

REVISTA

ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714. v. 6, n. 2 (maio-ago. 2025)



Neste número:



ULTRAcontinental DE LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714

Volume 6, número 2 (maio-ago. 2025)

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

2025

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

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 6, n. 2, maio-ago. 2025)
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.

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

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

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

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

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

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

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

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.

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

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

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

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

Professora Doutora Tatiana Ribeiro Viana - Roma, Itália.

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

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.

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

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. 6, n.º 2. Montes Claros/MG, Brasil,
Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, 2025.

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)

Catalogação: 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
Kokkuvöte
Қорытынды
Kopsavilkums
Összefoglalás
Überzicht
Özet
Përmbledhje
Резиме
Резюме
Podsumowanie
Povzetek
Рэзюмэ
Resum
Résumé
Resumen
Rezumat
Sammanfattning
Sammendrag
Santrauka
Sažetak
Sommaire
Sommario
Sommarju
Souhrn
Summary
Yfirlit
Yhteenvedo
Zhrnutie
Zusammenfassung
Περίληψη

SUMMARIO

APRESENTAÇÃO.....	5
--------------------------	----------

DOUTORADO

Jorge Agudo González Desarrollo Urbanístico y Gestión del agua en España.....	14
Mario Trimarchi I Principi Sovranazionali tra Poteri Pubblici e Poteri Privati.....	47
Omar Huertas Díaz, Zaire Vázquez Orduña, Ángela Paola Contreras Álvarez La Transformación del Compromiso Climático de México: de las (NDC) al Acceso a la Justicia Ambiental.....	55
Simone Francesco Cociani Appalto di Servizi, Certificazione del Contratto e Riqualficazione del Fatto Economico a Rilevanza Tributaria: Nota a Cass., Sez. Trib., Ord. 29 LUGLIO 2024 N. 21090.....	74
Victor Hugo Guerra Hernández Importancia del Instituto de Derecho Mercantil Global de la Cámara de Comercio Internacional para el Desarrollo de la Doctrina en Materia Arbitral. Rol del Grupo de Trabajo de Cumplimiento.....	99
Xavier Oberson Vers Une Taxation de L'Intelligence Artificielle.....	110

MESTRADO

Diego Fernando García Vizcarra El Arbitraje en Inversiones y la Crisis Ambiental Global: Hacia una Nueva Litigiosidad para los Estados.....	132
Ricardo Menezes A Informação e o Direito à Informação nas Sociedades Comerciais: Novas e Velhas Questões na Era das Tecnologias de Informação.....	143
Roberta Vieira Gemente de Carvalho A Possibilidade de Derivação de Regra de Extinção da Obrigação Tributária por Inobservância do Princípio da Duração Razoável do Processo no Procedimento Administrativo Fiscal: Prescrição Intercorrente ou Regra de Natureza Jurídica Diversa?.....	176

LATO SENSU

Conceição José Monteiro A Arbitragem Voluntária como Meio de Resolução de Conflitos nos Contratos Petrolíferos.....	202
CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO.....	219

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

APPRESENTATION

APRESENTAÇÃO

Ao dar continuidade à sua circulação, a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** estende as suas asas sobre diversos mapas. Chega, em seu voo, a todos os Continentes. Ultrapassa fronteiras com a facilidade da rede mundial de computadores. E une Países e Professores das mais diversas localidades. Não importa o regime político dos Países em que se situam os Professores e tampouco os destinatários. O importante é que o tema do Direito esteja presente na produção científica.

Ao chegar ao segundo número no ano – ano e volume seis, número dois – a publicação que vem a lume serve como certificado de que a plantinha já não se mostra tenra, mas forte. E rumo a ser frondosa. Em seus galhos, uma grande qualidade de artigos já publicados em vários anos de atuação.

Se há proposta de dificuldade é porque há a capacitação para a superação dos obstáculos. Se há empecilho é porque as pernas são mais altas e mais fortes, para que o impulso do salto represente uma vitória.

E assim, a vida da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** vai se mostrando recheada de artigos já publicados. As fileiras das publicações se enchem em quantidade e qualidade.

É certo que a vida oferece espaço para todos. Mas há preferência para estar na dianteira àqueles que se preocupam com a qualidade. Em se tratando de publicação científica, além da qualidade há a valorização da manutenção da periodicidade e às datas corretas das publicações. Fatores que se acham impregnados à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** desde o seu nascimento no (já) longínquo maio de 2020.

Na presente publicação, há artigos de onze países, espalhados por três Continentes. As seções (Doutorado, Mestrado e *Lato Sensu*) são comprovações de que as oportunidades são para todos os autores que têm pesquisas (em Direito) carregadas de qualidades.

DOUTORADO

Em ordem alfabética dos Autores, a Seção contém textos de portadores de grau de Doutorado (Doutoramento). Antes da sinopse de cada artigo científico, há a identificação do País no qual o Autor tem residência.

ESPANHA. No ano de 2013, a então Acadêmica de Direito (hoje, Bacharela) Raíssa Ismelina Soares de Oliveira, elaborou a monografia (não publicada) com o título “Acesso à água potável como direito fundamental: uma proposta de constitucionalização”. Apresentou o argumento de que a água, por ser bem tão precioso, precisava passar a constar da (extensa e diversificada) Constituição brasileira como um bem indisponível. Para a época e para o Brasil, um dos primeiros trabalhos de pesquisa sobre a utilização da água potável. Tratava das preocupações que se deve creditar ao tema e a necessidade de políticas públicas de preservação. Mais de uma década após, o Brasil continua paupérrimo em termos de literatura jurídica envolvendo o tema. Hoje, vê-se que há, na Espanha, uma grande quantidade de livros abordando a questão da água. E, nas próprias bibliografias referidas em tais livros, nota-se que os órgãos da Administração Pública espanhola estão determinados a trabalhar para buscar solução para o número crescente da população (previsão de que a Espanha terá 53,7 milhões de pessoas em 2039). Um dos autores mais ativos no segmento é o **Professor Doutor Jorge Agudo González**. Ele escreveu dois livros sobre recursos hídricos e coordenou (e escreveu capítulos) um outro livro. Além disso, tem muitos artigos científicos publicados nas principais Revistas espanholas, sendo algumas especializadas no estudo do tema. O autor mostra os caminhos para o planejamento urbano em relação à política de abastecimento da água para uma população crescente. A política hídrica deve, segundo o Autor, prezar pela qualidade da água e o respeito à biodiversidade, o que inclui a questão climática. O ponto de partida é a legislação, base da Administração Pública. E, por esta ser mal aplicada ou sobre a aplicação ocorrer dúvidas ou questionamentos, o estudo chega a analisar a importância do Supremo Tribunal Federal ora na interpretação das leis e ora suprimindo, por seus Acórdãos, a ausência de legislação. O tema, portanto, envolve Direito Ambiental, Direito Urbanístico e Direito Administrativo.

ITÁLIA. Atuante no segmento do Direito Civil, o **Professor Doutor Mario Trimarchi** leciona na Università degli Studi di Messina. O seu artigo trata dos princípios supranacionais que envolvem os Poderes Público e Privado. Trata-se, portanto, da união do Direito Civil ao Direito Internacional. Mostra o Autor que o Estado (o país) tem fincado no Direito consuetudinário o poder de criar normas nacionais e participar de elaboração de normas internacionais. Neste segmento, o Estado atua como autor de proposta, com discussão, com aprovação e como introdutor de tais normas em seu particular território. Às vezes, a Constituição traz uma luz quanto ao relacionamento internacional. Na grande massa das vezes, a atuação se dá com fundamento em princípios do Direito Internacional, adotados no bom relacionamento entre os territórios soberanos. Os interesses do Estado nas relações jurídicas internacionais são – ou deveriam ser – em favor dos seus cidadãos, fazendo com que regras próprias de diversos campos do Direito sejam internalizadas, tendo origem em Tratados e Convenções, bem como seguindo normas das entidades transnacionais. O artigo científico denominado “I Principi Sovranazionali tra Poteri Pubblici e Poteri Privati” expressa, em poucas páginas, um conteúdo completo e de fácil leitura.

MÉXICO E COLÔMBIA. Da união das pesquisas feitas por dois Professores da Colômbia e uma Professora do México, nasceu o artigo científico com o título

de “La Transformación del Compromiso Climático de México: de las (NDC) al Acceso a la Justicia Ambiental”. Os autores são o **Professor Doutor Omar Huertas Díaz** (da Colômbia), a **Professora Mestre Zaire Vázquez Orduña** (do México) e a **Professora Mestre Ángela Paola Contreras Álvarez** (da Colômbia). O tema central é o Direito Ambiental. E exatamente por ser um direito difuso, a facilidade de envolver visões de mais de um país se mostra presente. Também traz um aspecto de Direito Internacional, porque trata dos compromissos internacionais que o México tem em termos de controle da mudança climática. Tem por base o Acordo de Paris, aplicado pelo órgão de controle ambiental local. A análise é em torno das políticas climáticas mexicanas e seus reflexos nos setores econômicos e sociais. Faz comparação das novas políticas ambientais com as regras existentes desde 2015, mostrando a evolução em prol desse direito que ultrapassa fronteiras. Apresenta, por seu lado, sugestões de aplicação das normas internas de forma mais efetiva em benefício do meio ambiente e, também, que haja um permanente diálogo do órgão ambiental mexicano com a sociedade local e com a comunidade internacional.

ITÁLIA. Há uma discussão na aplicação da lei tributária italiana que perpassou a seara das Instâncias iniciais e chegou à Corte Suprema. No ano de 2024, a Seção Tributária do Tribunal de Cassação, da Itália, analisou um processo para definir o vínculo do fato gerador do tributo a um contrato de trabalho. Inicialmente, a matéria poderia parecer do segmento do Direito do Trabalho, mas a síntese do que restou analisado tem cunho tributário. A questão do imposto devido a partir do contrato de trabalho. Obviamente, o valor do contrato é mais elevado, a ponto de comportar discussão dos valores dos tributos que incidem sobre ele, visto não se encaixar em faixas de isenção tributária. A decisão do Tribunal foi que a Vara Especializada em Direito Tributário, de qualquer parte da Itália, deve analisar o contrato de trabalho para determinar o fato gerador do tributo incidente, com relevância do fato econômico e da aplicação das regras fiscais. Significa, especialmente, que a importância em si é da contratação, independentemente da espécie de trabalho contratado e do tomador ou do prestador do serviço. Para estudar a questão, poucos italianos seriam mais bem qualificados do que o **Professor Doutor Simone Francesco Cociani**, que leciona Direito Tributário na prestigiada Escola de Direito (ou, como dizem os italianos, “Dipartimento di Giurisprudenza”) da Università degli Studi di Perugia. O texto leva em consideração a decisão do Tribunal de Cassação e faz comparação com outras decisões. Sempre, à luz da legislação e de farta doutrina. Dentre elas, é bom que seja explicado, o Autor do texto é também escritor de artigos jurídicos e de livros sobre Direito Tributário.

VENEZUELA. O **Professor Doutor Victor Hugo Guerra Hernández** leciona disciplinas de Direito Internacional Privado, Direito Econômico Internacional, Direito Administrativo Global Comparado e Investimento Estrangeiro e Arbitragem. Está vinculado a Universidades da Venezuela e da Colômbia. Por ser Árbitro do “Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)”, e da “Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria (VenAmCham)”, além de membro-fundador da Asociación Venezolana de Arbitraje, a sua base de estudo é configurada no Direito Internacional e na Arbitragem internacional. Em artigo de curto fôlego, trata

da importância do Instituto de Direito Mercantil e da Câmara de Comércio Internacional para o desenvolvimento da arbitragem internacional. O texto ainda fala de outras organizações internacionais direcionadas ao Direito Internacional ligado ao comércio exterior e da validade da arbitragem como solução de conflitos sem se recorrer à Justiça (no caso, no âmbito dos Tribunais Internacionais), cuja solução é reconhecidamente mais lenta, devido aos respeitos aos Tratados e Convenções dos quais os países signatários têm envolvidas pessoas jurídicas de Direito Privado.

SUIÇA. O **Professor Doutor Xavier Oberson** é Doutor em Direito pela Universidade de Genebra, Suíça, Universidade na qual leciona. Estudou na Suíça e na Harvard University, nos Estados Unidos. É autor de livros sobre Direito Tributário e sobre Inteligência Artificial. Tem se dedicado a escrever artigos de atualização e livros sobre Inteligência Artificial, publicados em várias partes do mundo. Conhecedor do Direito Tributário, une a essa ponta e leva em consideração o impacto da inteligência artificial na produção de textos, no comando de robôs e da automação em geral – especialmente a automação industrial. O Autor se preocupa com a função da automação robótica substituindo o trabalho humano. E, principalmente, aponta as necessárias preocupações de todo o mundo quanto ao uso da inteligência artificial em seu aspecto negativo (a parte positiva é o desenvolvimento praticamente incontrolável com o uso da IA) especialmente quanto à tributação em relação ao que é produzido (de forma quase independente) pela robótica e pela IA. No artigo “Vers une Taxation de l’Intelligence Artificielle”, o Autor propõe a criação (com manutenção) de uma Coordenação Internacional para estudar as questões da taxação – aplicação de tributos – sobre as atitudes atribuídas à inteligência artificial. A fundamentação jurídica é (muito) atual. As ideias são, praticamente, para o futuro.

MESTRADO

A Seção que publica autores que têm título de Mestre está ampla em quantidade e em qualidade. Traz um universo que abraçam a América do Sul e a Europa. O que comprova a qualidade de ultracontinental da presente Revista. Na seção, os autores aparecem em ordem alfabética, como de costume da Revista.

PERU. Há temas que, quando bem elaborados, facilmente englobam vários temas do Direito. Para tratar, em um só espaço, de segmentos como Direito Ambiental, Direito Internacional e Arbitragem e Mediação, a tarefa coube ao **Professor Mestre Diego Fernando García Vizcarra**, integrante do corpo de Professores da Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, de Lima (Peru). O Autor fala da mudança climática e alguns Tratados Internacionais para controle das espécies de poluição (como o de Kyoto e o de Paris). E mostra, também, tarefas atribuídas às Nações Unidas na edição de normas acerca do controle da poluição para amenizar as questões climáticas. Apresenta, como acréscimo, o fato de que a arbitragem internacional pode antecipar o término de litígios em andamento e até mesmo evitar atitudes de reprovação de um país em relação a outro, por desentendimento na interpretação das regras de controle ambiental

que, por ser um “direito difuso”, ultrapassa fronteiras geográficas por força da “lei da natureza”. Trata-se de um artigo de leitura amena, como ameno deve ser o clima na Terra, se as prescrições do Direito Ambiental forem bem empregadas. Ainda que haja necessidade de intermediários para apaziguar sentimentos externos e para mostrar os caminhos abertos para toda a humanidade.

PORTUGAL. O Direito Empresarial, em querendo ou mesmo não estando preparado para a missão, deve conduzir o ritmo dos estudos mais preocupantes dos atuais segmentos do Direito. Está nas relações comerciais o vigor da inovação. As tecnologias da informação tanto podem – e devem – ser usadas para aprimorar o funcionamento das empresas quanto se mostram perigosas armas nas mãos de quem quer obter informações sigilosas, as que fazem com que as empresas ganhem agilidade. Os sócios das sociedades por quotas têm, aparentemente, facilidade de obtenção de informações acerca do funcionamento da sociedade da qual participam. O mesmo não se pode dizer dos acionistas de uma sociedade anônima. Em Portugal, há um Código que conduz o acesso às informações dos sócios e acionistas em relação à empresa da qual participam. As regras tratam, inclusive, do acesso pessoal ou por procuração a tais documentos. Por sinal, de extrema importância para os acionistas que pretendem participar de uma Assembleia Geral e, com antecipação, precisam conhecer detalhes – números, gráficos e análises – do que será debatido em reunião, para que possam tomar certas decisões. Para tratar deste tema como um todo, o **Professor Mestre Ricardo Menezes** escreveu o completo artigo “A Informação e o Direito à Informação nas Sociedades Comerciais – Novas e Velhas Questões na era das Tecnologias de Informação”. Um texto que mostra e analisa a legislação portuguesa a ponto de servir de exemplo para as demais Nações do mundo que não têm, como Portugal tem, um Código dos Valores Mobiliários, em complemento e suporte ao Código das Sociedades Comerciais (este, em parte tem parâmetro no Brasil, com a parte do Código Civil que cuida do Direito Empresarial).

BRASIL. A Advogada **Roberta Vieira Gemente de Carvalho** é estudiosa do Direito Tributário. Tem **Mestrado** completo. E é autora publicada em livro de sucesso. Tem capacidade de produzir doutrina jurídica representativa da categoria. Exclusivamente para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, ela escreveu o artigo científico denominado “A Possibilidade de Derivação de Regra de Extinção da Obrigação Tributária por Inobservância do Princípio da Duração Razoável do Processo no Procedimento Administrativo Fiscal: prescrição intercorrente ou regra de natureza jurídica diversa?”. Didaticamente, a Autora começa traçando as distinções entre decadência, perempção e prescrição. Em relação à última, ensina sobre prescrição intercorrente. Analisa, a seguir, o lançamento do crédito tributário e o ajuizamento da ação de execução fiscal, ambos, nos prazos corretos. Trata da discussão do crédito tributário na fase administrativa (antes de iniciar uma ação de execução fiscal). É o denominado “processo administrativo tributário”. Depois de analisar o teor do Código Tributário e das leis tributárias pertinentes, busca fundamento em decisões do Supremo Tribunal Federal e conclui, com alicerces firmes, que também em se tratando de processo administrativo tributário, há a aplicação da prescrição

intercorrente. Uma das bases do estudo é o princípio da duração razoável do feito administrativo ou do feito judicial. Isso traz o significado de que entre a data do início do processo e o seu desfecho, não pode haver interstício maior do que cinco anos – prazo prescricional que retira da Administração Pública o poder de lançar o tributo – por ter ocorrido a prescrição intercorrente.

LATO SENSU

A Seção “Lato Sensu” oferta oportunidade para pessoas que estão buscando grau acadêmico mais elevado. É o reconhecimento de que não há o processo de nascer pronto: tudo se faz pela experiência, pelo estudo, pelo acúmulo de atividades. A grande vantagem da publicação do artigo que compõe essa Seção é o fato de vir da África. Uma comprovação concretizada de que a Revista ultrapassa os Continentes.

ANGOLA. A integração dos Países Lusófonos (os que têm a Língua Portuguesa como Idioma Oficial) pode acontecer de diversas formas. Algumas delas envolvem questões políticas e são dominadas por questões partidárias ou ideológicas. Estas, quase sempre, carregam para a coloração que os Governos adotam. A mais honesta das integrações é a que envolve a cultura. E a cultura jurídica aponta para o topo, neste segmento. Para materializar a afirmação, há a publicação do artigo científico denominado “A Arbitragem Voluntária como meio de Resolução de Conflitos nos Contratos Petrolíferos”, de autoria da **Professora Conceição José Monteiro**. A Autora entende do tema até mesmo em razão de um dos seus estudos de pós-graduação. Tema, por sinal, de duas asas: o petróleo e a arbitragem. Há definições do que se entende por arbitragem, mediação e conciliação e, a partir daí, a análise coloca a lei angolana que trata da arbitragem de uma forma geral. Aprofundando e centralizando, há a explicação de que os contratos envolvendo a produção e exportação de petróleo transitam pelos campos das negociações nacionais (a produção) e internacionais (o petróleo é o principal produto de exportação de Angola desde 1973 – até então, era o café). O artigo, em seu centro, cuida da arbitragem nos contratos nacionais e internacionais sobre o petróleo, em Angola. Um estudo bem posicionado e revelador.

A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, portanto, está cumprindo a sua missão de difundir a cultura jurídica e unir continentes. A cultura e a união propostas não se dão somente com as publicações, como também com o amplo mapa no qual a Revista chega. Em todos os Continentes, há algum destinatário da Revista. O próprio Conselho Editorial comprova que a abrangência é mundial, ultracontinental.

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	Brasil	29
	Espanha	29
3.º	Portugal	23
4.º	Argentina	21
5.º	Itália	13
6.º	Estados Unidos	10
7.º	Colômbia	07
8.º	México	05
	Moçambique	05
	Uruguai	05
11.º	Japão	04
	Turquia	04
13.º	Bolívia	03
	França	03
15.º	Angola	02
	Chile	02
	Grécia	02
	Índia	02
	Suíça	02
	Venezuela	02
21	Canadá	01
	Costa Rica	01
	Peru	01
	Polônia	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

DESARROLLO URBANÍSTICO Y GESTIÓN DEL AGUA EN ESPAÑA

JORGE AGUDO GONZÁLEZ¹

RESUMEN

La relación entre la política del agua y el urbanismo ha estado siempre marcada por el modo en que la primera puede estar al servicio de otras competencias como las urbanísticas, cuando, al tener por objeto la gestión de un recurso escaso como el agua, podría ser una competencia que condicionase de forma determinante desarrollos urbanísticos que demanden nuevos recursos hídricos. Este estudio abordará esta diatriba desde varias perspectivas. La primera atenderá a la evolución de los fines principales de la política hidrológica desde un modelo de oferta hasta asumir objetivos fundamentalmente vinculados a la protección de la calidad de las aguas y la biodiversidad que, en el marco de una crisis climática, podrían entrar en conflicto con las necesidades de otras políticas con incidencia territorial como la urbanística. Por otra parte, el estudio analizará la nefasta política legislativa llevada a cabo por el legislador estatal para ordenar el informe previsto para articular la coordinación entre los planes urbanísticos y la disponibilidad de nuevas demandas de agua. En este sentido, se hará un repaso de la enorme trascendencia que ha tenido el Tribunal Supremo para corregir y suplir la incapacidad ordenadora del legislador. Para terminar, se abordará la cuestión de la coordinación desde una perspectiva estrictamente jurídico-administrativa en vertientes de tipo formal: la organizativa y la procedimental. Esta última parte será eminentemente propositiva, sugiriendo nuevos mecanismos de coordinación.

Palabras Clave: prevalencia de la política de aguas; coordinación; desarrollos urbanísticos; informe sobre disponibilidad de recursos hídricos; jurisprudencia del Tribunal Supremo.

¹ Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: jorge.agudo@uam.es

SUMMARY

The relationship between water policy and urban planning has always been marked by the way in which the former can be at the service of other policies such as urban planning, when the management of a scarce resource as water, it could be conditions urban developments that demand new water resources. This study will address this question from several perspectives. The first will address the evolution of the main objectives of hydrological policy from an offer model, to assuming objectives fundamentally linked to the protection of water quality and biodiversity that, in the context of a climate crisis, could come into conflict with the needs of other policies such as urban planning. On the other hand, the study will analyze the disastrous legislative policy carried out by the state legislator related to the report foreseen to articulate the coordination between urban plans and the availability of new water demands. In this regard, a review will be made of the enormous importance that the Supreme Court has had in correcting the legislator's inability to rule these matters. Finally, the issue of coordination will be addressed from a strictly legal-administrative perspective in formal aspects: organizational and procedural. This last part will be eminently propositive, suggesting new coordination mechanisms.

Keywords: prevalence of water policy; coordination; urban developments; report on availability of water resources; Supreme Court case-law.

1 INTRODUCCIÓN

1.1

El problema de fondo en la relación entre la política del agua y el urbanismo ha sido, a mi juicio, siempre el mismo. En síntesis, ese problema entraña una paradoja difícilmente salvable que puede sintetizarse en esta afirmación: en qué medida y de qué modo la política hidrológica puede estar al servicio de otras competencias como las urbanísticas –ex art. 40.2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (TRLA, en adelante)–, si, al tener por objeto la gestión de recursos escasos, puede ser al mismo tiempo una competencia que condiciona a aquellas que requieran del agua para su materialización. La respuesta a esta diatriba se ha dado desde dos perspectivas opuestas: desde un planteamiento positivo, se ha afirmado que la política del agua debería planificar y gestionar los recursos hídricos para que haya agua para nuevos desarrollos urbanísticos; por el contrario, desde una perspectiva negativa, también se ha dicho que sólo cabría plantear nuevos proyectos urbanísticos siempre y cuando “sobre” agua, otorgando preferencia a fines estrictamente ambientales –calidad del agua, caudales ecológicos–.

Hace unos cuantos años alguien me dijo que la política del agua no podía impedir una política urbanística de competencia de otras Administraciones territoriales. Si tomamos el verbo “impedir” *stricto sensu*, debo estar de acuerdo. Si, por el contrario, entendemos “impedir” de forma relativa, esto es, como

condicionar fuertemente, entonces, yo creo que ni estuve, ni estoy de acuerdo. Es más, tanto el Derecho positivo, como la jurisprudencia, del mismo modo que las evidencias sobre el futuro estimado en torno a los recursos hídricos no solo corroboran, sino que tienden a intensificar esa consideración.

Los criterios legales establecidos para articular el encaje entre los fines propios y superiores de la política del agua y su relación vicarial con otras competencias se han concretado en dos aspectos que, en la práctica, han sido polémicos por igual: lo sustantivo y lo procedimental.

Los aspectos sustantivos se difuminan en la articulación de funciones con un altísimo componente discrecional en una materia complejísima y trufada de retos de enorme trascendencia –cambio climático, sequías, inundaciones, caudales ecológicos, calidad del agua y contaminación, reutilización, desalación [...]– y donde confluyen intereses de distintas Administraciones públicas – medio ambiente, ordenación del territorio, urbanismo [...]–. Y, por lo que se refiere a los aspectos de naturaleza procedimental, estos se han articulado fundamentalmente con base en una regulación confusa e incompleta en torno a la articulación y efectos del trámite de consultas a los organismos de cuenca sobre la garantía de disponibilidad de recursos, que han tenido que ser corregidos abiertamente a nivel jurisprudencial. Después de décadas de una labor jurisprudencial profunda, los criterios legales han evolucionado hasta instalarse en una certeza. La que se concibió como una política al servicio de otras, como las urbanísticas, se ha convertido, definitivamente, en determinante del ejercicio de esas otras competencias: “sin agua, no hay plan”. Conclusión: los objetivos de la política del agua prevalecen y condicionan definitivamente a otras políticas con incidencia en el territorio.

1.2

Este estudio no pretende ser un estado de la cuestión (para ello pueden verse los trabajos de AGUDO GONZÁLEZ, 2007; AGUDO GONZÁLEZ, 2009; AGUDO GONZÁLEZ, 2013; TARDÍO PATO, 2012; CHINCHILLA PEINADO, 2012; CRESPO PÉREZ, 2016; o MELLADO RUIZ, 2019). En el aniversario de la Ley de Aguas, creo que corresponde y merece la pena abordar una perspectiva crítica y reflexiva y, por qué no, también propositiva. Voy a abordar este estudio desde dos perspectivas.

La primera atenderá a la evolución de los fines principales de la política del agua. Trataré de afrontar este tema mostrando de qué modo la política del agua ha avanzado desde la concepción regeneracionista, basada en la construcción de infraestructuras para la regulación y subsiguiente artificialización de las masas de agua, almacenándola y transportándola allí donde existiera una iniciativa generadora de riqueza, hasta asumir objetivos fundamentalmente vinculados a la protección de la calidad de las aguas y la biodiversidad, arrogándose fines que se separan claramente de los propios del modelo precedente y que, aún más,

podrían entrar en conflicto directo con las necesidades de otras políticas con incidencia territorial, ambiental y económica. Así pues, en cuando al “problema de fondo”, es necesaria una reflexión de naturaleza prospectiva: qué nos puede deparar un futuro sumido en una crisis climática que podría tener una gran repercusión en España, con un escenario incierto en cuanto a la disponibilidad de recursos para una población fija o estacional creciente.

En segundo lugar, abordaré el que voy a denominar el “problema administrativo”. En este apartado quiero poner de relieve la nefasta política legislativa llevada a cabo por el legislador estatal para ordenar una cuestión tan importante: normas confusas, normas solapadas, normas que no se aprueban. Como consecuencia de esas reflexiones me gustaría poner de manifiesto que, como siempre sucede, cuando el legislador no cumple con su papel, son los altos Tribunales quienes tienen que venir a corregir y suplir con su jurisprudencia la incapacidad ordenadora del legislador.

Para terminar, abordaré una perspectiva estrictamente jurídico-administrativa: la organizativa y la procedimental. Esas consideraciones tendrán un ánimo fundamentalmente propositivo con el fin de poner de relieve que cuanto mayor es el margen de valoración que otorga una materia a la Administración competente, más importante es encauzar bien los procesos de toma de decisiones, así como quién toma esas decisiones.

2 TRATAMIENTO DE LOS PROBLEMAS QUE CONDICIONAN LA GESTIÓN DEL AGUA EN RELACIÓN CON LOS DESARROLLOS URBANÍSTICOS

2.2.1 El “problema de fondo”. Los objetivos de la política del agua y su incidencia en la generación de ciudad y en el suministro de agua

2.1.1 Breve repaso retrospectivo y estado de la cuestión

2.1.1.1

La concepción de la política hidrológica como vicaria de otras vinculadas con el desarrollo y la riqueza nacional es una consecuencia de la instauración de los modelos de oferta de agua que, desde el regeneracionismo de finales del siglo XIX, se comenzaron a implantar, y se desarrollaron con gran éxito, en España. El objetivo fue, desde entonces y hasta fechas recientes, corregir los efectos de la irregularidad del régimen natural de precipitaciones en España. En ese modelo de oferta de agua las Confederaciones Hidrográficas asumieron la función primordial de la ejecución de obras hidráulicas de regulación de caudales, incrementando así la disponibilidad de los recursos disponibles (véase FANLO LORAS, 2017. Sobre los modelos de oferta, AGUDO GONZÁLEZ, 2007, p. 47 y ss.).

Esa política permitió alcanzar tres objetivos: 1.º) El abastecimiento generalizado de la población; 2.º) El desarrollo del regadío y el incremento de la producción de alimentos; y 3.º) La generación de energía hidroeléctrica. No es necesario decir que el modelo cumplió sus metas.

El urbanismo se desarrolla en España al abrigo de ese modelo de política hidráulica permitiendo la garantía del abastecimiento de poblaciones y del suministro domiciliario. Lo que en la actualidad se viene en denominar “derecho al agua”, fue progresivamente alcanzado de forma generalizada a partir, fundamentalmente, de dos instrumentos jurídicos (consúltese sobre este aspecto MENÉNDEZ REXACH, 2015): la obligatoriedad del servicio público y la obra pública subvencionada. La configuración del abastecimiento como servicio público obligatorio de competencia municipal desde 1870, conllevó la preferencia de los Ayuntamientos para la obtención de las concesiones de aprovechamiento, así como el fomento de las obras de abastecimiento necesarias. Obras que, bajo la vigencia de la Ley General de Obras Públicas de 1877, también fueron atribuidas a los Ayuntamientos, amparadas en una importante legislación de auxilios del Estado.

La normativa sanitaria de la primera mitad del siglo XX también fue fundamental. Impuso, entre otras de habitabilidad, las obligaciones de dotar a las viviendas del servicio de abastecimiento, de recogida y de depuración de aguas residuales. Una regulación semejante se contenía en la legislación de reforma interior que, desde finales del siglo XIX, exigía que los proyectos incluyeran las obras de distribución de agua y saneamiento.

Esa dirección se reforzaría con la Ley del Suelo de 1956 mediante “planes y proyectos de saneamiento” para mejorar las condiciones de salubridad e higiene, entre otras, con obras de abastecimiento de aguas potables (art. 19), o bien anejando al deber de urbanizar de los propietarios el de la costear la construcción de las redes de suministro de agua (art. 117), además de definir el concepto de “solar” por disposición de los servicios de suministro (art. 63.3). Desde 1956 la legislación estatal de suelo y la autonómica en materia urbanística, han mantenido la garantía de suministro entre las preceptivas de todo desarrollo urbano.

2.1.1.2

Tras la aprobación de la Directiva 2000/60, de 23 de octubre, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (DMA), nuestro Derecho de Aguas se embarcó en un proceso hacia la implantación de un modelo de gestión sostenible en el que la calidad de las aguas y de sus ecosistemas asociados han adquirido una posición preeminente (sobre esta cuestión, AGUDO GONZÁLEZ, 2010; y FANLO LORAS, 2019).

La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, modificó el TRLA. El objetivo de la modificación fue incorporar

al Derecho español la DMA. La Exposición de Motivos de la ley afirmaba que la finalidad de la modificación era “conseguir el buen estado y la adecuada protección de las aguas continentales, costeras y de transición, a cuyos efectos se regula la demarcación hidrográfica como nuevo ámbito territorial de gestión y planificación hidrológica”.

También con la DMA, la planificación hidrológica se ha reforzado como la pieza clave de la legislación de aguas. Uno de los propósitos fundamentales de la planificación hidrológica es “territorializar” los objetivos de las políticas ambientales y de la gestión hídrica (MENÉNDEZ REXACH, 2023, p. 35), que se materializan en la función de servicio a otras políticas sectoriales que atribuye el TRLA a la política de aguas.

Resulta curioso que la misma Ley 62/2003, que modificó el TRLA para comenzar a incorporar los requerimientos de la DMA en nuestro ordenamiento, también fuera la que modificase el art. 40.2 TRLA para incorporar su redacción actual: “La política del agua está al servicio de las estrategias y planes sectoriales que sobre los distintos usos establezcan las Administraciones públicas [...]”. La primera sensación es que esta literalidad podría ser un refuerzo de las políticas de demanda tradicionales, pero no es así.

El refuerzo a la “servicialidad” de la política del agua queda condicionado por los objetivos que la DMA impone. En la DMA la política del agua, a través de su instrumento fundamental, la planificación hidrológica, está focalizada en la calidad del estado de las masas de agua y tiene como función, a través de los programas de medidas, la protección del agua y de los ecosistemas vinculados. Ahora bien, tampoco cabe hacer de la calidad del agua y de sus ecosistemas la única y exclusiva razón de ser de la DMA. En la DMA no hay primacía de lo ambiental sobre el resto de los objetivos que menciona su art. 1² y, en concreto, sobre el “suministro suficiente de agua”, ya que las medidas de protección de la calidad del agua lo son para que el suministro sea “en buen estado.” (FANLO LORAS, 2017, p. 41 y 42).

Por este motivo, el art. 40 TRLA afirma que los objetivos de la planificación hidrológica son “conseguir el buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico y de las aguas” y, a continuación, añade,

la satisfacción de las demandas de agua, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales.

² Las consideraciones del MITECO (2020, p. 20) no parecen estar de acuerdo con esto: “[...] el TRLA todavía establece que «la política del agua está al servicio de las estrategias y planes sectoriales» (art. 40.2 RDL 1/2001) y la adaptación hecha en 2003 mantiene esta subordinación de la política del agua a las estrategias y planes sectoriales [...]. La ley debe establecer de forma clara y precisa que la disponibilidad del agua está condicionada por motivos naturales, de cambio climático y por la consecución de los objetivos medioambientales”.

Esa relación de objetivos se traslada, igualmente, al art. 40.2 para matizar la “servicialidad” de la política del agua, en la medida en que ésta se ha de entender “sin perjuicio de la gestión racional y sostenible del recurso que debe ser aplicada por el Ministerio de Medio Ambiente, o por las Administraciones hidráulicas competentes, que condicionará toda autorización, concesión o infraestructura futura que se solicite”.

2.1.2 Los retos actuales y de futuro

2.1.2.1

La política de aguas, y la planificación hidrológica en particular, se enfrentan a un doble reto: garantizar el suministro de agua de calidad a los ciudadanos y la protección de la calidad de las aguas, así como la protección, conservación y restauración de la biodiversidad vinculada a ecosistemas acuáticos³. Este aspecto ambiental ha sido y es especialmente significativo en la nueva generación de planes hidrológicos en los que los caudales ecológicos, que han sido muy discutidos por la especial idiosincrasia de los sistemas de explotación en España (merece la pena ver la crítica de FANLO LORAS, 2017), han adquirido una relevancia muy especial.

La importancia adquirida por los caudales ecológicos y su proclamada consideración como restricciones que se imponen con carácter general a los sistemas de explotación (art. 59.7 TRLA), intensifican la importancia que tiene para la garantía de abastecimiento, la regulación de los usos del agua y la persistencia de la primacía del uso de abastecimiento, no sólo sobre cualquier otro uso, sino también sobre los caudales ecológicos.

La “rivalidad” entre usos consuntivos y demandas ambientales se plantea singularmente conflictiva en el futuro. La prioridad del abastecimiento no está en peligro, pero podemos dudar de las disponibilidades futuras para nuevos desarrollos urbanísticos en escenarios de cambio climático, en atención a las previsiones de aumento de la población en cuencas deficitarias y, por qué no decirlo, del sector turístico en esas zonas.

El VIII Programa de Acción en Materia de Medio Ambiente de la UE⁴ incluye entre sus objetivos prioritarios (art. 2.2.e)

la protección, conservación y recuperación de la biodiversidad marina, terrestre y de las aguas interiores dentro y fuera de las zonas protegidas, entre otras acciones, deteniendo e invirtiendo la pérdida de biodiversidad y mejorando el estado de los ecosistemas, sus funciones y los servicios que prestan y mejorando el estado del medio ambiente, en particular el aire, el

³ Téngase en cuenta que el Reglamento 2024/1991, de 24 de junio, relativo a la restauración de la naturaleza, potencia en especial ese último objetivo.

⁴ Decisión (UE) 2022/591 del Parlamento y del Consejo, de 6 de abril de 2022, relativa a un Programa General de Acción de la UE en materia de Medio Ambiente hasta 2030.

agua y el suelo, así como luchando contra la desertificación y la degradación del suelo.

La revisión intermedia del programa⁵ en el marco del Pacto Verde Europeo, llega a una conclusión muy relevante a nuestros efectos: “La escasez de agua afecta a casi un tercio de las zonas de la UE y constituye una de las amenazas más peligrosas para la sociedad” (p. 17).

Es probable que siga aumentando debido al cambio climático y “al aumento de la frecuencia e intensidad de los fenómenos meteorológicos extremos”. Y añade más adelante:

El agua es un recurso vital que ya está sometido a presión en muchas partes de Europa debido a la mala gestión estructural, el uso insostenible del suelo, los cambios hidromorfológicos y la contaminación. El cambio climático está exacerbando estas presiones y aumentando los riesgos relacionados con el agua en forma de sequías prolongadas o más frecuentes o precipitaciones extremas, como se destaca en la Comunicación sobre los riesgos climáticos. Proteger y restaurar el ciclo del agua, promover una economía de la UE inteligente en lo que respecta al uso del agua y salvaguardar el acceso a agua dulce limpia para todos es crucial para garantizar una Europa resiliente en lo relativo al agua (p. 18).

2.1.2.2

La planificación y la gestión del agua se enfrentan no a uno, sino a varios problemas que, desde la ciencia política y el *management* público, se han calificado como *wicked problems* (me baso en las reflexiones de LONGO MARTÍNEZ, 2019, p. 56). La competencia de planificación y gestión del agua debe tener en cuenta, considerar y valorar circunstancias relacionadas con el cambio climático y los problemas de sostenibilidad vinculados a actividades como la generación de energía, la industria, la agricultura y la ganadería, pasando por el suministro de agua, para llegar a las necesidades de los ecosistemas y la biodiversidad que los habita –caudales ecológicos–. En definitiva, a las dificultades intrínsecas de aquellas funciones, se les une el tener que abordar el encaje de múltiples acciones de enorme relevancia y complejidad que tratan de afrontar problemas que responden a los siguientes criterios:

- 1) son problemas para los que el estado del conocimiento científico-técnico todavía no ha generado soluciones concluyentes –el cambio climático y sus consecuencias en los sistemas de explotación puede ser el ejemplo paradigmático⁶–. A esto se ha de añadir la generación sobrevenida de

⁵ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 13 de marzo de 2024 [COM (2024) 123 final].

