponible en: <<https://definicion.de/recursos-tecnologicos/>>. 2021.

RAMÍREZ, Helena. ¿Que es internet? 27-7-1999. Disponible en: <<https://ccp.ucr.ac.cr/cursoweb/112que.htm>>.

REINOSO RIVERA, Jorge. Causas que inciden en la educación a distancia. Diario de Cuyo. 06 de 07 de 2020. Disponible en: <<https://www.diariodecuyo.com.ar/columnasdeopinion/Causas-que-inciden-en-la-educacion-a-distancia-20200705-0054.html>>.

RIVERA, José Antonio. La protección de los derechos humanos y fundamentales en el estado plurinacional de Bolivia. En: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel; FIX FIERRO, Héctor; VALADÉS, Diego (Coord.). **Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo**: derechos humanos. t. V, v. 2. Ciudad de México, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010. p. 311-346.

TOPDOCTORS LATAM. ¿Qué es el Coronavirus? Causas y origen. 19 de febrero de 2020. Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=HSGbs0GwJUM>>.

UNESCO. SITEAL. **Educación Superior**. Buenos Aires: IPE-UNESCO, 2019.

Submissão em: 3 de março de 2023

Último Parecer favorável em: 4 de maio de 2023.

### **Como citar este artigo científico**

ROCHA CHACÓN, Carmen Rosa. El estado constitucional de derecho y el control de constitucionalidad In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 2, p. 39-64, maio-ago. 2023.

**RESPONSABILITÀ PER VIOLAZIONE *ON LINE* DEL DIRITTO D'AUTORE.  
UNA SINGOLARE SENTENZA DEL TRIBUNALE DI ROMA ED UN  
TENTATIVO DI FARE CHIAREZZA**

**GIUSEPPE CASSANO<sup>1</sup>**

**ASTRATTO**

**Q**uesto lavoro ripercorre un tema di enorme portata nel mondo del diritto dell'internet, ovvero quello della responsabilità dell'ISP per i contenuti illeciti caricati sul suo portale web dagli utenti. Alla luce della giurisprudenza nazionale ed europea, nonché degli interventi normativi (anche di diritto euro-unionale), si tracciano i limiti operativi di tale responsabilità e i casi di esclusione della stessa. Si tratta di un tema nel quale si registra l'intervento del Tribunale di Roma che, con la sua pronuncia qui in esame, contribuisce a chiarire i termini di tale fattispecie di illecito civile. Al contempo la sentenza resa abbandona la "diritta via" tracciata dalla giurisprudenza per il calcolo del quantum del risarcimento danni per violazione del diritto d'autore in nome di un non precisato revirement giurisprudenziale che origina più di una perplessità presso gli interpreti.

**ABSTRACT**

This work retraces a topic of enormous significance in the world of internet law, namely that of the responsibility of the ISP for the illegal contents uploaded on its web portal by users. According to national and European jurisprudence, as well as according to regulatory interventions (including Euro-Union law), the operational limits of this liability and the cases of exclusion of the same are

---

<sup>1</sup> Dottorato in Diritto Privato Università di Pisa. Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche della European School of Economics. Professore della Università Luiss Guido Carli. *e-mail*: gcassano@tiscali.it

traced. This is an issue in which the intervention of the Court of Rome is recorded which, with its ruling in question here, helps to clarify the terms of this type of civil offence. At the same time, the sentence rendered abandons the “direct path” traced by the jurisprudence for the calculation of the quantum of damages for copyright infringement in the name of an unspecified jurisprudential revirement that gives rise to more than one perplexity among the interpreters.

## 1 ISP E RESPONSABILITÀ

Il Tribunale di Roma<sup>2</sup>, chiamato a pronunciarsi in materia di diritto d'autore su opere cinematografiche diffuse online, tratta una controversia di particolare rilievo giuridico tra due colossi del settore e precisamente, da un lato, la società attrice – Medusa<sup>3</sup> – e, dall'altro, la convenuta Vimeo, società americana con una community di decine e decine milioni di utenti, attiva in più di 190 Stati.

Quest'ultima è una delle principali piattaforme di video sharing a livello globale (con sezioni video dedicate, a pagamento), titolare di un notissimo portale di condivisione di brani audiovisivi, che ben può definirsi uno dei “giganti del web”.

Non quindi una controversia tra *youtuber* alle prime armi, bensì tra due soggetti che, per organizzazione, capitali e capacità primeggiano a livello mondiale e dai quali ci aspetta, dunque, una diligenza e una professionalità di pari livello.

Ed invece, nonostante una diffida ad hoc inviata a Vimeo, con la quale Medusa lamentava che numerose sue opere erano state abusivamente caricate da ignoti utenti sul portale della controparte, così venendo ad essere abusivamente sfruttate dalla medesima Vimeo nella sua attività, quest'ultima rimaneva quasi del tutto inerte, procedendo cioè a rimuovere solo una minima parte di quanto segnalato, cosicché quasi tutte le opere di Medusa caricate rimanevano di fatto accessibili per diverse centinaia di giorni, continuando ad essere impunemente sfruttate.

<sup>2</sup> Tribunale di Roma; sez. XVII; sez. spec. in materia di impresa; sentenza 18 ottobre 2022, n. 15184, in: **Diritto di Internet**, Pisa, Ed. Pacini, p. 325, 2023.

<sup>3</sup> Trattasi, come noto, di una società leader nel mercato cinematografico, italiano e internazionale, che ha per oggetto sociale, tra l'altro, le attività di produzione, coproduzione e produzione esecutiva di films e lungometraggi oltre all'acquisto, alla vendita, alla distribuzione, al noleggio e alla commercializzazione in genere di films, sia in Italia che all'estero.

La conseguente domanda di giustizia della società attrice nei confronti dell'internet service provider (Vimeo) è stata perciò formulata, ai sensi dell'art. 156 LDA<sup>4</sup>e<sup>5</sup>, a tutela del proprio diritto di utilizzazione economica dei contenuti audiovisivi riproducenti in tutto, o in parte, talune sue opere, al fine di impedire la continuazione o la ripetizione della violazione, e per conseguire l'inibitoria, nonché per ottenere, ai sensi dell'art. 158 LDA, il risarcimento del danno e la rimozione dello stato di fatto<sup>6</sup>.

In via di estrema sintesi una prima questione di merito è consistita nello stabilire se la convenuta Vimeo potesse, o meno, avvalersi del regime di esenzione della responsabilità previsto dall'art. 14 Dir. 2000/31 CE e dall'art. 16 D.Lgs. n. 70/2003<sup>7</sup>.

Tratteggiata la figura dell'internet service provider (ISP) – essenzialmente in termini di intermediario che stabilisce un collegamento tra chi intenda comunicare via internet un'informazione ed i destinatari della stessa – riportandosi al cennato quadro normativo di riferimento, il Tribunale richiama la nota distinzione tra prestatori di semplice trasporto (mere conduit), prestatori di servizi di memorizzazione temporanea (caching) e, infine, prestatori di servizi di memorizzazione di informazione (hosting).

Orbene, per regola generale, gli internet service provider non sono responsabili delle informazioni trattate e delle operazioni compiute dagli utenti (destinatari) che fruiscono del servizio, salvo che non intervengano sul contenuto o sullo svolgimento delle stesse operazioni<sup>8</sup>.

Al contempo, detti prestatori di servizi sono obbligati ad alcune incombenze informative ed operative che introducono di per sé delle forme di responsabilità,

<sup>4</sup> Nota del Redattore da Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica: LDA, descritto dall'autore è il **Legge sul Diritto d'Autore** (Legge 633/1941).

<sup>5</sup> Con LDA, in questo scritto, si fa riferimento alla L. 22 aprile 1941, n. 633 che detta misure a "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio".

<sup>6</sup> Preliminarmente il Tribunale respinge l'eccezione di carenza di giurisdizione del Giudice italiano, sollevata dalla società convenuta, affermando in punto di diritto che: "ai fini dell'individuazione del giudice munito di giurisdizione si deve tener conto del luogo in cui, in ciascun caso concreto, si è verificato l'evento dannoso, vale a dire la diffusione dei dati ed informazioni di titolarità di utenti terzi (Trib. Roma, sez. Imprese, ordinanze 23 febbraio 2018 e 28 giugno 2018). Ciò posto, nella presente controversia sussiste la competenza giurisdizionale del Giudice italiano e, in particolare, quella del Tribunale adito, essendo Roma la città in cui ha sede legale la società attrice ed in cui potrebbero essersi verificati gli effetti economici pregiudizievoli per la sua attività commerciale a causa del dedotto comportamento illecito di parte convenuta".

<sup>7</sup> Alla fattispecie all'esame del Tribunale di Roma non è stata ritenuta applicabile, *ratione temporis*, la Direttiva c.d. "copyright" n. 790/2019, recepita in Italia dal D.Lgs. 177/2021 entrato in vigore il 12 dicembre 2021.

<sup>8</sup> Tra i numerosi contributi della dottrina in materia si segnalano: Gambini (2020, p. 186 ss.); Grisanti (2021, p. 285 ss.); Mazzarella (2022, p. 396-403); Mollo (2022, p. 173 ss.); Tassone; Cassano (2022, p. 2.840-2.846); Tescaro (2020, p. 1.472-1.476); Tosi (2019, p. 590 ss.); Tosi (2020, p. 284 ss.); Traina Chiarini (2021, p. 1.434 ss.); Zanovello (2020, p. 557); Bassoli (2019, p. 1.663, ss.).

pur non sussistendo l'obbligo di esaminare preventivamente le informazioni trasmesse o memorizzate sulle proprie macchine per valutarne la potenzialità lesiva per i terzi (resta dunque escluso un obbligo di monitoraggio preventivo e generalizzato, come pure un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite).

## **2 HOSTING “ATTIVO” E “PASSIVO”**

Al fine dell'operatività, nei singoli casi concreti, del cennato regime di esenzione di responsabilità è indispensabile valutare quando il servizio di hosting possa definirsi “passivo” e quando, invece, il provider perda il carattere di neutralità ed operi, in veste di soggetto “attivo”, forme di intervento volte a sfruttare i contenuti dei singoli materiali caricati dagli utenti e memorizzati sui propri server<sup>9</sup>.

La cennata distinzione tra hosting provider “passivo” (esente da responsabilità per le informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio) e hosting provider “attivo” (cui non si applica detta esenzione di responsabilità e che risponde secondo le comuni regole di responsabilità civile) se è netta da un punto di vista “teorico” tende, tuttavia, a “sfumare” nelle applicazioni pratiche anche alla luce dei principi affermati in materia dalla giurisprudenza comunitaria.

Invero la Corte di Giustizia, ha affermato che, anche in riferimento al semplice hosting passivo, debba essere esclusa l'esenzione di responsabilità quando lo stesso “dopo aver preso conoscenza, mediante un'informazione fornita dalla persona lesa o in altro modo, della natura illecita di tali dati o di attività di detti destinatari abbia omesso di prontamente rimuovere tali dati o disabilitare l'accesso agli stessi”, così sancendo il principio secondo il quale la conoscenza, comunque acquisita (non solo se conosciuta tramite le autorità competenti o a seguito di esplicita diffida del titolare dei diritti) dell'illiceità dei dati memorizzati fa sorgere la responsabilità civile e risarcitoria del prestatore di servizi (CGUE 23 marzo 2010, Google cs. Louis Vuitton).

Quanto alla giurisprudenza italiana, a fronte dei principi enunciati in ambito comunitario dalla Corte di Giustizia, si sono formati due distinti orientamenti:

<sup>9</sup> Copiosa la produzione della dottrina sul tema in esame: Andreola (2012, p. 129); Cassano (2021, p. 215 ss.); Cassano, (2016, p. 460 ss.); Di Majo (2012, p. 553); Nivarra (2003, p. 1.196); Pierucci (2003, p. 161); Pirruccio (p. 2012, p. 2.591); Poggio (2002, p. 182 ss.); Ponzanelli (2002); Riccio (2002); Ristuccia; Tufarelli, (1997; Santaniello, (2019, p. 542); Sartor (2001, p. 43); Tassone (2019a, p. 377); Troiano (1998, p. 339-415).

- uno, minoritario (e disatteso nella sentenza qui in esame), secondo cui qualora vengano attuate delle mere operazioni volte alla migliore fruibilità della piattaforma e dei contenuti in essa versati (attraverso, ad esempio, l'indicizzazione o i suggerimenti di ricerca individualizzati per prodotti simili o sequenziali ovvero l'inserzione pubblicitaria e l'abbinamento di messaggi pubblicitari mirati), allora le predette clausole di deroga di responsabilità continuano ad operare in quanto, in tal caso, ci si ritroverebbe nell'ambito di espedienti tecnologici volti al miglior sfruttamento economico della piattaforma e non già innanzi a un'ingerenza sulla creazione e redazione del contenuto intermediato<sup>10</sup>;
- un altro, maggioritario (a cui aderisce il Tribunale di Roma) secondo cui l'hosting provider perde il suo carattere "passivo" qualora i servizi offerti si estendono oltre la predisposizione del solo processo tecnico che consente di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione.

Rileva così l'intervento dell'ISP nell'organizzazione e selezione del materiale trasmesso che gli fa acquisire la natura "attiva" di prestatore di servizi perché non completamente passivo e neutro rispetto all'organizzazione della gestione dei contenuti immessi dagli utenti, dalle quali trae anche sostegno finanziario in ragione dello sfruttamento pubblicitario connesso alla presentazione organizzata di tali contenuti<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> App. Milano, 7 gennaio 2015, Yahoo c. RTI.

<sup>11</sup> Cass. civ., sez. I, 19 marzo 20019, n. 7708 e più di recente conf. Cass. civ., sez. I, ord. 13 dicembre 2021, n. 39763 secondo cui, tra l'altro, "va rammentato che i servizi prestati on line e, segnatamente, l'attività di hosting hanno subito nel corso degli ultimi anni un'evoluzione radicale. La cernita ed il riordino dei contenuti, lungi dall'essere assorbiti dalla nozione di mera memorizzazione, sono invece oggi il cuore dell'attività economica di un hosting provider. Grazie a sistemi di data mining (insieme di tecniche e metodologie che hanno per oggetto l'estrazione di informazioni utili da grandi quantità di dati attraverso metodi automatici o semiautomatici e il loro utilizzo scientifico, aziendale, industriale o operativo) e di elaborazione massiva di big data, questi prestatori di servizi sono in grado di trarre enormi guadagni dalla loro attività di hosting. Attraverso complessi sistemi di profilazione dell'utenza, gli operatori hanno la capacità di intercettare le preferenze dell'utenza, in modo da variare l'offerta dei contenuti a seconda dei destinatari e di aumentare a dismisura le visualizzazioni, di fatto contribuendo, in modo causalmente determinante, alla diffusione o meno di prodotti illeciti": Si vedano anche, quanto alla giurisprudenza di merito, i seguenti arresti: Trib. Roma, 10 gennaio 2019, n. 693; Trib. Roma, ord., 28 giugno 2018; Trib. Milano, ord. 23 giugno 2017; Trib. Napoli Nord, ord. 10 agosto 2016; Trib. Roma, 15 luglio 2016; Trib. Roma, 5 maggio 2016; Trib. Roma, 27 aprile 2016, confermata da App. Roma, 29 aprile 2017; Trib. Milano, ord. 5 settembre 2013; Trib. Milano, ord. 25 maggio 2013; Trib. Roma, 24 novembre 2011; Trib. Milano, 7 giugno 2011; Trib. Roma, ord. 11 marzo 2010.

### 3 COMUNICAZIONE AL PRESTATORE DEL SERVIZIO

Venendo ora al merito della questione sottoposta al suo esame, il Tribunale di Roma osserva come il provider Vimeo, nella gestione dei contenuti audiovisivi immessi sulla propria piattaforma digitale, non si sia limitato ad attivare un mero processo tecnico per consentire l'accesso alla piattaforma di comunicazione, ma abbia svolto, di propria iniziativa, una complessa e sofisticata organizzazione per lo sfruttamento dei contenuti immessi in rete.

In particolare, si precisa come detto provider abbia selezionato, indirizzato, correlato e associato dette informazioni arrivando così a fornire a tutti gli utenti un prodotto audiovisivo di alta qualità e complessità dotato di una sua precisa e specifica autonomia.

Un sistema tecnologico avanzato e sofisticato come quello appena descritto risulta incompatibile – così come correttamente si sottolinea in sentenza – con la figura dell'hosting provider “passivo” ed integra invece quella del content-provider<sup>12</sup>.

Una volta qualificato Vimeo quale hosting provider “attivo”, ai fini dell'accertamento della sua responsabilità ex art. 2043 c.c. si rende indispensabile dimostrare, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, che questi abbia avuto, o abbia potuto avere, un'effettiva conoscenza dell'illecito commesso dall'utente mediante l'immissione sul suo portale del materiale audiovisivo in violazione dei diritti di sfruttamento economico detenuti da Medusa.

Ciò in quanto, come detto, anche all'hosting provider “attivo” si applica il divieto di un obbligo generalizzato di sorveglianza preventiva sul materiale trasmesso o memorizzato e di ricerca attiva di fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite da parte degli utenti del servizio<sup>13</sup>.

Ed allora, nel caso concreto, il Tribunale è chiamato a valutare l'idoneità della diffida stragiudiziale effettuata da Medusa ai fini della conoscenza, o conoscibilità, effettiva, da parte di Vimeo, dell'illiceità dei contenuti video lesivi

---

<sup>12</sup> Precisa la sentenza in esame che l'utilizzo di un *software* per indicizzare, organizzare, catalogare, associare ad altri o alla pubblicità i video caricati dagli utenti, comporta comunque un ruolo attivo di ingerenza dell'*internet provider* nei contenuti memorizzati, tale da permettergli di conoscere effettivamente o controllare e di fornire un importante contributo all'*editing* del materiale memorizzato.

<sup>13</sup> Precisamente, se all'hosting provider attivo è attribuibile una condotta attiva nell'illecito, “sotto il profilo oggettivo, al prestatore del servizio non “attivo” si rimprovera, invece, una condotta commissiva mediante omissione, per avere – dal momento in cui sussista l'elemento psicologico predetto – concorso nel comportamento lesivo altrui a consumazione permanente, non avendo provveduto alla rimozione del dato informatico o al blocco all'accesso” (Cass. n. 7708/2019 cit.).

dei diritti di sfruttamento economico del titolare, con la conseguente insorgenza di un obbligo attivo di intervento da parte dello stesso provider per impedire la prosecuzione dell'illecito.

Su tale questione il Tribunale dà atto della sussistenza di due indirizzi giurisprudenziali tra loro contrastanti:

- un indirizzo restrittivo secondo cui la diffida non deve essere generica, ma specificamente dettagliata, sì da “contenere ... gli indirizzi specifici compendati in singoli URL”<sup>14</sup>;
- altro orientamento (seguito dal Tribunale di Roma) secondo cui, invece, affinché insorga l'obbligo di rimozione dei contenuti illeciti da parte dell'hosting provider, è sufficiente una diffida che menzioni chiaramente almeno i titoli dei contenuti cinematografici su cui il titolare vanta diritti esclusivi di sfruttamento economico.

Secondo tale ultimo orientamento, in particolare, il dato di fatto dell'effettiva conoscenza da parte dell'hosting provider della presenza sul portale di contenuti illeciti è soddisfatta in relazione a quelle diffide contenenti i titoli identificabili dei contenuti cinematografici riprodotti nei video illecitamente caricati da soggetti non autorizzati (peraltro facilmente individuabili anche in virtù della presenza del marchio collegato a tali prodotti audiovisivi, tali da non lasciare margini di incertezza sulla loro individuazione), senza necessità dell'indicazione di altri dati tecnici che non devono essere necessariamente forniti dal titolare del diritto leso<sup>15</sup>.

Va poi sottolineato come nessuna base giuridico-normativa di settore, né la giurisprudenza comunitaria, impongano una tale collaborazione da parte del titolare del diritto esclusivo, posto che l'unico elemento di fatto rilevante ai fini dell'insorgenza della responsabilità del provider a causa della presenza

<sup>14</sup> Trib. Torino, ord., 5 maggio 2015; App. Milano, 7 gennaio 2015.

<sup>15</sup> Al riguardo, si è precisato che l'indicazione dell'URL costituisce un dato tecnico che non coincide con i singoli contenuti lesivi presenti sulla piattaforma digitale, ma rappresenta soltanto il “luogo” dove il contenuto è reperibile. Allo stato della tecnica, esso non costituisce presupposto indispensabile affinché l'hosting provider provveda all'individuazione, successiva e mirata, dei contenuti illeciti segnalati attraverso i titoli dei programmi televisivi. Peraltro, anche quella giurisprudenza che ritiene necessaria l'iniziale indicazione dell'URL per ciascun contenuto illecito, finisce poi per affermare che tale indicazione non è necessaria per individuare gli ulteriori video relativi agli stessi programmi, ammettendo che la ricerca dei singoli contenuti possa avvenire anche senza l'indicazione di ciascun URL. per la non necessità dell'indicazione dell'url da parte del titolare dei diritti e per l'obbligo di attivazione in ogni caso del fornitore del servizio di hosting v. App. Roma 29 aprile 2017, *ivi*. Sul punto v. il Paper curato da Giuseppe Cassano [*Le responsabilità degli intermediari e dei provider in internet nella giurisprudenza edita ed inedita (diritto interno, comparato e sovranazionale)*]. Dispensa ad uso dei corsisti del Corso di Alta Formazione in Diritto dell'internet della European School of Economics, Roma, 2016/2017.

sul portale telematico del contenuto illecito, è soddisfatto attraverso la precisa indicazione dei titoli dei contenuti cinematografici del titolare dei diritti esclusivi.

E così affinché l'hosting provider sia considerato al corrente dei fatti o delle circostanze che rendono manifesta l'illegalità del contenuto immesso sul portale telematico, è sufficiente "che egli sia stato al corrente di fatti o di circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità di cui trattasi" (principio affermato dalla Corte di Giustizia U.E. 12 luglio 2011, anche se con riferimento al venir meno dell'esonero di responsabilità del provider previsto dall'art. 14 Direttiva n. 31/2000)<sup>16</sup>.

Sicché l'hosting provider "attivo", una volta ricevuto notizia dell'illecito commesso dai fruitori del suo servizio, non può rimanere inerte o passivo, ma deve adoperarsi al fine di consentire la pronta rimozione delle informazioni illecite immesse sul sito o per impedire l'accesso ad esse, essendo egli tenuto a svolgere la propria attività economica nel rispetto di quella diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore economico per individuare e prevenire le attività illecite specificamente denunciate<sup>17</sup>.

Conclusivamente è a dirsi che il prestatore dei servizi di hosting può essere chiamato a rispondere della illiceità dei contenuti ospitati allorché non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti, oppure abbia continuato a pubblicarli, quando ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni:

- sia a conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure aliunde;
- sia ragionevolmente constatabile l'illiceità dell'altrui condotta, onde l'hosting provider sia in colpa grave per non averla positivamente riscontrata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico;

<sup>16</sup> Rilevante, sul punto, appare anche il Considerando 48 della Direttiva n. 31/2000, il quale prevede la possibilità, per gli Stati membri, di chiedere ai prestatori di servizi che detengono informazioni fornite dai destinatari del loro servizio, di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite.

<sup>17</sup> Tale soluzione interpretativa ha trovato conferma nella recente giurisprudenza di legittimità secondo cui "il sorgere dell'obbligo in capo al prestatore del servizio non richiede una "diffida" in senso tecnico – quale richiesta di adempimento dell'obbligo di rimozione dei documenti illeciti – essendo a ciò sufficiente la mera "comunicazione" o notizia della lesione del diritto. [...] Resta affidato al giudice del merito l'accertamento in fatto se, in riferimento al profilo tecnico-informatico, l'identificazione di video, diffusi in violazione dell'altrui diritto, sia possibile mediante l'indicazione del solo nome o titolo della trasmissione da cui sono tratti, oppure sia indispensabile, a tal fine, la comunicazione dell'indirizzo URL, alla stregua delle condizioni esistenti all'epoca dei fatti" (Cass., 7708/2019, cit.).

- abbia la possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere<sup>18</sup>.

#### 4 LE CONCLUSIONI DEL TRIBUNALE DI ROMA

All'esito del suo argomentare (con riferimento all'"an" della responsabilità dell'ISP) l'adito Tribunale di Roma afferma, in punto di diritto, i seguenti principi:

- benché, al fine di favorire la diffusione dei servizi della società dell'informazione e i vantaggi ad essa collegati, anche l'hosting provider attivo sia esonerato da obblighi preventivi e generalizzati di monitoraggio, nondimeno, qualora la tutela dei diritti di proprietà intellettuale può avvenire in modo efficace e adeguato attraverso gli strumenti tecnologici a disposizione dell'hosting provider sulla base delle informazioni fornitegli dallo stesso titolare del diritto violato, non vi è più alcuna ragione per esimere ulteriormente l'hosting provider da qualsiasi responsabilità, affrancandolo dal rispetto dei diritti di proprietà intellettuale che oggettivamente concorre a violare;
- la relazione che lega il titolare del diritto di proprietà intellettuale violato e il fornitore di servizi, non vincolati fra loro da alcun rapporto contrattuale, deve essere collocata sul piano extracontrattuale in termini di relazione da "contatto sociale", che obbliga i soggetti interessati a comportarsi secondo correttezza e buona fede, in prospettiva solidaristica e, quindi, proteggendo gli interessi altrui, ove ciò sia possibile senza consistente pregiudizio dei propri;
- l'hosting provider, una volta ricevuta la comunicazione della presenza di contenuti illeciti sulla propria piattaforma digitale, è chiamato quindi a deliberare, secondo criteri di comune esperienza, alla stregua della diligenza professionale tipicamente dovuta, la comunicazione pervenuta e la sua ragionevole fondatezza (ovvero, il buon diritto del soggetto che si assume leso, tenuto conto delle norme positive che lo tutelano, come interpretate ad opera della giurisprudenza interna e comunitaria), nonché, in ipotesi di esito positivo della verifica, ad attivarsi rapidamente per eliminare il contenuto segnalato;

---

<sup>18</sup> T.a.r. Lazio, Roma, sez. III-ter, Lazio, 28 ottobre 2021, n. 11036; Cass. civ., sez. I, 16 settembre 2021, n. 25070; Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2021, n. 3851.

- la ragionevole fondatezza della comunicazione vale, in sostanza, a circoscrivere la responsabilità del prestatore alla fattispecie della colpa grave o del dolo: se l'illiceità deve essere manifesta, vuol dire che è possibile riscontrarla senza particolare difficoltà, alla stregua dell'esperienza e della conoscenza tipiche dell'operatore del settore e della diligenza professionale da lui esigibile, così che non il averlo fatto integra almeno una grave negligenza dello stesso. Diversamente, nel caso di "non manifesta" illiceità dei contenuti segnalati in capo al prestatore del servizio residuerà il solo obbligo di informarne le competenti autorità (la cd. notice);
- in sintesi, quindi, alla luce del principio europeo dell'effetto utile, l'accertamento della responsabilità risarcitoria dell'hosting provider non può prescindere dalla verifica che questi potesse effettivamente attivarsi in maniera efficiente ed utile al fine di rimuovere l'illecito, essendo concretamente a sua disposizione sia adeguati strumenti conoscitivi della presenza sulla piattaforma dei contenuti illeciti segnalati, sia effettivi poteri impeditivi di natura attiva od omissiva dell'illecito.

## 5 IL PROFILO DELLA LIQUIDAZIONE DEL QUANTUM DEBEATUR

Ciò detto quanto al profilo dell'"an" della responsabilità, per quanto concerne il "quantum" della pretesa risarcitoria, va premesso che Medusa deduceva di aver subito tanto un danno patrimoniale, quanto un danno non patrimoniale.

Per la determinazione del primo veniva invocata l'applicazione dell'art. 158 LDA<sup>19</sup>, sulla base del criterio del c.d. "prezzo del consenso", dovendo tale criterio condurre a liquidare il risarcimento del danno provocato determinando il predetto prezzo del consenso quale "giusta royalty", da individuare in quella che la stessa Medusa avrebbe preteso da Vimeo nell'ipotesi di concessione in licenza dei contenuti abusivamente utilizzati.

E cioè a dire, secondo la pretesa della società attrice, occorre fare riferimento ad una media desunta dai contratti e dalle transazioni conclusi da essa (e dalla sua controllante) così che, accertato il tempo di permanenza sul portale di Vimeo delle opere di Medusa, il danno doveva esser calcolato applicando il valore-minuto medio, desumibile dai contratti e dagli accordi in

<sup>19</sup> Si vedano in dottrina i contributi di: Cassano; Rovati (2019, p. 129 ss.); De Nova (2022, p. 532 ss.); Manstretta (2021, p. 484-494); Marzano (2012, p. 127 ss.); Pardolesi (2021a, p. 3.519); Stella (2019, p. 738 ss.); Tassone (2019b, p. 398).

questione, per ciascuna delle opere, moltiplicandolo poi per la relativa durata di permanenza sul portale.

In tal modo si sarebbe ottenuta una sostanziale media di quanto Medusa avrebbe potuto richiedere a Vimeo, quale royalty per concederle l'utilizzo di quanto invece abusivamente caricato.

Attraverso tale metodo, deduceva sempre l'attrice, si sarebbe ottenuta – si noti bene – una soglia minima di quantum da liquidare da aumentare, nel caso concreto, tenendo conto di altri fattori, al fine di impedire che l'autore della violazione venisse perequato nel trattamento economico a quei soggetti che, al contrario, dopo una normale negoziazione, avessero legittimamente ottenuto la concessione in licenza delle opere Medusa e sfruttato le stesse lecitamente.

## 6 IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

Prima di soffermarci su quanto disposto dal Tribunale di Roma nel suo provvedimento qui in esame – che, si anticipa, pone più di un dubbio all'interprete – è bene ricostruire il quadro normativo di riferimento e segnatamente, dunque, l'art. 158 LDA che detta le seguenti regole speciali<sup>20</sup>:

- il risarcimento del danno è liquidato nel rispetto degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c.<sup>21</sup>;
- il lucro cessante è valutato dal Giudice ai sensi dell'art. 2056, II, c.c., ossia “con equo apprezzamento delle circostanze del caso”, dunque ancora una volta ex art. 1226 c.c., cui si aggiunge, però, l'indicazione dei parametri espliciti, relativi agli “utili realizzati in violazione del diritto” e alla liquidazione “in via forfettaria sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto”;
- sono dovuti anche i danni non patrimoniali ex art. 2059 c.c.

<sup>20</sup> Cass. civ., sez. I, ord. 29 luglio 2021, n. 21833. Sottolinea Trib. Ancona, sez. spec. in materia di imprese, 21 luglio 2022, n. 918 che “La ratio della norma indica che il profitto conseguito dal danneggiante è un indice presuntivo delle potenzialità di sfruttamento dell'opera sottratte all'autore e del cui depauperamento questi deve essere ristorato”.

<sup>21</sup> Trattasi di una disposizione pleonastica, servendo solo a manifestare espressamente l'esigenza del rispetto delle regole comuni di liquidazione del danno, quanto a nesso causale, potere di liquidazione equitativa e, ancora in tema di nesso causale, concorso del fatto dello stesso debitore.

Il nucleo precettivo di tale disposizione<sup>22</sup> risiede soprattutto nel punto di cui alla lettera b): la norma prevede il duplice criterio della c.d. “retroversione degli utili conseguiti”<sup>23</sup> e del c.d. “prezzo del consenso”, sempre nella cornice di una liquidazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c.

La legge non esprime un precetto rigido di preferenza per i due criteri suggeriti per quanto l’espressione utilizzata (“quanto meno”) lasci, in verità, intendere che quello del c.d. prezzo del consenso costituisca l’indicativa liquidazione di una soglia solo minima della liquidazione.

I due criteri, dunque, si pongono come cerchi concentrici, avendo il Legislatore indicato come il secondo sia quello che permette una liquidazione c.d. minimale, mentre il primo, dall’intrinseco significato anche sanzionatorio, permette di attribuire al danneggiato i vantaggi economici che l’autore del plagio abbia in concreto conseguito, certamente ricomprendenti anche l’eventuale costo riferibile all’acquisto dei diritti di sfruttamento economico dell’opera, ma ulteriormente implementati dai ricavi conseguiti dal plagiatore sul mercato.

## 6.1 Retroversione degli Utili

A differenza di quanto accade per le violazioni dei diritti di proprietà industriale con le previsioni dell’art. 125 CPI<sup>24</sup>, in materia di violazione dei diritti

<sup>22</sup> Nella versione antecedente a quella attualmente in vigore (introdotta dal D.Lgs. n. 140/2006 che reca “Attuazione della direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale”) il testo di legge era piuttosto sintetico disponendo: “Chi venga leso nell’esercizio di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante può agire in giudizio per ottenere che sia distrutto o rimosso lo stato di fatto da cui risulta la violazione o per ottenere il risarcimento del danno”.

<sup>23</sup> Trattasi di un criterio non estraneo ad altri settori dell’ordinamento (D.Lgs. n. 30 del 2005, art. 125, ove è diversamente configurato con tratti speciali; art. 2391 c.c., u.c., laddove pone a carico dell’amministratore in conflitto di interessi i danni che siano derivati alla società dalla utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di “opportunità di affari” apprese nell’esercizio del suo incarico), consiste nell’uso, in sede di liquidazione giudiziale del danno, del parametro dei profitti che l’autore della violazione del diritto d’autore abbia conseguito, come immediata e diretta conseguenza dello sfruttamento economico dell’opera dell’ingegno altrui. Si vedano in dottrina, tra gli altri, i seguenti contributi: Berti Arnoaldi (2019, p. 271 ss.); Chrisam (2015, p. 556 ss.); Galli (2019, p. 57 ss.); Galli (2020, p. 299 ss.); Ghini (2021, p. 30); Granier (2021, p. 2.424 ss.); Martorana (2013, p. 568 ss.); Pardolesi (2021b, p. 3.085-3.092); Pardolesi (2014, p. 217-236); Remotti (2019, p. 410 ss.).

<sup>24</sup> Con CPI, in questo scritto, si fa riferimento al D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 che reca il “Codice della proprietà industriale, a norma dell’articolo 15 della legge 12 dicembre 2002, n. 273”. Osserva Cass. civ., sez. I, ord., 29 luglio 2021, n. 21832 “Non può certo negarsi la difformità testuale delle due norme (art. 125 c.p.i. e art. 158 l.d.a.) che pure sono state oggetto di intervento ad opera dello stesso D.Lgs. n. 140 del 2006, in attuazione della Direttiva 2004/48. Tra l’altro è stato messo in evidenza che solo l’art. 158 l.d.a. richiama l’art. 2056 c.c.; l’art. 158, fa riferimento agli “utili realizzati in violazione del diritto”, mentre l’art. 125 c.p.i. menziona i “benefici realizzati dall’autore della violazione”; il solo art. 125 richiama quale ulteriore elemento di valutazione del danno “le conseguenze economiche negative”; i danni morali debbono essere liquidati nell’art. 125 nei casi appropriati, mentre l’art. 158, li afferma “altresì dovuti” senza

autorali, e connessi, l'art. 158 LDA non contiene la previsione della retroversione degli utili come autonomo istituto rimediabile.

Si tratta di una nota asimmetria che la legge ha introdotto in quanto, nel recepire con il D.Lgs. n. 140/2006 la Direttiva UE 2004/48/CE (c.d. *Enforcement*), il Legislatore nazionale italiano non ha ritenuto di avvalersi della facoltà di introdurre la retroversione degli utili nella LDA.

E dunque, in tale ultimo versante, la restituzione dei vantaggi conseguiti dal danneggiante è possibile solo indirettamente, facendo applicazione della citata facoltà prevista dall'art. 158 LDA quando si proceda alla liquidazione equitativa del lucro cessante adottando il relativo criterio del prezzo del consenso.

Muovendo dai principi generali che pongono la responsabilità aquiliana e gli obblighi restitutori su piani diversi e che, altresì, assegnano al risarcimento danni una funzione esclusivamente compensativa non è possibile ritenere che tutti gli utili del contraffattore vadano assegnati al danneggiato<sup>25</sup>.

---

alcuna distinzione; soprattutto, per quanto qui rileva, l'art. 158, non ha raccolto la previsione facoltativa della Direttiva concernente la retroversione degli utili e il suo riferimento agli utili realizzati in violazione del diritto gioca solo come elemento di cui il giudice deve tenere conto in sede di valutazione del lucro cessante. Si è di fronte quindi a una consapevole e deliberata scelta differenziatrice adottata dal legislatore del 2006, che non ha mancato di suscitare aspre critiche in dottrina, al pari dell'opzione, giudicata altrettanto discutibile, di non ricondurre la disciplina del diritto d'autore e dei diritti connessi nell'alveo di un più ampio codice della proprietà intellettuale, e non solo industriale”.

<sup>25</sup> È da rilevare qui come da più parti si paventa la possibilità di rendere operativi, nel nostro sistema, taluni rimedi risarcitori con funzione non riparatoria. Precisamente, in un sistema di responsabilità civile connotato da dinamicità (e inserito in una globalizzazione degli ordinamenti giuridici in senso transnazionale) si registra l'avvenuta introduzione di rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria.

Il riferimento è, sia pur a titolo esemplificativo, ai seguenti testi normativi: l'art. 12 L. 8 febbraio 1948, n. 47; l'art. 96, III, c.p.c.; l'art. 709 *ter* c.p.c.; l'art. 187 *undecies* D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; gli artt. 3 – 5 D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7.

In tale contesto rilevano anche l'art. 158 L.D.A. e, soprattutto, l'art. 125 CPI, che – secondo taluni – riconoscono al danneggiato un risarcimento corrispondente ai profitti realizzati dall'autore del fatto, connotato da una funzione preventiva e deterrente, laddove l'agente abbia lucrato un profitto di maggiore entità rispetto alla perdita subita dal danneggiato.

Sebbene, poi, il Considerando 26 della Direttiva CE (cd. *Enforcement*) 29 aprile 2004, n. 48 (sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale), attuata dal D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (v. art. 158), abbia precisato che “il fine non è quello di introdurre un obbligo di prevedere un risarcimento punitivo” la giurisprudenza (Cass. civ., sez. III, 15 aprile 2011, n. 8730) ne ammette una “funzione in parte sanzionatoria, diretta ad impedire che l'autore dell'illecito possa farne propri i vantaggi”.

Non solo. Quando l'illecito incide sui beni della persona, il confine tra compensazione e sanzione sbiadisce, in quanto la determinazione del quantum è rimessa a valori percentuali, indici tabellari e scelte giudiziali equitative, che non rispecchiano esattamente la lesione patita dal danneggiato. Si richiamano così gli arresti resi da Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 2015, n. 1126 (in cui si è ravvisato nella “gravità dell'offesa” un “requisito di indubbia rilevanza ai fini della quantificazione del danno” non patrimoniale) e da Cass. civ., sez. III, ord., 16 maggio 2016, n. 9978 in cui si è ritenuto opportuno un intervento delle Sezioni Unite sul tema della riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi.

E proprio le Sezioni Unite (Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601) hanno affermato in punto di diritto: “Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito

Al tempo stesso, occorre evitare che il contraffattore possa lucrare un utile dalla sua attività illecita e dunque si rende necessario addivenire ad una conciliazione<sup>26</sup> che, oggi, si rinviene nell'attribuire a detti utili la qualifica di elemento cui il Giudice può attingere per commisurare equitativamente il danno effettivamente subito.

Si pone così il tema dei cc.dd. “fattori di moderazione”, cui a breve faremo riferimento, e che qui può anticiparsi essere lo strumento per decurtare dagli utili totali del contraffattore quelle somme che sono oggetto del suo intervento lecito e non già della sua attività abusiva.

## 6.2 Fattori di Moderazione

È necessario, ai fini del risarcimento danni, calcolare i soli profitti che siano conseguenza immediata e diretta dell'illecito, come si desume dall'espresso richiamo all'art. 1223 c.c., contenuto in esordio del medesimo art. 158, II, LDA.

Si tratta del cennato principio dei “fattori di moderazione” dei profitti restituibili calcolati secondo il criterio della retroversione degli utili, riguardato in funzione risarcitoria ai sensi dell'art. 158, il quale richiede di disaggregare i ricavi conseguiti dall'autore dell'illecito, al fine di separare, al loro interno, sia i costi sostenuti, sia la frazione di utile derivante da fattori estranei.

La Corte di Cassazione, al riguardo, ha osservato che il Giudice può utilizzare il metodo del beneficio ritratto dall'attività vietata “assumendolo come utile criterio di riferimento del lucro cessante” in quanto “correlato al profitto del danneggiante, nel senso che questi abbia sfruttato a proprio favore occasioni di guadagno di pertinenza del danneggiato, sottraendole al medesimo”, pur sempre “nell'apprezzamento delle circostanze del caso concreto”<sup>27</sup>.

---

di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poichè sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico”.

<sup>26</sup> Un primo tentativo in tal senso può dirsi essere l'arresto reso da Cass. civ. 24 ottobre 1983, n. 6251 laddove si afferma il principio di diritto secondo cui “non è precluso al giudice il potere-dovere di commisurare” il quantum del risarcimento danni “nell'apprezzamento delle circostanze del caso concreto, al beneficio tratto dall'attività vietata, assumendolo come utile criterio di riferimento del lucro cessante”.

<sup>27</sup> Cass. civ., sez. I, 29 maggio 2015, n. 11225; Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 2018, n. 2039. In Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2015, n. 12314 si afferma “è ben vero che l'art. 158 l.d.a. prevede anch'esso una liquidazione in via equitativa laddove consente la possibilità di una liquidazione

E così, se è vero che deve essere applicato il più vasto criterio della determinazione del danno, tenuto conto della lesione alle potenzialità di sfruttamento dell'opera che sarebbe potuto avvenire ed, in particolare, dei proventi che la stessa avrebbe prodotto, se sfruttata e diffusa dai suoi autori legittimi, è vero anche, tuttavia, che occorre individuare, con la migliore approssimazione possibile, tali proventi, in quanto il principio della retroversione degli utili è un mero strumento per pervenire alla determinazione equitativa del danno, non per attribuire in modo acritico, e matematico, tutti i proventi riscossi.

Ai sensi dell'art. 158, II, LDA, invero, la considerazione degli utili realizzati in violazione del diritto deve fermarsi al limite dato, il quale è costituito dalla percentuale dei guadagni eziologicamente derivata dall'operata contraffazione.

Si tratta, cioè, di depurare il totale dei proventi riscossi, tenendo conto, da un lato, dei costi sopportati e direttamente ricollegati allo sfruttamento illecito e, dall'altro lato, dei proventi esclusivamente dipendenti, in realtà, dall'autonomo contributo del plagiatario<sup>28</sup>.

Non sarebbe correttamente determinato, così, il quantum risarcitorio ex art. 158 LDA laddove fossero automaticamente attribuiti e riversati in favore del soggetto leso tutti i ricavi conseguiti, e ciò sotto un duplice profilo:

---

forfettaria del danno, ma la stessa va effettuata in conformità a quanto disposto dalla norma predetta che pone la liquidazione forfettaria come alternativa alla liquidazione del lucro cessante sulla base dei criteri dell'art. 2056 c.c., comma 2, integrati con la possibilità di tenere conto dei profitti del contraffattore, e richiede che la liquidazione forfettaria non sia comunque inferiore al cosiddetto prezzo del consenso". Secondo Trib. Torino, sez. spec. in materia di imprese, 30 giugno 2022, n. 2811 "assumono ... una valenza generale ..., in quanto connaturate alla nozione di lucro cessante, le affermazioni della Corte di Cassazione, espressamente riferite agli utili del contraffattore ex art. 125 c. 3 Cpi, secondo cui occorre "considerare ... non l'intero ricavo derivante dalla commercializzazione del prodotto contraffatto, quanto il margine di profitto conseguito ...". Invero, i fattori negativi "(quali ad esempio i costi produttivi e di distribuzione) concorrono a determinare l'utile e la mancata considerazione di essi porterebbe alla valorizzazione di un elemento economico" che esula dalla nozione di mancato guadagno (Cass. 8944/2020; nello stesso senso, in ordine all'art. 158 Lda, Cass. 21833/2021)".

In dottrina, si segnala: Di Majo (2017, p. 1.787 ss.); Di Majo (2016, p. 1.854 ss.).

<sup>28</sup> Si tratta di una necessità ben posta in evidenza già da Cass. civ., 3 giugno 2015, n. 11464, ove si precisa l'erroneità della equiparazione tout court tra danno patito e utile percepito nella sua interezza dal contraffattore. Osserva la S.C.: "L'elaborazione creativa che dà luogo ad un'opera derivata, ..., si differenzia ... dalla contraffazione in quanto, la prima si caratterizza per un'elaborazione dell'opera originale con un riconoscibile apporto creativo, mentre la seconda consiste nella sostanziale riproduzione dell'opera originale, con differenze di mero dettaglio che sono frutto non di un apporto creativo, ma del mascheramento della contraffazione (Cass. 20925/05; Cass. 9854/12); ... in presenza di un autore di un'opera derivata che però è stata basata sulla elaborazione di un'opera originaria senza avere avuto la preventiva autorizzazione da parte dell'autore di quest'ultima il quale ha subito da ciò un pregiudizio economico ... il valore di godimento cui parametrare il ristoro del lucro cessante non può essere rapporto all'intero utile percepito (nda, dall'autore dell'opera derivata) ..., ma tali proventi dovranno essere depurati di quella quota dipendente da fattori riconducibili all'opera esclusiva (nda, dell'autore dell'opera derivata) ..., giacché, in caso opposto, si verrebbe a determinare - nell'ambito di un'operazione di equità - un'attribuzione patrimoniale eccedente la correlazione causale con la ritenuta responsabilità".

- perchè dai ricavi devono essere detratti i costi, al fine di individuare ciò che costituisce il profitto o guadagno;
- perchè dai ricavi va scomputato ciò che non è attribuibile tanto al valore dell'opera plagiata in sè, quanto all'autonoma capacità dei soggetti responsabili del plagio di condurla al successo (profilo, quest'ultimo, che non è frutto dell'illecito).

Una liquidazione che, al contrario, non tenesse conto di tali elementi violerebbe il disposto dell'art. 158 LDA, il quale mira ad attribuire *unicuique suum*, non ad arricchire chi, per sorte, si trovi ad aver subito un plagio; fermo restando che, sotto il profilo del danno morale d'autore, esso sarà autonomamente risarcito, indipendentemente dall'esistenza e dall'entità di un danno patrimoniale da sfruttamento dell'altrui opera.

Occorre, dunque, ribadire come quello della retroversione degli utili in tema di diritto d'autore – che è criterio indubbiamente più favorevole al danneggiato, in quanto costituente il cerchio di maggior raggio nel risarcimento del danno – resti criterio ancorato alla regola della necessaria derivazione causale ex art. 1223 c.c., dal fatto illecito: ciò vuol dire, in conclusione, che la somma, così come accertata quale ricavo per le vendite dell'opera realizzato dal responsabile, deve essere depurata nei limiti appena visti.

Si tratta, peraltro, di accertamenti e valutazioni in punto di fatto, in quanto tali rimessi al prudente apprezzamento del Giudice del merito, che devono agganciarsi a criteri quanto più oggettivi possibile e alle prove offerte dalle parti.

### **6.3 Onere della Prova**

Quanto ai costi occorre, in particolare, che l'autore del plagio fornisca elementi concreti di calcolo, quali i bilanci, le scritture contabili, i contratti conclusi con i terzi, quali agenzie pubblicitarie e canali di comunicazione, ed ogni altro elemento utile allo scopo.

La quantificazione dell'importo, da detrarre a titolo di costi sostenuti, deve fondarsi su documenti e prove, il cui onere di produzione e deduzione grava in definitiva sui danneggianti, con l'ausilio, ove occorra, degli accertamenti disposti d'ufficio mediante idonea c.t.u., la quale dia conto dell'incidenza media dei costi sui ricavi nel settore di mercato considerato.

È vero, infatti, che l'onere di provare il danno sofferto, secondo la fattispecie dell'art. 2043 c.c. – di cui l'art. 158 costituisce speciale espressione<sup>29</sup> – grava sulla parte che agisce per il riconoscimento del suo diritto, ai sensi dell'art. 2697 c.c.; peraltro, posto che l'art. 158 indica espressamente il parametro, su cui fondare la liquidazione equitativa del danno, consistente negli utili conseguiti dal responsabile dell'illecito grazie all'utilizzo indebito dell'opera altrui, sarà possibile individuare nel modo meglio approssimato possibile il profitto conseguito – e, dunque, l'importo da traslare – mediante la produzione di bilanci e scritture contabili, offerti dai danneggiati secondo il principio della vicinanza della prova, o mediante l'espletamento di idonea c.t.u.<sup>30</sup>.

Quanto al profilo dell'autonomo contributo al successo dell'opera, è necessario che sia accertato ad opera del Giudice del merito, anche con la prova presuntiva, tenendo conto di indicatori quanto più possibile obiettivi: come le vendite realizzate dal responsabile entro un periodo di tempo che possa reputarsi “significativo” e sufficientemente esteso, se del caso pure valutando il successo conseguito con altre opere, e ciò in comparazione con quello dello stesso autore dell'opera plagiata, nel medesimo lasso temporale considerato, sia pure sfalsato nel tempo l'uno dall'altro.

Dal raffronto di tali, e di altri, elementi sarà possibile calcolare la percentuale da sottrarre perchè, in via di prova presuntiva, riconducibile non all'opera in sè, ma al pregio ed al valore della rielaborazione ed interpretazione del secondo esecutore.

<sup>29</sup> “L'illecito di cui all'art. 158 l.d.a costituisce una specificazione della norma generale dell'art. 2043c.c. art. 2043 – Risarcimento per fatto illecito c.c. La concreta sussistenza di un danno risarcibile va dunque accertata secondo i criteri che governano la responsabilità aquiliana e, quindi, con l'impiego anche di presunzioni ed il ricorso, in ordine alla quantificazione del danno, alla valutazione equitativa, qualora di essa si ravvisino i presupposti” (Cass. civ., sez. I, 29 maggio 2015, n. 11225); “Nel quadro dell'azione promossa per ottenere il risarcimento del danno ai sensi dell'art 158 della legge 22 aprile 1941 n. 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, per configurare il danno previsto da detta norma non occorre l'esistenza di un rapporto concorrenziale tra l'attività dell'impresa che si assume danneggiante e dell'impresa che si assume danneggiata. Infatti, l'accertata lesione del diritto tutelato dalla citata norma giustifica di per se l'azione risarcitoria, a prescindere dall'eventuale integrazione di una fattispecie di concorrenza sleale, salva restando la necessità di accertare in concreto che sussista un danno risarcibile secondo i criteri che governano la responsabilità aquiliana, con l'impiego anche di presunzioni e il ricorso, in ordine al quantum del risarcimento, alla valutazione equitativa, qualora di essa siano ravvisati i presupposti” (Cass. civ., sez. I, 23 luglio 1999, n. 7971).

<sup>30</sup> Resta fermo, secondo i principi consolidati, che l'inosservanza dell'ordine di esibizione di documenti, la cui produzione sia stata ordinata dal Giudice ai danneggiati ai sensi dell'art. 210 c.p.c., integra un comportamento dal quale si può, nell'esercizio di poteri discrezionali, desumere argomenti di prova ex art. 116, II, c.p.c.

## 7 PREZZO DEL CONSENSO

L'altro criterio esposto dall'art. 158 LDA richiama, del pari, la valutazione equitativa del danno ("in via forfetaria"), offrendo un'indicazione minimale sul quantum da liquidare ("quanto meno") secondo il metro del prezzo per la cessione dei diritti di utilizzazione economica di quell'opera.

Tale criterio deve essere correttamente inteso come individuazione, pur sempre in via di prognosi postuma, del presumibile valore sul mercato del diritto d'autore *de quo*, nel tempo dell'operata violazione<sup>31</sup>.

Si tratta di una valutazione media ed ipotetica, che esperti del settore potranno operare, sempre tenuto conto dei prezzi nel settore specifico, dell'intrinseco pregio dell'opera, dei guadagni dalla medesima conseguiti nel periodo di legittima utilizzazione da parte dell'autore medesimo per il tempo in cui ciò sia avvenuto, e di ogni altro elemento del caso concreto<sup>32</sup>.

E proprio con riferimento alla quantificazione del danno patrimoniale da lucro cessante, il criterio più corretto e attendibile è stato ritenuto dal Tribunale di Roma, in diversi suoi arresti, quello del c.d. "prezzo del consenso", e cioè, in estrema sintesi, la somma di denaro che l'utilizzatore avrebbe dovuto pagare al titolare dei diritti per il tempo e secondo le modalità di utilizzazione delle opere in contestazione<sup>33</sup>; espressione peraltro del recente orientamento della Corte di

<sup>31</sup> La giurisprudenza di legittimità da ultimo (Cass. civ., sez. III, 12 aprile 2022, n.11768) ha affermato che l'illecita pubblicazione dell'immagine altrui (di persona non nota) obbliga al risarcimento anche dei danni patrimoniali, che consistono nel pregiudizio economico di cui la persona danneggiata abbia risentito per effetto della pubblicazione e di cui abbia fornito la prova. Con la precisazione che, in ogni caso, qualora non possano essere dimostrate specifiche voci di danno patrimoniale, la parte lesa può far valere il diritto al pagamento di una somma corrispondente al compenso che avrebbe presumibilmente richiesto per concedere il suo consenso alla pubblicazione, determinandosi tale importo in via equitativa, avuto riguardo al vantaggio economico conseguito dall'autore dell'illecita pubblicazione e ad ogni altra circostanza congruente con lo scopo della liquidazione, tenendo conto, in particolare, dei criteri enunciati dalla art. 158, II, LDA (v. anche Cass. civ., sez. I, ord., 16 giugno 2021, n. 17217 (in riferimento a un personaggio noto) secondo cui: "nell'ipotesi di plurime violazioni di legge dovute alla pubblicazione e divulgazione di fotografie in dispregio del divieto, non può escludersi il diritto al risarcimento del danno patrimoniale, che ben può essere determinato in via equitativa").

<sup>32</sup> Secondo Cass. civ., sez. I, ord. 13 dicembre 2021, n. 39762: "In tema di diritto d'autore, il risarcimento del danno da lucro cessante spettante al titolare del diritto violato deve essere completo ed effettivo e deve essere liquidato in via preferenziale dal giudice ai sensi dell'art. 158, comma 2, l.d.a., interpretato in conformità all'art. 13 della Direttiva 29.4.2004 n. 48 - 2004/48/CE, del Parlamento Europeo e del Consiglio sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, con equo apprezzamento di tutte le circostanze del caso e tenendo anche conto degli utili realizzati in violazione del diritto e solo, in via sussidiaria e residuale, nei casi in cui ciò non sia possibile o riesca disagevole, in via forfetaria sulla base dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto (cosiddetto prezzo del consenso)".

<sup>33</sup> Trib. Roma, sez. spec. in materia di imprese, 10 gennaio 2019, n. 693; Trib. Roma, sez. spec. propr. industr. ed intell., 12 luglio 2019, n. 14757.

Cassazione<sup>34</sup>.

Ed ancora, si è affermato che attraverso il prezzo del consenso si “vuole evitare che l’abusivo utilizzatore tragga un vantaggio, disponendo che paghi il prezzo stabilito per le royalties praticate [...] per la licenza d’uso dei contenuti audiovisivi analoghi a quelli in oggetto” (Trib. Roma, sez. spec. in materia di imprese, 22 gennaio 2021, n. 1194)<sup>35</sup>.

In giurisprudenza risulta quindi essere diffuso il riferimento al cd. prezzo del consenso in relazione al corrispettivo che potrebbe essere richiesto dal titolare del diritto per l’utilizzazione dell’opera<sup>36</sup>.

## 8 IL TRIBUNALE DI ROMA E IL QUANTUM DEL RISARCIMENTO

Nella pronuncia in esame il Tribunale di Roma, con una brusca sterzata, abbandona le coordinate interpretative appena tratteggiate, e consolidate in giurisprudenza (anche dello stesso Ufficio giudiziario), per fare ricorso all’applicazione del criterio della c.d. “revenue sharing” (condivisione del guadagno), ritenendolo quello generalmente applicato nei rapporti contrattuali tra titolari di diritti e piattaforme<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Corte di Cassazione; sezione prima; ordinanza 13 dicembre 2021, n. 39736, in *Diritto di Internet*, 2022, 529, con commento di De Nova (2022). Sia altresì permesso rinviare a Tassone; Cassano (2022, p. 2.840-2.846).

<sup>35</sup> Trib. Roma, sez. spec. in materia di imprese, 20 gennaio 2021, n. 1049; Trib. Roma, sez. spec. in materia di imprese, 27 aprile 2016, n. 8437. Rileva Trib. Milano, sez. spec. in materia di imprese, 6 ottobre 2022, n. 7767 che “l’orientamento della presente sezione nel calcolo del c.d. prezzo del consenso considera sia i profili oggettivi, quali il numero di fotografie, il tempo di permanenza dell’illecito, il luogo di pubblicazione, l’importo percepito per transazioni aventi per oggetto fotografie dello stesso contenuto e come soglia minima i compensi previsti nei tariffari, sia quelli soggettivi, quali l’intensità dello stato soggettivo desumibile dalla reiterazione di fatti identici e la mancata considerazione nella reiterazione del comportamento di diffide ingiunte dalla controparte volte a interrompere l’illecita pubblicazione”. Da parte sua la Cassazione è pervenuta ad affermare che “in tema di diritto d’autore, la violazione del diritto d’esclusiva che spetta al suo titolare costituisce danno in re ipsa, senza che incomba al danneggiato altra prova del lucro cessante che quella della sua estensione, a meno che l’autore della violazione fornisca la dimostrazione dell’insussistenza, nel caso concreto, di danni risarcibili, e tale pregiudizio è suscettibile di liquidazione in via forfettaria con il criterio del prezzo del consenso di cui alla L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 158, comma 2, terzo periodo, che costituisce la soglia minima di ristoro” (Cass. civ., sez. I, ord., 13 dicembre 2021, n. 39763, cit.).

<sup>36</sup> Trib. Torino, sez. spec. in materia di imprese, 11 maggio 2021, n. 2362; App. Milano, 7 giugno 2012; App. Milano 24 novembre 2010; Trib. Roma, 22 aprile 2008; Trib. Milano, 8 luglio 2009.

<sup>37</sup> La formula del revenue sharing è utilizzata nei contratti in cui le parti sono contemporaneamente dal lato del venditore e dell’acquirente. Le piattaforme di video sharing, in molti casi, concludono accordi con cui di fatto vendono a titolari di diritti d’autore, che non hanno propri canali distributivi (come ad esempio gli youtuber), l’accesso alla propria piattaforma distributiva. Se si usasse questo modello di business per definire la giusta royalty si imporrebbe al titolare del contenuto violato che ha la capacità di sfruttare propri canali distributivi (come Medusa) di “comprare” il servizio della piattaforma. Il risarcimento del danno si trasforma in un obbligo di acquisto, il che è davvero paradossale.