⁶ Por ejemplo, las cifras de los recursos que figuran en los planes hidrológicos revisados para el tercer ciclo de planificación han sido criticadas porque no respetarían el principio de precaución en cuanto a las expectativas de reducción debidas al cambio climático. El informe ClientEarth (2024) afirma que los planes manejan cifras de reducción poco conservadoras y no expresan

nuevos problemas o de aristas desconocidas de problemas preexistentes. En todo caso los márgenes de discrecionalidad son tan amplios, que más que dar una solución cerrada y definitiva, parece que sólo es posible dar soluciones adaptables y corregibles, según se vayan adquiriendo conocimientos, se alcancen certezas o se logren acuerdos⁷;

- 2) los problemas a los que la planificación y la gestión del agua deben prestar atención entrañan potenciales conflictos de intereses que pueden ser fuente de controversias entre los distintos niveles administrativos. ¿Cómo afectará esa complejidad a la satisfacción de las demandas de recursos para nuevos desarrollos urbanos? La respuesta a este interrogante será el resultado de compatibilizar una eficiente gestión del agua con las legítimas iniciativas urbanísticas que pudieran ser aprobadas para una población creciente⁸ que se concentra, además, en las zonas con la mayor densidad de población que coinciden con las cuencas hidrográficas más deficitarias⁹, esto es, allí donde la disponibilidad de recursos se verá más afectada por los efectos del cambio climático¹⁰. En fin, no es especulación afirmar que los intereses de la Administración urbanística podrán encontrar, cada vez con más intensidad, un freno en la Administración hidrológica. Por esta razón, el conflicto competencial subyacente será determinante y la coordinación efectiva, la única solución posible.

rangos de probabilidad que pudieran ajustarse a escenarios adaptativos según se comprueben los efectos del cambio climático. Normalmente los planes aplican los porcentajes dispuestos por el CEDEX, sin tener en cuenta escenarios de reducción más fuertes.

⁷ El art. 19 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, expresa bien esta idea. Su apartado 1.º dispone que la planificación y gestión del agua “tendrán como objetivos conseguir la seguridad hídrica para las personas, para la protección de la biodiversidad y para las actividades socioeconómicas, de acuerdo con la jerarquía de usos, reduciendo la exposición y vulnerabilidad al cambio climático e incrementando la resiliencia”. La complejidad de la tarea se incrementa cuando el apartado 3.º añade que la planificación y la gestión, “en coherencia con las demás políticas, deberán incluir los riesgos derivados del cambio climático”, reconociendo que esa integración sólo puede ser una prospección aproximada, pues debe formularse “a partir de la información disponible”. La lectura de las letras a) a d) del art. 19.3 muestra también que esas previsiones afectan a factores inciertos como aumentos de temperaturas, disminución de precipitaciones, episodios catastróficos, aumento del nivel del mar [...].

⁸ Según el INE, España llegará a los 53,7 millones en 2039.

⁹ El informe ClientEarth (2024, p. 55 y ss.) advierte, por ejemplo, de que los planes hidrológicos revisados para el tercer ciclo de planificación no dan una cifra explícita de WEI+. Este índice informa sobre el nivel de presión que ejerce la actividad humana sobre los recursos hídricos naturales de un territorio, relacionando las extracciones y los retornos al sistema, con los recursos de agua dulce disponibles en una cuenca durante un espacio de tiempo determinado (FERNÁNDEZ POULUSSEN, 2020, p. 46). En ausencia de objetivos formales, se estima que valores superiores al 20% son un signo de escasez de agua, mientras que valores iguales o superiores al 40%, indican situaciones de grave escasez y de usos insostenibles del recurso. Según el informe, la demarcación del Segura tendría un WEI+ que llegaría al 185%. Según el plan hidrológico del Ebro –que aporta un WEI+ por sistemas de explotación–, 14 de los 23 sistemas estarían por encima del 20%, y el resto por encima del 40%, llegando en algún caso al 67,6%. En el caso del Guadalquivir, sería del 48%, con un único sistema de explotación por debajo del 20%. Finalmente, en la demarcación del Tago, el plan aporta el WEI+ para cada masa de agua superficial, siendo que un 28% de ellas presentan un índice superior al 40% y 16 masas de agua superan el 70%.

¹⁰ El CEDEX (2017) pronostica un aumento de la escasez de agua en España y una mayor frecuencia y duración de los períodos de sequía a medida que avance el siglo XXI, con descensos de precipitaciones, aumentos de temperaturas e incrementos de la evapotranspiración, descenso de la humedad relativa del suelo, así como la disminución de la recarga de los acuíferos y de la esorrentia.

2.1.3 El progresivo fortalecimiento de la competencia de la Administración hidrológica sobre la urbanística

Nuestro ordenamiento ha ido incorporando previsiones jurídicas orientadas a fortalecer el sometimiento del planeamiento urbanístico a las exigencias derivadas de la política de aguas. Esa prevalencia, desde luego, no es absoluta: la competencia en materia de aguas es una competencia ponderadamente prevalente. La coordinación permite articular esa prevalencia ponderada y la “servicialidad” a la que alude el art. 40.2 TRLA.

2.1.3.1 El carácter vinculante de la ordenación hidrológica

La prevalencia de la planificación hidrológica no podía afirmarse tras la aprobación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. El art. 18.1.d) previó el informe preceptivo del Consejo Nacional del Agua en relación con los planes que “afectasen sustancialmente” a la planificación hidrológica o a los usos del agua. Esta previsión legal fue concretada por el art. 21.1 del Real Decreto 927/1988, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica (RAPA). El precepto reglamentario señalaba que aquella “afección sustancial” se refería a planes cuya ejecución exigía, nada menos, que “la revisión de los planes hidrológicos”. Inicialmente, por tanto, la revisión de los planes hidrológicos podía motivarse –extraordinariamente– con base en nuevas demandas generadas por esos planes.

Actualmente, sin embargo, la alusión al carácter instrumental de la política del agua ha de ser entendida atendiendo a dos datos clave: 1.º) El carácter vinculante de la planificación hidrológica es inequívoco a la vista del art. 40.4 TRLA¹¹; y 2.º) Su tajante imposición sobre los planes urbanísticos, según el art. 43.3 TRLA: “Las previsiones de los planes hidrológicos [...] deberán ser respetadas en los diferentes instrumentos de ordenación urbanística del territorio”.

2.1.3.2 La coordinación implica considerar y tener en cuenta las decisiones adoptadas en materias como la urbanística

El carácter vinculante de la ordenación hidrológica no implica una prevalencia unilateral y excluyente de la competencia de la Administración hidrológica, ya que la planificación es el resultado de la coordinación. El art. 25 TRLA establece el deber de colaboración con las CCAA y el art. 128 TRLA el deber de mutua coordinación. Esto mismo se deduciría del art. 14.3.º TRLA,

¹¹ Confirmado por el art. 90 del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica (RPH), gozando de “carácter normativo” (art. 81.1.b) RPH).

cuando establece que el ejercicio de las funciones estatales en materia de aguas se regirá por el principio de “compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio”. En otras palabras, sólo una acción coordinada parece conforme con nuestro sistema legal y competencial.

Esa llamada a la coordinación intersectorial se confirma en el marco de la planificación hidrológica¹². El art. 41.4 TRLA dispone que los planes hidrológicos “se elaborarán en coordinación con las diferentes planificaciones sectoriales que les afecten, tanto respecto a los usos del agua, como a los del suelo”. Asimismo, el art. 71.4 RPH dispone que: “Los planes hidrológicos se elaborarán en coordinación con las diferentes planificaciones sectoriales que les afecten, tanto respecto a los usos del agua como a los del suelo, y especialmente con lo establecido en la planificación de regadíos y otros usos agrarios”.

2.1.3.3 La coordinación no se articula del mismo modo respecto de las demandas existentes que en relación con las nuevas demandas de desarrollos urbanísticos

2.1.3.3.1 En relación con las demandas existentes

2.1.3.3.1.1

Las demandas existentes de abastecimiento están garantizadas por previsiones legales que se imponen al planificador hidrológico. El art. 14.1.a) RPH regula los criterios para la estimación de las demandas de agua. Los planes hidrológicos de cuenca deben incorporar la estimación de las demandas actuales y las previsibles en los horizontes contemplados en el art. 19 RPH¹³.

Dos previsiones legales clave coherentes con esta previsión son (1) la prevalencia del uso abastecimiento y (2) la exención de concurrencia competitiva para el otorgamiento de concesiones de aprovechamiento para “agua de boca”.

Con la prevalencia del uso del agua destinado a abastecimiento (véase sobre este tema AGUDO GONZÁLEZ, 2011) (art. 60.2.1.º TRLA), el legislador

¹² Igualmente, el Cdo. 16.º de la DMA: “es necesaria una mayor integración de la protección y la gestión sostenible del agua en otros ámbitos políticos comunitarios”.

¹³ La satisfacción de las demandas contempla las necesidades para 2027. Ese horizonte temporal se incrementará en seis años para las sucesivas actualizaciones de los planes (art. 19.3 RPH). En particular, para los usos de abastecimiento a poblaciones, se seguirán los siguientes criterios: “El cálculo de la demanda de abastecimiento a poblaciones se basará, teniendo en cuenta las previsiones de los planes urbanísticos, en evaluaciones demográficas, económico productivas, industriales y de servicios, e incluirá la requerida por industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal. En estas evaluaciones se tendrá en cuenta tanto la población permanente como la estacional, así como el número de viviendas principales y secundarias por tipologías. Asimismo, se considerarán las dotaciones domésticas básicas y las previsiones de las administraciones competentes sobre los efectos de cambios en los precios, en la eficiencia de los sistemas de abastecimiento y en los hábitos de consumo de la población”.

ha ponderado preeminentemente este uso por encima de cualquier otro e, incluso, sobre los generosos caudales ecológicos fijados en los vigentes planes hidrológicos (art. 59.7) (una crítica en FANLO LORAS, 2017. Véase también AGUDO GONZÁLEZ, 2008, p. 235 y ss.; CARO-PATÓN CARMONA, 2016; y GALLEGO CÓRCOLES et al, 2020). Una consecuencia de la que es inmediatamente favorecido el uso abastecimiento es la previsión del art. 166.1 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH), según la cual “toda concesión está sujeta a expropiación [...] a favor de otro aprovechamiento que le preceda según el orden de preferencia”.

Téngase en cuenta, además, que el procedimiento administrativo a seguir para la resolución de las solicitudes de concesiones de abastecimiento se desarrolla sin aplicación del principio de competencia de proyectos, cuya finalidad es, precisamente, optar “en igualdad de condiciones” por aquellas solicitudes que “proyecten la más racional utilización del agua y una mejor protección de su entorno”. Efectivamente, el art. 79.2 TRLA afirma que “el principio de competencia podrá eliminarse cuando se trate de abastecimientos de agua de poblaciones”, siendo el art. 122 RDPH el que definitivamente suprimió el trámite para el otorgamiento de concesiones de abastecimiento.

La prevalencia de la planificación y gestión hidrológica está condicionada por las demandas existentes. Ahora bien, la posición privilegiada del uso abastecimiento no puede significar demandas infinitas, sino un riguroso examen en términos de sostenibilidad. La no aplicación del principio de concurrencia no permite inaplicar criterios como los manejados en los arts. 60.4, 61.3 o 65.2 TRLA que están orientados a ese mismo fin, pues la racionalización del aprovechamiento y la reducción de consumos no son criterios que el uso abastecimiento pueda sortear.

2.1.3.3.1.2

Varias circunstancias contribuyen a este objetivo. Una primordial se encuentra en la coherencia existente entre esas exigencias y la orientación seguida por la legislación de suelo: la reorientación del urbanismo hacia un “urbanismo de ciudad” es una oportunidad para la sostenibilidad.

Centrado el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLRUR), en las conocidas como “3R”, la rehabilitación, la regeneración y la renovación urbana, es un momento idóneo para reconvertir el sector con objetivos que contribuyan a la buena gestión de todo el ciclo del agua¹⁴. Por ejemplo, pienso en

¹⁴ Los arts. 13 y 14 del RAPA, según ha sido modificado por Real Decreto 1085/2024, de 22 de octubre, incorporan una medida de fomento interesante en esta dirección: el “Sello Azul”. El distintivo reconoce a los usuarios que, además de cumplir la normativa, dispongan de herramientas y tecnologías destacadas en la gestión del agua y el control del uso, que permitan alcanzar una mayor eficacia en el uso del agua, umbrales significativos en la reducción de los consumos del agua, la minimización de las pérdidas o fugas, la reutilización de los recursos hídricos, entre otras.

la renovación de las infraestructuras en zonas objeto de reforma interior con el fin de minimizar pérdidas y fugas, optimizar la evacuación de aguas residuales¹⁵, incluso con redes separadas para las aguas de la lluvia, favoreciendo la reutilización de aguas –riego de parques y jardines, fuentes ornamentales, baldeo de calles–. Asimismo, desde el plano de la edificación, apostar por edificios con sistemas de suministro que reduzcan el consumo –presiones, filtros [...]–, que reutilicen el agua –“de la ducha al inodoro”–, que eviten el desperdicio –con sistemas que, por ejemplo, eviten tirar agua al sumidero hasta que se calienta [...]–¹⁶.

2.1.3.3.2

2.1.3.3.2 Para las nuevas demandas de agua

2.1.3.3.2.1

La previsión de demandas de abastecimiento es abordada de modo distinto cuando de nuevas demandas se trata. Éste es el único caso en que las demandas para abastecimiento requieren de un análisis de disponibilidad.

El art. 20.1.c) TRLS de 2015, entre los criterios básicos de utilización del suelo, dispone que “para hacer efectivos los principios y los derechos y deberes enunciados en el Título I, las Administraciones Públicas, y en particular las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística deberán”: c) “Atender, [...] en la ordenación de los usos del suelo, a los principios de [...] garantía de suministro de agua [...]”. En coherencia con este principio, el art. 23.2.a) TRLS se remite al TRLA a los efectos de que, durante la tramitación de los planes urbanísticos que puedan generar nuevas demandas de agua, se emita el informe de la Administración hidrológica previsto en el art. 25.4.II. Sin perjuicio de las aclaraciones que luego se harán, la finalidad de este informe es corroborar la disponibilidad de recursos que habiliten la aprobación del plan informado.

2.1.3.3.2.2

Existe una distinción en el modo en que la coordinación entre política de aguas y política urbanística se materializa, en función de que nos encontremos ante situaciones de prevalencia “estática” o “dinámica” de la política de aguas (tomo la idea de BUSTILLO BOLADO, 2024, p. 52-53).

¹⁵ El trabajo de Pérez Zabaleta y Ballesteros Olza (2020) recoge datos sobre el parque de infraestructuras del ciclo urbano del agua, poniendo de relieve su necesaria renovación.

¹⁶ El art. 21 de la art. 19 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, dispone que tanto la planificación y gestión territorial y urbanística, como las intervenciones en el medio urbano y la edificación, incorporarán medidas necesarias para propiciar la adaptación progresiva y la resiliencia frente al cambio climático con, entre otras, medidas como “la adecuación de las nuevas instrucciones de cálculo y diseño de la edificación”.

Las demandas previstas en los nuevos planes generales, incluidas las de los desarrollos urbanísticos programados, quedan garantizadas con la previsión de reservas en la planificación hidrológica, siempre y cuando aquéllas no impliquen incrementos en las demandas de recursos. A continuación, esa prevalencia se confirma con todas las previsiones legales analizadas en el epígrafe anterior. A partir de ese momento la prevalencia de la política de aguas queda asegurada por la certeza de la existencia de recursos disponibles –prevalencia “estática”– y, por esta razón, la “servicialidad” es plena.

La imperatividad de prever recursos disponibles para demandas existentes contrasta, sin embargo, con la relativización de esa obligación ante nuevas demandas. Cuando la garantía de disponibilidad no exista *a priori*, porque los recursos garantizados a la vista de las previsiones del planeamiento general no hubieran previsto esas demandas, se requerirá un nuevo control del organismo de cuenca mediante la emisión de otro informe durante la aprobación del planeamiento de desarrollo¹⁷. Estos casos son los que permiten afirmar que la prevalencia “dinámica” de la competencia en materia de aguas es más intensa, pues un informe negativo puede cercenar nuevos desarrollos urbanísticos.

Sobre todo esto me extenderé en detalle más adelante al analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero aquí me gustaría dejar constancia de un extremo de esa doctrina jurisprudencial que afecta directamente a esta vertiente “dinámica” del control de la disponibilidad de recursos. Me refiero a que la garantía de la disponibilidad de agua que deba ser constatada en el informe, requiere que el promotor del proyecto no sólo acredite la existencia de recursos disponibles, sino también que haya obtenido la correspondiente concesión de aguas antes de la aprobación del plan, garantizando así la disponibilidad jurídica de los recursos. En otras palabras, el control vía informe se intensifica y acentúa la prevalencia de la competencia de la Administración hidrológica.

2.1.3.3.2.3

Tomando en consideración todos estos elementos, se puede afirmar que la disponibilidad de recursos puede ser un obstáculo para la transformación urbanística, aunque no es *per se* un impedimento de nuevos desarrollos urbanísticos. Ahora bien, en contextos de cambio climático, sí que podría ser un condicionante severo del urbanismo transformador. Estas circunstancias obligan a buscar soluciones y alternativas para que exista esa disponibilidad de agua, no sólo para nuevos desarrollos urbanísticos residenciales, sino también para nuevas actividades turísticas que, como es bien sabido, se caracterizan por un alto consumo *per capita* de agua.

¹⁷ Obligación coherente con la que se imponía ya con la aprobación de los Planes Parciales desde el art. 53.4 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico de 1978: “*En la red de abastecimiento de agua se indicarán las fuentes de la misma, el caudal disponible y, en su caso, el área de protección de aquéllas*”.

Las alternativas para la generación de recursos disponibles dependerán de circunstancias como la geográfica –posibilidades de desalación¹⁸–, o del uso final del agua –reutilización¹⁹–. Igualmente, la optimización de consumos por los usos agrícolas será otra fuente de recursos importante²⁰. Por último, otra fuente de recursos podría ser la ejecución de obras de transferencia que permitieran la cobertura de los déficits hídricos en España²¹. Sea como fuere, la satisfacción de demandas futuras pasa tanto por las políticas de optimización de consumos, como por inversiones en infraestructuras hidráulicas donde, desde luego, la vertiente ambiental tendrá un papel clave como exigencia y cómo límite²².

2.1.4 La prioridad del abastecimiento también en circunstancias excepcionales

Los criterios legales generales son susceptibles de alteración en situaciones extraordinarias. La reflexión que quiero hacer ahora se centrará, en concreto, en los desequilibrios hídricos existentes en nuestro país y en el eventual recurso a transferencias de agua en esas circunstancias excepcionales.

La “mermada” solidaridad hídrica interterritorial que se plasmó con la derogación del trasvase del Ebro previsto en el PHN, contrasta con el número de transferencias de pequeña cuantía entre diferentes ámbitos territoriales de planificación hidrológica que existen en España²³. Traigo a colación esta cuestión, porque llama poderosamente la atención cómo el recurso a las denostadas

¹⁸ España es uno de los países con mayor capacidad instalada de desalación. Según Zarzo Martínez (2020), si la capacidad de desalación se destinase a la producción de agua potable –unos 5 millones m³/día–, habría suministro para 34 millones de personas.

¹⁹ El agua reutilizada no puede ser utilizada para el consumo humano directo (art. 12.2.a) del Real Decreto 1085/2024, de 22 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de reutilización del agua). No obstante, sí puede ser empleada para usos de limpieza, riego e industria que reducirían los consumos generales de las zonas urbanas. Sobre el régimen incorporado al TRLA para adaptarlo al Reglamento (UE) 2020/741, relativo a los requisitos mínimos para la reutilización del agua, véase Navarro Caballero (2024).

²⁰ El regadío ha tenido una gran transformación, aunque todavía se utilizan métodos poco eficientes en un alto porcentaje de superficies. Llama la atención la lentitud en dar cumplimiento al art. 55.4 TRLA. El precepto impone la obligación a los titulares de las concesiones de instalar y mantener sistemas de medición que garanticen información precisa sobre los caudales de agua utilizados y, en su caso, retornados. Hasta la Orden ARM/1312/2009, de 20 de mayo, no se abordó esta regulación. Recientemente, ha sido aprobada la Orden TED/1191/2024, de 24 de octubre, que sustituye a la anterior, y que procura la digitalización y la transmisión electrónica de la información, eliminando la necesidad de anotar en libros en papel.

²¹ Esto solamente será posible en los términos del art. 12 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional (PHN), esto es, siempre y cuando haya aguas excedentarias –algo problemático y dudoso en contextos de cambio climático–, las cuestiones ambientales queden salvaguardadas –caudales ecológicos, calidad de las masas de agua– y el coste-beneficio sea mejor que el que pudiera proporcionar la desalinización –algo que cada vez tiene menos margen debido al alto coste de las infraestructuras de los trasvases y la reducción de costes en la desalación–.

²² Sobre los retos de la política de infraestructuras hidráulicas tras la DMA, Agudo González (2008).

²³ El art. 14 PHN regula estas transferencias menores. La competencia es del Ministerio en materia de medio ambiente para transferencias de menos de 1 hm³ y del Consejo de Ministros para las de entre 1 y 5 hm³. Actualmente, hay 16 obras hidráulicas de transferencia en toda España que, aparte del regadío, también garantizan el abastecimiento. La mayoría son transferencias menores.

transferencias de recursos hídricos se convierte en una solución razonable cuando, en situaciones extraordinarias de sequía, el agua es requerida para el abastecimiento de población.

Es curioso el recurso a estas transferencias, porque la legislación de aguas prevé otras medidas “ordinarias” para las situaciones de sequía. Pienso, por ejemplo, en el caso de sequías extraordinarias, en la adopción de los “Decretos de sequía” (ex art. 58 TRLA) o, en caso de sequías prolongadas, la aplicación de un régimen de caudales ecológicos menos exigente (art. 18.4 RPH).

La Disposición Adicional 3ª del Real Decreto-Ley 4/2023, de 11 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía, previó una de estas transferencias, en plena polémica con la Junta de Andalucía²⁴. En concreto, se autoriza la transferencia “de hasta 3 hm³/año desde la demarcación hidrográfica del Tinto, Odiel y Piedras a la demarcación hidrográfica del Guadalquivir para atender el abastecimiento de Matalascañas en Almonte (Huelva)”. El abastecimiento, aunque sea para una zona turística con altos consumos, siempre prevalece, incluso, adoptando medidas que, en otras circunstancias, habrían sido muy criticadas.

2.2 “El problema administrativo”. En concreto, sobre el informe de disponibilidad de recursos hídricos como técnica de coordinación interadministrativa

2.2.1 Cuestiones de Derecho positivo que perturban la efectiva coordinación entre las competencias urbanísticas y las de aguas

2.2.1.1 Un legislador indolente que aprueba (y no corrige) normas confusas

2.2.1.1.1

La regulación del informe de la Administración hidrológica en materia de disponibilidad de recursos para nuevas demandas derivadas de desarrollos urbanísticos siempre ha adolecido de omisiones y de falta de concreción. El art. 23.4 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, según la redacción otorgada por Ley 46/1999, de 13 de diciembre, es el primer precedente del vigente art. 25.4 TRLA. La regulación vigente corresponde al propio TRLA, sin perjuicio de la modificación producida por Ley 11/2005, de 22 de junio. A esta regulación, se le han de añadir las sucesivas referencias legales que la legislación estatal de suelo ha hecho al mismo informe, desde la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, pasando por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de

²⁴ En ese momento se discutía la Proposición de Ley para la mejora de la ordenación de las zonas agrícolas del Condado de Huelva, presentada por los Grupos del PP y Vox del Parlamento de Andalucía en marzo de 2023, que supuestamente podía afectar al Parque Nacional de Doñana.

junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo, hasta llegar al vigente TRLS de 2015. Finalmente, a estas normas habría que añadir otra, la Disposición Adicional 2.^a, relativa a la “Colaboración y coordinación entre Administraciones públicas”, de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

2.2.1.1.2

Un complejo conjunto normativo como el descrito no ha concretado, o se ha demorado demasiado en regular, cuestiones tan básicas como:

- 1) la eficacia del informe. Nunca se ha afirmado expresa y tajantemente que el informe de la Administración hidrológica sea vinculante. Sólo la Disposición Adicional 2.^a de la Ley 13/2003 afirmó algo así, aunque es cierto que esa eficacia se estableció genéricamente, es decir, para todos los informes que debiera emitir la Administración del Estado en la instrucción de los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los planes territoriales y urbanísticos que pudieran afectar al ejercicio de las competencias estatales. La falta de cita expresa del informe de disponibilidades hídricas llevó a una discusión doctrinal acerca de si la alusión de la citada disposición también debía ser aplicada a dicho informe²⁵. A diferencia de esta disposición, el art. 22.3.II TRLS de 2015 se limitó a prever el carácter “determinante de la memoria ambiental” del informe. Esta expresión tiene varias derivadas. Una, a los efectos de la eficacia del informe, estaría dirigida al órgano ambiental que, en el procedimiento de evaluación ambiental estratégica, emitiera la memoria ambiental. Ese órgano solamente “podrá disentir de ellos de forma expresamente motivada”. Ahora bien, nada decía, ni dice, sobre el órgano competente para aprobar el plan;
- 2) los supuestos en que se ha de entender preceptivo –sobre todo, en lo que atañe a la relación entre planes generales y de desarrollo, pero también de actos de ejecución como los proyectos de urbanización–. El art. 25.4 se refiere genéricamente a “actos o planes de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales”, o bien a “actos y ordenanzas que aprueben las entidades locales en el ámbito de sus competencias, salvo que se trate de actos dictados en aplicación de instrumentos de planeamiento que hayan sido objeto del correspondiente informe previo de la Confederación Hidrográfica”. Nada más se aclara. Cuando aborde el desarrollo reglamentario del TRLA en este aspecto, haré alguna otra consideración a este respecto;
- 3) tampoco ha sido especialmente claro en determinar el contenido del informe. El TRLA se refiere a que el informe “se pronunciará expresamente sobre la existencia o inexistencia de recursos suficientes para satisfacer

²⁵ Una opinión favorable a esa interpretación ya en Agudo González (2007, p. 168 y ss.).

tales demandas”, y el art. 22.3.a) TRLS de 2015 al informe “sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas y sobre la protección del dominio público hidráulico”. Tampoco se ha prestado atención a qué sucede si el informe remitido es insuficiente, con la salvedad del párrafo 2.º, apartado 4.º de la Disposición Adicional 2.ª de la Ley 13/2003 según la redacción del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre²⁶. Para quienes pusieron en duda la aplicación de la disposición en una cuestión tan básica como la eficacia del informe, supongo que ahora propugnarán lo mismo;

- 4) la regulación legal también ha adolecido de omisiones en relación con los plazos para su emisión, o bien ha cambiado el sentido otorgado a la no remisión del informe en plazo –de favorable con la redacción del art. 23.4 de la Ley 46/1999, a desfavorable con el vigente art. 25.4.III TRLA–. En la cuestión del cómputo del plazo, la legislación de suelo declaró, como ya he señalado, el carácter “determinante de la memoria ambiental” del informe. Aquí cabía deducir una segunda derivada de esta previsión legal con el efecto de, según la redacción del art. 42.5.c) de la antigua Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conforme a su modificación por Ley 4/1999, de 13 de enero, otorgar la facultad de suspender el procedimiento de evaluación ambiental estratégica del plan hasta que fuera remitido el informe. Con el art. 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, esa alusión del art. 22.3.II TRLS de 2015, pierde sentido, ya que la suspensión facultativa es posible para cualquier informe preceptivo²⁷.

²⁶ La disposición dice así: “[...] si la Administración competente en materia territorial o urbanística no tuviera los elementos de juicio suficientes, bien porque no se hubiesen recibido los correspondientes informes que resulten relevantes, o bien porque, habiéndose recibido, resultasen insuficientes para decidir, requerirá personalmente al titular del órgano jerárquicamente superior de aquél que tendría que emitir el informe, para que, en el plazo de diez días hábiles, contados a partir de la recepción del requerimiento, ordene al órgano competente la entrega del correspondiente informe en el plazo de diez días hábiles, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir el responsable de la demora. El requerimiento efectuado se comunicará al promotor privado del instrumento de planificación, cuando sea el caso y éste último podrá también reclamar a la Administración competente la emisión del informe”, a los efectos del art. 29.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

²⁷ Ambas consideraciones plantean incompatibilidades con una supuesta aplicación subsidiaria de la Disposición Adicional 2.ª.4 de la Ley 13/2003 según ha sido modificada por Real Decreto-ley 36/2020. Primero, porque fija el plazo de tres meses para emitir el informe, cuando si, como el art. 22.3.II TRLS de 2015 dispone, el informe del organismo de cuenca es “determinante de la memoria ambiental”, podríamos pensar en la aplicación del plazo previsto en el art. 22.2 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, –un mínimo de veinte días hábiles– para las consultas respecto de la versión inicial del plan o programa, acompañado del estudio ambiental estratégico del informe. Segundo, porque afirma el carácter favorable del transcurso de ese plazo sin remitir el informe, cuando el TRLA establece lo contrario.

2.2.1.2 Reglamentos que se anuncian legalmente, pero que tardan décadas en ser aprobados, para luego no aclarar grandes cosas

2.2.1.2.1

El art. 25.4 TRLA remitía al reglamento la concreción de los extremos no previstos en la ley. La concreción del régimen jurídico del informe debía haber sido rematada por una norma reglamentaria que se ha demorado excesivamente, y sin motivo, en su aprobación. Hemos esperado veintidós años hasta la aprobación del Real Decreto 665/2023, de 18 de julio, por el que se modifica el RDPH, para que el Gobierno cumpliera con la remisión reglamentaria que ya previó el art. 23.4 de la Ley de Aguas de 1985, según la redacción otorgada por Ley 46/1999, y que luego reiteró el vigente art. 25.4 TRLA.

Aunque ahora suene anecdótico, en su momento otro interrogante que dejó abierto el art. 25.4 TRLA fue el de su aplicación inmediata. Visto que el precepto se remitía a su desarrollo reglamentario para concretar los “supuestos” en que el informe debía ser emitido, hubo quienes promovieron la interpretación de que la vigencia del artículo debía quedar sometida a condición suspensiva hasta que se produjera la aprobación de dicho desarrollo reglamentario.

2.2.1.2.2

El Real Decreto 665/2023 ha incluido en el RDPH un nuevo art. 14 quater, relativo al “Informe previo sobre actos y planes de las comunidades autónomas y entidades locales”. Llama la atención que el tardío desarrollo reglamentario no haya aclarado varias de las dudas que el legislador dejó abiertas:

- 1) sobre la eficacia del informe. Nada se dice en términos generales, pero sí que se hace de forma específica, incorporando una previsión desconcertante. Como digo, el reglamento no califica al informe como vinculante. Sin embargo, sí que lo hace en un caso concreto: “En las concentraciones parcelarias los informes emitidos por los organismos de cuenca tendrán carácter vinculante en cuanto a las modificaciones de derechos al uso del agua resultantes de las mismas”. La interpretación del precepto puede ser doble: *i)* Si se califica como vinculante este caso, es porque en el resto de supuestos no lo es; o *ii)* A pesar de esta específica referencia, esto no excluye una eficacia similar para otros supuestos con base en una interpretación integradora de la Disposición Adicional 2.^a de la Ley 13/2003. Otra ocasión perdida;
- 2) acerca de la preceptividad de la consulta. El apartado 6.º del precepto reglamentario solamente se refiere a un supuesto, aquel en que deba solicitarse nuevo informe debido a que la generación de “cambios sustanciales en el plan o acto inicialmente informado o una vez

sobrepasado el plazo de vigencia del mismo que podrán incluir los organismos de cuenca, en función de las características del informe emitido”. Sigue sin aclararse la preceptividad en relación con planes de desarrollo, por ejemplo;

- 3) en cuanto al contenido. El apartado 2.a) del art. 14 quater poco añade, ya que afirma que deberá pronunciarse, en particular, sobre el “régimen de caudales en el caso de que el plan comporte nuevas demandas de recursos hídricos, para el cual el informe del organismo de cuenca se pronunciará expresamente sobre la existencia o inexistencia de recursos suficientes para satisfacer tales demandas en función de las previsiones de la planificación hidrológica y del régimen de usos del agua y concesionarios existentes”. Si leemos el art. 25.4.II TRLA y el art. 22.3.a) TRLS de 2015, se podría decir que la novedad es que el reglamento añade la obligación de pronunciarse sobre el “régimen de caudales” que no es más que una consecuencia de tener que manifestar si existen los recursos necesarios para las nuevas demandas. Otra novedad se deduce del apartado 6.º, en el que se prevé la posibilidad de que los organismos de cuenca establezcan un “plazo de vigencia” del informe;
- 4) respecto de los plazos de emisión, consecuencias de su no emisión, etc. Aquí sí hay una novedad. El apartado 4.º prevé el plazo para emitir el informe después de veintidós años: “Una vez recibida la solicitud de informe en el organismo de cuenca se analizará junto con la documentación técnica aportada y se emitirá en un plazo de cuatro meses”; además, se prevé una suspensión preceptiva del plazo para el supuesto “de que se solicite información complementaria al solicitante”. En el resto, todo queda igual.

2.2.1.3 Un Tribunal Supremo que tiene que venir a afirmar lo que el legislador no parece atreverse a decir

2.2.1.3.1

Cuando un poder se muestra inoperante, otros le sustituyen y asumen facultades que de ordinario no definen sus funciones jurídicas. Cuando el legislador no regula una cuestión con diligencia, claridad y precisión, y cuando, además, el poder ejecutivo no aprueba el reglamento que debe complementar las omisiones e indeterminaciones legales, sucede que los altos Tribunales tienen que asumir un papel que, en un principio, no se corresponde con el que define su jurisdicción: tienen que crear Derecho haciendo decir a las normas que se interpretan lo que realmente no dicen o no dicen a las claras.

En relación con el informe de disponibilidad de recursos hídricos, el papel del Tribunal Supremo ha sido clave para el desenvolvimiento de la coordinación entre la Administración hidrológica y las Administraciones urbanísticas.

2.2.1.3.2

La primera cuestión fundamental en su doctrina fue ratificar la coherencia del informe con el sistema de distribución de competencias [por todas la STS 23 de octubre de 2020 (Rec.- 4871/2019)]. En colaboración con el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo ha insistido en que cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva, lo hace bajo la consideración de que la adjudicación competencial a favor del Estado presupone la concurrencia de un interés general superior al de las CCAA. No obstante, para que tenga lugar un condicionamiento legítimo de las competencias autonómicas es imprescindible que la competencia estatal se ejerza sin limitar más de lo necesario la competencia autonómica. Por lo que se refiere a la necesidad de acreditar la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas previstas en el planeamiento urbanístico, la jurisprudencia afirma que se trata de un requisito que tiene aplicación directa por ser expresión de competencias exclusivas del Estado que condicionan o se imponen al planificador urbanístico y cuya ausencia determina la nulidad del plan.

Otro aspecto clave de la jurisprudencia fue desactivar las reivindicaciones de quienes pretendían la inaplicación del informe, en la medida en que el reglamento al que se remite el TRLA no había sido aprobado todavía. Las SSTs de 24 de abril de 2012 (Rec.- 2263/2009) y de 22 de febrero de 2013 (Rec.- 4663/2009) salieron al paso de esa pretensión:

Tal objeción (la necesidad de un desarrollo reglamentario para que la Ley adquiriera operatividad en este punto) **podría ser predicable dialécticamente de otros supuestos, pero no de los que ya están descritos e individualizados de forma suficiente en la norma legal**; y desde luego tal objeción no puede sostenerse respecto del supuesto específico que examinamos, toda vez que **la referencia del precepto legal a la necesidad de emitir el informe estatal sobre suficiencia de recursos respecto de los planes de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales ‘que comporten nuevas demandas de recursos hídricos’ es tan precisa, clara y rotunda que adquiere plena virtualidad por sí misma** en cuanto impone la necesidad de solicitar y obtener tal informe, y por eso mismo hace innecesaria y superflua una concreta previsión reglamentaria de desarrollo de la Ley que especifique la necesidad de informe respecto de tales planes.

2.2.1.3.3

Entrando en las consideraciones analizadas con anterioridad sobre la legislación en la materia, hay que destacar los siguientes aspectos:

- 1) acerca de la eficacia del informe, la jurisprudencia ha mantenido una interpretación finalista favorable a la eficacia vinculante del informe, tanto con base en la Disposición Adicional 2.ª.4.º de la Ley 13/2003, como en el art. 22.3 TRLS. Así, la STS de 11 de junio de 2015 (Rec.- 2926/2013):

“[...] **el informe estatal sobre suficiencia de recursos hídricos, en cuanto se basa en valoraciones que se mueven en el ámbito de la competencia exclusiva estatal, es, sin ambages, vinculante.** Desde esta perspectiva, el artículo 15.3 de la Ley de Suelo estatal concuerda con la precitada disposición adicional 2ª, 4ª, de la Ley estatal 13/2003, pues lo que uno y otro precepto vienen a sentar, en definitiva, y en cuanto ahora interesa, es **el carácter no ya determinante sino incluso vinculante** del informe estatal, por más que no en todos sus extremos y consideraciones (es decir, de forma omnicomprendensiva), sino en lo que se refiere a la preservación de las competencias del Estado”²⁸;

- 2) respecto a la preceptividad del informe, la doctrina del Tribunal Supremo ha mantenido líneas jurisprudenciales contradictorias. Una primera, vino a cimentar la preceptividad del informe, aun cuando se pudiera presumir que el desarrollo urbanístico en cuestión no supusiera un incremento de demandas²⁹. Una doctrina más reciente se ha separado de ese criterio. En la STS de 27 de septiembre de 2018 (Rec.- 2339/2017) se afirma lo que sigue: “Una interpretación sistemática del precepto nos lleva a considerar las expresadas modulaciones legales como **excepciones a la obligación del informe preceptivo** sobre la existencia de recursos hídricos suficientes, en el sentido de que el mismo **no será exigible** (1) **ni cuando el acto o plan no contempla nuevas demandas de recursos hídricos**, (2) **ni cuando, en el ámbito local, el mismo acto u ordenanza sea un acto de aplicación de un previo instrumento de planeamiento que haya sido objeto de informe previo al respecto por parte de la Confederación Hidrográfica**”³⁰;
- 3) sobre el contenido del informe el Tribunal Supremo ha incidido desde varias perspectivas. Voy a recalcar dos. La primera es fundamental: la sustantivización material del informe, superando una percepción formalista y desustancializadora de la labor del órgano informante (sobre esta perspectiva, véase AGUDO GONZÁLEZ, 2013, p. 34 y ss.). La jurisprudencia ha insistido en que “cumplir el trámite” solicitando el informe y/o remitiendo un informe sin un contenido adecuado y suficiente es tanto como no haber satisfecho el trámite. Las SSTs de 10 de abril de 2014 (Rec.- 5467/2011) se refiere a este aspecto: “[...] la mencionada jurisprudencia **no considera solamente el informe como una cuestión meramente formal, sino también material**, por cuanto de lo que realmente se trata es que el nuevo planeamiento tenga garantizado el suministro de un bien de primera necesidad, como lo es el agua, sin la cual ningún desarrollo urbano sería posible. Y en esa línea, **hemos concluido que ha de valorarse el mismo contenido del**

²⁸ Las SSTs de 11 y 12 de junio de 2015 (Rec.- 2926/2013 y 1558/2014) considera también vinculante los informes emitidos por las Administraciones hidrológicas de las CCAA en cuentas intraautonómicas.

²⁹ Así, en las SSTs de 11 de junio de 2015 (Rec.- 2926/2013) y de 15 de julio de 2015 (Rec.- 3492/2013).

³⁰ También las SSTs de 16 de febrero de 2021 (Rec.- 8388/2019) y de 18 de julio de 2021 (Rec.- 1006/2020).

informe, pudiendo considerarse improcedente un informe favorable si, valorando su contenido, no cabe concluir su existencia en cantidad suficiente para el aumento previsto.”³¹.

La segunda circunstancia que me gustaría recalcar es la que atañe a la interpretación del concepto “disponibilidad”. La jurisprudencia ha entendido que ese término debe entenderse como “disponibilidad material y jurídica”. Esto implica el deber de contar con las concesiones y títulos administrativos correspondientes que legitimen el aprovechamiento. Por tanto, no sería posible una aprobación definitiva del plan urbanístico sin una concesión que avale la disponibilidad de los recursos cuya demanda se necesita para abastecer a la población. En este sentido, la STS 18 de marzo de 2014 (Rec.- 3310/2011): **“La disponibilidad del recurso abarca no solo la existencia del recurso, sino también su disponibilidad jurídica**. Por lo demás, el bloque normativo antes transcrito establece que el informe de la Confederación Hidrográfica ha de versar sobre el aprovechamiento y disponibilidad de los recursos hídricos, y esa disponibilidad **no puede verse circunscrita a la mera existencia física del recurso, sino también a su disponibilidad jurídica**, pues cuando se trata de verificar si existe o no agua para el desarrollo urbanístico pretendido, **de nada sirve constatar que la hay si luego resulta que no es jurídicamente viable su obtención y aprovechamiento para el fin propuesto**. En definitiva, el ámbito competencial de las Confederaciones Hidrográficas se extiende con toda legitimidad no sólo a la constatación técnica de la existencia del recurso **sino también a la ordenación jurídica de los títulos de aprovechamiento** (de su obtención, disponibilidad y compatibilidad), y **ambas cuestiones pueden y deben ser contempladas de forma inescindible, conjunta y armónica**, cuando se trata de formar criterio sobre la disponibilidad de agua para la ordenación urbanística proyectada, **de manera que no cabe atribuir carácter vinculante a una pero no a la otra.”³².**

Esta jurisprudencia ha sido criticada por ser demasiado exigente y rigorista: de nada servirá obtener una concesión, si luego la actuación urbanística no es aprobada (MENÉNDEZ REXACH, 2023, p. 36). Es cierto que, en sentido contrario, también se podría decir que de nada sirve aprobar un plan urbanístico, si *a posteriori* no es posible otorgar la concesión. A mi juicio, la controversia debe resolverse atendiendo a cuál es la solución jurídica que menos costes pueda implicar en términos

³¹ En la misma dirección, las SSTs de 16 de febrero de 2021 (Rec.- 8388/2019) o de 16 de junio de 2022 (Rec.- 1899/2021).

³² En esta misma dirección, las SSTs de 10 de marzo de 2015 (Rec.- 258/2013), 17 de junio de 2015 (Rec.- 2555/2013), 28 de diciembre de 2016 (Rec.- 85/2016) o de 17 de febrero de 2017 (Rec.- 1125/2016). Por otro lado, si la suficiencia de recursos y la disponibilidad debe estar confirmada al momento de la aprobación definitiva, esto significa que la previsión de proyectos futuros no puede ser tenida en cuenta. En este sentido, la STS 20 de julio de 2015 (Rec.- 17/2014).

económicos y de sostenibilidad para los recursos hídricos, que, en última instancia, es la finalidad que cumple el informe del art. 25.4 del TRLA.

La primera opinión no valora suficientemente que, una vez aprobado el plan, la fuerza jurídica de las decisiones aprobadas pudiera condicionar la actuación de la Administración hidrológica y “forzar” un otorgamiento de la concesión que: *i)* Quebraría las expectativas de otras demandas para usos del mismo tipo (art. 60.4 TRLA) y, sobre todo, de usos no prevalentes (*ex art.* 60.3 TRLA); y *ii)* Podría obligar a la ejecución de obras hidráulicas que garantizaran el abastecimiento, lo que, por otro lado, no ha sido tan infrecuente. Frente a esta solución, la tesis del Tribunal Supremo tiene la ventaja de garantizar el suministro, evitando recurrir sobrevenida y subrepticamente a los mecanismos mencionados. Esto no impide, lógicamente, que, una vez otorgada la concesión, el planeamiento urbanístico no sea aprobado. En ese caso, la concesión simplemente incurriría en caducidad (art. 66 TRLA)³³;

- 4) en relación con los plazos de emisión y los efectos de la omisión de la remisión del informe en plazo. La jurisprudencia ha venido a fijar las condiciones en que el organismo de cuenca debe pronunciarse para entender que el informe fue solicitado y emitido: *i)* El peticionario del informe debe especificar que el objeto del informe es el requerido a los efectos de constatar la disponibilidad de recursos, para dar lugar a los efectos del transcurso del plazo legal [STS de 7 de diciembre de 2016 (Rec.- 3887/2015)]; *ii)* El organismo de cuenca debe contar con la información necesaria y suficiente para pronunciarse sobre lo solicitado³⁴. Por esta razón, cuando se solicita el informe, pero no se atiende a los requerimientos de subsanación de la Confederación, se sostiene la imposibilidad de aprobar el plan urbanístico hasta que no recaiga dicho informe³⁵; y *iii)* El informe debe pronunciarse sobre lo que constituye el contenido nuclear que le es exigible, pues de lo contrario, “*lisa y llanamente, ha de concluirse que es como si dicho informe no existiera*” [así, la STS 10 de abril de 2014 (Rec.- 5467/2011)] y, por tanto, no puede decirse que exista agua.

³³ Se podría pensar en otras soluciones como el otorgamiento de concesiones con condiciones suspensivas vinculadas a la aprobación del planeamiento urbanístico –art. 93.5 en relación con el art. 92.7.i) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas–. Otra posibilidad, aunque esto requeriría una modificación legal, sería el otorgamiento de concesiones en precario que sí están previstas en el supuesto del art. 55.3 TRLA. Esas concesiones serían revocadas en caso de no aprobarse el plan urbanístico o revisadas, por haberse modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento –art. 65.1.a) TRLA–, en caso de que si lo fuera, confiriéndoles un plazo de vigencia conforme a la regla general.

³⁴ Esta consideración tuvo especial relevancia durante la vigencia de la redacción del precepto anterior a la ahora vigente, cuando el transcurso del plazo tenía efectos favorables. Reiterando una doctrina consolidada, las SSTs de 11 de junio de 2015 (Rec.- 2926/2013) o de 7 de diciembre de 2016 (Rec.- 3887/2015).

³⁵ En este sentido, la STS de 4 de julio de 2014 (Rec.- 915/2012). Recuértese, además, que ahora el art. 14 quater apartado 4.º prevé la suspensión del plazo para remitir el informe en el caso de que “se solicite información complementaria al solicitante”.

2.2.2 Cuestiones de naturaleza organizativa y burocrática que condicionan la efectividad de la coordinación. Algunas propuestas

2.2.2.1 La infradotación (tradicional) de los organismos de cuenca: sobre la necesidad de una reestructuración organizativa que mejore, entre otras cosas, la coordinación

2.2.2.1.1

Una realidad en la que está instalada la Administración hidrológica es la dificultad para ejercer todas sus funciones con la efectividad que se puede presumir de cualquier órgano u organismo administrativo moderno, debido a la escasez de medios humanos y técnicos. Esa precariedad se ha intensificado debido a la considerable ampliación de funciones que ha supuesto la DMA³⁶.

Ha sido habitual denunciar esa escasez de medios, al igual que tratar de escudar en esas circunstancias los defectos en el ejercicio de sus funciones³⁷, incluida la no emisión de informes del art. 25.4 TRLA o su no pronunciamiento por el desconocimiento de los datos³⁸. Esta precaria situación ha dificultado un control preventivo eficaz de algunas Administraciones urbanísticas dispuestas a aprobar los proyectos urbanísticos a toda costa (al respecto, véase AGUDO GONZÁLEZ, 2007, p. 145 y ss.).

El reforzamiento del informe del art. 25.4 TRLA por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha servido para frenar un estado de la cuestión que era insostenible. Esa doctrina jurisprudencial ha dado a los organismos de cuenca una apoyatura sólida sobre la que ejercer su función de informe. A esto contribuyó sobremanera la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre suspensión cautelar

³⁶ De La Peña Varona y Mondragón Ruiz de Lezana (2024, p. 19) afirman que, con la DMA, los organismos de cuenca han perdido *policy capacity*, con una reducción de sus capacidades a nivel analítico y operacional. Las causas serían la pérdida de autonomía de gestión y una plantilla no adaptada a las necesidades de la DMA.

³⁷ El Defensor del Pueblo ha dejado constancia de esa situación en varios de sus informes anuales y en una monografía titulada “Agua y Ordenación del Territorio” (2009, p. 235 y ss.). Diez años después el Libro Verde de la Gobernanza del Agua, MITECO (2020, p. 20 y ss.), confirma el diagnóstico, afirmando que la Administración hidrológica “adolece de importantes limitaciones tanto de disponibilidad de recursos, de estructura organizativa y de estructura fiscal y financiera, que limita su efectividad”.

³⁸ El informe del Defensor del Pueblo (2009, p. 22 y ss.) afirma, por ejemplo: “Ciertamente debe esperar los datos, pero si tardan en llegar entonces el organismo de cuenca debería pensar en ir a buscarlos, algo que no ocurre nunca” (p. 25). También recalca que la escasez de medios ha llevado a que la Administración hidrológica contrate asistencias técnicas para la recopilación, comprobación y tratamiento de datos sobre los aprovechamientos de aguas en la cuenca hidrográfica (p. 237). Ese recurso a asistencias externas es también criticado por la extinta AEVAL (2010, p. 136 o 232).

Respecto a la falta de medios técnicos y tecnológicos, en el documento “Orientaciones Estratégicas sobre Agua y Cambio Climático”, MITECO (2022), se incorporan varias líneas de acción como la necesidad de actualización de los sistemas de seguimiento del estado y la calidad de las aguas, la mejora en el seguimiento de los recursos hídricos disponibles, la incorporación en los sistemas automáticos de información hidrológica (SAIH) del control de los caudales suministrados a los principales usuarios del agua, conectándolos con los registros electrónicos de agua y también con información procedente de otros organismos y entidades.

de planes, evitando así consolidar una realidad jurídica contraria a cualquier parámetro de racionalidad y sostenibilidad (consúltese, por ejemplo, AGUDO GONZÁLEZ, 2013). La práctica era verdaderamente desalentadora: 1.º) Era más habitual de lo razonable la desconsideración del informe del organismo de cuenca, algo que se confirmaba tanto por la omisión misma de su petición, como en la pretensión de su sustitución por otros informes –en los términos de la legislación autonómica, siendo especialmente llamativo sobre todo si se trata de entidades concesionarias de la Administración promotora–, como por la desconsideración de su contenido. Lo peor de todo es que la propia Administración urbanística promovía y daba apoyo a esas iniciativas, resguardándose en el hecho de que los informes de la Administración hidrológica no eran vinculantes; 2.º) En estas condiciones, la garantía del abastecimiento –por los medios que fuera– una vez aprobado el plan era el dato clave, con independencia de la prueba real de recursos disponibles, lo que en última instancia suponía que las decisiones urbanísticas predeterminedaban las decisiones en materia hídrica.

Una jurisprudencia que nos recuerda la prescriptividad del Derecho y el respeto de las competencias ajenas, no es suficiente. Contribuye a reforzar la posición de los organismos de cuenca, sin duda, pero no soluciona su situación. O bien se dota a las Confederaciones Hidrográficas de mayor autonomía de gestión y con medios suficientes para desarrollar sus funciones con plena efectividad³⁹, o bien se reforman estos organismos para que puedan cumplir satisfactoriamente las competencias para las que están mejor preparados.

Alguna propuesta en este sentido me parece muy interesante: hay que plantearse la creación de una Agencia Estatal del Agua (MENÉNDEZ REXACH, 2013, p. 10-11). En virtud del régimen de distribución de competencias, el Estado ostenta las relativas a la planificación y gestión de las cuencas intercomunitarias. Es necesario, por tanto, que exista una organización administrativa estatal para la gestión de esas cuencas. Ahora bien, esto no quiere decir que todas las competencias en materia de aguas de cada cuenca deban residir íntegramente en un único organismo.

A mi juicio, esta propuesta va en la dirección de los lineamientos de la OCDE (2011). El marco de gobernanza multinivel del agua que propone la OCDE no sólo plantea el cuestionamiento de qué hacer y cómo hacerlo, sino también quién hace qué. La OCDE asume como un criterio de gobernanza el “asignar y distinguir claramente los ‘roles’ y responsabilidades para el diseño de políticas del agua, la implementación de políticas, la gestión operativa y la regulación, e impulsar la coordinación entre las autoridades competentes”, pero también “gestionar el agua a la(s) escala(s) apropiada(s) dentro del sistema integrado de gobernanza por cuenca” o “adaptar el nivel de capacidad de las autoridades responsables a la complejidad de los desafíos del agua que deben afrontar”.

³⁹ Los diagnósticos señalan que en los últimos años las Confederaciones Hidrográficas han ido perdiendo autonomía de gestión (AEVAL, 2010, p. 231 y 238). Para De La Peña Varona y Mondragón Ruiz de Lezana (2024, p. 30) esto se ratifica si las comparamos con las Administraciones hidrológicas autonómicas con recursos crecientes y mejor adaptados al marco normativo. En la misma dirección, Embid Irujo (2017, p. 23 y ss.).

La creación de la Agencia sugerida sería un momento idóneo para “centralizar” en ella las competencias que puedan ser programadas, planificadas y gestionadas en mejores condiciones por un organismo especializado y bien dotado a nivel nacional⁴⁰.

Al mismo tiempo, los organismos de cuenca deberían ser reforzados con los medios necesarios para realizar aquellas funciones más apegadas y vinculadas con los bienes de dominio público que gestionan y con el territorio y las políticas sectoriales que demandan el consumo de recursos⁴¹. Las Confederaciones Hidrográficas, desde hace tiempo, ya no se dedican a la obra hidráulica; esta ha dejado de ser su principal función para dedicarse a la planificación y a la gestión del dominio público hidráulico. Por esto mismo, las funciones de la comisaría de aguas deberían crecer enteros y focalizarían la actuación de estos organismos. Entre esas funciones deberían estar las concernientes al control preventivo de las necesidades y las disponibilidades hídricas generadas por instrumentos de planeamiento urbanístico y territorial. Cómo articularlas, es algo que abordo a continuación.

2.2.2.2 El mantenimiento de los informes como mecanismo fundamental de colaboración interadministrativa o apostar por nuevas fórmulas más adaptadas a las exigencias de la gobernanza cooperativa

2.2.2.2.1

El modelo de gobernanza del agua debe buscar la coordinación eficaz de la acción pública en todos los sectores en los que el agua juega un papel esencial. La OCDE también redunda en que la gobernanza multinivel del agua implica “fomentar la coherencia de políticas a través de una coordinación transversal eficaz, especialmente entre políticas de agua y medio ambiente, salud, energía, agricultura, industria, y planeamiento y ordenación del territorio”. La ausencia de coordinación eficaz genera ineficiencias, desequilibrios, desprotección e incremento de la vulnerabilidad ante el cambio climático.

La mejora de la coordinación entre las Administraciones es, probablemente, el mayor problema desde el punto de vista organizativo. Este problema se acentúa si nos atenemos a las exigencias que demanda la DMA. A grandes

⁴⁰ Podría ser, por ejemplo, una buena ocasión para unificar el lenguaje, la metodología y el contenido de la planificación hidrológica, sin perjuicio de la necesaria colaboración de los organismos de cuenca. Pienso, por ejemplo, siguiendo el esquema de etapas en la elaboración de los planes hidrológicos de cuenca previsto en los arts. 76 y ss. RPH, en un procedimiento con aprobación inicial por los organismos de cuenca, aprobación provisional por la Agencia del Agua y aprobación definitiva por el Consejo de Ministros.

⁴¹ Embid Irujo (2017, p. 23 y ss.) apuesta por el futuro de las Confederaciones Hidrográficas en un sentido diferente al aquí sugerido, pero también ve en el desafío político-territorial, en la relación entre CCAA y organismos de cuenca, una de las claves de futuro. En este sentido, el MITECO (2022) incorpora una línea de acción en materia de gobernanza, relativa a la actualización de los mecanismos para el diálogo y la respuesta coordinada entre responsables de la gestión del agua y de las políticas sectoriales.

rasgos, aparte de la consulta recíproca –de las Administraciones autonómicas en la elaboración de los planes hidrológicos y de la Administración hidrológica en la elaboración de planes urbanísticos– la coordinación eficaz ha quedado a las “buenas prácticas” –o intenciones– de las Administraciones⁴².

En este apartado quisiera plantear la necesidad de superar la articulación de la colaboración interadministrativa basada en la emisión de informes, para incorporar otros mecanismos mejor adaptados a la gobernanza multinivel.

2.2.2.2.2

Podemos distinguir dos niveles de coordinación. Un primer nivel sería el de los planes hidrológicos de demarcación. Este estadio de colaboración es sin duda fundamental. Según la regulación vigente –arts. 71 y ss. RPH–, la coordinación se articula con varios trámites de consultas –art. 71.2.º y 3.º, 79.4.º a 6.º y 80.2.º y 3.º, aparte de las propias del procedimiento de evaluación ambiental estratégica del plan–, sin perjuicio del informe Consejo del Agua de la demarcación –arts. 79.6, 80.4– y del Consejo Nacional del Agua –art. 83.1– conformados ambos con representantes de las distintas Administraciones territoriales. Además, se prevé la intervención del Comité de Autoridades Competentes (CAC) –arts. 79.3, 80.1.º y 5.º RPH– órgano colegiado que también cuenta con representantes de las tres Administraciones.

En este primer nivel de coordinación quisiera centrarme en las funciones del CAC, relevantes tanto durante la elaboración de los planes, como en su seguimiento –art. 87.1 RPH–. El motivo de centrar la atención en el CAC es que una de sus funciones es “favorecer la cooperación en el ejercicio de las competencias relacionadas con la protección de las aguas que ostenten las distintas Administraciones públicas en el seno de la respectiva demarcación hidrográfica” (art. 36 bis 2.º.a) TRLA). Los CAC deberían servir como foros de debate y de decisión entre las autoridades competentes, pues se crearon, precisamente, para fomentar la integración de políticas que, como la urbanística, demandan recursos hídricos. Sin embargo, no han cumplido las expectativas⁴³.

En el escenario actual, la Administración hidrológica debe afrontar la gestión “territorializada” del agua de un modo distinto (AEVAL, 2010, p. 131-132): 1.º) No limitándose a incorporar a las Administraciones territoriales con competencias relacionadas con el agua; 2.º) Si no, además, siendo sede permanente para la concertación de intereses de las diversas Administraciones.

⁴² Según el MITECO (2020, p. 27), la falta de una visión sistémica de los fenómenos, el predominio de aproximaciones sectoriales, la especialización profesional y funcional –ingenieros, arquitectos, economistas, abogados del estado [...]– y la defensa tradicional de la información como patrimonio propio, entre otros aspectos, “han ayudado a dificultar la ‘coordinación’ que, adicionalmente, implica la existencia de un ‘coordinador’ cuya autoridad a veces se reconoce formalmente pero no se acata realmente”.

⁴³ La AEVAL (2010, p. 235) y el MITECO (2020, p. 28) coinciden en el diagnóstico. La defensa de intereses y posiciones políticas en los CAC ha generado divergencias que han dificultado la concertación. A ello se une que el CAC es un órgano que se reúne puntualmente y con poco margen para debatir en profundidad.

En estos términos, el CAC solo será efectivo si traspasa el momento de la coordinación para alcanzar la práctica de la cooperación (AEVAL, 2010, p. 237). En última instancia, se apunta a un “gobierno cooperativo” en materias relacionadas con el agua.

2.2.2.2.3

El segundo nivel de coordinación es consecuencia y se contextualiza en el marco de los resultados del primer nivel. La idea de que en el primer nivel existan estructuras orgánicas que puedan convertirse en sede permanente de concertación, encaja bien con un segundo nivel de coordinación enfocado en una gestión integrada, apegada al territorio, en la que los enfoques sectoriales se integren en enfoques holísticos.

Cuando hablo de un segundo nivel de coordinación, me refiero a la coordinación en el marco de la gestión de los recursos, ámbito en el que se materializa la articulación casuística entre las políticas del agua y las sectoriales como la urbanística. Esa coordinación en el funcionamiento ordinario de los organismos de cuenca también podría incorporarse a las funciones de informe.

Entre las posibles medidas, una muy básica podría ser institucionalizar foros de reunión entre técnicos de las distintas competencias sectoriales. Sin embargo, un paso en serio más relevante sería formalizar esos mismos foros como sedes de negociación y concertación en determinados tipos de expedientes. A mi juicio, la determinación de las necesidades y disponibilidades de recursos podría ser uno de ellos.

En el ámbito de las labores de consulta e informe esto no es algo nuevo. Por ejemplo, la Disposición Adicional 2ª.4 de la Ley 13/2003 prevé ya la negociación previa a la emisión de los informes de competencia de la Administración del Estado. La disposición establece que la Administración estatal, en el ejercicio de sus competencias, emitirá informe en la instrucción de los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los planes territoriales y urbanísticos, añadiendo que esos informes “serán evacuados, tras en su caso, los intentos que procedan de encontrar una solución negociada [...]”.

Este trámite transaccional debería desarrollarse en el marco de las determinaciones de los planes hidrológicos –recordemos, son vinculantes–, pero no se puede negar que el margen de apreciación y de valoración que conceden a los organismos de cuenca puede no ser menor. La Administración hidrológica y la urbanística, juntamente con los promotores de los desarrollos urbanísticos, podrían intentar convenir sobre la cantidad de recursos necesitan –a la vista de las medidas de ahorro y reducción de consumos previstas, de los mecanismos de reutilización y, en caso de ser factible, incluso, de desalación–, así como sobre dónde y cómo disponer físicamente de ellos. Si esa negociación fuera fructífera, entonces la criticada exigencia de disponibilidad jurídica que exige el Tribunal Supremo –con otorgamiento de la correspondiente concesión– podría superarse, no siendo imprescindible obtener la preceptiva concesión, en la medida en que

pudiera cerrarse un compromiso que permitiera que el nuevo aprovechamiento pudiese ser imputado a reservas de recursos para usos y demandas actuales y futuras previstas en el plan hidrológico –art. 4.1.b bis).c) RPH–. En tal caso, sin necesidad de otorgamiento de concesión alguna, la Administración hidrológica podría emitir informe favorable a la vista de que en el proceso de concertación se hubiera demostrado la posibilidad cierta del otorgamiento futuro⁴⁴.

En otro ámbito importante también se ha previsto la concertación, nada menos, que para la formulación de los caudales ecológicos (art. 18.4 RPH). La STS de 21 de julio de 2022 (Rec.- 2611/2021) sintetiza la jurisprudencia en esta materia⁴⁵. Esta doctrina es trasladable a la idea que planteo. Lo más importante es que, como recuerda la sentencia, “la concertación es un método, no un resultado necesario y normativamente impuesto”, de modo que sea “un proceso que deba desarrollarse sine die, hasta que se llegue a un consenso o acuerdo final”. Ese resultado podrá ser deseable, pero no puede mermar la capacidad decisoria de la Administración. En nuestro caso esto es evidente, pues el organismo de cuenca podrá siempre emitir un informe desfavorable si las condiciones expuestas no son realistas, racionales, convincentes, etc.⁴⁶

BIBLIOGRAFÍA

AEVAL. Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas. Evaluación de la Gestión y Funcionamiento de las Confederaciones Hidrográficas. 2010. Disponible en: <<https://funcionpublica.digital.gob.es/dam/es/portalsefp/evaluacion-politicas-publicas/Documentos/Evaluaciones/2009/E17.pdf>>.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. Disponibilidad de agua y nuevos desarrollos urbanísticos. En: **Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo**, Madrid, Ed. Lex Nova, n. 45, p. 23-72, 2009.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. **Ejecución y gestión de obras hidráulicas: nuevos retos, nuevos conflictos**. Granada: Comares, 2008.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. El derecho de aguas en perspectiva europea: la trascendencia de la Directiva marco de aguas. En: AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (Coord.). **El derecho de aguas en clave europea**, Madrid: La Ley, 2010.

⁴⁴ Ya por existir reservas suficientes, ya con base en la transmisión de aprovechamientos –art. 63 TRLA–, en la racionalización de consumos –arts. 59.2, 60.4 o 61.3–, en la revisión de concesiones –art. 65.2–, en la expropiación de concesiones –art. 60.3– e, incluso, en la cesión de derechos al uso privativo de aguas –art. 67 TRLA–, etc. Lógicamente, de no cumplirse el compromiso, generaría responsabilidades patrimoniales.

⁴⁵ Por ejemplo, las SSTs de 2 y 11 de julio de 2014 (Rec.- 328 y 329/2013) o de 20 y 21 de enero de 2015 (Rec.- 360 y 278/2013).

⁴⁶ Esto lo expresa bien la jurisprudencia citada, al señalar que la concertación “significa únicamente que debe haber uno o varios encuentros previos [...] intentando sinceramente llegar a una solución que satisfaga –en la mayor medida posible– a todos ellos. Pero si esa solución consensuada no se alcanzara, bien por incompatibilidad entre las posiciones de la Administración y de los sectores afectados o por incompatibilidad –que no debe ser a priori excluida– entre los objetivos de los distintos tipos de particulares concernidos, es la Administración a cuyo cargo está la función planificadora quien debe fijar los caudales ecológicos”.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. La regulación de los usos del agua en el derecho español. En: **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, Ed. Civitas, n. 151, p. 579-625, 2011.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. Procedimiento administrativo y suspensión cautelar de planes urbanísticos: reflexiones a la vista de los conflictos sobre existencia y disponibilidad de recursos hídricos. En: **Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente**, Madrid, Ed. RDU, año 47, n. 280, p. 45-102, 2013.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. **Urbanismo y gestión del agua**. Madrid: Iustel, 2007.

BUSTILLO BOLADO, Roberto O. Política de aguas y planeamiento urbanístico. En: **Revista Catalana de Dret Públic**, Barcelona, Ed. Generalidad de Cataluña / Generalitat de Catalunya / Escola d'Administració Pública de Catalunya, n. 68, p. 41-58, 2024.

CARO-PATÓN-CARMONA, Isabel. Caudales ecológicos y planificación. En: NAVARRO CABALERO, Teresa María. (Coord.). **Desafíos del derecho de aguas**: variables jurídicas, ambientales y de derecho comparado. Cizur Menor: Aranzadi, 2016.

CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio. Disponibilidad de agua para nuevos desarrollos urbanos. En: **Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente**, Madrid, Ed. RDU, año 46, n. 276, p. 37-68, 2012.

CLIENTEARTH España: informe sobre planes hidrológicos españoles del tercer ciclo: cambio climático y aspectos clave en la aplicación de la directiva marco del agua: la consideración del cambio climático en los planes hidrológicos del tercer ciclo. Madrid: ClientEarth, 2024.

CRESPO PÉREZ, Manuel Antonio. El informe de las confederaciones hidrográficas sobre suficiencia y disponibilidad de agua y los planes urbanísticos. En: **Revista de Derecho, Agua y Sostenibilidad**, Vigo, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de Vigo, n. 0, p. 8-32, 2016.

DEFENSOR DEL PUEBLO. Agua y Ordenación del Territorio. 2009. Disponible en: <<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2010-03-Agua-y-ordenaci%C3%B3n-del-territorio.pdf>>.

DE LA PEÑA VARONA, Alberto; MONDRAGÓN RUIZ DE LEZANA, Joiane. La gobernanza de las cuencas hidrográficas a partir de la directiva marco del agua: incremento de funciones y pérdida de policy capacity de las confederaciones. En: **Gestión y Análisis de Políticas Públicas**, Madrid, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, n. 34, p. 15-31, marzo 2024.

EMBID IRUJO, Antonio. Los organismos de cuenca tienen futuro. En: EMBID IRUJO, Antonio (Dir.). **El futuro de los organismos de cuenca**. Cizur Menor: Aranzadi, 2017.

ESPAÑA. Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente. Secretaría de Estado de Medio Ambiente. CEDEX - Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas. Evaluación del impacto del cambio climático en los recursos hídricos y sequías en España, Madrid: Centro de Estudios Hidrográficos, 2017.

ESPAÑA. Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (MITECO). Libro Verde de la Gobernanza del Agua en España. Madrid: Miteco, 2020. Disponible en: <https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/agua/temas/sistema-espaniol-gestion-agua/libro-verde-gobernanza/libro-verde-gobernanza-agua_tcm30-517206.pdf>.

ESPAÑA. Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (MITECO). Orientaciones Estratégicas sobre Agua y Cambio Climático. 2022. Disponible en: <https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/agua/temas/sistema-espaniol-gestion-agua/estrategia/eate_tcm30-543050.pdf>.

FANLO LORAS, Antonio. La protección de las aguas y sus ecosistemas en la DMA: una valoración crítica desde España. En: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, n. 43, p. 53-85, 2017.

FANLO LORAS, Antonio. La singularidad hidrológica de España: un sistema de aguas artificializado. En: CREPALDI, Gabriela (Coord.). **Perfiles de la ordenación jurídica del agua en Italia, España y América Latina**. Valencia-Turin: Tirant lo Blanch/Giappichelli, 2022.

FERNÁNDEZ POULUSSEN, Alex. Riesgos hídricos e implicaciones económicas para España en un contexto global. En: **Presupuesto y Gasto Público**, Madrid, Ed. Secretaría de Estado de Presupuestos y Gasto, n. 101, p. 43-62, 2020.

GALLEGO CÓRCOLES, Isabel; GARRIDO CUENCA, Nuria; GONZÁLEZ VICENTE, Eva; DELGADO PIQUERAS, Francisco. Caudales ecológicos y otros conflictos ambientales en la reciente jurisprudencia derivada de la planificación hidrológica en España. En: **Revista Vasca de Administración Pública (RVAP), Administrazio Publikoaren Euskal Aldizkaria**, Vitoria-Gasteiz, ed. Gobierno Vasco / Eusko Jaurlaritza: Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP) / Administrazio Publikoaren Euskal Institutua, n. 117, p. 341-386, mayo-agosto 2020.

LONGO MARTÍNEZ, Francisco La administración pública en la era del cambio exponencial: hacia una gobernanza exploratoria. En: **Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas (Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria)**, Vitoria-Gasteiz, ed. Gobierno Vasco / Eusko Jaurlaritza: Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP) / Administrazio Publikoaren Euskal Institutua, numero extra 3, p. 52-73, 2019.

MELLADO RUIZ, Lorenzo. Invalidez de planes urbanísticos y suficiencia de recursos hídricos: nuevas perspectivas. En: **Revista de Derecho Urbanístico**

y **Medio Ambiente**, Madrid, Ed. RDU, año 53, n. 330-331, p. 209-248, 2019.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel. El derecho al agua en España. En **Revista Europea de Derechos Fundamentales**, Granada, Ed. Universidad Rey Juan Carlos: Instituto de Derecho Público / Comares, n. 25, 2p. 195-222, 2015.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel. Panorámica del derecho de aguas en España. En: MENÉNDEZ REXACH, Ángel; VERGARA BLANCO, Alejandro. **Derecho de aguas**: los modelos de España y Chile. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel. Reflexiones sobre el primer proceso de planificación hidrológica de la DMA en España. 2013. Disponible en: <https://fundacionbotin.org/89dguuytdfr276ed_uploads/Observatorio%20Tendencias/Sem%20NACIONALES/12%20sem%20nacional/12%20sem%20nac-9rexach.pdf>.

NAVARRO CABALLERO, Teresa María. La reutilización del agua y la economía circular. En: **Revista Catalana de Dret Públic**, Barcelona, Ed. Generalidad de Cataluña / Generalitat de Catalunya / Escola d'Administració Pública de Catalunya, n. 68, p. 59-73, 2024.

OCDE - Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Water governance in OECD countries: a multi-level approach. 25 October 2011. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264119284-en>>.

PÉREZ ZABALETA, Amelia; BALLESTEROS OLZA, Mario. La inversión necesaria en renovar las infraestructuras del ciclo urbano del agua. En: **Presupuesto y Gasto Público**, Madrid, Ed. Secretaría de Estado de Presupuestos y Gasto, n. 101, p. 153-168, 2020.

TARDÍO PATO, José Antonio. Suficiencia y disponibilidad de agua para los desarrollos urbanísticos y la ineludible coordinación entre la planificación hidrológica y la planificación del territorio. En: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, n. 22, p. 21-53, 2012.

ZARZO MARTÍNEZ, Domingo. La desalación del agua en España. En: **Presupuesto y Gasto Público**, Madrid, Ed. Secretaría de Estado de Presupuestos y Gasto, n. 101, p. 169-188, 2020.

Submissão em: 11 de março de 2025

Último Parecer favorável em: 21 de junho de 2025

Como citar este artigo científico

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. Desarrollo urbanístico y gestión del agua en España. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 6, n. 2, p. 14-46, maio-ago. 2025.

I PRINCIPI SOVRANAZIONALI TRA POTERI PUBBLICI E POTERI PRIVATI^{1e2}

MARIO TRIMARCHI³

1

Una delle più interessanti prospettive in cui può cogliersi la dicotomia pubblico-privato attiene al problema della individuazione dei centri che detengono ed esercitano il potere di porre regole giuridiche.

La modernità, pur con le limitate eccezioni rappresentate dal diritto consuetudinario e dal diritto internazionale, è basata stabilmente sull'attribuzione allo Stato e per esso ad organi di diritto pubblico democraticamente eletti, del potere di porre ed emanare regole giuridiche nel rispetto di determinate competenze e procedure. Anche le norme del diritto privato – e lo stesso codice civile –, che recepiscono interessi e stili di vita dei consociati ma talora anche li limitano o li conformano, sono formalmente poste nel rispetto della sovranità statale e garantite, al di là del loro rispetto spontaneo da parte dei cittadini, da apparati pubblici.

Si è detto che questa dicotomia pubblico-privato è la forma della politica moderna (SPANÒ, 2023, p. 20), ma ora forse meglio si dovrebbe dire “è stata” la forma della politica moderna. Il rapporto pubblico-privato, infatti, si è affermato e sviluppato negli ultimi secoli essenzialmente con riguardo ad un dato territorio, delimitato da precisi confini e dalla vigenza della sovranità statale. Nel momento della storia in cui vari importanti interessi e bisogni dei cittadini non sono più

¹ A Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica agradece à “JusCivile” (v. 1, p. 1-6, 2025), parceira italiana, pela cessão do presente artigo para publicação no Brasil. / La Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica desidera ringraziare la “JusCivile” (v. 1, p. 1-6, 2025), un partner italiano, per aver fornito questo articolo per la pubblicazione in Brasile.

² Relazione tenuta in occasione del Convegno annuale dell'Associazione Civilisti italiani su “Costituzione e diritto privato. Dialoghi” (Università di Firenze, 13-14 dicembre 2024).

³ Dottore in Giurisprudenza. Professore ordinario di Diritto civile – Università degli Studi di Messina. E-mail: mario.trimarchi@unime.it

emersi in via prevalente spazialmente definiti, ma presentano un'origine e una dimensione sovranazionale o addirittura mondiale, lo Stato, come imprigionato nelle sue statiche strutture e geloso delle sue prerogative, non ha saputo, o non ha potuto, nemmeno in sinergia con altri Stati, dare una risposta a quelle esigenze apprestando tutele e garanzie. In altri termini, è rimato indietro rispetto agli enormi e rapidi progressi realizzati dalla scienza e dalla tecnica nell'ultimo mezzo secolo, specie nei settori del bene vita, della salute, dell'informatica, ma anche della finanza. Né tantomeno è stato in grado di prospettare soluzioni adeguate ai grandi problemi dell'ambiente e delle energie, anch'essi localmente non controllabili.

In particolare nei campi delle tecnologie digitali e delle biotecnologie gli equilibri preesistenti sono stati travolti e poche grandi imprese private, fornendo servizi innovativi e mirabolanti ai cittadini, in mancanza di regolamentazioni pubbliche, sono state capaci di stabilirne le regole, ovviamente nel loro interesse conseguendo enormi profitti. Nel settore, poi, della finanza ed in genere dei mercati internazionali si sono sviluppate, sempre avviate e costruite da privati, prassi e consuetudini specie in materia contrattuale (il riferimento è alla *lex mercatoria* e ai Principi *Unidroit*) (su questi temi cfr. MATTEI; QUARTA, 2018, passim, specie 113, 121, 158 s.).

In questo contesto, alquanto variegato, tipica espressione della complessità, si attenuano e comunque vanno riconsiderate le modalità di esercizio della sovranità tradizionalmente proprie dello Stato. Lo Stato, e per esso il diritto pubblico, conserva strutture e strumenti per controllare il rispetto delle regole e per farle effettivamente osservare anche attraverso l'irrogazione di pene e sanzioni. Ma ormai si è realizzata, in capo ad altre forze, una parziale dislocazione del potere di porre regole, una sorta di delocalizzazione, peraltro non sempre democratica, della sovranità. Entra quindi in crisi la dicotomia pubblico-privato come forma della modernità. Un tempo tutte le norme, da quelle di diritto amministrativo a quelle di diritto privato, a quelle di diritto penale, erano emanate e garantite essenzialmente dallo Stato. Oggi, spesso, non è più così. I privati non sono solo i destinatari e i fruitori delle regole; alcuni di essi in qualche misura ne sono anche artefici. Al riguardo occorre quindi distinguere tra materie dove rimane pressoché esclusiva la legislazione di provenienza statale (si pensi a vari istituti del codice civile)⁴; e numerose altre, tendenzialmente quelle più attuali e impicanti nuovi bisogni dei cittadini o espressione dei progressi della scienza e della tecnica, dove regole statali convivono o sono soverchiate da norme formate anche da privati, specie in ambito internazionale.

Il quadro dei poteri si presenta, peraltro, molto articolato⁵. In questa sede non è possibile individuarli tutti analiticamente.

Provando, comunque, ad ordinare la materia può rilevarsi come la capacità di fissare regole, principi e standard oggi ricorre sia in capo a soggetti pubblici

⁴Considerando materie non di stretta competenza del privatista è agevole segnalare come negli ultimi anni – il riferimento è in primo luogo al fenomeno della pandemia – si sia assistito all'affermazione di un importante ruolo svolto dallo Stato.