Il Tribunale dispone così un'integrazione della CTU, diretta a determinare il danno – pur rimanendo nell'ambito del criterio del prezzo del consenso ex art. 158 cit.– secondo il richiamato metodo di calcolo<sup>38</sup>.

Precisamente, il prezzo del consenso (o “giusta royalty”), ad avviso della sentenza del Tribunale di Roma, dovrebbe determinarsi non più individuando il valore-minuto medio in base ai contratti conclusi dal danneggiato (e dunque nella specie da Medusa) e facendo riferimento al suo modello di business, bensì considerando gli utili condivisi tra i soggetti che operano nello specifico mercato di Vimeo (compresa, dunque, quest'ultima e il “suo” modello di business) e gli introiti pubblicitari conseguiti dalla medesima.

Si tratta di un metodo di calcolo che, introducendo nel sistema della responsabilità civile extracontrattuale elementi ad essa estranei, finisce per portare a conseguenze inaccettabili.

Il prezzo del consenso, in realtà, deve fare riferimento, alla luce di quanto fin qui detto, al modello di business del soggetto leso – ciò anche in ossequio, lo si ripete, ad un indirizzo giurisprudenziale consolidato – e così emerge con evidenza come il Tribunale di Roma, nel suo intervento qui in esame, appellandosi ad una sorta di *revirement* – del quale in realtà non vengono esposte le ragioni giuridiche a sostegno – viola in *primis* lo stesso dettato legislativo.

Invero, seguendo la strada tracciata dal Tribunale di Roma – secondo cui occorre fare riferimento al modello di business (anche) del danneggiante – si violerebbe quella soglia minima che lo stesso Legislatore dell'art. 158 impone in tema di risarcimento.

A certificare la bontà della tesi per cui non si può dare ingresso a vicende che riguardano il danneggiante, e al modello di business che lo stesso adotta, è lo stesso Legislatore il quale consente al Giudice, quando esercita l'opzione di liquidare il lucro cessante attraverso il potere equitativo, di apportare correttivi non già con effetti riduttivi, visto che comunque opera la ricordata soglia minima, ma esclusivamente per aumentare il quantum.

Il tutto al fine di evitare che, avuto riguardo al singolo caso concreto, vi siano risultati iniqui che finiscano per premiare l'autore della violazione.

---

<sup>38</sup> Ritiene il Tribunale “necessario conferire al Consulente tecnico già nominato incarico integrativo volto alla puntuale quantificazione del danno previa determinazione dell'equa royalty di mercato per lo sfruttamento delle opere cinematografiche in contestazione, tenuto conto dei modelli di business di entrambe le parti e dei valori desumibili da contratti intercorsi tra operatori nello specifico mercato delle piattaforme di video sharing online, considerando altresì gli introiti derivanti dai servizi pubblicitari collegabili anche indirettamente alla visualizzazione delle medesime opere sul Portale VIMEO”.

In altre parole il Tribunale di Roma, che pur correttamente opta per l'applicazione del criterio del prezzo del consenso, fa tuttavia ricorso, ai fini della quantificazione, ad un metodo improprio rispetto al criterio *de quo* e, come visto, improntato alla considerazione di elementi spuri rispetto al concetto di giusta royalty contemplata dall'art. 158 LDA, quali sono il modello di business del danneggiante, o i "suoi" contratti, oppure ancora i suoi utili condivisi o conseguiti (tutti questi sono elementi che non possono entrare nella quantificazione del prezzo del consenso).

Che il c.d. prezzo del consenso vada determinato non in base a quello che il danneggiante avrebbe voluto, o gradito, versare, ma a quello che il danneggiato avrebbe potuto chiedere se gli fosse stata chiesta l'autorizzazione per sfruttare le sue opere, è suggerito direttamente dalla formulazione letterale dell'art. 158, allorché fa riferimento al "danno in via forfettaria sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto".

La formula legislativa già di per sé sola, in tal modo, esclude che il corrispettivo da liquidare possa intendersi come l'importo che il contraffattore avrebbe voluto versare.

Non solo. La norma persegue la finalità di evitare che la situazione del contraffattore venga, in sede risarcitoria, equiparata di fatto a quella di un legittimo licenziatario.

Il Legislatore europeo (art. 13 Direttiva Enforcement) e, sulla sua scia, quello italiano nel congegnare quanto nel nostro ordinamento cristallizzato con l'art. 158 in esame (e, con la ricordata differenza, l'art. 125 CPI), hanno quindi avuto ben presente che una cosa è il risarcimento del danno, che deriva da una violazione colposa o dolosa, quindi da fatto illecito, un'altra è il mero recupero degli utili conseguiti dall'autore della violazione.

Questi ultimi possono avere solo la funzione di aumentare il quantum del lucro cessante da liquidare, non quella di ridurlo: altrimenti verrebbero perequati – disattendendo l'illustrata ratio della legge – gli autori di condotte illecite a coloro che, legittimamente abbiano ottenuto (dietro corrispettivo e previa contrattazione) in concessione dal titolare le licenze per lo sfruttamento delle sue opere.

Non solo. Ragionando in termini generali, dal sistema della responsabilità civile vigente si desume come, nel determinare il risarcimento in favore della parte lesa, non siano determinanti i risultati economici conseguiti dall'autore

dell'illecito o le sue condizioni patrimoniali (oppure quel che con l'illecito il responsabile è riuscito a conseguire), ma i danni provocati.

Se così non fosse, un medesimo danno verrebbe ad esser determinato in misura diversa a ragione delle scelte o delle capacità di sfruttare l'illecito da parte del suo autore, o, peggio ancora, verrebbe ancorato al limite della prevedibilità che, come noto, è invece previsto solo in materia contrattuale (art. 1225 c.c.) e non ha alcuna operatività nella responsabilità extracontrattuale.

È poi anche la “logica” a guidare l'interprete verso l'affermazione che il prezzo del consenso deve ancorarsi al consenso del titolare del diritto leso ed invero, logicamente (ed anche economicamente) parlando, il corrispettivo che si deve determinare è quello ritenuto idoneo a remunerare il consenso del titolare del diritto a cedere i propri contenuti, dovendosi risarcire il lucro cessante che detto soggetto ha subito. E questo non può dipendere da quello che il danneggiante vorrebbe pagare, né dalle sue condizioni economiche o da quanto sia riuscito a conseguire con l'illecito.

Altrimenti quest'ultimo verrebbe trattato come un soggetto senza colpa, debitore di una mera indennità.

Seguendo il ragionamento del Tribunale e adottando il metodo che fa riferimento agli utili condivisi ed al modello di business del danneggiante, si perviene all'assurdo risultato di “punire” il titolare della privativa (riducendo il dovuto risarcimento) e di “premiare” invece chi ha commesso l'illecito.

Invero, attraverso detto metodo qui avversato, non solo non si ristora in via risarcitoria lo sforzo creativo e gli investimenti effettuati (nella specie da Medusa quale creatrice delle opere oggetto dell'abusivo caricamento e quindi dell'illecito ascritto a Vimeo), ma si avvantaggia l'autore del fatto dannoso, dandogli la possibilità di condizionare il quantum del risarcimento e addirittura di prevederlo, semplicemente guardando ai suoi risultati e ai suoi contratti.

## RIFERIMENTI

ANDREOLA, Emanuela. Profili di responsabilità civile del motore di ricerca. In: **La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Pisa, CEDAM, volume 28, fascicolo 2, p. 127-142, 2012.

BASSOLI, Elena. Il caso RTI vs. VIMEO e la responsabilità civile dell'hosting provider attivo: sentenza n. 693/2019 del Tribunale di Roma. In: **Vita Notarile**, Palermo, Ed. Buttitta, p. 1.663, ss., 2019.

BERTI ARNOALDI, E. La retroversione degli utili “in ogni caso”: la previsione dell’ art. 125, comma 3 c.p.i. In: **Rivista di Diritto Industriale**, Milano, Giuffrè, fascicolo 4-5, p. 271 ss., 2019.

CASSANO, Giuseppe. Il caso Trump, la cacciata dai social media ed il diritto positivo: brevi note in tema di ostracismo nell’era digitale. In: **Diritto di Internet**, Pisa, Ed. Pacini, n. 2, p. 215-225, 2021.

CASSANO, Giuseppe; ROVATI, Angelo Maria. La c.d. neutralità del web non più elemento di sfruttamento dei diritti d’autore altrui. In: **Diritto di Internet**, Pisa, Ed. Pacini, p. 129-140, 2019.

CASSANO, Giuseppe. Sulla responsabilità del provider per la diffusione abusiva in rete di opere audiovisive. In: **Il Diritto Industriale**, Milano, Ed. Ipsoa, n. 5, p. 460 ss., 2016.

CHRISAM, Francesco. Danno derivante dalla lesione del diritto d’autore sull’opera originaria e reversione degli utili. In: **Il Diritto Industriale**, Milano, Ed. Ipsoa, n. 6, p. 556 ss., 2015.

DE NOVA, Sara. Il futuro della responsabilità del provider e le “linee guida” in tema di quantificazione del danno. In: **Il Diritto Industriale**, Milano, Ed. Ipsoa, fascicolo 3, p. 532 ss., 2022.

DI MAJO, Adolfo. La responsabilità del provider tra prevenzione e rimozione. In: **Il Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Ipsoa, n. 4, p. 551-560, 2012.

DI MAJO, Adolfo. Risarcimento anche con funzione punitiva: principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, UTET, volume 168, fascicolo 8-9, p. 1.792-1.795, 2017.

DI MAJO, Adolfo. Riparazione e punizione nella responsabilità civile: riparazione e punizione nella responsabilità civile. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, UTET, volume 168, fascicolo 8-9, p. 1.856-1.861, 2016.

GALLI, Cesare. Il risarcimento del danno e la retroversione degli utili nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale. In: **Rivista di Diritto Industriale**, Milano, Giuffrè, fascicolo 2, parte I, p. 57 ss., 2019.

GALLI, Cesare. Le nuove tendenze della giurisprudenza italiana in materia di risarcimento del danno e retroversione degli utili da contraffazione e concorrenza sleale. In: **Il Diritto Industriale**, Milano, Ed. Ipsoa, fascicolo 3, p. 299 ss., 2020.

GAMBINI, Marialuisa. La responsabilità dell’Internet service provider approda al vaglio della Cassazione. In: **Il Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Ipsoa, n. 2, p. 186 ss., 2020.

GHINI, Federico. Come i contratti influiscono (o no) sulla predivulgazione brevettuale e sulla retroversione degli utili. In: **Il Diritto Industriale**, Milano, Ed. Ipsoa, fascicolo 1, p. 30 ss.; 2021.

GRANIERI, Massimiliano. Royalty minima, retroversione di utili e metodi alternativi del calcolo del danno da contraffazione di brevetto. In: **Il Foro Italiano**, Roma, Ed. Il Foro Italiano, fascicolo 7-8, parte I, p. 2.424 ss., 2021.

GRISANTI, Internet service providers e diffamazione in rete: una recente ordinanza del Tribunale di Milano. In: **Diritto Penale e Processo**, Milano, Ed. Ipsoa, n. 7, p. 285 ss., 2021.

MANSTRETTA, Federico. Violazione del diritto d'autore su un'App: tra problemi di quantificazione del danno in via equitativa e di raccordo tra disciplina delle banche dati e del software. In: **Diritto di Internet**, Pisa, Ed. Pacini, p. 484-494, 2021.

MARTORANA, Matteo Luca. Sulla retroversione degli utili. In: **Il Diritto Industriale**, Milano, Ed. Ipsoa, fascicolo 6, p. 545 ss., 2013.

MARZANO, Paolo. Risarcimento dei danni e retroversione degli utili nel diritto d'autore. In: **Il Diritto Industriale**, Milano, Ed. Ipsoa, n. 2, p. 127 ss., 2012.

MAZZARELLA, Marianna. La responsabilità degli hosting provider sulle piattaforme digitali. In: **Rivista Giornale di Diritto Amministrativo**, Milano, Ed. Ipsoa, Fascicolo 3, p. 396-403, 2022.

MOLLO, Francesca. La responsabilità del provider alla luce del Digital Service Act. In: **Rivista Contratto e Impresa**, Bologna / Pisa, Ed. Pacini, Fascicolo 1, p. 173 ss., 2022.

NIVARRA, Luca. Responsabilità del provider. In: **Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile**. Torino: UTET, 2003. p. 1.196 ss.

PARDOLESI, Paolo. Di là dalla funzione compensativa: la retroversione degli utili in difetto di prova del mancato guadagno e dell'elemento psicologico. In: **Il Foro Italiano**, Roma, Ed. Il Foro Italiano, volume 145, fascicolo 10, I, p. 3.085-3.092, 2021b.

PARDOLESI, Paolo. Gli utili reversibili nel risarcimento del danno da violazione del diritto d'autore. In: **Il Foro Italiano**, Roma, Ed. Il Foro Italiano, fascicolo 1, p. 3.519, 2021a.

PARDOLESI, Paolo. Riflessioni in tema di retroversione degli utili. In: **Rivista Critica del Diritto Privato**, Napoli, Ed. Jovene, volume 19, fascicolo 2, p. 217-236, 2014.

PIERUCCI, A. La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della Rete. In: **Rivista Critica del Diritto Privato**, Napoli, Ed. Jovene, p. 143 ss., 2003.

- PIRRUCCIO, Paolo. Diritto d'autore e responsabilità del provider. In: **Giurisprudenza di Merito**, Pisa, Ed. Pacini, v. 44, fascicolo 12, p. 2.592-2.620, 2012.
- POGGIO, G. La responsabilità dell'internet provider. In: PALAZZO, Antonio; RUFFOLO, Ugo (a cura di). **La tutela del navigatore in Internet**. Milano: Giuffrè, 2002.
- PONZANELLI, Giulio. Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli Internet service provider. In: STANZIONE, Pasquale; SICA, Salvatore (a cura di). **Commercio elettronico e categorie civilistiche**, Milano, 2002.
- REMOTTI, Giorgio. La retroversione degli utili quale sanzione restitutoria: nessun ristoro, nessuna pena. In: **Il Diritto Industriale**, Milano, Ed. Ipsoa, n. 4, p. 406-417, 2019.
- RICCIO, Giovanni Maria. **La responsabilità civile degli Internet providers**. Torino: Giappichelli, 2002.
- RISTUCCIA, Renzo; TUFARELLI, Luca. La natura giuridica di Internet e le responsabilità del provider. 1997. In: <<https://www.interlex.it/regole/ristufa.htm>>.
- SANTANIELLO, Luigia Carolina. La responsabilità del provider, inadempimento, obbligo di diligenza professionale e clausole di esonero da responsabilità. In: **Diritto di Internet**, Pisa, Ed. Pacini, p. 542 ss., 2019.
- SARTOR, Giovanni. Social networks e responsabilità del provider. In: **Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 20, p. 39-56, 2001.
- STELLA, Marcello. Inibitoria di opera in violazione del diritto d'autore e copie in vendita su Amazon ed eBay. In: **Diritto di Internet**, Pisa, Ed. Pacini, p. 738 ss., 2019.
- TASSONE, Bruno. Causalità e perdita di chances. Torino: Giappichelli, 2019b.
- TASSONE, Bruno. Responsabilità del provider per linking abusivo e criteri di liquidazione del danno. In: **Il Diritto Industriale**, Milano, Ed. Ipsoa, fascicolo IV, p. 372-386, 2019a.
- TASSONE, Bruno; CASSANO, Giuseppe. Responsabilità dell'Internet service provider, diritti di proprietà intellettuale e danni punitivi. In: **Il Foro Italiano**, Roma, Ed. Il Foro Italiano, fascicolo 9, p. 2.840-2.846, 2022.
- TESCARO, Mauro. La responsabilità civile dell'hosting provider e il dialogo fra le Corti. In: **Studium Iuris**, Pisa, Ed. Pacini / CEDAM, n. 12, p. 1.472-1.476, 2020.

TOSI, Emilio. L'evoluzione della responsabilità civile dell'Internet Service Provider passivo e attivo. In: **Il Diritto Industriale**, Milano, Ed. Ipsoa, volume 26, fascicolo 5, p. 590 ss., 2019.

TOSI, Emilio. Obblighi di filtraggio ex post di contenuti digitali illeciti equivalenti e responsabilità civile degli hosting provider. In: **Rivista di Diritto Industriale**, Milano, Ed. Ipsoa, fascicolo 3, p. 281 ss., 2020.

TRAINA CHIARINI, Riccardo. L'evoluzione della responsabilità degli Internet Service Provider. In: **Il Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Ipsoa, n. 11, p. 1.434 ss., 2021.

TROIANO, Gli illeciti attraverso Internet: problemi di imputazione e responsabilità. In: **Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo**, Milano, Ed. Giuffrè, fascicolo 1, p. 399-415, 1998.

ZANOVELLO, Francesca. La responsabilità dell'Internet Service Provider". In: **Studium Iuris**, Pisa, Ed. Pacini / CEDAM, fascicolo 5, p. 557 ss.; 2020.

Submissão em: 22 de maio de 2023

Último Parecer favorável em: 2 de agosto de 2023

### **Como citar este artigo científico**

CASSANO, Giuseppe. Responsabilità per violazione on line del diritto d'autore: una singolare sentenza del Tribunale di Roma ed un tentativo di fare chiarezza. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 2, p. 65-90, maio-ago. 2023.

## TEXTO Y CONTEXTO DE LA REFORMA LABORAL EN ESPAÑA DE 2021 PARA LA POSPANDEMIA

JESÚS CRUZ VILLALÓN<sup>1</sup>

### EXTRACTO

La legislación laboral constituye una materia sometida a constantes y permanentes reformas, unas de carácter más amplio en su contenido y otras de afectación a concretas instituciones. Sin embargo, si se atiende a su pretensión de establecimiento de un cambio profundo en nuestro modelo jurídico laboral, las reformas han sido más limitadas en número. Desde esta perspectiva ha de entenderse que la reforma laboral de 2021 pretende ubicarse en la categoría de las grandes reformas acometidas en nuestra normativa laboral desde la instauración de nuestro modelo constitucional de relaciones laborales. Desde este enfoque el presente trabajo pretende realizar una valoración de primera aproximación general de la presente reforma; sin entrar en los detalles de interpretación de las concretas reglas novedosas introducidas con la reforma, que se deriva al resto de los estudios presente en la Revista “Temas Laborales”, se pretende efectuar una presentación general del contexto en el que la misma se desarrolla, de identificar sus objetivos y de valorar el posible impacto que dicha reforma puede tener en el inmediato futuro.

**Palabras claves:** Reforma laboral, contratación temporal, reestructuración empresarial, negociación colectiva

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho (Universidad de Sevilla, 2 julio 1982). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla. *e-mail*: [jesuscruz@us.es](mailto:jesuscruz@us.es)

## ABSTRACT

Labour legislation is a matter subject to constant and permanent reforms, some of a broader nature in its content, others affecting specific institutions. However, if its claim to establish a profound change in our labor legal model is taken into account, the reforms have been more limited in number. From this perspective, it must be understood that the 2021 labour reform intends to be placed in the category of the great reforms undertaken in our labor regulations since the establishment of our constitutional model of labor relations. From this approach, the present work intends to carry out an overall assessment of the present reform; Without going into the details of interpretation of the specific new rules introduced with the reform, which is derived from the studies in the Journal “Temas Laborales”, it is intended to make a general presentation of the context in which it is developed, from identify its objectives and assess the possible impact that said reform may have in the immediate future.

**Key words:** Labor reform, temporary hiring, business restructuring, collective bargaining.

## 1 LAS PREMISAS CONTEXTUALES DE LA REFORMA

Cada reforma laboral se acomete dentro de un determinado contexto que la condiciona, tanto en cuanto a su proceso de elaboración como sobre todo al contenido que finalmente presenta. Por ello, la comprensión del alcance de una reforma laboral debe necesariamente partir del contexto en el que se ha producido, pues ello nos proporciona muchas claves no sólo para poder explicar su contenido sino, incluso, para la habitual labor de interpretación de su articulado. Esta circunstancia, que resulta común a cualquier reforma laboral, se ve acentuada de manera particular en la reforma de 2021<sup>2</sup>, por cuanto que el contexto de la misma saca a la luz la razón de ser de las materias que se han seleccionado como su contenido principal e, incluso, de aquello que algunos podían esperar de la misma y que no ha estado presente. A partir de esas premisas y sin necesidad de grandes detalles podemos describir los elementos contextuales más influyentes a estos efectos. Aunque se trate de hechos bien conocidos por todos a estas alturas, no por obvios dejan de ser especialmente relevantes a los efectos de realizar una valoración de conjunto del significado de la reforma.

---

<sup>2</sup> Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre (BOE 29 de diciembre), de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

## 1.1 La Reforma de 2012 como Precedente y el Programa de Gobierno de Coalición

El punto de partida a estos efectos no puede ser otro que el de recordar que la profunda y controvertida reforma laboral de 2012, desarrollándose, igualmente, en su propio contexto y, sobre todo, en circunstancias temporales de una aguda crisis económica, provocó un intenso rechazo por parte de las organizaciones sindicales más representativas, de modo que, en ciertos sectores, se produjo una reclamación de supresión de su contenido. Puede que, con una simplista voluntad de volver a la casilla de inicio precedente a esa reforma de 2012, algunos incluyendo otras que, inmediatamente antes, le precedieron, ello se explicitó bajo el desiderátum de una derogación total de una reforma legal, cuando tal circunstancia no se había producido nunca en el pasado, por cuanto que, por muy crítica que sea la valoración de ciertos cambios legislativos, los mismos acaban tomando unas raíces casi imposibles de eliminar.

En todo caso, con mayor o menor intensidad, esas reclamaciones sindicales acabaron siendo acogidas por los entonces partidos políticos de la oposición como compromiso de actuación en el momento de volver a lograr las correspondientes mayorías parlamentarias. El resultado concreto de ello será que, si bien no en su plenitud y añadiendo otros aspectos complementarios, el programa pactado entre los dos partidos del actual Gobierno de coalición contenía un emblemático compromiso de corregir los elementos más destacados de aquella reforma de hace ya una década. En algunas materias, se reflejaba una expresa mención a contenidos a modificar, mientras que en otros aspectos contenidos en aquella reforma de 2012 había silencios que tenían un manifiesto reconocimiento implícito de no abordar todo lo hecho por aquella reforma<sup>3</sup>.

Eso sí, estamos viviendo un período acelerado de cambios, no meramente superficiales en muchos campos, que nos sitúan rápidamente en contextos novedosos, con emergencia de ciertos retos que provocan que las urgencias sean diferentes y al mismo tiempo que se superan ciertos programas que en el mejor de los casos sólo se pueden desarrollar parcialmente. No es ya sólo que cambien los equilibrios políticos, sino que la aparición de nuevas circunstancias que dan lugar a que se conformen otros objetivos, en ocasiones adicionales, en otros sustitutorios.

Por decirlo en términos concretos que atienda a lo que fue el inicial programa del actual Gobierno de coalición. En unos casos, lo comprometido se

<sup>3</sup> Sobre el particular, J. Cruz Villalón, Hacia un nuevo Estatuto de los Trabajadores, Trabajo y Derecho n° 63 (2020), 17 páginas, 28-44.

cumplió por adelantado a lo proyectado como parte de la reforma laboral, como fue el caso de la supresión de las ausencias justificadas al trabajo como causas justificativas de despido objetivo<sup>4</sup>. En otros casos, han aparecido asuntos que no estaban en modo alguno expresamente contemplados en ese programa común, que en absoluto han tenido el carácter de reformas de carácter coyuntural, pues se integran plenamente en la categoría de reformas estructurales, como es el caso de la Ley de trabajo a distancia<sup>5</sup>, de la introducción de la presunción de laboralidad de los *riders*<sup>6</sup>, del desarrollo reglamentario de la igualdad retributiva entre mujeres y hombre<sup>7</sup>, así como de los planes de igualdad<sup>8</sup>.

Como contraste a lo anterior, puede afirmarse que de los tres grandes objetivos que se pueden identificar en la reforma laboral de 2021 (reducción de las tasas de temporalidad con eliminación de la contratación temporal injustificada, nuevo modelo de los expedientes de regulación temporal de empleo y nuevo equilibrio en la negociación colectiva por lo que afecta al régimen salarial), en el sentido estricto del término sólo el tercero de ellos se corresponde con lo inicialmente proyectado, en tanto que los otros dos responden al nuevo escenario que ha ido apareciendo con posterioridad. Al mismo tiempo, que ha de tomarse nota que otros contenidos inicialmente previstos no han llegado a formar parte del contenido de la reforma laboral de 2021.

Todo ello obliga a identificar cuáles han sido esos otros elementos contextuales que han aparecido posteriormente y la influencia que los mismos han tenido en el contenido final de esta reforma de 2021.

## 1.2 El Impacto de la Experiencia de la Pandemia

Entre esos elementos contextuales aparecerá, sin lugar alguna, el fuerte impacto que ha tenido el desarrollo de la pandemia a lo largo de los dos años precedentes a la reforma y, especialmente, de las medidas laborales acometidas con las mismas. Bien es sabido que una de las características definitorias de las medidas laborales y sociales acometidas con ocasión de la COVID 19 ha sido la de tratarse de una normativa de emergencia, un a modo de gran disposición transitoria, que situaba a la práctica totalidad de ellas en el marco de medidas coyunturales, llamadas a desaparecer en el momento en el que se superase

<sup>4</sup> Ley 1/2020, de 15 de julio (BOE de 16 de julio).

<sup>5</sup> Ley 10/2021, de 9 de julio (BOE 10 de julio), precedida por el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre (BOE 23 de septiembre).

<sup>6</sup> Ley 12/2021, de 28 de septiembre (BOE 29 de septiembre), precedida por el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo (BOE 12 de mayo).

<sup>7</sup> Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre (BOE 14 de octubre).

<sup>8</sup> Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre (BOE 14 de octubre).

el momento excepcional de la emergencia sanitaria (sobre el particular, CRUZ VILLALÓN, 2020, p. 11-41).

Eso sí, una cosa es que el conjunto normativo introducido tuviera ese carácter de vigencia limitada en el tiempo y otra bien diferente es que la experiencia haya puesto en evidencia ciertas carencias de nuestro régimen laboral permanente o bien haya permitido extraer ciertas experiencias positivas que han desembocado al final en reformas estructurales, algunas de ellas integradas dentro de nuestra regulación permanente. En esa clave puede mencionarse la ya citada regulación estructural sobre el trabajo a distancia. Y, especialmente, resulta obligado conectar el contenido de la reforma laboral de 2021 relativo al nuevo régimen de los ERTes y, en particular del mecanismo RED, como expresión de traer al Estatuto de los Trabajadores y a la legislación de Seguridad Social, el importante sistema de fuerte fomento de estos procedimientos suspensivos o de reducción de jornada de trabajo como alternativa a la tradicional fórmula de adaptación al cambio de ciclo económico o empresarial a través de medidas de directa destrucción de empleo vía despidos colectivos.

En esa misma línea de experiencias derivadas de las medidas con ocasión de la pandemia, habría que mencionar, no tanto en su contenido cuanto en sus objetivos, lo que ha supuesto el plan MECUIDA como medida orientada a facilitar la conciliación entre la vida laboral y familiar. Aunque se trate de una materia que no se ha abordado con ocasión de la reforma laboral de 2021, probablemente constituya una de las cuestiones pendientes a abordar en el inmediato futuro; en ese escenario se puede situar la propuesta, aun no materializada por parte del Gobierno, de introducir una serie de permisos retribuidos para atender al cuidado de familiares, a cuyo efecto debe tenerse en cuenta también lo previsto en la Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores, que no está completa en su transposición y debe efectuarse antes de agosto del presente año 2022<sup>9</sup>.

### **1.3 El Impulso Europeo**

La siguiente perspectiva contextual con toda seguridad condicionante igualmente del devenir y desenlace de la reforma laboral de 2021 se sitúa en el ámbito europeo. En efecto, pueden detectarse intervenciones por parte de las instituciones europeas que han determinado con claridad la orientación del contenido e, incluso, del procedimiento de elaboración de la reforma.

---

<sup>9</sup> Directiva 2019/1158, de 20 de junio (DOUE 12 de julio).

Arrancando por lo menos destacado, pero lo primero en términos cronológicos, hay un impulso indirecto provocado por el Tribunal de Luxemburgo. En concreto, en los años inmediatamente precedentes a la reforma laboral de 2021, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado diversas sentencias que, en el contraste del ordenamiento español con la Directiva de la Unión Europea sobre contratos de duración determinada, ha resuelto una serie importante de cuestiones prejudiciales en las que ha fallado que la regulación contractual en nuestro país no era respetuosa con dicha Directiva<sup>10</sup>. En muchos casos se refiere a la garantía de estabilidad en el empleo del personal al servicio de las Administraciones Públicas, a la vista de que las tasas más elevadas de temporalidad en el empleo público, incluso superiores a las del sector privada, derivaban de fórmulas menos respetuosas en este ámbito en relación con el ordenamiento europeo.

Es cierto que ello ha constituido uno de los elementos determinantes de otra normativa paralela y previa a la reforma de 2021<sup>11</sup>. Pero también resulta obligado señalar que el propio Real Decreto-ley de reforma laboral de 2021 también contiene medidas específicas dirigidas a acompasar las genéricas en materia de limitación de la contratación temporal con las tradicionales singularidades presentes en el ámbito del empleo público. Pero, es más, en la reforma de 2021 cabe identificar algunas medidas que, más allá del empleo público, están proyectadas para todo el trabajo subordinado, especialmente en algunos casos dirigidos al empleo privado, que encuentran su alcance en la mencionada Directiva y, en particular, en el alcance de la misma interpretada por el Tribunal de Luxemburgo.

Así, a título de ejemplo, no cabe la menor duda de que la nueva regulación de la contratación laboral en el sector de la construcción, pretende (con mayor o menor éxito) dar respuesta a alguna resolución judicial que se había manifestado especialmente crítica con el hasta el presente vigente contrato “fijo de obra” en este sector de la construcción<sup>12</sup>. Por extensión, habría que tener presente que el objetivo de la Directiva de evitar la utilización abusiva en la contratación temporal no se garantiza cuando se producen contrataciones sucesivas sin límites para tareas correspondientes a un puesto de trabajo de carácter permanente pero ocupado temporalmente por diversos trabajadores que los ocupan de manera sucesiva.

<sup>10</sup> Directiva 1999/70, de 28 de junio (DOCE 10 de julio).

<sup>11</sup> Ley 20/2021, de 28 de diciembre (BOE 29 de diciembre), de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, P. Gómez Caballero, Especialidades de la reforma laboral en los empleados públicos, *Temas Laborales* n° 161 (2022), pgs. 431 ss.

<sup>12</sup> STJUE de 24 de junio de 2021, asunto C-550/19, EV, Obras y Servicios Públicos y Acciona Agua SA, ECLI:EU:C:2021:514.

A estos efectos la negociación colectiva no había respondido a la encomienda que desde hace tiempo le había efectuado la normativa estatal para que estableciese reglas que impidiesen este tipo de usos abusivos en la contratación temporal, de modo que podía interpretarse que la legislación española no estaba trasponiendo debidamente la mencionada directiva en este punto. En definitiva, cabe también identificar que la respuesta de la reforma legal en materia contratación sucesiva de diferentes trabajadores para ocupar un mismo puesto de trabajo se presenta como una respuesta a los problemas de transposición debida de la Directiva y, en particular, de la jurisprudencia que se venía dictando sobre el particular por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Más discutible es que en la reforma de la regulación de la negociación colectiva haya influido la propuesta de Directiva relativa sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea<sup>13</sup>, a pesar de que la misma viene mencionada de manera expresa en el preámbulo del Real Decreto-ley. Lo hace en la medida en que entiende la exposición de motivos que dicha propuesta promueve el papel de la negociación colectiva en orden a preservar la capacidad de convergencia salarial y su adecuación con el mantenimiento de la productividad de las empresas, evitando distorsiones competitivas, en una relación de equilibrio necesaria y constante.

Es cierto que dicha propuesta de Directiva pone en conexión la fijación de salarios adecuados con la competitividad y la productividad, pero ello a nuestro juicio no estimamos que provoque conexión inmediata entre la reforma laboral que se acomete en nuestro ordenamiento en materia de negociación colectiva y los objetivos pretendidos por la mencionada propuesta de Directiva. De un lado, debe tenerse presente que, con vistas a evitar injerencias en los correspondientes modelos de relaciones laborales de cada uno de los miembros, la propuesta europea plantea dos vías alternativas de implementar el objetivo de establecimiento de salarios mínimos adecuados: una vía a través de la intervención pública mediante la fijación de salarios mínimos legales y otra vía encomendando este objetivo a un sistema sólido de negociación colectiva (CRUZ VILLALÓN, 2021, p. 329 ss.).

Desde esta perspectiva, respondiendo el modelo español a la primera de las vías escasa conexión tiene la misma con el régimen de negociación colectiva establecido. De otro lado, los referidos objetivos de productividad y competitividad, tal como vienen reflejados en la propuesta de Directiva, al margen de lo que se deduzca de la misma a través de la exposición de motivos, no se ven

<sup>13</sup> Propuesta de 28 de octubre de 2020, COM(2020) 682 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0682>.

directamente afectados por las medidas adoptadas con la reforma de 2021; o, si se quiere dicho de otro modo, también se podría defender que la regulación precedente igualmente iba orientada a reforzar la competitividad y productividad empresarial; es cierto que, como veremos, la reforma en materia de negociación colectiva, tiene una pretensión adicional de corregir ciertos efectos negativos detectados y derivados de la reforma de 2012, provocadores de “distorsiones competitivas”, si bien ello no se percibe, cuando menos expresamente, entre los objetivos de la propuesta de Directiva.

Finalmente, es cierto que al margen de la doble vía de establecimiento de los salarios mínimos adecuados, sea cual sea la vía preferida por cada Estado miembro, la propuesta pretende potenciar la influencia de la negociación en todo el territorio de la Unión en la gestión de la política de rentas salariales; y lo hace por la vía de establecer como objetivo común que en todos los Estados miembros los convenios colectivos alcancen el umbral del 70 % de cobertura del conjunto de la población asalariada. Desde esta perspectiva puede afirmarse, más allá del debate en torno a cuál sea la concreta tasa de cobertura negociada en España, con seguridad la misma supera el 70 % en el conjunto de la población potencialmente incluíble dentro del ámbito de aplicación de los convenios colectivos. Incluso, a pesar de los malos augurios que se hipotizaron por algunos, dicha tasa de cobertura se ha mantenido en sus porcentajes tradicionales, sin repercusión al efecto de los cambios introducidos por la reforma de 2012.

En todo caso, es cierto que el debilitamiento de la ultraactividad de los convenios colectivos provocado por la reforma de 2012 en algunos territorios sí que ha producido una perceptible caída de la tasa de cobertura; y, desde esta última perspectiva, la recuperación de la ultraactividad indefinida por parte de la reforma de 2021 no cabe la menor duda que se encuentra en la senda del afianzamiento del objetivo de tasa de cobertura marcado por la propuesta de directiva sobre salarios mínimos adecuados.

En todo caso, con seguridad, la influencia y, por tanto, el condicionante más importante de la reforma desde las instituciones europeas proviene de su intervención indirecta en el desarrollo de la elaboración de esta reforma de 2021, en el contexto de las actuaciones conjuntas de política económica orientada a la superación de los efectos negativos provocados por la pandemia, en concreto, por el parón económico que ello supuso y la necesidad de adoptar medidas de sostenimiento financiero para hacer frente al panorama depresivo provocado.

No cabe la menor duda de que se ha establecido una conexión desde las instituciones europeas entre la aportación a los distintos Estados miembros de los fondos económicos destinados a la recuperación y la adopción de cierto

tipo de medidas de reforma estructural y, en particular, que dichas reformas estructurales vayan dirigidas a superar males endémicos de nuestro mercado de trabajo.

Aunque no llegase a tener la intensidad e impacto de la intervención de las instituciones europeas, particularmente del Banco Central Europeo, durante la crisis financiera de hace ya más de una década, en esta ocasión con tonalidades más suaves también se ha producido una cierta condicionalidad en relación con la entrega de los fondos europeos destinados a la recuperación; condicionalidad que de manera más o menos explícita se han relacionado con la necesidad de llevar a cabo ciertas reformas estructurales en nuestro modelo laboral e, incluso, de mantenimiento de la regulación de ciertas modificaciones legales introducidas con ocasión de la reforma precedente de 2012.

En efecto, de un lado, no sería concebible la intensidad de los cambios introducidos en materia de limitación de la contratación temporal si no hubiera existido la recurrente llamada de atención por parte de las instituciones europeas respecto de los efectos patológicos derivados de las tasas tan elevadas de temporalidad y la segmentación del mercado de trabajo provocada por las mismas, insistiendo en que la corrección de esta distorsión debería constituir uno de los grandes objetivos de la reforma, como ha sido efectivamente. Incluso puede considerarse que las innovaciones introducidas en materia de ERTES, especialmente en la introducción del mecanismo RED como alternativo del uso generalizado de los despidos colectivos, puede relacionarse con la llamada de atención por parte de las instituciones europeas respecto del efecto gravemente destructivo del empleo en nuestro mercado de trabajo a resultas de las crisis económicas derivadas del cambio de ciclo, bastante superior a lo que sucede en el resto de los países de nuestro entorno.

Más aún, aunque se trate de algo más implícito, todas estas advertencias por parte de las instituciones europeas respecto de la conexión entre gestión del mercado de trabajo y modelo jurídico laboral, manifiestan una preocupación en orden a que se atienda igualmente a responder a los requerimientos de flexibilidad empresarial, lo que aconseja el mantenimiento de algunas de las medidas que en este orden se introdujeron con ocasión de la reforma de 2012. De este modo, la condicionalidad no sólo se contemplaba en clave de reformas a realizar como en términos de mantenimiento de otras ya implantadas en el pasado.

Como contrapunto a lo anterior, y con ciertos elementos de contradicción, del mismo modo que la condicionalidad de la recepción de los fondos europeos ha resultado determinante para la introducción de las medidas restrictivas de la

intensa contratación temporal, las gestión de esos mismos fondos europeos se presentan como fundamento para poder autorizar a una contratación temporal acausal por parte de las entidades que integran el sector público para atender a los proyectos limitados en el tiempo de ejecución que van a realizarse con cargo en dichos fondos europeos<sup>14</sup>. De este modo, los fondos europeos que recibirá España serán paradójicamente al propio tiempo condicionalidad de la reducción de la tasa de temporalidad y justificación para permitir fórmulas de contratación temporal acausal que rompen la premisa de partida del nuevo modelo de contratación. Eso sí, de principio, queda claro que esa habilitación como excepción a la contratación temporal causal sólo se admite cuando quien intervenga como empleador sea una entidad integrada en el sector público y, por sí sola, no se justifica cuando quien reciba los fondos europeos sea una entidad privada, lo sea o no con fin de lucro.

Lo anterior enlaza directamente también con la insistente recomendación por parte de las instituciones europeas respecto del método de elaboración y aprobación de la reforma. Me refiero, en concreto, en la insistencia, de nuevo, en el valor añadido que debe tener la reforma por el hecho de que la misma sea resultado de un acuerdo en el seno del diálogo social, con voluntad de que el mismo se logre con el apoyo de los interlocutores sociales.

No cabe la menor duda de que el fomento del diálogo social a nivel europeo constituye una de las señas de identidad tradicionales de la política social de la Unión Europea, siendo prueba de ello los procedimientos establecidos al efecto en el conjunto de las políticas acometidas por las instituciones europeas en materia laboral. Sin embargo, la pretensión en esta ocasión de que la reforma laboral se aborde desde procedimientos internos de diálogo social va más allá de lo anterior, pudiendo incluso valorarse como una injerencia indebida de la Unión Europea en lo que afecta en el sentido estricto del término al funcionamiento interno del sistema político de un Estado miembro, que, con o sin acuerdo social, en todo caso, se trataría de un funcionamiento plenamente democrático; por mucho que se pueda coincidir en el valor positivo que tiene el acuerdo social alcanzado en esta materia, con toda la dificultad que ha supuesto, no correspondía a las instituciones europeas intervenir en este elemento de método y, mucho menos, de intervenir como elemento de condicionalidad que en algunas ocasiones es como se ha interpretado.

Para ser plenamente conscientes del modo cómo se ha producido esta intervención, para tener una percepción cabal del trasfondo del asunto, lo realmente importante para las instituciones europeas en este caso era el dato

---

<sup>14</sup> Disp. adic. 5ª Real Decreto-ley 32/2021.

previamente apuntado de que la reforma de 2021 mantuviese los instrumentos de flexibilidad laborales introducidos con ocasión de la reforma precedente; dicho de otro modo, en el fondo no le preocupaba tanto que la reforma se produjese sin acuerdo social, cuanto que de la ausencia de acuerdo social derivase la introducción de elementos de rigidez en los procesos de reestructuración empresarial que restasen flexibilidad a las empresas, tanto interna como externa, para poder acometer estos procedimientos en escenarios de crisis económicas y de empleo de las mismas.

A la postre, el aval a la reforma por parte de las organizaciones empresariales se convertía en un útil instrumento para el logro del precedente objetivo material, que era lo decisivo y no tanto el método. No al caso, baste con recordar que en ningún momento las instituciones europeas pusieron reparo alguno cuando la precedente reforma laboral de 2012 se llevo a cabo sin atisbo alguno de intento de desarrollar un proceso de diálogo social para acometer los importantes cambios estructurales que se introdujeron entonces.

Quede claro que con ello no entramos en el acierto o en el error del mantenimiento en todos sus elementos de los elementos de flexibilidad existentes desde hace más de una década en nuestro modelo laboral, cuanto en cuáles eran las preocupaciones reales por parte de las instituciones europeas y la razón de ser de su insistencia en el método de elaboración y aprobación de la reforma laboral en este caso.

Al final, lo importante es que cuando el Gobierno remite a Bruselas su Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, recoge un importante componente 23, en el que se resumen los compromisos respecto de la reforma laboral que a esas alturas se pretende acometer, compromisos que se presentaron como elementos de la condicionalidad a la autorización de la entrega de los fondos económicos destinados a la ejecución de dicho Plan. Conviene recordar en concreto que en dicho documento se concretan bastante los objetivos que se pretende lograr con las políticas públicas en el ámbito del mercado de trabajo, algunos de ellos a diseñar por vía de la reforma laboral; en concreto, dicho documento venía a indicar que

En línea con las recomendaciones a España por las distintas instituciones, este programa, que contará con las aportaciones de las diferentes mesas del diálogo social, incluye la simplificación de los tipos de contratos, la racionalización de los incentivos a la contratación, la modernización de las políticas activas de empleo y de la negociación colectiva, así como el desarrollo de un nuevo mecanismo de ajuste interno de las empresas alternativo al desempleo que permita amortiguar el impacto de las caídas

de demanda, apoyar la formación y recualificación de los trabajadores y acompañar procesos de transición o reconversión. Adicionalmente, es preciso adaptar el marco de relaciones laborales y los mecanismos de concertación social a las necesidades generadas por el proceso de digitalización. Finalmente, es fundamental modernizar y digitalizar el Servicio Público de Empleo, con el fin de mejorar su eficacia para cubrir las demandas del mercado laboral en todo el territorio nacional (ESPAÑA, 2021a, p. 38).

En concreto, el mencionado componente 23, por lo que afecta a la reforma laboral 2021 que venimos comentado incluía las siguientes reformas: R4 simplificación de contratos: generalización del contrato indefinido, causalidad y simplificación de la contratación laboral; R6 establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna y recualificación de trabajadores en transición; R8 modernización de la negociación colectiva; R9 modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales (ESPAÑA, 2021b).

En definitiva, en estas cuatro reformas se pueden identificar con claridad los contenidos que finalmente ha tenido la reforma laboral de 2021 que venimos comentando, con independencia del mayor detalle de comentario en los que entremos en apartados sucesivos respecto de su efectiva plasmación y previsible efectividad.

#### **1.4 La Jurisprudencia del Tribunal Supremo**

Dejando aparte lo que se dirá respecto del acuerdo social, como último elemento influyente en el devenir de la elaboración de la reforma de 2021, habría que mencionar cierto tipo de jurisprudencia del Tribunal Supremo, dictada sobre algunos de los contenidos centrales de esta reforma. Sin necesidad de reiterarlo, los pronunciamientos dictados por el Tribunal de Luxemburgo, sobre todo en materia de contratación temporal, se encuentran en el trasunto de algunas de las sucesivas sentencias del Tribunal Supremo, que, necesariamente, se dictan siguiendo la estela de los fallos de las sentencias del Tribunal europeo, en un típico juego del pluralismo judicial, que obliga a un diálogo de interinfluencias mutuas entre uno y otro.

Pero, es más, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido virando, en unos casos matizando, en otros corrigiendo sus criterios precedentes en algunos asuntos claves que, si no han condicionado en el sentido estricto del

término, sí que han reforzado decididamente algunas de las medidas recogidas en la reforma de 2021. En ciertos casos, la reforma laboral no ha hecho sino reiterar una práctica bastante extendida entre nosotros, consistente en elevar a rango legal lo que con precedencia constituía labor jurisprudencial de clarificación de una normativa no suficientemente clara o incluso con silencios clamorosos. Sin pretender efectuar una enumeración exhaustiva de estos pronunciamientos del Tribunal Supremo, destacaría sobre todo los siguientes: la necesidad de contratar indefinidamente a la empresas auxiliares que efectúan contrata y subcontratas de obras y servicios para atender a necesidades permanentes de la empresa principal<sup>15</sup>; la determinación del convenio colectivo aplicable a las contrata y subcontratas de obra y servicio, particularmente cuando se trata de empresas multiservicio<sup>16</sup>; la imposibilidad de utilización del antiguo contrato de interinidad para atender a las necesidades de empleo derivadas de las ausencias por vacaciones<sup>17</sup>.

## **2 EL ACUERDO SOCIAL COMO MARCO REFERENCIAL: LUCES Y SOMBRAS**

Un valor decisivo ha tenido el hecho de que finalmente, tras un largo proceso de muchos meses, de desarrollo de un proceso de concertación social entre el Gobierno, las organizaciones sindicales más representativas y las asociaciones empresariales igualmente más representativas a nivel estatal, se haya logrado un pleno Acuerdo Social de reforma laboral. El resultado contrasta con el método de elaboración de la reforma laboral precedente de 2012, en el que hubo ausencia total de proceso de concertación social, al mismo tiempo que se desarrolla en coherencia con una práctica de intensa concertación social durante toda la presente legislatura.

A estos efectos, la influencia de las prácticas extendidas y consolidadas a lo largo de la presente legislatura ha permitido que se logre un resultado difícilmente previsible en otro escenario. Una vez más, en este contexto, ha impulsado notablemente el desarrollo de la concertación la sorprendente fluidez de la concertación durante la pandemia, que ha desembocado en un elevadísimo número de acuerdos, ciertamente más fáciles de lograr aquellos que han tenido carácter coyuntural para hacer frente a las limitaciones a la movilidad para hacer frente a la emergencia sanitaria, pero, mucho más trascendentes y, por

<sup>15</sup> STS 29 de diciembre de 2020, rec. 240/2018, ECLI:ES:TS:2020:4383.

<sup>16</sup> SSTS 22 de febrero de 2019, rec. 237/2017, ECLI:ES:TS:2019:713; 11 de junio de 2020, rec. 9/2019, ECLI:ES:TS:2020:1957.

<sup>17</sup> SSTS 30 de octubre de 2019, rec. 1070/2017, ECLI:ES:TS:2019:3733; 19 de enero de 2022, rec. 3873, ECLI:ES:TS:2022:224. F. Navarro Nieto, El contrato temporal de sustitución, *Temas Laborales* 161 (2022), pgs. 133 ss.

ello, dignos de valorar positivamente, en medidas que han tenido carácter estructural, como han sido las relativas al trabajo a distancia y la presunción de laboralidad de los *riders*.

De no haber estos precedentes que, con seguridad, han ido creando cierta complicidad entre los interlocutores sociales, hubiera sido mucho más difícil acometer un proceso de concertación de mayor envergadura como ha sido la reforma laboral de 2021. Sin desconocer, por supuesto, lo ya indicado respecto de los impulsos que en la misma línea provenían de las instituciones europeas.

El resultado final no puede sino valorarse de manera positiva, porque en el mismo confluyen todos los valores positivos que presenta un acuerdo social de esta naturaleza, tanto desde la perspectiva de la legitimación reforzada que recibe la reforma, como las expectativas de que su implementación práctica por parte de todos sus protagonistas se lleve a cabo de manera más efectiva y sin mayores resistencias. A estos efectos, su posible desarrollo a través de la negociación colectiva se encontrará más allanado, así como su puesta en práctica cotidiana debería presentar menores dificultades. Se produce un claro intercambio de intereses, especialmente entre representantes de los trabajadores y empresarios, los unos introduciendo en la norma aspiraciones tradicionales de corrección de las distorsiones provocadas por la reforma de 2012, los otros manteniendo elementos de flexibilidad presentes en nuestra normativa laboral que consideran claves para la gestión empresarial frente a escenarios cambiantes.

Incluso en ello se encuentra presente un cierto compromiso implícito de aceptación del resultado final de equilibrio de intereses mencionados, en el sentido de que las partes, cuando menos, abren un paréntesis en la reclamación de nuevos cambios en otras materias que, por ahora, han sido aplazadas. Eso sí, ese compromiso implícito es limitado en el tiempo y se basa en la pervivencia de las circunstancias políticas y económicas actualmente determinantes de lo que ha sido la actual reforma. Dicho en sentido contrario, no existe un estricto compromiso de mantener aspiraciones de reclamar otras reformas legales en el futuro, si bien se admite que no lo harán cuando menos durante el resto de la presente legislatura.

Más aún, ha de tenerse presente que las medidas adoptadas por consenso entre los interlocutores sociales quedan condicionadas a los efectos que produzcan realmente en nuestro mercado de trabajo a resultas de su aplicación práctica. No se trata de una mera aseveración de valoración personal del texto del acuerdo, sino resultado de manifestaciones explícitas que se encuentran en

su propio texto. Así, a título de ejemplo, cabe mencionar el establecimiento de una evaluación por parte del Gobierno de los resultados obtenidos en el logro del objetivo de reducción de la tasa de temporalidad al cabo de los tres años de vigencia de la reforma, con revisiones sucesivas bianuales; y, en concreto, que si resultado de esa evaluación se constata que no se avanza en el objetivo mencionado, el Gobierno elevará a la mesa de diálogo social una propuesta de medidas adicionales que permita un efectivo logro de la reducción de la tasa de temporalidad<sup>18</sup>.

En la misma línea cabe mencionar el compromiso de realizar un diagnóstico de la primera activación del mecanismo RED en su modalidad sectorial una vez transcurrido un año desde su primera activación, con específica previsión de que tal diagnóstico podría desembocar en “la necesidad de adoptar medidas en el ámbito laboral o de la Seguridad Social tendentes a favorecer la transición profesional de las personas trabajadoras que se vean afectadas por el mecanismo RED en el futuro”<sup>19</sup>.

El asunto siempre objeto de discusión, pero en esta ocasión especialmente presente y acentuado, es el relativo a la relación entre concertación social y poderes constitucionales normativos. Lo más debatido es la relación entre el resultado de un Acuerdo Social fruto de la concertación tripartita y el poder legislativo atribuido al Parlamento, pero no es lo único pues tampoco puede pasar inadvertido el engarce entre concertación social e iniciativa legislativa del poder ejecutivo.

Qué duda cabe de que el papel institucional asignado a las organizaciones sindicales y empresariales, por razones tanto históricas como de conformación de nuestro modelo de relaciones laborales, implica la necesaria participación en el proceso legislativo de las normas laborales y de protección social de los interlocutores sociales, sin que ello naturalmente pueda ir en detrimento del poder normativo atribuido a Gobierno y Parlamento. Un funcionamiento de enriquecimiento mutuo entre ambos territorios no debería ser conflictivo y posibilitar una relación de complementariedad entre uno y otro, de modo que se reconozca el papel que institucionalmente le deben corresponder a cada uno de sus protagonistas, en los términos constitucionalmente atribuido a todos ellos. Todo el proceso, en sus diferentes fases puede concebirse y desarrollarse en clave de beneficio positivo a favor de todos, incluso si se quiere en clave de juego de ganancia generalizada, bajo un modelo de “win to win”.

---

<sup>18</sup> Disp. adic. 24 ET, conforme a la redacción dada por el Real Decreto-ley 32/2021.

<sup>19</sup> Disp. adic. 1ª Real Decreto-Ley 32/2021.

En todo caso, incluso en un escenario de funcionamiento fluido de las diversas instituciones y sin necesidad de situarnos en un plano de conflictividad o confrontación entre las diversas instancias, convendría marcar los espacios que le corresponde a cada uno.

Así, por lo que refiere al desarrollo estricto de la concertación social, conviene tener presente que, por mucho que la misma busque la concertación social, los tres sujetos que actúan como sus protagonistas no pueden concebirse en un plano de estricta igualdad. En efecto, por mucho de que se trate de una negociación a tres, uno de ellos (el Gobierno) en ningún momento deja de desarrollar su papel de poder público, en tanto que los otros dos (organizaciones sindicales y empresariales) no pueden aspirar a asumir una condición cuasi-pública, en la medida en que el primero asume la defensa del interés general de la comunidad y los segundo intereses colectivos siempre parciales por muy extensos y relevantes que éstos sean. Ello sobre todo debe materializarse en el método de desarrollo del procedimiento y en el desenlace que debe estar presente en las negociaciones.

En particular, por lo que se debe al método de desarrollo del procedimiento, en todo caso debe corresponder al Gobierno la iniciativa de ponerlo en marcha, la identificación de las materias objeto de concertación e incluso la presentación de las propuestas de los contenidos a negociar. Hasta el momento presente, por la información de la que se dispone, parece que ello ha estado presente en todas las experiencias de concertación social vividas desde la implantación del actual modelo constitucional, si bien haya sido más o menos expreso o claro en los diferentes procesos vividos. Por lo que se refiere al desenlace, es obvio que un proceso de concertación en ningún momento debe comportar una renuncia al poder normativo del Gobierno y la necesidad de actuar sobre esa premisa; en particular, que el escenario de no acuerdo no debe restar capacidad regulativa al propio Gobierno. Esto otro a veces ha estado menos claro, incluso ha funcionado como premisa de actuación del poder ejecutivo en algunos supuestos, en esos términos comunicada en privado a los interlocutores sociales.

Como hecho más remarcable a estos efectos, me interesa destacar un elemento que en absoluto puede considerarse como secundario, ni meramente anecdótico, en lo que se refiere al grado de concreción de los Acuerdos Sociales derivados de la concertación y su conexión con la norma finalmente publicada en el Boletín Oficial del Estado. Me refiero a la circunstancia de que, con la evolución de las diferentes experiencias de concertación social, progresivamente ha ido desembocando en la presentación en las reuniones de concertación de documentos acabados, en los que se discute y pacta la redacción hasta su mínimo detalle de lo que, en su caso, debe ser el texto de la norma a publicar en

el BOE, de modo que, caso de que se logre el correspondiente Acuerdo Social, al Gobierno no le quepa otra labor que la de incorporar a la norma literalmente el texto de lo pactado. Este método ha alcanzado su máxima expresión en cada uno de los acuerdos sociales celebrados durante esta legislatura, presente en todos sus términos en el caso de la reforma laboral que venimos comentando de 2021.

Esta fórmula puede resultar comprensible desde la perspectiva de los riesgos que asumen los interlocutores sociales al estampar su firma en un determinado acuerdo social y, en particular, muestra el delicado equilibrio de intereses que se logran a través de un acuerdo de estas características, donde el matiz de la redacción de cada detalle acaba resultando clave para lograr el compromiso explícito de cada una de las organizaciones con lo que constituye el resultado final de la reforma laboral. El esfuerzo de búsqueda del consenso en estos casos por parte del Gobierno se redobra en su intensidad, proporciona mayor garantía posterior de apoyo de los tres protagonistas en la aprobación e implementación de su texto.

Pero igualmente, este método de trabajo tiene sus riesgos e inconvenientes. Ante todo, queda desvaído el papel que corresponde al Gobierno en esa relación triangular, donde insistimos no debe presentarse en términos de igualdad de posiciones. A pesar de las evidentes dificultades del logro del Acuerdo entre las partes, el Gobierno no debería hacer dejación del papel que le debería corresponder de trasladar al texto legal lo acordado con cierto margen de concreción, pues no nos enfrentamos a un proceso asimilable a lo que es propio de la negociación colectiva laboral. Cuando menos el Gobierno debería reservarse, algo que no se está produciendo en las últimas experiencias, una capacidad de perfeccionamiento técnico del acuerdo, valorar las posibles contradicciones de la redacción, evitar la inseguridad jurídica de algunas redacciones y, al final, evitar redacciones que resulten carentes de coherencia jurídica.

De no asumir el Gobierno este papel, el resultado es que en algunas ocasiones los textos se redactan en la clave contractual propia de los convenios colectivos, al extremo que, en algunos pasajes, en aras del acuerdo, se llega a utilizar una redacción confusa, que deja al final a los Tribunales un papel que va más allá de lo que le corresponde en su papel meramente interpretativo de aplicación de la norma al caso concreto. El hecho de que en algunos preceptos del Acuerdo Social alcanzado se haya redactado un precepto en una clave de dar satisfacción a todos los protagonistas de la concertación, de modo que cada uno lo pueda interpretar de modo opuesto al otro, debe tenerse en cuenta por quienes nos dedicamos a interpretar el texto legal, para ser conscientes de cuál es el origen de la contradicción presente en la norma, pudiendo ello llegar a resultar clave para interpretar con honestidad su redacción.

Más complejo en términos institucionales, desde la perspectiva constitucional, es el otro tipo de relación, la que procede entre el acuerdo social ya alcanzado y la necesaria posterior intervención del Parlamento como titular del poder legislativo en cualquier modelo democrático, claramente a la luz de nuestra Constitución. Naturalmente, una cosa son las prácticas políticas y parlamentarias, otra diferente es la respuesta constitucional cuando pueda emerger un conflicto a estos efectos.

Comenzando por lo segundo, hay consideraciones indiscutibles que nadie podría poner en duda, unas y otras complementarias, y de las que necesariamente ha de partirse. Primera, que cualquier reforma legal requiere la aprobación por parte del Parlamento o convalidación por parte del Congreso de los Diputados, lo que necesariamente requiere al final una votación de mayoría en su seno. Segunda, que los condicionantes del acuerdo social junto con la urgencia en la recepción de los fondos europeos como condicionalidad, pueden justificar que el Gobierno apruebe la norma a través de un Real Decreto-ley, que coloca al Congreso en una votación de simple convalidación, en clave de respuesta global positiva o negativa a la norma de urgencia aprobada por el ejecutivo. Tercera, que en esa tesitura, el Congreso de los Diputados es libre de acordar la conversión del Real Decreto-ley en una ley ordinaria, de modo que plenamente vigente la norma de urgencia se puedan introducir enmiendas de corrección al texto inicialmente convalidado. Cuarta, que la conversión en proyecto de ley en ciertas ocasiones se ha ofrecido por parte del Gobierno a ciertos grupos parlamentarios como contrapartida a su voto favorable a la convalidación del Real Decreto-ley, lo que entra dentro de las prácticas parlamentarias constitucionalmente correctas desde la perspectiva constitucional. Quinta, que la conversión en proyecto de ley ordinario no constituye un imperativo constitucional, de modo que resulta legítimo que, por diversas razones, ciertos grupos parlamentarios no consideren oportuna dicha conversión, que puede producir cambios no deseados. Sexta, que una votación con resultado de rechazo de la conversión en proyecto de ley no impide que los grupos parlamentarios que fuesen partidarios de dicha conversión, a la vista del resultado, puedan presentar proposiciones de ley, que, en términos prácticos, podrían funcionar como enmiendas que se habrían presentado en caso de haber prosperado la votación favorable a dicha conversión, con lo que sus facultades como parlamentarios no quedarían restringidas en ningún caso.