⁵ Per una completa analisi dei molteplici poteri riscontrabili nella società contemporanea v. Ferrarese (2022, specie 153 ss.).

(lo Stato ma anche l'Unione Europea) sia in capo a soggetti privati (in genere imprese o enti, ad esempio le grandi imprese del web, le multinazionali, i gestori di fondi, le agenzie di rating), ma anche in capo a soggetti misti, partecipati da Stati e da privati (si pensi, per tutti, all'ICANN, ente all'origine privato ma di cui ora fanno parte anche gli Stati che controlla e gestisce internet in tutto il mondo, oppure alle varie forme di *governance* come processi decisionali partenariati pubblico-privato intrisi di fattualità ed efficienza).

Questi e altri soggetti, dettano, peraltro, regolamentazioni adottando le più svariate modalità: si va, così, dal rispetto di procedure e forme sacrali, quelle tipicamente proprie dello Stato, a forme di *soft power*, senza cioè ricorrere a sanzioni o coercizioni ma piuttosto avvalendosi dell'attrattiva di servizi offerti, della forza di valori proclamati o del richiamo alla cultura o alle tradizioni. Oppure, specie da parte dei poteri tecnologici, utilizzando l'intelligenza artificiale si elaborano algoritmi che pongono in dati ambiti regole rigide e impenetrabili, con modalità silenziose e quali invisibili. O ancora ci si affida, in certe materie, specie in quella contrattuale, alla formazione di prassi, di codici di autodisciplina, di usi commerciali e di moduli condivisi dalle imprese o a orientamenti giurisprudenziali risultanti dalle pronunce di Corti sovranazionali. Ed infine va ricordato il potere di incidere di varie altre entità, quali ad esempio le Autorità indipendenti e gli organismi arbitrali.

Un quadro così composito di poteri non può essere certo adeguatamente delineato e compreso limitandosi alla constatazione della dimensione multilivello, statale europea ed internazionale, che presenta. Ad ogni livello ricorrono, infatti, norme poste da poteri aventi diversa forza e diversa efficacia spaziale con inevitabili contraddizioni, irrazionalità, indeterminatezze e conseguente incertezza della regola da applicare (sul tema cfr. CAMARDI, 2017, specie 215 ss.).

Invero il tempo che viviamo appare caratterizzato da un diritto non più unidirezionale, monistico e a struttura verticale, ma piuttosto pluridimensionale, pluralistico e a struttura reticolare. Ed ancora, da un diritto integrante non un sistema chiuso, certo, stabilito e stabile, ma piuttosto un fenomeno per più aspetti discontinuo, instabile, incerto ed aperto. All'immagine tradizionale della piramide, subentra, in altri termini, quella della rete, nel senso che si constata la presenza di poteri e di norme che formano un tessuto giuridico pieno di intrecci e interazioni dove è obsoleta l'idea di un centro e diffusa, invece, quella della molteplicità degli assetti normativi⁶.

2

Se questa è la situazione che si è andata formando e imponendo a cavallo del secolo, va rilevato che nell'ultimo decennio si va sviluppando una certa consapevolezza, anche presso alcune Autorità, della gravità del contesto

⁶ Mi sia consentito il riferimento a Trimarchi (2017, p. 27 ss.).

contemporaneo. La pervasività della tecnica e dei capitali che la sorreggono e la sfruttano, gestiti oltretutto a livello mondiale in regimi prevalentemente oligopolistici, sta producendo, accanto ad importanti vantaggi e al soddisfacimento di bisogni della popolazione, notevoli guasti e pericoli all'ambiente e alla vita dei consociati. Ci si sta in altri termini rendendo conto che, se da un lato è opportuno promuovere lo sviluppo tecnologico, dall'altro appare necessario un intervento genericamente di tipo pubblicistico che regolamenti almeno in qualche misura le materie oggetto a livello mondiale dell'esplosione tecnologica, introducendo limiti e controlli alle relative attività per evitare gli eccessi e garantire la tutela degli interessi della comunità e dei singoli.

Si tratta, invero, di un processo che ben può dirsi solo agli inizi, talora contrastato ed oltretutto dagli esiti incerti e dalla portata non sempre adeguatamente definita. Spesso, infatti, si propongono regole non assistite da un apparato idoneo a farle rispettare o aventi una valenza, quella europea, limitata spazialmente rispetto alla dimensione mondiale dei problemi affrontati. E però va al tempo stesso evidenziata la loro grande rilevanza costituendo il primo importante tentativo di mettere ordine e proporre giuste soluzioni all'indeterminatezza del presente, segnato da forti disuguaglianze e lesioni di diritti fondamentali delle persone.

Il processo che si sta sviluppando, quello che auspicabilmente potremmo appellare come di "ritorno al diritto" comporta il parziale superamento dello strumentario tradizionale del giurista. Occorre infatti perseguire l'armonizzazione delle norme disposte a rete con un approccio soprattutto attento alla comparazione e al riconoscimento della piena operatività dei principi, quali regole adeguate alla complessità, espressione di una razionalità né puramente giuspositivista né puramente giusnaturalista (cfr. VETTORI, 2023, p. 3.).

Il giurista, in altri termini, deve essere attento ai reali problemi della società ed evitare di assumere concetti a priori assolutamente astratti; piuttosto occorre procedere con logiche che ricerchino le concatenazioni nella consapevolezza della fluidità del fenomeno giuridico segnato da aporie e contraddizioni da leggere nel rispetto della diversità e della pluralità.

Ora, è proprio in questa prospettiva che va colto il senso della normativa più recente. In un contesto socio-relazionale ed economico emancipato da precisi confini territoriali, un diritto che abbia l'ambizione di realizzare forme di integrazione del variegato materiale normativo non può, appunto, che consistere in primo luogo in principi condivisi. E cioè in indicazioni valoriali che, proprio perché tendono a ripetersi nei vari livelli ordinamentali, sono in grado di costituire punti di convergenza, se non addirittura di fusione, di sistemi con tradizioni diverse e quindi di indirizzare l'azione umana regolata da qualsiasi potere pubblico o privato.

L'indicazione al riguardo è in linea di massima costante ed uniforme. Principi sovranazionali fondamentali ed espressi da tempo sono contenuti, oltre che nelle Costituzioni, nella Carta europea dei diritti della persona, nelle Dichiarazioni e nelle Risoluzioni delle Nazioni Unite e nella legislazione europea

(compresa quella sul PNRR varato con il regolamento n.2021/2041 e con relativa Decisione del Consiglio, più volte modificata, anche ad aprile 2024).

In tutti questi casi il legislatore non detta regole di condotta specifiche ma procede appunto fissando in generale e per ciascuna macromateria dei principi, quali norme pienamente vigenti collocate alla sommità dell'ordinamento, espressione giuridica delle aspirazioni della società ad uno stile di vita conforme ai valori più alti dell'umanità. E parallelamente procede, per ciascuna materia, indicando obiettivi da conseguire, fissando cioè dei traguardi che devono essere realizzati. Cosicché i destinatari di queste normative (soggetti pubblici e privati) rimangono liberi di prescegliere le misure idonee e, quindi, di emanare le leggi o i provvedimenti amministrativi ritenuti adeguati, ma sempre in funzione ed anzi con l'obbligo di soddisfare le esigenze sociali ispiratrici dei principi e dei relativi connessi obiettivi.

La previsione nelle Carte e nelle Risoluzioni internazionali ma anche nei Regolamenti europei di principi e di obiettivi rappresenta lo strumento, al tempo stesso ineludibile e ottimale per razionalizzare la complessità giuridica, ridurre l'incertezza dovuta al policentrismo normativo e fornire risposte quanto più possibili adeguate ai reali problemi di interesse dei consociati⁷.

L'indicazione di valori e di diritti fondamentali e di correlati obiettivi da realizzare appare, in altri termini, il percorso privilegiato per tentare il difficile ma essenziale processo di integrazione delle diverse e molteplici regole che segnano la contemporaneità.

3

Ma occorre precisare quali sono questi principi. Si potrebbe al riguardo prospettare il quadro molto ampio emerso negli ultimi decenni in ambito sovranazionale nella logica di introdurre forme di controllo e/o di limitazione di poteri e attività in grado di dettare regole e orientare condotte a livello mondiale.

In questa sede non è possibile considerarli analiticamente. Si distingue, com'è noto, tra principi comuni e inespressi (tipicamente *pacta sunt servanda*) e principi fondamentali ed espressi, quali risultanti dalle grandi Dichiarazioni di diritti, dalla Carta europea, dalle Costituzioni e da altre fonti. E ricorrono principi con portata generalissima, ad esempio quello di uguaglianza, e principi relativi a determinate macromaterie, ad esempio quello di responsabilizzazione dei soggetti che trattano dati personali.

Per quanto di interesse del privatista vanno ricordati i principi di tutela della dignità umana e delle varie forme di estrinsecazione della libertà e poi quelli di tutela della trasparenza, dell'equità, della partecipazione, per segnalarne solo alcuni. Al riguardo, però, sembra di particolare importanza rifarsi ad alcune previsioni contenute nelle disposizioni finali della Carta di Nizza, che

⁷ Sul ruolo essenziale che i principi sono oggi chiamati a svolgere e sulla necessità di un'interpretazione che faccia dialogare tra di loro normatività e fattualità v. Lipari (2021, *passim*, specie 92 s.).

rappresentano una sicura indicazione metodologica per cogliere l'ordine mobile interno all'odierno sistema complesso. E, così, va soprattutto evidenziato il principio dell'assoluto rispetto del contenuto minimo essenziale di ogni diritto fondamentale o, se si vuole, come si è espressa la nostra Corte Costituzionale in materia di interruzione di gravidanza e di fine vita, della garanzia di un livello minimo di tutela legislativa; ed ancora, in una logica simile, quello di divieto dell'abuso del diritto nonché quello di proporzionalità.

4

Vorrei comunque soffermarmi sul principio più innovativo, significativo e caratterizzante del tempo recente e cioè sul principio di sostenibilità, ormai espressamente sancito da una vasta legislazione. Al riguardo vanno quantomeno segnalate a livello internazionale la Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 2015 e la connessa Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile che fissa 17 obiettivi utili al suo perseguimento, fondati su tre pilastri, la sostenibilità economica che consiste nell'uso delle risorse da parte delle imprese funzionale allo stabile mantenimento dei propri parametri, la sostenibilità ambientale che si concretizza in un consumo delle risorse naturali proporzionato alla loro capacità di rigenerarsi e la sostenibilità etico-sociale che si sostanzia nella riduzione delle differenze sociali, nella garanzia di giuste retribuzioni e nella conseguente maggiore coesione sociale.

E, poi, a livello europeo vanno ricordati, oltre l'art. 37 della Carta di Nizza, dove si prescrive che la tutela dell'ambiente deve essere garantita "conformemente al principio di sviluppo sostenibile", numerosi Regolamenti e così tra gli ultimi il *Digital Market Act* (n.1925 del 14 settembre 2022) e il Regolamento sul ripristino della natura (n.1991 del 24 giugno 2024) che contengono espressi riferimenti allo sviluppo sostenibile, o ancora il *Data Act* (n.2854 del 13 dicembre 2023) e il Regolamento sull'Intelligenza artificiale (n.1689 del 13 giugno 2024) che implicitamente o nei considerando richiamano o presuppongono il principio di sostenibilità. Ed infine, a livello nazionale, rilevano gli artt. 9 e 41 della Costituzione, come riformati nel febbraio 2022 dove si prevede, tra l'altro, la tutela degli interessi delle future generazioni.

Ora, dall'insieme della legislazione vigente appena ricordata può trarsi che il valore della sostenibilità è stato a tutti gli effetti trasfuso in un principio fondamentale dell'ordinamento, destinato a orientare la condotta sia dei soggetti pubblici, in primo luogo degli organi dello Stato, sia dei soggetti privati ed in specie delle imprese che devono impegnarsi a contribuire alla realizzazione di un progresso sociale più equo (come pure dispone di recente la Direttiva europea n. 1760 del 13 giugno 2024 relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità) (cfr. ALPA, 2021, 721 ss.). Si tratta quindi – va evidenziato – di un vero e proprio principio e non di una clausola generale (sulla questione v. LUBIAN, 2024, p. 737 ss.); questa ultima, infatti, ad esempio la buona fede o

la correttezza, trova la sua base nella prassi e ha funzione integratrice del fatto nella sua specificità e concretezza; il principio, invece, come appunto quello di sostenibilità, ha la sua ragion d'essere nella dimensione planetaria della realtà contemporanea e si impone alla cultura giuridica universale come guida alla società e ai singoli.

Più in particolare la sostenibilità è un principio che presenta una ontologica circolarità nel senso che esprime l'equilibrio tra tre aspetti del reale, quello economico, quello ambientale e quello sociale. Quando si parla di sostenibilità economica o ambientale o sociale, sembra infatti assumersi come punto di osservazione uno dei tre aspetti, ma in realtà, stante la loro inscindibile connessione, si fa sempre riferimento all'intero circolo.

Il principio dello sviluppo sostenibile presuppone, peraltro, una forte considerazione del futuro; esige, cioè, dai consociati, dalle istituzioni, dalle imprese, condotte destinate a produrre significativi effetti negli anni, nella logica di realizzare per le successive generazioni condizioni adeguate di vita, che non devono essere compromesse da abusi ed eccessi del tempo presente. Da ultimo anche il Regolamento n.1689 sull'Intelligenza artificiale dispone che debba essere sostenibile. Si prevede infatti che il suo sviluppo si realizzi attraverso tecnologie e strutture che riducano il consumo energetico e, più in generale, l'impatto ambientale sociale ed economico. Ed ancora che le imprese del settore si pongano nella logica di promuovere forme di responsabilità sociale.

Ovviamente, come tutti i principi sovranazionali fondamentali, pur integrando pienamente diritto positivo, quello di sostenibilità non gode della certezza di una sua piena realizzazione, ma comunque la sua realizzabilità costituisce una prima importante tappa ed un passaggio obbligato verso l'effettività.

Si tratta quindi in prospettiva di articolarlo e di diffonderlo in ogni contesto. Ed al tempo stesso di utilizzarlo nella misura maggiore possibile, in sede di interpretazione e applicazione delle regole esistenti, quale elemento essenziale per pervenire ad una giusta integrazione delle fonti vigenti.

RIFERIMENTI

ALPA, Piero Guido. Responsabilità degli amministratori di società e principio di "sostenibilità". In: **Contratto e Impresa**, Padova, Ed. Cedam, anno 2021, v. 27, fascicolo 2, p. 721-732, 2021.

CAMARDI, Carmelita. **Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo**. Torino Giappichelli, 2017.

FERRARESE, Maria Rosaria. **Poteri nuovi**: privati, penetranti, opachi. Bologna: Il Mulino, 2022.

LIPARI, Nicolò. **Elogio della giustizia**. Bologna Il Mulino, 2021.

LUBIAN, Federico. La sostenibilità come clausola generale: una prospettiva comparata. In: **La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Padova, Ed. Università degli Studi di Padova / Cedam, n.3, p. 737-746, 2024.

MATTEI, Ugo; QUARTA, Alessandra. **Punto di svolta**: ecologia, tecnologia e diritto privato: dal capitale ai beni comuni. Bologna: Aboca, 2018.

SPANÒ, Michele. Diritto pubblico e diritto privato: una discussione a partire da due libri. In: PISTELLI, Federico (a cura di). **Diritto pubblico e diritto privato**: la grande “dicotomia” ieri e oggi. Firenze: Persona e Mercato, 2023. p. 19-25.

TRIMARCHI, Mario. Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione. In: TRIMARCHI, Mario; FEDERICO, Angelo; ASTONE, Maria; CIRAOLO, Clorinda; LA SPINA, Angela; RENDE, Francesco; FAZIO, Eugenio; CARABETTA, Stefano (6 a cura di). **Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione**: convegno in onore del Prof. Vincenzo Scalisi: Messina 27-28 maggio 2016. Milano: Giuffrè, 2017.

VETTORI, Giuseppe. Introduzione. In: PISTELLI, Federico (a cura di). **Diritto pubblico e diritto privato**: la grande “dicotomia” ieri e oggi. Firenze: Persona e Mercato, 2023. p. 1-6.

Submissão em: 5 de maio de 2025

Último Parecer favorável em: 22 de julho de 2025

Como citar este artigo científico

TRIMARCHI, Mario. I principi sovranazionali tra poteri pubblici e poteri privati. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 6, n. 2, p. 47-54, maio-ago. 2025.

LA TRANSFORMACIÓN DEL COMPROMISO CLIMÁTICO DE MÉXICO: DE LAS (NDC) AL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL¹

OMAR HUERTAS DÍAZ²

ZAIRE VÁZQUEZ ORDUÑA³

ÁNGELA PAOLA CONTRERAS ÁLVAREZ⁴

RESUMEN

El artículo analiza la evolución y los desafíos de los compromisos internacionales de México en materia de cambio climático, con un enfoque en el Acuerdo de París y las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC). Se examina cómo estas metas han moldeado las políticas, los sectores económicos y el marco legal ambiental del país, al mismo tiempo que se evalúan sus implicaciones en términos de justicia ambiental y social. Se aborda la transición de las NDC originales de México (2015) a sus actualizaciones más recientes, destacando los logros, las brechas en su cumplimiento y la aneación

¹ Este artículo es resultado de la cooperación entre el Grupo de Investigación “Ciudadanía, Educación y Derecho UNIR” de la Fundación Universitaria Internacional de la Rioja UNIR, código COL0234101, Reconocido y clasificado en C MINCIENCIAS 2024, el Doctorado en Derecho y Globalización de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (UAEM) y el Colegio Mayor de Cundinamarca.

² Doctor en Derecho Universidad Nacional de Colombia y Ciencias de la Educación Universidad Simón Bolívar. Profesor Titular II Fundación Universitaria Internacional de la Rioja UNIR. Profesor titular e investigador senior de la Universidad Nacional de Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8012-2387>. Correo electrónico: omar.huertas@unir.net, ohuertasd@unal.edu.co.

³ Licenciada en Derecho, Maestra en Derecho Constitucional por la Universidad Autónoma de Guerrero, actualmente estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Autónoma de Guerrero (UAGro), programa inscrito en el PNPC-Conacyt. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-6616-0335>, Correo electrónico: 11290562@uagro.mx.

⁴ Abogada de la Universidad Santo Tomás. Licenciada en Ciencias Sociales de la U.P.T.C. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derechos Humanos de la U.P.T.C. Docente Ocasional facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Estudiante de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Correo electrónico: apcontreras@unicoomayor.edu.co.

de estas metas con los objetivos globales de reducción de emisiones y adaptación climática. Además, se exploran los impactos de estas políticas en comunidades que son consideradas vulnerables, particularmente aquellas afectadas por proyectos relacionados con las NDC, analizando casos de conflictos ambientales y su relación con el acceso a la justicia. El artículo también enfatiza el papel de la participación ciudadana y la transparencia como pilares fundamentales para el seguimiento y la rendición de cuentas en la implementación de los compromisos climáticos. Finalmente, se presentan los principales retos, como la correcta aplicación de recursos, la desigualdad social y los conflictos territoriales, así como oportunidades para fortalecer la posición de México como líder regional en la acción climática. Concluye con recomendaciones concretas para mejorar las NDC, garantizar la equidad en su implementación y fomentar un diálogo inclusivo entre el gobierno, la sociedad civil y la comunidad internacional. Este enfoque integral busca contribuir al debate sobre la efectividad de los compromisos climáticos de México en el marco del Acuerdo de París y su impacto en el desarrollo sostenible.

Palabras clave: Cambio Climático, Acuerdo de París, Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional, Desarrollo Sostenible, Justicia Ambiental, Derechos Ambientales, Adaptación Climática, Conflictos Ambientales, Comunidades Vulnerables, Emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI).

ABSTRACT

This article examines the evolution and challenges of Mexico's international climate change commitments, focusing on the Paris Agreement and Nationally Determined Contributions (NDCs). Through a comprehensive analysis, we evaluate how these commitments have shaped national policies, economic sectors, and the environmental legal framework, while assessing their implications for environmental and social justice. The research explores the transition from Mexico's original NDCs (2015) to their recent updates, highlighting achievements, compliance gaps, and alignment with global emission reduction and climate adaptation goals. Our methodology includes case study analysis of environmental conflicts and their relationship to justice access, particularly in vulnerable communities affected by NDC-related projects. The findings emphasize the fundamental role of citizen participation and transparency in monitoring climate commitment implementation. The study identifies key challenges, including resource allocation, social inequality, and territorial conflicts, while presenting opportunities to strengthen Mexico's position as a regional leader in climate action. The conclusions provide concrete recommendations for improving NDCs, ensuring equitable implementation, and fostering inclusive dialogue among government, civil society, and the international community, contributing to the debate on the effectiveness of Mexico's climate commitments under the Paris Agreement framework.

Keywords: Climate Change; Paris Agreement; Nationally Determined Contributions; Environmental Justice; Sustainable Development; Climate Adaptation; Environmental Rights; Environmental Conflicts; Vulnerable Communities; Greenhouse Gas Emissions.

I INTRODUCCIÓN

El cambio climático es uno de los desafíos más urgentes y complejos que enfrenta la humanidad en el siglo XXI. Sus impactos, que incluyen el aumento de las temperaturas globales, eventos climáticos extremos, pérdida de biodiversidad y el incremento en los niveles del mar, han puesto en riesgo no solo los ecosistemas del planeta, sino también el bienestar humano, especialmente en las comunidades más vulnerables.

En respuesta a esta crisis, la comunidad internacional ha implementado diversos acuerdos y mecanismos para mitigar sus efectos y promover la adaptación, siendo el Acuerdo de París uno de los más relevantes a nivel global.

Firmado en 2015, el Acuerdo de París tiene como objetivo limitar el aumento de la temperatura global a menos de 2°C por encima de los niveles preindustriales, con esfuerzos para restringirlo a 1.5°C. Para lograrlo, cada país signatario se compromete a presentar y actualizar periódicamente sus Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC), que representan sus metas específicas de reducción de emisiones y adaptación climática.

En este contexto, México, como uno de los principales emisores de gases de efecto invernadero (GEI) en América Latina y miembro activo de acuerdos climáticos internacionales, ha asumido un papel destacado en la lucha contra el cambio climático.

Desde la presentación de sus primeras NDC en 2015, México se comprometió a reducir sus emisiones de GEI y aumentar su capacidad de adaptación a los impactos climáticos. Sin embargo, la implementación de estas metas ha planteado desafíos significativos, incluyendo la alineación de políticas públicas, la movilización de recursos financieros, la transición hacia energías renovables y la integración de la justicia ambiental en sus estrategias.

Además, los compromisos climáticos de México han tenido implicaciones directas en las comunidades vulnerables, especialmente aquellas afectadas por proyectos relacionados con las NDC, lo que ha generado conflictos sociales y ambientales.

Este artículo tiene como objetivo analizar la evolución y los desafíos de los compromisos climáticos de México en el marco del Acuerdo de París, con un enfoque en las NDC.

Se examinará cómo estas metas han moldeado las políticas nacionales, los sectores económicos y el marco legal ambiental del país, evaluando sus implicaciones en términos de justicia ambiental y social.

Asimismo, se abordará la transición de las NDC originales a sus actualizaciones más recientes, destacando los logros alcanzados, las brechas de cumplimiento y su alineación con los objetivos globales de reducción de emisiones y adaptación climática.

La metodología empleada en este estudio es de carácter cualitativo e incluye una revisión documental exhaustiva, análisis de políticas públicas, estudios de caso de conflictos ambientales y evaluación de la participación ciudadana y la transparencia en la implementación de los compromisos climáticos.

Se examinan fuentes primarias y secundarias relevantes, incluyendo documentos internacionales, informes gubernamentales, literatura científica y casos específicos de comunidades vulnerables afectadas por proyectos relacionados con las NDC.

A través de este enfoque metodológico, se busca comprender de manera integral los retos y oportunidades que enfrenta México en su camino hacia el cumplimiento de sus compromisos climáticos.

Finalmente, el artículo explorará el papel fundamental de la participación ciudadana y la transparencia en la implementación de los compromisos climáticos, así como los principales retos y oportunidades que enfrenta el país para fortalecer su posición como líder regional en acción climática.

A través de este análisis, se busca contribuir al debate sobre la efectividad de los compromisos internacionales de México y su impacto en el desarrollo sostenible, proponiendo recomendaciones para garantizar una implementación equitativa e inclusiva en el contexto del cambio climático global.

II ANÁLISIS DEL MARCO INTERNACIONAL: EL ACUERDO DE PARÍS

El Acuerdo de París representa uno de los compromisos internacionales más significativos en la lucha contra el cambio climático.

Este tratado, adoptado en 2015 durante la Conferencia de las Partes (COP21), establece un marco jurídico y político vinculante que busca coordinar la acción global para limitar el aumento de la temperatura del planeta a menos de 2°C por encima de los niveles preindustriales, con esfuerzos por restringirlo a 1.5°C (NACIONES UNIDAS, 2015).

Según Rajamani, el Acuerdo de París no solo se centra en la mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI), sino que también aborda la adaptación al cambio climático y la financiación climática, elementos clave para garantizar la equidad y la sostenibilidad de las acciones climáticas en un contexto global (VAN DEURSEN, 2025).

Uno de los principales objetivos del acuerdo es la reducción de emisiones de GEI, estableciendo la necesidad de que los países firmantes presenten compromisos específicos y actualizables cada cinco años.

Estas metas, conocidas como Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC, por sus siglas en inglés), reflejan las estrategias de mitigación y adaptación de cada nación. Sin embargo, como señalan Höhne, las acciones actuales aún son insuficientes para alcanzar el objetivo de limitar el calentamiento

global a 1.5°C, lo que exige una acción más ambiciosa y coordinada por parte de los países (HÖHNE, 2020).

Además de la mitigación, el Acuerdo de París incluye como pilar fundamental la adaptación al cambio climático, reconociendo que muchas regiones ya enfrentan impactos significativos.

El enfoque *bottom-up* del Acuerdo permite que cada país determine sus prioridades y estrategias de adaptación, lo cual garantiza flexibilidad, aunque también plantea desafíos en cuanto al monitoreo y la rendición de cuentas. Paralelamente, la financiación climática es un mecanismo crucial para garantizar que los países en desarrollo cuenten con los recursos necesarios para implementar sus compromisos climáticos (FEDIVA TAMZIL, 2021).

El acuerdo establece que los países desarrollados movilicen 100 mil millones de dólares anuales hasta 2025 para apoyar proyectos de mitigación y adaptación en países de menores ingresos. No obstante, Pauw destacan que existe una brecha significativa entre las necesidades reales de financiamiento y los recursos efectivamente movilizados, lo que limita la capacidad de muchos países para cumplir con sus compromisos (PAUW, 2023).

En este contexto, las NDC se consolidan como la herramienta central del Acuerdo de París. Estas contribuciones son compromisos nacionales en los que cada país establece sus metas específicas para reducir emisiones y adaptarse al cambio climático, considerando sus capacidades y circunstancias particulares.

Las NDC permiten una estructura flexible y personalizada que fomenta la participación de todos los países, independientemente de su nivel de desarrollo. Sin embargo, también advierten que la falta de marcos institucionales sólidos y de coherencia en las políticas públicas puede dificultar su implementación efectiva (PNUD, 2023a).

Las NDC son esenciales para alcanzar los objetivos globales del acuerdo, ya que representan la suma de los esfuerzos individuales de los países, los cuales, en conjunto, buscan limitar el calentamiento global.

Al analizar los compromisos actuales, estudios recientes muestran que estos aún no son suficientes para cumplir con las metas climáticas globales, lo que resalta la necesidad de una mayor ambición y cooperación internacional.

México, como uno de los países firmantes, ratificó el Acuerdo de París en septiembre de 2016, comprometiéndose a una reducción del 22% de sus emisiones de GEI para 2030, con un objetivo condicionado de hasta el 36% si se recibe apoyo internacional.

Según la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), México también se comprometió a implementar medidas de adaptación, como el fortalecimiento de la resiliencia en comunidades vulnerables y la promoción del uso sostenible de los recursos naturales.

Entre las obligaciones adquiridas destacan la presentación periódica de las NDC, el desarrollo de estrategias nacionales de mitigación y adaptación,

y la transparencia en la rendición de cuentas mediante reportes regulares al sistema internacional de monitoreo (MÉXICO, 2020a).

No obstante, la implementación de estos compromisos ha enfrentado diversos desafíos. La falta de recursos financieros, la desigualdad social y los conflictos territoriales han limitado el avance de las políticas climáticas en México.

Además, proyectos relacionados con las NDC, como grandes obras de infraestructura, han generado conflictos ambientales y sociales en comunidades vulnerables, lo que pone en evidencia la necesidad de integrar enfoques de justicia ambiental en la acción climática del país.

El análisis del marco internacional del Acuerdo de París y su implementación en México permite identificar avances y limitaciones en la acción climática global. A partir de este análisis, se proponen las siguientes recomendaciones para fortalecer la implementación del acuerdo en México:

- fortalecer la justicia climática: Es esencial que las políticas derivadas de las NDC incluyan mecanismos que aseguren una transición justa, protegiendo los derechos de las comunidades vulnerables y evitando desplazamientos o desigualdades adicionales;
- innovar en mecanismos de financiamiento: México debe explorar nuevas fuentes de financiamiento, como bonos verdes o asociaciones público-privadas, para movilizar recursos adicionales que permitan cumplir con las metas establecidas;
- fortalecer los marcos institucionales: Es fundamental crear una instancia intersectorial de alto nivel que coordine la implementación de las NDC, asegurando la coherencia entre las distintas políticas públicas;
- promover la participación ciudadana: Implementar plataformas digitales que permitan a los ciudadanos monitorear y evaluar el progreso de los compromisos climáticos, fomentando la transparencia y la rendición de cuentas (NACIONES UNIDAS, 2015).

El éxito del Acuerdo de París depende no solo de los compromisos individuales de los países, sino también de la cooperación internacional, la ambición en las metas establecidas y la integración de enfoques innovadores y equitativos en la implementación de las políticas climáticas. México, como actor clave en América Latina, tiene la oportunidad de posicionarse como líder regional en acción climática, siempre y cuando logre superar los desafíos actuales y garantizar una transición justa y sostenible.

III LAS NDC DE MÉXICO: EVOLUCIÓN, METAS Y RESULTADOS

México se posicionó como uno de los primeros países en desarrollo en presentar sus Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC) ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

En su versión original de 2015, México estableció compromisos significativos que demostraron su voluntad de contribuir a los esfuerzos globales contra el cambio climático.

Las metas originales se estructuraron en dos categorías principales: los compromisos no condicionados, que incluían una reducción del 25% en emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) y contaminantes climáticos de vida corta para 2030, la implementación de estrategias de adaptación en sectores prioritarios y un incremento en la participación de energías renovables en su matriz energética (MÉXICO, 2015).

Por otro lado, los compromisos condicionados contemplaban una reducción adicional de hasta el 36% en emisiones de GEI, sujeta a apoyo internacional, así como la expansión de programas de adaptación con financiamiento externo y el desarrollo de capacidades tecnológicas mediante cooperación internacional (DEN ELZEN, 2018).

La actualización de 2020 marcó un punto de inflexión en la política climática mexicana, aunque esta actualización mantuvo los mismos porcentajes de reducción que la versión de 2015, modificó la línea base de emisiones, lo que efectivamente redujo la ambición de los compromisos.

En 2022, se realizaron cambios significativos que incluyeron un incremento en las metas de reducción a un 35% incondicional y 40% condicional para 2030, junto a una revisión al alza de la línea base de emisiones y la incorporación de nuevos elementos en adaptación climática.

Sin embargo, expertos como el Climate Action Tracker han calificado estos compromisos como *críticamente insuficiente*, señalando que, si todos los países siguieran el enfoque de México, el calentamiento global podría superar los 4°C (CLIMATE ACTION TRACKER, 2020).

La evaluación del cumplimiento de las NDC se basa en varios indicadores clave de desempeño, que incluyen un total de 714 millones de toneladas de CO₂ equivalente en emisiones para 2021, lo que representa aproximadamente el 1.4% de las emisiones mundiales.

En cuanto a la composición de emisiones, el CO₂ constituye el 63.9%, seguido por el metano con un 27.7% y el óxido nitroso con un 5.1%. A pesar de algunos logros, como la reducción de emisiones en ciertos sectores, los desafíos persisten (LARA RAMÍREZ; LI NG, 2024).

El sector energético, que representa cerca de dos tercios de las emisiones totales, ha visto un incremento del 34% en sus emisiones entre 1990 y 2019, y

se proyecta que el sector transporte contribuirá con un tercio de las emisiones para 2030 (CLIMATE ACTION TRACKER, 2022).

Comparado con otros países de la región, México se mantiene como el segundo mayor emisor de GEI en América Latina, después de Brasil, y enfrenta críticas por la falta de ambición en sus metas actualizadas, en contraste con naciones que han fortalecido sus compromisos climáticos (CLIMATE ACTION TRACKER, 2020).

Para mejorar la implementación y el cumplimiento de las NDC de México, se proponen varias medidas innovadoras.

En primer lugar, se sugiere la creación de un sistema de monitoreo digital integrado que permita la recopilación de datos en tiempo real sobre emisiones, con indicadores de seguimiento automatizados y participación ciudadana en el monitoreo de los compromisos climáticos.

En segundo lugar, se plantea un mecanismo de financiamiento híbrido que combine recursos públicos y privados, estableciendo un fondo mixto para proyectos climáticos y esquemas de microfinanciamiento para iniciativas comunitarias, así como bonos verdes vinculados a resultados específicos.

Asimismo, se recomienda el desarrollo de un programa de transición justa que contemple planes de reconversión laboral en sectores intensivos en carbono, apoyo a comunidades vulnerables y la generación de empleos verdes en sectores emergentes.

Finalmente, se propone un marco de gobernanza climática multinivel que favorezca la coordinación efectiva entre diferentes niveles de gobierno, la participación activa de actores no gubernamentales y mecanismos de rendición de cuentas transparentes.

Estas propuestas buscan abordar las brechas identificadas en la implementación de las NDC y fortalecer la capacidad de México para cumplir con sus compromisos climáticos de manera efectiva y equitativa, asegurando una transición justa y sostenible en el contexto del cambio climático global.

IV IMPACTOS DE LOS COMPROMISOS CLIMÁTICOS EN MÉXICO

Los compromisos climáticos de México han generado transformaciones significativas en diversos ámbitos de la sociedad, la economía y el medio ambiente. Este análisis examina los impactos multidimensionales de estas políticas y sus implicaciones para diferentes sectores y grupos sociales.

La implementación de las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC) ha experimentado cambios significativos en los últimos años. El Programa Especial de Cambio Climático (PECC), publicado en 2021, establece objetivos específicos para la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero (AVERCHENKOVA; GUZMAN LUNA, 2018).

Sin embargo, la implementación enfrenta desafíos debido a cambios institucionales y políticas contradictorias, como señalan Giacomozzi y Yagüe-García (HELPING, 2017).

La actualización de las NDC en 2022 estableció metas más ambiciosas, incluyendo una reducción incondicional del 35% de emisiones para 2030 y una meta condicional del 40% sujeta a apoyo internacional, así como nuevos compromisos en sectores clave como energía y transporte (MÉXICO REPORT, 2020).

En cuanto a los avances en energías renovables y reforestación, México posee un potencial significativo, ocupando el cuarto lugar mundial en energía geotérmica y contando con importantes recursos solares y eólicos.

Sin embargo, estudios recientes indican que la cancelación de subastas eléctricas ha limitado el desarrollo de proyectos renovables, y las inversiones se han reorientado hacia infraestructura de combustibles fósiles. Además, aunque los programas de reforestación son ambiciosos, carecen de mecanismos efectivos de implementación (SOSA-NÚÑEZ; LUCATELLO, 2016).

El impacto de los compromisos climáticos también se observa en distintos sectores económicos. En el sector agrícola, que contribuye significativamente a las emisiones de gases de efecto invernadero, la implementación de prácticas agrícolas climáticamente inteligentes (CSA) presenta tanto oportunidades como retos.

Según el Banco Mundial (2023), esto incluye la necesidad de inversión en nuevas tecnologías y la adaptación de prácticas tradicionales, lo que podría afectar la productividad y la seguridad alimentaria (SILVA RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, 2018).

En la actualidad, al hablar de nuevas inteligencias, nos referimos también al uso de la inteligencia artificial (IA), que ha surgido como una herramienta poderosa. Filiberto Eduardo R. Manrique, en su obra titulada “Inteligencia Artificial al servicio de los Derechos Humanos: ¿Oportunidad o riesgo?”, examina el impacto que la IA tiene en la defensa y protección de los derechos humanos en la era digital.

En su análisis, el autor subraya la necesidad de garantizar que el avance tecnológico sirva a la justicia social y a la protección de los derechos fundamentales, lo cual requiere una colaboración efectiva entre gobiernos, la sociedad civil y los desarrolladores tecnológicos. (MANRIQUE MOLINA, 2025).

Según el Banco Mundial (2023), la inversión en nuevas tecnologías y la adaptación de prácticas tradicionales son fundamentales para mejorar la productividad y la seguridad alimentaria. Sin embargo, la IA también plantea desafíos en un contexto digital donde los derechos humanos.

Por otro lado, el sector energético, como principal emisor de GEI, experimenta una transformación compleja, donde la International Energy Agency reporta que representa el 63.9% de las emisiones totales, requiriendo

inversiones significativas en infraestructura renovable y enfrentando desafíos en la transición laboral y la reconversión industrial.

Asimismo, la descarbonización del transporte y la industria presenta retos específicos, como la necesidad de modernización tecnológica, costos de transición elevados y resistencia de sectores tradicionales (MEXICO, 2025).

Las políticas climáticas también han tenido efectos diferenciados en comunidades vulnerables. Las comunidades indígenas, por ejemplo, han enfrentado desplazamientos debido a proyectos de energía renovable, pérdida de territorios tradicionales y conflictos por recursos naturales (NDC PARTNERSHIP, 2017).

Casos relevantes, como los proyectos eólicos en Oaxaca, han evidenciado conflictos por falta de consulta previa y impactos en medios de vida tradicionales, así como una distribución inequitativa de beneficios.

En Tijuana, la vulnerabilidad climática se manifiesta en afectaciones por eventos climáticos extremos, desigualdad en el acceso a recursos y retos en adaptación urbana.

En conclusión, los compromisos climáticos de México han generado avances importantes, pero también enfrentan significativos desafíos (CLIMATE ACTION TRACKER, 2022).

Es fundamental adoptar un enfoque integral que considere tanto los aspectos técnicos y económicos como los sociales y de justicia ambiental, asegurando que las políticas climáticas no solo sean efectivas en términos de mitigación, sino también equitativas para todos los sectores de la población.

V JUSTICIA AMBIENTAL Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL CONTEXTO CLIMÁTICO DE MÉXICO

La justicia ambiental y la participación ciudadana son pilares fundamentales para garantizar que la implementación de los compromisos climáticos en México sea inclusiva, equitativa y efectiva.

En el contexto del cambio climático, la justicia ambiental no solo implica la distribución equitativa de los beneficios y cargas ambientales, sino también el reconocimiento de las comunidades más vulnerables, su participación activa en la toma de decisiones y la consideración de los impactos intergeneracionales.

La justicia ambiental abarca cuatro dimensiones clave: la justicia distributiva, que busca la equidad en la distribución de beneficios climáticos; la justicia procesal, que asegura la participación efectiva en los procesos de decisión; la justicia de reconocimiento, que respeta la diversidad cultural y los conocimientos tradicionales; y la justicia intergeneracional, que toma en cuenta las necesidades de las generaciones futuras (BERTRAM; COPPENOLLE, 2024).

En México, la implementación de las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC) ha generado tensiones sociales y conflictos ambientales en comunidades vulnerables, especialmente indígenas y rurales.

A pesar de contar con un marco legal sólido para la protección ambiental, como lo establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley General de Cambio Climático y la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, las comunidades enfrentan numerosos obstáculos para acceder a la justicia (OJEDA MESTRE, [S. d.]).

Entre los principales desafíos se encuentran la complejidad de los procesos legales, la falta de recursos financieros para litigar, las barreras culturales y lingüísticas, y las presiones políticas y económicas que dificultan la defensa de sus territorios y recursos.

Un ejemplo emblemático de los conflictos derivados de las NDC son los proyectos eólicos en el Istmo de Tehuantepec, Oaxaca (DESAFÍOS, 2012).

Estas iniciativas, diseñadas para impulsar la transición energética hacia fuentes renovables, han generado tensiones con las comunidades indígenas debido a la falta de consultas previas, tal como lo exige el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (COMISIÓN, [S. n. t.]).

Además, estos proyectos han provocado el desplazamiento de poblaciones, la afectación de territorios tradicionales y una distribución inequitativa de los beneficios económicos.

Otro caso relevante es el de los programas de reforestación, como Sembrando Vida, que, aunque buscan combatir la deforestación y mitigar el cambio climático, han generado conflictos por la asignación de tierras y dificultades para garantizar una implementación efectiva a nivel comunitario (MÉXICO, 2020b).

Por otro lado, la participación ciudadana juega un rol crucial en el seguimiento y la implementación de los compromisos climáticos., las iniciativas ciudadanas y las organizaciones no gubernamentales (ONG) han sido fundamentales para monitorear las acciones climáticas, educar a las comunidades sobre los impactos del cambio climático y presionar a las autoridades para que cumplan con sus compromisos internacionales.

Ejemplos de estas iniciativas incluyen proyectos de monitoreo comunitario de emisiones, programas de educación ambiental y propuestas de adaptación local lideradas por organizaciones de base. Sin embargo, el alcance de estas iniciativas es limitado si no se cuenta con mecanismos institucionalizados que fomenten la participación efectiva.

En términos de transparencia, México ha implementado herramientas como el Sistema de Monitoreo, Reporte y Verificación (MRV), que permite el seguimiento de las emisiones de gases de efecto invernadero y la evaluación de las políticas climáticas (MÉXICO, [S. d.]).

Además, las plataformas de información pública han sido esenciales para garantizar el acceso a datos sobre emisiones, indicadores de cumplimiento y documentos oficiales relacionados con las NDC.

Aún existen deficiencias en la transparencia y rendición de cuentas, lo que limita la capacidad de la sociedad civil para evaluar los avances y exigir responsabilidades.

A partir de los conflictos y desafíos identificados, es posible extraer lecciones importantes para fortalecer la justicia ambiental y la participación ciudadana en México.

Es fundamental garantizar consultas previas, libres e informadas con las comunidades afectadas por proyectos climáticos, especialmente en territorios indígenas.

Se deben establecer mecanismos efectivos de participación que incluyan a los grupos más vulnerables en la toma de decisiones.

Es necesario fortalecer las capacidades técnicas e institucionales para implementar los compromisos climáticos de manera transparente y efectiva, asegurando que los beneficios de las políticas climáticas lleguen equitativamente a todas las regiones del país.

Finalmente, es indispensable mejorar los sistemas de monitoreo y rendición de cuentas, desarrollando indicadores claros y accesibles que permitan evaluar el progreso real de las NDC.

La justicia ambiental y la participación ciudadana son componentes esenciales para el éxito de los compromisos climáticos de México.

Para lograr una transición justa y sostenible, es necesario adoptar un enfoque integral que reconozca los derechos de las comunidades vulnerables, fortalezca los mecanismos de participación y garantice la transparencia y la rendición de cuentas en todas las etapas de implementación de las políticas climáticas. Solo así será posible enfrentar los retos del cambio climático de manera inclusiva y equitativa.

VI RETOS Y OPORTUNIDADES PARA EL FUTURO

México enfrenta significativos desafíos en la implementación de sus compromisos climáticos, los cuales son cruciales para mitigar los efectos del cambio climático.

En términos económicos, el crecimiento del país ha mostrado una tendencia decreciente, pasando de un 5.8% en 2021 a un 3.9% en 2022, con proyecciones que indican un 2.6% para 2024 y un 2.1% para 2025.

Esta desaceleración económica limita la capacidad de inversión en iniciativas climáticas y en la transición hacia energías renovables.

La dependencia de combustibles fósiles, que representa el 63.9% de las emisiones totales de gases de efecto invernadero en 2021, así como las restricciones presupuestarias para programas ambientales y la desigualdad social, complican aún más la implementación de políticas climáticas efectivas (DILGE, 2024).

Además, los cambios administrativos han impactado la continuidad de las políticas climáticas. La disolución del Instituto Nacional de Cambio Climático (INECC) en 2021 y la eliminación del Fondo de Cambio Climático han debilitado el marco institucional necesario para una gobernanza climática efectiva. Esta inestabilidad institucional puede poner en riesgo el avance de los compromisos adquiridos en el contexto de las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC) (GARCÍA-GARCÍA, 2021).

A pesar de estos retos, México también cuenta con oportunidades significativas para innovar y mejorar su enfoque hacia el cambio climático.

Entre las soluciones tecnológicas que se están implementando, destaca el uso de eco-tecnologías en Oaxaca, que han beneficiado a más de 15,000 familias al combinar técnicas ancestrales con innovaciones modernas, logrando reconocimiento internacional en eventos como la COP28 (PNUD, 2023b).

Asimismo, la creación del primer mercado de carbono en América Latina representa un mecanismo innovador para la reducción de emisiones, permitiendo la integración con mercados internacionales.

La integración de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) con las NDC también presenta una oportunidad importante. Se estima que el 40% de las metas de los ODS pueden alcanzarse mediante la implementación de las NDC, lo que permite maximizar los beneficios sociales y ambientales y crear sinergias entre los objetivos climáticos y el desarrollo sostenible (MÉXICO, 2021).

En este contexto, México tiene un potencial significativo para influir en la acción climática a nivel regional. A lo largo de los años, ha implementado iniciativas pioneras, como ser el primer país en desarrollo en presentar sus NDC y establecer un mercado de carbono. Asimismo, su capacidad para integrar conocimientos tradicionales con tecnología moderna lo posiciona como un líder en el ámbito climático.

Ejemplos concretos del liderazgo de México incluyen el Programa Verde en la Ciudad de México, que ha logrado la plantación de 27 millones de árboles y un incremento en la producción de plantas de 500,000 a 10 millones entre 2018 y 2021, convirtiéndose en un modelo replicable para otras ciudades latinoamericanas (TOHARIA, 2019).

Además, el Programa de Infraestructura Verde ha demostrado cómo las soluciones basadas en la naturaleza pueden reducir contaminantes atmosféricos y mejorar la recarga de acuíferos.

México tiene numerosas oportunidades para fortalecer su acción climática y ejercer un liderazgo efectivo en la lucha contra el cambio climático en América Latina.

Es fundamental que el país aproveche estas oportunidades mediante la implementación de soluciones innovadoras y la integración de políticas que no solo aborden la crisis climática, sino que también promuevan un desarrollo sostenible y equitativo.

VII CONCLUSIONES

La implementación de los compromisos climáticos en México, en el marco de las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC), representa un desafío crucial y una oportunidad estratégica para enfrentar el cambio climático.

A lo largo del análisis realizado, se identificaron avances importantes, pero también significativas limitaciones económicas, políticas y sociales que obstaculizan el cumplimiento efectivo de estos compromisos.

Entre los principales hallazgos, destaca que México ha sido pionero en América Latina al establecer metas climáticas ambiciosas y contar con un marco legal sólido, como la Ley General de Cambio Climático y el Programa Especial de Cambio Climático (PECC).

Sin embargo, los retos estructurales persisten. Por un lado, la dependencia de los combustibles fósiles continúa siendo una barrera clave, ya que el sector energético representa el 63.9% de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI).

Por otro lado, los recortes presupuestarios, el debilitamiento institucional con la desaparición del Instituto Nacional de Cambio Climático (INECC) y la eliminación del Fondo de Cambio Climático han reducido la capacidad técnica y financiera para implementar políticas climáticas de manera efectiva.

Además, los conflictos sociales derivados de proyectos relacionados con las NDC, como los parques eólicos en Oaxaca, evidencian la falta de inclusión y consulta previa con comunidades indígenas y rurales, lo que ha generado tensiones y desigualdad en la distribución de beneficios.

A pesar de estos desafíos, México también cuenta con un enorme potencial para fortalecer su acción climática.

Entre las oportunidades más destacadas está el uso de soluciones tecnológicas, como las eco-tecnologías implementadas en Oaxaca, que han beneficiado a más de 15,000 familias al combinar prácticas tradicionales con innovaciones modernas.

Asimismo, el reciente establecimiento del primer mercado de carbono en América Latina representa un avance significativo en la reducción de emisiones y la integración con mercados internacionales.

Además, la alineación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) con las NDC ofrece una oportunidad para maximizar los beneficios sociales

y ambientales, ya que se estima que el 40% de las metas de los ODS pueden alcanzarse mediante la implementación efectiva de las NDC.

Para garantizar el éxito de los compromisos climáticos, es fundamental adoptar acciones concretas que permitan superar las limitaciones actuales.

Es necesario fortalecer las políticas públicas mediante una mayor inversión en energías renovables, como proyectos solares y eólicos, y garantizar la continuidad de las estrategias climáticas, incluso ante cambios de administración.

Mejorar la transparencia y el monitoreo de las acciones climáticas a través de herramientas como el Sistema de Monitoreo, Reporte y Verificación (MRV), que debe ser modernizado mediante tecnologías avanzadas que permitan reportes accesibles y en tiempo real.

Se debe priorizar la justicia ambiental mediante la realización de consultas previas, libres e informadas con las comunidades afectadas por proyectos climáticos, asegurando su inclusión en el diseño y la ejecución de las políticas.

La integración de los ODS con las NDC debe ser una prioridad estratégica para generar sinergias entre los objetivos climáticos y el desarrollo sostenible.

Un aspecto clave para avanzar en la implementación de las NDC es la cooperación estrecha entre el gobierno, la sociedad civil y la comunidad internacional.

El gobierno mexicano debe trabajar de la mano con organizaciones no gubernamentales y comunidades locales para diseñar políticas más inclusivas y participativas, además de garantizar la protección de los derechos ambientales.

Por su parte, la sociedad civil tiene un papel fundamental en el monitoreo de los compromisos climáticos y en la sensibilización de la población sobre la importancia de la acción climática.

A nivel internacional, el apoyo técnico y financiero de organismos como el Fondo Verde para el Clima y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) es esencial para superar las limitaciones económicas y acelerar la transición hacia una economía baja en carbono.

México se encuentra en un punto crítico para consolidar su liderazgo en la acción climática a nivel regional. Si bien enfrenta importantes desafíos, también cuenta con las herramientas y los recursos necesarios para construir un modelo de desarrollo sostenible que no solo mitigue los efectos del cambio climático, sino que también promueva la justicia social y ambiental.

La urgencia de actuar es innegable, y solo mediante un esfuerzo colectivo entre el gobierno, la sociedad civil y la comunidad internacional será posible garantizar un futuro sostenible y equitativo para las generaciones presentes y futuras.

REFERENCIAS

AVERCHENKOVA, Alina; GUZMAN LUNA, Sandra L. **Mexico general law on climate change**: key achievements and challenges ahead. In: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy. London, 2018.

BERTRAM, Caroline; COPPENOLLE, Hermine. Strengthening the Paris agreement through trade? The potential and limitations of EU preferential trade agreements. En: **International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics**, Berlin, Ed. Springer, 24, Issue 4, p. 589-610, 2024.

CLIMATE ACTION TRACKER. Mexico overall rating Critically Insufficient. 12 de diciembre de 2022. Disponible en: <[https://climateactiontracker.org/countries/mexico/#:~:text=energy%20sector%20increased%20by,in%202019%20%28aside%20from](https://climateactiontracker.org/countries/mexico/#:~:text=energy%20sector%20increased%20by,in%202019%20%28aside%20from>https://climateactiontracker.org/countries/mexico/#:~:text=energy%20sector%20increased%20by,in%202019%20%28aside%20from)>.

CLIMATE ACTION TRACKER. Seguimiento de la actualización de los objetivos climáticos del CAT México. 30 de diciembre de 2020. Disponible en: <<https://climateactiontracker.org/climate-target-update-tracker/mexico/#:~:text=Mexico%20submitted%20its%20updated,up%20to%2036%25%20below>>.

COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS. **Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en
países.** [S. n. t.].

DESAFÍOS en la implementación de proyectos de energía eólica en México. En: **AIDA**, Bogotá (Colombia), 2012.

DILGE, Karen. El crecimiento económico de México desafía los compromisos climáticos. (16 de febrero de 2024). Disponible en: <<https://mexicobusiness.news/energy/news/mexicos-economic-growth-challenges-climate-commitments#:~:text=figures%20from%20Banxico%2C%20the,dropped%20to%203.9%25%20the>>.

DEN ELZEN, Michael et al. Are the G20 economies making enough progress to meet their NDC targets? 2018. In: **Energy Policy**, New York, Ed. Elsevier, v. 126, p. 238-250.

FEDIVA TAMZIL, Cazadira. Bottom up Paris agreement and the new era of climate actions: fisip department of international University of Indonesia. IR-UI Commentaries, v. II, n. 2, 2021. Disponible en: <<https://ir.fisip.ui.ac.id/storage/2023/03/Commen-Vol-II-No.-2-March-2021.pdf>>.

GARCÍA-GARCÍA, P. Presenta México en la COP28 trabajos de la plataforma de acción climática en agricultura de América. En: México ante el Cambio Climático. 14 de octubre de 2021. Disponible en:

<<https://cambioclimatico.gob.mx/tag/inecc/#:~:text=INECC%20y%20FMCN%20lanzan%20proyectos,con%20enfoque%20de%20cambio%20clim%C3%A1tico&text=Fuente:%20Instituto%20Nacional%20de%20Ecolog%C3%ADa,cuencas%20con%20la%20producci%C3%B3n%20ganadera%E2%80%A6>>.

HELPING Mexico design an effective climate policy. In: MIT Joint Program on the science and Policy of Global Change. Cambridge (MA): Massachusetts Institute of Technology, 17 de noviembre de 2017. Disponible en: <<https://globalchange.mit.edu/news-media/jp-news-outreach/helping-mexico-design-effective-climate-policy#:~:text=MIT%20researchers%20are%20working,goals%20under%20the%20Paris>>.

HÖHNE, Nikas et al. Emissions: world has four times the work or one-third of the time. 2020. In: Comment. Disponible en: <[doi:https://www.researchgate.net/publication/339702624_Emissions_world_has_four_times_the_work_or_one-third_of_the_time/link/5e610463a6fdccac3ceb5fad/download?tp=eyJjb250ZXh0Ijp7ImZpcnN0UGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIiwicGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIn19](https://doi.org/10.1016/j.reschgate.2020.100000)>.

LARA RAMÍREZ, Marco Antonio; LI NG, Juan José. México: emisiones y fuentes de gases de efecto invernadero. 18 de enero de 2024. In: BBVA Research. Disponible en: <<https://www.bbva.com/en/publicaciones/mexico-emissions-and-sources-of-greenhouse-gases/#:~:text=%2D%20In%202021%2C%20Mexico%27s,country%20in%20second%20place>>.

MANRIQUE MOLINA, F. E. Inteligencia artificial al servicio de los derechos humanos: ¿oportunidad o riesgo? En: **Revista Académica Científica-RAC**, Bogotá (Colombia), Ed. Ibáñez, 2025.

MÉXICO ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO. Vinculación con política pública y ODS. 2021. Disponible en: <<https://cambioclimatico.gob.mx/NDC/vinculacion.html>>.

MEXICO begins to update national climate commitments. En: Mexico Business News. 14 de marzo de 2025. Disponible en: <<https://mexicobusiness.news/policyandeconomy/news/mexico-begins-update-national-climate-commitments#:~:text=The%20update%2C%20known%20as,ambition%20based%20on%20scientific>>.

MÉXICO. Gobierno del México. Secretaría del Bienestar. Programa sembrando vida. 6 de noviembre de 2020b. Disponible en: <<https://www.gob.mx/bienestar/acciones-y-programas/programa-sembrando-vida>>.

MÉXICO REPORT. MRV of Climate Finance. Baseline Report Series. Climate Finance MRV-Mexico. Junio de 2020. Disponible en: <https://alianzapacifico.net/assets/gallery/MRV_of_Climate_Finance_in_Mexico.pdf#:~:text=In%20this%20regard%2C%20Mexico,and%20contribute%20to%20the>.

MÉXICO. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales - SEMARNAT. Contribución Determinada a Nivel Nacional: México. 2020a. Disponible en: <<https://www.gob.mx/inecc/acciones-y-programas/contribuciones-previstas-y-determinadas-a-nivel-nacional-indc-para-adaptacion>>.

MÉXICO. Secretaría de Relaciones Exteriores. México presenta su INDC para el período 2020-2030. 30 de marzo de 2015. Disponible en: <<https://www4.unfccc.int/sites/submissions/INDC/Published%20Documents/Mexico/1/MEXICO%20INDC%2003.30.2015.pdf#:~:text=Mexico%20is%20committed%20to,for%20the%20year%202030>>.

MÉXICO. Sistema Nacional de Monitoreo, Reporte y Verificación. ¿Qué es el SNMRV? México, Ed. Gerencia del sistema Nacional de Monitoreo Forestal, [S. d.].

NACIONES UNIDAS. Acuerdo de París. 2015. Disponible en: <https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf>.

NDC PARTNERSHIP. Compromisos climáticos. 2017. Disponible en: <<https://ndcpartnership.org/country/mex#:~:text=Mexico%20submitted%20its%20updated,2030.%20The%20updated%20NDC>>.

OJEDA MESTRE, Ramón. Marco jurídico de la protección ambiental. Situación Actual del derecho Ambiental. Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México. Disponible en: <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/87/trb/trb3.pdf>>

PAUW, W. Pieter. NDC Implementation in developing countries. climate policy. 2023. Disponible en: <https://backend.orbit.dtu.dk/ws/portalfiles/portal/145212347/51623_NDC_Implementation_web.pdf>.

PNUD - Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Implementation of eco-technologies in Oaxaca: Mexico recognized with local adaptation champions award at COP28. 18 de diciembre de 2023b. Disponible en: <<https://www.adaptation-undp.org/implementation-eco-technologies-oaxaca-mexico-recognized-local-adaptation-champions-award-cop28%E2%80%AF%E2%80%AF#:~:text=Local%20Adaptation%20Champions%20Award,the%20impacts%20of%20climate>>.

PNUD - Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. ¿Qué son las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional y cómo se originaron? 6 de junio de 2023a. Disponible en: <<https://climatepromise.undp.org/es/news-and-stories/que-son-las-NDC-contribuciones-determinadas-nivel-nacional-cambio-climatico>>.

SILVA RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, Jorge Alejandro. Gestión de calidad ambiental: iniciativas de cambio climático en México: una revisión. En: **Managment of Environmental Quality: an International Journal**, Leeds, Ed. Emerald, v. 29, n. 163, p. 1.042-1.058, 2018.

SOSA-NÚÑEZ, Gustavo; LUCATELLO, Simone. Analysing political discourse: Mexico's climate change policy. En: **L'Europe en Formation**, Nice (FR), Ed. Centre international de formation européenne (CIFE), 2016.

TOHARIA, Mar. El reto verde de México: 10 millones de plantas y árboles. En: **El País**, Madrid, Ed. El País, 20 de agosto de 2019.

VAN DEURSEN, M, G. A. ¿Es la transparencia reforzada la columna vertebral del Acuerdo de París?: una evaluación crítica. 2025.

Submissão em: 14 de maio de 2025

Último Parecer favorável em: 29 de julho de 2025

Como citar este artigo científico

HUERTAS DÍAZ, Omar; VÁZQUEZ ORDUÑA, Zaire; CONTRERAS ÁLVAREZ, Ángela Paola. La transformación del compromiso climático de México: de las (NDC) al acceso a la justicia ambiental. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 6, n. 2, p. 55-73, maio-ago. 2025.

**APPALTO DI SERVIZI, CERTIFICAZIONE DEL CONTRATTO E
RIQUALIFICAZIONE DEL FATTO ECONOMICO A RILEVANZA TRIBUTARIA:
NOTA A CASS., SEZ. TRIB., ORD. 29 LUGLIO 2024 N. 21090¹**

SIMONE FRANCESCO COCIANI²

RIASSUNTO

L'Autore esamina la pronuncia della Corte di cassazione, Sezione tributaria, 29 luglio 2024, n. 21090, secondo cui il giudice tributario, nell'accertamento del fatto imponibile, non è vincolato dalla certificazione del contratto di lavoro eventualmente conseguita. Da quanto sopra consegue che, nell'attuazione della norma tributaria, tanto l'amministrazione finanziaria quanto il giudice debbono accertare il fatto economico a rilevanza tributaria, indipendentemente dalle sorti del contratto di lavoro.

Parole chiave: contratto di appalto di servizi; operazioni inesistenti; Iva; Imposte sui redditi; sanzioni tributarie; certificazione dei contratti di lavoro; riqualificazione; processo tributario; onere della prova.

ABSTRACT

The Author examines the ruling of the Italian Supreme Court, Tax Section, 29 July 2024, n. 21090, according to which the tax judge, in ascertaining the taxable event, is not bound by the certification of employment contract. From the above it follows that, in the implementation of the tax provision, both the financial administration and the judge must ascertain the economic event with tax relevance, regardless of the fate of the employment contract.

Keywords: service procurement contract; non-existent operations; VAT; Income taxes; tax penalties; Certification of employment contracts; Requalification; Tax trial; Burden of proof.

¹ Il presente scritto è destinato al *liber amicorum* per Francesco Moschetti.

² Professore associato di Diritto Tributario nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia. E-mail: simone.cociani@gmail.com

1 PREMESSA

L'intenso ricorso allo strumento del contratto di appalto di servizi che, oggi, è frequente constatare, pone rilevanti questioni, non solo nella dimensione giuslavoristica ma, anche, nelle dimensioni penale e, per quanto in questa sede interessa, nella dimensione tributaria.

Difatti, non di rado, è dato assistere alla (ri-)qualificazione del contratto di appalto di servizi con conseguente inquadramento dei lavoratori alle dipendenze del committente³.

Come accennato, in relazione alle condotte ora richiamate, sovente si assiste alla contestazione di illeciti penali in ragione della ritenuta inesistenza giuridica del rapporto contrattuale stipulato⁴ e, ancora, alla conseguente contestazione di violazioni tributarie, per lo più in ragione della medesima ritenuta inesistenza delle operazioni descritte nelle fatture emesse a seguito del contratto di appalto di servizi, il tutto sulla base di una ricostruzione del rapporto contrattuale largamente debitrice della prospettiva giuslavoristica (in proposito, sia consentito rinviare a COCIANI, 2024, p. 1 ss.).

Quanto alla prospettiva tributaria, la ritenuta inesistenza giuridica del rapporto contrattuale stipulato (quali che siano le ragioni di tale inesistenza), finisce per dar luogo alla contestazione della indetraibilità dell'Iva corrisposta sulle fatture di cui al contratto di appalto e ad alla indeducibilità, ai fini delle imposte sui redditi e dell'Irap, dei componenti negativi di reddito costituiti dai corrispettivi del contratto di appalto in parola, il tutto con la conseguente irrogazione delle relative sanzioni amministrative.

Nella medesima prospettiva, poi, si discute della sussistenza del potere del fisco di procedere all'accennata (ri)qualificazione in sede tributaria anche quando il contratto di lavoro (in ipotesi di appalto) risulti munito di certificazione ai sensi della c.d. "Legge Biagi".

Sul punto si è recentemente espressa la Corte di cassazione con ordinanza del 29 luglio 2024, n. 21090, ove, rammentato il potere-dovere del giudice tributario di dare una qualificazione giuridica ai fatti e ai rapporti dedotti in lite, nonché all'azione esercitata, si è affermato che spetta al medesimo giudice ricercare e porre a fondamento della propria decisione disposizioni e principi di diritto anche diversi da quelli richiamati dalle parti con il solo limite dell'immutazione della fattispecie.

³ A tale riguardo, è senz'altro possibile ricordare il caso di due società multinazionali di consegna del cibo a domicilio per le quali il Tribunale di Milano, con altrettante sentenze pubblicate lo scorso 19 ottobre 2023 (v. Trib. Milano 19 ottobre 2019, n. 3237, in *D&G*, 2023, 25 ottobre) ha condannato le stesse a versare alla gestione lavoratori dipendenti i contributi previdenziali maturati in relazione ai compensi pagati ai fattorini, sul presupposto che la prestazione lavorativa dei c.d. "riders" rientrasse tra le forme di collaborazione definite dal d.lgs. n. 81/2015 come "etero-organizzate", non avendo i lavoratori altro spazio di scelta discrezionale all'infuori della decisione se svolgere o non svolgere l'attività. Sul punto, è altresì possibile segnalare la pronuncia della Cass., Sez. Lav., 22 novembre 2023, n. 32412, in **Massimario di Giurisprudenza Civile**, 2024.

⁴ Cfr. Cass., Sez. III, 5 ottobre 2021, n. 40560, in **Giurisprudenza Commerciale**, 2021, p. 836, con nota di D'Altília (2022).

Talché, come si legge nell'ordinanza in questa sede richiamata, spetta al giudice tributario di qualificare correttamente il rapporto impositivo attraverso l'esatta applicazione della legge, senza soffrire limitazioni di sorta, nemmeno allorquando il contratto di lavoro sia stato munito di certificazione ai sensi degli artt. 75 e ss. del d.lgs. n. 10 settembre 2003, n. 276 secondo cui, in particolare, gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'articolo 80, fatti salvi i provvedimenti cautelari (cfr. art. 79 d. lgs. n. 276/2003).

Ebbene, a parere di chi scrive, la pronuncia in esame riveste particolare rilievo perché assai frequenti risultano le contestazioni – anche in sede tributaria – in ordine alla inesistenza, soggettiva ovvero oggettiva, delle operazioni dedotte nei contratti di appalto di manodopera e ciò, come accennato, facendo leva su particolari indici rivelatori elaborati, per lo più, in sede giuslavoristica allo scopo di consentire, in quella sede, la (ri)qualificazione del contratto di lavoro con l'effetto di considerare il lavoratore assunto alle dipendenze del committente e non già dell'appaltatore.

2 I CONTORNI DELLA QUESTIONE

Come pure accennato, è senz'altro opportuno precisare che la giurisprudenza penale-tributaria ricostruisce l'appalto di servizi illecito, tendenzialmente, alla stregua di operazioni *soggettivamente* inesistenti⁵ ovvero, più di recente, in termini di operazioni – sotto il profilo giuridico – *oggettivamente* inesistenti⁶. In ogni caso, in entrambe le ipotesi, risulta configurabile il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o di altri documenti per operazioni inesistenti, di cui all'art. 2 del d. lgs. 10 marzo 2000 n. 74 (su cui, senza pretesa di esaustività, si vedano: MUSCO; ARDITO, 2021, p. 135 ss.; BASSO; VIGLIONE, 2021, p. 39 ss.; ALDROVANDI, 2012, p. 229 ss.; SOANA, 2018, p. 97 ss.; LANZI; ALDROVANDI, 2017, p. 187 ss.; RUTA, 2017, p. 183 ss.; DI VETTA, 2016, p. 524 ss.; IMPERATO, 2016, p. 55 ss.; CORUCCI, 2016, p. 189 ss.).

Come noto, nella prospettiva tributaria, tali differenti ricostruzioni originano conseguenze diverse fra loro.

Quanto alla contestazione di operazioni soggettivamente inesistenti, essa presuppone l'effettiva realizzazione del negozio, talché la relativa fattispecie dà luogo, in capo al committente, alla (sola) indetraibilità dell'imposta sul valore aggiunto relativa ai corrispettivi (effettivamente pagati), sebbene in relazione ad

⁵ Cfr. Cass., Sez. III, 27 gennaio 2022, n. 16302, in *Guida dir.*, 2022, p. 20; Cass., Sez. III, 2 febbraio 2022, n. 11633, in *CED Cass. pen.*, 2022.

⁶ Cfr. Cass., Sez. III, 28 ottobre 2022, n. 45114, in *Cass. pen.*, 2023, p. 1714; Cass., Sez. III, 27 gennaio 2022, n. 16302, in *Guida dir.*, 2022, p. 20; Cass., Sez. III, 2 febbraio 2022, n. 11633, in *CED Cass. pen.*, 2022.

operazioni (ritenute) poste in essere da altro soggetto, diverso da quello che ha emesso la fattura⁷.

Al riguardo, in questo caso, si ha che il tributo addebitato in via di rivalsa dal simulato prestatore del servizio risulterebbe “estraneo” rispetto al complessivo ammontare dell’Iva posta a carico del committente in relazione alle (altre) operazioni, “realmente effettuate”⁸, ancorché, sotto il profilo fiscale, se il prestatore emette fattura per operazioni inesistenti, l’imposta è comunque dovuta per l’intero ammontare indicato nel documento (cfr. art. 21, comma 7, d.p.r. n. 633/1972) (cfr., di recente, Cass., Sez. V, 27 aprile 2020, n. 8177).

Pertanto, come accennato, la ritenuta (soggettiva) fittizietà dell’operazione, secondo la giurisprudenza prevalente, determina l’indetraibilità dell’Iva addebitata in fattura ad opera di un soggetto diverso da quello che avrebbe effettivamente reso la prestazione⁹.

Diversamente, quanto alla contestazione di operazioni oggettivamente inesistenti, ancorché limitatamente alla sola dimensione giuridica¹⁰, nella misura in cui si nega l’effettiva realizzazione dell’operazione, la relativa fattispecie dà luogo, in capo all’appaltante, non solo all’indetraibilità dell’imposta sul valore aggiunto relativamente ai corrispettivi ma, anche, all’indeducibilità, ai fini delle imposte sui redditi (e dell’Irap), dei relativi componenti reddituali, stante il ritenuto difetto del requisito della certezza quanto all’esistenza della spesa (cfr. Cass., Sez. III, 28 ottobre 2022, n. 45114, in *Cass. pen.*, 2023, p. 1714).

⁷ Cfr. Cass., Sez. V, 30 ottobre 2013, n. 2446; Cass., Sez. V, 18 giugno 2014, n. 13800, in **Massimario di Giurisprudenza Civile**, 2014; Cass., Sez. V, 5 aprile 2022, n. 11020, in **Massimario di Giurisprudenza Civile**, 2022; Cass., Sez. III, 1° giugno 2016, n. 53907, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2419.

⁸ Difatti, ai sensi dell’art. 168 della c.d. “Direttiva Iva”, (Dir. 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006), il soggetto passivo può detrarre l’Iva di cui sono gravati i beni e i servizi impiegati ai fini di sue operazioni soggette ad imposta, pertanto, il diritto a detrarre l’imposta addebitata sull’acquisto di beni o servizi presuppone che le spese effettuate per acquistare questi ultimi facciano parte degli elementi costitutivi del prezzo delle operazioni tassate a valle (v., in tal senso, Corte giust., 6 settembre 2012, C-496/11, punto 36), sicché, “quando un’operazione di acquisto di un bene o di un servizio è inesistente, essa non può avere alcun collegamento con le operazioni del soggetto passivo tassato a valle. Di conseguenza, quando manca la realizzazione effettiva della cessione di beni o della prestazione di servizi, non può sorgere alcun diritto a detrazione” – (cfr. Corte giust., 27 giugno 2018, C-459/17 e C-460/17, punto 36) ed è pertanto – “inerente al meccanismo dell’Iva il fatto che un’operazione fittizia non possa dare diritto ad alcuna detrazione di tale imposta”.

⁹ Alle stesse conseguenze la giurisprudenza perviene anche nel caso in cui l’inesistenza soggettiva si fonda non sulla riqualificazione dell’appalto in termini di illecita somministrazione di manodopera ma, al contrario, si appunti sul ruolo, ritenuto meramente “apparente”, del soggetto collettivo (es. società consortile) che svolge la funzione di appaltatore che, però, non disporrebbe dei mezzi (del personale), né dell’organizzazione, che costituisce lo strumento dell’appalto, in quanto riferibili (mezzi ed organizzazione) alle singole società (cooperative di lavoro) partecipanti al soggetto collettivo che, così, fungerebbe da mero schermo.

¹⁰ Cfr. Cass., Sez. III, 28 ottobre 2022, n. 45114, in *Cass. pen.*, 2023, p. 1714, che, peraltro, sembra dare ulteriore seguito alle elaborazioni di cui alla precedente Cass., Sez. III, 11 febbraio 2022, n. 12920, in *CED Cass. pen.*, 2022 secondo cui, ove la prestazione risulti resa dai lavoratori dipendenti in favore della società appaltante, non solo vi sarebbe un’evidente inesistenza soggettiva delle relative operazioni ma, anche, una radicale inesistenza oggettiva delle medesime operazioni che, appunto, mai avrebbero potuto costituire l’oggetto di un reale contratto tra soggetti distinti ma, soltanto, l’ordinaria esecuzione di un contratto di lavoro subordinato (di fatto) in seno alla medesima società appaltante.

In altri termini, secondo quest'ultima ricostruzione, il contratto di somministrazione di manodopera irregolare, in quanto “mascherato” da contratto di appalto di servizi, risulterebbe giuridicamente inesistente, potendo il lavoratore impiegato sulla base del contratto vietato agire in giudizio per vedersi riconosciuto il rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore effettivo (il committente), con la conseguenza che – sotto il profilo tributario – verrebbero appunto a mancare i requisiti di “certezza”, “determinatezza”, ovvero “determinabilità” dei costi e da ciò, in definitiva, deriverebbe l'irrelevanza degli stessi costi ai fini delle imposte sui redditi (e dell'Irap)¹¹.

Quanto all'Iva, poi, l'indetraibilità della relativa imposta è dovuta anche quando il contratto di appalto di servizi, che dissimuli una somministrazione irregolare di manodopera, risulti assoggettato al regime dell'inversione contabile (*reverse charge*) che, come noto, all'atto pratico, non dà luogo ad una vera e propria detrazione dell'imposta dalla massa delle (altre) operazioni attive¹². Al riguardo, tale particolare regime¹³ nega la detrazione dell'Iva in capo al cessionario, ovvero al committente, allorché risulti provato che questi fosse consapevole della frode collegata all'operazione¹⁴.

3 L'AUTONOMA QUALIFICAZIONE, A FINI TRIBUTARI, DEL RAPPORTO DI LAVORO NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

Brevemente descritti i contorni della questione che qui occupa, osservato altresì che la (ri)qualificazione del rapporto di lavoro – nella dimensione civilistica

¹¹ In tal senso sembrerebbero potersi leggere Cass., Sez. V, 7 dicembre 2018, n. 31720, in **Massimario di Giurisprudenza Civile**, 2019; Cass., Sez. III, 26 giugno 2020, n. 12897, ancorché relative solamente all'Iva (per la quale la detraibilità dell'imposta sarebbe comunque preclusa) e all'Irap, ma non anche riferite alle imposte sui redditi. Al riguardo, sia consentito rinviare a Cociani (2024); in termini critici rispetto all'orientamento giurisprudenziale in discorso si vedano Aldrovandi; Flora (2023, p. 9 ss.); Dell'Osso (2023, p. 67 ss.).

¹² Infatti, tale regime dell'inversione contabile, ai sensi dell'art. 17, commi 5, 6 e 7, d.p.r. n. 633/1972, prevede che il pagamento del tributo sia posto a carico del cessionario del bene, ovvero del committente il servizio, che, ricevuta la fattura dal cedente il bene, ovvero dal prestatore il servizio, senza addebito dell'Iva, è tenuto all'integrazione della medesima con l'indicazione dell'aliquota e della relativa imposta dovuta, per poi annotare il documento in parola, ai fini del versamento del tributo, nel registro Iva delle fatture emesse (ovvero dei corrispettivi) e, nello stesso tempo, ai fini della detrazione dell'imposta, anche nel registro Iva degli acquisti.

¹³ Successivamente inasprito (recentemente anche per effetto del disposto di cui all'art. 1, comma 152, legge n. 197/2022 che ha modificato il comma 9-bis dell'art. 6, d.lgs. n. 471/1997), ai sensi dell'art. 17, commi 5, 6 e 7, d.p.r. n. 633/1972, prevede che il pagamento del tributo sia posto a carico del cessionario del bene, ovvero del committente il servizio, che, ricevuta la fattura dal cedente il bene, ovvero dal prestatore il servizio, senza addebito dell'Iva, è tenuto all'integrazione della medesima con l'indicazione dell'aliquota e della relativa imposta dovuta, per poi annotare il documento in parola, ai fini del versamento del tributo, nel registro Iva delle fatture emesse (ovvero dei corrispettivi) e, nello stesso tempo, ai fini della detrazione dell'imposta, anche nel registro Iva degli acquisti.

¹⁴ In questi casi il cessionario è sanzionato con la misura prevista per l'illegittima detrazione di cui all'art. 6, comma 6, d.lgs. n. 471/1997, ovvero con la sanzione amministrativa pari al settanta per cento dell'ammontare della detrazione compiuta. In caso di applicazione dell'imposta in misura superiore a quella effettiva, erroneamente assolta dal cedente o prestatore, fermo restando il diritto del cessionario o committente alla detrazione, l'anzidetto cessionario o committente è punito con la sanzione amministrativa compresa fra 250 euro e 10.000 euro. La restituzione dell'imposta è esclusa qualora il versamento sia avvenuto in un contesto di frode fiscale.

(*rectius*: giuslavoristica) – finisce per inevitabilmente sollecitare (e condizionare) la qualificazione del medesimo rapporto tanto nella dimensione penale, quanto nella dimensione tributaria, è senz'altro il caso di soffermarsi sui caratteri di quest'ultima qualificazione (a fini tributari), così come messi in rilievo dalla recente giurisprudenza di legittimità.

Al riguardo, è subito da precisare che la qualificazione a fini tributari ha per oggetto il fatto economico a rilevanza tributaria – così come questo emerge dal rapporto di lavoro – e dunque, in questa prospettiva, è interessante domandarsi se la certificazione del contratto di lavoro di cui agli artt. 75 e ss. del d.lgs. n. 10 settembre 2003, n. 276 risulti capace di condizionare l'attività di controllo dell'amministrazione finanziaria e, eventualmente, quella del giudice tributario successivamente chiamato a pronunciarsi sul medesimo fatto economico¹⁵.