A la vista de los precedentes elementos de posible correcto funcionamiento de nuestro modelo parlamentario, no pueden desconocerse dos elementos contextuales presentes en el actual acuerdo social, que explican el resultado, con independencia de que, probablemente, no sea el ideal en clave parlamentaria. De un lado, debe tenerse muy presente la especialidad del presente acuerdo

social, donde para unos la clave de su apoyo se sitúa en los contenidos de lo que es objeto de reforma, mientras que, para otros, lo decisivo para su visto bueno se encuentra en los contenidos de la normativa hasta ahora vigente que perviven. Los unos no habrían estado conformes sin lo que tiene la reforma de novedosa, en tanto que los otros tampoco lo hubieran estado si la reforma hubiera alcanzado a otras materias

En definitiva, el equilibrio del acuerdo social era muy ajustado y completo, tanto por lo que contiene como por lo que omite; de ahí que, volviendo atrás, el método utilizado de redacción detallara lo que es objeto de la reforma. Así, en clave política, el Gobierno ha asumido un compromiso de que la reforma era la pactada, sin alterar, añadir ni quitar nada. De otro lado, no puede desconocerse tampoco la ausencia de una mayoría estable y garantizada en sede parlamentaria del Gobierno protagonista de la concertación, de modo que éste no podría controlar el devenir de un Real Decreto-ley convertido en proyecto de ley ordinario.

A la postre, debe tenerse presente que en este escenario, la actuación de los grupos parlamentarios, tanto en el momento de la convalidación como en el futuro de posible revisión de su contenido vía proyecto ordinario, no estaría presidida por un objetivo de perfeccionamiento del modelo laboral como de pretensiones de carácter político ajenas al diseño de nuestro sistema de relaciones laborales. El resultado final de todo esto, no es en modo alguno el más favorable a un modelo parlamentario de desarrollo pleno de su capacidad legislativa, pero, probablemente, ello encuentra raíces más profundas en la deriva que, por desgracia, estamos sufriendo en el funcionamiento de nuestro sistema político y no relacionado con el impacto de la concertación social en el *iter* legislativo.

### **3 UNA NUEVA LECTURA DE LAS EXPOSICIONES DE MOTIVOS EN LAS REFORMAS LABORALES**

A partir de las consideraciones precedentes, es como merece la pena también apuntar la significación de la exposición de motivos de la presente reforma laboral, pues la misma sólo puede comprenderse y, sobre todo, sólo puede acudir a ella como instrumento de clarificación del significado, alcance e interpretación del articulado del texto legal.

A la luz de lo dicho respecto del método de trabajo utilizado en el logro del acuerdo social, ahora lo que destaca es que lo único que es resultado de “cosecha propia” del Gobierno es lo contenido en la exposición de motivos, que

se redacta con posterioridad al cierre positivo del Acuerdo de concertación y sin intervención alguna por parte de los interlocutores sociales.

En esta exposición de motivos, como vienen a suceder en todas ellas, se pueden diferenciar tres contenidos distintos, de los que esencialmente sólo nos interesa en estos momentos detenernos en uno de ellos, que, a la postre, es el de mayor calado. En primer lugar, primer contenido en el que no nos vamos a detener, al tratarse de un Real Decreto-ley, la exposición de motivos procede a fundamentar el cumplimiento de los requisitos constitucionalmente exigidos para aprobar una norma de urgencia de estas características, con referencia expresa a la jurisprudencia constitucional establecida de forma consolidada a estos efectos.

En segundo lugar, segundo contenido en el que tampoco nos vamos a detener, la exposición de motivos procede a un resumen descriptivo del articulado de la norma, con una funcionalidad meramente facilitadora de su lectura. En tercer lugar, lo más relevante y lo que exige de un comentario específico, la exposición de motivos enmarca la reforma contenida en la norma en la situación general, se identifican los objetivos que se pretenden y se ofrece una lectura en clave interpretativa de la concreta redacción de su articulado.

Es esta última parte la que se suele utilizar en algunas ocasiones para una correcta exégesis de la norma, en la medida en que se considera que a través de la misma se expresa con mayor claridad la voluntad del legislador y eso en ocasiones permite la más acertada interpretación de pasajes del texto articulado que podría tener lecturas diversas, con interpretaciones de alcance bien diferente. Esta técnica hermenéutica no sólo es utilizada de manera recurrente por la doctrina, sino que incluso se encuentra en diversas ocasiones en sentencias dictadas por nuestros Tribunales. Todo ello nos parece plenamente correcto y entra dentro de la razonable actividad jurídica de interpretación normativa. Ello sirve de aval y proporciona en ciertas ocasiones mayor seguridad jurídica a ciertas interpretaciones legales y debe valorarse positivamente en sus justos términos.

Es a partir de las precedentes consideraciones desde la que debe tomarse en cuenta las especialidades presentes en esta reforma laboral, que, en gran medida, es algo común a todas las que son resultado de la concertación social, aunque es posible que, en esta ocasión, ello tenga consecuencias mayores. A tal efecto, hay que resaltar que, mientras que el texto articulado en toda su extensión es resultado de la concertación a tres, la exposición de motivos es el resultado exclusivo de lo que se encuentra en la mente del ejecutivo.

De este modo, casi que podría afirmar que en esta ocasión la exposición

de motivo solo refleja la voluntad de uno de los tres protagonistas de la reforma laboral, a pesar de la mayor importancia del ejecutivo en todo este proceso. Con ello no queremos decir que en estos casos la exposición de motivos carezca de todo valor y, en ningún caso, pueda utilizarse como instrumento de clarificación interpretativa, pero sí que no hay más remedio que hacerlo con mayores cautelas, pues, en alguno de sus pasajes, si se me permite la expresión coloquial de más fácil comprensión, se trata, a la postre, de un texto de parte.

En términos simplificadores, sin posibilidad de entrar en un análisis más de detalle, cabría resumir las dos claves con las que se debe trabajar con la exposición de motivos, cuando se trata de normas aprobadas como resultado de procesos de concertación social. En primer lugar, no puede desconocerse que la exposición de motivos, incluso en estos casos, mantiene su valor, en la medida en que ha sido el Gobierno quien ha venido presentando a los interlocutores sociales no solo las materias objeto de reforma sino los textos redactados de los artículos que presentan a su consideración y, por tanto, desde esa perspectiva, la iniciativa del ejecutivo tiene un valor de primer orden.

En segundo lugar, que la precedente labor debe efectuarse sin descartar que, en ocasiones, el Gobierno pudiera pretender una interpretación concreta de la norma ante la imposibilidad de lograr que los interlocutores sociales ofreciesen su apoyo a una redacción más clara en la línea de lo inicialmente pretendido por el Gobierno, pero no avalado por las partes sociales, y que ahora se pretende rescatar por la vía de la exposición de motivos.

Es a partir de las consideraciones realizadas en los tres apartados precedentes (contexto, valor de acuerdo social y lectura especial de la exposición de motivos), como se puede entrar en una valoración general del alcance de la reforma en sus tres aspectos clave: contratación temporal, regulación temporal de empleo y negociación colectiva.

## **4 UNA VOLUNTAD DE RECONDUCCIÓN INSTITUCIONAL DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL<sup>20</sup>**

### **4.1 La Irrelevancia de la Simplificación de Contratos**

Las novedades en materia de contratación, sin lugar a dudas, constituyen el contenido más novedoso y probablemente uno de los que puede tener un mayor impacto de alteración sobre la tradicional dualidad entre trabajadores

---

<sup>20</sup> Para la significación que se otorga aquí a esta expresión, cfr. Cruz Villalón (2016, p. 209 ss.).

temporales y trabajadores fijos, al menos si las medidas que en el mismo se contienen tienen efectos materiales más allá de las apariencias.

Eso sí, desde los primeros documentos de partida de elaboración de esta reforma se pone el acento en un objetivo de todo punto banal e irrelevante. Me refiero a la reiterada insistencia en diversos documentos, lo que se encuentra presente en la propia exposición de motivos, donde se reafirma que objetivo de partida en esta materia es el de la “simplificación de los contratos”. Se entiende que la referencia no lo es a la simplificación del régimen jurídico de los contratos, sino a la reducción de su número. Es cierto que la reforma procede en algunos casos a refundir o minorar el número de contratos: supresión de la modalidad de contratación temporal por obra o servicio determinados, eliminación de las dos variantes del fijo discontinuo que introducía más confusión que claridad, utilización del singular para referirse a las dos variantes del contrato formativo, el cambio de denominación de la nueva regulación del trabajo adscrito a contratos en el sector de la construcción.

Sin embargo, se trata de un aspecto de todo punto superficial, dado que la cuestión de fondo es la superación de la segmentación laboral derivada de la contratación temporal y, sobre todo, de la reconducción del uso institucional del contrato temporal a su utilización exclusivamente allá donde concurren auténticas circunstancias justificativas empresariales derivadas de necesidades productivas u organizativas, con el efecto deseable de reducción de las altas tasas de temporalidad.

A estos efectos, resulta de todo punto carente de influencia que haya un mayor o menor número de modalidades contractuales: la supresión de modalidades de contratación puede producirse sin por ello reducir las tasas de temporalidad, del mismo modo que la pervivencia del número de contratos en función del régimen jurídico que se establezca al efecto puede provocar una intensa reducción de la tasa de temporalidad. Más aún, una mala definición del alcance de las pocas causas de temporalidad existentes, sin medidas complementarias de reconducción, puede provocar un régimen más permisivo de la contratación temporal, del mismo modo que una delimitación precisa de las modalidades existentes podría producir efectos materiales de reducción de la tasa de temporalidad, que al final es lo que importa.

En el fondo de toda esta apelación a la simplificación lo que existe es un sencillo uso eufemístico de los términos, al extremo de que, en alguna ocasión, regulando una tradicional modalidad contractual no se le quiere dar este nombre, afirmando que se procede exclusivamente a regular su régimen

extintivo, como es lo que se hace en el sector de la construcción. Flaco favor se hace con ello, orientando el texto legal hacia aspectos meramente formales o terminológicos, lo que desvía de destacar la importancia que tiene esta reforma por las medidas de calado que con la misma se adoptan.

#### **4.2 La Pretensión de Reducción de las Tasas de Temporalidad**

Dejando por ello lo que tiene más de apariencia o superficial, creo que lo decisivo es entrar en lo que realmente resulta importante desde este punto de vista en la reforma, en términos de comprobar a través de que técnicas de intervención normativas o administrativas se pretende lograr que la temporalidad deje de tener atractivo para las empresas y, finalmente, se reduzca al máximo posible el uso abusivo de la misma contratando por esta vía para ocupar puestos permanentes en la empresa. A tal efecto, conviene partir del recordatorio de que muchas de las reformas previas formalmente han pretendido reducir la desmesurada temporalidad, si bien con muy escasos resultados, lo que ha provocado un elevado escepticismo de que otras reformas lo puedan lograr y, en particular, que lo pueda conseguir esta última de 2021.

Para situar el asunto en sus justos términos, debe destacarse que aquellas reformas de pasado siempre dejaron vías de escape al mantenimiento del uso abusivo de la temporalidad, aparte de que la levedad de las sanciones provocaba un cálculo de costes por parte de las empresas de los escasos riesgos por los excesos en la temporalidad, de modo que la conjunción de ambos factores facilitaba la pervivencia de la cultura empresarial de la temporalidad y, con ella, de la pervivencia de las altas tasas de temporalidad.

Frente a ello, la presente reforma, sin contener grandes originalidades ni fórmulas más ficticias que de contenido, sí que contiene elementos que van en la doble dirección de evitar las aludidas vías de escape, al tiempo que redobla las medidas sancionadoras.

En cuanto a lo primero, mencionaría las siguientes medidas: supresión de la posibilidad de celebración del contrato para obra o servicio determinados cuando se está atendiendo a necesidades habituales u ordinarias de la propia empresa, lo que incluye tanto a la propia empresa actuando como empleadora como también reafirmar el criterio jurisprudencial de que la duración del contrato civil, mercantil o administrativo en las contrataciones y subcontratas no puede justificar la contratación temporal cuando vía descentralización productiva se está atendiendo a necesidades de empleo permanentes por parte de la empresa

principal<sup>21</sup>, la extensión de las reglas de la conversión como fijos frente a las prácticas de contratación sucesiva de diversos trabajadores en un mismo puesto, el impedir que se acuda a la contratación temporal ante necesidades cíclicas que se impone su canalización a través de los fijos discontinuos (GORELLI HERNÁNDEZ, 2022, p. 217-252), el reforzamiento del perfil formativo de los contratos que atienden a esta denominación (GARRIDO PÉREZ, 2022, p. 67-106), la reducción de la posibilidad de que los convenios amplíen el uso de la temporalidad.

Todo ello, se concentra en una voluntad de que lo que se proyecta como el contrato temporal causal por excelencia, el nuevo contrato por circunstancias de la producción, sólo se pueda celebrar cuando efectivamente concurren causas empresariales que justifiquen esa contratación temporal (MORENO VIDA, 2022, p. 107-132). A pesar de que la definición de la causa justificativa en este caso resulte bastante tortuosa y no exenta de dificultad interpretativa, en la medida en que en su aplicación práctica y en su control judicial prime la clara voluntad legal de establecer un régimen de auténtica causalidad se podrán alcanzar los resultados prácticos de evitar los tradicionales abusos en la contratación temporal.

Desde el otro punto de vista, y complementariamente a los anterior, se adopta una serie de medidas por medio de las cuales se intensifican las sanciones frente a los incumplimientos que comporten contratación temporal abusiva, que esencialmente no pretenden tanto provocar un efecto sancionador generalizado, cuanto eliminar los cálculos de costes empresariales que de manera indirecta han venido permitiendo que se caiga en la tentación de asumir esos costes manteniendo el uso indebido de la temporalidad (IGARTUA MIRÓ, 2022, p. 253-282). Entre tales medidas cabe mencionar las siguientes. En primer lugar, la ampliación de la conversión de la condición de fijos de las situaciones de incumplimiento del conjunto de requisitos y límites a la contratación temporal, en lugar de la precedente vacua presunción de indefinidos de los contratos celebrados en fraude de ley que era algo obvio y sin novedad alguna respecto de las reglas de contratación civil; ello complementado por idéntica adquisición de la condición de fijos ante el incumplimiento del alta y Seguridad Social transcurrido el plazo permitido de celebración del período de prueba, sin permitir, como hasta ahora, la demostración en contrario del carácter temporal de las actividades o servicios contratados (art. 15.4 ET).

En segundo lugar, el perfeccionamiento de las reglas relativas al encadenamiento de contratos de trabajos, especialmente cuando afectan a

---

<sup>21</sup> STS 29 de diciembre de 2020, rec. 240/2018, ECLI:ES:TS:2020:4383.

diversos trabajadores en un mismo puesto de trabajo (RODRÍGUEZ RAMOS, 2022, p. 155-182). En tercer lugar, el establecimiento de una cotización adicional de Seguridad Social en el caso de contratos de duración determinada inferior a los 30 días<sup>22</sup>. En cuarto lugar, la consideración de una infracción diferenciada por cada una de las personas contratadas temporalmente en fraude de ley o incumpliendo la legalidad vigente, tanto si se trata de contrataciones directas por el empleador o a través de empresas de trabajo temporal<sup>23</sup>, a diferencia de lo que sucedía hasta el presente que se ponderaba como una única sanción por la práctica generalizada por una empresa de fórmulas de contratación abusiva. En quinto lugar, el incremento de la cuantía de las sanciones administrativas en estos casos<sup>24</sup>. La virtualidad de estas sanciones pecuniarias depende en gran medida de la actuación inspectora que se despliegue en los primeros momentos de puesta en práctica de la reforma en materia de contratación, pues de ello depende que la misma despliegue su papel efectivo profiláctico de percepción por parte de las empresas de que la actitud de la autoridad laboral a partir de ahora va a ser diferente en la persecución del fraude en la contratación temporal.

A tal efecto, ha de recordarse que durante períodos precedentes se ha extendido de forma muy generalizada la práctica inspectora de actuar más por la vía de negociación con las empresas de políticas de conversiones de temporales en indefinidos a la vista de prácticas indebidas que de actuaciones sancionadoras. Esta política inspectora ha constituido un arma de doble filo, por cuanto que no deja de ser cierto que, en muchos casos, ello ha tenido resultados muy positivos para los trabajadores beneficiados por las conversiones, pero, al propio tiempo, ha acabado jugando el efecto ya aludido de los cálculos de costes empresariales, sabedores de que el efecto negativo de una práctica de contratación temporal abusiva sólo le acarrea el riesgo de legalización de su conducta contractual indebida pero sin perjuicio por lo ya hecho; ni respecto de los empresarios que, finalmente, no resultaban inspeccionados. Posiblemente un cambio de criterio en las prácticas inspectoras a estos efectos en los momentos iniciales de la puesta en práctica de la reforma podría jugar como revulsivo para romper con la tradicional cultura de la temporalidad.

En esta línea de afianzamiento de la contratación fija, con paralela reducción de la temporalidad, se manda también un mensaje a las empresas de que la reforma les va a permitir medidas alternativas de flexibilidad de adaptación de las dimensiones de las plantillas ante situaciones de excedentes de personal

<sup>22</sup> Art. 151 de la Ley General de la Seguridad Social, conforme a la redacción dada por el art. 3 del Real Decreto-ley 32/2021.

<sup>23</sup> Arts. 7.2, 192.2, 19 bis. B, 19.ter 2 LISOS, conforme a la redacción dada por el art. 4 del Real Decreto-ley 32/2021.

<sup>24</sup> Art. 40.1 c bis de la LISOS, conforme a la redacción dada por el art. 4 del Real Decreto-ley 32/2021.

por la vía de facilitarles el uso generalizado de los expedientes temporales de regulación de empleo. De este modo, se pretende que la temporalidad se deje de utilizar como mero instrumento de corrección de los excedentes de personal ante crisis empresariales, canalizando esas situaciones por la vía de los ERTes y sin necesidad de tener de bolsas de temporales a estos efectos.

La propia exposición de motivo de la norma así lo apunta expresamente; como expresamente se indica en la misma,

la exitosa experiencia con dicho instrumento, hasta ahora muy poco utilizado en España, proporciona una base para avanzar hacia un mecanismo permanente, que garantice un marco de flexibilidad ante fluctuaciones de la demanda, alternativo a la alta temporalidad y a la elevada oscilación del empleo y que contribuya a la estabilidad laboral y económica.

En efecto, en la medida en que se materialicen los objetivos de centralidad de los ERTes ante situaciones de sobredimensionamiento temporal de las plantillas de la empresa no sólo los mismos se presentarán como instrumento alternativo de los despidos colectivos, sino también como alternativo al uso tradicional de la contratación temporal como mecanismo espurio de reestructuración empresarial.

#### **4.3 Difuminación de la Dualidad Temporales *versus* Fijos**

Para cerrar la valoración general de las novedades en materia de contratación, merece la pena destacar un cambio de cierta profundidad en la tipología dual con la que hasta el momento estamos acostumbrados a analizar esta materia y que, incluso, hemos empleado reiteradamente a lo largo de este apartado. En efecto, hasta ahora hemos venido dando por supuesto que es clara y sin espacios de confusión la distinción entre contratos temporales o de duración determinada, de un lado, y contratos indefinidos o de trabajadores fijos, de otro lado. De este modo, se entiende que se trata de una tipología dual alternativa y sin zonas grises, de modo que un trabajador o es temporal o es fijo en su relación contractual de vinculación a la empresa, sin que quepa ningún tipo de situación intermedia.

Frente a ello, estamos observando cómo progresivamente, bien lo sea por vía de interpretación jurisprudencial o a través de cierto tipo de reformas legislativas se pueden configurar fórmulas contractuales en las que las cosas

no son tan claras y empieza a no resultar tan fácil ubicarlas con claridad en un tipo u otro de los dos grandes tipos. Incluso ello conduce a dudar si lo que hasta el presente considerábamos como claros sinónimos comienzan a dejar de serlo, al menos a todos los efectos; me refiero al hecho de que siempre hemos considerado idéntico hablar como de contratos de duración determinada y contratos temporales, como, en paralelo, igualmente hemos venido a considerar como idéntico hablar de contratos indefinidos y de trabajadores fijos. A estas alturas, particularmente lo segundo ya no es tan claro. Y menos todavía, a partir de determinados cambios incorporados con ocasión de la reforma laboral de 2021.

Este fenómeno por el que en cierto modo se difumina la dualidad se produce con ocasión de la introducción en el ámbito del sector público de la categoría jurisprudencial de los “indefinidos no fijos”, posteriormente elevados a rango legal. Si mantuviésemos la consideración de que ambos términos tienen el carácter de sinónimos, afirmaríamos que la denominación efectuada respecto de esta categoría constituye una contradicción en los términos. En todo caso, lo más importante es el fondo de la cuestión, relativa a si esta categoría de los llamados “indefinidos no fijos” comienza a romper con la dualidad absoluta entre trabajadores temporales y fijos.

En un primer momento, por el régimen jurídico que le era atribuido a estos “indefinidos no fijos” cabría defender que materialmente no eran otra cosa que una situación más de trabajadores temporales, bastante próximos a la figura del antiguamente denominado como “interino”, ahora como contrato temporal para la sustitución. Sin embargo, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, posiblemente impulsado indirectamente por los criterios a este respecto del Tribunal de Luxemburgo, ha ido evolucionando progresivamente para separarlo de aquella modalidad y otorgándole una mayor protección jurídica frente a su extinción contractual.

Así, como ha venido a afirmar alguna sentencia reciente,

La figura del PINF (personal indefinido no fijo) ha tendido a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia la del personal fijo, sin perjuicio de que la plaza que ocupe (al margen del reflejo que ello posea en la RPT) deba ser objeto de amortización (previo cumplimiento de los trámites del despido objetivo o colectivo) o de convocatoria (abocando, en su caso, a la extinción indemnizada del contrato). Es necesario examinar tanto el motivo por el que se activaría la condición de PINF cuanto las tareas desempeñadas antes de resolver cada caso<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> STS 28 de enero de 2022, rec. 3781/2020, ECLI:ES:TS:2022:270.

En definitiva, sin poder entrar en mayores detalles en estos momentos, cabe detectar que en estos casos ya no nos resulta suficiente la dualidad temporal/fijo, de modo que empiezan a detectarse situaciones intermedias, que no casan plenamente ni entre los unos ni entre los otros.

Precisamente en esa línea de difuminar la diferenciación entre fijo y temporal se presentan algunas de las novedades contempladas en la reforma laboral de 2021.

La más significativa al efecto es la nueva regulación los contratos adscritos a obra celebrados en el ámbito de las empresas del sector de la construcción, que viene a sustituir al precedente contrato “fijo de obra”<sup>26</sup>. Se trata de una regulación nada fácil de describir jurídicamente siguiendo las denominaciones y calificaciones jurídicas empleadas por el legislador, por cuanto que muchas de ellas están plagadas de eufemismo que conviene superar para comprender lo que constituye la regulación sustancial de la misma.

A tal efecto, resulta imprescindible señalar que el título del precepto da a entender que se centra exclusivamente en la regulación de la extinción de estos contratos, cuando en realidad está contemplando una modalidad contractual específica, aunque lo sea sólo con unas pocas especialidades; califica al contrato como “indefinido” cuando cabe deducir que no se trata de un “indefinido” en el sentido tradicional del término, pues el trabajador no se encuentra adscrito a una “empresa” de manera estable como el personal de estructura sino al devenir de la obra, lo que induce más a pensar que se aproxima a una variante del contrato para “obra determinada”, pues la conclusión de la obra puede constituir una causa justificada de extinción del contrato. Se califica de extinción del contrato por “causa inherente a la persona trabajadora” lo que realmente se presenta como una causa productiva empresarial de no poder ofrecerle ocupación en otra obra de la misma empresa.

A mayor abundamiento, por ejemplo, se prevé el derecho a percibir una indemnización por parte del trabajador en caso de extinción por propia voluntad del contrato sin necesidad de alegar causa, a semejanza de lo que sucede con los contratos temporales y a diferencia del régimen general de la dimisión; o bien, que en estos supuestos extintivos el trabajador se encuentra en situación legal de desempleo que le da derecho a la percepción de la prestación contributiva de la Seguridad Social a pesar de que la extinción se voluntaria y acausal<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Disp. adic. 3ª de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, conforme a la redacción dada por el art. 2 del Real Decreto-ley 32/2021. Calvo Gallego (2022, p. 183 ss.)

<sup>27</sup> Art. 267.1 a 3º LGSS, conforme a la redacción dada por el art. 3 del Real Decreto-ley 32/2021.

En definitiva, hay elementos que indican que este trabajador realmente no tiene en el sentido propio del término la condición de fijo de la empresa, por cuanto que se trata de contratos para los que se prevé una causa específica de extinción del contrato, vinculada a la actividad de la empresa y predeterminada en el propio contrato de trabajo. En puridad, si el trabajador está vinculado a una concreta y específica obra, y así se debe reflejar en el contrato que celebre el trabajador con la empresa o, por ser más precisos, vinculados a las obras de una provincia, con las categorías clásicas afirmaríamos que se trata de un contrato de duración determinada en el sentido estricto del término y si se le califica de “indefinido” es con vistas a eludir la conversión de estos trabajadores en fijos a todos los efectos a resultas de la aplicación de la regla del encadenamiento de los contratos, que es claro que por implícito designio del legislador no resulta de aplicación en estos casos.

Circunstancia esta última que no dejará de provocar debate acerca de si la fórmula legal adoptada es acorde con la Directiva sobre contratos de duración determinada y con la específica jurisprudencia dictada recientemente<sup>28</sup>; se trata de un debate ciertamente complejo y en el que no podemos entrar en estos momentos porque requiere de una exposición muy detenida para marcar postura al efecto. A tal efecto, seguirá manteniendo todo su sentido la diferencia que se establece en el convenio colectivo general del sector de la construcción entre contrato “fijo de plantilla” (art. 23) contrato “fijo de obra” (art. 24), este último ahora sustituido por el “indefinido” adscrito a obra.

Eso sí, la descripción de la figura contractual no puede cerrarse aquí, por cuanto que, al propio tiempo, aparecen en la regulación otros elementos, que la apartan de los rasgos prototípicos de los contratos temporales; elementos adicionales que, con seguridad, pretenden incrementar la estabilidad en el empleo de estos contratos, favorecer la continuidad contractual más allá de la vinculación del trabajador a la obra a la que inicialmente se encuentra adscrito.

Esa es precisamente la funcionalidad de fomento de la estabilidad en el empleo que se le pretende proporcionar a estos contratos con el deber de recolocación del trabajador en otras obras de la empresa en la misma provincia, eso sí siempre que ello sea técnicamente posible, incluso favorecerlo a través de fórmulas de recualificación profesional del trabajador.

En los mismos términos, se pretende que juegue el derecho del trabajador a percibir una indemnización por finalización de la obra, como incentivo indirecto a la continuidad, estableciéndose una indemnización superior a la prevista en el

<sup>28</sup> STJUE de 24 de junio de 2021, asunto C-550/19, EV, Obras y Servicios Públicos y Acciona Agua SA, ECLI:EU:C:2021:514.

Estatuto de los Trabajadores para las extinciones de los contratos temporales, incluso superando casi siempre a la prevista para los despidos procedentes por causas objetivas. En otros términos, se trata desde la perspectiva indemnizatoria a la extinción como si se tratase de un despido objetivo de un trabajador fijo. Incluso la causa justificativa de la extinción (la ausencia de empleo en otras obras de la provincia) se asimila en gran medida a una causa productiva de un despido objetivo.

En suma, todo lo anterior nos orienta a la posibilidad de parafrasear, por similitud, la expresión del supuesto anterior por parte de la jurisprudencia en el ámbito del empleo público, para afirmar que nos encontramos ante una nueva expresión del “indefinido no fijo”, si bien lo sea para atender a una realidad bien diferente y con un régimen jurídico diferenciado. En todo caso, se valore como se valore, lo cierto es que la voluntad del legislador es clara en el sentido de la búsqueda de la mayor estabilidad en el empleo dentro del sector de la construcción, más allá de la naturaleza jurídica estricta que le atribuyamos a esta modalidad contractual.

Otro ejemplo en esta misma línea de situación intermedia, superadora de la dualidad temporal/fijo, se podría encontrar en la variante prevista para los fijos discontinuos cuando se celebra para atender a prestaciones de carácter “intermitente”. Si bien la norma no precisa con claridad a qué tipo de situaciones se está refiriendo, bastante se puede deducir por vía de exclusión.

Ante todo, viene a considerar que se trata de atender a actividades que no son las típicas de los fijos discontinuos, pues no se trata de atender a necesidades “cíclicas” en la empresa, pues no van relacionadas ni con actividades de naturaleza “estacional” ni “temporada”. Más aún, puede incluso que se trate de actividades “indeterminadas” en cuanto a su período de ejecución. Aunque esto último podría tener que corregirse, en la medida en que se exige que en el contrato debe figurar la duración del período de actividad, la jornada y su distribución horaria, inmediatamente a continuación el propio legislador se corrige cuando permite que su concreción se pueda realizar en el momento del llamamiento (art. 16.2 ET). Lo relevante desde la perspectiva que estamos comentando aquí es que por esa vía de contratar al trabajador para actividades “intermitentes”; materialmente la situación se asimila a una suerte de acumulación de necesidades temporales por causas de producción o de sustitución sucesivas, que se canaliza a través de un único contrato de trabajo de “fijo-discontinuo”; más aún, que esa forma de intermitencia en períodos “indeterminados” de ejecución nos podría conducir a la presencia de un a modo de contrato de trabajo a llamada.

Al final, sea cual sea la naturaleza jurídica de este contrato y con independencia de que formalmente se le califique como modalidad de “fijo”, en términos prácticos responde de nuevo a una realidad que se encuentra a caballo entre la auténtica fijeza y la estricta temporalidad.

Un tercer ejemplo por el que se difumina la diferencia entre temporales y fijos se podría localizar en la modificación prevista para la contratación laboral por parte de las empresas de trabajo temporal. La novedad principal se encuentra en la previsión de que las empresas de trabajo temporal pueden celebrar con los trabajadores cedidos un contrato “fijo-discontinuo” para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de varias empresas<sup>29</sup>. En estos casos, el ámbito de actuación de las empresas de trabajo temporal se mantiene en el estricto ámbito de causas productivas o de sustitución que determinan necesidades temporales de diversas empresas usuarias y, por tanto, las puestas a disposición de los trabajadores cedidos conectan siempre con causas temporales.

De este modo, se trata de un “fijo-discontinuo” no en el sentido propio del término porque no se le contrata para atender a necesidades cíclicas, estacionales o de temporada, sino un a modo de acumulación de diversos contratos temporales, insistimos justificado por una causa de temporalidad diferenciada para cada puesta a disposición a diferentes empresas usuarias. Dicho de otro modo, se trata encargos de trabajos temporales sucesivos, que se cubren bajo la formalidad de un único contrato, que pretender ser fijo pero que no lo es realmente. Y no lo es, por cuanto que no se contempla una garantía de puesta a disposición sucesiva, ni, por tanto, una garantía de empleo continuada en el tiempo, más allá de una genérica remisión a la negociación colectiva para que pueda contemplarla.

De este modo, bajo una fórmula de aparente contratación fija se establece un mecanismo de contrataciones temporales sucesivas. Eso sí, superando la dualidad formal entre fijo y temporal, la regulación una vez más, pretende establecer un mecanismo indirecto que, en la práctica, proporcione una mayor continuidad en el empleo de estos trabajadores y, por ende, favorecer una menor rotación en el mercado de trabajo de estos empleados temporales. Y, en definitiva, diseñar una fórmula contractual que no puede responder al modelo prototípico dual entre temporales y fijos.

---

<sup>29</sup> Art. 10.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de empresas de trabajo temporal, conforme a la redacción dada por la disp. final 1ª del Real Decreto-ley 32/2021.

#### **4.4 La Clave Final de la Ampliación de la Duración Media de los Contratos**

A la vista de todo esto, probablemente a partir de ahora tendremos que proceder a efectuar un diagnóstico y evaluación más complejo de la situación de la contratación laboral desde la perspectiva estadística, por cuanto que no cabe que por el simple expediente de calificar como “indefinidos” a los supuestos anteriores (indefinidos no fijos en el empleo público, cierto tipo de fijos discontinuos de carácter intermitente, trabajadores adscritos a obra y trabajadores contratados por las empresas de trabajo temporal para puestas a disposición sucesivas a varias empresas) los situemos dentro de la categoría de los trabajadores fijos.

Ello podría provocar una ficción de incremento de los contratados como fijos, que no son tales. Pero tampoco se les va a poder identificar como meros trabajadores temporales, si después se demuestra que su situación real es la de una continuidad práctica en el empleo, con dosis superiores de estabilidad en el empleo. Del mismo modo, en términos más amplios, se deberá proceder a analizar la duración media de ocupación efectiva a lo largo de un año de un trabajador fijo-discontinuo a partir de ahora, así como la pervivencia en el tiempo de los nuevos contratos por tiempo indefinido.

En definitiva, al final la clave a los efectos de una evaluación certera de los resultados de la reforma laboral de 2021, tras un tiempo razonable de puesta en vigor, los tres años previsto por la propia norma de urgencia, será el incremento o no en la estabilidad efectiva y material en el empleo de la población ocupada. En definitiva, los datos clave serán más el posible incremento en la duración media de los contratos en el conjunto de nuestro mercado de trabajo, unido a los porcentajes de rotación laboral en el empleo, más allá de lo que con el tiempo puede convertirse en algo más superficial del porcentaje de temporales y el porcentaje de indefinidos en nuestro mercado de trabajo. En resumen, la tasa de temporalidad con esta complejidad de modalidades de contratación, especialmente el número de contratos temporales o fijos registrados, se va a convertir en un dato de muy primera aproximación respecto de la evolución de la estabilidad en el empleo, adquiriendo un valor mucho más decisivo la duración media de los contratos y los porcentajes de rotación laboral.

## **5 LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO COMO MEDIDA CENTRAL DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL: EL SISTEMA RED**

### **5.1 Ámbito del Sistema y Finalidad**

Uno de los objetivos centrales de la reforma laboral de 2021 es el de situar los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTEs) como los protagonistas por excelencia de los procesos de reestructuración empresarial, desplazando a los despidos colectivos a un papel secundario o de última alternativa. Cada institución laboral constituye una pieza de un puzzle completo, de modo que mover ficha en una institución puede arrinconar el espacio de otra que no se modifica. Esto es lo que puede suceder con el impulso decisivo a los ERTEs, que pretenden convertirse en el instrumento por antonomasia para afrontar los escenarios individualizados o generalizados de crisis empresariales futuras. Esta centralidad de los ERTEs se pretende con un reforzamiento de los tradicionales (art. 47 ET) (VILA TIERNO; ÁLVAREZ CORTÉS, 2022, p. 281-304), pero sobre todo con la creación del sistema RED de regulación temporal de empleo (art. 47 bis ET) (MONEREO PÉREZ; ORTEGA LOZANO, 2022, p. 305-334).

La experiencia acumulada y los resultados positivos provocados por el uso generalizado de los ERTEs con ocasión de la pandemia han extendido la idea de que era oportuno establecer un mecanismo potente y de presencia permanente en nuestro modelo institucional de respuesta a situaciones globales de excedentes de empleo que se vislumbran como de carácter temporal. Baste señalar que con ocasión de la crisis económica de hace ya más de un año el uso de los procedimientos ERTEs fue muy escaso (34.000 frente a la destrucción de empleo de más de tres millones), durante la pandemia se invirtió el modelo con un elevadísimo uso de los ERTEs (3,4 millones frente a un empleo destruido que apenas superó el medio millón y con celeridad fue recuperado). Ello es precisamente lo que se ha pretendido con la introducción del mecanismo RED calificado oficialmente como de “flexibilidad y estabilización del empleo”.

Con independencia de que hasta el presente las situaciones de sobredimensionamiento empresariales de empleo se podían deber a un escenario económico más amplio de carácter sectorial o macroeconómico general, los procedimientos de reestructuraciones empresariales (fuesen de modificación de condiciones, de descuelgue de convenios colectivos, de transmisión de empresa,

de suspensión contractual o de despidos colectivos) eran objeto de actuación aislada respecto de cada empresa individualmente considerada.

Manteniéndose este procedimiento de actuación concreta en cada empresa respecto de sus particulares situaciones de empleo, vía también regulación temporal de empleo, que ahora denominaremos ordinaria (art. 47 ET), lo que de novedoso tiene el mecanismo RED es que parte de actuar sobre cada empresa a partir de una previa situación más generalizada, global en el ámbito de un sector productivo o general del conjunto de la actividad económica, que es, a la postre, la determinante de la necesidad de adoptar medidas de reestructuración en cada empresa. Así pues, el elemento determinante del sobredimensionamiento del empleo empresarial no se debe a circunstancias intrínsecas y propias de cada empresa, sino del contexto general (sectorial o macroeconómico) en el que se desenvuelven éstas.

En estos términos, este sistema pretende, bajo una primera modalidad, hacer frente a los momentos depresivos del ciclo económico que, en términos de crisis económica general, provoquen dificultades empresariales que, a su vez, supongan escenarios de excedentes de personal en las diferentes empresas afectadas por ese panorama macroeconómico negativo. Al propio tiempo, de forma complementaria, bajo una segunda modalidad, se pretende hacer frente a procesos de lo que en el pasado denominaríamos “reconversión industrial”, en el sentido de que se trata de atender a escenarios de necesidad de reestructuración global de un concreto sector productivo o varios de ellos, que requieran de procesos de reciclaje profesional de los trabajadores integrados en dichos sectores, pero sin perspectivas de continuidad de sus empleos de no proceder a estos procesos de recualificación profesional.

Conviene llamar la atención sobre el hecho de que respecto de esta otra modalidad se atiende a situaciones en las que se aprecien cambios “permanentes”, en términos tales que, incluso para panoramas de claro sesgo estructural y no meramente coyuntural, se pretende el uso de los mecanismos de regulación temporal de empleo, por cuanto que se estima que los mismos pueden ser suficientes para superar la situación de dificultad de empleo que se constata. En definitiva, mientras que en el pasado los ERTEs, como medida temporal sólo se podían utilizar para hacer frente a causas de naturaleza igualmente temporal, ahora también se busca que ocupen situaciones de dificultad estructural derivadas de cambios que se califican expresamente de permanentes.

A diferencia de lo que se exige expresamente como novedoso respecto de los ERTEs ordinarios, en el sentido de que la causa concurrente justificativa

sea de carácter “temporal” (art. 47.1 ET), ello no se viene a exigir para la causa justificativa de los expedientes del mecanismo RED, sin perjuicio de que las medidas a adoptar sí que tienen que tener un carácter temporal.

Por otra parte, por la propia definición de ambas modalidades y a la vista de lo que se indicará posteriormente sobre el proceso de activación del procedimiento, implícitamente se da a entender que, en todo caso, estaremos ante escenarios que afectan territorialmente a todo el país, no concebibles como circunscritos a ámbitos territoriales específicos, en particular limitado a una concreta Comunidad Autónoma. Respecto de la segunda de las modalidades puede suceder en la práctica que el sector que provoca la activación del mecanismo tenga impacto sobre un concreto territorio, a resultas de que la implantación de las empresas de ese sector lo sea sobre un ámbito geográfico concreto, pero sin que formalmente la activación pueda proceder a efectuar de manera directa este tipo de limitaciones territoriales.

A partir de todo lo anterior, como conclusión principal a estos efectos, en ambas modalidades se trata de típicos escenarios que, en el pasado, de forma generalizada en la práctica, se afrontaban con medidas más traumáticas desde la perspectiva del empleo, pues se gestionaban en nuestro sistema laboral de manera generalizada a través de despidos colectivos. Precisamente por ello, sin necesidad de importantes alteraciones de las definiciones de las causas justificativas tanto de los despidos colectivos como de las suspensiones contractuales y reducciones de jornadas, el mecanismo RED pretende presentarse como alternativo a los despidos, por cuanto que, de un lado, abarca escenarios que en el pasado sólo se proyectaban responder con extinciones contractuales, al tiempo que, de otro lado, se ofrecen ventajas económicas comparativas a las empresas, en términos tales que para las mismas resulte más atractivo el mecanismo RED que el tradicional de los despidos.

Incluso, como ya indicamos con anterioridad, la exposición de motivos de la norma afirma que con ello se pretende establecer un sistema de adaptación de las dimensiones de la empresa a los cambios de ciclo económico que favorezca por vía indirecta la reducción de las tasas de temporalidad, en la medida en que la temporalidad deje de emplearse como bolsa de contratación para hacer frente a los escenarios de excedentes de plantillas en las empresas.

Desde esta perspectiva se pretende atender a situaciones que pueden tener el carácter de permanentes, especialmente por lo que afecta a la modalidad sectorial, el asunto a mi juicio que debería haberse atendido con mayor desarrollo y atención es que los procesos de recualificación profesional pueden

ir dirigidos también a que los trabajadores afectados puedan ocupar puestos de trabajo en otras empresas o ámbitos de actividad, como expresamente así indica la exposición de motivos de la norma. En estos casos, el mecanismo de regulación temporal de empleo desembocaría en un proceso que iría más allá de la llamada “flexibilidad interna” para situarse en el terreno de la recolocación de los trabajadores.

Hubiera sido oportuno que la norma contemplase medidas de acompañamiento a tales procesos de recolocación, incluso que hubiera previsto los efectos precisos de los mismos en cuanto al correspondiente procedimiento de extinción contractual y los costes que ello supondría para las empresas. En parte, ello podría ser corregido con el sucesivo desarrollo reglamentario de este mecanismo RED.

Podría incluso que las dificultades de reincorporación a la empresa de los trabajadores suspendidos en estos casos esté subyaciendo en la previsión de evaluación contemplada en propia norma, cuando contempla que, transcurrido un año desde la primera activación del Mecanismo RED en su modalidad sectorial, el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, estudiadas las circunstancias en que se encuentren el empleo y el tejido productivo de los sectores afectados por el Mecanismo RED, analizarán la necesidad de adoptar medidas en el ámbito laboral o de la Seguridad Social tendentes a favorecer la transición profesional de las personas trabajadoras que se vean afectadas por el Mecanismo RED en el futuro<sup>30</sup>.

En todo caso, conviene realizar dos advertencias de matiz a lo anterior. Primera aclaración, no todas las situaciones generalizadas de sobredimensionamiento del empleo, por tanto, derivadas de un escenario no externo de la empresa, se van a canalizar por este sistema RED, por cuanto que algunos casos van a permanecer en el ámbito de los ERTEs ordinarios, al ser calificados como causa de fuerza mayor. En concreto, no se canalizan por el sistema RED, sino por el ordinario, la situación determinada por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública (art. 47.6 ET). A estas últimas habría que añadir las situaciones de emergencia a efectos de protección civil<sup>31</sup>. Ello es comprensible porque en estos casos de ‘factum principis’ ya hay una declaración de la autoridad pública que hace innecesario el procedimiento previo del mecanismo RED que analizaremos a continuación.

<sup>30</sup> Disp. adic. 1ª Real Decreto-ley 32/2021.

<sup>31</sup> Art. 24.2 Ley 17/2015, de 9 de julio, BOE 10 de enero de 2016.

Segunda aclaración, el procedimiento de regulación temporal de empleo no excluye que, incluso tras las posibles prórrogas previstas legalmente, no se enderece el panorama del empleo y no haya más remedio que acudir a las medidas extintivas. A estos efectos, considero que mantiene su virtualidad la jurisprudencia que considera que posteriormente es posible poner en marcha un procedimiento de despido colectivo u objetivo, en base a la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada para el ERTE, o bien tratándose de la misma causa ante un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron dicho ERTE<sup>32</sup>.

Eso sí, desde el punto de vista finalista de la reforma de 2021, sería necesario corregir la jurisprudencia precedente que desde la reforma de 2012 venía entendiendo que, en la medida en que se definen de modo idéntico las causas de despido y las de suspensión, interpreta que el empresario es el que debe decidir si procede acudir a medidas extintivas o meramente suspensivas, quedando a la exclusiva decisión empresarial decidir si está en presencia de una situación que exige un tipo u otro de medida, de forma tal que el acudir a un despido o a una suspensión viene a traducirse en un juicio de “oportunidad”.

A mi juicio, frente a ello, a partir de la reforma de 2021 ya no debe ser así, por cuanto que el diseño del legislador es que ante situaciones de dificultad coyuntural necesariamente se debe acudir a los ERTEs y no acabe hacer uso de los despidos. Avalaría esta interpretación el hecho de que expresamente la exposición de motivos de la norma contempla las medidas de regulación temporal de empleo “como fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones”.

## 5.2 Procedimiento y Causas Justificativas

A pesar de que, tal como hemos dicho, se establece un sistema institucional de carácter permanente a diferencia de los ERTEs Covid, el mecanismo RED requiere de una apertura que provoque su puesta en marcha a resultas del surgimiento de cada situación sobrevenida de coyuntura macroeconómica general o sectorial global. De este modo, cada activación del mecanismo RED requiere de un específico acuerdo del Consejo de Ministros. De este modo, mientras que en todo caso se requiere este expreso acuerdo del Consejo de Ministros, el sistema se encuentra ya predeterminado, de modo que no requiere de la aprobación de un Real Decreto-ley específico, como ha sucedido con ocasión de la pandemia.

<sup>32</sup> STS 17 de julio de 2014, rec. 32/2014, ECLI:ES:TS:2014:4131; 12 marzo 2014, rec. 673/2013, ECLI:ES:TS:2014:1390; 16 de abril de 2014, rec. 57/2013; 18 de marzo de 2014, rec. 125/2013, ECLI:ES:TS:2014:2067; STS 16 de diciembre de 2021, rec. 210/2021, ECLI:ES:TS:2021:4793.

La declaración del Gobierno de activación del mecanismo no implica con automaticidad que en todas las empresas que soliciten acogerse al mismo concurren las causas justificativas previstas para adopción de las medidas de regulación temporal. El acuerdo gubernamental de activación constituye un presupuesto inexcusable, pero sucesivamente se debe poner en marcha un expediente administrativo específico para cada empresa que solicite acogerse a la medida, de modo que en la correspondiente iniciativa empresarial se deberá aportar la justificación de que la situación determinante de la activación ha provocado en la concreta empresa una típica causa económica, técnica, organizativa o productiva justificativa de las medidas que se proponen y de su proporcionalidad.

En estos casos, además del habitual procedimiento de consultas con vistas a lograr un acuerdo con los representantes de los trabajadores, se requiere de una autorización administrativa por parte de la autoridad laboral, que será automática en el caso de que las consultas con los representantes concluyan con acuerdo y, caso contrario, deberá entrar en el análisis de la justificación de las medidas propuesta procediendo a estimar o desestimar la solicitud empresarial. De este modo, frente a la tendencia progresiva a la supresión de la intervención de la autoridad laboral en clave de exigencia de autorización administrativa, la reforma amplía la exigencia de esta autorización para estas situaciones de dificultad por causas empresariales más allá de la estricta fuerza mayor.

En cuanto al resto de la tramitación administrativa, el procedimiento se somete al régimen general de los ERTes ordinarios, especialmente a los que lo son por fuerza mayor; en todo caso, habrá que estar en este punto al desarrollo reglamentario del procedimiento administrativo pendiente de aprobación. Eso sí, aunque no se diga expresamente, a diferencia del ERTE por fuerza mayor, cabe interpretar que las posibles prórrogas de la medida en estos casos no requieren de nueva autorización administrativa de las medidas, bastando con la mera comunicación a la autoridad laboral, pues se efectúa una remisión al apartado 4 y no al apartado 6 del art. 47 ET.

### **5.3 Régimen de las Reducciones de Jornada y Suspensiones Contractuales**

La regulación temporal de empleo consistirá básicamente en una reducción de jornada en los porcentajes establecidos en la regulación precedente y/o en la suspensión de los contratos de trabajo, otorgándose prioridad en la medida en que ello sea viable a la reducción frente a la suspensión. A estos efectos

se aplica sin mayores especialidades el tratamiento suspensivo o de reducción previsto para los ERTEs ordinarios. Destacar, eso sí, como novedades comunes, igualmente derivada de la experiencia Covid, la flexibilidad en los procesos progresivos de desafectación y afectación en función de las alteraciones de las circunstancias, así como la prohibición (con excepciones justificadas) durante el periodo de regulación de empleo de realización de horas extraordinarias, establecer nuevas externalizaciones de la actividad ni concertarse nuevas contrataciones laborales; ello perfeccionado por la vía de la correspondiente tipificación como infracción administrativa de los posibles incumplimientos a tal prohibición.

Especial atención se presta al desarrollo de las acciones formativas de los trabajadores afectados, de especial trascendencia cuando se trate de puesta en marcha del mecanismo RED por circunstancias específicas en un sector que generen necesidades de recualificación y de transición profesional. En particular, a todos los beneficiarios del mecanismo RED se les considerará como colectivo prioritario a efectos de acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo, al mismo tiempo que las empresas tendrán derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en este ámbito.

Una de las singularidades más significativas en la situación de los trabajadores afectados desde la perspectiva de su protección social para hacer frente a la reducción retributiva que sufran a resultas de la regulación de empleo temporal: mientras que los afectados por los ERTEs ordinarios se siguen sometiendo a la regulación de la prestación ordinaria de desempleo, para los afectados por el mecanismo RED se contempla una prestación específica de Seguridad Social que se presenta como un modo de variante de la prestación de desempleo por mucho que se huya de tal denominación<sup>33</sup>.

Aunque no la califique expresamente como tal, por el régimen jurídico al que se somete en cuanto a requisitos, cálculo de la base reguladora y de la cuantía, así como de su tramitación y gestión, puede considerarse sin lugar a duda dentro de las categorías de prestaciones contributivas del régimen público de la Seguridad Social. Desde la perspectiva de los requisitos para tener derecho a esta prestación, pueden acceder a esta prestación tanto a trabajadores sometidos a un contrato de trabajo como socios de cooperativas de trabajo asociado y de sociedades laborales incluidos en el régimen general de la Seguridad Social.

---

<sup>33</sup> Disp. adic. 41ª LGSS.

Destaca como especialidad que, si bien formalmente no se requiere acreditar un período mínimo de cotización previo a la Seguridad Social, un mínimo de cotización sí que se debe tener, en la medida en que se requiere que el beneficiario debe haber iniciado su relación laboral en la empresa en la que se adopta la medida con carácter previo al acuerdo del Consejo de Ministro de activación del mecanismo RED, con reglas muy estrictas de incompatibilidad de otras prestaciones sociales, así como de la realización de otro trabajo como autónomo o como asalariado a tiempo completo. Respecto de la cuantía de la prestación la principal especialidad reside en que la misma será del 70% de la base reguladora durante todo el tiempo que se perciba, al mismo tiempo que la duración no tiene límite específico más allá del tiempo previsto de la medida siempre acotado por las duraciones máximas acotadas de la activación del mecanismo RED.

El acceso a la prestación no consumirá cotizaciones previamente efectuadas, especialmente a los efectos de la posible percepción de la prestación por desempleo ordinaria a resultas de posteriores situaciones legales de desempleo que provoquen el correspondiente hecho causante del mismo.

Respecto de las cotizaciones, se establece igualmente un régimen especialmente incentivador para las empresas, con reglas comunes tanto para los ERTEs ordinarios como los del sistema RED, que implican importantes reducciones en la cotización a cargo de la empresa, con una regulación muy prolija que no ha lugar a describir aquí (disp. adic. 44 LGSS). Las reducciones en las cotizaciones tienen como contrapartida que ello se condiciona a un deber de mantenimiento del empleo de los trabajadores afectados por los expedientes de regulación temporal durante los seis meses siguientes a la finalización del período de vigencia de expediente de regulación temporal de empleo; las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes<sup>34</sup>.

Eso sí, estas reducciones se contemplan como voluntarias, en el sentido de que deben ser solicitadas por la empresa y, en particular, que puede optar por no acogerse a estas reducciones sin asumir por tanto el mencionado deber de mantenimiento del empleo de los trabajadores afectados. Por su parte, el abono de la parte correspondiente al trabajador como es tradicional a cargo del SEPE (art. 153 bis LGSS).

---

<sup>34</sup> Disp. adic. 44<sup>a</sup> apartado 10 LGSS.

## **5.4 Financiación del Sistema**

Uno de los elementos más novedosos de este sistema es que se procede a constituir un Fondo específico que tendrá como finalidad atender a las necesidades de financiación de la prestación social específica para los trabajadores afectados por las regulaciones temporales de empleo del mecanismo RED, de exenciones de pago de cotizaciones a la Seguridad Social de la parte empresarial, así como los costes asociados a la formación de estos trabajadores.

El Fondo se nutrirá de los excedentes de la prestación por desempleo, de los Presupuestos Generales del Estado y de las aportaciones de la Unión Europea (apartado 6 del art. 47 bis ET). Se trata de un típico mecanismo al propio tiempo de estabilización económica y de amortización social, de modo que se pretende que se nutra de financiaciones por parte del conjunto del sistema financiero durante los períodos de crecimiento económico, a utilizar en los momentos de depresión del ciclo económico o de concretas crisis sectoriales.

Como conclusión final, partiendo de una valoración general positiva de la novedad que supone este nuevo mecanismo de regulación de empleo temporal, habrá que estar para completar el balance al desarrollo reglamentario que se produzca del mismo y, sobre todo, a la implementación que se produzca en sus primeras aplicaciones prácticas, que permitan un diagnóstico de sus resultados.

## **6 UN NUEVO EQUILIBRIO DE INTERESES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

### **6.1 Caracterización General de la Reforma en Materia Laboral**

Puede existir una cierta percepción de que, ante las indudables novedades introducidas por la reforma laboral en materia de contratación laboral, no se han producido grandes cambios en materia de negociación colectiva. El centro de atención se ha situado tanto en relación con la contratación, que han pasado más inadvertidas las modificaciones que se han producido en materia de negociación colectiva. Ello probablemente se debe a varios factores, entre los que destacaría resumidamente los siguientes: algunos aspectos de la reforma ya se daban por descontados, lo que ha llevado a infravalorar su trascendencia; existía la perspectiva de que iban a introducirse cambios en otros terrenos, que sin embargo al final se ha optado por mantener el régimen vigente en aras del logro del Acuerdo social que sustenta la reforma; hay aspectos de la reforma que por no situarse estrictamente en el título del Estatuto de los Trabajadores

relativo a la negociación colectiva, o bien porque se encuentran dispersos a lo largo del texto legal, han pasado inadvertidos a pesar de su trascendencia.

Frente a esta infravaloración del impacto de la reforma laboral en materia de negociación colectiva, parece oportuno realizar un balance de conjunto de los efectos que pueden tener estos cambios en el desarrollo futuro de los procesos negociales, que, a nuestro juicio, pueden ser de mucha mayor importancia a la que inicialmente parece que se proyecta de una primera lectura del texto legal. En efecto, a nuestro entender, las nuevas reglas del juego en materia de negociación colectiva alteran sustancialmente el equilibrio de posiciones en el desarrollo futuro de los procesos negociales, lo que puede reforzar el papel central de los convenios colectivos dentro de nuestro sistema institucional de relaciones laborales en su conjunto.

Ante todo, frente a una actitud de clara desconfianza por parte de la reforma laboral de 2012 respecto de los efectos de la negociación colectiva sobre el mercado de trabajo y, en general de la gestión de la negociación colectiva, la reforma de 2021 recupera el valor positivo del convenio colectivo en nuestro sistema laboral, refuerza su protagonismo en el conjunto del desarrollo de las relaciones laborales y establece una relación más pacífica y enriquecedora entre la norma estatal y el convenio colectivo. A mayor abundamiento, se trata de una reforma que, en general, se construye sobre una premisa de mayor respeto a la autonomía negocial de las organizaciones sindicales y empresariales y, por tanto, de menor condicionamiento desde la norma estatal del marco normativo de la propia negociación colectiva. Veamos todo esto concretado en cada uno de los aspectos básicos de la reforma laboral objeto de comentario.

## **6.2 La Concurrencia Convencional en Materia Salarial**

La primera modificación, y probablemente la de mayor trascendencia en la arquitectura de nuestro sistema negocial, consiste en la supresión de la preferencia imperativa e indisponible del convenio colectivo de empresa respecto de los convenios sectoriales en lo que afecta a la totalidad de la cuantía de la retribución, tanto en lo que refiere al salario base como a los complementos salariales (SÁEZ LARA, 2022, p. 335-359). Aun cuando se mantenga la preferencia aplicativa del convenio empresarial respecto del resto de la lista introducida con la reforma de 2012, no cabe la menor duda de que la de mayor trascendencia en términos de equilibrio de posiciones entre las partes es la que se refiere a la cuantía del salario, de ahí que haya que hacer hincapié en la importancia del cambio legal.

La preferencia aplicativa del convenio de empresa en materia salarial ha provocado un efecto enorme de devaluación salarial, en una primera fase, y de dificultad de gestión homogénea de la política de rentas por parte de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. De ahí que el escenario pueda cambiar sustancialmente a partir de ahora en lo que se refiere a la capacidad de estas organizaciones en el diseño general de la política de rentas.

La exposición de motivos, en concreto, señala que la regulación precedente de la preferencia del convenio de empresa ha provocado que las empresas hayan utilizado los convenios colectivos como instrumento de descuelgue que más que crear una unidad de negociación nueva se ha comportado como un sucedáneo de los procedimientos de inaplicación del convenio sectorial. Sin dejar de llevar razón la exposición de motivos en el diagnóstico de lo sucedido y de la necesidad de reconducir institucionalmente los diferentes mecanismos previstos legalmente a estos efectos, efectúa unas consideraciones más amplias respecto del papel de la negociación colectiva más discutibles y, por tanto, menos compartibles.

Una cosa es que los convenios colectivos de empresa no deban utilizarse como mecanismo de descuelgue del convenio sectorial, pues para ello existen otras instituciones y procedimientos, y otra diferente es afirmar que los convenios colectivos no constituyan también un instrumento importante de flexibilidad interna. La exposición de motivos defiende que lo pactado en la negociación colectiva tiene una vocación de permanencia y, por tanto, no pueden concebirse como instrumentos de flexibilidad interna.