In merito, non sembra privo di rilievo premettere che la certificazione volontaria dei contratti di lavoro – effettuando una ricognizione della volontà negoziale espressa dalle parti che, nel relativo atto, trova così conferma con funzione probatoria di tale volontà – è stata introdotta con il dichiarato scopo di ridurre il contenzioso in materia di lavoro. Tanto più che, successivamente, l'art. 30 della legge 4 novembre 2010, n. 183, ha esteso il campo di applicazione della certificazione a tutti i contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro, così ampliando la finalità della certificazione alla più generale *prevenzione* del “contenzioso in materia di lavoro”. Da ciò si è quindi dedotta un'espansione considerevole dell'oggetto della certificazione, che può riguardare ormai una qualsiasi tipologia di contratto in cui sia implicata una prestazione lavorativa, con il rafforzamento dell'accennato obiettivo di deflazione del contenzioso in materia di diritto del lavoro (così CIUCCIOVINO, 2016).

Va poi osservato che la certificazione del contratto di lavoro spiega effetti “civili, amministrativi, previdenziali o fiscali, in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione”¹⁶, anche verso i terzi (in ogni caso – come accennato – fino al momento in cui non sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'articolo 80 dello stesso decreto, fatti salvi i provvedimenti cautelari) (cfr. art. 79 d. lgs. n. 276/2003) e, sul punto specifico, fra “i terzi” si ritiene che ben possa ricomprendersi pure l'amministrazione finanziaria (così CIUCCIOVINO, 2016).

Pertanto, si è opinato essere onere di quest'ultima – al pari di qualsiasi altro soggetto terzo – impugnare la certificazione avanti il giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, sia ai fini della corretta qualificazione giuridica del rapporto di lavoro, sia al fine di accertare l'eventuale difformità tra l'oggetto

¹⁵ Sulla certificazione dei contratti di lavoro nella prospettiva giuslavoristica si vedano, senza pretesa di esaustività: Ciucciovino (2014a); Perone e Vallbona (2004); Nogler e Marinelli (2012); Ciucciovino (2014b); Garofalo (2003, 426 ss.).

¹⁶ Cfr. art. 78 d. lgs. n. 276/2003. In questo senso, nella dimensione tributaria, gli effetti della certificazione sembrerebbero semmai limitati alle parti richiedenti la certificazione (ad esempio in ordine alla qualificazione del rapporto come di lavoro autonomo e non già di lavoro dipendente, con i conseguenti risvolti, ad esempio, in termini di misura della ritenuta Irpef), ma non sembrerebbero potersi estendere al giudice tributario e, come si vedrà più oltre, all'amministrazione finanziaria.

del contratto e la sua esecuzione, dunque anche nella prospettiva tributaria¹⁷.

Senonché, come premesso, la giurisprudenza di legittimità oggetto delle presenti note ha sul punto affermato che l'esercizio del potere-dovere del giudice tributario di qualificare l'operazione economica sottostante un contratto (anche sulla base della sua concreta esecuzione), è autonomo rispetto alla certificazione del contratto di cui agli artt. 75 e ss. del d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, e non è precluso dalla mancata impugnazione di tale certificazione (eventualmente ad opera dell'Agenzia delle entrate) davanti al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro.

In altri termini, per la Suprema Corte, la certificazione può influire come fatto dedotto nel processo, ma non può vincolare il giudice in punto di qualificazione del rapporto tributario¹⁸.

Difatti, secondo tale giurisprudenza, il potere del giudice tributario di qualificare correttamente il rapporto impositivo, sotto il profilo giuridico, si risolve nell'esatta applicazione della legge e non tollera limitazioni, peraltro non abbisognando di specifiche previsioni proprio perché esso è un connotato dell'esercizio della giurisdizione.

In altre parole, la certificazione, nella dimensione civilistica, avrebbe l'effetto di qualificare il contratto di lavoro, accertandone il contenuto con efficacia anche verso i terzi¹⁹, mentre, nella dimensione fiscale, altro non sarebbe che un elemento rilevante nella ricostruzione del fatto economico a rilevanza tributaria.

Pertanto, in base al richiamato orientamento, il quadro normativo in materia di certificazione dei contratti di lavoro, così come tracciato dagli artt. 75 e ss. del predetto d. lgs. n. 276/2003 e, in particolare, dall'art. 80 del decreto

¹⁷ In tal senso, Benincasa (2024). Per la giurisprudenza tributaria si veda Corte di giustizia tributaria di Il grado dell'Emilia Romagna, sent. n. 115 del 3 ottobre 2022, in termini analoghi Comm. Trib. regionale Emilia Romagna, sent. n. 639/2019.

Più in generale, sul tema dell'impugnazione della certificazione in discorso si vedano Corte d'Appello di L'Aquila, sez. lavoro, sent. n. 1018/2022, e Tribunale di Firenze, sez. lavoro, sent. n. 831/2017. Ove, in particolare nella prima pronuncia, si fa notare che, nelle intenzioni del legislatore (sia del 2003 che del 2010 in quanto con il c.d. "*collegato lavoro*" sono state apportate significative novità all'originario impianto) la principale finalità della certificazione è quella di fungere da strumento di argine al contenzioso sui contratti di appalto escludendo, proprio all'esito di tale attività, che possa di contro ravvisarsi nella fattispecie il diverso caso della somministrazione illecita di manodopera. Quanto ai casi, tipizzati, di opponibilità della certificazione, vi sono l'errata qualificazione del contratto, il vizio del consenso, la violazione del procedimento e l'eccesso di potere; talché, mediante l'opposizione (che riguarda unicamente l'atto amministrativo di certificazione) si tende a produrre un effetto caducatorio del suddetto atto con conseguente inefficacia anche tra le parti del contratto.

¹⁸ Cfr. Cass., Sez. trib., 29 luglio 2024 n. 21090. Al riguardo, la Suprema Corte premette che spetta al giudice dare una qualificazione giuridica ai fatti e ai rapporti dedotti in lite, nonché all'azione esercitata in causa, ricercando, a tal fine, le norme giuridiche applicabili e, se necessario, ponendo a fondamento della decisione disposizioni e principi di diritto eventualmente anche diversi da quelli richiamati dalle parti, con il solo limite dell'immutazione della fattispecie entro il perimetro della domanda (ove, rispettivamente, il richiamo a Cass. 26 febbraio 2021, n. 5253 e a Cass. 28 dicembre 2023, n. 29334).

¹⁹ Ciò lo si ricava dall'art. 80 del d. lgs. n. 276/2003 ove è fatta l'elencazione dei possibili motivi di impugnazione di quanto certificato di fronte al giudice del lavoro. Tra questi sono compresi infatti l'*"erronea qualificazione del contratto"* e il *"vizio del consenso"*. Se ne deduce, quindi, che la certificazione è valida ed efficace in quanto fornisce una qualificazione corretta (ovvero non "erronea") del contratto, basandosi sul consenso consapevole (non viziato) espresso dalle parti. (cfr. CIUCCIOVINO, 2016).

in parola (laddove si prevede che le parti possano proporre ricorso avanti al giudice del lavoro per erronea qualificazione del contratto, ovvero per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione), consente di ritenere come il legislatore non abbia inteso derogare agli ordinari poteri del giudice tributario in ordine alla qualificazione del rapporto controverso inerente all'obbligazione d'imposta.

Ne consegue, ulteriormente, che la certificazione del contratto di lavoro dispiega i suoi effetti – nei termini di cui sopra – limitatamente alla dimensione civilistica (*rectius*: giuslavoristica) del rapporto, mentre, quanto alla dimensione tributaria, è al relativo giudice – nei termini pure precedentemente esposti – che spetta ogni qualificazione, in piena autonomia, dunque, senza essere in alcun modo vincolato dagli artt. 75 e ss. del richiamato d. lgs. n. 276/2003.

In effetti, che la certificazione attenga alla dimensione giuslavoristica sembra confermato sia dalla finalità deflattiva della stessa nel medesimo ambito giuslavoristico, sia dalle competenze tecnico professionali dei certificatori, sia dalla giurisdizione del giudice del lavoro chiamato a conoscere, nel merito, delle controversie aventi ad oggetto la certificazione medesima (cfr. CIUCCIOVINO, 2016).

Nella stessa direzione sopra esposta, sempre a parere del giudice di legittimità, milita la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE laddove essa afferma che il diritto alla detrazione dell'Iva deve poggiare su requisiti di carattere sostanziale, da verificarsi nel caso concreto per mezzo del sindacato del giudice²⁰.

In questo senso poi, con particolare riferimento al trattamento ai fini Iva del distacco di personale secondo la normativa italiana, la Suprema Corte richiama altra giurisprudenza unionale ove si afferma che il nodo cruciale è costituito dall'interpretazione della causa per definire se prestazione e pagamento si condizionino reciprocamente²¹.

Del resto, osservano ancora i supremi giudici, la stessa dottrina risulta ben consapevole del tema della ricostruzione del contratto di somministrazione di manodopera irregolare “mascherato” da contratto di appalto di servizi e discute, in particolare, sulla giuridica esistenza o meno del contratto, con quanto ne consegue, sotto il profilo tributario, in ordine ai requisiti di certezza, determinatezza o determinabilità dei costi, oltre che del carico sanzionatorio, profili questi che attestano diffuse letture nel senso dell'ampia possibilità di operare la riqualificazione da parte del giudice tributario.

Ancora, a detta della medesima Corte, l'interpretazione dalla stessa accolta risulta pienamente coerente, sul piano processuale, con la previsione dell'art. 2, terzo comma, del d. lgs. n. 546/1992, laddove si dispone che il giudice tributario deve risolvere in via incidentale ogni questione da cui dipende la decisione delle controversie rientranti nella propria giurisdizione, fatta la sola eccezione in favore dell'AGO per le questioni in materia di querela di falso e

²⁰ Cfr. Corte Giust. UE, sent. 11 dicembre 2014, causa C-590/13, come richiamata da Cass., Sez. trib., 29 luglio 2024 n. 21090.

²¹ Cfr. Corte Giust. UE, sent. 11 marzo 2020, causa C-94/19, San Domenico Vetraria, parimenti richiamata da Cass., Sez. trib., 29 luglio 2024 n. 21090.

sullo stato o la capacità delle persone, diversa dalla capacità di stare in giudizio. Questa previsione – secondo la pronuncia in parola – non comporta l’abrogazione implicita, né l’inefficacia della previsione della certificazione sopra descritta, dal momento che la certificazione del contratto resta valida ed efficace sul piano civile, né si limita ad operare sul piano processuale anziché sostanziale, poiché investe il potere-dovere del giudice tributario di pronunciarsi sul rapporto qualificandolo. Sicché, l’interpretazione fatta propria dal supremo Collegio – a detta del medesimo – rispetta i limiti che l’art. 2 di cui sopra traccia in ordine ai poteri del giudice tributario e al suo rapporto con il giudice ordinario²².

Insomma, conclude la Corte, non è decisiva la giurisprudenza giuslavoristica sulla portata degli effetti della certificazione dei contratti di lavoro²³, in quanto essa riguarda la qualificazione del contratto civilistico e la sua efficacia verso terzi²⁴, comprese le autorità pubbliche, ma non si estende fino all’operazione economica sottostante²⁵, talché la certificazione non impedisce al giudice tributario di pronunciarsi sull’obbligazione tributaria intesa quale rapporto giuridico instauratosi al verificarsi di un atto o un fatto (economico) rivelatore di capacità contributiva ex art. 53 Cost. secondo la legge applicabile in materia.

In definitiva, spetta quindi al giudice tributario qualificare il fatto economico a rilevanza tributaria sottostante il contratto di appalto (e ciò anche in base alla concreta esecuzione di quest’ultimo), in guisa tale da potersi pronunciare sull’*an* e sul *quantum* dell’obbligazione tributaria.

In altre parole, quanto agli effetti della certificazione di cui agli artt. 75 ss. d. lgs. n. 276/2003, essa non è suscettibile di condizionare l’attività giurisdizionale in materia impositiva, non potendosi far discendere dalla mancata impugnazione

²² Sull’art. 2, terzo comma, d. lgs. n. 546/1992 si vedano Russo, Coli e Mercuri (2022, p. 61 ss.), secondo i quali, in definitiva, al giudice tributario spetta conoscere di tutte le questioni, pregiudiziali o preliminari, la cui soluzione sia necessaria per pronunciarsi sulla questione principale.

²³ Cfr. Corte d’Appello di L’Aquila, sent. n. 1018/2022, Tribunale di Firenze, sent. n. 831/2017, citate sopra.

²⁴ Quanto agli effetti della certificazione verso gli enti pubblici, questi si vedono privati dei loro poteri di autotutela attiva ed interdetto l’esercizio dei loro tipici poteri di diffida accertativa, contestazione, recupero previdenziale e assicurativo e sanzionatori. Così Ciucciovino (2016), secondo la quale, così, si realizza la funzione essenziale della certificazione, consistente nella produzione di certezze pubbliche, per le parti e per i terzi riguardo al contratto stipulato (ed ai suoi effetti), dotando questo di una relativa stabilità e resistenza a contestazioni in sede ispettiva e rimettendo la relativa verifica esclusivamente all’autorità giudiziaria.

Peraltro, secondo la citata autrice, sembra corretto ritenere che l’impugnativa di fronte al giudice del lavoro abbia per oggetto il *provvedimento di certificazione* e non il contratto certificato. Non solo perché la norma prevede espressamente la proposizione del ricorso “*nei confronti dell’atto di certificazione*”, ma soprattutto perché i motivi di impugnazione riguardano chiaramente il contenuto del certificato e non del contratto, benché, ovviamente, il giudice del lavoro sia chiamato a conoscere i difetti del provvedimento con riferimento ai profili di merito e sostanziali in relazione alla violazione delle norme giuslavoristiche alla base della certificazione (CIUCCIOVINO, 2016).

²⁵ Difatti, a ben vedere, la certificazione ha per oggetto il *contratto di lavoro* e non anche il *rapporto di lavoro* per la cui valutazione, evidentemente, rilevano le modalità di esecuzione del contratto stesso. In tal senso Ciucciovino (2016), la quale osserva che non potrebbe essere altrimenti, atteso che la commissione è priva di qualsivoglia potere di verifica e accertamento dei profili esecutivi del rapporto di lavoro, di cui dispongono, invece, le autorità preposte a conoscere dell’effettiva esecuzione del rapporto di lavoro quali sono l’autorità giudiziaria o ispettiva. Sicché la funzione del certificatore è ben diversa e in nessun modo sovrapponibile a quella svolta dal giudice e dall’autorità di vigilanza.

di tale certificazione, nella competente sede, alcun effetto preclusivo in ordine al potere-dovere del giudice tributario così come ora ricostruito.

4 ALCUNE PRECISAZIONI SULLA RICONOSCIUTA ESISTENZA DEL POTERE DI AUTONOMAMENTE QUALIFICARE IL FATTO A RILEVANZA TRIBUTARIA, ANCHE QUANDO IL RELATIVO CONTRATTO RISULTI MUNITO DI CERTIFICAZIONE

La pronuncia di legittimità appena richiamata offre dunque l'opportunità di svolgere alcune brevi considerazioni, sia per quanto concerne l'attività giurisdizionale in sede tributaria, sia per quanto concerne l'attività amministrativa di accertamento.

Partitamente.

4.1 Quanto all'Attività Giurisdizionale in Sede Tributaria

Anzitutto, laddove l'ordinanza in parola riconosce al giudice tributario la prerogativa di non rimanere condizionato dagli effetti prodotti dalla certificazione del contratto di lavoro, risulta riaffermare la tendenziale autonomia del giudizio tributario rispetto alla giurisdizione civile e amministrativa giacché, come dalla stessa Corte ricordato (attraverso il richiamo all'art. 2, terzo comma, d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546), spetta al medesimo giudice tributario risolvere in via incidentale ogni questione da cui dipende la decisione, con le ricordate eccezioni della querela di falso e delle questioni sullo stato o capacità delle persone.

Ne consegue che la decisione della Corte di giustizia tributaria non risulta suscettibile di particolari condizionamenti ad opera delle pronunce del giudice civile o amministrativo – fatto salvo quanto si preciserà oltre – su eventuali questioni costituenti antecedenti logici rispetto al giudizio tributario, tant'è che il giudice tributario non può sospendere il processo in attesa della definizione di quello civile o amministrativo, tranne nel caso in cui, invocata l'autorità di una sentenza civile o amministrativa nel nostro processo, tale pronuncia sia stata impugnata²⁶.

Sul punto, in termini generali, nel caso di giudicato formatosi nel giudizio nel quale la questione considerata è stata decisa in via principale, se il giudicato dispone l'annullamento dell'atto, il relativo effetto caducatorio opera anche nel processo tributario, diversamente, il giudicato risulta vincolante in sede tributaria a seconda che le parti dei due giudizi siano le stesse oppure no (così RUSSO; COLI; MERCURI, 2022, p. 62 ss.).

Tanto premesso, va rilevato che l'ordinanza in questa sede esaminata non risulta richiamare il potere dello stesso giudice tributario di cui all'art. 7, quinto

²⁶ Cfr. Pistolesi (2023, p. 336), ove si precisa che solo a tali condizioni il giudicato civile quanto quello amministrativo spiegano effetto vincolante nel processo tributario.

comma, del medesimo d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 che, come noto, prevede il potere officioso delle Corti di giustizia tributaria di disapplicare, in relazione all'oggetto dedotto in causa, regolamenti e atti amministrativi generali rilevanti ai fini della decisione, come detto, ferma restando l'eventuale impugnazione di essi nelle competenti sedi²⁷.

Ciò, forse, o perché la Corte non ritiene che la certificazione del contratto di lavoro possa rientrare tra gli atti oggetto di disapplicazione, ovvero, in alternativa, perché la Corte ritiene la norma di cui all'art. 7, quinto comma, ora richiamata, come assorbita in quella di cui all'art. 2, terzo comma, in parola²⁸.

Ebbene, cominciando ad esaminare quest'ultima ipotesi interpretativa, è da rilevare che il recente d. lgs. 14 novembre 2024, n. 175, recante il testo unico della giustizia tributaria, al quarto comma dell'art. 52, a sua volta dedicato ai poteri delle Corti di giustizia tributaria di primo e secondo grado, espressamente statuisce che:

Le corti di giustizia tributaria di primo e secondo grado, se ritengono illegittimo un regolamento o un atto generale rilevante ai fini della decisione, non lo applicano, in relazione all'oggetto dedotto in giudizio, salva l'eventuale impugnazione nella diversa sede competente.

E poiché il richiamato testo unico risulta avere carattere espressamente compilativo, avendo come obiettivo la ricognizione della normativa vigente in materia e la creazione di una disciplina organica che contempli in un unico *corpus* le norme in materia di giurisdizione e processo tributario, si deve ritenere che l'attuale art. 7, quinto comma, d. lgs. n. 546/1992, laddove dispone il potere di disapplicazione del giudice tributario, sia ancora pienamente vigente, altrimenti sarebbe stato espunto dal testo unico in parola.

Quanto poi alla disapplicabilità dell'atto di certificazione del contratto di lavoro, essendo previsto il potere di disapplicazione dei regolamenti e degli *atti amministrativi generali*, d'ufficio, *a fortiori*, si potrebbe ritenere ammissibile il riconoscimento del potere – in capo al giudice tributario – di disapplicare la certificazione del contratto di lavoro che, invero, risulta allo scopo qualificabile alla stregua di un atto amministrativo particolare, naturalmente alla condizione che la stessa certificazione risulti investita dai motivi di doglianza ritualmente dedotti nel corso del giudizio tributario²⁹.

²⁷ Più in generale, sui poteri istruttori officiosi del giudice tributario, anche con finalità di integrazione gli oneri probatori incombenti sulle parti e, in quanto tali, utilizzabili solo quando sia impossibile o assai difficile fornire, da colui che vi è tenuto, la prova richiesta e si prospetti l'oggettiva incertezza sui fatti di causa, si veda pure Pistolesi (2023, p. 130).

²⁸ In tal senso si vedano Russo, Coli e Mercuri (2022, p. 62 ss.), a parere dei quali l'art. 7, quinto comma, d. lgs. n. 546/1992 sarebbe da ritenersi tacitamente ed implicitamente abrogato dall'art. 2, terzo comma, d. lgs. n. 546/1992 posto che quest'ultima norma attribuisce al giudice tributario anche il potere di conoscere, in via incidentale, della legittimità o meno degli atti suddetti.

²⁹ Per la giurisprudenza che ammette come la disapplicazione in parola possa essere pronunciata dal giudice d'ufficio, alla sola condizione che i regolamenti e gli atti generali siano stati investiti dai motivi d'impugnazione dell'atto opposto, si veda Cass., Sez. V, 24 gennaio 2019, n. 1952.

Quanto alla natura di atto amministrativo particolare della certificazione dei contratti di lavoro, è appena in caso di osservare che, secondo la prevalente ricostruzione dottrinale, essa costituisce un *atto amministrativo di certazione*, cioè produttivo di certezza della qualificazione dei rapporti interpretati nei confronti delle pubbliche autorità destinatarie dell'atto medesimo³⁰. E ancora, la stessa dottrina giuslavoristica osserva che il certificato è frutto della discrezionalità valutativa tecnico-giuridica della commissione che, qualificando il contratto, ad esso attribuisce la forza giuridica della certezza pubblica, con effetto vincolante per le parti e per i terzi interessati (art. 79, co.1).

Infine, la natura di atto amministrativo della certificazione può essere altresì dedotta dalla natura amministrativa del relativo procedimento, a sua volta desumibile dalla facoltà dei soggetti destinatari del provvedimento (certificazione) di proporre ricorso al TAR per “*violazione del procedimento o per eccesso di potere*”, così come previsto dall'art. 80, quinto comma, del decreto più volte richiamato³¹. In questo senso, si noti che, a conclusione del procedimento di certificazione, la commissione emette un provvedimento motivato che, come si è detto, accerta la conformità del contratto e della sua qualificazione giuridica alla disciplina legale applicabile. Pertanto, dalla motivazione del certificato, quale elemento essenziale della certificazione (cfr. art. 78, co. 2, lett. c), se ne può dunque ricavare la natura *provvedimentale*, benché il legislatore menzioni più volte genericamente l’“atto” di certificazione (cfr. l'art. 78, co. 2, lett. d e l'art. 81, co. 1) (cfr. CIUCCIOVINO, 2016).

Osservato quindi che l'atto di certificazione del contratto di lavoro è, in realtà, un provvedimento amministrativo individuale, rimane da chiarire se esso possa essere fatto oggetto di disapplicazione da parte del giudice tributario anche in mancanza di un'espressa previsione normativa in tal senso.

Si potrebbe dire, infatti, che tale potere officioso di disapplicazione è espressamente previsto dal legislatore per gli atti generali, mentre nulla esso

³⁰ Così Ciucciovino (2016), ove riferimenti. Tanto è vero che il procedimento di certificazione è regolato, nei suoi elementi essenziali ed indefettibili, dall'art. 78 nonché dai regolamenti adottati dalle commissioni e, per quanto non diversamente disciplinato, dalle norme generali in materia di procedimento amministrativo. Sono elementi essenziali del procedimento: a) la comunicazione di inizio del procedimento alla Direzione Territoriale del Lavoro competente che ne cura l'ulteriore comunicazione agli enti interessati; b) la durata non superiore a 30 giorni del procedimento; c) la motivazione del provvedimento e la menzione delle autorità cui è possibile ricorrere; d) la menzione degli effetti – civili, amministrativi, previdenziali e fiscali – del certificato. A conclusione del procedimento, la commissione emette un provvedimento motivato di certificazione che, come si è detto, accerta la conformità del contratto e della sua qualificazione giuridica alla disciplina legale applicabile. Dalla motivazione del certificato, quale elemento essenziale della certificazione (cfr. art. 78, co. 2, lett. c), se ne può ricavare la natura *provvedimentale*, benché il legislatore menzioni più volte genericamente l’“atto” di certificazione (cfr. l'art. 78, co. 2, lett. d e l'art. 81, co. 1), (cfr. CIUCCIOVINO, 2016).

³¹ Cfr. Ciucciovino (2016), la quale sottolinea che il procedimento di certificazione è regolato, nei suoi elementi essenziali ed indefettibili, dall'art. 78 nonché dai regolamenti adottati dalle commissioni e, per quanto non diversamente disciplinato, dalle norme generali in materia di procedimento amministrativo, al riguardo osservando che sono elementi essenziali del procedimento: a) la comunicazione di inizio del procedimento alla Direzione Territoriale del Lavoro competente che ne cura l'ulteriore comunicazione agli enti interessati; b) la durata non superiore a 30 giorni del procedimento; c) la motivazione del provvedimento e la menzione delle autorità cui è possibile ricorrere; d) la menzione degli effetti – civili, amministrativi, previdenziali e fiscali – del certificato.

dispone riguardo alla disapplicazione degli atti amministrativi individuali, talché non si potrebbe dedurre, per via interpretativa, alcun potere di disapplicazione da parte del giudice in relazione alla certificazione dei contratti di lavoro.

Tuttavia, si è già fatto notare che la richiamata disposizione di cui al quinto comma dell'art. 7 citato, come pure quella di cui al successivo art. 8 del medesimo d. lgs. n. 546/1992 (sulla disapplicazione delle sanzioni per obiettiva incertezza), altro non sarebbero che ipotesi attributive di poteri officiosi al giudice investito della lite d'imposta³².

Talché, in questo senso, le richiamate disposizioni rappresenterebbero un'apertura rispetto ai vincoli imposti dalla natura dispositiva del processo e, ancora, troverebbero logica giustificazione nella più corretta attuazione della tutela giurisdizionale (così, ancora, TINELLI, 2021, p. 72 s.). Insomma, per la dottrina tributaria appena richiamata, i poteri officiosi di disapplicazione *de quibus* non costituiscono un'eccezione ma, al contrario, risultano coerenti con una lettura sistematica per cui, ove non ne sia espressamente prevista l'esclusione, essi rientrano (*de plano*) tra quelli attribuiti alla giurisdizione speciale tributaria (TINELLI, 2021, p. 73).

In altre parole, ben si può ritenere che nulla vieti al giudice tributario – nel decidere la controversia ad esso devoluta – di disapplicare anche gli atti amministrativi particolari, o individuali, ritenuti illegittimi, per l'impugnazione dei quali non è contemplata la sua giurisdizione e sempreché essi risultino rilevanti ai fini della decisione (cfr. PISTOLESI, 2023, p. 133).

In effetti, si è appunto osservato che l'art. 7, quinto comma, d. lgs. n. 546/1992, non menziona tali atti solo perché è più frequente che sia un provvedimento generale, anziché uno particolare, a incidere sull'oggetto della lite tributaria, ma, qualora un atto individuale si ripercuotesse sulla materia del contendere, la Corte potrebbe sancirne la sua disapplicazione con riferimento all'oggetto della controversia rimessa alla sua cognizione (cfr. PISTOLESI, 2023, p. 133).

Pertanto, tornando al caso che qui ci occupa, la riconosciuta facoltà dell'a.f. di impugnare la certificazione nelle competenti sedi giudiziarie (sia essa quella civile, davanti al giudice del lavoro, rispetto al merito, sia essa quella amministrativa rispetto ai vizi del procedimento), non limita – di per sé – tale potere di disapplicazione che pure, specularmente, a nulla rileva rispetto all'eventuale procedimento di impugnazione della certificazione medesima davanti al giudice competente.

Naturalmente, in caso di accoglimento dell'impugnazione con sentenza definitiva, il relativo effetto caducatorio si dispiega in sede tributaria, peraltro nei termini di cui si dirà meglio appresso.

³² Cfr. Tinelli (2021, p. 71-73), il quale ne osserva la differenza rispetto al modello accolto nel sistema processualcivilistico.

4.2 Quanto all'Attività Amministrativa in Sede Tributaria e ai Relativi Limiti Procedimentali e Processuali

Quanto poi ai riflessi della sopra richiamata giurisprudenza sull'attività amministrativa di accertamento, nel mentre la pronuncia in parola afferma il potere del giudice tributario di autonomamente qualificare il fatto a rilevanza tributaria sottostante il contratto di lavoro certificato, essa non sembra intervenire direttamente sugli effetti prodotti dalla certificazione in discorso che, come precisato, ha ad oggetto il contratto di lavoro e non anche il fatto a rilevanza tributaria.

Talché, si potrebbe ritenere che tutte le autorità ispettive (ivi compresa l'Agenzia delle Entrate) non possano procedere alla (ri)qualificazione di un contratto di lavoro certificato³³, senza prima ricorrere in giudizio per conseguire l'effetto caducatorio della certificazione di cui sopra si è fatto cenno (così, BENINCASA, 2024).

Senonché, stanti la funzione e i poteri dell'amministrazione finanziaria (anche in quanto rivolti a colmare il *deficit* conoscitivo della stessa nella ricostruzione del fatto a rilevanza tributaria)³⁴ e tenuto conto della struttura impugnatoria del giudizio tributario, sembra difficile riconoscere un'effettiva portata pratica al principio di diritto espresso dall'ordinanza n. 21090/2024, di cui sopra, senza ipotizzare che l'amministrazione finanziaria abbia già precedentemente (ri)qualificato il fatto economico a rilevanza tributaria direttamente, dunque, anche senza aver prima promosso l'impugnazione della certificazione avanti al giudice competente (sia esso quello ordinario, in funzione di giudice del lavoro, ovvero quello amministrativo)³⁵.

In ogni caso, è da ritenersi pacifico che al fisco spetti l'attuazione amministrativa (nel senso dell'applicazione pratica) della norma tributaria, operazione, questa, che presuppone l'interpretazione e la qualificazione del contratto alla luce delle norme applicabili³⁶.

³³ Peraltro, è noto che interpretazione e qualificazione sono operazioni giudiziali. Sul tema si veda Melis (2003, in partic. p. 266), ove si chiarisce tale attività giudiziale si sostanzia nell'applicazione di norme di diritto, come tale sottratta all'autonomia delle parti, ivi riferimenti.

³⁴ Sulla rilevanza della posizione di inferiorità conoscitiva del fisco rispetto alla ricostruzione del fatto a rilevanza tributaria, sia in chiave di giustificazione della previsione di doverosi obblighi di collaborazione del contribuente, sia in chiave di giustificazione della previsione legale di forme di compressione di posizioni giuridicamente tutelate del debitore d'imposta e di conseguenti penetranti poteri istruttori amministrativi oltre che in tema di regole di attenuazione di oneri dimostrativi della p.a. in materia tributaria, si veda Tinelli (2021, p. 7), il quale osserva che, in ogni caso, tale disciplina normativa deve sempre indirizzarsi verso la ricostruzione dell'oggettività del fatto fiscalmente rilevante e non può subire deviazioni derivanti dalla cura di interessi diversi da quelli tutelati dalla norma primaria.

³⁵ Sotto altro profilo, favorevole a riconoscere il diritto del fisco di procedere (direttamente) alla corretta qualificazione dei contratti risulta altresì Falsitta (1999, p. 204). Sul tema della (ri)qualificazione del contratto ad opera dell'Amministrazione finanziaria si veda ancora Melis (2003, p. 267), ove si chiarisce che nulla osta a che tale attività – di regola spettante al giudice – sia esercitata anche da soggetti diversi dai contraenti, purché aventi un interesse alla diversa qualificazione fatta dalle parti. In definitiva, secondo la citata dottrina, si tratta di ricondurre una fattispecie legale ad un presupposto del tributo. Pertanto, il tema è, semmai, quello di verificare quali siano i limiti di tale riqualificazione ad opera del fisco.

³⁶ Al riguardo, semmai, il tema è verificare quali siano i limiti di tale (ri)qualificazione ad opera del fisco, ovvero quali siano i limiti procedurali e processuali a tale attività.

Opinare diversamente significherebbe – non senza contraddizione – ammettere il sindacato del giudice tributario solo ove il fisco abbia già conseguito, in esito alla propria azione di impugnazione, l'esito caducatorio di cui sopra ma, allora, la pronuncia ora annotata risulterebbe *inutiliter data*.

Sicché non può negarsi il sindacato del giudice tributario ove il fisco abbia proceduto all'accertamento, previa autonoma (ri)qualificazione da parte di quest'ultimo, del fatto economico a rilevanza tributaria.

Ad esiti in parte diversi dovrebbe potersi giungere nel caso in cui la certificazione sia stata impugnata e, all'esito del relativo giudizio cui abbia partecipato anche l'a.f., l'azione sia stata rigettata, così confermando la validità della certificazione del contratto di lavoro che ne è l'oggetto. In questo caso, ove la relativa pronuncia sia divenuta definitiva, si potrebbe ritenere che il giudice tributario debba prendere atto di tale statuizione, non potendo procedere alla disapplicazione dell'atto.

Senonché, a ben vedere, occorre precisare che – come già osservato – oggetto della certificazione è il contratto di lavoro mentre, d'altra parte, il giudizio tributario si impenna sul fatto economico a rilevanza tributaria che, a sua volta, dipende anche dal rapporto di lavoro.

Pertanto, a nostro parere, la soluzione risulta dipendere dalla estensione e dalla profondità del sindacato del giudice investito dell'impugnazione della certificazione.

Al riguardo, si è già detto che, a mente dell'art. 80 d. lgs. n. 276/2003, nei confronti dell'atto di certificazione, le parti e i terzi, nella cui sfera giuridica l'atto stesso è destinato a produrre effetti, possono proporre ricorso:

- i. avanti il giudice civile, in funzione di giudice del lavoro, per erronea qualificazione del contratto oppure per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione;
- ii. avanti il giudice amministrativo, per violazione del procedimento o per eccesso di potere.

Conseguentemente, se il giudizio sul provvedimento di certificazione – che ben può estendersi anche ai profili di merito e sostanziali della violazione o meno delle norme giuslavoristiche – abbia espressamente escluso la violazione di tali regole, in questo caso, esigenze di economia processuale indurrebbero a ritenere che la certificazione – così come successivamente “convalidata” con pronuncia definitiva – dovrebbe poter concorrere a definire (nel senso dalla stessa attestato) i contorni del fatto a rilevanza tributaria anche in quest'ultima sede (ovvero in sede di giudizio sull'impugnazione del provvedimento impositivo che abbia autonomamente qualificato il fatto imponibile in difformità rispetto a quanto accertato con la certificazione poi convalidata).

Beninteso, in questo caso particolare, nella ricostruzione del fatto imponibile, il giudice tributario dovrà comunque tenere in considerazione tutti

quegli elementi che concorrono a qualificare il rapporto di lavoro e, in detto contesto, anche la certificazione così come convalidata all'esito di un giudizio di merito³⁷.

Diversamente, nel caso in cui il giudizio si sia arrestato ai profili procedimentali, non sembra che il provvedimento giudiziale amministrativo (confermativo della certificazione) possa vincolare il giudice tributario³⁸, né l'Ufficio finanziario. Difatti, il giudice amministrativo – competente per i vizi ora ipotizzati – può rimuovere, annullandola, la certificazione, ma non ha giurisdizione sul contratto certificato (cfr. CIUCCIOVINO, 2016) né, tantomeno, sul rapporto di lavoro. Sicché, nel caso in cui il giudice amministrativo, investito dell'impugnazione per vizi di tipo procedimentale, abbia poi convalidato l'atto, si ribadisce che in nulla tale pronuncia pare in grado di limitare la cognizione e l'autonomia del giudice tributario e, prima ancora, dello stesso Ufficio impositore.

Per completezza, ove invece l'Ufficio avesse previamente conseguito la caducazione della certificazione (tanto ad opera del giudice del lavoro, quanto ad opera del TAR), dunque con effetti *erga omnes*, il giudice tributario, per parte sua, non sarebbe in alcun modo vincolato dalla certificazione medesima, perché già priva di concreti effetti nella prospettiva tributaria.

5 ULTERIORI PRECISAZIONI SULLA POTESTÀ AMMINISTRATIVA D'IMPOSIZIONE DEL FATTO IMPONIBILE CUI È RICONDUCIBILE IL CONTRATTO DI LAVORO CERTIFICATO

In un'altra prospettiva, e come già accennato, pare a chi scrive che la portata della pronuncia di legittimità di cui sopra – pur nel silenzio della Corte sui poteri dell'Agenzia delle Entrate nel caso in cui il contratto di lavoro sia munito di certificazione – sia suscettibile di estendersi oltre la dimensione strettamente processuale, per investire anche la dimensione dell'attuazione amministrativa della norma tributaria.

Insomma, pare a chi scrive che la Suprema Corte, nel ribadire la tendenziale autonomia del giudizio tributario rispetto a quello civile (e – si potrebbe aggiungere – a quello amministrativo), abbia voluto riconoscere una sorta di ulteriore “binario” – oltre a quello giuslavoristico e a quello penale – incentrato appunto sul fatto economico a rilevanza tributaria, da tener distinto (non foss'altro per il ripetuto richiamo al principio della capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost.) rispetto alle fattispecie giuslavoristica e penale.

³⁷ Difatti, le prove già formatesi nei processi civile e amministrativo ben possono essere impiegate dal giudice tributario per formare il proprio convincimento. Così Pistolesi (2023, p. 337).

³⁸ Al riguardo, è appena il caso di ribadire che, a mente dell'art. 80, quinto comma, è dato impugnare avanti al Tar il provvedimento di certificazione per violazione del procedimento o per eccesso di potere. Sotto il primo profilo, la violazione del procedimento può consistere in una violazione delle prescrizioni di cui agli artt. 77 e 78 (es. mancata o difettosa comunicazione alla DTL dell'inizio del procedimento o il difetto del requisito della volontarietà del procedimento); sotto il secondo profilo, l'eccesso di potere potrebbe sostanziarsi nel rigetto ingiustificato dell'istanza di certificazione; nel diniego non sufficientemente motivato della certificazione; nell'incompetenza territoriale; nel difetto o contraddittorietà della motivazione (cfr. CIUCCIOVINO, 2016).

Il tema (dell'autonomia del giudizio tributario), ora accennato, richiama quello, ben più ampio, dell'autonomia del diritto tributario che però, per evidenti ragioni di spazio, non può essere in questa sede trattato³⁹.

È tuttavia possibile osservare come, ad oggi, risulti ormai del tutto superata l'impostazione caratterizzata dalla (seppur implicita) concezione gerarchica delle varie branche giuridiche, nel cui contesto alle norme finanziarie sarebbe assegnato un posto di second'ordine sol perché – apparentemente – non riconducibili a sistema⁴⁰.

Oggi, nessuno più dubita dell'autonomia e dell'indipendenza del diritto tributario, non solo sotto il profilo scientifico e didattico ma, anche, come è dato riscontrare, nell'applicazione pratica che di tale campo dell'esperienza giuridica vien fatta dalla giurisprudenza. Invero, risulta ormai del tutto acquisita la possibilità di individuare principi comuni che disciplinano questo settore del diritto e che, come noto, risultano preordinati al riparto dei carichi pubblici, contemperando l'interesse generale della collettività all'acquisizione dei mezzi finanziari e quello individuale dei singoli consociati al rispetto del loro patrimonio⁴¹.