A nuestro juicio, las dos perspectivas no están en absoluto reñidas, de modo que el convenio colectivo hoy en día desarrolla una amplia tipología de funciones, complementarias entre sí, donde al mismo tiempo juega como instrumento de fijación de estándares adicionales de tutela del trabajador, pero también se convierte en un importante instrumento de adaptación de las condiciones de trabajo a las peculiaridades de cada empresa y sector, actuando en este sentido como una importante institución de flexibilidad interna y, a la postre, de gestión del cambio empresarial (sobre el particular, CRUZ VILLALÓN, 2017). Prueba de ello es que la reforma mantiene la preferencia empresarial en materias claves para la gestión del cambio.

En todo caso, lo que no se discute es que la reforma en concreto, eliminando la preferencia empresarial en materia salarial, elimina las distorsiones correctamente detectadas y que, por tanto, se trata de una medida de reforma a valorar positivamente.

Eso sí, el cambio ni va a resultar inmediato, a resultados de lo contemplado

en la disposición transitoria 6ª de la norma reformadora, ni va a resultar simple, por cuanto que la reforma no pretende establecer un modelo alternativo desde la norma estatal. A tal efecto, deben aclararse aspectos muy evidentes, pero que han sido confundidos por ciertas lecturas rápidas de la nueva regulación. Ante todo, conviene aclarar que la supresión de la preferencia del convenio empresarial en esta materia no supone que ello venga sustituido por la preferencia aplicativa de los convenios sectoriales.

La reforma de 2021 es mucho más respetuosa con la autonomía de los interlocutores sociales en la fijación de las reglas de concurrencia entre convenios colectivos. En concreto, a partir de ahora, en caso de concurrencia entre convenios sectoriales y de empresa para las materias para las que no rige la preferencia empresarial ha de atenderse en primer lugar a lo que se pueda establecer por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a través de los correspondientes acuerdos interprofesionales, lo sean ámbito estatal o de Comunidad Autónoma.

En segundo lugar, caso de que no se hayan celebrado este tipo de acuerdos interprofesiones sobre esta materia, que es lo más generalizado en estos momentos, resultaría de aplicación el apartado primero del art. 84 ET, conforme al cual “un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios colectivos de ámbito distinto”. Esta regla es la que se ha interpretado como receptora de un denominado principio “prior in tempore”, que vendría a alterar la regla clásica conforme a la cual la norma o el contrato posterior deroga o sustituye al precedente.

Comoquiera que esa regla clásica tiene su plena lógica cuando se trata de idénticos sujetos o poderes normativos quienes expresan una nueva voluntad regulativa, es más compleja su aplicación cuando se trata de convenios de diverso ámbito que ni tienen entre sí posiciones de jerarquía normativa, ni implican identidad de sujetos negociadores integrantes de mesas que actúan en ámbito diverso. Por ello y por razones de mantener un cierto equilibrio negocial se prevé esa a modo de preferencia del convenio anterior en el tiempo. No obstante, resulta imprescindible realizar algunas aclaraciones. Primera, frente a ciertas interpretaciones en el sentido de que ello suponía que el convenio posterior sería “nulo” por contradecir lo pactado al primero en el tiempo, se advierte que se trata de una simple preferencia aplicativa, que no impide la negociación de esa materia en otro ámbito, sino exclusivamente que lo pactado no sería aplicable mientras se encuentre vigente el convenio más antiguo.

Por ello, en realidad se trata de una un “prior in tempore” provisional, limitado en el tiempo, pues a partir de la decadencia del convenio anterior en

el tiempo éste deja de gozar de esa preferencia. A partir de estas seguridades, empiezan algunas incertidumbres, que algunas han sido aclaradas por la jurisprudencia, pero otras hasta el presente se mantienen en la nebulosa. Primera aclaración, después de diversos cambios, la jurisprudencia viene interpretando que esa preferencia aplicativa del convenio anterior rige sólo durante la vigencia ordinaria, expresamente pactada en el convenio colectivo, pero decae ya en el período de ultraactividad del convenio anterior en el tiempo<sup>35</sup>, incluso decae cuando se acuerda la prórroga del convenio colectivo a su finalización ordinaria<sup>36</sup>. Segunda aclaración, a resultas de esa decadencia, procede aplicar el convenio posterior en el tiempo, pues es el que se encuentra plenamente vigente en su período de aplicación ordinario pactado<sup>37</sup>; dicho de otro modo, a partir de ese momento pasa a regir el principio inverso de la aplicación preferente del posterior en el tiempo.

A partir de ahí, emergen las incertidumbres que, hasta el presente, salvo error u omisión por mi parte, no han sido resueltas por la jurisprudencia. En una rápida enumeración de estas dudas básicas serían las siguientes: ¿se produciría una cierta aplicación traslativa de la jurisprudencia relativa a la interiorización en los contratos de los convenios decaídos<sup>38</sup>, de modo que si el convenio posterior de nueva aplicación contiene condiciones retributivas peores para los trabajadores se mantendrían a título individual en sus respectivos contratos las que ya se viene percibiendo por los trabajadores ya incorporados a la empresa, o bien, por el contrario, por analogía resultaría de aplicación la regla de que el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último (art. 86.5 ET)?; ¿qué regla se aplicaría en caso de que a la pérdida de vigencia ordinaria del convenio anterior el posterior también se encontrase en ultraactividad o prorrogado?; aunque el posterior se encontrase todavía en su vigencia ordinaria, ¿qué sucedería posteriormente si pasa a vigencia ultraactiva o se prorroga?; ¿caso de que se aplicase el posterior por estar todavía en su vigencia ordinaria, si el anterior se renegocia ¿recupera éste o no su preferencia aplicativa de manera inmediata, por poder reclamarse la anterioridad temporal del que se procede a renovar?; de no recuperarla de manera inmediata, al convertirse en convenio posterior ¿pasaría a aplicarse caso de que el otro ahora más antiguo terminase en su vigencia ordinaria por nueva aplicación del art. 84.1 ET?; ¿podríamos estar en un proceso de lenta pero sucesivo de cambios de ámbito convencional, de aplicación sucesiva de un ámbito convencional diferente conforme decayese la vigencia ordinaria de cada ámbito?

<sup>35</sup> SSTS 8 de enero de 2020, rec. 129/2018, ECLI:ES:TS:2020:41, 5 de octubre de 2021, rec. 4815/2018, ECLI:ES:TS:2021:3749

<sup>36</sup> STS 13 de enero de 2021, rec. 191/2019, ECLI:ES:TS:2021:31.

<sup>37</sup> STS 5 de octubre de 2021, rec. 4815/2018, ECLI:ES:TS:2021:3749.

<sup>38</sup> STS 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014, ECLI:ES:TS:2014:5504; 18 de mayo de 2016, rec. 100/2015.

Todos estos interrogantes están mostrando la clara insuficiencia de la regla de la prioridad aplicativa provisional del primero en el tiempo, incluso de que la complejidad de la estructura de la negociación colectiva actual ha provocado una pérdida de capacidad resolutoria de los escenarios de concurrencia temporal de la regla del art. 84.1 ET. La coherencia del modelo de reglas de concurrencia a estos efectos no creo que deba ser construida sobre la base de pronunciamientos judiciales. A tenor de ello, todas estas incertidumbres están llamando a una intervención decidida por parte de los acuerdos interprofesionales que aborden todas estas cuestiones, incluso la, a nuestro juicio, en exceso formal, envejecida y en cierto modo artificial, de la prioridad temporal entre convenios colectivos.

Finalmente habrá de estarse atento al posible efecto sobre los procedimientos de descuelgue de convenios colectivos derivado de la supresión de la preferencia empresarial respecto de la cuantía del salario. Ha de tenerse en cuenta que, en términos cuantitativos, los procedimientos no han sido muy numerosos, entre otras razones, porque las situaciones económicas que podrían justificar el descuelgue salarial en muchas ocasiones se ha canalizado por la vía de la celebración de convenios de empresa a la baja respecto de los niveles salariales de los convenios sectoriales, especialmente en las pequeñas empresas.

En la medida en que la reforma laboral impide esta práctica de inaplicación indirecta del convenio sectorial por vía de la firma de un convenio de empresa, podría suceder que las empresas que tuviesen dificultades económicas justificadas conforme a la definición legal de los supuestos de hecho acudiesen en mayor medida a partir de ahora a los procedimientos de descuelgue convencional (art. 82.3 ET). Aunque el procedimiento de descuelgue se presenta complejo por los trámites sucesivos que han de cumplirse, sin embargo, desembocan en una posible inaplicación convencional sin necesidad de obtener el consentimiento de la representación de los trabajadores y, a partir de ahora, sería la vía contemplada legalmente para excluir la aplicación de las cuantías salariales previstas en el convenio sectorial, caso de que este resultara el aplicable conforme a lo dicho previamente.

### **6.3 En Particular en las Contratas de Obras y Servicios**

La regla de preferencia del convenio de empresa en materia salarial establecida por la reforma de 2012 donde más impactó fue en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios, especialmente cuando actuaba como contratista una empresa multiservicios. Estas intentaban ofrecer a las

empresas principales, antes que un mejor servicio por razón de su especialización, un servicio a costes más reducidos en la medida en que fuesen inferiores los salarios que la empresa auxiliar debería abonar a sus trabajadores.

Y esta operación de abono de salarios inferiores a los trabajadores de la empresa contratista se producía por la vía de no aplicar el convenio colectivo sectorial sino el propio de empresa de dicha empresa auxiliar, que, por su carácter preferente en aplicación respecto del convenio sectorial, permitía al convenio de empresa una estrategia de reducción significativa de los salarios establecidos en este último. En los casos más clamorosos ello se realizó sin respetar el principio de correspondencia exigido para la legitimación prevista legalmente para negociar el convenio de ámbito empresarial y la no extensión de la preferencia a los convenios infraempresariales<sup>39</sup>.

Sin embargo, con esta jurisprudencia sobre el principio de correspondencia no se atajaba el problema de fondo, que se mantenía subyacente en la medida en que subsistiera la preferencia del convenio empresarial en materia salarial. Aparte de ello, incluso cuando no existía convenio colectivo de empresa, se producía una discusión en torno al convenio colectivo de aplicación (sectorial de la empresa principal o de la empresa contratista); incluso, cuando se asumía el criterio del sectorial de la empresa contratista, se presentaban especiales dificultades cuando se trataba de empresas multiservicios, que desarrollaban actividades diversas incluidas en ámbitos funcionales diferentes de los convenios colectivos<sup>40</sup>.

Frente a todo lo anterior, aunque sea con una redacción compleja, la reforma intenta dar respuesta a todos estos aspectos, con vistas a corregir las distorsiones en la tutela de los trabajadores y en la competencia empresarial, así como a ofrecer reglas que proporcionen una mínima seguridad jurídica al efecto. En concreto, la exposición de motivos presenta este tipo de distorsiones inciden de manera especialmente negativa sobre ciertos grupos sociales tradicionalmente precarizados, en concreto de las mujeres en el mercado de trabajo, de modo que incluso llega a destacar que concurre una razón de fondo vinculada con el principio de no discriminación, donde resulta difícilmente defendible que dos personas que realizan trabajos de igual valor tengan condiciones laborales diferentes por razón exclusivamente del objeto social o forma jurídica de la empresa contratista a la que se vinculan. En este trasfondo de diferencias de tratamiento difícilmente justificables, ha de tenerse presente que para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que no puede calificarse

<sup>39</sup> SSTS de 20 de mayo de 2015, rec. 6/2014, ECLI:ES:TS:2015:2363; 19 de febrero de 2020, rec. 169/2018, ECLI:ES:TS:2020:761.

<sup>40</sup> SSTS 22 de febrero de 2019, rec. 237/2017, ECLI:ES:TS:2019:713; 11 de junio de 2020, rec. 9/2019, ECLI:ES:TS:2020:1957.

en sentido estricto como discriminatorios el hecho de que existan condiciones de trabajo diferenciadas por el mero hecho de que a unos de les aplique un convenio colectivo y a otro diferente, por cuanto que ello deriva de la propia estructura de la negociación colectiva, que por su propia naturaleza provoca estos efectos.

De este modo, atacar estas diferencias de tratamiento a través de las diversas técnicas jurídicas de la tutela antidiscriminatoria no podía ofrecer resultados exitosos, de modo que estaría abocado al fracaso cualquier intento de plantear una reclamación judicial por esta vía, cuando menos con la legislación precedente en materia de estructura negocial y de reglas de concurrencia convencional. Por ello, sin poder afirmarse que en clave estricta de aplicación del principio de no discriminación la situación dada fuese atacable, era precisa una intervención legal que materialmente fuese dirigida a lo que desde el punto de vista práctico sí que comportaba un resultado constatado de discriminación.

Esta intervención legislativa se lleva a cabo, en concreto, por medio de la introducción de un apartado nuevo a la regulación del régimen jurídico de las contratadas y subcontratadas (art. 42.6 ET), en conexión con lo establecido con carácter general para la concurrencia entre convenios (art. 84 ET) y, más ampliamente, dentro del marco igualmente general del régimen jurídico de la negociación colectiva. Los elementos más significativos de esta nueva regulación se resumen del siguiente modo.

La regulación se inserta dentro de un precepto que regula de modo genérico la descentralización productiva que se articula a través de todo tipo de contratadas y subcontratadas de obras y servicios. Es cierto que, en ocasiones, el precepto de referencia establece reglas de responsabilidad exclusivamente dirigidas a las que lo son de la propia actividad, pero cuando no figura una referencia explícita a este tipo de contratadas la regulación no se restringe a las mismas.

Frente a quienes vienen defendiendo lo contrario, en términos telegráficos indicaría los siguientes argumentos: el título del artículo del Estatuto de los Trabajadores alude de manera genérica a la subcontratación de obras y servicios y no específicamente a las de la propia actividad; resulta razonable aplicar el principio general de que donde la ley no distingue no procede establecer diferencia alguna; tiene fundamento suficiente que se establezca un ámbito de incidencia diferenciado para el régimen jurídico de responsabilidades (art. 42. 1 y 2 ET) y para lo que afecta a los aspectos de información a los trabajadores así como de carácter colectivo sean de representación o de negociación (art. 42.3 a 8 ET); los problemas de distorsiones y abusos derivados de las reglas precedente

de determinación del convenio colectivo aplicable se presentaban en relación con todas las contrataciones, en particular en relación con todas las empresas multiservicios, con independencia de que lo fuesen o no de la propia actividad; la norma de referencia análoga para las contrataciones para la Administración Pública y entidades del sector público establece una regla en paralelo en la que tampoco se establece diferencia entre contrataciones y subcontratas de la propia actividad; carece de sentido no establecer una regla específica para las contrataciones que no son de la propia actividad, con riesgos de seguridad jurídica en esos casos; de no aplicarse el nuevo apartado introducido por la reforma de 2021 en este punto se mantendría en todo caso la ausencia de preferencia aplicativa del convenio empresarial por lo que afecta a la cuantía salarial, mientras que la determinación como convenio de referencia básico en el que sea objeto de la contratación derivaría de la jurisprudencia establecida con precedencia ya citada que viene a ofrecer solución similar a la prevista en la nueva regulación estatutaria.

Por tanto, en este caso, comoquiera que el apartado no lo refiere específicamente a las de la propia actividad, ha de interpretarse que la regla rige para todo tipo de contrataciones y subcontratas.

Esta regla, sin embargo, no altera ni deroga la regla particular establecida para las contrataciones que se desarrollan en el marco de la contratación pública, pues en este caso resulta de aplicación lo previsto en la legislación específica, que prevalece como normativa especial frente a la general del Estatuto de los Trabajadores<sup>41</sup>. Si bien es cierto que la nueva normativa manifiesta una clara convergencia con lo incorporado en 2017 para la contratación pública, y así lo destaca la exposición de motivos de la reforma de 2021, las redacciones no son idénticas y se percibe algún matiz diferencial, lo que justifica esa llamada a la presencia de algunas diferencias que sucesivamente señalaremos.

Del mismo modo, la regla que se establece se encuentra en línea con lo previsto con carácter general para la concurrencia entre convenios colectivos y, en particular, para la concurrencia entre el convenio sectorial y el de empresa, si bien de nuevo aparecen algunos matices dignos de señalar.

El elemento singular de partida, como especialidad para estos supuestos, es que a la contratación se le ha de aplicar el convenio sectorial “de la actividad desarrollada en la contratación o subcontrata”. Ello se comprende mejor por la vía de precisar, *a sensu contrario*, la exclusión de dos opciones alternativas.

Primero, no resulta de aplicación el convenio colectivo que le resulte de aplicación a la empresa principal, pues ésta puede tener una actividad diversa de la que es objeto de externalización a la empresa contratista; eso sí, en aquellos

<sup>41</sup> Art. 122.2 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, BOE 9 de noviembre.

casos en los que haya coincidencia de actividades, porque sea la misma la de la empresa principal y la de la actividad objeto de descentralización, se dará la circunstancia de que sí será de aplicación el convenio sectorial de la empresa principal, pero no por ser el que se aplica a la misma sino por coincidir con la actividad objeto de contratación. Lo que en ningún caso sería de aplicación es el convenio colectivo de empresa de la principal, por cuanto que la norma se remite expresamente al convenio sectorial.

Segundo, no se establece la aplicación del convenio correspondiente a la empresa contratista por razón de su actividad, sino en concreto al que es objeto de “la actividad desarrollada en la contrata”. Es cierto que lo uno y lo otro puede resultar coincidente, pero no siempre es así y, por ello, el matiz es importante en algunos casos. Ello se contempla pensando sobre todo en las empresas multiservicios, que pueden tener una pluralidad de contrata, asumiendo la ejecución de actividades diferenciadas. Con ello, se viene a rechazar expresamente el juego del principio de aplicación del convenio colectivo sectorial de la actividad preferente o mayoritaria de la empresa contratista, pues el texto se decanta por la aplicación de una pluralidad de convenios en las empresas multiservicios, uno diferente en atención a la actividad objeto de cada contrata y los trabajadores afectos a cada una de ellas. Puede quedar un resto de incertidumbre respecto de aquellas empresas auxiliares que celebren una contrata por medio de la cual se comprometen a prestar un amplio abanico de servicios, de modo que no sólo se trata de una empresa multiservicios, sino que también nos encontramos ante una contrata “multiservicios”.

A nuestro juicio, a pesar de que la redacción del precepto en su literalidad lleva a la aplicación de un solo convenio por cada contrata, no debe aplicarse tampoco en este caso el principio de la actividad principal de cada contrata, sino conforme a una interpretación teleológica del precepto a la aplicación del convenio sectorial correspondiente a cada servicio contratado. Finalmente, ese desgajamiento entre la actividad de la empresa contratista y la actividad objeto de la contrata incide también en el personal que, por entendernos podríamos denominar de “estructura” de la contrata, es decir, el personal administrativo de la empresa contratista no afecto a la ejecución de ninguna concreta contrata; en estos casos, para dicho personal de “estructura” ha de analizarse cuál es el objeto de la actividad de la contratista a los efectos de determinar el convenio colectivo que le ha de resultar de aplicación.

Por otra parte, con una expresión algo confusa, la redacción contempla un criterio de aplicación convencional alternativo al anterior. En concreto, el precepto excluye la aplicación del convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata cuando exista otro convenio sectorial aplicable conforme a las reglas

generales establecidas en el título tercero. La redacción es bastante confusa por cuanto que el Estatuto de los Trabajadores no establece reglas propias de cuál es el convenio aplicable, pues esta es una tarea que encomienda a los propios negociadores, cuando expresamente contempla que son los convenios quienes deberán establecer el ámbito de aplicación de los mismos (art. 83.1 ET).

Podría ello interpretarse como que el precepto deja como salvedad la posibilidad de que vía el último de los preceptos mencionados las partes acordasen que fuese otro el convenio colectivo de aplicación, de modo que la regla anterior que hemos comentado (art. 42.6 ET) sería subsidiaria, pues cedería frente a otra prevista por los propios negociadores. En todo caso, de manera expresa el propio Real Decreto-ley excluye la regla general de aplicación del convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata para los supuestos de contratas y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo<sup>42</sup>; precisamente se trata de un supuesto para el que existe un convenio colectivo propio, de modo que se convierte en un caso expreso de exclusión para propiciar la aplicación de este convenio propio<sup>43</sup>.

Eso sí, más allá de este supuesto expreso de remisión a otro convenio sectorial propio, la interpretación de esta alternativa resulta menos clara. Tres posibilidades se podrían proyectar al efecto. La primera consistiría en que la regla puede ser importante en aquellos supuestos en los que nos enfrentemos a ámbitos funcionales complejos, de modo que existiendo sectores y subsectores ello quede reflejado en una especial fragmentación de la estructura de la negociación colectiva. La segunda puede materializarse en la hipótesis de las empresas multiservicios, en el caso de que éstas optasen por la celebración de un convenio colectivo sectorial para el conjunto de este tipo de empresa, a pesar de que no conformen un sector como tal, pero lo pudieran hacer a semejanza del actual convenio sectorial para las empresas de trabajo temporal; de verificarse esta hipótesis habría que analizar hasta qué punto el contenido de este convenio sectorial multiservicios se negocia con la pretensión de establecer cuantías salariales inferiores a las propias del convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata, llegando a detectarse con ello una práctica en fraude de ley y, con la misma, una práctica antisindical.

La tercera de las posibilidades, en la que probablemente estaban pensando las organizaciones sindicales, seguramente como interesados en esta regla adicional, es que vía negociación colectiva se establezca la aplicación del convenio aplicable a la empresa principal y no a lo que es objeto de

<sup>42</sup> Disp. adic. 27 del Estatuto de los Trabajadores, conforme a la redacción dada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre.

<sup>43</sup> XV Convenio Colectivo General de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, título IV art. 94 ss (BOE 4 de julio de 2019).

descentralización productiva. Dejaría pues el precepto abierta la posibilidad de que así se pudiera establecer en los correspondientes convenios colectivos. Incluso la apelación por parte de la exposición de motivos a que la norma pretende evitar un tratamiento discriminatorio indirecto por vía de las contrata, podría tener una doble lectura de asimilar las condiciones de trabajo de las personas afectas a una contrata al convenio del sector de su actividad, pero también a los trabajadores que realizan idénticas actividades contratadas directamente por la empresa principal. Eso sí, en la hipótesis de que el convenio aplicable a la empresa principal, al determinar su ámbito de aplicación, incluyese a los trabajadores de las empresas contratistas de la misma, como la propia norma indica debería exigirse que fuese posible establecer ese ámbito de aplicación conforme a lo dispuesto en el título III del Estatuto de los Trabajadores; y, entre los requisitos de lo dispuesto en ese título está el de que se cumplan las reglas de legitimación negocial, que implican, entre otras cosas, el respeto del principio de correspondencia negocial. Dicho en lo concreto, esta operación de aplicación del convenio de la empresa principal sólo sería posible en la medida en que la representación de empresarios y trabajadores presentes en la correspondiente comisión negociadora ostentasen legitimación para representar a las empresas contratistas y a los trabajadores de la misma.

Adicionalmente la precedente regla de aplicación del convenio sectorial viene matizada para el supuesto de que la empresa contratista tenga convenio propio, en cuyo caso se produce una importante convergencia con la regulación general en materia de concurrencia convencional y, en particular, con lo analizado en el apartado precedente relativo a la supresión de la preferencia aplicativa del convenio empresarial en materia de cuantía retributiva, pero manteniendo la preferencia empresarial para las otras materias.

En este punto, la norma específica sobre convenio aplicable a las contrata se remite en su totalidad a la regla general, de modo que cuanto indicamos en el apartado precedente es de plena aplicación al ámbito de las contrata y subcontrata. Es aquí donde se observan los pequeños matices respecto de la regulación especial para las contrata resultado de la contratación pública, que, resumidamente, se concretan en cuatro aspectos. Primero, en las contrata públicas se otorga directa preferencia aplicativa al convenio sectorial, sin que entre en juego el principio “prior in tempore” del artículo 84.1 ET. Segundo, en las contrata del sector público se aplican en todo caso como indisponibles las condiciones salariales del convenio de sector, sin que sea posible que vía acuerdos interprofesionales se proceda a otorgar preferencia al convenio de empresa en materia salarial. Tercero, la regla alternativa de aplicación de otro convenio diverso del correspondiente a la actividad contratada no puede

establecerse en el ámbito de las contrataciones públicas, de modo que no cabe pactar la aplicación del convenio aplicable al personal al servicio de la entidad pública que actúa como empresa principal. Cuarto, la aplicación del convenio del sector es más amplia, referida a las “condiciones salariales” y no sólo a su cuantía, de modo que para ellas no rigen las preferencias establecidas a favor del convenio empresarial respecto de aspecto no cuantitativos del salario, como puede ser lo relativo al abono o compensación de las horas extraordinarias y retribución específica del trabajo nocturno (art. 84.2 b ET).

#### **6.4 La Ultraactividad del Convenio Colectivo**

La modificación de la reforma de 2012 en materia de ultraactividad del convenio colectivo, una vez denunciado éste por las partes, ha sido una de las cuestiones más controvertidas desde que se introdujo. Si bien dicha modificación fue progresivamente corregida en muchos ámbitos negociales, por cuanto que, tratándose de una regla subsidiaria, permitió que un elevado porcentaje de convenios colectivos recuperase la ultraactividad indefinida, ello no ha sido universal y dejaba abiertas dosis elevadas de incertidumbre.

Por ello, introduciendo la reforma un cambio técnicamente bastante simple, en la práctica presenta un elevado impacto en términos de las posiciones de capacidad de negociación de las partes a la hora de la renovación del convenio colectivo precedente. De este modo, con la última reforma sustancialmente se retorna al régimen precedente de ultraactividad indefinida, eso sí, como regla subsidiaria y, por tanto, con posible alteración por parte de los negociadores (MOLINA NAVARRETE, 2022, p. 387-405). En todo caso, se trata de una regla subsidiaria que, en el contexto de nuestro sistema negocial, se convierte en la generalizada y probablemente sólo en casos muy singulares vendrá alterada por parte de concretos convenios colectivos.

Por lo demás, aunque sea en un segundo nivel de importancia, la redacción completa del precepto estatutario ni vuelve por completo a la redacción precedente a la reforma de 2012 ni siquiera retorna por completo a la versión precedente a la reforma de 2011. En términos de aproximación se puede decir que se tiende a recuperar el régimen precedente a 2011, en concreto por lo que refiere a la pervivencia del fomento de los procedimientos de solución autónoma de conflictos que se introdujeron con la reforma de 2011.

En concreto, sin desmerecer la recuperación de la ultraactividad indefinida, se establece que, transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo

sin que se haya acordado un nuevo convenio, las partes deberán someterse a los procedimientos de mediación regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes.

Esta regla aconseja proceder a adaptar el conjunto de los acuerdos interprofesionales para introducir el carácter obligatorio de esta mediación en estos supuestos. No obstante, comoquiera que en esta materia rige el principio de jerarquía normativa y la reforma legal se establece como de inmediata entrada en vigor sin exigencia de implementación negociada, ha de entenderse que esta regla de la obligatoriedad de la mediación al cabo del año de ultraactividad se encuentra en vigor con independencia de lo que establezcan los acuerdos autónomos de resolución de conflictos.

Por lo demás, debe indicarse que se trata de una obligatoriedad bastante relativizada y, por tanto, con alcance muy escaso. De una parte, no puede entenderse que el procedimiento de mediación se ponga en marcha de manera automática al cumplimiento del año, pues el mecanismo de mediación siempre requerirá que algún representante bien de los trabajadores o bien de los empresarios lo inicie y, por tanto, lo exija a través de los correspondientes procedimientos de solución autónoma; si bien, al propio tiempo, estos procedimientos autónomos de manera generalizada convierten en obligatoria la mediación cuando una de las partes así lo solicita.

De otra parte, caso de que ninguna de las partes incite el procedimiento de mediación y, por tanto, éste no se tramite, ninguna consecuencia práctica se derivará de ello, pues todo se mantendrá igual: el convenio ya en situación de ultraactividad lo seguirá estando en los mismos términos. Ni siquiera el plazo de un año es el que abre la vía de la mediación, de modo que el panorama es prácticamente igual antes o después del transcurso del año. Dicho de otro modo, la nueva regla de la mediación obligatoria transcurrido un año, no impide que voluntariamente las partes se sometan a los procedimientos de mediación establecidos en los acuerdos interprofesionales antes del año de ultraactividad. Los acuerdos autónomos de resolución de conflictos así lo contemplan de manera generalizada en estos momentos y, como tales, no han sido objeto de modificación por la reforma de 2021.

Asimismo, se establece en el Real Decreto-ley que, siempre que exista pacto expreso, previo o coetáneo, las partes se someterán a los procedimientos de arbitraje regulados por dichos acuerdos interprofesionales, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos

establecidos legalmente. En realidad, este pasaje legal resulta de todo punto inocuo e irrelevante en términos técnico-jurídicos. En efecto, en este punto nada añade la norma, por cuanto que ello ya era posible con anterioridad, conforme a lo previsto en los vigentes acuerdos autónomos de resolución de conflictos. Por ello, la reforma en este punto no añade nada, ni en sentido ampliatorio ni en sentido restrictivo de lo que ya estaba presente en nuestro sistema arbitral. Dicho de otro modo, constituye tan sólo un recordatorio por parte del legislador de que existe tal posibilidad y, con ello, de manera suave esta fomentado a la utilización de los procedimientos arbitrales en estos casos.

## **6.5 Las Remisiones a los Contenidos de los Convenios Colectivos**

Aspecto que suele pasar bastante inadvertido es el relativo al juego de espacios entre la norma estatal y la negociación colectiva. Ello se debe a que, de un lado, esa intervención normativa se produce de manera dispersa al hilo de la regulación de cada materia, especialmente de carácter individual y, de otra parte, a que se suelen colocar como centro de atención los asuntos tratados en apartados precedentes. A pesar de ello, los contenidos de posible intervención por la negociación colectiva son clave, porque al final determinan la capacidad de protagonismo material de la negociación colectiva. En particular, en esta reforma se aprecian novedades de cierta importancia que conviene resaltar, incluso se presentan no pocas dificultades interpretativas del alcance de ciertas remisiones o ausencia de las mismas a favor de la negociación colectiva; incluso, cuando estas se efectúan, la valoración de la opción de realizarla a favor de un concreto ámbito de negociación.

En líneas generales, al ser fruto de un acuerdo social y de la especial predisposición hacia ello por parte del Gobierno, frente actitudes del pasado, esta reforma refuerza el protagonismo de la negociación colectiva a través de un elevado número de remisiones al objeto de que los convenios colectivos puedan desarrollar su habitual laboral de desarrollo y adaptación de las genéricas previsiones legales a las peculiaridades sectoriales y empresariales (ALMENDROS GONZÁLEZ, 2022, p. 361-385).

Eso sí, sin abandonar esa política general orientada hacia el enriquecimiento de los contenidos de los convenios colectivos, en esta ocasión también, por vía indirecta, se percibe una restricción de la intervención de la negociación colectiva en concretas materias. Se trata de restricciones derivadas bien de una decidida voluntad del legislador de que una concreta materia sea abordada directamente desde la ley, o bien porque la experiencia ha demostrado

una falta de respuesta de la negociación colectiva o una actitud de mayor precariedad de las fórmulas contractuales. Son aspectos que se advierten en negativo de la lectura de las medidas contenidas en la norma reformadora, circunstancia que hace especialmente oportuno destacarlas, porque pueden no detectarse en la medida en que la redacción lo que contiene es una ausencia de mención a la intervención sucesiva por parte de la negociación colectiva.

En este orden lo primero a resaltar es la regulación contenida en la norma sobre el encadenamiento de contratos en el mismo puesto de trabajo asumido sucesivamente por diversos trabajadores. Desde hace bastantes años el legislador había encomendado esta tarea a los convenios colectivos, si bien a la vista de la respuesta muy pobre por parte de la negociación colectiva, donde ha sido muy reducido el porcentaje de convenios que han asumido esta remisión por parte del legislador. Teniendo en cuenta la muy escasa respuesta de los convenios colectivos, la respuesta del legislador no es otra que la de reclamar para sí la regulación de esta forma de encadenamiento que se mantenía como una materia pendiente de transposición de la Directiva sobre contratos de duración determinada.

El resultado final ha sido que ha resultado fallido el primer ensayo, por muy limitado que fuese, de encomienda entre nosotros de transposición de una Directiva a través de la negociación colectiva. Se trataba de un hueco importante de evitación de estrategias de elusión de la necesaria causalidad en la contratación temporal, que se cubre con la acción de la norma estatal, a través de una regla autosuficiente, que no precisa para su plena aplicación de la sucesiva intervención por parte de la negociación colectiva.

Más aún, de principio, esta regla legal procede de manera implícita a derogar cuantas cláusulas convencionales pudieran estar presentes en los convenios colectivos que pudieran contradecir lo previsto en la norma estatal. Ello, en todo caso, no significa que, por propia esencia, todas las reglas convencionales en esta materia a partir de ahora se deban considerar contrarias a lo previsto legalmente, por cuanto que nada impide que vía negociación colectiva se puedan establecer reglas más ambiciosas de conversión en por tiempo indefinidos de este tipo de contratos, lo que no podría interpretarse como opuesto a la previsión legal.

El segundo de los ejemplos de asunción de la materia por parte de la ley se encuentra en la nueva regulación del contrato de trabajo adscrito a obras en el sector de la construcción, que sustituye al regulado por el convenio estatal a través del denominado como “fijo de obra”. En estos términos, el legislador, sin desmerecer de lo que hacía la negociación colectiva en este terreno, procede a

efectuar una intervención más directa sobre la materia, lo que provoca que se entienda como derogado ese contrato “fijo de obra”, por mucho que no se haya derogado expresamente la remisión legal al convenio colectivo en esta materia (disp. adic. 3ª ET); la derogación se produce de manera implícita al modificarse la norma que regulaba el “fijo de obra”<sup>44</sup>, en tanto que la no derogación de la previsión del Estatuto de los Trabajadores se debe exclusivamente al período de transición en la entrada en vigor del nuevo régimen de contratación laboral, que permite mantener como vigentes a todos los contratos fijos de obra que se celebren hasta el final del primer trimestre de 2022. En todo caso, lo importante es que en esta materia también se utiliza una técnica de regulación directa de la norma legal, que impide por la vía práctica la sucesiva actuación en este campo por parte de la negociación colectiva.

Ello, de nuevo, requiere advertir que siempre sería posible que la negociación colectiva pueda desarrollar algún papel de complemento a la regulación legal; incluso ello se prevé de manera expresa respecto de algún aspecto concreto, como es el relativo a los requisitos de acceso, duración y modalidades de formación adecuados en cada caso, que se atribuye en exclusiva al convenio sectorial estatal<sup>45</sup>.

En otras ocasiones la normativa, sin dejar de contemplar una autorización o remisión a la negociación colectiva, viene a establecer un régimen más limitativo respecto del precedente, por entender que deben prevalecer intereses generales, o bien porque se desea evitar que la negociación colectiva produzca efectos distorsionadores respecto de lo que constituyen los objetivos de la reforma. En este orden de consideraciones, aunque se encuentre en otra norma aprobada en paralelo, se encuentra la nueva regulación de las cláusulas en los convenios colectivos en materia de jubilación obligatoria<sup>46</sup>.

La propia ubicación de la norma, en una disposición dirigida a la reforma del sistema de Seguridad Social, orienta perfectamente la finalidad de la nueva regulación de las cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva. En efecto, el reforzamiento de las políticas dirigidas al fomento de la prolongación de la vida activa para retrasar el momento de acceso a la percepción de la pensión de jubilación, se encuentra claramente en la elevación de la edad de jubilación forzosa vía convenio colectivo y de los mayores requisitos exigidos a tal efecto. También para estas cláusulas se contempla una regulación transitoria que mantiene vigentes durante un plazo prolongado lo pactado en los convenios vigentes con anterioridad (disp. trans. 9ª).

<sup>44</sup> Disp. adic. 3ª Ley 32/202006.

<sup>45</sup> Disp. adic. 3ª Ley 32/202006.

<sup>46</sup> Disp. adic. 10ª ET, conforme a la redacción dada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, BOE 29 de diciembre. (MALDONADO MOLINA, 2022, p. 407-430).

En una línea similar se encuentran las menores remisiones o de carácter menos permisivas a la negociación colectiva en materia de contratación temporal. En esta materia, la experiencia ha sido la de que los convenios colectivos han tendido a establecer regímenes mucho más permisivos de la contratación temporal, de modo que han acentuado las posibilidades de mantenimiento de nuestras altas tasas de temporalidad. A la vista de ello, la reforma, sin dejar de otorgarle un papel importante a los convenios colectivos en materia de contratación temporal, sin embargo, han intentado poner coto a las prácticas precedentes y permitir en casos muy puntuales la ampliación de las duraciones máximas de la contratación temporal y en clave de una ampliación siempre limitada.

A pesar de todos los condicionantes antes referidos, ha de señalarse también que el número de remisiones a la negociación colectiva en la reforma laboral de 2021 es muy abundante y un simple listado de las mismas muestra la trascendencia que se le otorga al convenio colectivo como instrumento de implementación de la negociación colectiva respecto de la regulación contenida en la norma estatal. En una rápida enumeración de las materias para las que se prevé una remisión a la negociación colectiva, cabe identificar hasta un total de 16 remisiones<sup>47</sup>, aparte de la ya mencionada sobre cláusulas de jubilación obligatoria.

De todas las previsiones precedentes, la que, a mi juicio, presenta mayores dudas es la última de ellas, especialmente contemplada en el marco de lo previsto en la Directiva sobre el trabajo a tiempo parcial<sup>48</sup>. A tal efecto, ha de tenerse en cuenta que el apartado 1 de la cláusula 5 de este Acuerdo establece que tanto los Estados miembros como los interlocutores sociales deben eliminar los obstáculos que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial.

<sup>47</sup> Retribución del contrato formativo en alternancia (art. 11.2.m ET), duración del contrato formativo en prácticas (art. 11.3.c ET) y del período de prueba de este contrato (art. 11.3.e ET), retribución del contrato formativo en prácticas (art. 11.3.i ET), determinación de puestos y actividades a desarrollar por medio de contratos formativos (art. 11.4.e ET), fijación de criterios de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los contratos formativos (art. 11.6 ET); ampliación de la duración máxima del contrato temporal ordinario por razones de producción (art. 15.2 ET), planes de reducción de la temporalidad (art. 15.8 ET), acceso efectivo de los trabajadores temporales en el sistema de formación profesional para el empleo (art. 15.8 ET); establecimiento de los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos (art. 16.3 ET), determinación del plazo máximo de inactividad entre contratos de obra y servicio cuando su celebración justifique un contrato fijo-discontinuo (art. 16.4 ET), establecimiento de una bolsa sectorial de empleo en la que se podrán integrar los fijos discontinuos durante los periodos de inactividad, con el objetivo de favorecer su contratación y su formación continua (art. 16.5 ET), acuerdo a través de los convenios sectoriales de la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos discontinuos (art. 16.5 ET); ; período mínimo de llamamiento e indemnización por fin de llamamiento (art. 16.5 ET); requisitos de acceso, duración y modalidades de formación adecuados en cada caso para los trabajadores adscritos a obras en el sector de la construcción, que se atribuye en exclusiva al convenio sectorial estatal (disp. adic. 3ª Ley 32/2006); garantía de empleo de los trabajadores contratados como fijos discontinuos por parte de las empresas de trabajo temporal (art. 10.3 Ley de empresas de trabajo temporal).

<sup>48</sup> Directiva 97/81, de 15 de diciembre, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial.

Desde esta perspectiva ha de interpretarse que exigir que para celebrar un contrato fijo-discontinuo a tiempo parcial es necesario que ello venga permitido por los correspondientes convenios sectoriales, constituye sin la menor duda un obstáculo de los referidos por la Directiva, que debe eliminarse. En definitiva, o bien se entiende que esta previsión no transpone debidamente la Directiva sobre trabajo a tiempo parcial, o bien obliga a ser interpretada en el sentido de que la ausencia de este acuerdo en el convenio sectorial de aplicación no puede impedir la celebración de un contrato fijo discontinuo a tiempo parcial.

Al margen de las expresas remisiones legales por parte de la reforma a los convenios colectivos, no está de más recordar una vez más que ello no debe conducir al equívoco de pensar que los convenios colectivos sólo pueden intervenir allí donde expresamente se establezca una expresa remisión de las mencionadas. Debe tenerse muy presente que la genérica habilitación legal a que los convenios regulen cuantas materias estimen oportuna, siempre dentro del respeto a las normas imperativas legales, da pie a una intensa y rica actuación sucesiva, complementaria e innovativa, por parte de los convenios colectivos.

Dicho de otro modo, a semejanza de lo que se establece con carácter general para la contratación privada, vía convenio colectivo se puede pactar todo aquello que las partes deseen en el ámbito de la regulación de las relaciones laborales, siempre que ello no sea contrario a la ley, la moral o el orden público.

Por último, indicar que a través de estas remisiones se produce por vía indirecta una intervención sobre la estructura de la negociación colectiva y, en ocasiones, específicas reglas de concurrencia convencional, que juegan como normativa especial frente a la general. Se trata de una técnica bastante habitual, especialmente cuando las reformas son resultado de la concertación social y que en muchas ocasiones pasan inadvertidas.

En efecto, en esas remisiones podemos encontrar las siguientes variantes: uno, remisión indiferenciada a la negociación, colectiva, sin precisa identificación de ámbitos negociales; dos, remisión genérica a los convenios sectoriales, con implícita exclusión de los empresariales; tres, remisión específicas a los sectoriales estatales o autonómicos y, en su defecto, a los sectoriales inferiores, también con implícita exclusión de los empresariales; cuatro, remisión exclusiva al convenio sectorial estatal; quinta, remisión a los convenios sectoriales y, en su defecto, a los de ámbito empresarial. En este último caso la remisión en su defecto es confusa exclusivamente al “acuerdo de empresa”, lo que en clave de interpretación institucional no puede interpretarse como excluyente de que ello se pueda pactar a través del convenio colectivo de empresa.

## 6.6 La Oportunidad de un Nuevo Acuerdo Interconfederal

Tal como se puede fácilmente deducir del análisis hasta ahora realizado de la reforma en materia de negociación colectiva, las nuevas reglas introducidas por la misma es posible aplicarlas de manera directa y automática, sin necesidad de intervención de la negociación colectiva. En algunos casos, ya lo hemos apuntado, puede ser oportuno llevar a cabo algún tipo de adaptación del clausulado de los convenios colectivos a los efectos de acompañarlo a lo previsto en algunos aspectos, tanto en lo que afecta al marco jurídico general de la negociación colectiva como al nuevo régimen de las diversas modalidades de contratación. En otros casos, como se observa, puede aprovecharse la ocasión para atender a las diversas remisiones que la norma reformadora efectúa a la negociación colectiva, especialmente en materia de contratación.

Especial importancia puede tener la adaptación de las cláusulas de los convenios colectivos en materia de jubilación forzosa, dado que cambian los requisitos exigidos a las mismas, si bien a tenor de lo que se ha dicho para muchos convenios no hay prisas en hacerlo a la vista del mantenimiento durante tres años de las cláusulas precedentes conforme a lo previsto en la correspondiente disposición transitoria. En todo caso, dejando al margen lo relativo a algunos aspectos de las cláusulas de jubilación obligatoria, ninguna de las modificaciones requiere necesariamente del complemento de la negociación colectiva, por cuanto que regulación legal en los diversos aspectos en los que interviene resulta autosuficiente y no se provoca, por ello, ningún tipo de laguna jurídica por el hecho de que no haya regulación complementaria o alternativa por parte de los convenios colectivos.

En todo caso, en el nuevo escenario derivado de la reforma y, más ampliamente, en el actual marco económico, social y jurídico en el que nos movemos, sí que parece conveniente abordar la posibilidad de alcanzar un nuevo Acuerdo Interconfederal para el Empleo y la Negociación Colectiva. Así lo aconseja ante todo la virtualidad tan positiva que han tenido los precedentes Acuerdos, especialmente como instrumento de diseño general de la política de rentas y, más ampliamente, de instrumento de marcar pautas de actuación para el conjunto de las comisiones negociadoras.

Ante todo, debe recordarse que el último Acuerdo, pactado con una vigencia de tres años, concluyó su vigencia a finales de 2020<sup>49</sup>. De este modo, en este momento los negociadores de los diferentes convenios carecen de un instrumento de orientación general, que marque las pautas, sea de incrementos

<sup>49</sup> IV Acuerdo de 5 de julio de 2018, BOE 18 de julio de 2018.

retributivos como de política negocial general. La conveniencia de afrontar este Acuerdo Interconfederal no deriva exclusivamente de una práctica bastante extendida desde hace bastantes años de tener este tipo de criterios orientativos generales acordados desde la cúspide de las respectivas organizaciones sindicales y empresariales más representativas, sino por el nuevo escenario en el que nos encontramos, que requiere de un nuevo diseño de la política de rentas. Baste con señalar al efecto, entre otros, hechos tan relevantes como son el impacto de la subida del salario mínimo interprofesional sobre los niveles inferiores de las tablas salariales, en cambio en la tendencia hacia un incremento de la inflación en cuantía a la que no estamos habituados y que no es fácil diagnosticar si se trata de un fenómeno muy limitado en el tiempo o que va a mantenerse durante un periodo más prolongado del deseable, los propios cambios normativos en materia de negociación colectiva que abren paso a nuevas estrategias por sus protagonistas.

Por lo demás, a lo largo de este comentario se han apuntado algunos aspectos no resueltos por las reglas de concurrencia legales, que podría ser atendidas a través de los acuerdos interprofesionales; baste con remitirnos a lo que indicamos respecto de las múltiples incertidumbres que presenta la aplicación práctica de la regla de la prioridad aplicativa del convenio más antiguo (art. 84.1 ET), incluso su falta de adaptación al complejo ámbito en el que nos movemos. Finalmente, no está de más anticipar el asunto pendiente de resolver relativo a la prevalencia aplicativa de los convenios autonómicos, en términos tales que haya o no reforma futura de la regulación actual, algún tipo de adaptación de nuestra estructura de la negociación colectiva habrá que acometer desde el diseño propio de los interlocutores sociales.

Incluso conviene tener presente que los cambios tecnológicos y organizativos en las empresas están provocando una cierto desfase y antigüedad de la definición convencional de los ámbitos funcionales de los diferentes convenios colectivos, incluso problemas de colisión entre convenios de ámbitos funcionales próximos, incluso de emergencia de nuevas empresas que se sitúen en territorios novedosos no incluidos con claridad en los clásicos ámbitos funcionales de los diferentes convenios colectivos; se trata de asuntos de no fácil respuesta a través de los actuales criterios legales de concurrencia, bien que la aplicación de los actuales no ofrece una respuesta razonable a los problemas que se plantean al efecto. En estos términos, puede resultar muy útil aprovechar la elaboración de un nuevo Acuerdo Interconfederal para marcar pautas también en una configuración más moderna y actualizada a los tiempos actuales de nuestra estructura negocial.

## BIBLIOGRAFÍA

ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. Las remisiones a la negociación colectiva por parte de la reforma laboral. En: **Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social**, Andalucía, Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, n.º 161, p. 361-385, 2022.

CALVO GALLEGO, Francisco Javier. El contrato adscrito a obra en el sector de la construcción. En: **Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social**, Andalucía, Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, n.º 161, p. 183 ss. 2022.

CRUZ VILLALÓN, Jesús (Dir. y Coord.). **La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio**. Madrid: Cinca, 2017.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. La promoción de salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. En: AIMO, Mariapaola; FENOGLIO, Anna; IZZI, Daniela (Ed.). **Studi in memoria di Massimo Roccella**. Turín: Ed. Scientifich, 2021. p. 329 ss. (Colección *Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino*, 16).

CRUZ VILLALÓN, Jesús. La recuperación de la lógica institucional en la contratación laboral: el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad contractual. En: **Revista Internacional y Comparada de Derecho de las Relaciones Laborales**, Ed. Lefebvre, n.º 3, p. 209-223, 2016.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. Técnicas jurídicas en la regulación de las medidas laborales y de Seguridad Social ante la crisis sanitaria por el coronavirus. En: **Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos**, Cadiz, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz, n.º 1, p. 11-41, 2020.

ESPAÑA. Gobierno de España. Plan de recuperación, transformación y resiliencia. [S. n., S. 1.], 2021a. Disponible en: <[https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan\\_Recuperacion\\_%20Transformacion\\_%20Resiliencia.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf)>.

ESPAÑA. Gobierno de España. Plan de recuperación, transformación y resiliencia: componente 23: nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo. [S. n., S. 1.], 2021b. Disponible en: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/05052021-Componente23.pdf>>.

IGARTUA MIRÓ, María Teresa. Las medidas sancionadoras frente a la contratación temporal abusiva. En: **Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social**, Andalucía, Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, n.º 161, p. 253-282, 2022.

GARRIDO PÉREZ, Eva. El nuevo régimen jurídico de los contratos formativos tras el Real Decreto-ley 32/2021: la centralidad estructural y finalista de la formación. En: **Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social**, Andalucía, Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, n.º 161, p. 67-106, 2022.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la reforma de 2021. En: **Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social**, Andalucía, Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, n.º 161, p. 217-252, 2022.

MALDONADO MOLINA, Juan Anatonio. Las cláusulas de jubilación forzosa tras la Ley 21/2021. En: **Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social**, Andalucía, Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, n.º 161, p. 407-430, 2022.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. Retorno a la ultraactividad indefinida: ¿cambio que bien merece una reforma o valor simbólico? En: **Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social**, Andalucía, Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, n.º 161, p. 387-405, 2022.

MONEREO PÉREZ, José Luis; ORTEGA LOZANO, Pompeyo Gabriel. Mecanismo RED de flexibilidad interna y garantía de estabilización del empleo (artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores y disposiciones complementarias). En: **Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social**, Andalucía, Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, n.º 161, p. 305-334, 2022.

MORENO VIDA, María Nieves. El contrato temporal por razones productivas. En: **Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social**, Andalucía, Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, n.º 161, p. 107-132, 2022.

RODRÍGUEZ RAMOS, María José. El encadenamiento de contratos. En: **Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social**, Andalucía, Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, n.º 161, p. 155-182, 2022.

SÁEZ LARA, Carmen. Concurrencia entre convenios y modernización de la negociación colectiva. En: **Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social**, Andalucía, Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, n.º 161, p. 335-359, 2022.

VILA TIERNO, Francisco; ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos. Los expedientes temporales de regulación de empleo. En: **Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social**, Andalucía, Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, n.º 161, p. 281-304, 2022.

Submissão em: 7 de abril de 2023

Último Parecer favorável em: 2 de maio de 2023

### **Como citar este artigo científico**

CRUZ VILLALÓN, Jesús. Texto y contexto de la reforma laboral en España de 2021 para la pospandemia. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 2, p. 91-154, maio-ago. 2023.

## **LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR DELITOS AMBIENTALES EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL**

**JUAN ANTONIO MARTOS NÚÑEZ<sup>1</sup>**

A mi amigo Prof. Dr. Miguel Ángel Asturias,  
joven maestro del Derecho Penal Ambiental  
argentino, con afecto.

### **I ANTECEDENTES HISTORICOS-LEGISLATIVOS**

Como es sabido, en el Derecho Penal Romano, regía el principio “societas delinquere non potest”, la “sociedad no puede delinquir”; sólo el hombre o la mujer de carne y hueso podían cometer delitos. Este sacrosanto principio ha sido derogado merced al artículo 31 bis del Código Penal español, incorporado por la LO 5/2010, de 22 de junio y redactado conforme al texto de la LO 1/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor el 1 de julio de 2015.

La referida LO 5/2010 de 22 de junio, tipifica la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Justamente, la “falta de control” motivó que el 3 de diciembre de 2022, 16 Municipios demandaran a empresas del sector del

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho. Exprofesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Correo electrónico: martos@us.es

petróleo y del carbón por contribuciones a impactos devastadores en el cambio climático. Dicha demanda acusó a las empresas de combustibles fósiles por la devastadora temporada de huracanes que azotó a la isla caribeña de Puerto Rico en 2017, con un saldo de miles de muertes y más de 100.000 millones de dólares en daños. En septiembre de eses año el huracán “María” de categoría 4, arrasó prácticamente toda la isla; causó casi 3000 muertes, según cifras oficiales del Gobierno de Puerto Rico y dejó sin viviendas a miles de personas.

La citada demanda argumenta que las empresas del sector del petróleo y el carbón, sabían desde la década de 1970 que sus emisiones de gases de efecto invernadero, probablemente producirían tormentas muy destructivas que amenazarían sus infraestructuras. Pero en lugar de informar los resultados de sus estudios, organizaron una campaña de falacias para poner en duda el cambio climático causado por la actividad humana...<sup>2</sup>

En la doctrina penal española Mir Puig (1996, p. 175), sostiene que si bien resulta acertado político-criminalmente negar la responsabilidad criminal de la persona jurídica -en base a que el Código Penal se refiere a “acciones humanas”-, no obstante, “se echaba en falta en nuestro Derecho tradicional una regulación destinada a evitar que la incapacidad de acción humana de las personas jurídicas permitiera ocultarse tras ellas a las personas físicas para delinquir impunemente”. Por su parte Muñoz Conde y García Aran (2015, p. 237), afirman que “sin atribuirles directamente capacidad de acción, el artículo 31 bis del Código Penal, imputa a las personas jurídicas responsabilidad penal por las acciones de determinadas personas físicas que actúan en su ámbito”.

Y ello sin perjuicio, conforme a las exigencias del Estado de Derecho, del reconocimiento de los derecho fundamentales de la persona jurídica en el sistema jurídico penal y procesal español; a saber:

- derecho a la tutela judicial efectiva.
- derecho a un proceso con garantías.
- derecho a la presunción de inocencia.
- derecho a un juez predeterminado por la Ley.
- principio preventivo: modelo de prevención “corporate compliance”.
- principio acusatorio.

<sup>2</sup> En efecto, un informe del Índice de Riesgo Climático Global DE 2020 indica que Puerto Rico ha sufrido el embate del cambio climático mas que cualquier otro lugar del planeta. Disponible en: <[www.germanwatch.org/en/17307](http://www.germanwatch.org/en/17307)>. Consultado el 19/5/2023.

- prohibición del “ne bis in idem” (Veáse AUBAREDA DALMAU, 2022; FERRE MARTÍNEZ, 2011).

## II FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

El debate doctrinal sobre el modelo definido en el artículo 31 bis del Código Penal, se basa, según las personas físicas autoras materiales del delito, en un sistema denominado “doble vía”.

**A) Autorresponsabilidad** en base a la responsabilidad genuina de la persona jurídica por un hecho propio que la hace culpable: el defecto de organización y control. Se aplicará a los actos realizados por los “subordinados” del segundo apartado del referido artículo 31 bis 1. b). Se trata de la culpabilidad “por defecto de organización”, en cuya virtud, según Tiedemann (1993, p. 169), es importante determinar quien “actúa” como directivo, órgano o representante de la persona jurídica en los casos en que estas personas no realizan un comportamiento activo sino omisivo. Junto al problema dogmático de la posición de garante de estas personas existe el problema legislativo de reconocer y establecer un deber de vigilancia, deber que se distingue de la participación por omisión por el grado de conocimiento que el directivo, etc., tenga del hecho que tiene que impedir. Por consiguiente, la culpabilidad concreta de la persona jurídica puede ser propia de dicha persona jurídica o bien imputada en base al comportamiento de los órganos u otras personas naturales aunque, como subraya Tiedemann (1993, p. 184 y 233)<sup>3</sup>, para todo los delitos es preciso en Derecho Alemán la prueba completa de la culpabilidad penal, “si bien es suficiente, respecto de los atentados al ambiente, la imprudencia del autor.”;

**B) Heterorresponsabilidad o vicarial.** Es la transferencia de responsabilidad desde el exclusivo autor del delito a la persona jurídica una vez acreditados los presupuestos legales para ello. Se aplicará a los actos cometidos por los “altos cargos” del apartado a) del referido artículo 31 bis 1.

El Tribunal Supremo español ha tomado partido por el modelo de “autorresponsabilidad” al considerar, entre otras, la Sentencia, Sala

<sup>3</sup> En este sentido, el artículo 331 del Código Penal español, establece que los hechos previstos en el capítulo III (que regula los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente), serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometidos por “imprudencia grave”.

II, 29/2/2016 que la “ausencia de un sistema de control empresarial eficaz constituye el fundamento último de la responsabilidad penal de la persona jurídica” y, por ende, constituye un elemento del tipo cuya prueba corresponde a la acusación. La confirmación de este modelo fue proclamada también por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala II, 16/3/2016 que consagró la idea de “delito corporativo” sustentado en un “defecto de organización de la persona jurídica”, que ha de probarse y en modo alguno presumirse.

Por consiguiente, para que la empresa responda penalmente habrá que analizar si existía o no un defecto estructural en sus medidas de vigilancia o control que, además, debe ser grave y si este defecto grave y estructural posibilitó o facilitó el delito cometido por sus integrantes. Este defecto grave y estructural en sus medidas de control es lo que se considera **delito corporativo**, del que puede responder la empresa penalmente. La principal consecuencia práctica, de carácter procesal, de este sistema de “autorresponsabilidad de la empresa” es que, en virtud del principio de “presunción de inocencia” la acusación deberá probar el citado delito corporativo. En este sentido, la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones de Costa Rica en lo comercial, determinó el 27/12/2022, que debía confirmarse parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado Nacional de lo Comercial N° 30, en cuanto resolvió condenar a la empresa X a remediar la contaminación existente en el suelo y capas freáticas del predio, otorgando también responsabilidad solidaria al titular del inmueble explotador de la estación de servicio. El Juez de Primera Instancia, ante la falta de determinación de la causa de la contaminación, con fundamento en el “principio precautorio” condenó solidariamente a ambas partes. Actor y demandado apelaron. La Fiscalía de Cámara determinó que corresponde confirmar la sentencia de primera instancia ya que, a pesar de la falta de determinación de la causa, deben tenerse presentes los principios “in dubio pro natura”; “prevención” y “precautorio”.

Asimismo, ratificó la responsabilidad solidaria de ambas partes, en base al Código Civil, sosteniendo que la citada empresa es responsable en su calidad de dueña de los hidrocarburos y de los tanques y el emprendedor en su calidad de titular de la actividad riesgosa; todo ello en base al principio civilista en cuya virtud: “El que causa un daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado”. Ciertamente, el control que debería haber ejercido la persona jurídica se equipara, en este caso, con la “culpa in vigilando”.

### III EL ARTICULO 328 DEL CODIGO PENAL

Dicho precepto dispone que cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, se le impondrán las siguientes penas:

- a) multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad;
- b) multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. Dicho apartado declara que las penas aplicables a las personas jurídicas que tienen toda la consideración de graves son las siguientes:

- b) disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita;
- c) suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años;
- d) clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años;
- e) prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuese temporal, el plazo no podrá exceder de quince años;
- f) inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años;

- g) intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La Intervención se podrá modificar o suspender en todo momento, previo informe del interventor y de Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la supervisión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

Por consiguiente, el Ordenamiento Jurídico español consagra el principio de **capacidad de pena de las personas jurídicas** ya que están presentes tanto las finalidades preventivo especiales y preventivo generales de la pena, como la retribución en sentido amplio (TIEDEMANN, 1993, p. 234).

#### IV EL ARTICULO 31 BIS

El apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal, establece que en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

- a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentar facultades de organización y control de la misma.

El precepto regula la responsabilidad penal de los altos cargos, representantes o mandos de la persona jurídica, basada en la capacidad que

se ha otorgado a dichas personas para obligarla jurídicamente (responsabilidad “por representación”) en las facultades de supervisión o control atribuidas a determinados órganos. Los sujetos de estos delitos serán cargos representativos, directivos, administradores o supervisores. El “representante” podrá ser orgánico con ejecución de los actos comprendidos en el objeto social o voluntario a través de un apoderamiento. En este sentido el artículo 157 de la Ley de Sociedades de Capital establece que los directivos o las personas con poder de representación en la sociedad se consideran “administradores”. Por tanto, los administradores podrán ser investigados por su condición de representantes así como por ser autorizados para la toma de decisiones en nombre de la persona jurídica.

En cuanto a las “personas autorizadas” para la toma de decisiones de manera individual o para formar parte de un órgano de la persona jurídica, se encuentran en este supuesto, los “administradores de hecho o de derecho”; personas físicas o jurídicas, individuales o formando parte de un órgano colegiado, etc. Debe interpretarse como un concepto “latu sensu” y el criterio será el material, concurriendo la responsabilidad en quien tenga el “dominio social del hecho”, según han declarado, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala II 26/1/2007 y 5/7/2012.

Sobre las “personas que ostentan facultades de organización y supervisión (control) dentro de la persona jurídica”, no son altos cargos sino mandos intermedios en posición de garante.

El legislador incluye aquí el **compliance officer**, propio del Derecho estadounidense.

Conforme a la estructura del delito de omisión el **garante** es el sujeto responsable de la Indemnidad de un bien jurídico, en base a una específica función de protección o porque tiene la obligación de controlar la fuente de peligro. En consecuencia, el “compliance officer” no tiene la obligación de velar por el bien jurídico penal (los recursos naturales y el medio ambiente), sino de controlar la correcta información y formación de los directivos, trabajadores y empleados de la organización empresarial, así como de la revisión y actualización de mismo, cuyo cumplimiento exige el referido artículo 31 bis, apartados 2 y 4 del Código Penal.

Por lo que se refiere a los “subordinados” de las personas analizadas anteriormente, se les atribuye un especial deber de garante derivado de la “culpa in vigilando”, en cuya virtud se imputa a los superiores respecto de las personas que se hallen bajo su mando, la comisión de un “delito de infracción de deberes”, por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión,

vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso, según establece el apartado 1 del artículo 31 bis, letra b) del Código Penal. Sin embargo, cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del mencionado artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control, “que no tenga carácter grave”, las penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años, según dispone el citado artículo 66 bis 2ª, párrafo 3º del Código Penal.

La “ratio legis” del precepto radica en que los altos cargos, directivos o administradores no tienen un conocimiento íntegro de todo los actos o negocios jurídicos de la sociedad, especialmente en grandes empresas con organigramas sociales complejos, de ahí la necesidad de ponderar la pena al nivel de exigencia debido al caso concreto y a la valoración de la prueba del debido control de los “subordinados”. Pero es que, además, el mencionado artículo 31 bis, apartado 1, letra a) que regula responsabilidad penal de los altos cargos, representantes o mandos de la persona jurídica, ha introducido la posibilidad de que un acto delictivo imprudente grave, que redunde en beneficio de la sociedad implica que el beneficio debe ser entendido de manera objetiva y, a pesar de la dificultad de la prueba de una acción imprudente grave, con la finalidad de obtener un beneficio económico, el legislador lo permite en aquellos casos en los que ha tipificado la imputación a las personas jurídicas por la comisión de delitos imprudentes graves, entre los que se encuentran los “delitos ambientales”; imputación que se aplica “ex lege” a los **delitos ecológicos**, regulados en los artículos 325 a 327, conforme dispone el mencionado artículo 328 y los “delitos que dañan gravemente un espacio natural protegido” del artículo 330, todos ellos del Código Penal.

En suma, la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos ambientales es “acumulativa”; es decir, no excluye la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan delinquido en su seno, en base al modelo de la “doble incriminación” (MARTOS NUÑEZ, 2021, p. 160). En consecuencia, la responsabilidad penal de las personas jurídicas podrá declararse con independencia de que exista o no responsabilidad penal de la persona física, aún cuando ésta no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella, según dispone el artículo 31 ter, apartado 1, en cuya virtud la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el referido artículo 31 bis.

Lógicamente, el castigo de las personas jurídicas junto a las personas naturales no se opone al principio constitucional del “ne bis in idem”, siempre

y cuando, como subraya Tiedemann (1993, p. 234) “se conciban como autores distintos”. Por tanto, en el modelo español, la responsabilidad penal de la persona jurídica no se basa exclusivamente en su actuación social como tal (denominada responsabilidad propia o directa) sino que también, como afirman Muñoz Conde y García Aran (2015, p. 682), “es responsable por los delitos cometidos por personas físicas que actúan en su ámbito y para beneficiarla”. Sin embargo, la concurrencia en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posible por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubiera sustraído a la acción de la justicia, “no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, conforme establece el mencionado artículo 31 ter 2. del Código Penal.

## **V SUPUESTOS DE EXENCION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS**

### **V.a Entes sin Personalidad y Sociedades Instrumentales**

Cuando la sociedad se configura como una “sociedad pantalla”, es decir, una sociedad sin estructura o voluntad propia, se constituye como un instrumento o herramienta para cometer un delito. En estos supuestos, la persona jurídica es “inimputable”. Las consecuencias jurídicas se prevén en el artículo 129. 1. del Código Penal, en cuya virtud, en caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, “por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis”, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque se lícita.

En este sentido, el legislador ha introducido la previsión del artículo 66 bis, regla 2.<sup>a</sup>, a cuyo tenor, para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años, será necesario que se dé, entre otras, la circunstancia siguiente, prevista en la letra b). Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Por otra parte, la sociedad pantalla “absoluta” es la que se crea con la exclusiva finalidad de satisfacción del interés directo de su creador, sin que se les pueda apreciar “animus societatis” propio, a la que podrá aplicársele la **teoría del levantamiento del velo**; a saber: rasgar la apariencia de personalidad jurídica para poder hallar la verdad material del hecho delictivo que se está cometiendo, como ha declarado, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala II, 10/10/2006 y las consecuencias accesorias del mencionado artículo 129 del Código Penal. La sociedad meramente instrumental o “pantalla” creada exclusivamente para la comisión del delito por la persona física, debe ser considerada al margen del régimen de responsabilidad penal del artículo 31 bis, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de sus existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del artículo 129 del Código Penal.<sup>4</sup>

Por su parte, a las sociedades instrumentales “relativas” se les aplicará el citado artículo 66 bis, ya que en este caso, si podría estimarse la existencia parcial de “animo societario” independiente de la voluntad del fundador materializado en una estructura y en la existencia de medios técnicos y personales dirigidos al fin social. En este caso, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del referido artículo 33 habrá de tenerse en cuenta:

- a) su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o sus efectos;
- b) sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores;
- c) el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física que incumplió el deber de control (artículo 66 bis, regla 1.<sup>a</sup>).

La constitución de una sociedad por una persona física para la comisión de **delitos ambientales, es improbable. Sin embargo, será posible cuando el titular sea una persona jurídica, configurando grupos de empresas.** Conforme al artículo 42 del Código de Comercio y 130. 2 del Código Penal español, se consideran “grupos de empresas” la obtención del control por parte de la sociedad dominante frente a otras compañías denominadas subordinadas, manteniendo cada una de ellas su personalidad jurídica propia y respondiendo

<sup>4</sup> En este sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala II, 5/3/2019.

autónomamente de sus obligaciones. En base a la función preventiva del Derecho Penal, hacer responder a la entidad dominante de las consecuencias accesorias reguladas en el citado artículo 129, que de sus, decisiones pudieran derivarse, constituye un elemento disuasorio en la toma de decisiones ilícitas.

Por otro lado, la impugnación de acuerdos sociales cuando se cause un perjuicio a un socio o a un tercero es posible, dada la naturaleza autónoma de las responsabilidades establecidas en el artículo 31 ter del Código Penal cuyo apartado 2, dispone lo siguiente: la concurrencia en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en los que los hubiesen hecho posible por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieran sustraído a la acción de la justicia, “no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas...” (AUBAREDA DALMAU, 2022, p. 106).

El referido artículo 130.2 del Código Penal pretende proteger las manipulaciones societarias para la elusión de las responsabilidades derivadas de sus actos, siendo el principal problema el extender automáticamente la responsabilidad a la contraparte (por ejemplo el adquirente).

En consecuencia, “la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad que resulten de la escisión”, según dispone el párrafo primero del mencionado artículo 130.2., en cuya virtud, el Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originalmente responsable del delito guarde con ella.

Pero es que además, no extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados o de la parte más relevante de todos ellos, a tenor del párrafo segundo de la citada norma penal.

Por ello es necesario la realización de una buena “Due Diligence” (debida diligencia); es decir, el proceso auditor de diversos ámbitos societarios para analizarla existencia o inexistencia de contingencias ocultas en una entidad; para obtener el conocimiento exhaustivo de una empresa. Se incluyen aspectos contables, laborales, fiscales, cuestiones ambientales y riesgos penales. En cuanto al contenido penal se podrá estructurar en un ámbito procedimental

y otro organizativo. En el primero, se incluirá el análisis de la existencia de procedimientos dirigidos al cumplimiento normativo: el **plan de compliance**, mientras que en el sector organizativo se incluirán todos los elementos de la estructura empresarial.

Por otra parte, el artículo 18 de Ley de Sociedades de Capital, dispone que existe “grupo de sociedades” cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, a cuyo tenor, será sociedad dominante de un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. Por tanto, las “Uniones Temporales de Empresas” (UTES), son agrupaciones empresariales de duración temporal que se configuran para la ejecución de una obra o la prestación de servicio concreta y determinada, que deberá registrarse a tal efecto. Al carecer de personalidad jurídica deberá aplicárseles el referido artículo 129 del Código Penal. Los “grupos de sociedades” se constituyen mediante una sola unidad de decisión y, aunque independientemente tengan todas sus propias direcciones, hay una sociedad dominante que dirige a las demás a la que se le aplica el citado artículo 31 bis.

Finalmente, la “externalización de servicios” (“el outsourcing”), es una estrategia empresarial que consiste en subcontratar determinadas actividades dentro de un proyecto o una organización para que sea otra compañía la que se encargue de prestar esos servicios. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, de 1 de junio sostiene que en estos casos debe aplicarse al artículo 31 bis, ya que dicho precepto debe entenderse en un sentido amplio y procederá apreciar la responsabilidad penal por “subordinados”, artículo 31 bis. 1, b) cuando a pesar de no existir contrato laboral si exista dependencia jerárquica, ya que dichas actividades constituyen parte esencial de la actividad de otra sociedad.

## **V.b La Inimputabilidad**

El artículo 31 quinquies 1, del Código Penal establece que las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, “no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.”

En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, “solamente les

podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33”. Esta limitación no será aplicable cuando “el juez o Tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”, conforme declara el apartado 2 del referido artículo (véase, por todos, LEÓN ALAPONT, 2022).

## VI EL PLAN DE “COMPLIANCE”

El término “compliance” es un anglicismo que define el necesario cumplimiento normativo para evitar la imposición de sanciones a personas jurídicas, así como mejorar la imagen en el mercado de la corporación, tanto en el ámbito penal como en la Responsabilidad Social Corporativa; es decir, el compromiso social, laboral y Medioambiental como valores tangibles para todo tipo de empresas, especialmente la ética en los negocios, la transparencia, la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible.

El modelo de control interno/externo de la empresa **compliance officer** se configura, según la estructura del Código Penal español, en el mencionado artículo 31 bis, cuyo apartado 2 dispone que si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra del apartado anterior (**los altos cargos**), “la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad” si se cumplen las siguientes condiciones:

- 1.<sup>a</sup> el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de comisión;
- 2.<sup>a</sup> la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;
- 3.<sup>a</sup> los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención; y
- 4.<sup>a</sup> no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.<sup>a</sup>

En los casos en que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de la atenuación de la pena.

En suma, la persona jurídica ha de ejercer el **debido control** sobre sus empleados, disponiendo normas, instrumentos y mecanismos para evitar o disminuir el riesgo de que en su seno se cometan delitos. Los instrumentos para ejercer dicho control son los “modelos de organización y gestión” establecidos en el artículo 31 bis., apartado 5 del Código Penal. Dichos modelos de organización o “programas de cumplimiento” consisten en un sistema normativo que constituye una forma de control social empresarial. En todo caso debe destacarse, que tales instrumentos han de ser aplicados eficazmente, de manera que, en opinión de Muñoz Conde y García Aran (2015, p. 685) “no eximan de responsabilidad penal a la persona jurídica el mero hecho de haberlos dispuesto formalmente”.

Según la mencionada norma penal los modelos de organización y gestión deberán cumplir los siguientes requisitos:

- 1.º identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos;
- 2.º establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas en relación a aquéllos;
- 3.º dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos;
- 4.º impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención;
- 5.º establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo;
- 6.º realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Por lo que respecta a los **subordinados**, las personas jurídicas, en los supuestos previstos en el Código Penal, serán penalmente responsables, según el artículo 31 bis. 1:

“b) De los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y

en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en la letra a (“los altos cargos”), han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias de del caso”. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la citada letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En este caso, resultara igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo, según establece el apartado 4 del referido artículo 31 bis. Los modelos de organización y gestión a que se refiere esta apartado respecto a los “subordinados”, deberán cumplir los mismos requisitos establecidos en el mencionado apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal.

Por otro lado, en las personas jurídicas de “pequeñas dimensiones”, las funciones de supervisión a que se refiere la citada condición 2ª del apartado 2, podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviada, conforme dispone el apartado 3 del artículo 31 bis.

El fundamento jurídico de la referida norma se encuentra en el Preámbulo de la citada Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, a cuyo tenor, el “alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control, se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica”. Por consiguiente, lo determinante es la existencia de una complejidad interna, presumible a partir de un suficiente sustrato material organizativo que, de no concurrir, falta el presupuesto para hablar de “imputabilidad penal” por la inexistencia de capacidad de culpabilidad, ya que debido a su mínima estructura, no se da la base desde la que conformarla, y es que no habiendo posibilidad de establecer mecanismos de control, no puede surgir el fundamento de su responsabilidad, de ahí que no toda sociedad pueda considerarse “imputable” en el ámbito penal...<sup>5</sup>

La responsabilidad penal se atribuye a la persona jurídica porque actúa de manera autónoma, a través de sus propios órganos y configurando una voluntad propia que acepta y realiza un hecho contrario al ordenamiento jurídico. La infracción de los deberes de control es un requisito para exigir responsabilidad a la persona jurídica, sin que el **corporate compliance** (los

<sup>5</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala II, 11/11/2022. Ponente. Ángel Luis Hurtado. Adrián. Fundamento Jurídico cuarto.

planes de cumplimiento) pueda entenderse como una “excusa absolutoria”, sino un verdadera eximente, en base a la denominada “cultura del cumplimiento normativo”.<sup>6</sup>

Además de probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del mencionado artículo 31 bis, habrá de acreditarse que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un **delito corporativo**, basado en un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica. En definitiva, deberá probarse:

- hecho de referencia o hecho de conexión. Es el hecho delictivo que comete la persona jurídica en su favor, materializado a través de las personas físicas que la integran;
- déficit organizativo (“antijuricidad”). Falta de control o vigilancia interna. Supone la posibilidad de la persona jurídica de haber actuado de otra forma mediante un sistema adecuado de previsión de los riesgos ambientales que no ha adoptado, para evitar su responsabilidad penal. Debe tenerse en cuenta el caso concreto, las dimensiones de la sociedad o el sector de la actividad empresarial;
- actuación dolosa o imprudente (“culpabilidad”). El dolo de la persona jurídica es el conocimiento y voluntad de realizar la conducta ilícita o la asunción del riesgo de su comisión. La culpabilidad de la persona jurídica tiene, a mi juicio, fundamento normativo basado en los protocolos o procedimientos que concretan el “proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos”, según dispone el requisito 2.º del apartado 5 del mencionado artículo 31 bis del Código Penal.

Por su parte, la imprudencia es la falta “grave” de previsión más allá de la diligencia debida o del deber de cuidado exigible, que hace posible la comisión del delito. Consecuentemente, el órgano de la persona jurídica, encargado de la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención y de control **compliance officer**, debe conocer la legislación medioambiental aplicable en cada caso, dado el carácter de “tipos penales en blanco” de los artículos 325, 326 y 326 bis del Código Penal español, que tipifican conductas que se realizan en todos los casos “contraviniendo las leyes u otras disposiciones

<sup>6</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala II, 29/2/2016.

de carácter general protectoras del medio ambiente”; a saber, entre otras:

- la Norma UNE 150.008:2008 de Análisis y Evaluación del riesgo ambiental;
- el Real Decreto 2090/2008 de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo Parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre de Responsabilidad Medioambiental;
- el Reglamento de la Comunidad Europea n.º 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, relativo a la “Participación Voluntaria de Organizaciones en un Sistema Comunitario de Gestión y Auditoria Medioambientales” (EMAS), que exige los siguientes requisitos para que una empresa pueda incorporarse en el Registro:
  - grado de cumplimiento de la Legislación ambiental;
  - elaborar una declaración ambiental;
  - implantar un sistema eficaz de gestión ambiental;
  - validar esa declaración y presentarla ante la Administración Pública competente;
  - realizar una auditoria interna de la empresa sobre su comportamiento medioambiental, al menos cada tres años.

La adhesión voluntaria al sistema EMAS presupone el cumplimiento estricto de los requisitos que exige el apartado 5 del artículo 31 bis sobre los contenidos indispensables de los modelos de organización y gestión para que la persona jurídica quede exenta de pena (vid. MORADELL, 2021).

## **VII CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES**

Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, declara el artículo 31 quáter del Código Penal,

haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales las siguientes actividades:

- a) haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades;

- b) haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades dimanantes de los hechos;
- c) haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito;
- d) haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

### BIBLIOGRAFIA/WEBGRAFIA

AUBAREDA DALMAU, Laia. **Delitos contra el medio ambiente**: guía práctica para determinar la responsabilidad empresarial: teoría y práctica. Porto: Juruá, 2022.

BALDOMINO DÍAZ, Raúl Andrés. **Bases de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2023.

DAVID TUGUI, Florin. **Las penas previstas para las personas jurídicas en el código penal español**: un estudio teórico-práctico sobre el contenido y la aplicación del sistema de penas diseñado para las personas jurídicas. Madrid: Colex, 2022.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. **Derecho penal de sociedades mercantiles**. Pamplona: Aranzadi, 2022.

FERRE MARTÍNEZ, Carlos. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch, 2011. (Biblioteca Básica de Práctica Procesal, 241.)

GERMANWATCH. Disponible en: <[www.germanwatch.org/en/17.307](http://www.germanwatch.org/en/17.307)>. Consultado el 19/5/2023.

LEO CASTELA, Juan Ignacio. **El perito en compliance**: la ineludible intervención del experto en la administración de justicia penal frente a organizaciones y empresas. Pamplona: Aranzadi, 2022.

LEÓN ALAPONT, José. Personas jurídicas “imputables” e “inimputables” en el régimen de los artículos 31 bis y siguientes del Código Penal. En: **Diario La Ley**, Madrid, Ed. LaLey, Sección Tribuna, n.º 10, 191, 19/12/2022.

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. Derecho penal ambiental español. En: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros (Brasil), Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 2, n.º 2, p. 155-171, 2021.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 4. ed. Barcelona: PPU, 1996.

MORADELL, Jorge. Medio ambiente y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Disponible en: <Interjuez.es>. 2021.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. 9. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

SIMON CASTELLANO, Pere; ABADIAS SELMA, Alfredo. **Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa**. Barcelona: Bosch, 2022.

TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de derecho penal económico** (comunitario, español, alemán). Barcelona: PPU, 1993.

Submissão em: 7 de junho de 2023

Último Parecer favorável em: 12 de agosto de 2023

### **Como citar este artigo científico**

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. La responsabilidad de las personas jurídicas por delitos ambientales en el derecho penal español. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 2, p. 155-173, maio-ago. 2023.

**PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES:  
MARCO DE PROTECCIÓN Y SANCIONES DE LA JUSTICIA EN MENORES EN  
BOLIVIA Y COLOMBIA<sup>1</sup>**

**OMAR HUERTAS DÍAZ<sup>2</sup>**

**LUZ MIREYA MENDIETA PINEDA<sup>3</sup>**

**EDSON ROMARIO PÉREZ MARTÍNEZ<sup>4</sup>**

**RESUMEN**

**E**ste artículo, a partir del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes de Colombia y del Sistema Penal para Adolescentes de Bolivia, analiza los preceptos conceptuales de los principios rectores y finalidades dentro del marco de protección, así como del objeto de las sanciones y medidas impuestas en la justicia penal en menores. Para ello, la metodología es analítica-descriptiva del componente normativo de los códigos y doctrinal del criterio criminológico de la delincuencia juvenil. Para concluir que los sistemas de justicia para con el menor, propician desarticular el ámbito criminal del sujeto a partir de directrices formativas, medidas y sanciones pedagógicas,

<sup>1</sup> Artículo como objeto y resultado de estudio del grupo de investigación “Derechos Humanos y Medio Ambiente” de la Universidad Pedagógica y Tecnología de Colombia en colaboración con el Grupo de Investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica Extrema Ratio IUNAL, reconocido y clasificado MINCIENCIAS en A1 MINCIENCIAS 2021.

<sup>2</sup> Abogado colombiano. Doctor en Derecho y Ciencias de la Educación. Profesor titular de la Universidad Nacional de Colombia. Investigador Senior MINCIENCIAS 2021. Código ORCID: 0000-0002-8012-2387. *e-mail*: ohuertasd@unal.edu.co.

<sup>3</sup> Abogada colombiana. Docente investigadora, asociada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Abogada, especialista en instituciones jurídico políticas. Magíster en Derecho Procesal y Doctora en Derecho Penitenciario por la Universidad. Libre. Correo electrónico: luz.mendieta@uptc.edu.co. Orcid: org/0000-0003-0371-5012.

<sup>4</sup> Abogado colombiano de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Joven Investigador de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. *e-mail*: edson.perez@uptc

desarrollando el principio rector del interés superior de las niñas, niños y adolescentes por los Estados de Bolivia y Colombia.

**Palabras clave:** delincuencia juvenil, pedagogía, responsabilidad, derechos, penal.

### ABSTRACT

This article, based on the Criminal Responsibility System for Colombian Adolescents and the Criminal System for Adolescents in Bolivia, analyzes the conceptual precepts of the guiding principles and purposes within the protection framework, as well as the object of the sanctions and measures imposed in the juvenile criminal justice. For this, the methodology is analytical-descriptive of the normative component of the codices and doctrinal of the criminological criterion of juvenile delinquency. To conclude that the justice systems for the minor, favor dismantling the criminal scope of the subject based on training guidelines, measures and pedagogical sanctions, developing the guiding principle of the best interest of children and adolescents by the States of Bolivia and Colombia.

**Keywords:** juvenile delinquency, pedagogy, responsibility, rights, penal.

## 1 INTRODUCCIÓN

¿Cómo favorecer a una sociedad no inmersa en actuaciones que atenten contra la integralidad colectiva e individual producto de la comisión de delitos? Es quizás un interrogante a partir del cual los Estados han construido un ámbito normativo, institucional y doctrinal en la manera de mitigar el impacto de la criminalidad en los sujetos. La niñez y la adolescencia, implican no solamente factores de resultado en la configuración de sus derechos, sino también en sociedades donde la violencia es reiterativa. Es necesario lograr el restablecimiento y el marco de responsabilidad de los menores para mitigar desde una edad temprana ciclos repetitivos de conductas punibles.

La criminología, como ciencia interdisciplinar, reflexiona sobre la conducta de la personalidad del delincuente y las consecuencias de dicha conducta. En materia de menores de edad, fomenta espacios de su estudio comportamental y de aprendizaje que adoptan estos sujetos por la susceptibilidad que mantienen en la adopción de comportamientos aceptados o no, ante la carencia de madurez en la construcción de conductas propias (SUTHERLAND, 1947).

Por su parte, el Derecho Penal responde al estudio conductual del ser humano, promoviendo la prevención de conductas delictivas en el futuro para garantizar la protección de bienes jurídicos de suma relevancia en la sociedad. Igualmente, el Derecho Penal se encarga de regular el poder punitivo del Estado (Derecho Penal subjetivo) a través de medidas de represión y prevención del delito, con fundamento en los principios y en las normas jurídico penales (Derecho Penal objetivo) que conllevan a la valoración punitiva de sanciones o penas.

Los sistemas de justicia penal para adolescentes, como cualquier otro sistema de justicia, orientan de manera objetiva sus contenidos normativos bajo las directrices que, desde el estudio del núcleo original de las actividades delictivas, a partir de las doctrinas y el área interdisciplinar que la criminología desarrolla en un ámbito legal que no solamente mitiguen las conductas cometidas, sino que también cuenten con un cúmulo garante de derechos en su aplicación, propiciando escenarios de responsabilidad formativa en su no reinserción, como proceso de resocialización. Así pues, los contenidos de justicia para menores corresponden a los tratados internacionales de prelación de las niñas, niños y adolescentes, como son la Convención Sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989), la Declaración de los Derechos del Niño (ONU, 1959) y las Reglas de Beijing (ONU, 1985).

En tal sentido, en un primer momento, este escrito revisa desde un plano general, los factores criminológicos de la incidencia de la delincuencia juvenil determinando los enfoques individuales, colectivos y pedagógicos de conductas desviadas. Por medio de una descripción jurisprudencial y normativa se aborda la protección que los Estados de Colombia y Bolivia propugnan para la población infantil y adolescente protegiendo sus derechos, y exponiendo los principios que orientan los sistemas de justicia penal de menores. Finalmente, con los criterios conceptuales de los principios de la normatividad de Bolivia y de Colombia, así como con la descripción de las sanciones y medidas que regulan las conductas desviadas de los menores, se logra determinar que el alcance de protección y de responsabilidad penal dentro de estos compendios legales, se orienta en garantizar el interés superior de la población de los niños, niñas y adolescentes, y que su marco de regulación se fomenta con una finalidad pedagógica.

## **2 CRITERIO CRIMINOLÓGICO SOBRE LA DELINCUENCIA JUVENIL**

Analizar los factores criminológicos y comportamentales del actuar delictivo de los menores, permite identificar una génesis de la criminalidad de

los resultados circunstanciales del comportamiento desviado y antisocial que se observa en los jóvenes y en la primera infancia. Es por ello que en un primer momento, establecer desde un margen reflexivo los factores que inciden en la personalidad del menor y la incidencia del contexto social que le es susceptible a la criminalidad, es óbice en la identificación de las conductas antisociales en la primera infancia desde los criterios teóricos.

### **3 TEORÍA DEL DESARROLLO Y APRENDIZAJE**

El principal exponente de las teorías del desarrollo es Farrington, en su denominada teoría integradora, en la que el autor hace una distinción entre el desarrollo que presentan las tendencias antisociales en los individuos y la ocurrencia de conductas delictivas. En este aspecto, Farrington establece 3 procesos que facilitan el desarrollo de comportamientos antisociales de la población infantil y juvenil:

- a) la ocurrencia del delito depende de las oportunidades que se presenten para su consumación y el análisis anticipado del costo-beneficio;
- b) el individuo se direccionará hacia la conducta antisocial en la medida en que exista un proceso de aprendizaje que conduzca a tendencias antisociales en el comportamiento;
- c) la mayor o menor tendencia antisocial se desarrollará en la medida en que el joven fortalezca sus habilidades para satisfacer objetivos propios acatando las disposiciones legales (FARRINGTON, 1996, p. 68-148).

La teoría del aprendizaje en su componente social, identifica la forma en la que se origina la conducta delictiva y la manera en la que persiste, la cual además se relaciona con la interacción entre factores conductuales, emocionales, y cognitivos (REDONDO ILLESCAS; MARTÍNEZ CATENA; ANDRÉS PUEYO, 2011). El autor que abanderó esta teoría, Albert Bandura, sostiene que los factores sociales son las variables que principalmente son determinantes para la evolución de la conducta humana y la formación de la personalidad individual. Dicho autor se ha enfocado en el análisis de la conducta infantil, de la cual deduce que el proceso de aprendizaje social que en la primera infancia adquiere el menor, tendrá una continuidad en la etapa de la madurez, en vista de que las experiencias que vivencia producen modelos de conducta. (BANDURA; WALTERS, 1988, p. 11).

## **4 FACTORES DE CRIMINALIDAD EN LOS MENORES DE EDAD**

Autores como Redondo y Vásquez establecen la existencia de una serie de factores que inciden en el origen o en la permanencia de conductas delictivas, denominados factores de riesgo, los cuales pueden presentarse de dos maneras: la primera se relaciona con aquellos aspectos que forman parte del individuo y son susceptibles de modificaciones, catalogados como factores dinámicos, y la segunda, alude a los aspectos del pasado de un delincuente, que no se pueden modificar, catalogados como factores estáticos (REDONDO ILLESCAS, 2007; VÁSQUEZ GONZÁLEZ, 2003). Estos factores se constituyen de los elementos que se desarrollan a continuación:

### **4.1 Factores desde el Punto de Vista Individual**

Se encuentran entre estos la necesidad de los individuos de verse impulsados por el riesgo, de incumplir con las obligaciones, buscar nuevas experiencias, problemas de atención o hiperactividad propios de los individuos, tendencia al engaño, egocentrismo, etc. (REDONDO ILLESCAS; MARTÍNEZ CATENA; ANDRÉS PUEYO, 2011; VÁSQUEZ GONZÁLEZ, 2003).

Igualmente, en este aspecto, se logra percibir de qué manera distintas circunstancias resultan determinantes para el desarrollo de comportamientos criminales, como por ejemplo ser víctima de agresión en la infancia, acoso, vivir en un entorno de bajas oportunidades, de pobreza, de desinterés en el acceso a la educación, falta de aspiraciones personales, el consumo de sustancias psicoactivas, son claras evidencias del proceso de conducta antisocial en menores y jóvenes.

### **4.2 Factores desde el punto de vista familiar**

Estos factores son de suma importante frente al desarrollo de la criminalidad en los jóvenes ya que como institución fundamental dentro de la sociedad es indispensable su contribución en la protección especial brindada a los menores. Sin embargo, en ella se vislumbra la incidencia que en algunos casos resulta negativa y propulsora de conductas antisociales en los jóvenes debido a la falta de supervisión de autoridades paternas, malos tratos de familiares, la crianza inadecuada, la falta de comunicación o carencias afectivas, los bajos ingresos familiares (REDONDO ILLESCAS; MARTÍNEZ CATENA; ANDRÉS PUEYO, 2011;

SANABRIA; URIBE RODRÍGUEZ, 2010; VÁSQUEZ GONZÁLEZ, 2003). De igual forma, la poca relación entre padres e hijos y los conflictos que en el núcleo familiar se originen, la excesiva disciplina y castigo frente al comportamiento de los menores, o en el otro extremo, la falta de vigilancia y/o supervisión, son elementos claves para posibilitar al menor un ambiente delincuenciales.

#### **4.3 Factores en el componente educativo**

La formación académica es fundamental para que el menor se desarrolle en una institución educativa que opere como inhibidor de la delincuencia, teniendo en cuenta que el abandono e inasistencia escolar o el ausentismo, contribuyen al proceso de la conducta antisocial y delictiva en razón a que conceden mayores oportunidades para el crimen (FARRINGTON, 1997; SANABRIA; URIBE RODRÍGUEZ, 2010, citados en VÁSQUEZ GONZÁLEZ, 2003).

#### **4.4 Factores en el aspecto social**

El ambiente en el cual se desarrolla una persona incide de manera clara en su comportamiento, presentando así una tendencia antisocial y delictiva, que con posterioridad a sus primeras etapas de vida debe adaptarse al entorno; por tal razón, los entornos de violencia, de pobreza, vicios y delincuencia, incitan a la imitación de dichos comportamientos desviados (BARRAZA, 2009; RECHEA ALBEROLA; BARBERET HAVICAN; MONTAÑÉS RODRÍGUEZ; ARROYO ZAPATERO, 1995; REDONDO ILLESCAS; MARTÍNEZ CATENA; ANDRÉS PUEYO, 2011; SANABRIA; URIBE RODRÍGUEZ, 2010).

El joven, en su afán de aceptación dentro de grupos sociales, se ve influido por conductas antisociales; asimismo, las malas condiciones de vida en las que se forme desde su primera infancia, son factores de riesgo que facilitan las conductas criminales en este sector de la población.

### **5 EL CARÁCTER IMPERATIVO DE LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA**

La niñez y la adolescencia representan para un Estado, la auto realización del mismo, dirigida a la formación integral de individuos en valores de correlación y fundamentación de trato con sus iguales, carácter ético de decisión que amerite

respuesta de responsabilidad de no repercusión para con sus colectividades y un compendio moral que formule un objetivo de respeto para con la familia y el Estado.

Colombia y Bolivia responden para con sus poblaciones de infantes y adolescentes no solamente con un marco constitucional, respectivamente de Estado Social de Derecho y Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, para la protección y garantía del desarrollo de esta población en sus etapas de crecimiento y prelación en sus derechos a la educación, alimentación, vivienda, salud, respondiendo a un marco imperativo como lo es la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino que las relacionan también, en su evolución normativa y directrices de justicias como lo son el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, contenido en la Ley 1098 de 2006 en Colombia y el Sistema Penal para Adolescentes dentro del marco de la Ley N.º 548 de 2014 en Bolivia.

De tal forma, uno de los óbices que llevó al legislador colombiano a promover y crear el Código de la Infancia y la Adolescencia, fue el carácter demandante de la coexistencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño –tratado internacional que forma parte del bloque de constitucionalidad–, fundamentado en la protección integral del niño con la regulación interna –Código del Menor en su momento–, basado en el paradigma de la situación irregular en su no promoción en el momento, criticada tanto por el Comité de los Derechos del Niño, como por la doctrina internacional. (GUÍO CAMARGO, 2011).

De lo anterior, el Código de la Infancia y la Adolescencia colombiano respondió con la inclusión valiosa de hacer de los menores, sujetos de derechos protegidos por un ámbito institucional que pregona la reorientación de su formación, salvaguardando sus derechos y facultando su crecimiento con lineamientos que corresponden a suplir sus necesidades. En términos generales las características del CIA, corresponden a las definidas por García Méndez (1998):

- i. son un instrumento para el conjunto de la categoría infancia y no sólo para aquellos que están en circunstancias particularmente difíciles;
- ii. la función judicial tiene como misión resolver conflictos de naturaleza jurídica;
- iii. las deficiencias más agudas son percibidas como omisiones de políticas sociales y no como problemas del niño;
- iv. aseguran el principio básico de igualdad ante la ley;

- v. eliminan las internaciones no vinculadas a la comisión –debidamente comprobada– de delitos o contravenciones;
- vi. consideran a la infancia como un sujeto pleno de derechos;
- vii. incorporan explícitamente los principios constitucionales relativos a la seguridad de la persona, así como los principios básicos del derecho contenidos en la Convención Internacional (p. 27-28).

Bolivia, dentro de su componente constitucional, enmarca un sentido consecuente en la atención preferente para los adolescentes, en atención al respeto de su dignidad y priorización del deber del Estado en no preceptuar un carácter sancionador que subyuga la libertad del menor con medidas privativas, sino por el contrario, formativo en sus derechos, como se observa en el párrafo II del artículo 23 de su texto constitucional:

Se evitará la imposición a los adolescentes de medidas privativas de libertad. Todo adolescente que se encuentre privado de libertad recibirá atención preferente por parte de las autoridades judiciales, administrativas y policiales. Éstas deberán asegurar en todo momento el respeto a su dignidad y la reserva de su identidad. La detención deberá cumplirse en recintos distintos de los asignados para los adultos, teniendo en cuenta las necesidades propias de su edad. (Bolivia. Constitución Política de Estado, 2009).

A su vez, el Código Niña, Niño y Adolescentes (CNNA) responde a las directrices de su norma superior, tomando en cuenta que quienes componen la población de menores son titulares de derechos y con estipulaciones en sus deberes y límites, priorizando el proceso de su desarrollo inmerso a su “[...] identidad étnica, sociocultural, de género y generacional; y a la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones” (Constitución Política de Estado, 2009, art. 58). El aspecto normativo bajo el contenido formativo que orienta el articulado de Bolivia, mantiene un sentido de protección constitucional frente a toda sanción violenta contra los niños, niñas y adolescentes en su ámbito familiar y social (Constitución Política de Estado, 2009, art.61), más aún cuando:

Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado. (Bolivia. Constitución Política de Estado, 2009, art. 60).

Bolivia, en su marco de justicia para su población de menores, prioriza un contenido normativo dentro de todos los escenarios en procedimientos que no afecten a su libertad, a partir de su Protocolo de Salidas Alternativas en el Sistema Penal para Adolescentes. El Ministerio de Justicia y Transparencia de Institucional de Bolivia, por medio de su Resolución Ministerial N.º 23/2020, teniendo presentes los instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño y Reglas de Beijing, complementa y amplía el margen del Interés Superior de los niños, niñas y adolescentes en el interés del Estado Boliviano, en el ámbito de la Conciliación y la Reparación del Daño, preceptuado en el Libro Tercero de la Ley N.º 548 de 2014, como elemento imperativo en la búsqueda de hacer de su justicia para la menores reeducadora y no restrictiva de las libertades de esta población (Resolución Ministerial N.º 23/2020, 2020).

El Estado colombiano, en respuesta a la protección especial de esta población de acuerdo a disposiciones jurídicas tanto a nivel nacional e internacional, propugna:

[...] la necesidad de proporcionar a los niños una protección especial enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño. La Constitución Política colombiana de 1991 consagró la protección especial de los niños, al disponer en su Art. 44 que son derechos fundamentales de los mismos la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión (Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, C-740, 2008).

Por contenido de especial protección, las institucionalidades de Bolivia y Colombia fomentan un criterio que prioriza la libertad del menor, aun cuando esté inmerso en situaciones de reparación integral y de responsabilidad por actuaciones que responden ante la justicia penal de menores; razón que soporta, un criterio pedagógico en su formación y velación de sus derechos fundamentales reconocidos en las cartas superiores de cada país.

## **6 PRINCIPIOS Y SU COMPONENTE DE PROTECCIÓN EN LA JUSTICIA PENAL PARA MENORES**

El marco de protección que orienta a las directrices del ámbito normativo, tanto del Código de la Infancia y la Adolescencia colombiano (CIA), como del

Código del Niño, Niña y Adolescente (CNNA) de Bolivia, destaca no solamente un interés por delimitar un criterio de deberes y limitantes en la responsabilidad de los menores, sino que procura promover un cuerpo normativo que responda en la protección de los derechos de la población en su aplicación.

Dentro de los objetos de aplicación, las normas sustantivas y procesales versan sobre la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, garantizando sus derechos y libertades (Ley 1098, 2006) dentro del apartado colombiano; asimismo, dentro del contenido de Bolivia como también es observado en Colombia, la garantía de los derechos se mantiene mediante la corresponsabilidad del “Estado en todos sus niveles, la familia y la sociedad”. (Bolivia. CNNA. Ley 548, 2014, art. 1).

Dentro de este ámbito, el estudio y la creación de sistemas de justicia penal de responsabilidad de niñas, niños y adolescentes, dentro de un parámetro penal y judicial, se deben desarrollar con objetivos que depositen en los mismos, lineamientos normativos que solamente busquen la protección de estos individuos. Se abordarán de tal forma los principios que integran el CIA, que se mencionarán respectivamente: el desarrollo armónico y la igualdad, la protección integral, el interés superior del niño, niña o adolescente; y en un segundo momento de manera taxativa los principios que integran al CNNA.

El desarrollo armónico y la igualdad del Código de la Infancia y la Adolescencia colombiano, responde dentro de un parámetro finalista a partir de su artículo primero con dos principios que constituyen como consecuencia de la directriz de la carta política, la forma en la que el CIA responde a la población de menores en Colombia.

El carácter inicial de la norma expone:

**6.a Garantizar a los Niños, a las Niñas y a los Adolescentes su Pleno y Armonioso Desarrollo para que Crezcan en el Seno de la Familia y de la Comunidad (Colombia. Ley 1098, 2006).**

La carta política de Colombia observa exigible el anterior principio dentro del artículo 42 en su párrafo segundo cuando afirma: “El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.” (Constitución Política, 1991). Lo cual es

de importancia dentro de la connotación que suscita un compromiso constructivo de la niñez y la adolescencia, cuando los menores componen el núcleo familiar.

De igual forma este principio de desarrollo armónico se encuentra en el artículo 44 en su parágrafo segundo cuando afirma:

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. (Colombia. Constitución Política, 1991).

Observando el carácter legislativo de la creación de la norma, la Corte Constitucional de Colombia señala este principio de la siguiente forma:

De otro lado, en nuestro ordenamiento superior el artículo 44 contiene los presupuestos básicos para la comprensión de los derechos de los menores de edad. Esta disposición consagra, en primer término, la fundamentalidad expresa y prevalente de sus derechos, y no sólo de aquellos a los que hace referencia el mismo enunciado sino de los demás previstos en la Constitución, en la Ley y en los Tratados Internacionales ratificados por el país. En segundo término, el artículo prevé un mandato de protección frente a cualquier situación que atente, entre otros aspectos, contra su condición física y moral; mandato que, además, involucra a la familia, a la sociedad y al Estado. En tercer término, consecuencia necesaria de su dignidad, se establece que la finalidad de la protección debida a los menores consiste en garantizar su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos (Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, C-113, 2017).

Regulación jurídica de protección colombiana a niños y adolescentes como una forma de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos y el desarrollo armónico e integral de los mismos.

## **6.b Reconocimiento a la Igualdad**

El carácter diferencial que suscita el CIA en Colombia tiene prevalencia en el ámbito de reorientar sus normas, muy distintas con el código penal, en términos de sanciones y por el claro objetivo pedagógico que se busca por medio de salvaguardar los derechos de los menores, lo cual no debe confundirse con

el concepto de igualdad. El principio de igualdad no es otro que esbozar el restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en estado de marginación, sin excepción alguna.

Por su parte, el principio integral que recoge el CIA, es “el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior” (Ley 1098, 2006, art. 7). La Corte Constitucional se refiere a este principio como:

La Ley 1098 de 2006, o Código de la Infancia y la Adolescencia, fue producto de un largo esfuerzo por parte de diferentes actores que concurrieron en el impulso de un cuerpo normativo imprescindible para un grupo poblacional que, desde el derecho internacional de los derechos humanos y el marco constitucional introducido por la Carta de 1991, exigía un tratamiento acorde con sus particularidades, en un escenario de protección integral... Por tal motivo, la finalidad que subyace a la normativa especial en su favor, que parte de su capacidad como sujetos de derechos, es garantizar su desarrollo armónico e integral, para contar con miembros libres, completamente autónomos y partícipes de la sociedad democrática en el futuro (Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, C-113, 2017).

Siendo el pilar de atención especial la orientación del menor, la categoría del Derecho Penal y el sistema de responsabilidad de estos individuos, no puede ser otra que la protección fundamental y diferencial respecto al trato de la normatividad de código penal en Colombia. Es de esta forma que un principio rector del código de la infancia y la adolescencia es el interés superior del niño, niña o adolescente, el cual es expresado por la Corte Constitucional:

Es razonable concluir que el interés superior del menor es un principio rector en cuanto al trato normativo de los niños y las niñas, dirigido tanto a quienes crean y aplican las normas jurídicas, como a quienes implementan políticas o se relacionan con ellos en desarrollo de su rol social. Y a su turno el principio de prevalencia de los derechos de los menores de dieciocho (18) años sobre los derechos de los demás, se configura como una manifestación de este principio en el contexto de los fenómenos de creación y aplicación del derecho. En este orden, el principio de interés superior del menor obliga, entre otros, a determinar el alcance de los contenidos normativos cuyo sentido es la protección de niños y niñas, de conformidad con la opción hermenéutica más favorable (Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, C-442, 2009).

El Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia, desarrolla una estructura garantista a partir de su contenido normativo al categorizar a la población infante y adolescente como sujetos de derechos, la obligación primordial del Estado en la protección de sus derechos, y la función de la sociedad y la familia en proveer oportunidades para el desarrollo integral en igualdad y equidad de los menores (Bolivia. Ley 548, 2014, art. 8).

Comprende el CNNA, el Sistema Plurinacional Integral de la Niña, Niño y Adolescente y el Sistema Penal para Adolescentes, los cuales son la integración articulada de los diferentes órganos e instituciones que tiene como objetivo garantizar la plena garantía de los derechos de la población infante y adolescente, demarcando que para el cumplimiento de sus finalidades le deben asistir políticas públicas competentes en el marco de la protección y responsabilidad penal para con el menor (Bolivia. Ley 548, 2014, art. 13).

El interés superior dentro del marco de principios que le asiste para con el CNNA, comporta un lineamiento que favorezca al desarrollo integral y goce de los derechos y garantías de los menores, y dentro del contenido que determina ese aspecto íntegro, se debe apreciar:

[...] su opinión y de la madre, padre o ambos padres, guardadora o guardador, tutora o tutor; la necesidad de equilibrio entre sus derechos, garantías y deberes; su condición específica como persona en desarrollo; la necesidad de equilibrio entre sus derechos y garantías, y los derechos de las demás personas (Bolivia. Ley 548, 2014, art. 12).

A su vez, el marco de la igualdad y la no discriminación, la equidad de género en el acceso a las mismas oportunidades, la diversidad cultural en el reconocimiento y respeto de la identidad y el desarrollo integral en el aspecto múltiple dentro del espectro personal y colectivo (Ley 548, 2014, art. 12), son los principios que resaltan el contenido garante y priorizado del Estado de Bolivia que propugna un espectro de corresponsabilidad para con los derechos de la población infante y adolescente, en su ámbito de responsabilidad penal. De manera taxativa, se expondrán los principios que acompañan al cuerpo normativo del Código Niña, Niño y Adolescente:

**Marco de Principios del Código Niña, Niño y Adolescente**

**Principios y contenido**

<p>1. <b>Interés superior:</b> Por el cual se entiende toda situación que favorezca el desarrollo integral de la niña, niño y adolescente en el goce de sus derechos y garantías.</p> <p>2. <b>Prioridad absoluta:</b> Por el cual las niñas, niños y adolescentes serán objeto de preferente atención y protección, en la formulación y ejecución de las políticas públicas, en la asignación de recursos, en el acceso a servicios públicos, en la prestación de auxilio y atención en situaciones de vulnerabilidad, y en la protección y socorro en cualquier circunstancia, obligándose todos los corresponsables al cumplimiento efectivo de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes.</p>	<p>1. <b>Igualdad y no discriminación:</b> Por el cual las niñas, niños y adolescentes son libres e iguales con dignidad y derechos, y no serán discriminados por ninguna causa</p> <p>2. <b>Equidad de género:</b> Por el cual las niñas y las adolescentes, gozan de los mismos derechos y el acceso a las mismas oportunidades que los niños y los adolescentes</p> <p>3. <b>Diversidad cultural:</b> Por el cual a las niñas, niños y adolescentes se les reconoce y respeta su identidad y pertenencia a una cultura.</p> <p>4. <b>Desarrollo integral:</b> Por el cual se procura el desarrollo armónico de las capacidades físicas, cognitivas, afectivas, emocionales, espirituales y sociales de las niñas, niños y adolescentes, tomando en cuenta sus múltiples interrelaciones y la vinculación de éstas con las circunstancias que tienen que ver con su vida.</p>
<p>3. <b>Participación:</b> Por el cual las niñas, niños y adolescentes participarán libre, activa y plenamente en la vida familiar, comunitaria, social, escolar, científica, cultural, deportiva y recreativa. Serán escuchados y tomados en cuenta en los ámbitos de su vida social y podrán opinar en los asuntos en los que tengan interés.</p>	<p>5. <b>Diversidad cultural:</b> Por el cual a las niñas, niños y adolescentes se les reconoce y respeta su identidad y pertenencia a una cultura.</p> <p>6. <b>Desarrollo integral:</b> Por el cual se procura el desarrollo armónico de las capacidades físicas, cognitivas, afectivas, emocionales, espirituales y sociales de las niñas, niños y adolescentes, tomando en cuenta sus múltiples interrelaciones y la vinculación de éstas con las circunstancias que tienen que ver con su vida.</p>

**Fuente:** Elaboración propia. **Datos:** Bolivia. Ley 548 de 2014.

## 7 SISTEMAS DE JUSTICIA PENAL PARA MENORES

Hasta el momento se ha realizado la conceptualización y fundamentación de los lineamientos en directrices y principios que le asisten al Código de la Infancia y de la Adolescencia en Colombia, y al Código Niña, Niño y Adolescente de Bolivia, los cuales se incluyen dentro de los convenios internacionales, dentro del parámetro de prevalecer el carácter superior de los menores en la codificación de la regulación de su actuar. Se abordará lo que el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes y el Sistema Penal para Adolescentes representan en la finalidad de sus funciones.

La finalidad del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia, suscita una respuesta estatal respecto al margen de actuación de tratamiento con los menores, enfatizando el carácter diferencial y por lo tanto de protección para con los mismos. Dentro de esta adecuación:

el carácter específico y diferenciado del proceso y de las medidas que en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes se adopten respecto del sistema de adultos, precisa que en caso de conflictos normativos entre las disposiciones del Código de la Infancia y la Adolescencia y otras leyes, al igual que para efectos de interpretación normativa, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema (Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, C-442, 2009).

Esta determinación en el procedimiento penal que aborda el carácter específico y diferenciado que transformó el Código de la Infancia y la Adolescencia, implica dos procesos: judicial y de restablecimiento de sus derechos. Su garantía y protección integral implica un sistema complejo, integrado por instituciones del orden nacional y territorial, bajo el principio de corresponsabilidad entre la Familia, la Sociedad y el Estado (RUIZ-HERNÁNDEZ, 2011)

El contenido normativo del Sistema Penal para Adolescentes de Bolivia responde al conjunto institucional orientado al establecimiento de la responsabilidad penal, suscitando dentro del mismo, un compendio de aplicación y control de las denominadas medias socio-educativas (Ley 548, 2014, art. 259).

El desarrollo de garantías para con el sujeto adolescente se enmarca en la proporcionalidad de la sanción, proceso y asistencia integral, así como en la defensa especializada y gratuita, y medidas socio-educativas que permitan al menor, dentro del proceso de responsabilidad, restablecer sus derechos. Es

por ello que las autoridades que integran el Sistema Penal para Adolescentes deberán garantizar “los derechos de adolescentes que se encuentren en su ámbito de actuación”. (Ley 548, 2014, art. 270)

El compendio normativo de las directrices de la responsabilidad penal en materia de adolescentes, destaca un apartado sancionador y restaurativo en criterios de la dignidad para con el sujeto sancionado. Es así que “si la o el adolescente estuviere sujeto a medidas socioeducativas privativas de libertad, tiene derecho a ser tratada y tratado con el respeto que merece su dignidad” (Ley 548, 2014, art. 142), y de grado de proporcionalidad, de las sanciones y de las medidas socioeducativas siendo las mismas racionales.

Respondiendo también al aspecto pedagógico y de la no reincidencia delictiva, el CNNA presenta, dentro del ámbito de aplicación, entidades tales como: Centros de Orientación y Centros de Reintegración Social. Los primeros presentan el tratamiento y la atención de las medidas socioeducativas en libertad, permanencia domiciliaria, y medidas cautelares en libertad para con los sujetos adolescentes. Dentro de sus objetivos en el criterio educativo se observa que los centros priorizan “Desarrollar y aplicar el programa de remisión, promover la conciliación, acompañar el cumplimiento de las medidas socioeducativas”. (Bolivia. Ley 548, 2014, art. 333)

Por su parte, los Centros de Reintegración Social llevan a cabo las medidas socioeducativas en cumplimiento de la detención preventiva, en el régimen en tiempo libre, semiabierto y de interacción. Su objetivo educacional y formativo corresponde en el desarrollo de proyectos educativos e individualizados en los centros de atención, así como promover en los (as) adolescentes actividades “educativas, ocupacionales, terapéuticas, lúdicas, culturales y recreativas, individuales y grupales” (Ley 548, 2014, art. 333), como objeto de reinserción social.

Finalmente, dentro del régimen de sanciones se distinguen: 1. La amonestación. 2. La imposición de reglas de conducta. 3. La prestación de servicios a la comunidad. 4. La libertad asistida. 5. La internación en medio semicerrado. 6. La privación de libertad en centro de atención especializado (Colombia. Ley 1098, 2006); todas respondiendo en el sentido de su cumplimiento en programas desarrollados y lineamientos diseñados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), deberán corresponder a las finalidades de las sanciones como son todas aquellas orientadas por una finalidad protectora, educativa y restaurativa, y se aplicarán con el apoyo de la familia y de especialistas (Colombia. Ley 1098, 2006).

De manera consecuente, en el Sistema Penal para Adolescentes se distinguen no sanciones sino medidas encauzadas dentro del componente socioeducativo impuestas en libertad como lo son: Prestación de servicios a la comunidad y Libertad asistida. Igualmente, aquellas con restricción de libertad como: Régimen domiciliario, Régimen en tiempo libre y Régimen semiabierto. El régimen semiabierto es la medida dentro del Sistema Penal para Adolescentes cuya finalidad es la incorporación en un centro especializado, donde el adolescente permanecerá en el tiempo en que dure la sanción, y podrá salir del mismo para realizar actividades formativas y de educación (Ley 548, 2014) dentro del marco de los Centros de Orientación y Centros de Reintegración Social (Colombia. Ley 1098, 2006), mencionados anteriormente de manera respectiva.

## 8 CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto en este artículo científico se exponen las siguientes conclusiones:

Los sistemas de justicia para menores en el contexto de Bolivia y Colombia, dentro de sus contenidos de responsabilidad y protección para con la población infante y adolescente, propugnan por la correcta integralidad del restablecimientos en derechos de los sujetos objeto de corrección, así como la determinación de la gradualidad de la sanción o medidas a partir de las cuales los niños y adolescentes ingresen en los programas de acompañamiento social dentro de los contenidos de custodia y cuidado institucional.

Los principios, siendo criterios de optimización del CIA y del CNNA, amplían el reconocimiento de los menores infractores no como simples sujetos de judicialización, sino a partir del interés superior como elemento de salvaguarda, encaminan a que la conducta adoptada sea tratada a partir de sistemas de pedagogía priorizando los escenarios de la no reincidencia delictiva.

## BIBLIOGRAFÍA

BANDURA, Albert; WALTERS, Richard H. **Aprendizaje social y desarrollo de la personalidad**. Madrid: Alianza, 1988.

BARRAZA PÉREZ, Rolando. Delincuencia juvenil y pandillerismo: hombre y sociedad. En: **Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada**, v. 3, p. 1-10, agosto-diciembre 2009.

BOLIVIA. Constitución Política de Estado (CPE). 2009.

BOLIVIA. Ley 548 de 2014. Código Niña, Niño, y Adolescente (CNNA) Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, La Paz, 17 de julio de 2014.

BOLIVIA. Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional. Resolución Ministerial N.º 23/2020. Protocolo de Salidas Alternativas en el Sistema Penal para Adolescentes.

COLOMBIA. Constitución Política de Colombia [CP]. 1991.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-113. Bogotá, 22 de febrero de 2017.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-442. Bogotá, 8 de julio de 2009.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-740. 23 de julio de 2008.

COLOMBIA. Ley 1098 de 2006. Código de la Infancia y la Adolescencia. Congreso de la República de Colombia. DO n.º 46.446. Bogotá, 8 de noviembre de 2006.

FARRINGTON, David P. The explanation and prevention of youthful offending. In: HAWKINS, J. David (Ed.). **Delinquency and crime: current theories**. New York: Cambridge University Press, 1996. p. 68-148.

GARCÍA MENDEZ, Emilio. **Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina**: de la situación irregular a la protección integral. 3. ed. Bogotá: Unicef, 1998.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO ILLESCAS, Santiago. **Principios de criminología**. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

GUÍO CAMARGO, Rosa Elizabeth. La constitucionalización del derecho de infancia y adolescencia en Colombia. 2011. Trabajo de Grado (Maestría en Derecho)– Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2011.

ONU - ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General [ONU] (1959). Declaración de los Derechos del Niño adoptado por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV). Naciones Unidas. Disponible en: <<https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>>.

ONU - ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General [ONU] (1985). Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985. Naciones Unidas. Disponible en: <<http://www.cidh.org/ninez/pdf%20files/Reglas%20de%20Beijing.pdf>>.

ONU - ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General [ONU] (1989). Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Naciones Unidas. Disponible en: <[https://www.ohchr.org/sites/default/files/crc\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/crc_SP.pdf)>.

RECHEA ALBEROLA, Cristina; BARBERET HAVICAN, Rosemary; MONTAÑÉS RODRÍGUEZ, Juan; ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto. **La delincuencia juvenil en España**: autoinforme de los jóvenes. Madrid: Ministerio de Justicia, 1995.

REDONDO ILLESCAS, Santiago. **Manual para el tratamiento psicológico de los delincuentes**. Madrid: Pirámide, 2007.

REDONDO ILLESCAS, Santiago; MARTÍNEZ CATENA, Ana; ANDRÉS PUEYO, Antonio. **Factores de éxito asociados a los programas de intervención con menores infractores**: informes, estudios e Investigación 2011. Madrid: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2011.

RUIZ-HERNÁNDEZ, Andrés Fernando. El sistema de responsabilidad penal para adolescentes, su constitucionalidad y validez a la luz de los instrumentos internacionales sobre protección de la niñez. En: **Vniversitas**, Bogotá, Ed. Facultad de Ciencias Jurídicas, n. 122, p. 335-362, enero-junio 2011.

SANABRIA, Ana María; URIBE RODRÍGUEZ, Ana Fernanda. Factores psicosociales de riesgo asociados a conductas problemáticas en jóvenes infractores y no infractores. **Diversitas: Perspectiva en Sociología**, Bogotá, Ed. Universidad Santo Tomas, v. 6, n. 2, 2010, p. 257-274.

SUTHERLAND, Edwin H. **Principles of criminology**. 4. ed. J.B. Filadelfia: Lippincott, 1947.

VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. Predicción de la delincuencia juvenil según las teorías del desarrollo social. **Revista de Derecho**, Valdivia, Ed. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, v. XIV, p. 135-158, 2003.

Submissão em: 3 de março de 2023

Último Parecer favorável em: 21 de abril de 2023

### Como citar este artigo científico

HUERTAS DÍAZ, Omar; MENDIETA PINEDA, Luz Mireya; PÉREZ MARTÍNEZ, Edson Romario. Principios de la responsabilidad penal para adolescentes: marco de protección y sanciones de la justicia en menores en Bolivia y Colombia. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 2, p. 174-192, maio-ago. 2023.