Pertanto, anche qualora si volesse accogliere – come invero pare doversi fare – l'impostazione secondo cui tra norme fiscali e norme civili vi sarebbe un rapporto di presupposizione (che però, a sua volta, presuppone separatezza e autonomia) (al riguardo è possibile rinviare a CIPOLLINA, 1992, p. 120), nel caso in cui non vi sia una precisa indicazione normativa che richiami la norma civile, la norma tributaria rimane libera di configurare il concetto in altra sede espresso⁴² e, quindi, al relativo interprete è consentito qualificare la fattispecie concreta alla luce della norma tributaria applicabile, a sua volta da interpretarsi sulla base degli ordinari canoni dell'ermeneutica giuridica tra cui, a nostro parere, un posto particolare è da attribuirsi all'interpretazione c.d. "sistematica".

Da quanto sopra consegue che, così come non sembra corretto annettere alla certificazione dei contratti di lavoro una portata che, nell'attuazione della norma tributaria applicabile (e quindi nei confronti del fisco), vada oltre la dimensione giuslavoristica, risulta altresì tutt'altro che ineccepibile trarre dalla (ri)qualificazione del contratto di lavoro nella sola dimensione giuslavoristica corrispondenti e meccaniche conseguenze anche nella dimensione tributaria (oltre che in quella penale-tributaria), tant'è vero che la giurisprudenza di

³⁹ Al riguardo è possibile rinviare a Cipollina (1992, in particolare, p. 96 ss.), ove ampi riferimenti bibliografici.

⁴⁰ Su cui Einaudi (1934, p. 95), il quale osservava che i "giuristi di cartello guardano con malcelato compatimento alla norma finanziaria sol perché la vedono mutevole, determinata da bisogni contingenti di tesoro, perché vedono troppo spesso con raccapriccio violati dalle contingenti norme tributarie i principi più saldi del diritto privato".

⁴¹ Al riguardo si veda Fantozzi (2003, p. 10 ss.), il quale, subito dopo, osserva altresì che in "infiniti casi" la c.d. "ragion fiscale" deforma la disciplina del tributo in funzione delle esigenze di controllo del fisco. Nel senso che il diritto tributario mostra un andamento pendolare che oscilla tra esigenza di giustizia, espressa dal principio costituzionale di capacità contributiva, ed esigenza di controllo, espressa da tutte le norme che deformano il primo principio in favore dell'interesse del fisco.

⁴² Basti pensare al significato della nozione di possesso, ben diversa nel settore tributario rispetto a quella propria del settore civile.

legittimità in discorso – attraverso plurimi richiami alla giurisprudenza unionale – si sofferma sulla necessità di verificare, in concreto, l'esistenza del presupposto del tributo alla luce dell'esame dei caratteri sostanziali della fattispecie prevista nell'atto normativo ritenuto applicabile.

Le precisazioni ora svolte, ove condivise, sembrano condurre a riconoscere una tendenzialmente piena autonomia alla dimensione tributaria, tanto rispetto alla dimensione giuslavoristica, quanto rispetto a quella penale (beninteso, per quest'ultima, al netto del raccordo di cui all'art. 21-*bis* d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74)⁴³, e ciò, tanto più, anche nel caso in cui il contratto di lavoro non risulti munito di certificazione, giacché, quello che rileva nella prospettiva tributaria, è il fatto imponibile (semmai da ricostruirsi alla luce del concreto *rapporto* di lavoro) e non anche la certificazione, o meno, del *contratto* di lavoro.

In questo senso, ad esempio, non dovrebbe essere sufficiente – nella prospettiva tributaria – ritenere il contratto di appalto come simulato nella (sola) dimensione giuslavoristica per poi affermare, *de plano*, ad esempio, l'indetraibilità dell'Iva del relativo corrispettivo senza aver prima accertato la concreta fattispecie tributaria e dimostrato – con le regole che governano il relativo processo – l'inesistenza soggettiva dell'appaltatore e la consapevolezza di ciò in capo al committente, ovvero l'inesistenza (oggettiva) della stessa prestazione dedotta in contratto.

In altre parole, quanto al caso in cui il contratto sia munito di certificazione, seppure al giudice tributario spetti il potere-dovere di autonomamente (ri) qualificare la fattispecie di cui al fatto economico a rilevanza tributaria (eventualmente previa disapplicazione dell'atto di certificazione del contratto di lavoro), lo stesso dovrà comunque, *a fortiori*, accertare con particolare rigore – nel rispetto delle regole sulla prova nel processo tributario (su cui, *ex multis*, GALLO, 2024, ove riferimenti) – l'inesistenza, soggettiva ovvero oggettiva, della relativa operazione, anche in questo caso senza limitarsi all'acritica riproduzione degli indici che a tal fine rilevano nella dimensione giuslavoristica, tanto più allorquando la certificazione non sia stata precedentemente demolita dal giudice civile in esito alla previa impugnazione di essa per profili di merito.

Peraltro, pare a chi scrive che, sebbene la certificazione del contratto non sia di per sé idonea ad incidere sulla qualificazione del fatto imponibile in sede tributaria, le dichiarazioni rese dalle parti in occasione della certificazione potrebbero comunque rilevare nella predetta sede alla stregua di prove atipiche.

La questione ora accennata, in ordine all'autonomia della reazione nella dimensione tributaria, peraltro, sembra riecheggiare quella che in passato si è posta in ordine all'estensione ed alla profondità dei poteri del fisco rispetto ai comportamenti elusivi.

In questo senso, è stata già messa in rilievo l'esigenza di semplificare l'impiego degli strumenti di intervento a disposizione dell'amministrazione finanziaria, senza cioè rendere necessario esperire azioni di simulazione o di

⁴³ In particolare, sul rapporto tra processo penale e processo tributario, di recente, si veda Giovannini (2024, p. 159 ss.), nonché, in termini problematici, Tosi (2024).

annullamento avanti al giudice civile (al riguardo si veda FANTOZZI, 1991, p. 121, ove riferimenti). Tuttavia, è stato altresì ritenuto opportuno evitare di concedere all'amministrazione finanziaria troppo ampi poteri di (ri)qualificazione della fattispecie che, come tali, avrebbero potuto – come potrebbero tuttora – rivelarsi in contrasto con il principio della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost.⁴⁴.

Sicché, è stato a suo tempo ipotizzato di risolvere il problema sul piano dell'interpretazione, attribuendo adeguata rilevanza agli aspetti economici della qualificazione giuridica delle fattispecie⁴⁵, beninteso nel limite della insuperabilità della realtà giuridica (cfr. MELIS, 2003, p. 271, ove il richiamo ad AMATUCCI, 1965, p. 146 ss.).

Difatti, non è inutile ricordare che il tributo risulta dovuto in ragione della realizzazione del fatto economico così come previsto dalla legge e non anche di un qualsivoglia fatto economico non giuridicamente qualificato (cfr. NATOLI, 1997, p. 446), specie nel sistema delle imposte sui redditi⁴⁶, cui sono destinati a riflettersi, quanto meno in parte, gli effetti della disapplicazione della certificazione o, detto altrimenti, gli effetti della (ri)qualificazione del fatto imponibile ad opera del fisco ovvero del giudice tributario.

In ogni caso, come pure è stato messo in rilievo, l'attività di interpretazione e qualificazione di un contratto non può mai spingersi fino a trasformarlo (D'AMICO, 1993, p. 194).

Comunque, in ipotesi di abuso (es. nel ricorrere ad un contratto di appalto “mascherato” e, ciò nonostante, munito di certificazione⁴⁷), l'Ufficio tributario – fermo restando il potere di impugnare la certificazione in sede civile, avanti al giudice del lavoro – potrà, in presenza dei prescritti presupposti, comunque ricorrere alla clausola generale antiabuso di cui all'art. 10-*bis* dello Statuto dei diritti del contribuente, beninteso nel rispetto delle previste garanzie, senza perciò incidere sulla dimensione giuslavoristica (In tema, si vedano: GLENDI; CONSOLO; CONTRINO, 2016; DELLA VALLE; FICARI; MARINI, 2016; più di recente, ZIZZO, 2022, ove riferimenti).

⁴⁴ Quanto al limite di cui all'art. 23 Cost., per tutti, si veda Fedele (1994, p. 157), per il quale può arrivarsi fino al massimo limite dei risultati dell'interpretazione, che enuncia e trae a conseguenza opzioni e composizioni di interessi già implicite nel testo dell'atto normativo.

⁴⁵ Cfr. Fantozzi (1991, p. 122; 179). Sul tema si veda altresì Melis (2003, in partic. p. 251 ss.), ove si chiarisce che per interpretazione dei contratti si intende la determinazione del senso giuridicamente rilevante della dichiarazione negoziale, condotta alla stregua della norma giuridica che ha il compito di fissare l'oggetto della ricerca, ivi riferimenti.

⁴⁶ Su cui Moschetti (1973, p. 63), il quale osserva che le espressioni giuridiche possono interpretarsi nel loro significato economico solo nei limiti in cui ciò si armonizzi con la lettera e la *ratio* del sistema normativo.

⁴⁷ Difatti, a mente dell'art. 10-bis, secondo comma, lett. a), della legge n. 212/2000, si considerano “operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato”.

6 CONCLUSIONI

In conclusione, la posizione della giurisprudenza di legittimità, per come sopra illustrata – ancorché abbia tralasciato di soffermarsi sul potere officioso del giudice tributario di disapplicazione (di cui all'art. 7, quinto comma, d. lgs. n. 546/1992) – sembra presupporre l'esistenza di differenti finalità nell'esercizio dell'attività di qualificazione, a seconda che essa sia svolta in una dimensione civilistica (*rectius*: giuslavoristica), ovvero tributaria.

Nel primo caso, l'attività di (ri)qualificazione del reale contenuto dell'atto – che, ove munito di certificazione, ne presuppone la previa demolizione – darebbe luogo, anzitutto, ad una limitazione in capo alle parti contraenti e, successivamente, si rifletterebbe sulle posizioni degli enti previdenziali.

Diversamente, nella dimensione tributaria, assumendo rilievo centrale la 'giuridicizzazione' del fatto economico a rilevanza tributaria, la (ri)qualificazione mirerebbe all'accertamento dell'obbligazione tributaria corrispondente alla capacità contributiva espressa dal presupposto d'imposta⁴⁸ e, ciò, ancorché il contratto sia munito di certificazione, oggetto di disapplicazione, *de facto* (anche solo per via interpretativa), da parte del relativo giudice.

In effetti, pure a non voler considerare la differenza tra l'oggetto della certificazione (il contratto di lavoro) e l'oggetto dello scrutinio da parte del giudice tributario (il fatto imponibile eventualmente collegato al rapporto di lavoro), l'automatica trasposizione delle regole civilistiche in tema di qualificazione – nonché dei risultati cui è dato pervenire attraverso l'applicazione di tali regole – alla dimensione tributaria risulta impedita dalla non uniformità dei principi ispiratori e dalle diverse esigenze di tutela proprie dei due sistemi e, ancora, trova un ostacolo nell'ontologica differenza dei fatti da accertare nelle due prospettive in esame, laddove quella tributaria si caratterizza per l'esercizio di un'attività amministrativa di accertamento tendenzialmente vincolata (in tema si veda altresì FIORENTINO, 1992, p. 207, nonché, MELIS, 2003, p. 289 s.), alla luce dei penetranti poteri normativamente concessi all'amministrazione finanziaria, per parte sua chiamata a curare un interesse, quello fiscale, di rango ordinamentale⁴⁹.

Sicché, in definitiva, si ha motivo di ritenere che la pronuncia qui annotata abbia ulteriormente confermato l'impostazione secondo cui la dimensione tributaria risulta del tutto autonoma anche rispetto alla dimensione civile (giuslavoristica) e, ciò, pure quando il contratto di lavoro sia munito di certificazione.

Pertanto, se questa è la cornice teorica di riferimento, non si può non auspicare che, nella (ri)qualificazione in sede tributaria del fatto imponibile,

⁴⁸ Sulla distinzione accennata nel testo fra le finalità proprie della dimensione civilistica (non necessariamente giuslavoristica) e di quella tributaria, si veda Fiorentino (1996, p. 97); Fiorentino (1999, p. 1.055 ss.).

⁴⁹ Per l'inquadramento teorico dei problemi attinenti l'attribuzione ed il controllo dei poteri di supremazia dell'amministrazione sui consociati, si veda Fedele (2005, p. 1).

tanto l'Ufficio quanto il giudice tributario vogliano andare oltre la meccanica trasposizione – nella medesima sede tributaria – dei risultati della (ri)qualificazione civilistica allorquando questa si presti a consentire la contestazione della inesistenza, ad esempio, del contratto di appalto di servizi (tanto sotto il profilo soggettivo, quanto sotto il profilo oggettivo), con ciò che ne consegue in termini di indetraibilità dell'Iva, indeducibilità dei relativi costi (ai fini delle imposte sui redditi e dell'Irap) e in termini di sanzioni tributarie amministrative irrogate.

In altre parole, si esprime l'auspicio che il giudice tributario, ove chiamato a decidere sull'impugnazione del provvedimento impositivo, anche qualora abbia ritenuto di tenere in non cale il provvedimento di certificazione, non voglia limitarsi a ritenere provato il fatto imponibile solo perché non condizionato dalla medesima certificazione del contratto di lavoro (in quanto disapplicata) ma, voglia, in concreto, ad esempio per quanto concerne il contratto di appalto di servizi, adeguatamente accertare – sulla base delle regole tributarie – l'inesistenza soggettiva dell'appaltatore, in questo caso accertando anche la consapevolezza del committente, la ovvero la inesistenza oggettiva della prestazione dedotta in contratto.

Insomma, se vi è – come pure vi è – autonomia della dimensione tributaria rispetto a quella del lavoro, non ci si può ricordare che essa esiste solo per superare la certificazione dei contratti di lavoro, per poi dimenticarsene quando occorre accertare l'effettiva integrazione del fatto imponibile da parte del contribuente e, se del caso, la conseguente responsabilità del medesimo contribuente che tale fatto non abbia correttamente dichiarato⁵⁰.

RIFERIMENTI

ALDROVANDI, Paolo. La nozione di “fatture o altri documenti per operazioni inesistenti” nel “diritto vivente” ed il “nuovo volto” del diritto penale tributario. In: **Indice Penale**, Milano, Ed. Cedam, v. 15, n. 2, p. 217-241, 2012.

ALDROVANDI, Paolo; FLORA, Giovanni. Frode fiscale e contratti di appalto simulati: verso un diritto penale “totale”? In: **Rassegna Tributaria**, Roma, Ed. ETI, v. 67, Fascicolo 1, p. 9-24, 2023.

AMATUCCI, Andrea. **L'interpretazione della norma di diritto finanziario**. Napoli: Jovene, 1965.

BASSO, Ezio D.; VIGLIONE, Alessandro. **Diritto penale tributario**. Torino: Giappichelli, 2021.

⁵⁰ Più in generale, sui rapporti tra diritto tributario e diritto civile si veda Fregni (1998, ove, in particolare a pag. 13), si premette che l'obbligazione tributaria è disciplinata in modo compiuto nelle leggi tributarie per ciò che attiene alla sua fattispecie e al meccanismo da cui essa scaturisce, oltre che per quanto attiene ai soggetti obbligati al pagamento, al *quantum* dovuto, alle modalità e alle forme nelle quali l'imposta deve essere riscossa.

BENINCASA, Giada. Accertamento tributario e riqualificazione dei contratti certificati: facciamo chiarezza. In: **BollettinoAdapt.it - Scuola di Alta Formazione Sulle Relazioni Industriali e di Lavoro**, Modena, Ed. Collana ADAPT, n. 32, 16 settembre 2024.

CIPOLLINA, Silvia. **La legge civile e la legge fiscale**: il problema dell'elusione fiscale. Padova: Cedam, 1992.

CIUCCIOVINO, Silvia. Certificazione dei contratti di lavoro. In: SANTORO PASSARELLI, Giuseppe (a cura di). **Trattato di diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale**: privato e pubblico. Torino: Utet, 2014b.

CIUCCIOVINO, Silvia. Certificazione dei contratti di lavoro. In: **Treccani, Diritto on line**, Roma, Ed. Istituto della Enciclopedia Italiana, 2016.

CIUCCIOVINO, Silvia (a cura di). **La certificazione dei contratti di lavoro**: problemi e questioni aperte. Torino: Giappichelli, 2014.

COCIANI, Simone Francesco. L'appalto di servizi, tra criticità tributarie e possibili rimedi. In: **Rivista Telematica di Diritto Tributario**, Pisa, Ed. Pacini, n. 1, 7 gennaio 2024.

COCIANI, Simone Francesco. Profili tributari della riqualificazione dell'appalto di servizi. In: **AmbienteDiritto.it: Rivista Giuridica di Diritto Pubblico**, Tortorici, Ed. AmbienteDiritto.it, anno XXIV, fasc. n. 1, p. 1-19, 2024.

CORUCCI, Enrico. Il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti. In: GIARDA, Angelo; PERINI, Andrea; VARRASO, Gianluca. **La nuova giustizia penale tributaria**. Padova, 2016.

D'AMICO, Giovanni. **Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge**. Milano: Giuffrè, 1993.

D'ALTILIA, Letizia. Il reato di dichiarazione fraudolenta per operazioni "soggettivamente" inesistenti: un discutibile caso di assimilazione della prova penale a quella civil. In: **Giurisprudenza Commerciale**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 49, Fascicolo 4, p. 840-847, 2022.

DELLA VALLE, Eugenio; FICARI, Valerio; MARINI, Giuseppe (a cura di). **Abuso del diritto ed elusione fiscale**. Torino: Giappichelli, 2016.

DELL'OSSO, Alain Maria. Appaltante, datore di lavoro, evasore fiscale: fluidità dei ruoli nella giurisprudenza penal-tributaria. In: **Rivista di Diritto Tributario**, Pisa, Ed. Pacini, Fascicolo 4, 2023.

DI VETTA, Giuseppe. I reati di dichiarazione fraudolenta. In: GIOVANNINI, Alessandro; DI MARTINO, Alberto; MARZADURI, Enrico (a cura di). **Trattato di diritto sanzionatorio tributario**: diritto penale e processuale. v. I. Milano: Giuffrè, 2016.

EINAUDI, Luigi. In difesa della scienza delle finanze. In: **La Riforma Sociale: Rivista Critica di Economia e di Finanza**, Roma Ed. Einaudi, anno XLI, vol. XLV, p. 93-99, gennaio-febbraio 1934.

FALSITTA, Gaspare. **Manuale di diritto tributário**: parte generale. 3. ed. Padova: Cedam, 1999.

FANTOZZI, Augusto. **Diritto tributário**. Torino: Utet, 1991.

FANTOZZI, Augusto. **Il diritto tributário**. Torino: Utet, 2003.

FEDELE, Andrea. **Appunti dalle lezioni di diritto tributário**. Torino: Giappichelli, 2005.

FEDELE, Andrea. La riserva di legge. In: AMATUCCI, Andrea (Dir.). **Trattato di diritto tributário**. v. I, t. 1. Padova: Cedam, 1994.

FIORENTINO, Stefano. Alcuni appunti in tema di (supposta) utilizzazione del lease-back come strumento di elusione fiscale. In: **Rivista di Diritto Tributario**, Pisa, Ed. Pacini, v. III, p. 202 ss., 1992.

FIORENTINO, Stefano. **L'elusione tributaria**: scelte di metodo e questioni terminologiche. Napoli: ESI, 1996.

FIORENTINO, Stefano. Riflessioni sui rapporti tra qualificazione delle attività private e accertamento tributário. In: **Rassegna Tributaria**, Roma, Ed. ETI, v. 4, p. 1.055ss., 1999.

FREGNI, Maria Cecilia. **Obbligazione tributaria e codice civile**. Torino: Giappichelli, 1998.

GALLO, Franco. Brevi considerazioni in materia di onere della prova nel processo tributario dopo la riforma della giustizia tributaria e dello statuto dei diritti del contribuente: relazione svolta in occasione del convegno "L'onere della prova nel sistema giurisdizionale". Università di Chieti – Pescara, 5 e 6 dicembre 2024. In: Tax News (Supplemento online alla Rivista Trimestrale di Diritto Tributario), Torino, Ed. Giappichelli, 12 dicembre 2024.

GAROFALO, Mario Giovanni. La certificazione dei rapporti di lavoro. In: CURZIO, Pietro (a cura di). **Lavori e diritti**: dopo il decreto legislativo 276/2003. Bari: Cacucci, 2003.

GIOVANNINI, Alessandro. I rapporti fra processo penale e processo tributário. In: GIOVANNINI, Alessandro (a cura di). **La riforma fiscale**: i diritti e i procedimenti: accertamento, sanzioni, e rapporti fra processi. v. III. Pisa: Pacini, 2024.

GLENDI, Cesare; CONSOLO, Claudio; CONTRINO, Angelo (a cura di). **Abuso del diritto e novità sul processo tributário**: commento al D. Lgs. 5 agosto 2015, n. 128 e al D. Lgs. 24 settembre 2015, n. 156. Milano: Ipsoa, 2016.

IMPERATO, L. I delitti in materia di dichiarazione: commento agli artt. 1 e 2 d. lgs. 74/2000 mod. d.lgs. 158/2025. In: CARACCIOLI, Ivo (a cura di). **I nuovi reati tributari**. Milano: Giuffrè, 2016.

LANZI, Alessio; ALDROVANDI, Paolo. **Diritto penale tributario**. Milano: Cedam, 2017.

MELIS, Giuseppe. **L'interpretazione nel diritto tributário**. Padova: Cedam, 2003.

MOSCHETTI, Francesco. **Il principio della capacità contributiva**. Padova: Cedam, 1973.

MUSCO, Enzo; ARDITO, Francesco. **Diritto penale tributário**. 4. ed. Bologna: Zanichelli, 2021.

NATOLI, Luigi Ferlazzo. La rilevanza del fatto in diritto tributário. In: **Studi in onore di Victor Uckmar**. v. I. Padova: Cedam, 1997.

NOGLER, Luca; MARINELLI, Marino (a cura di). **La riforma del mercato del lavoro**: commento alla legge 4 novembre 2010 n. 183, 2010. Milano: Utet, 2012.

PERONE, Giancarlo; VALLBONA, Antonio (a cura di). **La certificazione dei contratti di lavoro**. Torino: Giappichelli, 2004.

PISTOLESI, Francesco. **Il Processo tributário**. 2 ed. Torino: Giappichelli, 2023.

RUSSO, Pasquale; COLI, Fabio; MERCURI, Giuseppe. **Diritto processuale tributário**. Milano: Giuffrè, 2022.

RUTA, Gaetano. La dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti. In: BRICCHETTI, Renato; VENEZIANI, Paolo (a cura di); PALAZZO, Francesco; PALIERO, Carlo Enrico (Dir.). **Trattato teorico pratico di diritto penale**: i reati tributari. Torino: Giappichelli, 2017

SOANA, Gian Luca. **I reati tributari**. Milano: Giuffrè, 2018.

TINELLI, Giuseppe. **Diritto processuale tributário**. Milano: Cedam, 2021.

TOSI, Loris. La nuova disciplina del rapporto tra processo tributario e processo penale. In: Tax News (Supplemento online alla Rivista Trimestrale di Diritto Tributario), Torino, Ed. Giappichelli, Fascicolo 2, 25 novembre 2024.

ZIZZO, Giuseppe. **La clausola generale antiabuso**: tra certezza del diritto ed equità del prelievo. Pisa: Pacini, 2022.

Submissão em: 17 de março de 2025

Último Parecer favorável em: 26 de maio de 2025

Como citar este artigo científico

COCIANI, Simone Francesco. Appalto di servizi, certificazione del contratto e riqualificazione del fatto economico a rilevanza tributaria: nota a Cass., Sez. Trib., Ord. 29 luglio 2024 n. 21090. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 6, n. 2, p. 74-98, maio-ago. 2025.

IMPORTANCIA DEL INSTITUTO DE DERECHO MERCANTIL GLOBAL DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA EN MATERIA ARBITRAL. ROL DEL GRUPO DE TRABAJO DE CUMPLIMIENTO¹

VICTOR HUGO GUERRA HERNÁNDEZ²

RESUMEN

En este breve artículo, hago una reseña de la labor que cumplen algunas organizaciones internacionales para el desarrollo del conocimiento en materia de negocios, y del arbitraje internacional, como medio de solución alternativa de conflictos. Incluyo la descripción del Grupo de Trabajo de Cumplimiento, que funciona en el Instituto de Derecho Mercantil Global de la Cámara de Comercio Internacional, Grupo que viene realizando, desde el 2021, una ardua labor para la construcción de capacidades y la divulgación del conocimiento, en la comunidad profesional que se dedica al derecho de los negocios, mercantil y de arbitraje, con un enfoque particular hacia la atención de las pequeñas y medianas empresas (PYMEs).

Palabras claves: Arbitraje. Negocios. Cumplimiento. Doctrina internacional.

¹ A Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica agradece a “Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional” (n. 5, 2025), parceira venezuelana, pela cessão do presente artigo científico para publicação no Brasil. / La Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica agradece a “Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional” (n. 5, 2025), socio venezolano, por facilitar este artículo científico para su publicación en Brasil.

² Of Counsel de la Firma Internacional Cremades & Calvo-Sotelo. Ex-Director Legal de Philip Morris International para Latinoamérica, Canadá, y los Estados Unidos. Doctor en Derecho, MSc en Derecho Internacional Privado y Comparado. LLM Universidad de Harvard. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) de la Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria (VenAmCham). Miembro fundador de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Miembro de la Junta Directiva del Instituto de Negocios de la ICC, y Global Head de su *Compliance Task Force*. Abogado autorizado para ejercer en Colombia y Venezuela. Profesor de Derecho Internacional Privado, Derecho Económico Internacional, Derecho Administrativo Global Comparado, Inversión Extranjera y Arbitraje Comercial. LinkedIn <https://www.linkedin.com/in/victorhguerrah/> vh.guerra@cremadescalvosotelo.com / <https://www.cremadescalvosotelo.com/>

ABSTRACT

In this brief article, I review the work carried out by some international organizations for the development of knowledge in business matters, and international arbitration, as a means of alternative dispute resolution. I include the description of the Compliance Working Group, which operates within the Institute of World Business Law of the International Chamber of Commerce, a Group that has been developing, since 2021, an arduous task of building capacity and disseminating knowledge, in the professional community dedicated to business, commercial and arbitration law, with a particular focus on serving small and medium-sized enterprises (SMEs).

Keywords: Arbitration. Business. Compliance. International doctrine.

“[...] La diversidad es una fortaleza clave de la Corte de la CCI y es esencial para la legitimidad del arbitraje internacional. Con la Corte de la CCI más diversa de su historia, con 195 miembros de 120 países y mujeres en su mayoría, debemos asegurarnos de beneficiarnos de la gama completa de experiencias y perspectivas. Esto requiere hacer todo lo posible para crear un espacio seguro e inclusivo que permita a todos ser ellos mismos en la Corte y en la comunidad de arbitraje internacional en general, de modo que reflejemos a la comunidad empresarial global [...]” (Claudia Salomon, en: INDULIA, 2022).

1 INTRODUCCIÓN

En las siguientes líneas expondré algunos aspectos que considero relevantes en relación con el papel que cumplen las organizaciones internacionales de diversa índole para el desarrollo colectivo de la humanidad, y la conservación de la Paz en el planeta.

En este sentido, presentaré la labor que realiza el Instituto de Derecho Mercantil Global o, en inglés *Institute of World Business Law*, de la Cámara de Comercio Internacional o, en inglés la *International Chamber of Commerce*, en lo sucesivo el “Instituto” y la “ICC”, ambos con sede en París, Francia.

Les voy a presentar, específicamente, la labor que realizamos desde el Grupo de Trabajo de Cumplimiento, o el *Compliance Task Force*, el cual tengo el honor de presidir desde enero del 2024.

Cerraré esta nota con una reflexión sobre la importancia que tiene la doctrina internacional, como fuente del Derecho, y con mi acostumbrado balance y perspectivas.

Agradezco una vez más la generosa invitación de mi colega Wilfredo Monsalve García a participar en esta nueva edición Anuario Venezolano de

Arbitraje Nacional e Internacional, a cargo de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA).³

2 ¿QUÉ ES EL INSTITUTO DE DERECHO MERCANTIL GLOBAL?

Tal y como lo ha indicado Claudia Salomon en sus diversas conferencias y entrevistas, hoy la ICC, con más de un siglo de existencia, se presenta como una organización más diversa e inclusiva.⁴

Si bien aún hay un largo camino que recorrer, sin duda el acercamiento de los sistemas del derecho civil y anglosajón –desde distintas jurisdicciones–, y la participación cada vez mayor de profesionales originarios de las regiones del sur del planeta –América Latina, África y Países Árabes–, van haciendo cada vez mas global la misión, objetivos e iniciativas de la ICC y de sus distintos órganos, como el Instituto.

El Instituto es una de las instituciones especializadas de la ICC que, junto con la Corte que presta los servicios de solución de controversias, se ocupa de la formación y el intercambio de conocimientos y experiencia en cuestión de arbitraje, de derecho mercantil internacional, y más recientemente de temas de “*compliance*” o cumplimiento/conformidad (véase ICC [S. d.]).

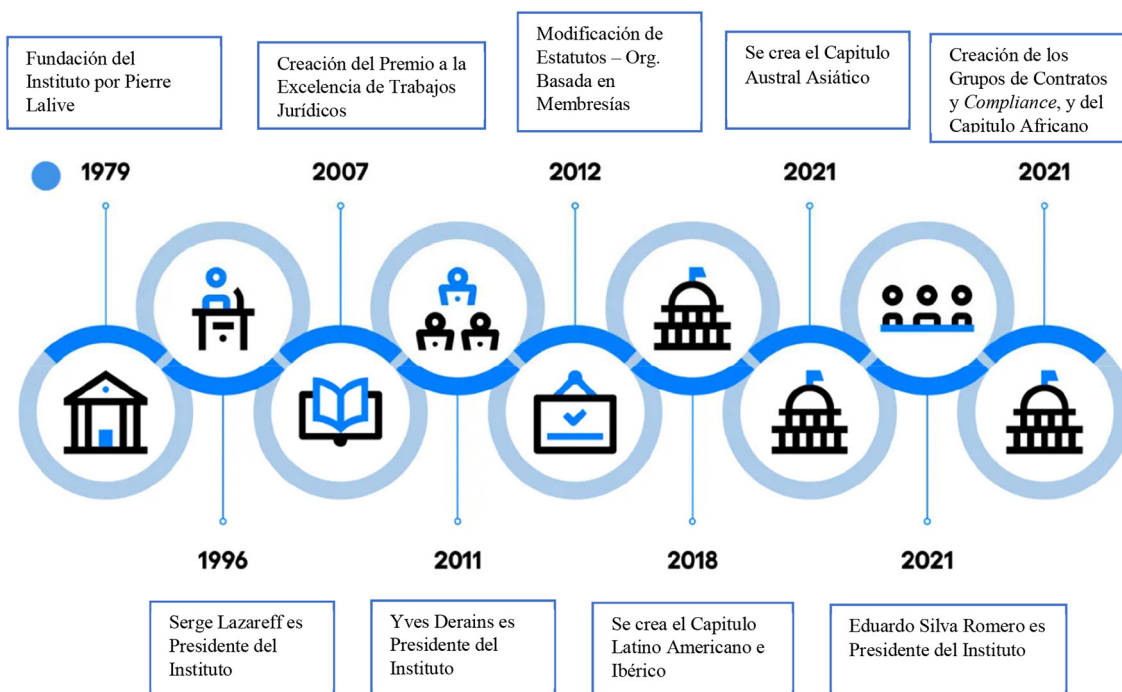
Las funciones principales del Instituto son:

- i. fomentar el estudio de temas y cuestiones jurídicas relativas a los negocios internacionales;
- ii. fomentar un conocimiento más amplio de la legislación y las prácticas de los negocios internacionales;
- iii. fortalecer los vínculos entre los profesionales de negocios internacionales, académicos e investigadores;
- iv. ofrecer a abogados, representantes empresariales y estudiantes de derecho un medio para profundizar su conocimiento de las técnicas jurídicas del comercio internacional y permitirles aplicarlas en la práctica.

³ Recomendando estar atentos a las publicaciones de esta importante Asociación profesional, disponible en: <<https://avarbitraje.com/>>.

⁴ La ICC se fundó en París, Francia en 1919 para prestar servicios a los negocios mundiales, mediante la promoción del comercio y la inversión, el mercado abierto de bienes y servicios, y el flujo libre del capital. Por su parte la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC se creó en 1923. Disponible en: <<https://iccwbo.org/>>.

A continuación, presento un gráfico que describe los principales hitos del Instituto:



Vale la pena resaltar que el Instituto trabaja durante todo el año para organizar una amplia gama de capacitaciones y eventos, presenciales, en línea y en formato híbrido, la mayoría de los cuales están abiertos, de forma gratuita a quienes no son miembros del Instituto.

En este sentido, y además de los llamados “*One-Day-Trainings*” o entrenamientos de un día, en temas técnicos especialmente orientados hacia el arbitraje, el Instituto desarrolla sus actividades académicas a través de tres grupos de trabajo o “*task forces*”. Estos grupos son: i. contratos internacionales; ii. arbitraje; y iii. “compliance” o cumplimiento. Este último, lo explicaré en mayor detalle en la siguiente sección.

Finalmente, es importante tener en cuenta la conferencia anual del Instituto, que es la oportunidad para que los expertos legales deliberen sobre un tema de actualidad y contribuyan a la reflexión sobre nuevas prácticas en el arbitraje internacional. Esta conferencia anual reúne a profesionales de todo el mundo, personas de los negocios, abogados y académicos internacionales para deliberar sobre un tema específico.

Los temas centrales de las conferencias anuales, y desde el año 2000, han incluido aspectos relacionados con la protección de los negocios globales e inversiones; la prevención de la corrupción y el lavado de activos; los aspectos específicos de los procedimientos en el arbitraje internacional y la prevención de disputas en los casos internacionales. Así, por ejemplo, el tema del 2024 fue

sobre la “Res Judicata, preclusión de la demanda, preclusión de la cuestión y división de la demanda”; y, en el 2023 giró en torno a la “Buena fe en el arbitraje internacional: ¿un camaleón versátil?”.

3 EL “COMPLIANCE” O CUMPLIMIENTO. ¿QUÉ ES Y CUÁL ES LA FUNCIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO DE CUMPLIMIENTO?

Quisiera primero comenzar explicando algunos aspectos relacionados con el “*compliance*” o cumplimiento. Así, una definición común de cumplimiento es el acto o proceso de cumplir con una solicitud, demanda, propuesta o régimen, voluntariamente o mediante coerción.

Una definición más técnica la brindan las Reglas de la ICC para Combatir la Corrupción, y se refiere a

[...] cumplir con las leyes, regulaciones, directrices y estándares relevantes para una industria o sector en particular. Implica adherirse a las reglas prescritas y cumplir con las obligaciones para asegurar una conducta legal y ética en las operaciones comerciales. Además, es crucial asegurar que las organizaciones operen con integridad y responsabilidad (ICC, 2023).

En general el “*compliance*” o cumplimiento puede abarcar diversos aspectos, tales como:

- i. cumplimiento Normativo;
- ii. cumplimiento Financiero;
- iii. cumplimiento de Privacidad de Datos;
- iv. cumplimiento Ambiental; y
- v. cumplimiento Interno.

Adicionalmente, el cumplimiento abarca, no sólo las leyes y regulaciones aplicables, sino también los códigos, políticas y prácticas internas, como, por ejemplo, documentos generalmente llamados “Código de Conducta” o “Guía para el Éxito Empresarial”.

El diseño y la implementación de un programa de cumplimiento anticorrupción es de por sí demandante, y puede ser particularmente difícil para las pequeñas y medianas empresas (PYMEs). En muchas jurisdicciones, las leyes y regulaciones nacionales brindan definiciones vagas o no describen los requisitos formales para el cumplimiento anticorrupción. Como resultado, las PYMEs a menudo se encuentran navegando en un panorama complejo con orientación limitada.

Por ello, para el Grupo de Trabajo de Cumplimiento o, el *Compliance Task Force*, del Instituto las PYMEs han sido un principal punto de interés en nuestra misión de divulgación del conocimiento y construcción de capacidades.

Pero ¿qué es y cuál es la función del Grupo de Trabajo de Cumplimiento?

El Instituto creó en el 2021, un Grupo de Trabajo sobre Cumplimiento para examinar las numerosas cuestiones relacionadas con el cumplimiento normativo. El *Compliance Task Force* es un equipo de trabajo especializado que se formó para abordar las tareas, desafíos y problemas específicos en temas de cumplimiento.

Nuestro Grupo está integrado por miembros del Instituto, con diversas habilidades y experiencias, siendo nuestro principal objetivo, alineados con la misión del Instituto y de la ICC, proveer conocimiento y construir capacidades en los temas de cumplimiento de forma clara, integral y eficiente.

Los temas de cumplimiento son de interés para todas las empresas que intentan abrirse camino en un mundo normativo complejo, diverso y dinámico. Nuestro Grupo de Trabajo se estableció entonces para desarrollar las capacidades y promover el comercio internacional mediante la identificación de problemas de cumplimiento normativo, en particular para las PYMEs, y ofrecer soluciones desde una perspectiva jurídica especializada.

Así, desde el 2023, nuestro Laboratorio sobre Cumplimiento Normativo, ha brindado conocimientos básicos, pero comprensivos y completos, a las PYMEs sobre cumplimiento normativo, con el propósito de ayudarlas a administrar mejor los riesgos de incumplimiento.

La labor de nuestro Grupo de Trabajo es transversal a cualquier tipo de industrias, y abordamos los temas del cumplimiento desde una visión 360, que contribuye a reforzar, y en algunos casos a crear, una cultura sostenible sobre estos temas. Nuestro objetivo es que además de brindar conferencias y entrenamientos en línea y *webinars*, produzcamos material escrito que pueda ser consultado gratuitamente por cualquier interesado, empresarios, abogados, académicos, etc. En este sentido, resalto dos documentos desarrollados por nuestro Grupo:

- i. la “*Sanctions: Basic Guide for SMEs*” (ICC, 2022); y
- ii. las “*Conclusions of the ICC Institute SME Labs. Basics on Compliance*” (Nov. 2024), y disponible en línea en Diciembre 2024 (Véase ICC, 2022).⁵

⁵ Véase ICC Institute activities - ICC - International Chamber of Commerce. Este documento, incluye entre otros aspectos, una introducción al *Compliance* para PYMEs; un grupo de preguntas relevantes, tales como ¿qué significa y abarca exactamente el término “función de cumplimiento”?, ¿qué es un “programa de cumplimiento”?, ¿el tamaño de la empresa es relevante para crear una función y un programa de cumplimiento?, ¿cuáles son los elementos esenciales, los recursos y los costos relacionados con el desarrollo de una función y/o un programa de cumplimiento? ¿qué tipos de fuentes/directrices/regulaciones y otros recursos existen para ayudar a las empresas que están interesadas en desarrollar una función y/o programa de cumplimiento eficiente? ¿Cuáles son algunas conclusiones para las PYME al desarrollar sus funciones y/o programas de cumplimiento? Y, también ejemplos de cláusulas modelo y un buen anexo de referencias en línea y gratuitas.

Por último, quiero resaltar que, a partir del 2025 en la página oficial del Instituto, estarán disponibles y de manera gratuita, todas las grabaciones de los *webinars* que venimos desarrollando desde el 2023. Ello para que todos los interesados que no pudieron participar en su momento, y, para los que ya participaron, puedan verlas y volver a revisar la información y conceptos presentados durante cada una de estas sesiones.