## **SOBRE A REFORMA DE 2022 DA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA<sup>1</sup>**

**PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ<sup>2</sup>**

### **§ 1.º ENQUADRAMENTO PRÉVIO**

1. Através do Decreto-Lei n.º 78/2022, de 7 de novembro, foi aprovada a 12.ª alteração ao Código dos Contratos Públicos de Portugal (CCP), procedendo também à modificação (e ampliação) do regime especial de contratação pública que tinha sido aprovado no ano anterior, pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.

A alteração legislativa aprovada, entrando em vigor em 2 de Dezembro de 2022 (cfr. artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 78/2022), resultou, em primeiro lugar, de uma necessidade de reformular alguns dos excessos em que Portugal havia incorrido com a adoção de medidas de favorecimento de pequenas e médias empresas locais que contendiam com o princípio fundamental da não discriminação em razão do território, deixando o Estado Português em risco de sanções por incumprimento do Direito da União Europeia.

Nesse contexto de realinhamento da legislação nacional com os parâmetros europeus, foi igualmente aproveitado o ensejo para corrigir algumas des-

---

<sup>1</sup> Tendo em conta o alcance mais desenvolvido da reforma legal da contratação pública portuguesa aprovada em 2022, no presente artigo – previamente publicado no n.º 17 da *Revista de Direito Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2023 – apenas se pode apresentar uma visão panorâmica das alterações aprovadas por essa reforma. O comentário desenvolvido a este diploma legal, através da apreciação sistemática de cada uma das alterações aprovadas, é apresentado na obra *A Revisão de 2022 do Regime de Formação e Execução de Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2022.

<sup>2</sup> Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela mesma Faculdade. Fundador da *Revista de Direito Administrativo*. e-mail: pedrofsanchez@fd.ulisboa.pt

conformidades identificadas, por um lado, no âmbito dos critérios materiais de adoção do ajuste direto na sequência de procedimentos concursais abertos que concluam sem adjudicação e, por outro lado, no âmbito da definição dos pressupostos para aprovação de trabalhos e prestações complementares.

**2.** No entanto, esta iniciativa legislativa acabou por ser desviada para o reforço da estratégia de *restrição do princípio da igualdade de tratamento* em benefício de uma maior celeridade na formação de contratos em sectores considerados prioritários para a economia, incluindo no contexto de intervenções financiadas por fundos europeus e dos sectores da habitação pública, das tecnologias da informação, da saúde e do apoio social. No tocante a esta última estratégia, a lei portuguesa entendeu reinvestir – intensificando-a – na mesma solução de substituição de procedimentos competitivos por procedimentos fechados ao mercado e restritos a operadores económicos diretamente selecionados pela entidade adjudicante<sup>3</sup>.

Daí a manutenção da solução dualista criada em 2021, que faz acompanhar o regime geral de contratação pública constante do CCP por um regime especial de contratação assente em procedimentos simplificados e, geralmente, de natureza não isonómica.

**3.** No âmbito das obras públicas, optou-se pelo alargamento da permissão para o recurso generalizado a modelos de conceção-construção, ainda que a sua adoção tenha sido incentivada, no próprio texto preambular da Lei, exclusivamente pela rapidez inerente à fusão dos procedimentos relativos à conceção e à execução das obras num só procedimento pré-contratual, sendo absolutamente omitida qualquer referência na Lei ao impacto positivo ou negativo que daí resultaria para a qualidade das obras públicas.

**4.** Finalmente, a intervenção legislativa aproveitou para visitar aquele que se tornou, no último quinquénio, num dos principais focos de instabilidade da contratação pública portuguesa – o suprimento de irregularidades formais de candidaturas e propostas –, procurando responder à profunda insegurança jurídica inerente às divergências interpretativas mantidas pela doutrina e pela jurisprudência acerca do alcance do âmbito de aplicação do dever de suprimento de falhas formais.

---

<sup>3</sup> Sobre esta estratégia de sacrifício da igualdade de tratamento entre concorrentes, cfr. Estorninho (2021, p. 11 e segs.); Gonçalves; Martins; Azevedo (2021, p. 22); Almeida (2021, p. 27 e segs.); Gonçalves (2021a, p. 47-50).

## § 2.º REVERSÃO PARCIAL DE MEDIDAS DE PREFERÊNCIA TERRITORIAL VIOLADORAS DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

5. Apresentando-se aqui uma visão puramente panorâmica das alterações aprovadas e do respetivo impacto – com a síntese compatível com a natureza do presente texto –, observou-se, em primeiro lugar, a necessidade imperiosa de responder às exigências das instituições europeias para a eliminação das normas, aprovadas pela Lei n.º 30/2021, que introduziram preferências locais na contratação pública em violação do princípio da não discriminação em razão do território<sup>4</sup>, evitando a sequência de um processo de incumprimento contra a República Portuguesa.

Para o efeito, procedeu-se à eliminação das medidas em que se verificava uma violação mais ostensiva do Direito Europeu, na medida em que a Lei de 2021 sequer tinha fixado qualquer limite ao tipo de procedimento ou ao valor do contrato a celebrar – o que implicava, surpreendentemente, a sua intenção de aplicação aos próprios procedimentos sujeitos a publicidade internacional e às Diretivas Europeias de Contratos Públicos.

Por este motivo:

- i) foi revogada a alínea e) do n.º 6 do artigo 42.º do CCP, que tinha autorizado as entidades adjudicantes a inscreverem no caderno de encargos cláusulas referentes à “*valorização da economia local e regional*” – cujo impacto era potenciado pelo n.º 12 do mesmo artigo 42.º, que permitia que essa valorização ocorresse através da “*fixação de quantidades mínimas de fornecimento de bens ou de prestação de serviços destinadas à promoção desses objetivos*”;
- ii) foi suprimido o segmento da alínea d) do n.º 2 do artigo 75.º do CCP que tinha autorizado o critério de adjudicação a incluir fatores ou subfactores valorizadores das propostas no tocante à “*utilização de produtos de origem local ou regional*”.

6. Mas esta retratação da Lei portuguesa acabou por apresentar um âmbito meramente *parcial*, sendo insuficiente para suprimir a totalidade dos casos de violação das normas europeias e do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade. Tal sucede em virtude da manutenção de duas soluções, também

<sup>4</sup> Sobre esta violação, cfr., por exemplo, Rodrigues (2021, p. 161 e segs.); Caldeira (2021, p. 63-68); Gonçalves (2021a, p. 47-50); Sánchez (2021, p. 38-41); Raimundo (2022a, p. 415-41).

aprovadas em 2021, cuja aplicabilidade se encontrava limitada à formação de contratos de valor inferior aos limiares europeus, tendo a Lei portuguesa crido que essa limitação será bastante para evitar a desconformidade com o sistema europeu.

Por um lado, mantém-se a permissão da alínea c) do n.º 1 do artigo 54.º-A do CCP para que entidades intermunicipais, associações de autarquias locais, autarquias locais ou empresas locais *reservem contratos* a entidades com sede e atividade efetiva no território da entidade intermunicipal em que se localize a entidade adjudicante, no caso de contratos de locação ou aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços de uso corrente de valor inferior aos limiares europeus.

Para evitar uma violação frontal do Direito Europeu, é aditada uma ressalva naquele preceito, condicionando a viabilidade da reserva dos contratos à verificação de que “*os mesmos não revelem interesse transfronteiriço certo*”. Embora esse aditamento seja naturalmente positivo, a Lei não tem em conta que a proibição de medidas que criam estatutos diferenciados para pessoas ou situações em razão de fatores territoriais e em consequência do Estado-Membro de origem é abrangente, verificando-se em qualquer sector do ordenamento, encontrando-se fundada nos Tratados e vinculando os legisladores, Administrações Públicas e Tribunais nacionais. E, sobretudo, não tem em conta que a diferenciação territorial não é aceitável como fundamento de derrogação do princípio da igualdade à luz da própria Constituição Portuguesa, mesmo que se pudesse ignorar dos parâmetros europeus, o que implicaria, em todo o caso, a *obrigação de desaplicação da alínea c) do n.º 1 do artigo 54.º-A do CCP por violação dos artigos 13.º e 266.º, n.º 2, da Constituição*<sup>5</sup>.

Por outro lado, de forma ainda mais impressiva, é mantida a regra constante do n.º 4 do artigo 113.º do CCP, que dispensa as micro, pequenas ou médias empresas legalmente certificadas que tenham sede e atividade efetiva no território do concelho em que se localize a entidade adjudicante da sujeição aos impedimentos à contratação reiterada no âmbito de ajustes diretos e consultas prévias para contratos relativos a bens ou serviços, desde que se trate de procedimentos promovidos por autarquias locais e a entidade adjudicante demonstre fundamentadamente que, nesse território, a empresa convidada é a única fornecedora do tipo de bens ou serviços em causa.

Neste caso, a violação do Direito Europeu (e, pelas razões já indicadas, da própria Constituição Portuguesa) é mais ostensiva porque, desta vez, a Lei

---

<sup>5</sup> Sobre esta violação simultânea do Direito Europeu primário e da Constituição Portuguesa, cfr. Gonçalves (2021a, p. 47-50); Rodrigues (2021, p. 163-167); Raimundo (2022a, p. 416).

não chega sequer a afastar esta regra de preferência territorial nos casos em que se verifique um “interesse transfronteiriço certo”. Portanto, a Lei nacional supõe que se encontra autorizada a criar regimes diferenciados para universos empresariais que se distinguem entre si exclusivamente pela circunstância de estarem ou não localizados no mesmo concelho da entidade adjudicante. Uma empresa encontra-se impedida de participar num procedimento de contratação pública se não estiver localizada nesse concelho; mas fica autorizada a participar no procedimento se tiver essa localização.

Pelo exposto, as entidades adjudicantes devem considerar impedidos à participação em procedimentos de ajuste direto ou consulta prévia *todos* os operadores económicos que se subsumam no n.º 2 do artigo 113.º do CCP, *ignorando o teor do n.º 4 do mesmo artigo*, por violação do princípio da não discriminação em razão do território.

### **§ 3.º OUTRAS ALTERAÇÕES PARA ELIMINAÇÃO DE DESCONFORMIDADES COM O DIREITO EUROPEU**

7. Não obstante esta insuficiência naquele que deveria ser o mais urgente motivo da intervenção legislativa, a Revisão de 2022 cuidou em corrigir *dois* outros aspetos do regime nacional em que se detetaram desconformidades adicionais com os parâmetros europeus.

8. Em primeiro lugar, mostrou-se necessária a reformulação dos pressupostos que permitem a adoção do ajuste direto, por critérios materiais, em razão da anterior realização de um procedimento aberto que, por diversos motivos, culmina sem a adjudicação de qualquer proposta, nos termos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP.

Apesar de esta solução resultar de uma habilitação que atualmente consta da alínea a) do n.º 2 do artigo 32.º da Diretiva 2014/24, a legislação portuguesa sempre sentiu dificuldades para concretizar os seus pressupostos, em virtude da deficiência no modo como o próprio legislador europeu formulou essa cláusula autorizativa da dispensa do concurso, verificando-se a oscilação das Diretivas Europeias de 2004 e 2014 nas referências a “propostas irregulares”, “inaceitáveis” ou “inadequadas” que tenham sido apresentadas no concurso original<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Para um historial destes problemas, cfr. Kirkby (2014, p. 11 e segs.).

As incertezas na interpretação das cláusulas europeias não resultam dos casos em que o concurso original termina deserto em virtude de nenhuma candidatura ou proposta ter sido apresentada, já que a omissão absoluta de resposta pelo mercado desresponsabiliza a entidade adjudicante de repetir um procedimento competitivo aberto, sempre que não introduza alterações substanciais às condições procedimentais e contratuais anteriores, nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 24.º do CCP.

Tais incertezas surgem, antes, nos casos em que tenham sido efetivamente apresentadas no concurso original uma ou mais candidaturas ou propostas que acabaram por ser excluídas. Isto porque, nesses casos, a referida alínea a) do n.º 2 do artigo 32.º da Diretiva 2014/24 só permite dispensar um novo concurso nos casos em que “*não forem apresentadas propostas, nem propostas adequadas, nem pedidos, ou pedidos adequados de participação em resposta a um concurso aberto ou limitado*”.

Assim, deste desenho normativo resulta que o ajuste direto só pode ser adotado:

- i) quando não tenham sido apresentadas propostas ou candidaturas;
- ii) quando, tendo sido apresentadas propostas ou candidaturas, elas não tenham sido “*adequadas*”.

Em contraste, a apresentação de uma proposta ou candidatura que, não obstante ter sido excluída, seja qualificada pela norma europeia como “*adequada*” já afasta o ajuste direto, pelo menos nos casos em que o valor do contrato determina a aplicação das Diretivas Europeias.

Sucedem que, embora o conceito de inadequação de uma proposta parecesse ser compatível com a maioria das causas materiais de exclusão previstas no n.º 2 do artigo 70.º do CCP, a interpretação adotada pelas autoridades europeias e transmitida a Portugal indicou que o conceito de proposta inadequada ficaria limitada aos casos de violação *flagrante ou manifesta do próprio objecto contratual*.

Não obstante as dúvidas tão significativas que são suscitadas por esta interpretação restritiva, a verdade é que, de um ponto de vista prático, se revelou impossível a manutenção de uma cláusula de recurso ao ajuste direto nos casos em que tenha sido adotado um concurso que tenha terminado com todas as propostas excluídas, salvo se o Estado Português aceitasse que essa cláusula fosse limitada às hipóteses em que todas as propostas apresentadas violassem de forma manifesta o objeto do contrato previsto nas peças do procedimento.

9. Em virtude deste condicionamento à Lei portuguesa, a alínea a) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, na redação agora revista, permite a adoção do ajuste direto – para formar um contrato de *qualquer valor* – no caso de qualquer procedimento de concurso público ou limitado em que *não tenham sido apresentadas quaisquer candidaturas ou propostas*.

Já no caso em que *tenham sido efetivamente apresentadas candidaturas ou propostas*, a Lei entende, por boas razões, diferenciar os casos em que o valor do contrato se encontra *acima ou abaixo* dos limiares europeus – já que a solução europeia se mostra desrazoável e se justifica o seu afastamento nos contratos que não estejam sujeitos às Diretivas de Contratos Públicos.

Assim, nos casos em que o valor do contrato tem valor *inferior* aos limiares europeus, a alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP permite a adoção do ajuste direto independentemente de qual seja a causa da exclusão.

Diferentemente, nos casos em que o valor do contrato seja *igual ou superior* aos limiares europeus e em que tenham sido apresentadas candidaturas ou propostas, é convocada novamente a alínea a) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, determinando que:

- i) no caso de candidaturas, a adoção do ajuste direto será permitida *somente se todas as candidaturas tiverem sido excluídas ao abrigo das alíneas c), j) ou l) do n.º 2 do artigo 184.º do CCP*, isto é, nos casos de exclusões devido à existência de impedimentos, de documentos falsos, de falsas declarações ou do simples incumprimento de requisitos de capacidade técnica ou financeira;
- ii) no caso de propostas, o ajuste direto só pode ser adotado no caso (raro e improvável) em que todas as propostas que tenham sido apresentadas *tenham sido excluídas por violação manifesta do objeto do contrato a celebrar*.

Para o efeito, foi aditada uma nova cláusula de exclusão ao elenco que figurava na Lei portuguesa, sendo inserida na primeira parte da alínea a) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP uma referência inovadora à exclusão por desrespeito manifesto do objeto contratual. Pelas razões agora indicadas, é claro que esta cláusula não apresenta qualquer utilidade autónoma para o sistema interno português; ela surge apenas como apoio instrumental para a diferenciação dos casos em que é permitido ou proibido o recurso ao ajuste direto.

De todo o modo, a verificação de qualquer das outras causas de exclusão prejudica o recurso ao ajuste direto com fundamento na alínea a) do n.º 1 do

artigo 24.º do CCP, para a formação de contratos de valor igual ou superior aos limiares europeus.

**10.** Adicionalmente, em virtude desta nova compreensão dos pressupostos europeus, as hipóteses de exclusão de propostas que ainda tenham sido consideradas adequadas, não cabendo nos fundamentos para recurso ao procedimento de ajuste direto, só podem ser remetidas para um *procedimento de negociação* ou para um *procedimento de diálogo concorrencial* (*diálogo competitivo*).

Por isso, o n.º 1 do artigo 29.º do CCP sofre um aditamento de uma nova alínea f), de modo a habilitar as entidades adjudicantes a recorrer a um procedimento de negociação ou um diálogo concorrencial nos casos em que a exclusão das propostas se tenha fundamentado:

- i) na alínea a), segunda parte, ou nas alíneas b) a g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP – isto é, em qualquer causa material de exclusão, salvo na exclusão prevista para o caso extremo de desrespeito do objeto contratual –;
- ii) nas alíneas a) a n) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP – isto é, em qualquer causa formal de exclusão.

Mas, neste caso, as diferentes causas de exclusão das propostas no anterior concurso podem condicionar a identidade dos operadores económicos a convidar. Com efeito, a alínea b) do n.º 4 do artigo 26.º da Diretiva 2014/24 permite a *dispensa do próprio anúncio do procedimento* nos casos em que, tendo as propostas excluídas sido consideradas “irregulares ou inaceitáveis” (embora não inadequadas), a entidade adjudicante se limita no procedimento negocial seguinte a convidar todos, mas apenas esses, os autores das propostas cuja exclusão residiu em fundamentos materiais e não formais.

Neste sentido, adita-se um novo n.º 5 ao artigo 29.º do CCP, o qual dispensa a publicação do anúncio do procedimento de negociação ou de diálogo concorrencial no caso de ser dirigido um convite a todos, e exclusivamente, os concorrentes cujas propostas apresentadas no concurso anterior tenham sido excluídas *apenas* com fundamento nas causas materiais previstas na segunda parte da alínea a) e nas alíneas b) a g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

**11.** Como segundo ajustamento necessário para adequar a Lei portuguesa ao regime europeu, mostrava-se necessário completar um aspeto deixado

inacabado na – muitíssimo positiva (Cfr. GONÇALVES, 2021, p. 51 e segs.; MARTINS, 2021, p. 213 e segs.; SÁNCHEZ, 2021, p. 107 e segs.) – reformulação que a Revisão de 2021 havia aprovado no âmbito dos regimes reguladores das modificações contratuais, dos trabalhos e prestações complementares e do suprimento de erros e omissões.

Embora as soluções aprovadas para esses regimes revelassem um significativo equilíbrio entre os princípios da isonomia e da concorrência e as necessidades de adaptação do interesse público no contexto da execução dos contratos, verificou-se que o regime aprovado para os trabalhos complementares regulados no artigo 370.º do CCP – e, por via das remissões previstas nos artigos 420.º-A, 447.º-A e 454.º do CCP, para quaisquer prestações complementares no âmbito da generalidade dos demais tipos de contratos administrativos – continha duas imprecisões que, simultaneamente, o colocavam *além e aquém* da fronteira fixada pela alínea b) do n.º 1 do artigo 72.º da Diretiva 2014/24 para a execução de prestações complementares dispensadas da adoção de um novo procedimento competitivo.

**12.** Por um lado, a *definição* de trabalhos complementares que podem ser executados no âmbito de um contrato já em curso, sem necessidade de adoção de um novo procedimento aberto ao mercado – definição fixada no n.º 1 do artigo 370.º do CCP abrangia – quaisquer trabalhos “cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato”, sem incluir uma pertinente exigência do carácter *necessário* dos trabalhos que o contraente público deseja acrescentar ao objeto contratual inicial. Daí resultava uma desconformidade com o Direito Europeu, visto que a referida alínea b) do n.º 1 do artigo 72.º da Diretiva 2014/24 apresenta como primeiro pressuposto da modificação contratual a “*necessidade*” de realização de prestações não incluídas no contrato inicial.

Esta desconformidade é resolvida com o aditamento de um segmento final ao n.º 1 do artigo 370.º do CCP, que inclui na própria definição de trabalhos complementares a exigência de que a sua “*realização se revele necessária para a sua execução*”. Assim, a aprovação do trabalho complementar assenta na demonstração de que existe uma *conexão de dependência* com os trabalhos iniciais. O trabalho só é permitido com dispensa de novo procedimento competitivo quando o objeto contratual inicial careça da sua execução para poder ser completado.

**13.** Por outro lado, num sentido oposto, os pressupostos fixados no n.º 2 do artigo 370.º do CCP é que iam além das obrigações europeias, chegando mesmo

a formular uma exigência que podia revelar-se insuscetível de incumprimento pelos contraentes públicos.

A mesma alínea b) do n.º 1 do artigo 72.º da Diretiva 2014/24 fixava dois pressupostos cumulativos que consistiam, (i) a um tempo, na inviabilidade de mudança do contratante privado por razões económicas ou técnicas e, (ii) a outro tempo, na elevada inconveniência ou na duplicação substancial dos custos para a autoridade adjudicante. Mas a reforma portuguesa de 2021 tinha exigido a impossibilidade exclusivamente *técnica* (sendo irrelevante a impossibilidade *financeira*) para a mudança do contratante privado. Ora, para um contraente público que cumprisse esse pressuposto tão exigente, não se compreendia a necessidade de provar também a duplicação de custos: se o dono da obra simplesmente não dispõe de outra alternativa *técnica* para a conclusão do trabalho, não é lógico exigir que prove também o prejuízo financeiro resultante da mudança de contratante privado. Se um trabalho é tecnicamente necessário, então ele tem de ser realizado independentemente de qualquer outra avaliação de custos.

Assim, a reforma de 2022 corrige este excesso através da reprodução da solução europeia. Embora se mantenha a relação de *cumulatividade* entre os dois pressupostos fixados para a realização dos trabalhos complementares, existe já uma relação de *alternatividade* entre as circunstâncias fácticas que permitem considerar verificado individualmente cada um dos pressupostos. Por um lado, quanto ao primeiro pressuposto, a inviabilidade da mudança do contratante privado pode ser alternativamente fundada em razões económicas ou em razões técnicas. E, por outro lado, o segundo pressuposto vem formular, também ele, uma similar relação de *alternatividade* entre a existência de uma elevada inconveniência na mudança do contratante privado e a duplicação de custos para o contraente público. Portanto, para qualquer dos dois pressupostos (cumulativos), existem motivos técnicos ou financeiros (alternativos) que podem ser invocados pelo dono da obra para fundamentar a aprovação de trabalhos complementares – e, por via das remissões previstas nos artigos 420.º-A, 447.º-A e 454.º do CCP, para a aprovação de prestações complementares em quaisquer outros contratos administrativos tipificados pelo Código.

#### **§ 4.º APROFUNDAMENTO DAS RESTRIÇÕES À IGUALDADE DE TRATAMENTO EM NOME DA CELERIDADE PROCEDIMENTAL NAS MEDIDAS ESPECIAIS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA**

14. É, porém, muito diferente o principal pilar invocado pela Lei de 2022 para fundamentar um regresso tão rápido à aprovação de modificações

da legislação de contratação pública. No próprio texto preambular, apontando para um baixo nível de execução dos fundos europeus, a Lei parece *culpar* os procedimentos competitivos por essa ineficiência, sinalizando-os como o verdadeiro motivo das dificuldades da Administração Pública na celebração dos contratos públicos.

Desconsidera-se, pois, que já vigora por mais de um ano um regime que autoriza o recurso a procedimentos fechados ao mercado (consultas prévias) para a formação de contratos de valor significativamente elevado (consoante os tipos de contratos, até € 750.000), sem que tenha sido possível comprovar vantagem real na aceleração procedimental, a qual se encontra prejudicada por outro tipo de ineficiências na Administração Pública que são alheias ao correto funcionamento do mercado competitivo (Cfr. ALMEIDA, 2021, p. 27 e segs.; GONÇALVES; MARTINS; AZEVEDO, 2021, p. 22).

Porém, insistindo nesta estratégia de sacrifício da igualdade de tratamento em nome da celeridade (ESTORNINHO, 2021, p. 17), o Decreto-Lei n.º 78/2022 alarga, até ao final do ano de 2026, a vigência do regime especial criado pela Lei n.º 30/2021, estendendo o âmbito temporal das regras que, nos artigos 2.º e seguintes da Lei n.º 30/2021, autorizavam o recurso a um procedimento de consulta prévia simplificada, condicionado à formulação de um convite a cinco ou mais operadores económicos, para a formação de contratos de valor inferior aos limiares europeus (e, nos casos de empreitadas ou de concessões, sempre de valor inferior a € 750.000); e que autorizavam também o recurso ao ajuste direto simplificado para contratos de qualquer tipo de valor igual ou inferior a € 15.000.

**15.** Em contrapartida, a Lei procede à inevitável remoção da outra medida especial que se encontrava inicialmente prevista na alínea d) do n.º 2 da Lei n.º 30/2021. Essa medida permitia a redução do prazo de apresentação de propostas e candidaturas em concursos públicos e concursos limitados por prévia qualificação com publicidade internacional, autorizando mesmo a “*dispensa da fundamentação*” inerente a essa redução de prazos.

O problema residia no facto de aquele dever de fundamentação não consistir numa opção portuguesa, mas sim num requisito fixado pelo legislador europeu, sem cujo cumprimento a redução dos prazos procedimentais não seria lícita<sup>7</sup>. Assim, justifica-se que se tenha aprovado a *revogação da alínea d) do artigo 2.º da Lei n.º 30/2021*, em virtude do esvaziamento do seu objecto e

<sup>7</sup> Identificando esta violação do Direito Europeu, cfr. Almeida (2021, p. 27 e segs.); Gonçalves; Martins; Azevedo (2021, p. 44-45); Raimundo (2022a, p. 622-623).

utilidade: na medida em que a redução desses prazos procedimentais depende do cumprimento do dever de fundamentação que já se encontra previsto no âmbito do regime geral do CCP (nos seus artigos 136.º, n.º 3, 174.º, n.º 2, e 191.º, n.º 5), as entidades adjudicantes já poderão, por essa via, impor esta aceleração procedimental, sem que exista qualquer regra do regime especial que possa oferecer-lhes uma vantagem adicional.

## **§ 5.º INVOCÇÃO DO MESMO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PARA O FOMENTO DAS EMPREITADAS DE CONCEÇÃO-CONSTRUÇÃO**

**16.** É o mesmo princípio da celeridade procedimental que conduz o legislador de 2022 a aprovar uma solução amplamente *debatida* nas reformas anteriores, e precisamente *rejeitada em todas elas* na sequência de uma perceção consensual acerca do impacto manifestamente negativo sobre a atividade contratual pública e sobre a própria atividade de construção, mas que é agora aprovada por Decreto-Lei: a permissão para o recurso mais alargado à empreitada em modelo de conceção-construção, ainda que (por agora) limitada ao contexto do regime especial de contratação pública.

No contexto de uma experiência muitíssimo negativa, acumulada durante a vigência do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, na qual os donos da obra, desprovidos de meios para preparação dos projetos para os empreendimentos que pretendiam lançar, procediam à transferência sistemática dessa competência de ordem pública para os próprios empreiteiros, ficando incapacitados para a determinação imperativa dos termos concretos a que obedeceria a execução das obras, o Código de 2008 havia adotado uma solução equilibrada pela qual resguardava para a esfera pública a tarefa da elaboração de um projeto responsável pela tutela do interesse público contratual (n.º 1 do artigo 43.º), mas ressalvando as hipóteses de recurso à conceção-construção nos casos em que o interesse público contratual justificasse a transferência dessa responsabilidade para o empreiteiro (n.º 3 do artigo 43.º)<sup>8</sup>.

Em contraste, é agora formulada uma aposta que ignora que, na preparação de um contrato público, constitui competência da entidade adjudicante – enquanto seleciona e avalia os interesses públicos que pretende satisfazer com o contrato – definir os requisitos e características que pretende ver satisfeitos pelas prestações do contrato a celebrar, autorizando-se que a entidade adjudicante se demita dessa responsabilidade e transfira a conceção

<sup>8</sup> Sobre o debate de 2021 que havia mantido a solução original de 2008, cfr. Sánchez (2021, p. 175-177).

do projeto desde a esfera dos projetistas para a esfera do próprio empreiteiro que o executará.

**17.** As fortes críticas a esta solução legislativa no âmbito da consulta ao projeto inicial induziram o legislador a remover a regra de permissão do modelo de conceção-construção do *regime geral* do CCP, passando a integrá-la nas *medidas especiais* de contratação pública, através do aditamento de um artigo 2.º-A à Lei n.º 30/2021. Ainda assim, a Lei não abdica de ressaltar a hipótese de realocar futuramente essa solução ao regime geral, tendo em conta a regra fixada pelo artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 78/2022, que prevê uma reavaliação deste regime especial até ao final de 2026. E, em todo o caso, não pode ser minimizada a circunstância de, pelo menos em sede do regime especial, se promover uma equiparação entre dois modelos que apresentam resultados tão desiguais para o interesse público nos contratos construtivos.

Tal solução é tanto mais estranha quanto se observa que ela surge no mesmo momento em que se fundamenta a adoção de medidas de restrição da isonomia em nome da preocupação com a dinamização empresarial e com o apoio às pequenas e médias empresas (essencialmente locais) no acesso aos mercados públicos. Não obstante essa preocupação legislativa, entende-se incentivar um modelo de contratação que aglutina num só contrato as prestações de conceção e de empreitada, tornando o objeto contratual mais exigente e, em consequência, diminuindo o acesso de pequenas empresas às empreitadas de obras públicas.

E a crítica à solução legislativa é especialmente justificada se se tiver presente que ela não se apoia sequer nos contributos realizados entre nós que, no âmbito de sérias reflexões, têm sustentado a relevância que os modelos de conceção-construção podem representar para certos sectores da atividade pública<sup>9</sup>. Pelo contrário, abstraindo inteiramente desses fundamentos que poderiam ser mais convincentes para esta reforma legislativa, a Lei limita-se a invocar *exclusivamente* o divinizado princípio da celeridade como razão bastante para a adoção da conceção-construção, surgindo no texto preambular a advertência de que esta solução é a mais “especialmente destacável” de todas as “medidas de aceleração e simplificação procedimental” agora aprovadas. Ignorando em absoluto o profícuo debate sobre o contributo positivo ou negativo que um modelo de *design and build* pode oferecer para a qualidade das obras públicas, tudo na fundamentação legal se resume a “uma pretendida agilização procedimental” e à “eliminação de dispêndios de tempo e recursos desnecessários”.

<sup>9</sup> Sobre esta profunda reflexão, cfr. Raimundo (2021, p. 327 e segs.).

O princípio da celeridade, que já surgira como fundamento bastante para a restrição da igualdade de tratamento na formação de contratos públicos, é apresentado igualmente como motivo fundante da diminuição das garantias com a qualidade das obras públicas na legislação portuguesa.

## **§ 6.º A ALTERAÇÃO REVOLUCIONÁRIA DO CONCEITO DE ESTABILIDADE DAS PROPOSTAS A PROPÓSITO DA CORREÇÃO DE ERROS NO REGIME DE SUPRIMENTO DE IRREGULARIDADES FORMAIS DE CANDIDATURAS E PROPOSTAS**

**18.** Sem prejuízo de a promoção da celeridade surgir como motivo principal dominante desta reforma legislativa, a Lei de 2022 entendeu aproveitar esta oportunidade para corrigir um dos pontos mais instáveis do regime português de contratação pública, desde que há cinco anos foi introduzido um subprocedimento de regularização formal de candidaturas e propostas pelo n.º 3 do artigo 72.º do CCP.

Em virtude das ostensivas deficiências na redação do preceito, a interpretação doutrinária e jurisprudencial da fronteira à aplicabilidade do regime de regularização formal foi pautada por um absoluto dissenso entre todas as sensibilidades que se pronunciaram sobre a matéria<sup>10</sup>, originando um verdadeiro caos decisório entre as entidades adjudicantes que nunca podiam adivinhar qual seria o desfecho dos processos judiciais em que fosse questionada a sua decisão de excluir ou não excluir uma proposta com vícios formais – sobretudo quando era publicamente conhecida a divergência no seio de todos e cada um dos Tribunais Administrativos e do Tribunal de Contas<sup>11</sup>.

**19.** Esta grave insegurança jurídica – que veio dar razão a quem alertara em 2017 contra os perigos da introdução deste regime de incerteza casuística e evidenciou o equívoco de quem minimizara essas advertências – motivou a Lei

<sup>10</sup> Com interpretações muito divergentes entre si, cfr. Sánchez-Graells (2018, p. 59 e segs.); Sousa (2021, p. 129 e segs.); Gonçalves (2021b, p. 836 e segs.); Pação (2020a, p. 27 e segs.); Pação (2020b, p. 39 e segs.); Matos (2020, p. 57 e segs.); Sánchez (2020b, p. 197 e segs.); Raimundo (2022a, p. 487 e segs.).

<sup>11</sup> Cfr., também com soluções muito diferentes entre si, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 27-09-2018 (Proc. 0322/16.9BEFUN 0464/18); de 08-04-2021 (Proc. 0210/18.4BELLE); de 25-11-2021 (Proc. 0210/18.4BELLE); de 13-01-2022 (Proc. 0785/21.0BEPRT); e de 30-06-2022 (Proc. 446/2LOBELSB); do Tribunal Central Administrativo Sul de 20-05-2021 (Proc. 167/20.1BEFUN); de 07-07-2021 (Proc. 603/20.7BELLE); de 20-10-2021 (Proc. 733/20.5BESNT); de 03-02-2022 (Proc. 446/21.0BELSB); Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Norte de 19-08-2021 (Proc. 00785/21.0BEPRT); de 28-01-2022 (Proc. 00341/21.3BECBR); e de 16-09-2022 (Proc. 00735/22.7BEPRT); e, no próprio Plenário da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, Acórdãos n.º 4/2022 (Proc. 1446/2021) e n.º 26/2022 (Proc. 2440/2021).

de 2022 a modificar profundamente o n.º 3 do artigo 72.º do CCP, redefinindo a fronteira às possibilidades de suprimento de candidaturas e propostas.

Sobretudo, o legislador procurou reagir às tendências interpretativas que – julga-se que de forma adequada – entenderam que a redação efetivamente aprovada apresentava um alcance muitíssimo limitado, em virtude das deficiências na formulação legislativa<sup>12</sup>. Visto que a intenção legislativa passava por aumentar tanto quanto possível as hipóteses de recuperação de candidaturas e propostas, a Lei procurou enunciar um extenso elenco de casos em que seria imperativamente exigido ao júri formular um convite ao suprimento, de modo a impedir definitivamente qualquer solução interpretativa que voltasse a reduzir o âmbito de aplicação do regime de regularização.

O problema – que é frequente à luz de uma atividade legislativa reconhecidamente afetada por baixos padrões de qualidade legística – residiu na circunstância de a Lei de 2022 voltar a aprovar uma redação que vai muito além daquilo que pretenderia, acabando mesmo por afetar *colateralmente* outros pilares do sistema de contratação pública que se revelavam cruciais para a proteção de uma efetiva igualdade de tratamento, a qual deveria obrigar a diferenciar entre quem cumpre e quem viola as normas legais e procedimentais aplicáveis em cada procedimento.

**20.** Assim, numa redação precipitada, verifica-se, em primeiro lugar, que, pelo proémio do n.º 3 do artigo 72.º do CCP, a Lei começa por informar que o regime de regularização de candidaturas e propostas pode abranger *qualquer tipo de formalidade violada no momento da respetiva entrega, independentemente de qualquer avaliação da sua essencialidade*, desde que o candidato ou concorrente não precise, para proceder ao suprimento, de afetar o *conteúdo* da proposta.

Em segundo lugar, esse critério tem uma concretização que ainda se pode considerar como coerente no âmbito da alínea b) do n.º 3 do artigo 72.º, que se refere à não junção de *tradução* para a língua portuguesa de documentos apresentados em língua estrangeira – apoiada nas recentes teses que vêm entendendo que tal falha formal carece de essencialidade e não justificaria a perda da candidatura ou da proposta, visto que a tradução apenas reflete um documento previamente já entregue pelo candidato ou concorrente, não projetando qualquer impacto sobre o conteúdo da candidatura ou proposta.

<sup>12</sup> Cfr. Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul de 20-05-2021 (Proc. 167/20.1BEFUN); e de 07-07-2021 (Proc. 603/20.7BELLE); Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Norte de 28-01-2022 (Proc. 00341/21.3BECBR); e de 16-09-2022 (Proc. 00735/22.7BEPRT); Acórdão do Plenário da 1.ª Secção do Tribunal de Contas n.º 4/2022 (Proc. 1446/2021).

Mas, em terceiro lugar, o critério legal perde a sua coerência quando, na alínea c) do n.º 3 do artigo 72.º, se refere não apenas à *insuficiência*, mas também à pura *omissão de assinatura, incluindo a assinatura eletrónica, de quaisquer documentos constitutivos da candidatura ou da proposta*, desde que a declaração de ratificação se limite a documentos já entregues e não seja utilizada para a junção de novos documentos.

Sendo certo que se encontra estabilizada a ideia de que a aposição de uma assinatura eletrónica qualificada exerce a tripla função *identificadora, finalizadora* e de *inalterabilidade* dos documentos<sup>13</sup> – como hoje é reiterado pelo artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 12/2021, de 9 de Fevereiro – é evidente que uma permissão legal para suprimento posterior da assinatura em falta dilui qualquer utilidade da utilização de um certificado de assinatura eletrónica qualificada, porquanto a funcionalidade técnica que permitiria atestar a intangibilidade da proposta não existe no momento em que se procede à sua entrega<sup>14</sup>.

Essa conclusão tem um impacto tanto mais significativo quanto se verifica que o preceito legal obriga a aceitar o suprimento de assinaturas totalmente omissas (não apenas insuficientes ou desacompanhadas dos comprovativos de poderes dos respetivos signatários) em *quaisquer* documentos que constituem a candidatura ou proposta. Isso implica que a falta absoluta de assinatura é legalmente transformada numa formalidade dispensável no momento da entrega da proposta, *seja qual for o tipo de elementos* que constam dos documentos não assinados. Essa desvalorização da assinatura *abrange, pois, também os documentos contendo atributos e termos ou condições* a que se referem as alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 57.º do CCP. Numa palavra: a assinatura pode ser inicialmente omitida quanto ao próprio núcleo de documentos que constitui e diferencia a proposta e que permite a sua pontuação e adjudicação.

Daí resulta que a Lei passa a *renunciar à função de inalterabilidade de uma assinatura eletrónica qualificada*, bastando-se com as funções *identificadora e confirmadora* – as únicas que ainda se mantêm num momento superveniente à entrega da candidatura ou da proposta.

Mas, sobretudo, em quarto lugar, o alcance do regime de regularização é estendido até ao seu âmbito mais extremo com a alínea a) do n.º 3 do artigo 72.º do CCP. Apesar de a sua redação se iniciar com a referência aos casos de “*não apresentação ou apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da candidatura ou da*

<sup>13</sup> Partindo do estudo essencial publicado por Sousa (2021, p. 69-70), cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 06-12-2018 (Proc. 0278/17.0BECTB); e de 30-06-2022 (Proc. 0446/21.0BELSB).

<sup>14</sup> Evidenciando essa falha, cfr. Sousa (2020, p. 100).

proposta”, logo inclui nos casos passíveis de suprimento a omissão absoluta de apresentação das *declarações constantes dos Anexos I e V ao CCP e o Documento Europeu Único de Contratação Pública*.

Ora, sendo pacífico entre nós que a declaração de aceitação do caderno de encargos assume no sistema de contratação pública uma *dupla função* de tutela da imperatividade do caderno de encargos e de vinculação do concorrente aos interesses públicos emergentes da decisão de contratar e corporizados naquela peça do procedimento, daqui resulta o depoimento legislativo segundo o qual o regime de regularização de candidaturas e propostas não se limita a formalidades que não exerçam um papel substancial no compromisso dos operadores económicos e que assumam uma função acessória na sua vinculação jurídica. Pelo contrário, além de admitir a *apresentação de candidaturas e propostas constituídas por documentos não assinados* (por “quaisquer documentos” não assinados), dispensando as regras comprovativas da inalterabilidade de tais documentos, a Lei aceita também a apresentação superveniente de propostas cujas versões iniciais *carecem de elementos essenciais à vinculação do concorrente*, designadamente propostas relativamente às quais o seu autor *não chegou sequer, no momento em que todos os demais competidores aceitaram fazê-lo, a assumir o compromisso de executar o contrato público nas condições que a entidade adjudicante imperativamente exigira*.

Assim, o júri fica vinculado a oferecer ao proponente a possibilidade de, mais do que regularizar um compromisso previamente formulado de forma deficiente, verdadeiramente *constituir um compromisso contratual que nunca foi formulado antes*. E, uma vez aproveitada essa possibilidade, todas as propostas, independentemente do momento em que tal compromisso foi constituído, disputarão com as mesmas hipóteses a obtenção da adjudicação.

**21.** Por conseguinte, a vastidão deste elenco de casos imperativamente submetidos ao regime de regularização de candidaturas e propostas obriga o intérprete a concluir que *esse regime passa, desde 2022, a abranger quaisquer regras de carácter formal, ainda que estejam em causa formalidades com impacto substantivo no teor de uma proposta e do compromisso contratual do concorrente, desde que não incidam sobre o conteúdo variável da proposta (atributos e termos ou condições) ou não se destinem a regularizar impedimentos cuja proibição tenha sido fixada pela Lei para vigorar a todo o tempo durante a vigência do procedimento*.

**22.** Com isso, o Decreto-Lei n.º 78/2022 procede a uma alteração revolucionária do conteúdo normativo do *princípio da intangibilidade ou*

*estabilidade da proposta*: se há muito se consolidou na nossa comunidade jurídica a ideia de que as propostas “valem pelo seu conteúdo (e informação) inicial, pelo que nelas se contém, por mais nada” (OLIVEIRA, 2008, p. 77), podendo as modulações a esse princípio ser limitadas unicamente a aspetos acessórios ou de natureza formal (OLIVEIRA, 2008, p. 80-81; AMORIM, 2022, p. 502-505), a Lei demonstra agora que a proposta pode ser supervenientemente modificada (porque aditada) quanto a elementos essenciais do seu conteúdo e do compromisso contratual assumido pelo proponente. E a sua *intangibilidade fica limitada a uma proibição de modificação do seu conteúdo variável após a sua entrega*.

Trata-se, pois, de uma rotura histórica num pilar do sistema de contratação pública, representando uma verdadeira *mudança de paradigma* na ideia fundante de estabilidade das propostas.

## **§ 7.º ALTERAÇÕES ADICIONAIS PARA PROTEÇÃO DO MERCADO LABORAL**

**23.** No contexto da utilização instrumental da contratação pública para a promoção de políticas estratégicas, a Revisão de 2022 procura priorizar a proteção do mercado laboral, naquela que indubitavelmente encontra correspondência numa das principais apostas das Diretivas de Contratos Públicos (cfr., repetidamente, Considerandos 37, 40, 103 e 105 e artigo 18.º, n.º 2, da Diretiva 2014/249).

Contudo, essa prioridade é promovida através de duas medidas que apresentam um acerto muito desigual.

**24.** De um lado, os artigos 419.º-A e 451.º, n.º 2, do CCP obrigam os adjudicatários de contratos de concessões de obras públicas ou de serviços públicos e de contratos de aquisição de serviços, quando o respetivo prazo de vigência seja superior a um ano, a afetar exclusivamente a esses contratos trabalhadores em regime de contratos de trabalho sem termo. Somente ficam excecionados, pelos n.ºs 3 e 4 do artigo 419.º-A, os trabalhadores que executem tarefas ocasionais ou serviços específicos e não duradouros e os trabalhadores com contrato a termo de substituição celebrado nas situações previstas nas alíneas a) a d) do n.º 2 do artigo 140.º do Código do Trabalho.

Ademais, nos restantes casos em que estejam em causa contratos com prazo não superior a um ano, mesmo então os adjudicatários precisam de garantir que quaisquer trabalhadores com contrato de trabalho a termo somente

participam na execução contratual na hipótese de o termo não ser inferior ao prazo do contrato público adjudicado (cfr. n.º 2 do artigo 419.º-A).

De modo a incorporar estas obrigações legais nas próprias peças do procedimento, o n.º 13 do artigo 42.º do CCP exige que os editais referentes a estes tipos contratuais contenham uma cláusula que replique as exigências em causa. E a seriedade destes deveres laborais é reforçada pela alínea f) do artigo 456.º do CCP, que inclui a sua violação entre o leque de contraordenações muito graves, as quais podem também resultar na aplicação de uma sanção acessória de proibição de participação em procedimentos pré-contratuais durante um período máximo de dois anos (cfr. artigo 460.º).

**25.** Embora seja indisputável a intenção positiva que inere a esta solução legal, o impacto extremo que ela produz sobre os parceiros da Administração Pública – que não incluem apenas concessionários com maior dimensão, mas também quaisquer prestadores de serviços que tenham conseguido a adjudicação de um qualquer contrato que simplesmente apresente uma vigência superior a 12 meses, independentemente de qual seja a sua dimensão – revela um novo exemplo de precipitação legislativa, não discernindo que daqui resulta a eliminação de uma parte tão significativa dos potenciais adjudicatários. Além de demonstrar uma contradição flagrante com o objetivo de promoção do pequeno tecido empresarial – que recebeu um peso suficiente para justificar a adoção de medidas de supressão da igualdade de tratamento, mas que é simultaneamente submetido a estas obrigações incomportáveis para empresas de pequena dimensão –, a Lei confirma a incapacidade de considerar os efeitos das medidas que adota sobre a exequibilidade dos procedimentos pré-contratuais, não ponderando a possibilidade de deixar as entidades adjudicantes sem alternativas de adjudicação em significativos sectores de mercado.

A natureza imperativa destas obrigações para as próprias entidades adjudicantes – que recebem um dever imperativo de incluir estas cláusulas nos cadernos de encargos – impede mesmo a realização de qualquer avaliação que demonstre a falta de adequação do n.º 13 do artigo 42.º do CCP em dado caso concreto.

**26.** Em contraste, a solução igualmente protetora do mercado laboral que é apresentada no novo artigo 57.º-A do CCP revela-se manifestamente mais equilibrada, na medida em que assenta numa avaliação da entidade adjudicante quanto à bondade da sua utilização em cada caso, evitando a imposição acrítica de soluções homogêneas para todos os procedimentos.

Através desse aditamento, a entidade adjudicante é habilitada (mas não obrigada) a exigir no edital que as propostas incluam um *documento demonstrativo da estrutura de custos do trabalho necessário à execução do contrato a celebrar*, quando estiver em causa um sector em que o custo fixo do trabalho é determinante na formação dos preços. Sem prejuízo dos anteriores avanços da legislação de contratação pública no combate à apresentação de propostas fictícias que assentam em preços abaixo de custo – avanços plasmados nos artigos 1.º-A, n.º 2, e 71.º, n.ºs 3 e 4, do CCP (na Revisão de 2017) e no artigo 71.º, n.ºs 1 e 2 (na Revisão de 2021)<sup>15</sup> –, a possibilidade de exigência deste documento constitutivo da proposta oferece a cada entidade adjudicante um instrumento fundamental de controlo da estrutura de custos de cada concorrente, através da devida decomposição dos custos que resultem de prestações impostas por Lei ou por instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, expressando os seus valores certos ou médios, bem como o respetivo peso relativo, indicado em percentagem, sem prejuízo de custos eventualmente associados à transmissão de trabalhadores no âmbito de uma transmissão de estabelecimento.

Por esta via, o júri e o órgão adjudicante obtêm informações valiosas que permitem detetar anomalias nos preços e, no limite, estruturas de custos incompatíveis com normas imperativas legais e regulamentares, redundando na aplicação das causas de exclusão previstas, consoante os casos, nas alíneas e) e f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

Fruto da importância deste documento, quando a entidade adjudicante solicite a sua apresentação, a sua omissão fica agora prevista como causa de exclusão consagrada na alínea d) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP.

## **§ 8.º NOTA CONCLUSIVA**

**27.** Sem prejuízo dos contributos positivos apresentados pela reforma de 2022 em matéria de eliminação (parcial) de desconformidades com o Direito Europeu e de combate a propostas anómalas, o saldo global das modificações aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 78/2022 apresenta-se maioritariamente negativo para a promoção dos princípios fundamentais que norteiam o Direito dos Contratos Públicos.

Embora quantitativamente inferiores às verificadas nas anteriores reformas da legislação de contratação pública, as modificações aprovadas

---

<sup>15</sup> Sobre o conteúdo destas alterações, cfr. Sánchez (2021, p. 139 e segs.).

apresentam um profundo impacto sobre alguns dos principais pilares do sistema de contratação pública, contribuindo para manter a drástica instabilidade que afeta a atividade pública contratual e que impede os operadores públicos e privados de sedimentarem boas práticas e de consolidarem uma interpretação segura dos regimes jurídicos aplicáveis.

A atividade incontrolável de um legislador *viciado* na mudança continuada das normas do Direito dos Contratos Públicos apresenta-se, agora, como o principal obstáculo à correção de ineficiências da atividade pública contratual e, na prática, impede a adoção de procedimentos eficientes e céleres para a celebração de contratos públicos – prejudicando o exato princípio da *celeridade* que a Lei pretendeu usar como pretexto para justificar a sua hiperatividade normativa.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Mário Aroso de. Novos regimes de contratação pública: apreciação geral. In: GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; CALDEIRA, Marco; SERRÃO, Tiago (Coord.). **Comentários ao Código dos Contratos Públicos**. 4. ed. v. I. Lisboa: AAFDL, 2021.

AMORIM, João Pacheco de. **Introdução ao direito dos contratos públicos**. Coimbra: Almedina, 2021. Reimpressão em 2022.

CALDEIRA, Marco. Das preferências “locais” na revisão do código dos contratos públicos: são os “Santos da Casa” que fazem “milagres”? In: **Revista de Direito Administrativo**, Lisboa, Ed. AAFDL, n.º 10, p. 63-68, 2021.

ESTORNINHO, Maria João. (Mais) uma revisão do código dos contratos públicos: três breves notas de preocupação, em tempos de pandemia. In: ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia; SÁNCHEZ, Pedro Fernandes (Org.). **A revisão do código dos contratos públicos de 2021**. Lisboa: AAFDL, 2021.

GONÇALVES, Pedro Costa. A reforma de 2021 do CCP em matéria de contratos reservados e de modificações objetivas de contratos. In: GONÇALVES, Pedro Costa; MARTINS, Licínio Lopes; AZEVEDO, Pedro Santos. **As medidas especiais de contratação pública anotadas**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2021a. p. 47-50.

GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos contratos públicos**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2021b.

GONÇALVES, Pedro Costa; MARTINS, Licínio Lopes; AZEVEDO, Pedro Santos.

**As medidas especiais de contratação pública anotadas.** 2. ed. Coimbra Almedina, 2021.

KIRKBY, Mark. Os mistérios em torno da possibilidade de escolha do ajuste direto quando em procedimento anterior todas as propostas tenham sido excluídas. In: **Revista de Contratos Públicos**, Coimbra, ed. Cedipre, n.º 10, p. 5-42, jan.-abr. 2014.

MARTINS, Ana Gouveia. O regime da modificação dos contratos após a revisão do código dos contratos públicos. In: ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia; SÁNCHEZ, Pedro Fernández (Org.). **A revisão do código dos contratos públicos de 2021**. Lisboa: AAFDL, 2021.

MATOS, Sara Younis Augusto de. Suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas: a questão das assinaturas eletrónicas, em especial. In: RAIMUNDO, Miguel Assis (Coord.). **Jornadas de direito dos contratos públicos**. Lisboa: AAFDL, 2020. p. 57-83.

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Os princípios gerais da contratação pública. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). **Estudos de contratação pública**. v. I. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

PAÇÃO, Jorge. O regime de suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas. In: **Revista de Contratos Públicos**, Lisboa, Ed. AAFDL, ano 3, n.º 22, 2020a.

PAÇÃO, Jorge. O suprimento de irregularidades das propostas e candidaturas: a motivação do legislador e uma resenha sobre as suas origens no direito português dos contratos públicos. In: RAIMUNDO, Miguel Assis (Coord.). **Jornadas de direito dos contratos públicos**. Lisboa: AAFDL, 2020b.

RAIMUNDO, Miguel Assis. **Direito dos contratos públicos**. v. I. Lisboa: AAFDL, 2022a.

RAIMUNDO, Miguel Assis. **Direito dos contratos públicos**. v. II. Lisboa: AAFDL, 2022b.

RAIMUNDO, Miguel Assis. Empreitada de conceção-construção no direito dos contratos públicos: função e pressupostos da definição colaborativa de obras públicas. In: **O Direito**, ano 153, n. II, p. 327-280, 2021.

RODRIGUES, Nuno Cunha. Os contratos reservados no artigo 54.º-A da lei n.º 30/2021, de 21 de maio. In: ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia; SÁNCHEZ, Pedro Fernández (Org.). **A revisão do código dos contratos públicos de 2021**. Lisboa: AAFDL, 2021.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. **A revisão de 2021 do código dos contratos públicos**. Lisboa AAFDL, 2021.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. **Direito da contratação pública**. v. 1. Lisboa: AAFDL, 2020a.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. **Direito da contratação pública**. v. 2. Lisboa: AAFDL, 2020b.

SÁNCHEZ-GRAELLS, Albert. A duty to “Save” seemingly non-compliant tenders for public contracts? Comments on art. 72 of the 2017 Portuguese Code of Public Contracts. In: **Revista de Direito Administrativo**, Lisboa, Ed. AAFDL, ano 1, n.º 2, 2018.

SOUSA, Luís Verde de. A assinatura electrónica das propostas: alguns problemas criados ou não resolvidos pela lei n. 96/2015. In: **Revista de Contratos Públicos**, Coimbra, Ed. Cedipre, ano 3, n.º 24, p. 59-102, 2020.

SOUSA, Luís Verde de. Algumas considerações sobre o novo regime de suprimimento de irregularidades das propostas. In: GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; CALDEIRA, Marco; SERRÃO, Tiago (Coord.). **Comentários ao Código dos Contratos Públicos**. 4. ed. v. I. Lisboa: AAFDL, 2021.

Submissão em: 19 de abril de 2023

Último Parecer favorável em: 11 de maio de 2023

### **Como citar este artigo científico**

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. Sobre a reforma de 2022 da legislação portuguesa de contratação pública. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 2, p. 193-215, maio-ago. 2023.

# LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO IRREGULARES EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ESPAÑOLAS: EVOLUCIÓN

REMEDIOS ROQUETA BUJ<sup>1</sup>

## RESUMEN

**E**n el presente estudio se analizan las modulaciones que experimenta la extinción de los contratos de trabajo temporales realizados en fraude de ley o con graves irregularidades o que superan el límite al encadenamiento de contratos temporales previsto en el art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores cuando se desarrollan en el ámbito de las Administraciones Públicas, a saber: las consecuencias de la extinción de los contratos indefinidos no fijos de plantilla, la sustitución de la opción del trabajador indefinido no fijo por la de la indemnización en los supuestos de irregularidades en la contratación temporal o superación del límite legal al encadenamiento de contratos temporales, la nueva ordenación de la extinción en la legislación sobre estabilización de empleo temporal.

**Palabras Clave:** contratos de trabajo temporales, trabajadores indefinidos no fijos, procesos de estabilización de empleo temporal y Administraciones Públicas.

## I INTRODUCCIÓN

La relación laboral siempre ha tenido y tiene importantes modulaciones en el ordenamiento jurídico español cuando se desarrolla en el ámbito de las

<sup>1</sup> Doctora en Derecho (Universidad de Valencia). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia (España). *e-mail:* remedios.roqueta@uv.es

Administraciones Públicas, a saber (por todos, ROQUETA BUJ, 2022): las consecuencias de la extinción de los contratos indefinidos no fijos de plantilla, la sustitución de la opción del trabajador indefinido no fijo por la de la indemnización en los supuestos de irregularidades en la contratación temporal o superación del límite legal al encadenamiento de contratos temporales, la nueva ordenación de la extinción en la legislación sobre estabilización de empleo temporal, etc.

## **II LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE CONTRATOS O RELACIONES LABORALES DE DURACIÓN DETERMINADA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LA APORTACIÓN DE LAS NORMAS EUROPEAS**

En el ámbito de la Unión Europea no existe un marco general referido a las cuestiones que nos ocupan: la organización del empleo público es, razonablemente, competencia plena de los Estados miembros. Pero las normas europeas pueden condicionarla por la existencia de otros títulos competenciales que legitimen la actualización de las facultades normativas de la Unión. Tal es lo que acontece con las reglas del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, incorporado como anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 a efectos de garantizar su aplicación en los Estados miembros en los términos del art. 155 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El preámbulo de la Directiva y las consideraciones generales del Acuerdo fundamentan la intervención europea en esta materia en que la realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea mediante la aproximación, por la vía del progreso, de dichas condiciones, en particular en lo que respecta a las formas de trabajo distintas del trabajo por tiempo indefinido, con el fin de alcanzar un mejor equilibrio entre flexibilidad del tiempo de trabajo y seguridad de los trabajadores.

Se parte de que los contratos por tiempo indefinido son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores, ya que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento: pero también se reconoce que los contratos de trabajo de duración determinada responden, en ciertas circunstancias, a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores. En este contexto, el Acuerdo marco establece los principios generales y los requisitos mínimos relativos al trabajo de duración determinada, en particular creando un marco general destinado, de un lado, a garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de

duración determinada y, de otro, a evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivas relaciones laborales de duración determinada.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado en repetidas ocasiones que la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco se aplican a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada que los vincule a su empleador, independientemente de su carácter privado o público. Es más, según reiterada jurisprudencia comunitaria, dichas disposiciones se aplican al personal temporal que presta servicios para las Administraciones Públicas, tanto en régimen laboral como en régimen de Derecho administrativo<sup>2</sup>.

La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco impone a los Estados miembros, a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, la adopción efectiva y vinculante de una o varias de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes. Las tres medidas enumeradas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula se refieren, respectivamente, a las razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de sus renovaciones.

Los Estados miembros disponen a este respecto de un margen de apreciación, ya que tienen la opción de recurrir, a tal fin, a una o varias de las medidas enunciadas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula, o incluso a medidas legales existentes equivalentes, y ello teniendo en cuenta las necesidades de distintos sectores o categorías de trabajadores<sup>3</sup>. De ello se deduce que, para llevar a cabo tal aplicación, un Estado miembro puede legítimamente optar por no adoptar la medida contemplada en el apartado 1, letra a), de dicha cláusula, consistente en exigir que existan razones objetivas que justifiquen la renovación de los contratos.

Por el contrario, puede preferir adoptar una de las medidas o las dos medidas contempladas en el apartado 1, letras b) y c), de la mencionada cláusula, que se refieren, respectivamente, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales, o incluso optar por mantener una medida legal equivalente existente y ello siempre que,

<sup>2</sup> Por todas, las SSTJCE de 8 de septiembre de 2011, C-177/10), 13 de marzo de 2014 (Asunto C-190/13) y 26 de noviembre de 2014 (Asuntos C 61/2013, C 63/2013 y C 418/2013).

<sup>3</sup> STJCE de 23 de abril de 2009 (Asuntos C-378/07 a C-380/07).

con independencia de cuál sea la medida elegida, se garantice la prevención efectiva de los abusos como consecuencia de la utilización de contratos de trabajo de duración determinada<sup>4</sup>.

De ese modo, la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco asigna a los Estados miembros un objetivo general, consistente en la prevención de tales abusos, dejándoles sin embargo la elección de los mecanismos para conseguirlo, siempre que no pongan en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco.

### **III LA CONTRATACIÓN TEMPORAL IRREGULAR O POR ENCIMA DEL LÍMITE AL ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS TEMPORALES EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LA FIGURA DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO**

#### **III.1 El Reconocimiento de la Condición de Trabajador Indefinido no Fijo de Plantilla**

La contratación de los trabajadores fijos en las Administraciones Públicas debe atenerse a los principios de igualdad, mérito y capacidad, conforme a lo dispuesto por el art. 55.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (en lo sucesivo, EBEP). Además, el art. 61.7 de esta disposición normativa establece que “*los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos*”. Por ello, el fraude de ley o las irregularidades graves en la contratación temporal no pueden tener la consecuencia normal de estimar como fijos a los trabajadores temporales contratados irregularmente, pues si así fuera se defraudaría la aplicación de las normas antes señaladas que exigen procedimientos públicos para la contratación del personal laboral fijo.

Y así, según la doctrina jurisprudencial española, el contrato debía calificarse como indefinido (no sometido a término) o indefinido no fijo discontinuo, pero el trabajador no podía ser considerado fijo de plantilla<sup>5</sup>, aunque con carácter previo a cada contratación hubiera superado un proceso selectivo ad hoc al convocarse el mismo para la contratación temporal y no para el acceso a una plaza fija<sup>6</sup>; era el personal por tiempo indefinido no fijo de plantilla. Así

<sup>4</sup> Por todas, la STJUE de 26 de noviembre de 2014 (Asuntos C-61/2013, C-63/2013 y C-418/2013).

<sup>5</sup> Por todas, las SSTs de 27 de octubre de 2021 (Recud. 3658/2018) y 8 de marzo de 2022 (Recud. 4212/2019).

<sup>6</sup> STS de 2 de julio de 2020 (Recud. 4195/2017).

lo vino a corroborar expresamente el apdo. 1.º de la DA 15.<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en lo sucesivo, ET) a propósito de la superación de la duración máxima del contrato por obra o servicio determinado y del límite al encadenamiento de contratos temporales. No obstante, los órganos competentes en materia de personal no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial (DA 43.<sup>a</sup> Ley 6/2018).

### **III.2 Las Causas Específicas de Extinción del Contrato por Tiempo Indefinido no Fijo de Plantilla**

Los trabajadores indefinidos no fijos podrán ser lícitamente cesados cuando la plaza que ocupan sea cubierta por el oportuno procedimiento reglado en el que se respeten los principios de publicidad, mérito y capacidad o sea amortizada por el cauce reglamentario que, como ha señalado la doctrina jurisprudencial, necesita completar las exigencias formales y materiales establecidas para los despidos objetivos o colectivos<sup>7</sup>.

#### **III.2.1 La Extinción Derivada del Proceso de Cobertura Reglamentaria de la Plaza**

Aun existiendo contratación temporal ilegal o fraudulenta o cesión ilegal, concurre la causa legal de extinción prevista en el art. 49.1.b) del ET cuando la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo es cubierta por otra persona tras un proceso de selección que respete los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad en el que los trabajadores indefinidos hayan tenido la oportunidad de participar<sup>8</sup>. Es más, la cobertura definitiva de la plaza puede tener lugar a través de cualesquiera de los procedimientos reglamentarios (de selección, promoción interna, consolidación de empleo temporal, concurso de traslado o de promoción profesional específica).

<sup>7</sup> Y, en fin, incorporado el trabajador a la Administración como indefinido no fijo, en ejecución de sentencia firme que declaró que había sido objeto de cesión ilegal, los actos posteriores de la empleadora como una nueva RPT, no pueden impugnarse pidiendo la ejecución de la antigua sentencia, sino en un nuevo proceso ordinario [STS de 3 de diciembre de 2014 (Recud. 144/2014)].

<sup>8</sup> Si la Administración modifica la clasificación del puesto de trabajo e incluye esa plaza para el acceso de funcionarios, el cese de la relación laboral indefinida no fija se produce al ser nombrado un funcionario de carrera por superar el proceso selectivo [STS de 16 de junio de 2020 (Recud. 3621/2017)].

De este modo, cuando según la normativa legal o convencional aplicable, con carácter previo a su inclusión en la oferta de empleo público, la plaza debe o puede ser ofertada para su cobertura por los procesos de promoción profesional específica o de concurso de traslado, el contrato llega a su término al cubrirse en propiedad dicha plaza a través de tales procesos de provisión, aunque el trabajador indefinido no fijo no tenga la oportunidad de participar en dichos procedimientos, cuando no concurre el menor atisbo de una posible utilización torticera de estos mecanismos para habilitar una herramienta que permita la resolución en fraude de ley de esa relación laboral indefinida no fija<sup>9</sup>.

En cambio, el cese de un trabajador indefinido no fijo, fundado en la reincorporación del trabajador sustituido en virtud del último contrato de interinidad por sustitución<sup>10</sup> o en la ocupación de su plaza reconvertida en funcionarial al aprobarse la relación de puestos de trabajo por funcionario público que supera el proceso selectivo<sup>11</sup>, es constitutivo de un despido improcedente –con las consecuencias inherentes a dicha calificación–.

La extinción derivada del proceso de cobertura reglamentaria del puesto de trabajo se produce mediante la correspondiente denuncia del empleador público, sin que sea preciso recurrir a las modalidades de despido que contemplan los arts. 51 y 52 del ET, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de amortización de la plaza vacante ocupada, en cuyo caso sí es exigible acudir a la extinción de los contratos por despido colectivo u objetivo en función de que se superen o no los umbrales que delimitan el despido colectivo. Por lo demás, en cuanto al cómputo de la extinción contractual de este tipo de contratos al efecto

<sup>9</sup> SSTs de 1 de junio de 2022 (Recud. 429/2019) y 23 de junio de 2022 (Recud. 481/2019).

<sup>10</sup> En cambio, según la STS (Social) de 12 de mayo de 2020 (Recud. 825/2018), mereciendo la calificación de relación laboral indefinida no fija por haberse incurrido en fraude de ley en el primero de los contratos suscritos, la extinción del último contrato de interinidad por sustitución por reincorporación del sustituido no constituye despido, pero sí otorga al trabajador el derecho a percibir la indemnización de veinte días de salario por año servicio prevista para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. Por último, y con relación a si constituye despido improcedente el cese de un empleado con contrato de interinidad por vacante al cubrirse reglamentariamente la plaza que venía ocupando, véase la STS de 21 de mayo de 2020 (Recud. 2568/2017).

<sup>11</sup> En este sentido, el Tribunal Supremo argumenta que no estamos ante ninguna causa lícita de extinción del contrato de trabajo que pueda ser subsumida en el art. 49.1.b) del ET. Niega que en tal supuesto estemos ante la cobertura reglamentaria de la plaza, porque lo cierto es que la plaza que se ocupa es una plaza de funcionario, no de personal laboral. La única vía válida para la extinción de los contratos de trabajo de los indefinidos no fijos será la de cobertura de la plaza de personal laboral que corresponda con la que ocupen en su calidad de tales, o, en su caso, la amortización de tal plaza con la exigencia de que la Administración acuda a la vía de los arts. 51 y 52 del ET. En este sentido, se expresan las SSTs de 13 de diciembre de 2016 (Recud. 2059/2015), 20 de julio de 2017 (Recud. 2832/2015), 25 de enero de 2018 (Recud. 3917/2015), 28 de marzo de 2019 (Recud. 2123/2017), 16 de julio de 2020 (Recud. 361/2018), 28 de septiembre de 2021 (Recud. 2626/2018), 12 de enero de 2022 (Recud. 579/2019) y 23 de febrero de 2022 (Recud. 1009/2018). Sin embargo, a mi juicio, si el trabajador indefinido no fijo de plantilla puede participar en el proceso de consolidación y se le valora la experiencia en la plaza de funcionario a la que estaba adscrito, estamos ante la cobertura reglamentaria de la plaza.

de considerar el despido, como colectivo, debería darse la misma solución que prevé el penúltimo párrafo del art. 51.1 del ET.

La extinción derivada del proceso de cobertura reglamentaria del puesto de trabajo como consecuencia del resultado de un proceso selectivo basado en los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, otorga al trabajador el derecho a percibir la indemnización de 20 días de salario por año de servicio prevista por la legislación laboral para las extinciones por causas objetivas. En este sentido, la STS de 28 de marzo de 2017 (Recud. 1664/2015) afirma que

la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales –en este caso, el régimen extintivo– obliga a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza

y que

acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1.b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas.

### La equiparación

no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato<sup>12</sup>.

Llegados a este punto, la sentencia se centra en el tipo contractual y en la descalificación del carácter temporal del contrato, lo que obviamente descarta también la indemnización del art. 49.1.c) del ET. Pero hay algo más, pues se dice que, “*dadas las causas que han motivado la creación de esta institución*” –

<sup>12</sup> En el mismo sentido, las SSTS de 9 de mayo de 2017 (Recud. 1806/2015), 12 de mayo de 2017 (Recud. 1717/2015), 19 de julio de 2017 (Recud. 4041/2015) y 22 de febrero de 2018 (Recud. 68/2016), 12 de mayo de 2020 (Recud. 2019/2018), 22 de julio de 2021 (Recud. 2988/2019) o 27 de octubre de 2021 (Recud. 3658/2018).

un abuso del empleador público en la contratación temporal de origen–, “*parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales*”. Es un argumento adicional de equidad que fuerza quizá la legalidad para “penalizar” de nuevo a la Administración cuando ésta ya fue penalizada en su momento con la transformación de la contratación temporal irregular en un contrato indefinido no fijo.

### III.2.2 La Extinción por Amortización de la Plaza

El contrato no se extingue por la simple amortización de la vacante ocupada por el trabajador indefinido no fijo, para lo cual procede acudir al procedimiento del despido colectivo (art. 51 ET) u objetivo (art. 53 ET), según el número de trabajadores afectados, y abonar la indemnización establecida en esos preceptos<sup>13</sup>. De este modo, la amortización de los puestos de trabajo, operando para ello sobre la correspondiente relación de puestos de trabajo, no conlleva la extinción automática de los contratos indefinidos no fijos que debe realizarse conforme al procedimiento establecido para el despido por causas objetivas o, en su caso, el despido colectivo<sup>14</sup>.

Además, las extinciones de los contratos de este tipo por la amortización de la plaza ocupada son computables al efecto de considerar el despido como colectivo, conforme al penúltimo párrafo del citado art. 51.1 del ET que excluye del cómputo las extinciones de los contratos temporales que se produzcan por la expiración del tiempo convenido con arreglo al art. 49.1.c) del ET<sup>15</sup>.

Si la Administración Pública o entidad de que se trate amortiza la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo sin seguir el cauce reglamentario, estaremos ante un despido objetivo individual o colectivo que habrá de

<sup>13</sup> Por todas, las SSTs de 24 de junio de 2014 (Rec. 217/2013), 7 de julio de 2014 (Recud. 1844/2013 y 2285/2013), 8 de julio de 2014 (Recud. 2693/2013), 14 de julio de 2014 (Recud. 1847/2013, 2680/2013, 2052/2013 y 2057/2013), 15 de julio de 2014 (Recud. 2065/2013, 1833/2013, 2047/2013 y 1801/2013), 17 de julio de 2014 (Recud. 1873/2013), 16 de septiembre de 2014 (Recud. 1880/2013), 13 de octubre de 2014 (Recud. 2745/2013), 29 de octubre de 2014 (Recud. 1765/2013), 18 de noviembre de 2014 (Recud. 2167/2013), 11 de febrero de 2015 (Recud. 840/2014), 5 de abril de 2016 (Recud. 1874/2014), 30 de marzo de 2017 (Recud. 961/2015), 15 de noviembre de 2017 (Recud. 440/2015), 14 de febrero de 2018 (Recud. 513/2015) y 19 de abril de 2022 (Recud. 3807/2020). En este sentido, se puede traer a colación la STS de 20 de junio de 2017 (Rec. 253/2015) que declara ajustado a derecho el despido colectivo en la Universidad Politécnica de Madrid por concurrir causas organizativas dada la nueva relación de puestos de trabajo (RPT) que supuso la amortización de 156 vacantes, ocupadas por interinos, debido el déficit presupuestario existente, siendo la modificación de la RPT validada por la jurisdicción contencioso-administrativa.

<sup>14</sup> SSTs de 24 de junio de 2014 (Recud. 217/2013) y 14 de julio de 2014 (Recud. 1807/2013).

<sup>15</sup> STS de 14 de julio de 2014 (Recud. 1807/2013).

calificarse como improcedente<sup>16</sup> o nulo<sup>17</sup>, respectivamente. De encontrarnos ante un despido objetivo improcedente, el trabajador no podrá pretender que se le aplique el art. 96.2 del EBEP, a cuyo tenor “*procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave*”.

Esta previsión no resulta aplicable porque no estamos ante el supuesto contemplado en el precepto, esto es, un despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave. A mayor abundamiento, el trabajador tampoco es personal laboral fijo sin que pueda prosperar sobre este particular la vulneración del principio de igualdad, como ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de noviembre de 2010 (Recud. 88/2010).

#### **IV EL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO: UNA FIGURA A EXTINGUIR TRAS LAS REFORMAS DE 2021**

El trabajador indefinido no fijo es una figura que desaparecerá de forma progresiva por la confluencia de dos medidas complementarias previstas en las reformas legales de 2021 –llevadas a cabo por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, y el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo–, a saber:

- por un lado, en los contratos que se celebren a partir del 30 de marzo de 2022 con arreglo a la Reforma Laboral de 2021 se ha sustituido la opción del trabajador indefinido no fijo por la indemnización contemplada en el apdo. 5.º de la nueva DA 17.ª del EBEP;
- por otro lado, se ha previsto un macroproceso de estabilización de empleo público temporal para regularizar la situación, entre otros, de los trabajadores indefinidos no fijos existentes en la actualidad (art. 2 Ley 20/2021).

<sup>16</sup> SSTS de 2 de diciembre de 2014 (Recud. 2371/2013), 18 de diciembre de 2014 (Recud. 1790/2013), 19 de julio de 2017 (Recud. 3255/2015) y 19 de abril de 2022 (Recud. 3807/2020).

<sup>17</sup> SSTS de 14 de julio de 2014 (Recud. 2057/2013), 15 de julio de 2014 (Recud. 2041/2013) y 18 de septiembre de 2017 (Recud. 514/2015).

En fin, la figura del trabajador indefinido no fijo, en realidad, era una solución de equilibrio en la que las dos normas en conflicto se atemperaban: no se producía la nulidad completa del contrato de trabajo que seguía vigente, transformado en un vínculo temporal en función de la cobertura reglamentaria de la vacante, pero también se excluía el efecto laboral ordinario, esto es, la conversión en indefinido del contrato temporal irregular. El concepto de trabajador indefinido no fijo, con todas las consecuencias que de ello se desprendían en el Derecho español, en particular, el derecho del trabajador al mantenimiento en su puesto de trabajo era una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada<sup>18</sup>.

Sin embargo, el indefinido no fijo no estaba cumpliendo la función para la que fue ideado, que era contribuir a preservar, desde el ámbito laboral, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público y, por ende, los principios de imparcialidad y eficacia en la gestión de las Administraciones Públicas. En efecto, el sistema quebraba desde el momento en que las Administraciones Públicas no procedían en un tiempo razonable a proveer las plazas y los afectados tampoco reaccionaban frente a esta situación para evitar la competencia en un sistema abierto de ingreso, a la espera de lograr una vía de entrada menos problemática a través de las consolidaciones. De este modo, los contratos tendían a prolongarse y el indefinido no fijo se convertía en “casi fijo”.

En este contexto, las reformas de 2021 tiran por la calle de en medio, decretando la nulidad de los pactos o acuerdos que incumplan la legislación en materia de contratación temporal y reconociendo a estos empleados públicos el derecho a percibir a partir del cese efectivo una compensación económica de veinte días de su salario fijo por cada año de servicio, con un máximo de doce mensualidades.

La cuestión, sin embargo, es si el importe de esta indemnización es adecuado para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes, a efectos de la normativa comunitaria. En cualquier caso, los meros incumplimientos o infracciones formales en la contratación temporal de la Administración no deben comportar la nulidad del vínculo laboral afectado, sanción que debe reservarse para los incumplimientos especialmente cualificados (fraude de ley o irregularidades sustanciales).

---

<sup>18</sup> STJCE de 14 de septiembre de 2016 (Asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15).

#### **IV.1 La Sustitución de la Opción del Trabajador Indefinido no Fijo por una Indemnización Económica**

La DA 17.<sup>a</sup> del EBEP, añadida por el art. 1.3 de la Ley 20/2021, prevé una serie de medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público. En particular, dispone que

todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal será nulo de pleno derecho” y que “el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica.

De esta manera, el contrato temporal que supere el plazo máximo legal permitido será nulo, sustituyéndose en los supuestos de irregularidades en la contratación temporal o superación del límite legal al encadenamiento de contratos temporales la opción del trabajador indefinido no fijo por la de la indemnización, lo que en opinión de los administrativistas resulta más acorde con los principios constitucionales que disciplinan el acceso al empleo público<sup>19</sup>.

Ciertamente, el apdo. 5.º de la nueva DA 17.<sup>a</sup> del EBEP, añadida por el art. 1.3 de la Ley 20/2021, completa la regulación anterior en los siguientes términos:

En el caso del personal laboral temporal, el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica. Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades.

<sup>19</sup> En el mismo sentido, la STSJ de Asturias (Social) de 8 de noviembre de 2022 (Rec. 2011/2022). A igual conclusión llega en relación con los funcionarios la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Castilla y León, entre otras muchas, en sus sentencias de 15 de julio de 2021 (Rec. 169/2021) y 15 de marzo de 2022 (Rec. 349/2021). En sentido contrario, Ramos Moragues (2022, p. 150 y ss.).

No habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria.

De este modo, se replica el esquema previsto en el apdo. 4.º de la DA 17.<sup>a</sup> del EBEP para el personal funcionario interino, por lo que las consideraciones vertidas en relación con este son, *mutatis mutandis*, trasladables al personal laboral temporal (ROQUETA BUJ, 2021; ROQUETA BUJ, 2022, p. 110 y ss.; y MAURI I MAJOS, 2020, p. 377-424).

Pues bien, el apdo. 4.º de la DA 17.<sup>a</sup> del EBEP, añadida por el RD-1 14/2021 y que la Ley 20/2021 ha mantenido en los mismos términos, prescribe que

el incumplimiento del plazo máximo de permanencia dará lugar a una compensación económica para el personal funcionario interino afectado, que será equivalente a veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades.

El derecho a esta compensación *“nacerá a partir de la fecha del cese efectivo y la cuantía estará referida exclusivamente al nombramiento del que traiga causa el incumplimiento”*.

En fin, no habrá derecho a compensación *“en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por causas disciplinarias ni por renuncia voluntaria”*.

A la vista de lo expuesto, cabe subrayar lo siguiente:

- 1.º) el hecho causante de la compensación económica es el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia como personal laboral temporal, esto es, los 6 o 12 meses o los 90 días en el año natural en los contratos por circunstancias de la producción, los 3 años a contar desde la fecha de la contratación del interino por vacante sin publicar la correspondiente convocatoria de provisión de puestos de trabajo o de selección, el tiempo durante el que subsista el derecho de reserva de puesto de trabajo del trabajador sustituido en la interinidad por sustitución, los 3 o 4 años en la contratación en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y Fondos de la Unión Europea o los 12 meses en los contratos vinculados a programas de activación para el empleo. Por lo demás, el apdo. 5.º de la DA 17.<sup>a</sup> ha de ser interpretado a la luz del nuevo art. 15.4

del ET, a cuyo tenor *“las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas”*. Por consiguiente, la indemnización procederá cuando la contratación temporal se lleve a cabo sin cumplir los correspondientes requisitos legales de carácter causal y/o temporal;

- 2.º) el derecho a la compensación económica *“nacerá a partir de la fecha del cese efectivo y la cuantía estará referida exclusivamente al nombramiento del que traiga causa el incumplimiento”*. De este modo, el legislador quiere marcar distancias con la regulación y la doctrina jurisprudencial laborales. En efecto, cuando cualquiera de los contratos temporales en cadena con un mismo trabajador carece de causa o resulta inválido por contravenir las disposiciones de su propia normativa, la relación deviene indefinida, sin posible subsanación por la celebración de un posterior contrato correcto y ello aunque entre el contrato fraudulento y el posterior haya transcurrido un periodo superior al de 20 días de caducidad para su impugnación, en cuanto el encadenamiento evidenciaría la existencia de una unidad esencial del vínculo. Además, en caso de encadenamiento de contratos temporales fraudulentos, a la hora de delimitar los años de servicio se toman en consideración la totalidad de los servicios prestados a la demandada, y no solamente los que se originaron por la concertación del último contrato, si existe unidad esencial del vínculo. En cambio, el derecho a la compensación económica prevista en la DA 17.<sup>a</sup> del EBEP nacerá a partir de la fecha del cese efectivo y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento, aunque este venga seguido de otro contrato regular. Con ello, se descarta cualquier expectativa de consolidación de situaciones jurídicas que pudieran ser contrarias al ordenamiento jurídico mediante el reconocimiento del derecho a la condición de trabajador indefinido no fijo o situación equivalente, o de tomar en consideración la totalidad de los servicios prestados a la entidad empleadora, y no solamente los que se originaron con ocasión del contrato temporal irregular o fraudulento;
- 3.º) La compensación económica *“será equivalente a veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades”*.

En la cuantificación del “salario regulador”, se deben seguir las siguientes operaciones:

- a) se toman como dividendo las “retribuciones fijas”, esto es, el sueldo, los trienios, las pagas extraordinarias, el complemento de destino y el

complemento específico. En cambio, se excluyen el complemento de productividad puesto que se trata de una retribución que no es fija en su cuantía ni regular en su devengo, sino que se hace depender de la productividad del empleado público, y las gratificaciones por servicios extraordinarios ya que en ningún caso pueden ser fijas en su cuantía y periódicas en su devengo. En principio, también se excluye el complemento retributivo de carrera profesional, ya que nos encontramos ante un sistema variable en el que cada empleado público es remunerado en función del resultado obtenido en la evaluación del desempeño, resultado que obviamente ha de ser positivo, aunque en último término habrá que estar a lo que disponga la Ley de desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público que lo instaure;

b) en la determinación del valor de cada día de retribuciones habrá que sumar las cantidades brutas percibidas por el trabajador durante el año anterior al cese en el marco del contrato del que traiga causa el incumplimiento y luego dividir por 365 días del año (en su caso, 366).

Por “años de servicio” a efectos de cuantificar la compensación, ha de entenderse exclusivamente el tiempo realmente trabajado en el marco del contrato del que traiga causa el incumplimiento, independientemente de que le hayan seguido uno o varios contratos regulares con anterioridad al cese efectivo. Por lo demás, a tales efectos ha de computarse el tiempo en que el trabajador se encuentre en situación de servicio activo y en todas aquellas situaciones que producen efectos equivalentes a los de servicio activo;

- 4.º) en cualquier caso, no habrá derecho a compensación “*en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por causas disciplinarias ni por renuncia voluntaria*”;
- 5.º) el inciso final del primer párrafo del apdo. 4.º de la DA 17.<sup>a</sup> del EBEP deja a salvo “*la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica*”. Sin duda, quedan comprendidas las indemnizaciones de 33 días de salario por año de servicio con el tope máximo de 24 mensualidades por despido disciplinario o despido objetivo o colectivo improcedente o nulo. En tal caso, la compensación consistirá en la diferencia entre el máximo de 20 días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades, y la indemnización que corresponda percibir conforme a la legislación laboral por la extinción del contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades;

- 6.º) el abono de la indemnización sólo procederá a partir del cese efectivo del trabajador<sup>20</sup>, no siendo necesaria, a tales efectos, una resolución judicial dictada a instancia del trabajador en el marco de un proceso declarativo o de despido. No obstante, si la Administración no procede a abonarla de “motu proprio”, el trabajador dispondrá de un plazo de prescripción de un año a contar desde el momento en el que dicho cese se produzca para reclamarla en sede judicial (art. 59.1 ET).

En definitiva, las reformas de 2021 han sustituido la opción del trabajador indefinido no fijo por la de la indemnización, pero sólo en los supuestos de irregularidades en la contratación laboral temporal o superación del límite legal al encadenamiento de contratos temporales y, además, siempre y cuando dichas circunstancias se produzcan en el marco de los contratos temporales celebrados a partir del 30 de marzo de 2022 con arreglo a la Reforma Laboral<sup>21</sup>. Ciertamente, aunque el RD-1 14/2021 –luego convertido en la Ley 20/2021– entró en vigor el 8 de julio de 2021 (DF 3.ª RD-1 14/2021), las previsiones contenidas en su art. 1 “*serán de aplicación únicamente respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor*” (DT 2.ª RD-1 14/2021).

Es más, la DF 8.ª.2.f) del RD-1 32/2021 prevé un período de *vacatio legis* de tres meses desde el 30 de diciembre de 2021 para la entrada en vigor del 2.º apdo. de la DD Única de este real decreto-ley por el que se deroga el 1º apdo. de la DA 15.ª del ET. Por consiguiente, el cambio normativo no puede afectar a los contratos celebrados antes del 30 de marzo de 2022 con arreglo a la normativa legal anterior a la Reforma Laboral. Y, por supuesto, dicho cambio de ningún modo puede dar lugar a replantear los asuntos decididos mediante sentencia firme en la que se reconozca el derecho a la subsistencia y continuación de la relación de empleo con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella hasta que la Administración cumpla en debida forma lo que ordena la

<sup>20</sup> SSTSJ de Galicia (Social) de 2 de abril de 2022 (Rec. 5951/2021), 20 de abril de 2022 (Rec. 3227/2021) y 30 de septiembre de 2022 (Rec. 4569/2021), STSJ de Aragón (Social) de 23 de mayo de 2022 (Rec. 320/2022), y SSTSJ de Castilla y León (Social) de 19 de julio de 2022 (Rec. 104/2022), 26 de septiembre de 2022 (Rec. 284/2022), 2 de diciembre de 2022 (Rec. 546/2022) y 20 de marzo de 2023 (Rec. 890/2022).

<sup>21</sup> En cambio, la STSJ de Cataluña (Social) de 6 de octubre de 2022 (Rec. 2490/2022) considera que el apartado 5 de la DA 17.ª del EBEP, en la redacción dada por el art. 1.3 de la Ley 20/21, sólo se aplica al personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a 30/12/21. Por su parte, la STSJ (CA) de la Rioja de 11 de mayo de 2022 (Rec. 174/2021) considera a propósito del personal funcionario que no puede prosperar la pretensión de la parte apelante de la aplicación de RD-1 14/2021 que introduce en su artículo 1 una nueva disposición adicional decimoséptima en el EBEP porque de conformidad DT 2.ª (efectos) “*Las previsiones contenidas en el artículo 1 de este real decreto-ley serán de aplicación únicamente respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor*”. Y el RD-1 14/2021 entró en vigor el 08/07/2021. Véanse también la STSJ de las Islas Baleares (Social) de 21 de septiembre de 2021 (Rec. 164/2022) y la STSJ de Madrid (Social) de 16 de septiembre de 2022 (Rec. 673/2022).

norma de carácter básico en aplicación del criterio interpretativo y normativo precedente<sup>22</sup>.

#### **IV.2 La Organización de Procesos de Estabilización de Empleo Público Temporal**

Finalmente, y a la vista de las ingentes bolsas de personal interino o temporal e indefinido no fijo creadas como consecuencia de la restricción de las tasas de reposición de efectivos durante la crisis económica, los arts. 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de PGE para el año 2017, y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de PGE para el año 2018, y el art. 2 de la Ley 20/2021 han puesto en marcha sendos macroprocesos de estabilización de empleo temporal con determinadas ventajas a favor de las personas que aspiran a consolidar su plaza temporal. Estos sistemas privilegiados de estabilización o consolidación resultan sin duda de aplicación –con mayor razón si cabe– a los trabajadores temporales que hayan alcanzado la condición de “indefinidos no fijos” en virtud de una resolución judicial<sup>23</sup>.

El personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal en las plazas ofertadas en los procesos de consolidación de empleo temporal previstos en el art. 2 de la Ley 20/2021 y habiendo participado en el correspondiente concurso-oposición, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo<sup>24</sup>, tendrá derecho a “una compensación económica” equivalente “a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades” (art. 2.6 Ley 20/2021).

Por lo demás, el art. 2.6 de la Ley 20/2021 se aplica también al personal funcionario interino y al personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso de estabilización previsto en la DA 6.<sup>a</sup> de la Ley 21/2021, ya que esta disposición adicional se limita a establecer una convocatoria excepcional de estabilización del empleo temporal de larga duración por el sistema de concurso de méritos, debiéndose regir en todo lo demás por las reglas previstas en el art. 2 de la Ley 20/2021.

<sup>22</sup> Por todas, las SSTs (CA) de 21 de diciembre de 2021 (Recud. 3320/2019) y 17 de febrero de 2022 (Rec. 5766/2019).

<sup>23</sup> Cfr. la STS de 1 de febrero de 2011 (Recud. 899/2010); y las SSTSJ del País Vasco (CA) de 18 de diciembre de 2014 (Rec. 410/2012) y de Asturias (CA) de 25 de febrero de 2019 (Rec. 156/2018).

<sup>24</sup> Cfr. las SSTSJ de Castilla-La Mancha (CA) de 5 de junio de 2014 (Rec. 114/2013), 24 de noviembre de 2014 (Rec. 109/2013), 20 de abril de 2015 (Rec. 192/2013), 2 de mayo de 2016 (Rec. 151/2014), 31 de marzo de 2017 (Rec. 364/2015) y 18 de abril de 2018 (Rec. 12/2016).

La compensación económica constituye una novedad, específica de los procesos de estabilización de empleo temporal diseñados por la Ley 20/2021, incluso respecto del personal laboral temporal, ya que el contrato de interinidad por vacante se extingue por la conclusión del proceso de consolidación de empleo temporal sin derecho a indemnización alguna<sup>25</sup>. En efecto, por expresa exclusión del art. 49.1.c) del ET, al finalizar el contrato de interinidad por vacante, el trabajador interino no tiene derecho a recibir la indemnización por fin de contrato prevista en dicho precepto<sup>26</sup>. Este fue considerado contrario a la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada<sup>27</sup>.

No obstante, posteriormente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea corrigió su criterio sobre la base del conocimiento que tiene el trabajador, desde el mismo momento de celebración del contrato, de la fecha o acontecimiento concreto que determinan su término; de forma que no era contraria a la cláusula 4.ap. 1 del Acuerdo Marco antes citado la normativa interna que no contemplaba indemnización alguna a favor de los trabajadores con contratos celebrados para cubrir temporalmente un puesto durante el proceso de selección o de promoción para la cobertura definitiva del puesto, al vencer el término<sup>28</sup>. En fin, salvo que en el trabajador en cuestión concurre la condición de indefinido no fijo, tampoco procede el reconocimiento de la indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de 12 mensualidades prevista en el art. 53 del ET, pues no cabe confundir entre distintas causas de extinción contractual y transformar la finalización regular del contrato temporal en un supuesto de despido objetivo que el legislador no ha contemplado como tal<sup>29</sup>.

En fin, el derecho a la compensación económica se prevé para los procesos de estabilización previstos en la Ley 20/2021, y no para otros. Tampoco, por tanto, para los procesos de estabilización de los arts. 19.Uno.6 de la Ley 3/2017

<sup>25</sup> STS de 11 de junio de 2019 (Recud. 2394/2018).

<sup>26</sup> SSTs de 13 de marzo de 2019 (Recud. 3970/2016), 23 de octubre de 2019 (Recud. 12/2018), 3 de diciembre de 2019 (Recuds. 2921/2018, 1918/2018, 3284/2018, 2481/2018 y 3107/2018), 12 de mayo de 2020 (Recud. 63/2018), 10 de septiembre de 2020 (Recud. 1398/2018), 11 de septiembre de 2020 (Recud. 1246/2018), 17 de septiembre de 2020 (Recud. 1702/2018), 30 de septiembre de 2020 (Recud. 2249/2018), 1 de octubre de 2020 (Recud. 3187/2018), 11 de noviembre de 2020 (Recud. 3716/2018), 2 de diciembre de 2020 (Recud. 3181/2018) 16 de febrero de 2021 (Recud. 2272/2018), 3 de marzo de 2021 (Recud. 2397/2018) y 4 de marzo de 2021 (Recuds. 1908/2019 y 2397/2018).

<sup>27</sup> STJUE de 14-9-2016 (Asunto C-596/2014).

<sup>28</sup> STJUE [Gran Sala] de 5-6-2018 (Asunto C-677/16).

<sup>29</sup> SSTs de 12 de junio de 2019 (Recud. 4635/2017), 26 de junio de 2019 (Recuds. 11/2018 y 490/2018) y 10 de julio de 2019 (Recud. 4583/2017).

y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018 ni para los procesos de consolidación de la DT 4.<sup>a</sup> del EBEP<sup>30</sup>.

En el caso del personal laboral temporal, la compensación económica consistirá “*en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año*” y “*en caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades*”. Es decir, tratándose de personal laboral se deja a salvo la superior indemnización que pueda corresponder con arreglo a la legislación laboral, por ejemplo, cuando el trabajador tenga reconocida por sentencia la condición de indefinido no fijo y perciba retribuciones variables y/o se deba tomar en consideración la totalidad de los servicios prestados a la Administración Pública, y no solamente los que se originaron en la plaza objeto del proceso de consolidación, si existe unidad esencial del vínculo<sup>31</sup>. Ahora bien, no se suman ambas indemnizaciones, sino que se compensan entre sí. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades. En cualquier caso, no es preciso que el trabajador reclame la indemnización en sede judicial.

La no participación del candidato o candidata en el proceso selectivo de estabilización “*no dará derecho a compensación económica en ningún caso*” (art. 2.6 Ley 20/2021). Pese a la rotundidad con la que está formulada esta prescripción, se sobreentiende que se refiere únicamente a la compensación de 20 días de retribuciones fijas por año de servicio que prevé el art. 2.6 de la Ley 20/2021. Por consiguiente, los trabajadores indefinidos no fijos que ocupen plazas comprendidas en estos procesos de consolidación de empleo temporal conservarán su derecho a la indemnización de 20 días de salario por año de

<sup>30</sup> En el mismo sentido, Boltaina Bosch (2021, p. 12 y 13); y la STSJ de Galicia (Social) de 28 de junio de 2022 (Rec. 2831/2022).

<sup>31</sup> A efectos del cálculo de la indemnización extintiva se ha afirmado con carácter general que en supuestos de sucesión de contratos temporales se computa la totalidad del tiempo de prestación de servicios a efectos de la antigüedad, cuando ha existido la unidad esencial del vínculo, lo que comporta que se le haya quitado valor con carácter general a las interrupciones de menos de veinte días, pero, también, a interrupciones superiores a treinta días, cuando la misma no es significativa, dadas las circunstancias del caso, a efectos de romper la continuidad en la relación laboral existente [por todas, la STS de 25 de marzo de 2022 (Recud. 3423/2020)]. En el caso de que haya habido fraude, la doctrina jurisprudencial sostiene que ello impone un criterio más relajado -con mayor amplitud temporal- en la valoración del plazo que deba entenderse “significativo” como rupturista de la unidad contractual, habida cuenta de que la posición contraria facilitaría precisamente el éxito de la conducta defraudadora. En el presente caso no encontramos ante un supuesto en el que, además, la doctrina jurisprudencial ha indicado, tomando como punto de referencia la regulación convencional que aquí se invoca, que debe computarse todo el tiempo de servicios cuando, ya sean válidos o fraudulentas las contrataciones temporales habidas, entre ellas no ha existido una interrupción superior a los 90 días que, para el complemento de antigüedad, contempla el citado convenio colectivo.

servicio, con el límite máximo de 12 mensualidades [art. 53.1.b) ET], por la extinción de su contrato, aunque no participen en el proceso de selección.

En fin, a efectos de la reclamación de la indemnización, el trabajador dispondrá de un plazo de prescripción de un año a contar desde el momento en el que se produzca el cese efectivo (art. 59.1 ET).

## V CONCLUSIONES

La relación laboral siempre ha tenido y tiene importantes modulaciones cuando se desarrolla en el ámbito de las AA.PP. En particular, los contratos temporales se transformaban en indefinidos no fijos en las siguientes circunstancias cuando se realizaba en fraude de ley o con graves irregularidades y cuando se superaba el límite al encadenamiento de contratos temporales con un mismo trabajador previsto en el art. 15.5 del ET. Los trabajadores indefinidos no fijos podrán ser lícitamente cesados cuando la plaza que ocupan sea cubierta por el oportuno procedimiento de selección o de provisión de puestos de trabajo o sea amortizada por el cauce reglamentario que, como ha señalado la reciente doctrina jurisprudencial, necesita completar las exigencias formales y materiales establecidas para los despidos objetivos o colectivos. La extinción derivada del proceso de cobertura reglamentaria del puesto de trabajo o de la amortización de la plaza otorga al trabajador el derecho a percibir la indemnización de 20 días de salario por año de servicio prevista para las extinciones por causas objetivas.

El concepto de trabajador indefinido no fijo no está cumpliendo la función para la que fue ideado, que era contribuir a preservar, desde el ámbito laboral, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público y, por ende, los principios de imparcialidad y eficacia en la gestión de las Administraciones Públicas. En efecto, el sistema quiebra desde el momento en que las Administraciones Públicas no proceden en un tiempo razonable a proveer las plazas y los afectados tampoco reaccionan frente a esta situación para evitar la competencia en un sistema abierto de ingreso, a la espera de lograr una vía de entrada menos problemática a través de las consolidaciones. De este modo, los contratos tienden a prolongarse y el indefinido no fijo se convierte en “casi fijo”.

En este contexto, las reformas de 2021 tiran por la calle de en medio: – Decretando la nulidad de los pactos o acuerdos que incumplan la legislación en materia de contratación temporal y reconociendo a los empleados públicos el derecho a percibir a partir del cese efectivo una compensación económica de 20 días de su salario fijo por cada año de servicio al amparo del contrato del

que traiga causa el incumplimiento, aunque venga procedido y/o seguido de otros contratos temporales regulares, con un máximo de 12 mensualidades. – Articulando un nuevo macroproceso de estabilización de empleo temporal para regularizar las ingentes bolsas de personal interino o temporal e indefinidos no fijos en situación precaria.

La cuestión, sin embargo, es si estas medidas son adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada en las Administraciones Públicas, a efectos de la normativa comunitaria. Pues bien, la mera convocatoria de las plazas ocupadas actualmente por los trabajadores temporales o indefinidos no fijos que han sido víctimas de una utilización abusiva o fraudulenta de la contratación temporal, no es una medida suficiente de cara al futuro para dar cumplimiento al acuerdo marco incorporado en la Directiva 1999/70/CE.

Asimismo, es dudoso que la indemnización de veinte días de salario fijo exclusivamente por cada año de servicio prestado bajo la cobertura del contrato de trabajo irregular o fraudulento, con un máximo de doce mensualidades, sea una medida efectiva y suficiente para sancionar debidamente la utilización abusiva de las relaciones de duración determinada en las Administraciones y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión Europea. Dadas las causas que han motivado la instauración de esta indemnización –un abuso del empleador público en la contratación temporal de origen–, resulta necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior en línea con la establecida para el despido improcedente.

## BIBLIOGRAFÍA

BOLTAINA BOSCH, Xavier. El real decreto-ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización: ¿cómo gestionar el caos de su transitoriedad en el mundo local? En: **La Administración Práctica: enciclopedia de administración municipal**, Barcelona, Ed. Aranzadi, núm. 9, p. 45-57, 2021.

MAURI I MAJOS, Joan. La irregularidad en el empleo público no permanente y sus medidas de corrección. En: CASTILLO BLANCO, Federico A. (Dir.). **Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares**. Madrid: Iustel, 2020. p. 377-434.

RAMOS MORAGUES, Francisco. Incidencia de la reforma laboral en el empleo público. En: **Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social**, Madrid, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, v. 3, núm. Extra 0, p. 142-155, 2022.

ROQUETA BUJ, Remedios. **Derecho del empleo público**. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

ROQUETA BUJ, Remedios. El RDL 14/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público: novedades en materia de interinos. En: ELDERECHO.COM. Disponible en: <<https://elderecho.com/el-rdl-14-2021-de-medidas-urgentes-para-la-reduccion-de-la-temporalidad-en-el-empleo-publico-novedades-en-materia-de-interinos>>.

Submissão em: 10 de maio de 2023

Último Parecer favorável em: 4 de agosto de 2023

#### **Como citar este artigo científico**

ROQUETA BUJ, Remedios. La extinción de los contratos de trabajo irregulares en las administraciones públicas españolas: evolución. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 2, p. 216-236, maio-ago. 2023.

**LIMITES E POSSIBILIDADES DOS CONSELHOS MUNICIPAIS DE MEIO AMBIENTE NA CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: UM RELATO DE EXPERIÊNCIA A PARTIR DOS CONSELHOS DO NORTE DE MINAS GERAIS**

**TACYANA KAROLINE ARAÚJO LOPES<sup>1</sup>**  
**MÁRCIO HENRIQUE PEREIRA PONZILACQUA<sup>2</sup>**  
**PAULO HENRIQUE CAMPOS LEITE<sup>3</sup>**  
**DAIENE FERREIRA LISBOA<sup>4</sup>**

**RESUMO**

**O**s Conselhos Municipais surgiram como mecanismos democráticos de participação popular nas políticas de meio ambiente, num contexto de acentuada expansão industrial e agrícola, experimentados no Brasil. O presente estudo objetivou analisar os impactos da atuação desses conselhos na construção de políticas desenvolvimentistas e de uma democracia participativa. As questões de pesquisa norteadoras deste estudo foram analisar a determinação constitucional sobre a gestão compartilhada entre poder público e a coletividade, e a capacidade das instituições previstas para lidar com a política ambiental atenderem de forma substancial ao pressuposto constitucional participativo. Esta capacidade foi desenvolvida nos últimos trinta anos? A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental com análise de dados secundários, obtidos a partir do relatório de Gestão Ambiental da Promotoria do Meio Ambiente. Como resultados, refletiu-se sobre os limites e a capacidade

<sup>1</sup> Pós-Doutora em Governança Pública pela Universidad de Salamanca (Salamanca-ES). Doutora em Sociologia pela UFMG, docente em direito e pesquisadora do Grupo de Estudos em Sociologia do Direito e Direitos Socioambientais da USP-RP (SDDS). *e-mail*: tacyanaaraujo@yahoo.com.br

<sup>2</sup> Pós-Doutor em Sociologia pela Universidade de Picardia (Amies - França), Pós-Doutor em Sociologia do Direito e da religião (Estrasburgo). Doutor em Política Social pela UNB, professor da graduação e da pós-graduação na Faculdade de Direito da USP de Ribeirão Preto.

<sup>3</sup> Doutor em Desenvolvimento Social pela Unimontes.

<sup>4</sup> Mestre em Ciências Humanas pela UFVJM, Professora na graduação em Direito na FAVAG.

instalada nos Municípios do Norte de Minas Gerais para lidarem com a gestão ambiental compartilhada. Observou-se, ainda, que os Conselhos Municipais são um bom exemplo de mecanismo de participação popular nas políticas desenvolvimentistas. Contudo, ainda falta uma governança pública capaz de estabelecer mecanismos de controle para efetividade dessas participações.

**Palavras-Chave:** Conselhos Municipais. Participação e democracia. Políticas ambientais.

### ABSTRACT

The municipal councils emerged as mechanisms for popular participation in environmental policies, in a context of marked industrial and agricultural expansion experienced in Brazil. The present study aims to analyze the impacts of the performance of these councils in the construction of developmental policies and of a participatory democracy. The guiding research questions of this study were to analyze for if the determination of the 1988 Constitution, which determines the shared management between public power and the collectivity, the institutions foreseen to deal with environmental policy meet the participatory constitutional assumption. Reflecting on the limits and capacity installed in the municipalities to deal with shared environmental management. Has this capacity been developed in the last thirty years? The research can be classified as exploratory and the methodology used was bibliographic and documental research. As a result, it reflected on the limits and the installed capacity in the Municipalities of Northern Minas Gerais to deal with shared environmental management. It was also observed that the Municipal Councils are a good example of a popular participation mechanism in developmental policies. However, public governance still needs to establish control mechanisms for the effectiveness of this participation.

**Keywords:** Municipal council. Participation and democracy. Environment policies.

## 1 INTRODUÇÃO

Durante a década de 1970, houve um crescimento da economia brasileira a partir de uma política de expansão industrial e agrícola incentivada por planos governamentais, que acirrou a preocupação e discussão sobre a proteção e finitude dos recursos naturais. O conceito de desenvolvimento “era” considerado apenas o crescimento econômico. Embora tenham passado décadas, persiste esta ideia, acentuando ainda mais no contexto da globalização dos mercados

mundiais. A continuidade deste pensamento perpetua a conflituosidade entre desenvolvimento econômico, proteção ao meio ambiente e “no credo inarredável do desenvolvimento como crescimento econômico, verdadeiro valor cultural disseminado na nossa sociedade” (ZHOURI, 2008).

Para amenizar a contradição entre interesses econômicos, sociais e ambientais, surgiu o conceito de sustentabilidade, ou desenvolvimento sustentável, definido como aquele desenvolvimento que compatibiliza necessidades econômicas e sociais, de gerações presentes e futuras e busca atender às necessidades da geração presente, mas ao mesmo tempo se compromete em preservar ou não comprometer as necessidades de gerações futuras. Neste sentido, para Zhouri, Laschefski e Barros (2005, p. 65), uma estratégia para tal compatibilização ou, em outras palavras, para o desenvolvimento sustentável, seria a “diminuição das desigualdades sociais” aliada à “preservação dos recursos e equilíbrios naturais”.

Entretanto, a maneira de realizar a compatibilização diz respeito a parâmetros de governança pública.

Apesar do raciocínio ideal de desenvolvimento sustentável, a crítica que Zhouri (2008) formulou foi a de que o meio ambiente acabou sendo convertido em uma variável a ser ‘manejada’, administrada e gerida pela governança pública de modo a não impedir o “desenvolvimento”, ao invés de fazer parte dele. Assim:

a ideia de uma conciliação de entre os “interesses” econômicos ecológicos e sociais ocupa o papel chave. Prevalece a crença de que os conflitos entre os diferentes segmentos da sociedade possam ser resolvidos por meio da “gestão” de diálogo entre os atores, com a finalidade de se alcançar “consenso”. Essa política de gestão utiliza-se, inclusive, de diversas técnicas e estratégias que visam atender à premissa da “participação”, essa última compreendida e empreendida, na maioria das vezes, apenas como uma oitiva da sociedade, com ênfase a uma imprecisa noção de “população local” (ZHOURI; LASCHEFSKI; BARROS, 2005, p. 12).

E torno da expressão “desenvolvimento sustentável” surgem propostas inovadoras de proteção ambiental, como a de conciliar interesses econômicos, ecológicos e sociais. Assim, a legislação ambiental insere mecanismos em seus textos normativos capazes de promover diálogos entre os diversos interesses com objetivo de alcançar o consenso.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), no artigo 225, estabeleceu a incumbência da defesa do meio ambiente tanto ao Poder Público, quanto à coletividade:

**Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Diante da complexidade e da tensão entre desenvolvimento econômico e proteção ambiental e das gerações futuras, o texto constitucional determinou uma natureza dúplice do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que ao mesmo tempo é direito e dever, compartilhado entre Estado e sociedade.

Em decorrência disso, estabeleceu também a condução compartilhada no processo de gestão do meio ambiente entre poder público e a sociedade. A Constituição de 1988 em seu art. 1º adota o paradigma do Estado Democrático de Direito:

**Art. 1.º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

[...].

**Parágrafo único.** Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A partir de 1990, o ordenamento jurídico brasileiro instituiu a necessidade da ‘implementação de Conselhos’ em diferentes temáticas e objetos de políticas públicas. Nesse contexto, a cidadania tem sua acepção revigorada, exigindo do destinatário das decisões tomadas pelo poder executivo uma ampla participação, o que leva a um modelo de gestão compartilhada das políticas públicas ambientais.

A implementação da política ambiental que assegure os interesses políticos, econômicos, ambientais, culturais e sociais (ZHOURI; LASCHEFSKI; BARROS, 2005), origina a problemática de conciliar interesses de diversos atores sociais.

Zhour, Laschefski e Pereira (2005) afirmam que é negada a possibilidade do desenvolvimento sustentável com a incorporação da participação democrática e igualitária dos diversos “setores da sociedade civil”, quais sejam: comunidades atingidas, movimentos urbanos, populações indígenas, ONGs, sindicatos, associações patronais, cientistas, técnicos, populações rurais e outros. Para esses estudiosos os conflitos ambientais extrapolam as tentativas de resolução técnica e gerencial propostas pela concepção hegemônica de desenvolvimento sustentável.

Para Zhouri, Laschefski e Pereira, (2005) as políticas públicas de ajuste econômico têm conduzido as questões relativas ao meio ambiente e à justiça social, à condição de barreira ao desenvolvimento econômico.

A despeito da crítica referenciada acima, diante da complexidade na resolução dos conflitos, a Constituição Federal impõe uma condução compartilhada no processo de gestão do meio ambiente entre Poder Público e a sociedade. A adoção do paradigma do Estado Democrático de Direito e da forma federativa de estado de três níveis “União, Estados e Municípios” (MAGALHÃES, 1999) carece que gestão ambiental compartilhada seja assegurada na União, Estado e Municípios. A descentralização da gestão da política ambiental tornou-se necessária a implementação dos instrumentos de participação de política. Decorrem, assim, os Conselhos Ambientais. A legislação prevê uma composição paritária para esses órgãos, contemplando a participação de representantes do Poder Público e de diversos segmentos sociais.

## **2 DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO POPULAR A PARTIR DOS CONSELHOS MUNICIPAIS**

A Constituição de 1988 (CRFB/88) combinou mecanismos de representação e participação sob a égide do Estado Democrático de Direito, ao estabelecer o povo como titular do poder.

A questão que se coloca mais relevante é o problema de estabelecer instrumentos para a realização da participação democrática e possibilitar que a vontade externada se reflita em políticas públicas.

A criação e implantação de Conselhos Gestores, no plano executivo teve como objetivo viabilizar o direito do cidadão de participar da gestão das políticas públicas, e tornar estas mais eficazes:

A Constituição Federal de 1988 criou, segundo alguns analistas, uma nova “institucionalidade pública” e passou a vigorar a partir de então em alguns setores importantes das políticas públicas. Essa nova orientação trouxe consigo duas importantes mudanças no processo de elaboração de políticas governamentais: a descentralização, isto é, a transferência da responsabilidade decisória para as unidades subnacionais (estados e municípios), e o viés claramente participativo que, a partir daquele momento, deveria caracterizar o processo decisório. Uma expressão fundamental dessas mudanças institucionais são os diversos conselhos gestores de política pública, que se constituem na nova arena, essencialmente participativa, em que o processo decisório deve ocorrer (FUKS; PERISSINOTTO; RIBEIRO, 2003).

Os Conselhos de Políticas Públicas são frutos da nova institucionalidade proposta pela Constituição de 1988, que está diretamente relacionada às políticas públicas e são resultantes da mobilização social e dos debates públicos que precederam à formulação da Constituição Brasileira de 1988.

Os Conselhos Municipais possuem atuação estratégica para a melhoria da qualidade de vida e da democracia nas cidades: proteção do meio ambiente de modo a ouvir demandas populares. Assim, este estudo focou suas análises nas diretrizes constitucionais, mas também nas vivências do modelo de gestão ambiental descentralizado com os entes da Federação – União, Estados e Municípios – e ao compartilhamento da gestão entre a sociedade civil e entes públicos.

Os Conselhos Ambientais significam um bom exemplo de mecanismo de descentralização e de compartilhamento das funções entre entes públicos e sociedade na medida em que tais órgãos são composições paritárias, ou seja, compostos por representantes da sociedade civil e governo, traço característico do Estado Democrático de Direito.

A escolha dos Conselhos do Meio Ambiente foi feita dada à importância que essa área passou a ter na Constituição de 1988, como assegura Milaré (2020, p. 211), “[...] pode ser muito bem denominada ‘verde’, tal o destaque (em boa hora) que dá a proteção do meio ambiente”. Cabe à Constituição, como Lei Fundamental, traçar o conteúdo e limites da ordem jurídica.

A Constituição de 1988 dedicou um capítulo próprio ao meio ambiente e, definitivamente, institucionalizou o direito ao meio ambiente sadio como um Direito Fundamental do indivíduo. Neste sentido, o art. 225, *caput*, da Constituição define o “meio ambiente ecologicamente equilibrado” com as qualidades de um direito de todos. O mesmo texto constitucional incrementa a qualidade da natureza, para o meio ambiente, de um bem de uso comum para todo o povo. Define também ser elemento essencial para que haja qualidade de vida coletiva de forma sadia. E coloca como corresponsáveis pela preservação do meio ambiente o cidadão e o Poder público, visando o presente momento e o porvir, as futuras gerações. Não limitou, destarte, a responsabilidade para o Poder Público. O povo, como usuário do meio ambiente, também é constitucionalmente responsável pela sua preservação.

Faz-se necessário efetivar a criação de mecanismos de gestão democrática do meio ambiente, justamente devido ao estabelecido na Constituição, no art. 225, *caput* e § 1.º, que institui o Estado Democrático de Direito, baseado na soberania popular, que deve funcionar de acordo com a vontade do povo.

Milaré (2020, p. 245) comenta a participação da sociedade na gestão ambiental:

A participação comunitária, na gestão ambiental, ainda se encontra em processo de evolução. Com efeito, somente na década de 80, com a retomada das liberdades democráticas, é que começou a abrir-se espaço para as comunidades expressarem suas reivindicações nesse campo. Difundiu-se na sociedade e no governo a consciência de que as questões ambientais devem ser tratadas em conjunto com as populações afetadas. Reforçam-se os canais de diálogo ante a convicção de que os cidadãos, com amplos conhecimentos de sua realidade e com acesso à informação, têm melhores condições de atuar sobre a sociedade, de articular mais eficazmente desejos e ideias e de tomar parte ativa nas decisões que lhes interessam.

Milaré (2020, p. 245) aponta três meios básicos que a legislação brasileira contempla a participação popular na proteção do meio ambiente: “participação nos processos do Direito ambiental; participação na formulação e na execução de políticas ambientais; atuação por intermédio do Poder Judiciário”.

### **3 UM RELATO DE EXPERIÊNCIA A PARTIR DO PROGRAMA DE GESTÃO AMBIENTAL DESENVOLVIDO PELA PROMOTORIA DO MEIO AMBIENTE DE MONTES CLAROS-MG (MPMG)**

No caso do Norte de Minas Gerais, o Ministério Público de Minas Gerais, a quem incumbe a proteção do meio ambiente, por meio de sua Promotoria de Justiça de Meio Ambiente das Bacias dos Rios Verde, Grande e Pardo, desenvolveu, por meio de seu Programa de Gestão Ambiental (PGA), no ano de 2017, um programa de gestão que permitiu o acompanhamento das ações e demandas para o fortalecimento dos conselhos entre os anos de 2006 a 2010.

O relatório levantou entre as principais demandas de fortalecimento, a realização de visitas técnicas, treinamentos de agentes públicos e membros do Conselho. O ponto de partida foram as demandas de cada Município, incentivando a criação de fundos municipais, cursos de capacitação de agentes sobre patrimônio histórico e cultural e participação dos Conselhos de forma paritária, tanto consultiva como deliberativa. A finalidade foi fortalecer os Municípios para adoção de processos mais rigorosos para concessão de declaração de conformidade com a legislação municipal para compor o licenciamento ambiental estadual.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os Conselhos do meio ambiente constituíram forma de descentralização e gestão participativa, uma vez que a Constituição de 1988 garantiu em seu corpo de normas a participação social, bem como, estabeleceu a corresponsabilidade na proteção ambiental entre poder público e a sociedade.

A participação social na gestão ambiental há de ser entendida como um processo que visa não apenas a ratificação, por parte dos envolvidos, de planos e projetos já elaborados, como geralmente acontece, mas uma participação crítica e democrática desde o início dos processos, bem como o envolvimento, sugestões de propostas, a gestão de conflitos e ao levantamento de necessidades. Somente terá condições de ter uma participação legítima na gestão ambiental participativa.

O modelo de gestão ambiental no marco do Estado Democrático de Direito prevê a descentralização e compartilhamento das funções entre a sociedade civil e entes públicos. Atualmente, tem-se criado conselhos gestores em todos os níveis da federação – União, Estados e municípios – compostos por representantes de setores que tem interesse na matéria a ser tratada, sociedade civil, órgãos não-governamentais e entes públicos.

Machado (2000) observa que para que tais conselhos funcionem bem é necessário previamente definir quais as suas atribuições, competência, escolha dos membros do conselho, duração do mandato, requisitos prévios para a escolha dos componentes, se estes terão caráter consultivo ou deliberativo nas suas manifestações, periodicidade das reuniões e outros.

Tais Conselhos existem no âmbito federal, que é representado pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA); no âmbito estadual, representado pelo COPAM e no âmbito municipal representado pelo Conselho Municipal do Meio Ambiente, uma vez que é o local onde grande parte dos problemas ambientais acontecem, bem como se tem maior facilidade de diagnosticá-los e de propor soluções para garantir melhor qualidade de vida.

O Conselho Municipal de Meio Ambiente está pautado nas diretrizes estabelecidas na Constituição de 1988, em seu art. 225, que determinou que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito comum a todos, também, a corresponsabilidade entre o poder público e a coletividade, que tem como dever defender e de preservar para as gerações atuais e futuras. Entretanto,

a participação nos Conselhos, galgada num conceito de desenvolvimento sustentável, ainda precisa ser fortalecida.

No caso do Norte de Minas Gerais, a experiência da Promotoria do Meio Ambiente e das Bacias dos Rios Verde, Grande e Pardo, desenvolveu projeto de gestão, denominado Programa de Gestão Ambiental (PGA) ações e demandas para que o resultado seja alcançado como visitas técnicas, treinamentos a partir das demandas de cada Município, incentivo para criação de fundos municipais, cursos de capacitação de agentes sobre patrimônio histórico e cultural e participação dos conselhos de forma paritária, tanto consultiva como deliberativa, a fim de fortalecer os municípios para adoção de processos mais rigorosos para concessão de declaração de conformidade com a legislação municipal para compor o licenciamento ambiental estadual.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima. Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA). Disponível em: <[http:// http://www2.mma.gov.br/port/conama/](http://www2.mma.gov.br/port/conama/)>. Acesso em: 28 out. 2021.

FUKS, Mário; PERISSINOTTO, Renato Monseff; RIBEIRO, Ednaldo Aparecido. Cultura, política e desigualdade: o caso dos conselhos municipais de Curitiba. In: **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, Ed. UFPR, n. 21, p. 125-145, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O poder local no Brasil: a alternativa da democracia participativa. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 6, n. 11-12, p. 77-99, 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Poder municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MILARÊ, Edis. **Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MINAS GERAIS. Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM). Disponível em: <[https://www.mg.gov.br/instituicao\\_unidade/conselho-estadual-de-politica-ambiental-copam](https://www.mg.gov.br/instituicao_unidade/conselho-estadual-de-politica-ambiental-copam)>. Acesso em: 28 out. 2021.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Amostragem e saturação em pesquisa qualitativa: consensos e controvérsias. In: **Revista Pesquisa Qualitativa**, São Paulo, Ed. SE&PQ, v. 5, n. 7, p. 1-12, abr. 2017.

SANTOS, Mauro Rego Monteiro dos. Políticas sociais: instrumentos para exigibilidade de direitos. In: SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos (Org.) et al. **Políticas públicas e gestão local**: programa interdisciplinar de capacitação de conselheiros municipais. Rio de Janeiro: Fase, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZHOURI, Andrea. Justiça ambiental, diversidade cultural e *accountability*: desafios para a governança ambiental. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, Ed. ANPOCS, vol. 23, n. 68, p. 97-107, 2003.

ZHOURI, Andrea; LASCHEFSKI, Klemens; BARROS, Doralice Pereira. Introdução: desenvolvimento, sustentabilidade e conflitos socioambientais. In: ZHOURI, Andrea; LASCHEFSKI, Klemens; BARROS, Doralice Pereira (Org.). **A insustentável leveza da política ambiental**: desenvolvimento e conflitos socioambientais. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.

Submissão em: 4 de julho de 2023

Último Parecer favorável em: 14 de agosto de 2023

### **Como citar este artigo científico**

LOPES, Tacyana Karoline Araújo; PONZILACQUA, Márcio Henrique Pereira; LEITE, Paulo Henrique Campos; LISBOA, Daiene Ferreira. Limites e possibilidades dos Conselhos Municipais de Meio Ambiente na construção da democracia participativa: um relato de experiência a partir dos Conselhos do Norte de Minas Gerais. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 2, p. 237-246, maio-ago. 2023.

Áframhaldandi Rannsóknir  
Astudiaethau Parhaus  
Continued Studies  
Devam Eden Çalışmalar  
Estudios Continuados  
Estudis Continuats  
Études Continues  
Folytató Vizsgálatok  
Fortsat Studier  
Fortsatte Studier  
Fortsättningsstudier  
Fortsetzung der Studien  
Jätkuðpingud  
Jatkuvat Tutkimukset  
Континуиране студије  
Континуирани студији  
Kontinuéierter Studien  
Kontynuowane Badania  
Nadaljevanje Študij  
Nastavak Studija  
Nastavne Studije  
Оқытуға Арналған Оқу  
Оқуды Жалғастыру  
Pokračovanie Štúdie  
Pokračující Studia  
Pokračujúce Štúdie  
Sgrùdaidhean Leantainneach  
Staidéar Leanúnach  
Studi Continua  
Studii Continue  
Studimet e Vazhdueshme  
Studji Kkontinuti  
Studji Kontinwi  
Tęstiniai Tyrimai  
Turpinājumi  
Turpinot Studijas  
Vervolgstudies  
Voortgezette Studies  
Продължава Проучвания  
Продовження Навчання  
Продолжени Студии  
Продолжение Обучения  
Продукты  
Συνεχισμενος Μελετες

ESTUDIOS  
CONTINUADOS

## **SEMÂNTICAS & NARRATIVAS (DE ALGUNS ASPETOS LINGUÍSTICOS NO SUBSOLO CONSTITUCIONAL)**

**PAULO FERREIRA DA CUNHA<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

**N**ão se tem dado um especial relevo ou desenvolvimento doutrinal à constituição real, conceito a que em regra apenas se alude remetendo para Lassalle, e que por vezes, até, se confunde com o de constituição material. A constituição real é matéria constitucional, mas também pode ter perspetivação politológica e sociológica, e talvez por isso os constitucionalistas que sejam crescentemente juristas endossem essas questões. O presente artigo, porém, procura refletir sobre um aspeto relativamente olvidado do debate constitucional que é o linguístico. Como se sabe, as realidades só cabalmente parecem existir quando chegam a ter designação. E as palavras “semântica” e “narrativa” no debate jurídico-político têm vindo a adquirir uma importância crescente, como parte da realidade dos vetores de força (também simbólica) em presença.

### **ABSTRACT**

No special emphasis or doctrinal development has been given to the “real constitution”, a concept that is usually only alluded to by referring to Lassalle, and which sometimes even gets confused with that of “material constitution”. The “real constitution” is a constitutional matter, but it can also have a political science and sociological perspective, and perhaps that is why constitutionalists

---

<sup>1</sup> Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça (Portugal), Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (funções suspensas para o exercício da magistratura judicial). *e-mail*: lusofilias@gmail.com

who are increasingly “jurists *tout court*” endorse these issues. This article, however, seeks to reflect on a relatively forgotten aspect of the constitutional debate, which is linguistics. As is known, realities only fully seem to exist when they come to have a designation. And the words “semantics” and “narrative” in the juridical-political debate have been acquiring an increasing importance, as part of the reality of the force vectors (also symbolic) in presence.

“Comme la sémantique d’une langue c’est le  
contenu réel de toute la civilisation [...]”  
Georges Mounin (1974, p. 14)

## I CÉU, SOLO E O SUBSOLO DA CONSTITUIÇÃO

O estudo ou a análise constitucional não são (não podem, não devem ser) unidimensionais. Há diversos enfoques que se podem e devem empreender, porque o vasto arquipélago do constitucionalismo tem múltiplas facetas – dimensões normativas, hermenêuticas cognitivas e hermenêuticas práticas, gêneses e implicações sociais, económicas, políticas, etc. Além de o arquipélago constitucional poder entretecer com outros mundos inúmeras relações. Sendo, além de disciplina normativa, uma ciência (*episteme*) de cultura, a Teoria Constitucional é particularmente apta a fazer inúmeras pontes, e a usufruir de contributos os mais diversificados<sup>2</sup>.

Quando nos afastamos do literalismo e do tecnicismo das malhas das competências, das (in)constitucionalidades, e de todo o processualismo que lhes anda associado, em suma, da parte mais jurista da Constituição (e que pesa muito no quotidiano dos Tribunais Constitucionais)<sup>3</sup>, e procuramos sair desse rés-do-chão da atividade constitucional (em grande medida simbolizável pela constituição formal), podemos (neste sentido metafórico) subir ou descer.

<sup>2</sup> Cf., desde logo, Haerberle (1998). Diálogos do Direito Constitucional com outras áreas desenvolvemos nomeadamente nos nossos livros Cunha (2000), Cunha (2002), Cunha (2006a), Cunha (2007), Cunha (2008a), Cunha (2008b), Cunha (2009a), Cunha (2008c), Cunha (2009b), Cunha (2011), Cunha (2012), Cunha (2013), Cunha (2014a), Cunha (2014b), Cunha (2014c), Cunha (2014d), Cunha (2015), Cunha (2018a), Cunha (2020), Cunha (2021a), Cunha (2021b), Cunha (2021c), Cunha (2022a), Cunha (2022b), Cunha (2022c), Cunha (2023), Cunha; Aquino (2016); Achour; Cunha (2017). Todos com inúmera bibliografia, onde se podem colher novas pistas.

<sup>3</sup> Matérias que tratamos nomeadamente nos nossos livros Cunha (2008d), Cunha (2010a), Cunha (2018b). No plano europeu, Cunha (2005). A tais questões também aludimos, no plano pedagógico-didático em Cunha (2006b). Todos com inúmera bibliografia, onde se podem colher novas pistas.

Subindo, encontramos grandes princípios e valores, uma ética constitucional (Cf CUNHA, 2022d, p. 135 ss., 147 ss.; CUNHA, 2019, p. 781 ss.; CUNHA, 2010b, p. 121 ss., p. 133 ss.). até (porque aos valores se juntam virtudes constitucionais – do que principalmente se fala quando se alude à ética republicana, embora ela também englobe aqueles). Alguns não deixarão de ceder à tentação de falar em “céu dos conceitos” (*Begriffshimmel*), glosando muito livremente as críticas de Rudolf von Jhering. Mas é hoje óbvio que valores e princípios (ainda que se lhes chame apenas princípios) fazem indiscutivelmente parte do património fundante das Constituições. Igualmente poderemos incluir neste subir constitucional uma dimensão que está mais por dentro que acima: a constituição material. No fundo, ela é valorativa e principal em grande parte, mas na sua dimensão própria é o conteúdo, o substrato, a seiva vivificadora, a alma ou o espírito (ou ambas as coisas) da Constituição.

Descendo, encontramos a constituição real – como que o subsolo da dimensão constitucional formal. Por detrás do formal e acima dele está o material. Mas as relações sociais são a dimensão infraestrutural da Constituição, suportando quer a sua dimensão formal, a “ponta do *icebergue*”, quer a sua dimensão material.

Normalmente, a constituição real (que por vezes também foi designada por “material”, mas é importante evitar essa confusão) é vista como correspondendo simplesmente às relações reais, efetivas, de poder, o paralelogramo de forças e sua ação numa sociedade em concreto. Esta forma de ver as coisas sublinha o inegável agonismo que existe nas sociedades, sobretudo as “quentes” (as históricas, por contraposição às “frias”) como designadas por Levi-Strauss.

Porém, sem pormos de parte esse agonismo (fazendo quiçá a sua época, colocando-o simplesmente entre parêntesis), podemos ver que as relevantes interações sociais, não necessariamente conflituais, constituem a base sobre que se desenham as ideias, os conceitos e as opções jurídicas, e especificamente jurídico-políticas, constitucionais. É no diálogo social, é no espaço público, é na realidade social e para todas essas realidades que existe a construção jurídico-política (estatuto jurídico do político) “Constituição”.

Assim, há muitas questões sociais e sociológicas que importam sobremaneira para compreender as fontes factuais e sociais da Constituição, para bem interpretar o sentido do texto constitucional (que nasce numa sociedade e a ela se dirige). De seguida, sublinharemos apenas uma realidade social de excecional relevo, inserida na dimensão linguística. Não, obviamente, curando de todas as implicações desse setor, mas limitando-nos a aspetos atuais do debate público, compagináveis essencialmente nas questões do falar e do pensar,

do dialogar, e das denotações e conotações de expressões que passaram a ser muito usadas, como “narrativa” e “semântica”.

Este baixar de expressões do léxico especializado das ciências da linguagem para o debate público, mais ou menos jornalisticamente mediado, corresponde a um alargamento do léxico vulgar, comum. Mas até que ponto o uso delas corresponde a um aprimoramento da reflexão sobre a linguagem por parte dos falantes comuns, cidadãos comuns?

Trata-se apenas de um primeiro contributo, ainda perfunctório e impressionista, uma abordagem preliminar mais para chamar a atenção para o tema.

## II FALAR E PENSAR

Vários filósofos e intelectuais concordam que o Homem é uma espécie animal que fala. A única que o consegue fazer. Embora haja noutras variedades do reino animal algumas aproximações a essa função, a capacidade de articular um discurso, empreender diálogo e sobretudo deixar gravado um texto, nomeadamente pela escrita, parece garantir êxito a essa *differentia specifica* da Humanidade. Decerto mais que outras explicações da “natureza” ou da condição humanas: “o Homem é um animal que ri”, ou “é um animal que tem falta de dinheiro” (como também já outros avançaram) seriam mais restritivas e não tão grandiloquentes<sup>4</sup>.

Falamos e escrevemos, não podemos ignorar (glosariamos a *Cantata da Paz* de Sophia de Mello Breyner). E fazemo-lo porque, antes disso, pensamos.

Por vezes, não pensam todos muito. Nem originariamente. Por vezes, as ideias que existem (em certos casos fugazmente) na cabeça (e no coração, e nos nervos) de alguns não se lhes devem como construção de um razoar próprio, sendo adesões acríticas, normalmente passionais ou por comodidade, a ideias que andam no ar dos tempos, veiculadas pela comunicação social ou pelo círculo social e profissional em que cada qual se insere (mais do que move). O mimetismo social é uma realidade. Basta recordar o sociólogo e juiz Gabriel de Tarde (1895 e [S. d.]). Mas também avulta, nesse mimetismo geral, o especificamente linguístico, a que se poderia chamar “contágio verbal”: “[...] toute une société, de la duchesse au maître d’hôtel, s’exerce à parler le langage du jour” (GENETTE, 1969, p. 264-265) – assim começa a descrição do fenómeno, que, *brevitatis causa*, não citamos na íntegra, mas para que simplesmente remetemos.

<sup>4</sup> Cf., para as diversas dimensões e discussões sobre a natureza humana, para alguns a única forma de fundar um “Direito Natural” no nosso Cunha (2001).

A assistência durante horas e horas a programas de rádio e televisão (diz-se ainda que em média se despendem 5h por dia nos telemóveis – boa parte desse tempo sendo na *Internet*) massas acriticas ideias-feitas sobre muita coisa, mas não só: fornece-lhes um vocabulário e um fraseado. Induzindo respostas automáticas que são mera imitação de fórmulas feitas. É o mesmo processo de certos métodos de aprendizagem de línguas. Em vez de se correr o grande risco de criar frases na nova língua com base nos conhecimentos vocabulares e sintáticos (que são sempre deficientes para um não nativo da língua), dotam-se os alunos de fórmulas correntes, já prontas a memorizar e a reproduzir. Tal ocorre explicitamente com alguns métodos de ensino de línguas estrangeiras, o que não tem mal nenhum, pelo contrário, potencia o êxito. Trata-se normalmente de frases inócuas, do quotidiano. O mesmo já não se poderá dizer de frases mais complexas e sobretudo eivadas de ideologia que acabam por ser insensivelmente reproduzidas (e não meramente verbalizadas, mas absorvidas pelo falante).

Pensar implica refletir, olhar, olhar-se, ir e vir da mente, recuar, medir, sopesar... colocar em ação as famosas *little grey cells*, de que falava Hércule Poirot. É um exercício para alguns conatural, compulsivo, e para outros uma imensidão, como que mover uma montanha – dá cansaço invencível antes sequer de tentar.

Pode até acontecer que muitas das ideias (ou dos tópicos de pensamento – não dizemos “ideológicos” para não afunilar o conceito a uma dimensão política<sup>5</sup>) mais arreigadas, pelas quais se morreria de bom grado (e até de morte rápida, ao contrário da canção de Brassens [1993, p. 420]), pelas quais morreriam mesmo pessoas pouco recomendáveis (recordando a surda polémica de Nelson Rodrigues (2002, p. 149) com o pacifismo de Bertrand Russel), não sejam de modo nenhum ideias próprias, mas armas de empréstimo. Aí sim, muito frequentemente, mesmo, tópicos ideológicos – entendendo ideologia, nas mil e uma versões que a expressão tem, mesmo em Marx (inventariadas por vários, entre os quais Guy Rocher [ROCHER, 1980; ROCHER, 1977, p. 223]), como “falsa consciência” e, avançando nós um pouco, também “consciência falsa”, ilusão e mesmo alienação.

Há muito de alienação em ideias que arrebatam alguns grupos, que as debitam, simplificando-as, em *slogans*, mais ou menos ritmados e até eventualmente rimados nas praças e avenidas dos países. Nem todas, nem sempre, evidentemente. Mas os fenómenos massivos, a que a rádio (grande meio de Hitler, de Churchill, de De Gaulle), a televisão e agora a *Internet* com

<sup>5</sup> Como se sabe, originalmente a expressão “ideológico” e afins tinham simplesmente a ver com ideias, não com “ideologias”. E um momento de transição interessante nessa evolução semântica foram os “idéologues”, de quem Napoleão não gostava. Cf., por todos, Nemo (1981); Plongeron (1973, p. 375 ss.); Nicolet (1996, p. 659 ss.).

as suas inúmeras possibilidades de comunicação instantânea, emprestam um gigantismo e um perigo maiores, comportam uma grande simplificação do esforço de pensar por si mesmo.

Nem sempre, é claro. Ao recordar a televisão a preto e branco da minha infância, creio que os programas de Vitorino Nemésio, *Se bem me lembro*, de David Mourão-Ferreira, *Imagens da Poesia Europeia*, para dar só dois exemplos, na rádio o programa de ciência de António Manuel Baptista e o de música (*Histórias de música e outras*) de António Cartaxo, para só citar uns tantos, e, mais tarde, as *Conversas Vadias*, com Agostinho da Silva, foram momentos altíssimos e imprescindíveis, que não poderiam de modo algum ser substituídos por outros meios, nomeadamente em suporte de papel. O problema, evidentemente, não é o meio em si, mas o uso tendencialmente maioritário que dele se faz.

Não sei como se obtinha antigamente, nos meios minimamente escolarizados e, digamo-lo, “cultos”, o domínio de alguns instrumentos de comunicação e de civilização até, que estão em perda, um pouco por toda a parte. Antes de mais, teria de se averiguar em que medida a educação familiar e social pré-escolar e extraescolar não concorreria abundantemente para formar os escolarizados, sobretudo porque eram muito menos, e, assim, estávamos a falar nesse tempo de uma relativa elite e agora de massas (mesmo quando falamos em ensino superior). Recordamos que Gombrich assinala algures algo como isto: no seu tempo não se estudava ainda formalmente História da Arte porque seria, na Áustria culta e intelectual da sua mocidade, uma matéria que todo o universitário já deveria saber, por autodidatismo necessário. Não se concebendo, certamente, que alguém chegasse à Universidade sem dominar ao menos as grandes linhas dessa matéria, essencial à formação de qualquer *honnête homme*.

Por outro lado, certamente que para a maior cultura e espírito crítico *lato sensu* concorreria, desde logo, uma concentração da atenção das pessoas, hoje na correria das mil e uma ocupações, circum-escolares e festivas, umas, outras nas simplesmente laborais, e todas permanentemente recebendo o choque elétrico permanente das mensagens e notícias pelos telemóveis. Com muito menos solicitações, mais tempo, certamente as pessoas conseguiam mais calmamente pensar e decidir do investimento do seu tempo.

Depois, estou persuadido de que, apesar dos imensos progressos educativos entretanto operados (desde logo, com todo o bem e todo o mal que acarreta, de massificação – ainda não, infelizmente, de democratização verdadeira), a escola se superficializou bastante, sobretudo nos níveis pré-universitários (quando era professor recebia estudantes com lacunas formativas gra-

víssimas, não apenas de cultura geral, mas de competências específicas para os cursos que escolheram). Ensina-se muitas e prodigiosas coisas, mas nem sempre com ênfase nas questões mais essenciais (numa pretensa igualdade de assuntos), talvez não se avalie com o rigor suficiente, e a falta de exigência acarrete um esquecimento muito frequente. De qualquer forma, não é este o tema *hic et nunc*.

O que importa para o caso agora é que o cidadão comum não colhe na escola (nem na comunicação social, nem sequer na família, que cada vez tem menos tempo para o ser) elementos para pensar sozinho e pela própria cabeça. Sobretudo relativamente a questões grandes.

Se tomarmos atenção no tom das conversas num transporte público, se mesmo afinarmos o ouvido para captar o que entre si falam os que virão, supõe-se, a ser a elite, o escol do país (os estudantes universitários), ficaremos com uma sensação de ter *uma mão cheia de nada e outra de coisa nenhuma* (recordando o título feliz de Irene Lisboa). E já nem vale a pena referir a má gramática, o calão e o impropério que tanto estão a entrar nos usos, até de muitos que teriam obrigação de cultivar a norma culta, no quotidiano, e de dar exemplo. Que elitismo desaforado, não é verdade? Como estas observações são ridículas... A verdade é que Confúcio (outra referência hoje a vários títulos inconveniente, mas que fazemos de há muitos anos) já chamava atenção que retificar a linguagem é a primeira das tarefas para a felicidade política, da própria boa ordem do Estado (CONFUCIUS, 1981, p. 102, XIII, 3; CHENG, 1997, p. 82 ss.; LEYS, 2009, p. 66).

O sistema de ensino, e muito em particular aquilo que se lê nas escolas (certamente a falta de leitura e degustação dos clássicos, não só nacionais, como universais) serão certamente responsáveis pela insensibilidade dos futuros cidadãos adultos às *nuances*, às subtilezas, aos matizes, ambiguidades, contradições, e cegueira para com a ironia e o sarcasmo. Numa cultura plana e planificadora de superficialidade e literalismo. O que, por exemplo no Direito, pode ser catastrófico, por se não ter maleabilidade para uma hermenêutica hábil, subtil, e teleológica – capaz de ir *pelos Códigos*, mas, por vezes, *para além dos Códigos* (como recomendava o grande jurista francês Raymond Saleilles...) designadamente compreendendo as lacunas e sabendo inteligentemente preenchê-las, o espírito das leis (tão bem procurado por Montesquieu [MONTESQUIEU, 1964. p. 527 ss.]), etc. É certo que o Direito positivo em si mesmo não costuma ser irónico. Mas a vida que não seja agelástica, como o gelo, empedernida, é, ao menos de algum modo, ironista (para usar a dicotomia fecunda de Rorty [RORTY, 1989]).

Para muitos, a vida e desde logo os textos, são a preto-e-branco. Não captam (por falta de formação, cremos, não por deficiência intrínseca) mais que a mensagem superficial, que tantas vezes é apenas uma pequena porta de entrada, frequentemente escondida, para o que está lá dentro.

### III NARRATIVAS

Há uns anos, porém, no discurso público começou a entrar um instrumento adjuvante para a compreensão da realidade complexa, mas tememos que o auditório não estivesse (nem esteja) preparado para cabalmente compreender do que se trata, e da dimensão ou alcance que pode ter. Passaram alguns dos que falam no espaço público a utilizar a categoria “narrativa”. No fundo (cremos nós), e encurtando razões, para dizer que uma coisa seriam os factos e outra as interpretações, ou narrativas. E que os diversos agentes e interventores no espaço comunicacional constroem e difundem sobre certas realidades, episódios, etc., as respetivas “narrativas”. Imediatamente nos vem à lembrança que a narrativa em que o Ministério Público acusa alguém, construindo uma estória pertinente a partir dos factos a que tem acesso, é uma, e outra a da defesa. Por vezes muito diversas. Não sabemos qual a experiência judicial de Nietzsche para dizer que não há factos, apenas interpretações (NIETZSCHE, 1980, p. 315).

Ou seja, é salutar que tenhamos presente que a realidade objetiva, histórica (não já “historiográfica”), tanto quanto a possamos captar (o que é já problema cognoscitivo e até ontológico: porque alguns afirmam que tudo não passa de ilusão), se encontra sempre filtrada por ângulos de visão, e se estrutura narrativamente em “narrativas”, o que dá, desde logo mais perspetivismo ao mundo e deverá contribuir para mais modéstia naqueles que julgam saber e conhecer tudo.

Mas obviamente que a interiorização deste relativismo de narrativas, nomeadamente de narrativas conflitantes, tira o chão debaixo dos pés de muita gente. Obviamente, o mais drástico será o choque de compreensão dessa dimensão em nível religioso, e especificamente dogmático. Só alguém muito ensimesmado e apenas nutrido do seu círculo não saberá hoje da pluralidade de interpretações, rituais e dogmas religiosos no mundo. Porém, a aproximação ao seu próprio universo de crença, designadamente pelo conhecimento histórico da sua religião ou afim, e por exemplo da evolução dos seus dogmas e ritos, pode levar ou a uma grande abertura mental, com expansão de ideias, ou a um ceticismo devastador, sobretudo para aqueles que acreditavam numa imutabilidade de crenças. A mudança, por exemplo, no âmbito moral pode ter consequências psicológicas de monta.

André Compte-Sponville ficcionou que uma mudança religiosa de um patriarca de família numa grande capital europeia, como Paris, talvez não comovesse demasiado o seu clã, mas já não se anunciasse, à mesa dominical, que todos os valores morais em que tinha acreditado, e tinham fundado a sua prole, eram errados e deles se arrependia. Assim, também, a mudança do que é ou não é considerado “pecado”, na nossa cultura normalmente apelidada de “judaico-cristã” para estes efeitos, pode provocar, sobretudo em pessoas mais idosas, que podem fazer cotejos, alguns sobressaltos existenciais.

A ideia de que tudo são modos de ver, e de relatar, dá (ainda que mediatemente e de forma indireta) força à realidade paralela, falsa, às narrativas alternativas, anticientíficas, desde logo, mas também contrárias aos factos políticos efetivamente ocorridos (não os jornalística ou politicamente efabulados). As *fake news* (e tanto piores e mais nocivas quanto tendo à mistura qualquer coisa de verdade, como diria António Aleixo) são a martelação quotidiana de um mundo às avessas. Frequentemente, com intuítos políticos antidemocráticos, antipluralistas, anticientíficos, anticulturais, etc. Mas em geral dinamitadores da paz, da ordem, da tranquilidade, que são fatores *sine qua non* da capacidade de pensar livremente, pela própria cabeça. Destruindo no imaginário comum, no pano de fundo das vidas das pessoas normais, o cimento social, as ideias de equilíbrio, harmonia, hierarquia, continuidade, História, legado, património, solidariedade, etc., criando a imagem terrível de um mundo povoado de inimigos e bodes expiatórios. Há de todos os tipos: desde grupos ideológicos, religiosos, ou filosóficos, a “rácicos” (cientificamente, a raça não existe; mas existe ódio, segregação e racismo com base no preconceito rácico): há sempre um judeu, ou um cigano, ou um mouro disponível contra quem canalizar ódios, alegados conspiradores e tenebrosas forças do mal (por vezes até com contornos de biopoderes, poderes químicos, poderes informáticos, *big brother* de vigilância, etc.), e ainda cínicos hipócritas corruptos inveterados, vivendo à custa do suor do *petit peuple*.

E tudo isto se apresenta em tom indignado e altissonante, excitando as massas, como tendo como raiz a democracia, os partidos, o execradíssimo parlamento, o caluniado sistema judicial, etc., etc.. É um quadro dantesco. Restaria ao cidadão “de bem” apoiar soluções duras, drásticas, fraturantes, que, no limite, acabassem com a democracia e todos os desmandos que se lhe atribuem. Num sistema (como o do Estado Novo) antidemocrático e antiparlamentar, e antiliberal no plano político (hoje, para alguns, deveria, contudo, ser muito liberal no plano económico e social, pelo menos).

Não importa que as mundividências mentirosas tenham em si mesmas qualquer consistência ou coerência, ou aderência mínima aos factos. Muito menos

que sejam consonantes com o que quer que seja. Um mundo louco também é muito conveniente para quem supostamente pretenda dar-lhe ordem, e forte e definitiva (um Reich de mil anos, por exemplo). A mente atomizada, intermitente e dolorida dos cidadãos permanentemente submetidos a choques elétricos (veja a doutrina do choque de Naomi Klein [KLEIN, 2007]) encontra-se muito fragilizada e permeável. Há quem ainda desconfie, mas normalmente acredita-se piamente no que vem embrulhado na *auctoritas* da comunicação social, dos manuais escolares, etc.

Setas mortíferas quotidianas da aljava dos grandes mistificadores, as notícias falsas vão contribuindo para solidificar falsamente novas grandes (ou meta-) narrativas. Quem disse que morreram? São apenas outras. Os pós-modernos, e desde logo o relatório de Lyotard (1989), não tinham razão.

#### IV SEMÂNTICAS

Entretanto, uma nova personagem sobe à ribalta. Com contornos ainda não bem definidos. Mas já se começa a dar conta de que terá o seu protagonismo, certamente para confundir ainda mais o diálogo de surdos na ágora.

Essa personagem é a “semântica”. Dos velhos tempos do Liceu recordo eu vagamente que ela se contraporía à sintaxe. Sendo esta, *latissimo sensu*, o estudo das regras formais da linguagem, e aquela do seu conteúdo, ou seja, do significado, ou da relação entre significante (forma) e significado (conteúdo), nomeadamente em torno da denotação (a tal correspondência superficial e linear da palavra com a coisa – na verdade sempre uma ficção) e da conotação (a compreensão do *je-ne-sais-quoi* que esconde e sugere, entremostra, podendo no limite até dizer o contrário do que quer dizer, etc.). Seremos certamente reprovado *cum laude* por qualquer linguísta perante o barbarismo desta recordação pessoal... Mas tem sido o que me tem servido para compreender estas coisas. E tem servido *tant bien que mal*. Que me perdoem. Não se trata de nada de especializado. Também quando um jornalista diz que as declarações x ou y, o discurso x ou y é mera semântica, certamente não o faz com respeito rigoroso pelos cânones das ciências da linguagem.

Ora, nesta ordem de ideias, o que vem a fazer este novo ator na ribalta da linguagem meio culta (sobre este hibridismo falou o saudoso e esquecido Reinaldo de Carvalho no seu *Partidos e Pessoas*) da opinião que se publica?

Certamente alguns quererão dizer que certos discursos, nomeadamente pelo corte de cominhos (diria Bacon [BACON, 1972]) a que se dedicam, pelas

distinções ociosas mas *pro domo* que operam, pelas contradições que assim evitam, ou procuram escamotear, constroem, afinal, uma narrativa de um especial gênero. Uma narrativa cuja densidade de palavras e conceitos, cuja obscuridade, cuja discussão sobre palavras, redundaria em pura semântica e não em discurso objetivo. Porque há também um culto da pretensa objetividade, lhanza, frontalidade. O dogma dos *soundbytes* que teria sido responsável pelo voluntário afastamento da política de personagens tão diferentes (mas ambas não simplificadoras) como Helmut Schmitt e Vasco Pulido Valente.

Ao jurista não pode ser alheia a questão da semântica, ainda que possa não possuir instrumentos especializados, designadamente uma malha designatória e conceitual. Mas do problema deve ter, ao menos, uma intuição – que lhe permita orientar-se no seu labor prático. A hermenêutica jurídica (Cf. CUNHA, 2021d, p. 83 ss., p. 272 ss.), a que alguns chamam mais rudimentarmente apenas interpretação e integração, evidentemente que não pode prescindir dela.

O problema, na sua especialidade, não é simples (embora não seja nessa dimensão que aqui o convocamos). Enrique P. Haba já chamava a atenção para que a expressão semântica poderia assumir um caráter equívoco, nomeadamente por uma espécie de expansionismo da expressão, que poderia alargar o respetivo campo (semântico) a questões sintáticas (relações entre os signos eles mesmos) e ainda pragmáticas (relações entre significantes, significados e os respetivos “utilizadores”, falantes, desde logo). Mas, mesmo na própria semântica, há o que se designaria por lógica semântica (*L-Semantik* de Stegmüller), que de algum modo sonha com uma linguagem no rés-do-chão do sentido, não ambígua, não polissêmica (a nosso ver baldadamente, e aí os obstáculos da hoje tão celebrada AI ou IA<sup>6</sup>, que esbarrará sempre com conotações e polissemias), a dimensão pragmática (conforme a designação de Schreiber), ou semântica pragmática, que, pelo contrário, aceita a polissemia e a compreende como argumentação, nomeadamente, na disputa judicial, e com interpretações diferentes por parte dos contendores em presença, como explica Clauss. E finalmente a semântica propriamente dita, ou semasiologia, que assim é explicitada brevemente por Haba, cuja explanação aliás seguimos neste trecho: “[...] recherche le contenu (la signification) des mots, les rapports entre ces contenus, et les transformations de ces sens” (HABA, 1974, p. 260). Mas mesmo esta especificação comporta divergências, explica o autor: havendo alguns que consideram que a semântica

<sup>6</sup> Ainda é muito cedo para desferir vereditos definitivos. Mas há alertas a ter em conta. Apenas dois, de entre múltiplos, respigados da imprensa mais acessível. Na capa do jornal “Público” de 28 de abril de 2023, surge a imagem do filósofo Noam Chomsky e a citação: “Esta inteligência artificial é o ataque mais radical ao pensamento crítico”. E já se refere, no artigo de Heikkilä (2022, p. 69): “Os robôs ainda têm que aprender o ‘bom senso’ para saberem como funciona o mundo, diz Jacob Andreas, professor do Massachusetts Institut of Technology”. E no parágrafo “lead” deste artigo se refere a “cultura de triunfalismo” no mundo da inteligência artificial. Não é esta cultura senão um reflexo do ufanismo geral da novidade que anima os *opinion makers* de hoje, em todos os domínios, e de que a comunicação social faz eco.

não deve ocupar-se da relação entre a palavra e a coisa, questão que seria do foro da filosofia, no terreno gnoseológico ou metafísico; e outros, em contrapartida, que entendem que a semântica deve ter como *differentia specifica* precisamente a relação entre palavras e coisas. Considera o autor (e está bom de ver porquê, se pensarmos sobretudo nas questões da hermenêutica jurídica, e, por exemplo, no absurdo brocardo *in claris non fit interpretativo*) que, ainda que eventualmente não de forma totalmente consciente, estes últimos têm como pressuposto (diríamos nós antes como “desejo”) a monossemia das palavras.

Em suma, que quer dizer semântica quando é transplantada para o debate político, sobretudo? Ter-se-ia que concluir decerto assim: afirmar algum discurso, alguma abordagem como “semântica” ou “uma questão semântica”, é, em si mesmo, uma *démarche* de índole semântica. O que nos leva a um círculo decerto pouco virtuoso.

## V ENTRE SEMÂNTICAS E NARRATIVAS

Vendo de longe, e procurando extrair só resultados positivos destas modas a que se poderia chamar, realmente, *semânticas*, dir-se-á que com o jogo das narrativas se pode contribuir para menos dogmatismo nos cidadãos, mas se corre o risco de valer tudo (*anything goes*), já não se acreditar em nada, e, como atitude, reforçar-se o salve-se-quem-puder, o mais feroz hedonismo individualista.

E, por outra banda, a invocação da semântica poderá ser uma acertada farpa contra um discurso redondo, anfibológico, contraditório ou justificador (legitimador, auto legitimador), dando o dito por não dito, envolvendo o interlocutor numa teia de palavras e de significados, em jogo de escondidas. Mas também contém em si a sua própria contradição. A qualificação pode relevar de uma vontade insaciável de explicitação e de justificação do interlocutor, procurando encurralá-lo e levá-lo a um fanerismo simplificador. Como quando o repórter, ríspido, nervoso, encosta o perguntado à parede e, de microfone em riste diz: “*sim, ou não, é isto ou é aquilo?*”. Poderia acrescentar: “nada de narrativas”, “nada de semânticas”.

Aí o perguntado só poderia calar-se. Porque sempre, tudo, são narrativas e semânticas. As pessoas comuns, “de bem” ou “de mal” (como se isso existisse, a preto-e-branco), não importa, é que não tinham dado por isso...

Tal como ocorreu com a expressão “narrativa”, também a expressão “semântica” pode não ser entendida por muitos cidadãos, o que também englo-

ba o ser mal-entendida, ou distorcidamente e parcialmente compreendida. Tal ocorre mesmo com cidadãos que se diriam “cultos”. Tendo até nós dúvidas se até os que possuem formação técnica específica no domínio das Ciências da Linguagem, neste contexto de uso tão político sobretudo, não serão dos mais perplexos.

Talvez o significado de “narrativa” se possa, neste caso, fixar-se em torno de sentidos como os de “estória” (e não “História”), “versão”, com os respectivos plurais mais significativos ainda: narrativas seriam estórias ou versões... E assim, talvez o sentido de “semântica” possa ser mais ou menos coincidente com “verbalismo”, “jogo de palavras”, “palavreado” ou, num nível mais problematizante, “disputa acerca de palavras”, discussão sobre terminologias, querela mais ou menos bizantina, meramente verbal e não substancial, não de coisas. Parecendo assim o apodo de “semântico” remeter para a invetiva ou lema clássico *res, non verba*.

Está tudo muito complicado, cada vez mais enredado, e realmente as pessoas comuns não possuem instrumentos, linguísticos e críticos, para desconstruir a rede, a maranha. Fica-se assim com impressões, lampejos, sensações. Sempre numa constante excitação induzida por atores da ribalta sócio política muito instáveis e sublevadores.

Não são nunca sementeiras de tranquilidade. E sem calma não pode haver pensamento. E sem pensamento são impossíveis boas soluções.

Chega-se a pensar que a proverbial sabedoria do Povo encontra, por vezes, uma nova forma de cidadania: a da resistência, pelo alheamento, às falsas notícias, às obtusas agendas políticas. Se essa demissão parece ser o contrário da participação cívica, é realmente caso para se pensar se, pelo menos em certa medida, essa não comparência e desinteresse não é uma posição forte, pelo silêncio e pela inação perante a agitação, o frenesim de quem, tantas vezes não tendo estudado os assuntos nem tendo verdadeiras propostas, enche o tempo e faz prova de vida com muito alarido, muitas quezílias, muitos protestos, muitas reformas, muito *horror vacui*.

Provavelmente esta atitude não alcançará nenhum efeito. Perante, por exemplo, o abstencionismo eleitoral as soluções sempre avançadas não convencem: são sempre um novo baralhar e voltar a dar as cartas. Apesar de poder ser, em alguns casos, sinal de grande dignidade, o silêncio, a não comparência, o alheamento, não são solução. Tudo se passa como se os que não se apresentam, não participam, não existissem. *Les absents ont toujours tort*.

Estão instaladas guerras de narrativas e de semânticas, e eis lançado mais um estilo do debate político-constitucional: o estilo linguístico. Já houve outros: o historicista, o economicista, o estatístico, etc. As modas são assim... Logo virão outras.

## REFERÊNCIAS

- ACHOUR, Yadh Ben; CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pour une cour constitutionnelle internationale**. Oeiras: Causa das Regras, 2017.
- BACON, Francisco. **Ensaio**. Tradução de Álvaro Ribeiro (da 2. ed. 1625). 2. ed. Lisboa: Guimarães, 1972.
- BRASSENS, Georges. Mourir pour des idées. (Disco 11) c). 1972. Éd. Mus. 57. In: **Poèmes et chansons**: nova ed. Paris: Seuil, 1993.
- CHENG, Anne. **Histoire de la pensée chinoise**. Paris: Seuil, 1997.
- CONFUCIUS. **Entretiens de Confúcius**. Tradução do chinês de Anne Cheng. Paris: Seuil, 1981.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Arte constitucional: novos ensaios**. João Pessoa (PB): Porta, 2022a. (Prefácio de Karine Salgado. Posfácio de Antonio-Carlos Pereira Menaut).
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Arte justa: constituição & justiça na sociedade global**. Coimbra: Gestlegal, 2022c. (Prefácio de Alexandre Reis).
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constitucionalismo moderno: origens e futuro (1820 \* 2023)**, Coimbra, Almedina, 2023.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição & política: poder constituinte, constituição material e cultura constitucional**. Lisboa: Quid Juris, 2012.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constitution et mythe**. Quebeque: Presses de l'Université Laval, 2014d. (Prefácio de François Vallançon).
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Cultura & cidadania**. Coimbra: Gestlegal, 2021b. (Prefácio de António Braz Teixeira).
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Osasco (SP): Edifício, 2008c. (Saiu em 2009).
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito constitucional anotado**. Lisboa: Quid Juris, 2008d.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito constitucional aplicado**. Lisboa: Quid Juris, 2007.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito constitucional e fundamentos do direito**. Rio de Janeiro / São Paulo / Recife: Renovar, 2008a. (Com um texto de J. J. Gomes Canotilho).

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito constitucional geral**. 4. ed. Curitiba: Intersaberes, 2022d.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Direito natural. In: CUNHA, Paulo Ferreira da. **O ponto de Arquimedes**. Coimbra: Almedina, 2001.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direitos fundamentais**: fundamentos e direitos sociais. Lisboa: Quid Juris, 2014c.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Filosofia do direito e do estado**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2021c.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Filosofia do direito**: fundamentos, metodologia e teoria geral do direito. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Fundamentos da república e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Forum, 2008b. (Apresentação de André Ramos Tavares).

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Geografia constitucional**: sistemas juspolíticos e globalização. Lisboa: Quid Juris, 2009b.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Justiça social**. Coimbra: Gestlegal, 2021a. (Prefácio de Arnaldo de Pinho).

CUNHA, Paulo Ferreira da. **La constitution naturelle**. Paris: Buenos Books International, 2014b.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Lições de desumanidade**: entre paz e guerra. João Pessoa (PB): Porta, 2022b.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Metodologia jurídica**: iniciação & dicionário. 4. ed. atual., rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 2021d. (Prefácio de Joana Aguiar e Silva).

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Nova teoria do estado**: estado, república, constituição. São Paulo: Malheiros, 2013. (Prefácio de Paulo Bonavides. Apresentação de Carmela Grüne).

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Novo direito constitucional europeu**. Coimbra: Almedina, 2005.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **O essencial sobre a I República e a constituição de 1911**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2011.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **O contrato constitucional**. Lisboa: Quid Juris, 2014a.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Per-curso constitucional**: pensar o direito constitucional e o seu ensino. São Paulo: CEMOROC-EDF-FEUSP, Escola Superior de Direito Constitucional, Ed. Mandruvã, 2006b. (Prefácio de Manoel Gonçalves Ferreira Filho).

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Political ethics and european constitution**. Heidelberg: Springer, 2015. (Prefácio de Paulo Archer de Carvalho).

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Presidencialismo e parlamentarismo**. Belo Horizonte: Forum, 2010a. (Prefácio de Marcelo Figueiredo. Apresentação de Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha).

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria da constituição**: direitos humanos, direitos fundamentais. v. II. Lisboa: Verbo, 2000.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria da constituição**: mitos, memórias, conceitos. vol. I. Lisboa: Verbo, 2002.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria geral do estado e ciência política**. São Paulo: Saraiva, 2018a. (Prefácio de Ricardo Aronne).

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Traité de droit constitutionnel**: constitution universelle et mondialisation des valeurs fondamentales. Paris: Buenos Books International, 2010b.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Raízes da república**: introdução histórica ao direito constitucional. Coimbra: Almedina, 2006a.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Síntese de justiça constitucional**. Oeiras: Causa das Regras, 2018b. (Prefácio de André Ramos Tavares).

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Vontade de justiça**: direito constitucional fundamentado. Coimbra: Almedina, 2020. (Prefácio de Luiz Edson Fachin).

CUNHA, Paulo Ferreira da (Coord.). **Direito constitucional & filosofia do direito**. Porto: Cadernos Interdisciplinares Luso-Brasileiros, 2009a.

CUNHA, Paulo Ferreira da; AQUINO, Sérgio (Org.). **Palimpsesto**: a democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DE TARDE, Gabriel. **As leis da imitação**. Porto: Rés, [S. d.].

DE TARDE, Gabriel. **Les lois de l'imitation**. Paris, 1895.

GENETTE, Gérard. Proust et le langage indirect. In: **Figures**, v. II. Paris: Seuil, 1969. p. 223-296.

HABA, Enrique Pedro. Etudes en allemand sur les rapports entre droit et langue. In: **Archives de Philosophie du Droit**. tomo XIX. Paris: Dalloz, 1974.

HAEBERLE, Peter. **Verfassungslehre als kulturwissenschaft**. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

HEIKKILA, Melissa. Computação. Quando a máquina acelera. In: **MIT Technology Review**. Cambridge (Ms., USA). Edição em Português in: **Courrier International**, Paris, n.º 320, p. 38-39, outubro de 2022.

KLEIN, Naomi. **The shock doctrine: the rise of disaster capitalism**. New York, Metropolitan, 2007,

LEYS, Simon. Dossier coordenado por Minh Tran Huy. De -551 à aujourd'hui: Confucius les voies de la sagesse. In: **Le Magazine Littéraire**, Paris, Ed. La revue, n.º 491, novembro de 2009.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução de José Navarro. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 1989. (Revista e apresentada por José Bragança de Miranda).

MOUNIN, Georges. La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques. In: **Archives de Philosophie du Droit**. tomo XIX. Paris: Sirey, 1974.

NEMO, Philippe. Ces idéologues qui ont fait la république. In: **Le Monde**, Paris, Ed. Le Mond, 16 março de 1981.

MONTESQUIEU. De l'esprit des lois. In: **Oeuvres complètes**. Paris: Seuil, 1964. (1.ª ed. 1721).

NICOLET, Claude. L'institut des idéologues. In: **Mélanges de l'École Française de Rome. Italie et Méditerranée**, Roma, Ed. Ecole française de Rome, v. 108, n.º 2, p. 659-676, 1996.

NIETZSCHE, Friedrich. Nachgelassene fragmente: ende 1886-frühjahr 1887. In: **Kritische Studienausgabe**, München, Ed. DTV/ Walter de Gruyter, v. 12, 1980.

PLONGERON, Bernard. Nature, métaphysique et histoire chez les idéologues. In: **Dix-huitième Siècle**, Paris, Ed. Garnier, v. 5, p. 375-412, 1973.

ROCHER, Guy. **Introduction à la sociologie générale**. Tome 1. Paris: Poin, 1970.

ROCHER, Guy. **Sociologia geral**. v. 1. 3. ed. Tradução de Ana Ravara. Lisboa: Presença, 1977.

RODRIGUES, Nelson. Óbvio ululante. 8. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

RORTY, Richard. **Contingency, irony, and solidarity**. Cambridge (Massachusetts): Cambridge University Press, 1989.

Submissão em: 3 de maio de 2023

Último Parecer favorável em: 3 de julho de 2023

### **Como citar este artigo científico**

CUNHA, Paulo Ferreira da. Semânticas & narrativas: de alguns aspetos linguísticos no subsolo constitucional. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 2, p. 248-265, maio-ago. 2023.



A Benyújtás Feltételei  
Amodau Cyflwyno  
Başvuru Koşulları  
Bedingungen für die Einreichung  
Betingelser for Indsendelse  
Betingelser for Innsending  
Coinníollacha Maidir le hAighneacht  
Condiciones de Envío  
Condições para o Envío  
Condicions per a L'enviament  
Condiții de Depunere  
Conditions de Soumission  
Conditions for Submission  
Condizioni per la Presentazione  
Criteri Redazionali  
Cumhachan Airson Tagradh  
Esitamise Tingimused  
Esityksen Ehdot  
Iesniegšanas Nosacījumi  
Konditione fir d'Soumissioun  
Kundizzjonijiet għas - Sottomissjoni  
Kushtet e Paraqitjes  
Norme Editorial  
Pateikimo Sąlygos  
Podmienky Predkladania  
Podmínky pro Předkládání  
Pogoji za Oddajo  
Skilyrði fyrir Framlagningu  
Тапсыру Шарттары  
Uslovi za Podnošenje  
Uvjeti za Podnošenje  
Villkor för Inlämning  
Voorwaarden voor Inzending  
Warunki Przedłożenia  
Услови за поднесување  
Услови за подношење  
Условия подачи  
Условия за Подаване  
Умовы для Прадстаўлення  
Умови подання  
Προϋποθέσεις για Υποβολή

# CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO

## CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES INICIAIS

**Art. 1.º** As regras para a recepção e publicação de textos científicos, pela **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são as descritas no presente Regulamento, respeitadas as condições fixadas no art. 26 deste Regulamento.

**Art. 2.º** Para o presente Regulamento, entende-se por textos científicos os artigos científicos, e outras manifestações jurídicas, descritos com as formalidades e padrões da norma culta e observância das normas fixadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, especialmente a ABNT 6023.

**Art. 3.º** A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é um periódico de divulgação científica da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, tem periodicidade quadrimestral e não tem fins lucrativos.

**Art. 4.º** A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** não cobra qualquer valor pela publicação de textos de cunho científico e, em contrapartida, não paga aos autores quaisquer valores a título de direitos autorais.

**Parágrafo único.** A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** divulgará sem custo para os destinatários, e sem fins lucrativos, os exemplares publicados.

**Art. 5.º** A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** tem por objetivo a divulgação científica do segmento do Direito, constituída de:

- I – artigos científicos;
- II – diálogos que a Academia Jurídica tem para com os seus membros;
- III – resenhas ou críticas de livros da área do Direito;
- IV – Sentenças, Acórdãos ou Pareceres, na íntegra, com temas inovadores e que não sejam segredo de Justiça.

**Parágrafo único.** Em se tratando de Sentenças ou Acórdãos, os nomes das pessoas envolvidas com qualidades de partes ou procuradores deverão ser, em regra, omitidos ou apresentados de forma abreviada ou fictícia, impossibilitando a identificação direta.

**Art. 6.º** A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** publica textos científicos escritos em:

- I – Idioma Espanhol;
- II – Idioma Francês;
- III – Idioma Inglês;
- IV – Idioma Italiano;
- V – Idioma Português;
- VI – demais Idiomas da Europa.

**Art. 7.º** Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são de inteira responsabilidade dos seus autores não somente quanto à autoria e isenção de plágio, quanto a conceitos, opiniões e desenvolvimento de teses doutrinárias e acadêmicas.

**Art. 8.º** A submissão de textos de cunho científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** significa imediata e incondicional aceitação das presentes regras e a cessão de direitos autorais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

**Parágrafo único.** Após a publicação de um texto científico na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, uma republicação em qualquer parte do Brasil, em qualquer época, somente poderá acontecer com autorização prévia da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e a necessidade de a ela ser feita referência, alternativamente, de forma:

- I – direta, indicando nome completa da Revista, número do volume, número da edição, e páginas iniciais e finais da publicação; ou
- II – indireta, mediante referência simplificada indicativa da publicação, como “Agradecimentos especiais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, pela divulgação deste trabalho científico”.

**Art. 9.º** Toda a digitação, incluindo citações e referências, deve obedecer às regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

**§ 1.º** Os tipos ou fonte da digitação serão Times New Roman, tamanho 12 para o texto, e este digitado com espaço 1,5 entre as linhas.

**§ 2.º** O sistema de citação será no próprio corpo do texto, incluindo o nome do autor, a data da publicação e o número da página em que há a citação.

**§ 3.º** As notas de rodapé poderão ser utilizadas apenas para identificação dos autores e para as demais informações complementares do texto.

**§ 4.º** As referências serão insertas ao fim do texto, com:

- I – espaço simples entre linhas;

- II – o texto das referências alinhadas à esquerda;
- III – o título da obra em letras com efeito negrito;
- IV – o subtítulo “Referências”, em letras maiúsculas, em negrito e centralizado;
- V – uma só linha de distância entre uma entrada e outra.

**§ 5.º** O Resumo, em Língua Portuguesa, e correspondentes em Língua original do autor do artigo científico, deverão ser digitados em espaço simples entre as linhas.

**§ 6.º** As publicações mais atuais da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** serão os modelos e exemplos das regras contidas no presente artigo.

**Art. 10.** Em atenção aos autores de outros países, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, será admitida a recepção de textos científicos segundo outras normas, respeitadas as condições expressas no art. 24 deste Regulamento.

**Art. 11.** Os nomes e endereços dos autores que têm textos científicos publicados ou, simplesmente, submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, são por ela usados com exclusividade, e não serão disponibilizados a pessoas, naturais ou jurídicas, fora do âmbito da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

**Parágrafo único.** Excetua, quanto à divulgação, a inserção do endereço eletrônico do(s) autor(es) na qualificação junto ao texto publicado, em atendimento às normas da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), órgão do Ministério da Educação, quanto aos dados mínimos para efeitos de classificação do periódico.

## **CAPÍTULO II**

### **ARTIGOS CIENTÍFICOS**

**Art. 12.** Os artigos científicos devem ser de autoria de, no máximo, três pessoas, sendo preferência que pelo menos um deles tenha título Acadêmico de Doutor.

**Art. 13.** Para os artigos científicos que contenham resultados de pesquisas patrocinadas por órgão de fomento, serão admitidos o máximo de quatro autores, sendo pelo menos um deles obrigatoriamente com título Acadêmico de Doutor, desde que identificado o órgão de fomento junto à qualificação e à filiação acadêmica.

**Art. 14.** Os artigos científicos que sejam resultado de pesquisas de campo, com aplicação de entrevistas ou questionários, devem ser acompanhados de comprovante de registro da correspondente pesquisa na Plataforma Brasil.

**Art. 15.** Os artigos científicos devem:

I – conter, no mínimo, dez laudas, com observância, quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil.

### **CAPÍTULO III**

#### **DIÁLOGOS, RESENHAS, SENTENÇAS OU ACÓRDÃOS**

**Art. 16.** Para efeitos da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, entende-se por:

I – Acórdãos ou Sentenças: peças jurídicas de autoria de Juízes e Desembargadores, com temas ou decisões inovadoras, oriundas de processos judiciais, e que possam ser divulgadas em razão do teor;

II – diálogos que a Academia tem para com seus membros:

a) estudos especiais envolvendo o Direito;

b) falas em aulas inaugurais de Curso de Direito;

c) falas em Bancas Examinadora de candidatos a títulos acadêmicos;

d) textos de cunho científico, ligados ao Direito, mas não sendo o foco principal no Direito;

III – Pareceres: peças jurídicas de autoria de Juízes, Desembargadores e integrantes do Ministério Público, com temas inovadores, que possam ser divulgadas em razão do teor, e que possam vir a servir de base para futuras decisões no segmento jurídico;

IV – resenhas ou críticas de livros da área do Direito:

a) análise de livros da área do conhecimento do Direito;

b) considerações comparativas de um livro de Direito com outro livro ou de Direito ou de disciplina afim ao Direito;

c) crítica, equiparada à crítica literária, em relação a livros de Direito.

**Art. 17.** Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, para as seções “Estudos Continuados”, “Acórdãos, Pareceres e Sentenças” ou outra que venha a ser criada na forma do presente Capítulo III deste Regulamento, deverão:

I – conter, no mínimo, cinco laudas, com observância quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil;

III – ter autoria individual ou, em casos excepcionais e especiais, dois autores.

## **CAPÍTULO IV**

### **A SUBMISSÃO**

**Art. 18.** A submissão de texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é ato de decisão unilateral do autor ou dos autores e não correspondente a uma responsabilidade da Revista para que haja publicação.

**Parágrafo único.** O caráter de ato unilateral e responsabilidade única do autor ou dos autores acontecerá ainda que o autor ou os autores tenham recebido comunicação da Revista, ou do seu Editor, ou de membro da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, quanto à abertura de Edital ou outra forma de divulgação da existência do periódico e da possibilidade de submissão de textos científicos.

**Art. 19.** A submissão representa a declaração do autor ou dos autores de que o texto científico:

I – é inédito;

II – não contém plágio ou qualquer apropriação de textos de terceiros;

III – não contém sistemas de identificação, por via oblíqua, que possa prejudicar a análise pelo sistema cego de avaliação;

IV – não foi submetido, no todo ou em parte, à avaliação de outro periódico, embora ainda não publicado.

**§ 1.º** Considera-se inédito o texto científico que foi apenas:

I – objeto de apresentação de resumo oral em evento científico, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;

II – publicado em Anais em forma de resumo, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;

III – resultado de trabalho de curso – Monografia, Tese, Dissertação – cuja divulgação foi apenas quanto à apresentação oral e/ou encadernação para depósito junto à Instituição de Ensino.

**§ 2.º.** Até que a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** altere a redação do presente artigo deste Regulamento, especialmente em seu inciso III, a identificação do nome do autor, com sua qualificação e filiação a uma Instituição de Ensino Superior não são itens considerados como forma de identificação que prejudica o sistema cego de avaliação, porque esses dados serão retirados, pelo Editor, quando da remessa para a análise dos membros do Conselho de Pareceristas.

**Art. 20.** Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o autor ou os autores se responsabilizam quanto às informações referentes à titulação, ao vínculo com Instituição de Ensino ou de Pesquisa e outros dados que forem insertos na qualificação.

**Art. 21.** A submissão representa a declaração de certeza e conhecimento de que não haverá pagamento ou retribuição ao autor, nem a título de *pro labore*, bem como não há outra prevista vantagem como compensação pelos direitos autorais automaticamente cedidos.

**Art. 22.** Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os autores de textos com autoria coletiva se declaram cientes de que, ainda que o texto seja remetido indicado autoria em outra ordem, aparecerão na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** como autores os nomes na seguinte ordem e prioridade:

- I – quem tiver título Acadêmico de Doutor, se único entre os coautores;
- II – os coautores que tenham título Acadêmico de Doutor, na ordem constante do texto científico recebido;
- III – quem tiver título Acadêmico de Mestre, se único entre os coautores;
- IV – os coautores que tenham título Acadêmico de Mestre, na ordem constante do texto científico recebido;
- V – quem tiver título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, se único entre os coautores;
- VI – os coautores que tenham título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, na ordem constante do texto científico recebido;
- VII – quem for apenas graduado, sem títulos Acadêmicos, na ordem constante do texto científico recebido.

**Parágrafo único.** Quando um autor fizer a submissão de texto científico de autoria coletiva, torna-se o responsável pelas informações também referentes aos coautores.

**Art. 23.** Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o(s) autor(es) declara(m) saber que o texto poderá sofrer adaptações quanto à formatação, para seja adaptado à padronização do material publicado.

**Art. 24.** Especialmente quanto aos autores não brasileiros, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, a submissão de texto científico fora das regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), conforme art. 10 deste Regulamento, significa a imediata e incondicional autorização para que o Editor faça as transformações e padronizações segundo as normas da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

**Art. 25.** Uma vez submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os artigos científicos serão analisados por avaliadores pelo sistema cego de análise (*double blind review*), sendo obedecidas as seguintes condições:

- I – dois pareceres positivos representam aprovação para publicação;
- II – dois pareceres negativos representam reprovação e não aceitação;
- III – um parecer positivo e um parecer negativo representará a necessidade de submissão a um terceiro avaliador, cujo voto decidirá como o segundo voto de uma das categorias que levarão à aprovação ou à reprovação.

## **CAPÍTULO V**

### **DISPOSIÇÕES FINAIS**

**Art. 26.** As condições omissas no presente Regulamento serão decididas pelo Editor da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, que considerará:

- I – a decisão para o caso concreto, com solução especial e válida somente para a dúvida ou proposta apresentadas;
- II – a possibilidade de submissão da dúvida ou proposta apresentadas à Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, para inserção no presente Regulamento e passar a ser regra geral do momento em diante.

**Art. 27.** O presente Regulamento poderá ser modificado por decisões da Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**.

**Parágrafo único.** As alterações entrarão em vigor no quadrimestre que se seguir ao quadrimestre em que ocorrer a alteração, ainda que não tenha ainda sido publicada a Revista contendo o Regulamento com o texto alterado.

**Art. 28.** O presente Regulamento entrará em vigor com a publicação do volume 1, número 1, da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Montes Claros (Minas Gerais, Brasil), 21 de maio de 2020.

**Professor Mestre Richardson Xavier Brant**

**Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso**

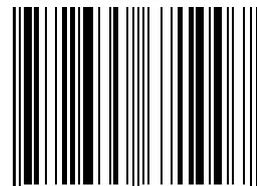
**ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS**

Endereço: R. Francisco Versiane Ataíde, 389/703, Bairro Cândida Câmara,  
Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, CEP 39401-039.





ISSN 2675-6714



9 772675 671007