4 BREVE REFERENCIA A LAS FUENTES AUXILIARES DEL DERECHO. DECISIONES JUDICIALES Y LA DOCTRINA INTERNACIONAL Y SU RELACIÓN CON LA LABOR DEL INSTITUTO

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en su artículo 38 establece las fuentes, tradicionalmente del Derecho Internacional Público, de la siguiente manera:

- i. tratados internacionales: los acuerdos escritos entre Estados que crean normas vinculantes.
- ii. costumbre internacional: Prácticas generales aceptadas como derecho;
- iii. principios generales del derecho: Principios jurídicos reconocidos por las naciones civilizadas;
- iv. la jurisprudencia de la Corte: Las decisiones previas de la Corte Internacional de Justicia, que pueden ser usadas como precedentes; y
- v. la doctrina: los trabajos de los más altamente cualificados en materia de derecho internacional, como los juristas, académicos y expertos en la materia.

Los autores han indicado que las decisiones judiciales y la doctrina constituyen medios auxiliares para la determinación de las reglas de Derecho. Constituyen bajo los términos del artículo 38, fuentes auxiliares, no formales, del Derecho y en tal sentido, contribuyen a la constatación de este (GUERRA HERNÁNDEZ, 2000, p. 104 y ss.).

En el caso específico de las decisiones judiciales habría que agregar lo dispuesto en el artículo 59 del Estatuto, el cual señala: “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.”.

Según este artículo, algunos han señalado que los jueces no pueden crear Derecho sino sólo aplicarlo. En mi opinión, el juez no es un autómatá programado solamente para aplicar la norma jurídica y, en consecuencia, limitarse a constatar las reglas de Derecho. Hoy, tanto en los sistemas anglosajones, como en los civiles, apreciamos la clara creación de Derecho por parte de los jueces. Los anglosajones desde sus mismos inicios, a través del llamado *common law*, y

en los civiles sobre todo a través de la actividad judicial realizada por las Cortes Constitucionales y Consejos de Estado.

El juez cuando decide emite juicios de valor con contenido jurídico, que en mayor o menor medida le permiten crear Derecho. Y, a estas afirmaciones no escapan los Magistrados de la Corte Internacional de Justicia.

Además, y, no obstante, el hecho de que no son consideradas fuentes directas las decisiones judiciales de la Corte tiene una influencia considerable a la hora de buscar las reglas de Derecho, y ello se debe, en parte, al alto grado de profesionalidad y formación jurídica de los Magistrados que la componen (AKEHURST, 1992, p. 36).

Cabe también resaltar que en el plano de las decisiones judiciales la Corte Internacional de Justicia procura mantener una cierta uniformidad, respetando, en la medida de lo posible, sus propios precedentes en casos similares. Ello, a pesar de no existir una regla que le ordene hacerlo. Esta conducta de los Magistrados de la Corte ha creado seguridad jurídica, desde su propia creación en 1945, y siendo la continuadora, a partir de 1946, de la labor que desempeñó la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el período entre guerras mundiales.

Por su parte, la doctrina de los publicistas adquiere un valor que quizás ella no tiene en otras disciplinas jurídicas. Tal vez por la naturaleza y dinamismo del Derecho Internacional, y la propia fragilidad del sistema jurídico internacional, en cuanto a la distinción entre la *lex lata* y la *lex ferenda* (PROSPER, 1992, p. 140 y 141).

Sin embargo, la doctrina internacional es, al menos en nuestros tiempos, y en mi opinión, una fuente material del Derecho y, a diferencia de las decisiones judiciales, no es una fuente de creación de soluciones jurídicas al estilo de una norma legal.

Lo que no hay que perder de vista es que los procesos de codificación en nuestros días son más intensos, dinámicos y complejos que en el pasado. Ello hace que el valor que, en un momento determinado, tenía cierto tipo de fuentes se vea relegado, para dar paso a otros tipos de fuentes de Derecho, que van a responder mejor y de manera más efectiva a las necesidades y el conflicto entre partes.

Pensemos, por ejemplo, el auge que ha tomado la *lex mercatoria* en los procesos arbitrales; o, los ejemplos de *soft law* representados por las resoluciones de los organismos internacionales, e incluso en temas más concretos, la normativa estándar aprobada por la ISO (GUERRA HERNÁNDEZ, 2022).

La doctrina internacional es entonces un valioso instrumento, conformado por estudios de alta tecnicidad jurídica, que contribuyen en la labor de la interpretación de las reglas de Derecho que realiza el operador jurídico a la hora de resolver una controversia, bien sea en jurisdicción ordinaria o a través de los medios alternativos de solución de conflictos, como el arbitraje internacional.

En mi opinión, el trabajo que realiza el Instituto de Derecho Mercantil Global de la Cámara de Comercio Internacional, y que se presenta de forma escrita, a través de los diversos documentos que genera el Instituto, constituyen ejemplos claros de esa doctrina internacional, a la que se refiere, de manera genérica, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Estos documentos del Instituto son la consecuencia de análisis, estudios, reuniones y aprobaciones de muy alto nivel, realizadas por expertos en las diversas materias, que gozan además de la publicidad que permite colocarles gratuitamente en la red.⁶

5 PALABRAS FINALES

La doctrina internacional tiene gran importancia como una fuente material del Derecho que contribuye a complementar otras fuentes de Derecho Internacional como los tratados y la costumbre. Cumple además un papel orientador, pues proporciona a los operadores jurídicos, como a la Corte Internacional de Justicia, pero también a los árbitros en los procesos de arbitraje internacional, perspectivas sobre la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, particularmente las internacionales.

La doctrina internacional contribuye a la evolución y el refinamiento del Derecho, en nuestro caso del Derecho Internacional, a través de la reflexión académica, la investigación y producción jurídica de los temas de actualidad cuya complejidad requiere de la labor de expertos.

Para la Cámara de Comercio Internacional este papel doctrinal lo cumple en gran medida el Instituto de Derecho Mercantil Global. El Instituto desempeña una extraordinaria labor de divulgación del conocimiento y la construcción de capacidades, que como hemos dicho antes, abarca distintos tópicos generales como el “*compliance*”, los contratos internacionales y el arbitraje en especial.

Espero que este breve artículo sirva a los lectores para conocer y vincularse más a las diversas opciones que ofrece el Instituto, y a conocer sus productos y trabajo, en favor de la comunidad empresarial, jurídica y de la academia en general.

BIBLIOGRAFÍA Y ENLACES

AKEHURST, Michael. **A modern introduction to international law**. Londres / Nueva York: Routledge, 1992.

⁶ Otros ejemplos de doctrina internacional pueden ubicarse en los productos/resultados de la labor que desarrollan las asociaciones que agrupa la sociedad y sello del MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT [S. d.].

AVA - Asociación Venezolana de Arbitraje. Disponible en: <<https://avarbitraje.com/>>.

GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor Hugo. **Análisis de las fuentes en el sistema venezolano de derecho internacional privado**: artículos 8 del Código de Procedimiento Civil y 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2000.

GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor Hugo. El uso del *soft law* y la *lex mercatoria* en el derecho marítimo del siglo XXI. En: PERRET-GENTIL, Cristina Mujica (Coord.). **Libro estudios de derecho marítimo**: en homenaje a Tulio Alvarez Ledo. Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, 2022.

ICC - International Chamber of Commerce. Institute of World Business Law. Conclusions of the ICC Institute SME Labs. Basics on Compliance. Nov. 2024. Disponible en: <<https://iccwbo.org/dispute-resolution/professional-development/icc-institute-of-world-business-law/>>.

ICC - International Chamber of Commerce. Institute of World Business Law. Disponible en: <<https://iccwbo.org>>. [S. d]a.

ICC - International Chamber of Commerce. Institute of World Business Law. Instituto de Derecho Mercantil Global. Disponible en: <<https://iccwbo.org/dispute-resolution/professional-development/icc-institute-of-world-business-law/>>. [S. d]b.

ICC - International Chamber of Commerce. Institute of World Business Law. Rules on Combating Corruption 2023 Edition. Disponible en: <<https://iccwbo.org/news-publications/policies-reports/icc-rules-on-combating-corruption/>>.

ICC - International Chamber of Commerce. Resources for Business. Sanctions: Basic Guide for SMEs. 13 October 2022. Disponible en: <<https://iccwbo.org/news-publications/policies-reports/sanctions-basic-guide-for-smes/>>.

INDULIA, Bhumika. In conversation with Claudia Salomon, President Icc, International Court Of Arbitration. En: NCC TIMES online. Uttar Pradesh (India), Ed. EBC, December 21, 2022. Disponible en: <<https://www.sconline.com/blog/post/2022/12/21/in-conversation-with-claudia-salomon-president-of-the-icc-international-court-of-arbitration/>>.

MAX-PLANCK-GESELLSHAFT. Max Planck Institutes and Experts. Disponible en: <<https://www.mpg.de/institutes>>.

PROSPER, Weil. Cours général de droit international public. En: **Recueil de Cours**: Académie de Droit International, La Haya, Países Bajos, Ed. Hague Academy of International Law / Martinus Nijhoff, v. VI, t. 237, 1992.

Submissão em: 10 de março de 2025

Último Parecer favorável em: 26 de abril de 2025

Como citar este artigo científico

GUERRA HERNÁNDEZ, Victor Hugo. Importancia del Instituto de Derecho Mercantil Global de la Cámara de Comercio Internacional para el desarrollo de la doctrina en materia arbitral: rol del grupo de trabajo de cumplimiento. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 6, n. 2, p. 99-109, maio-ago. 2025.

VERS UNE TAXATION DE L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE¹

XAVIER OBERSON²

RÉSUMÉ

Le développement de l'intelligence artificielle a un impact considérable sur le marché du travail et l'économie dans son ensemble. L'IA et les robots, en particulier, ont jusqu'à récemment été utilisés principalement dans l'industrie, mais le sont désormais de plus en plus dans le secteur des services. Bien que nous ne sachions pas qui a raison quant à l'impact de ce développement sur le futur du travail humain, l'auteur considère qu'il est crucial d'analyser des solutions alternatives à l'impact négatif potentiel du développement de l'IA, telles qu'une taxation de l'IA, y compris des robots intelligents. Cette contribution montre les justifications économiques et constitutionnelles possibles de l'introduction d'une taxe sur l'utilisation de l'IA ou, même, d'une taxe sur l'IA en tant que telle, et évalue les caractéristiques essentielles de divers modèles possibles de mise en œuvre. Il conclut qu'une coordination internationale est également nécessaire.

TOWARDS TAXING ARTIFICIAL INTELLIGENCE

ABSTRACT

The development of artificial intelligence is having a considerable impact on the job market and the economy as a whole. AI and Robots, in particular, have until recently been used mainly in industry, but now increasingly in the service sector. Although we don't know who is right about the impact of this development on the future of human work, the author considers it crucial to analyze alternative solutions to the potential negative impact of the development of AI, such as a

¹ A Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica agradece à "Revue Européenne et Internationale de Droit Fiscal" (n. 3, p. 359-360, 2024), parceira espanhola, pela cessão do presente artigo científico para publicação no Brasil. / La Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica (Revue Ultracontinentale de Littérature Juridique) tient à remercier la "Revue Européenne et Internationale de Droit Fiscal" (n. 3, p. 359-360, 2024), partenaire français, pour avoir fourni cet article scientifique pour publication au Brésil.

² Docteur en droit de l'Université de Genève. Professeur à l'Université de Genève. E-courrier: xoberson@obersonabels.com

taxation of AI, including smart robots. This contribution shows the possible economic and constitutional justifications for introducing a tax on the use of AI or, even, a tax on AI as such, and assesses the essential features of various possible models of implementation. He concludes that an international coordination also appears essential.

I UNE PERSPECTIVE FISCALE DE L'IMPACT DE L'IA

I. A Conséquences du Développement de l'IA sur l'Économie et l'Emploi en Particulier

Le développement de l'intelligence artificielle (IA), y compris des robots, a un impact considérable sur tous les secteurs de l'économie, notamment l'emploi. L'utilisation de machines autonomes n'est pourtant pas nouvelle. Cependant, jusqu'à récemment, l'IA et surtout les robots, étaient principalement utilisés dans l'industrie (par exemple, pour la fabrication dans les usines de voitures ou de biens de consommation). Aujourd'hui, l'IA et les robots sont désormais également actifs dans le secteur des services.

L'IA peut aider les avocats, les médecins, les banquiers, les courtiers, les infirmières, les agriculteurs, les travailleurs sociaux ou même les artistes. Pour le moment, l'IA sert principalement à soutenir ou remplacer les tâches répétitives ou routinières des acteurs économiques, mais elle devient de plus en plus autonome et évolue constamment (notamment grâce à la technologie de l'apprentissage profond). De plus, l'apparition récente de modèles conversationnels et collaboratifs d'IA, utilisant ce que l'on appelle de larges modèles de langage, comme ChatGPT, a également exacerbé les craintes d'un impact majeur sur les emplois, au-delà même des simples tâches routinières et répétitives³.

En conséquence, l'impact potentiel de cette évolution sur le secteur du travail suscite une inquiétude croissante. Dans ce contexte, de manière très résumée, deux conceptions s'opposent (voy SCHWAB, 2016, p. 36; ABBOTT; BOGENSCHNEIDER, 2018, p. 15 et s.; OBERSON, 2024, p. 10 et s.). Les optimistes, sans doute encore majoritaires aujourd'hui, estiment que, à l'instar des révolutions industrielles du passé, la quatrième révolution, provoquée par les avancées technologiques, numériques et l'IA, stimulera la croissance, l'innovation et créera en définitive de nombreux emplois. Les humains devront certainement apprendre à vivre avec l'IA, mais, conformément à la théorie économique de la « destruction créatrice », développée par Schumpeter (1942, p. 82 et s.), le marché du travail sera en mesure de s'adapter et de faire face à ce changement. Les nouveaux emplois créés par l'innovation seront ainsi à même de

³ ChatGPT, ou « Chat Generative Pre-Trained Transformer », a été développé par OpenAI en tant que système d'intelligence artificielle générative, utilisant un grand modèle de langage (LLM) et capable de comprendre et d'interagir en langage humain, ainsi que d'apprendre à partir de l'expérience (apprentissage profond).

compenser, voire de dépasser, ceux qui auront été perdus durant cette révolution technologique.

Les pessimistes, quant à eux, soutiennent que « cette fois, c'est différent ». En effet, les robots devenant « intelligents » et l'IA, en constante évolution, sont potentiellement destinés à remplacer, non seulement les bras des humains dans l'industrie, mais aussi leur cerveau. L'objectif de l'IA, par définition, est de créer avec la technologie une compétence cognitive propre, voire supérieure, à celle de l'intelligence humaine. Dans cette perspective, de nombreux emplois, si ce n'est la plupart, sont susceptibles de disparaître à l'avenir. Certains auteurs, dans cette perspective, parlent même de « la fin du travail » (voy., encore tout récemment, SUSSKIND, 2023).

Parallèlement, la quatrième révolution industrielle, caractérisée notamment par l'utilisation de nouvelles technologies interconnectées, dont l'IA, est également susceptible d'aggraver les inégalités (voy. BRYNJOLFSSON; McAfee, 2014, p. 128; voy. également KISSKA-SCHULZE; DAVIS-NOZERMACK, 2020, p. 1.017 et s.). Cet effet peut se traduire par une augmentation des discriminations, à la fois entre le capital et le travail, d'une part, et entre les travailleurs peu qualifiés et les travailleurs hautement qualifiés, d'autre part. Cette conséquence, quant à elle, est largement partagée par les experts, et même les optimistes mentionnés plus haut.

Nous ne connaissons pas l'avenir. À notre avis, il n'est pas possible de dire scientifiquement qui a raison entre les optimistes et les pessimistes. Cela dit, il nous semble au moins fort probable que de nombreux emplois disparaîtront au fur et à mesure de l'évolution de l'IA. Déjà, de nombreuses usines de fabrication de voitures ou de vêtements sont automatisées à plus de 80 %. Par conséquent, outre les pertes massives d'emplois, il n'est pas du tout certain que suffisamment de nouvelles places de travail seront créées pour compenser celles qui auront disparu. De plus, de nombreux travailleurs ne seront pas en mesure de s'adapter suffisamment rapidement à l'évolution de leur métier, voire à sa disparition. Par conséquent, nous estimons qu'il est nécessaire d'explorer dès à présent des solutions potentielles à cet impact de l'IA sur le marché du travail.

Selon nous, une taxation de l'IA, selon une forme encore à définir, représente une solution intéressante qui mérite d'être considérée (OBERSON, 2024, p. 12). Certes, bien que l'impact réel de l'IA sur le marché du travail soit très controversé parmi les économistes, des solutions doivent être analysées dès aujourd'hui. Si les pessimistes avaient raison, un triple effet négatif pourrait se produire (voy. OBERSON, 2017, p. 247). Tout d'abord, les revenus du travail, dont le salaire est la composante essentielle, diminueraient de manière drastique, entraînant des pertes importantes en termes d'impôts et de cotisations sociales. Dans la plupart des pays, les revenus du travail constituent d'ailleurs l'une des principales sources de recettes fiscales. Deuxièmement, le besoin de recettes supplémentaires serait exacerbé par le fait que la sécurité sociale devrait, face à l'augmentation du chômage, couvrir des besoins supplémentaires en prestations. Troisièmement, la chute des revenus du travail entraînerait une baisse de la

consommation, ce qui réduirait en même temps les recettes fiscales provenant de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA).

L'étude d'une taxation de l'IA pour faire face aux risques posés par son utilisation sur l'économie, et l'emploi en particulier, se justifie d'autant plus que la recherche d'un consensus sur une telle proposition, au niveau international, prendra beaucoup de temps. Il suffit de prendre comme exemple les travaux sur la fiscalité de l'économie numérique, à la suite de l'action 1 du rapport G20/OCDE sur le programme BEPS (OCDE/G20, 2015; OCDE/G20, 2018; OCDE/G20, 2019), démarrés en 2013, et qui ont mis presque 10 ans pour aboutir à la solution de compromis, proposée en 2019, qui a abouti au fameux système des deux piliers (voy. OCDE/G20, 2021a). À l'heure où nous écrivons ces lignes, après l'enthousiasme d'octobre 2021 qui a vu près de 140 États approuver les éléments essentiels de la solution des deux piliers (voy. OCDE/G20, 2021b), il n'est même plus certain que le premier pilier, du moins dans sa forme initiale, soit finalement mis en œuvre. C'est pourquoi nous estimons qu'il est urgent d'étudier, dès à présent, les éléments essentiels d'une future taxation de l'IA, y compris des robots intelligents, et la manière dont une telle taxe pourrait être mise en œuvre par les États.

Les risques majeurs causés par le développement de l'IA, notamment sur le marché du travail, sont d'ailleurs pris de plus en plus au sérieux. L'idée initiale de taxer les robots, parfois considérée dans le passé comme de la science-fiction, voire dénuée de sens, commence à être débattue dans le monde entier⁴. Dans un rapport du 16 février 2017, le Parlement européen a certes évoqué la possibilité de taxer les « robots intelligents », pour finalement y renoncer, du moins en l'état (voy., PARLEMENT EUROPÉEN, 2017). Le lendemain, Bill Gates, dans une interview accordée à la chaîne de télévision Quartz, a également confirmé son soutien à une taxation des robots afin de remédier à la disparition potentielle des travailleurs humains. Pour notre part, dès le début de l'année 2016, nous avons plaidé en faveur d'une taxation des robots (définis dans un sens large et « neutres quant à la forme »), pour l'élargir ensuite à une proposition plus globale de taxation de l'IA, comme solution d'avenir à mettre en œuvre en cas de disparition problématique du travail, sans création suffisante de nouveaux emplois.

I.B Définition de l'IA et des Robots à des Fins Fiscales

L'idée de taxer l'IA ou les robots soulève des questions complexes, tant du point de vue du droit national que du droit international. Pour être justifiée, une telle imposition doit d'abord reposer sur une définition objective et opérationnelle du contribuable et de l'assiette de l'impôt, conformément aux grands principes du droit fiscal, à savoir la légalité, l'égalité de traitement et la capacité contributive.

⁴ Comparez notre article publié le 17 octobre 2016 dans *Le Temps*, en faveur de la taxation des robots, avec celui publié le 23 août 2017 dans la *Neue Zürcher Zeitung*, estimant en substance que cette idée n'a pas de sens (« Unsinn »).

En général, même s'il n'existe pas de définition unanimement acceptée, l'IA est un terme général qui inclut tous les types d'algorithmes ou de logiciels conçus pour créer des machines intelligentes. Les robots, en revanche, sont généralement considérés comme la mise en œuvre de l'IA dans des machines. En d'autres termes, nous avons tendance, dans le langage courant, à considérer les robots comme une forme d'IA « incarnée ».

L'UE, dans son rapport de février 2017, a proposé une définition juridique des robots qui se concentrerait sur les robots dits « intelligents », sur la base de certaines caractéristiques, telles que l'autonomie, la capacité d'apprendre et de s'adapter à l'environnement (PARLEMENT EUROPÉEN, 2017, p. 8). Le rapport semble toutefois insister sur une vision des robots comme étant incarnés dans un support physique. Du point de vue de la politique fiscale, l'accent devrait cependant être mis sur l'objectif de ces futures mesures fiscales, qui est de traiter l'effet de substitution de l'automatisation sur le travail et sur l'économie dans son ensemble. Dans cette perspective, la distinction entre l'IA et les robots nous semble artificielle et est devenue impraticable. Si la distinction entre les robots et l'IA peut encore permettre de mieux visualiser ces concepts, nous devrions, à notre avis, nous concentrer sur l'imposition de l'IA définie en fonction de sa finalité et de son effet sur l'économie.

La difficulté à définir les robots, d'un point de vue fiscal, est l'une des principales critiques des opposants à toute nouvelle forme de taxation (voy. MAZUR, 2018, p. 1 et s.; KOVACEV, 2020, p. 182 et s.). À notre avis, il est pourtant possible de parvenir à une définition pratique de l'IA à des fins fiscales. Le plus important est de se mettre d'accord sur l'objectif de cette future taxation. S'il s'agit de compenser la disparition progressive des salaires humains comme base d'imposition et d'assurer une meilleure répartition des richesses, la définition de l'IA ne peut pas se focaliser sur une vision étroite, voire anthropomorphique, des robots, mais doit s'appliquer à l'IA autonome. C'est l'impact de l'IA sur les activités lucratives exercées par les humains qui importe en définitive. En d'autres termes, nous privilégions une définition « neutre » de l'IA. Ainsi, l'important n'est pas la forme spécifique sous laquelle l'IA peut apparaître (incarnée dans un robot, dans un ordinateur ou une plateforme), mais les conséquences de son utilisation sur les activités humaines. Le critère déterminant repose ainsi sur l'autonomie de l'IA, définie comme la capacité de traiter des informations, de planifier et d'agir de façon autonome. Le fait que l'IA se trouve dans un ordinateur, un réseau, un logiciel ou dans un robot industriel ne fait aucune différence d'un point de vue fiscal.

II JUSTIFICATION DE LA TAXATION DE L'IA

II.A Point de vue Économique

D'un point de vue économique, nous estimons qu'une logique comparable à celle de l'imposition de la valeur locative pourrait être développée. En droit suisse,

cette imposition, bien que controversée, est justifiée par le fait que le propriétaire d'un logement (maison ou appartement) réalise un revenu correspondant au loyer qu'il aurait normalement dû payer, dans des circonstances similaires, pour vivre sous ce toit. Le revenu hypothétique (imputé) est donc attribué au propriétaire. Le Tribunal fédéral suisse a confirmé la constitutionnalité de cette imposition, du moins en l'absence de mesures compensatoires pour les loyers non déductibles du côté des locataires⁵. Dans la même perspective, une entreprise qui utilise l'IA à la place de travailleurs humains économise les salaires qu'elle aurait normalement dû payer dans des circonstances similaires. Certes, contrairement aux loyers, les salaires sont des dépenses déductibles. Toutefois, cette situation ne permet pas de compenser adéquatement la perte de revenus résultant du travail automatisé. Tout d'abord, dans la plupart des États, le taux d'imposition sur les bénéfices des sociétés est généralement beaucoup plus bas que celui frappant le revenu des personnes physiques⁶. Ensuite, l'utilisation de l'IA ou des robots est généralement traitée par les entreprises comme un investissement en capital qui doit ensuite être amorti. Enfin, en termes de sécurité sociale, la disparition d'un salaire entraîne irrévocablement la disparition d'un revenu normalement soumis à cotisations. Une autre justification économique pourrait également découler d'un nouveau principe de neutralité entre les travailleurs humains et les robots (en ce sens, ABBOTT; BOGENSCHNEIDER, 2018, p. 1 et s.).

La taxation de l'IA pourrait également se justifier d'un point de vue pigouvien, comme moyen de compenser une externalité négative, au moins dans une phase transitoire. En effet, le chômage causé par l'automatisation engendrera des coûts sociaux et économiques qui devraient être internalisés. Ce point de vue est également défendu par le prix Nobel Robert J. Shiller (2017). Une étude récente adopte une position plus nuancée, plaidant en faveur d'une taxe sur les robots, uniquement à court terme mais pas à long terme, afin de protéger les travailleurs qui exercent des tâches de routine (voy. REBELLO; TELES; GUERREIRO, 2020).

À notre avis, d'un point de vue économique, au moins dans une première phase qui viserait à taxer l'utilisation de l'IA par les entreprises, une imposition de l'IA pourrait notamment être basée sur l'émergence d'un revenu théorique, correspondant au salaire qu'un travailleur aurait pu gagner dans des circonstances comparables. Bien entendu, cette taxation devrait être coordonnée au sein du système existant. Il conviendrait notamment d'éviter une double imposition économique. Une autre approche, plus indirecte, consiste à baser l'imposition sur les facteurs de production et à taxer les entreprises en fonction de l'utilisation de l'IA qui remplace les travailleurs humains. Dans une deuxième phase, comme nous le verrons plus loin, dès lors qu'une forme de personnalité juridique serait accordée aux systèmes d'IA, tels que définis par le législateur, l'imposition de l'IA pourrait être justifiée comme une nouvelle forme d'impôt sur

⁵ Arrêt du Tribunal Fédéral suisse, ATF 112 Ia 242.

⁶ C'est notamment le cas en Suisse depuis la mise en œuvre de la réforme fiscale fédérale et de la loi de financement de la sécurité sociale (dite RFFA), du 8 septembre 2018, entrée en vigueur au 1er janvier 2020. Aux États-Unis, la réforme fiscale de 2017 a introduit un taux d'impôt fédéral sur le revenu de 21,5 %, au lieu de 35 %. La mise en œuvre du pilier 2 de l'OCDE avec un taux d'imposition minimum de 15 % ne devrait pas modifier fondamentalement cette situation.

une entité imposable spécifique, l'unité imposable de l'IA, considérée comme un nouveau contribuable distinct et indépendant.

II.B Point de vue Juridique

D'un point de vue constitutionnel, une taxation de l'IA doit bien évidemment respecter le principe d'égalité de traitement. Cela implique que toutes les entreprises utilisant l'IA qui provoque un impact sur le marché du travail soient traitées de la même manière. En outre, cette imposition doit être conforme au principe de la capacité contributive, principe directeur de la fiscalité. Cette exigence soulève toutefois une question délicate et nouvelle. Jusqu'à présent, les robots, même « intelligents », et plus généralement l'IA, n'ont pas été considérés comme des personnes morales et sont dépourvus de capacité contributive propre. Bien que le Parlement européen ait étudié la question de l'octroi éventuel d'une forme de personnalité juridique aux robots, principalement pour des raisons de responsabilité civile, ce processus très controversé semble difficilement réalisable à court terme. À notre connaissance, il n'existe actuellement aucune législation fiscale nationale accordant à l'IA, ou à certains robots, une personnalité juridique et, par conséquent, une capacité fiscale. Cette situation pourrait toutefois changer à l'avenir.

Dès lors, il nous semble que l'introduction d'une imposition de l'IA pourrait être mise en œuvre, mais en deux phases (OBERSON, 2024, p. 54 et s., p. 112 et s.; OBERSON, 2017, p. 254). La première consisterait à taxer tout d'abord *l'utilisation* de l'IA. Une telle taxe serait envisageable et justifiée en cas de réduction significative du nombre d'emplois, en raison de la robotisation croissante du travail. Dans une seconde phase, la reconnaissance des systèmes d'IA, ou de certains robots, en tant que *personnes morales* pourrait conduire à l'émergence d'une capacité fiscale électronique, qui devrait être reconnue d'un point de vue fiscal. Du reste, dans le passé, les États ont déjà été confrontés à un problème similaire, lorsqu'ils ont envisagé d'attribuer la personnalité juridique aux sociétés. Vers la fin du XIX^e siècle, par exemple, les sociétés ont été progressivement établies en tant qu'entités juridiques, capables d'ester en justice, de conclure des contrats et d'avoir une responsabilité limitée. À terme, les systèmes d'IA pourraient bénéficier d'un statut fiscal spécifique. À l'instar des sociétés de capitaux, l'IA pourrait être dotée d'une capacité contributive spécifique et devenir ainsi une nouvelle forme de contribuable (OBERSON, 2024, p. 30 et s.; voy. également, pour un parallélisme entre les systèmes d'IA et les entreprises, BARFIELD; PAGALLO, 2020, p. 66 et s.).

II.C Le Choix de l'Instrument

Selon nous, le choix du système fiscal adéquat pour traiter de l'IA dépendra de l'objectif poursuivi par le législateur. De ce point de vue, le législateur peut

tout d'abord souhaiter taxer les revenus des entreprises qui utilisent l'IA pour effectuer des tâches à la place des humains (III). Une taxe sur l'utilisation de l'IA pourrait prendre différentes formes. D'autres solutions sont également envisageables. De manière plus traditionnelle, l'utilisation ou la possession d'IA ou de robots peut être taxée comme des objets. Alternativement, si la loi reconnaît une capacité contributive à une unité imposable d'IA, y compris les robots intelligents, on pourrait, de manière plus révolutionnaire, imaginer de taxer les revenus ou les flux générés par l'IA en tant que telle (IV).

III TAXATION DE L'UTILISATION DE L'IA

III.A Une Taxe Générale sur l'Utilisation de l'IA

Une solution intéressante consisterait à prélever un impôt sur le revenu (les bénéfices) sur le salaire hypothétique que les entreprises utilisant l'IA auraient perçu pour un travail ou une activité équivalente effectuée par des humains. Selon cette approche, le revenu attribuable à l'entreprise utilisant l'IA devrait correspondre à l'avantage économique réalisé en utilisant l'IA au lieu de travailleurs humains. Par conséquent, ce revenu hypothétique devrait également être soumis aux cotisations de sécurité sociale. Une alternative plus simple consisterait à introduire un système d'imposition forfaitaire correspondant à une approximation de la valeur créée par l'utilisation de robots. Cette approche théorique soulève toutefois un certain nombre de questions délicates.

Tout d'abord, il faut définir le montant du salaire correspondant à l'avantage économique de l'utilisation de l'IA. Il s'agit d'une solution délicate mais réalisable. Par exemple, des règles existent déjà en pratique, dans le cas des travailleurs qui détiennent une participation qualifiée dans la société dans laquelle ils travaillent, pour définir un salaire de pleine concurrence, correspondant au prix du marché, par opposition à un salaire dit « excessif » (voy. MIZRAHI-MELLER; SALOM, 2011, p. 105). Toutefois, à mesure que la technologie évolue, il sera de plus en plus difficile de trouver une comparaison adéquate entre les activités de l'IA et celles des travailleurs humains, aussi qualifiés ou spécialisés soient-ils. À l'instar des travaux en cours dans le domaine de la fiscalité de l'économie numérique, il sera nécessaire d'établir des règles d'évaluation qui tiennent compte de la valeur ajoutée par l'utilisation de l'IA dans ce domaine. En tout état de cause, il est possible – même si des approximations seront sans doute indispensables – de parvenir à une délimitation praticable des revenus générés par l'utilisation de l'IA dans les entreprises, en compensation de l'utilisation de travailleurs humains.

En outre, l'idée d'attribuer un salaire fictif à l'entreprise doit, à notre avis, être intégrée dans le système général d'imposition de l'entreprise. Ajouter une nouvelle forme d'imposition sans tenir compte de la structure fiscale générale de l'entreprise, qui est déjà soumise à un impôt sur le bénéfice net, n'aurait aucun

sens. Deux aspects en particulier doivent être pris en compte dans l'analyse. En premier lieu, l'imposition de l'utilisation de l'IA devra tenir compte du fait que les salaires versés aux humains sont déductibles en tant que frais professionnels. En d'autres termes, en employant des robots, l'entreprise économise les salaires qu'elle aurait dû payer aux humains, mais en même temps, ces salaires peuvent être déduits et réduisent donc le bénéfice net. Comme indiqué ci-dessus, il ne s'agit pas, à notre avis, d'une raison suffisante pour rejeter *en soi* une taxation de l'utilisation de l'IA. L'impôt sur les bénéfices est généralement beaucoup moins élevé que l'impôt sur le revenu des personnes physiques. En second lieu, les acquisitions de systèmes d'IA et de robotique par une entreprise constituent un investissement qui doit être amorti. Les règles d'amortissement de ces investissements en IA ou en robotique doivent donc être bien coordonnées avec les règles d'imposition de l'utilisation de l'IA. Cet aspect a donné lieu à une forme de taxation que l'on pourrait qualifier d'impôt indirect sur les robots, qui a été introduite, par exemple, en Corée du Sud⁷.

III.B Taxes sur l'Automatisation

Dans ce contexte, une autre approche plus schématique se concentre sur l'idée d'introduire une « taxe d'automatisation » qui s'appliquerait aux facteurs de production d'une entreprise utilisant l'IA à la place des travailleurs humains. Selon cette conception, certains auteurs ont également plaidé en faveur d'une taxe sur les entreprises basée sur un ratio correspondant, par exemple, au pourcentage des ventes totales par rapport au nombre d'employés humains (ratio d'automatisation) (ABBOTT; BOGENSCHNEIDER, 2018, p. 1 et s.). En d'autres termes, plus le ratio est élevé, plus l'entreprise utilise l'IA et les robots au détriment des humains, et plus le montant de la taxe devrait être élevé.

La difficulté de définir l'IA à des fins fiscales et sa contribution effective à la création de valeur des bénéfices d'une entreprise pourrait également conduire à l'utilisation d'autres indicateurs que les bénéfices réalisés par les entreprises. Cette *taxe présumée sur les robots* pourrait être mise en œuvre, comme une sorte d'alternative à la proposition de salaire imputé mentionnée ci-dessus (VOY. DIMITROPOULOU, 2024, p. 425 et s.).

Des taxes sur l'automatisation peuvent également être introduites pour des secteurs spécifiques d'activités économiques. Par exemple, certains États ont proposé d'introduire une taxe spécifique sur les « caissiers automatisés » qui remplacent les travailleurs humains. Ces types de taxes pourraient toutefois soulever des problèmes constitutionnels, notamment de compatibilité avec le principe d'égalité de traitement. Ils peuvent également poser des difficultés de caractérisation. Par exemple, dans une ancienne affaire intéressante, la Cour d'appel spéciale du Maryland a dû décider si les marionnettes mécaniques préprogrammées utilisées par trois restaurants, connus du public sous le nom de

⁷ Le système Sud-coréen est plutôt une réduction du « crédit d'impôt pour l'automatisation », voy. Kovacev (2020, p. 203 et s.).

« Chuck E. Chess », étaient soumises à la taxe sur les divertissements comme des « artistes »⁸. En l'absence de compétences humaines nécessaires à leur contrôle, la Cour a rejeté la qualification de ces marionnettes en tant qu'artistes de spectacle et a donc confirmé l'obligation pour les restaurants de payer cette taxe.

III.C Taxes Pigouviennes sur l'IA

Dans cette optique, des taxes sur l'utilisation de l'IA pourraient être introduites pour compenser (internaliser) les externalités négatives associées aux pertes d'emplois causées par l'automatisation. Selon nous, à court terme, une telle taxation pourrait être justifiée pour faciliter la transition vers une nouvelle économie et permettre aux travailleurs concernés de s'adapter autant que possible. Dans le même ordre d'idées, Vincent Ooi et Glendon Goh ont récemment proposé une approche visant à ralentir l'adoption de la technologie dans le secteur de l'IA par le biais d'une modification pénalisante du système d'amortissement et d'allocation du capital (« amortissement inversé ») (v. OOI; GOH, 2022, p. 273 et s.). Cela dit, il faut reconnaître que ce type de taxation correspond à une vision de la taxation de l'IA différente de celle que nous préconisons (voy. aussi OBERSON, 2021, p. 370 et s.). À l'instar de la taxation de la pollution, une taxe pigouvienne vise à freiner l'utilisation des robots et à internaliser les coûts sociaux engendrés par l'automatisation. Un tel objectif nécessite une analyse constitutionnelle différente. En particulier, le législateur devrait également prendre en compte les externalités positives causées par la robotisation. Une telle solution n'est toutefois pas nécessairement susceptible d'être appropriée à long terme. L'objectif de la taxation de l'IA n'est pas de freiner l'innovation. Cette taxation devrait servir à financer les coûts associés à la perte de revenus liée à la disparition des salaires versés aux humains et à la baisse de consommation correspondante. Elle pourrait également servir à compenser l'accroissement des inégalités liées au développement de l'automatisation.

III.D Cotisations de Sécurité Sociale Élargies à la Valeur Ajoutée de l'Entreprise

Dans le contexte de la robotisation, le Conseil fédéral suisse a présenté un rapport sur une méthode alternative de financement de la sécurité sociale en étendant l'assiette de la sécurité sociale des employeurs à la valeur ajoutée globale créée par toute entreprise (voy. SUISSE, 2019, p. 22). Cette forme de prélèvement, qualifiée de « taxe sur la valeur ajoutée brute », taxerait l'ensemble des salaires versés, les charges d'amortissement du capital et les bénéfices nets des entreprises. Ainsi, tous les facteurs de production (capital et travail) contribueraient au financement de la sécurité sociale, ce qui rendrait le

⁸ 70 Md. Ap. 77 (1987), 519 A.2d 1337, *Comptroller of the Treasury v. Family Entertainment Centers of Essex, Inc. et al.*, N.º 674, 19 janvier 1987; cette affaire est également mentionnée par Kovacev (2020, p. 193 et s.)

système neutre tout en réduisant le coût du travail (voy. SUISSE, 2019, p. 22). Cependant, le rapport adopte une position critique sur cette proposition, arguant qu'une telle réforme taxerait de *facto* plus lourdement le capital et ses revenus, réduisant ainsi l'incitation à des investissements en capital plus productifs. Enfin, le système avantagerait les entreprises à forte intensité de main-d'œuvre et désavantagerait les secteurs à forte intensité de capital (voy. SUISSE, 2019, p. 23).

III.E Taxes Spéciales sur l'Utilisation ou la Possession de Robots

Une autre approche, plus spécifique, a déjà été envisagée. Elle consiste à mettre en œuvre une taxe spéciale sur l'utilisation de certaines machines automatiques ou d'autres formes particulières de robotisation, généralement dans les secteurs du commerce de détail ou de l'industrie. Par exemple, à Genève, un projet de loi cantonale, laissé pour l'instant de côté, a proposé d'introduire une taxe sur l'utilisation des distributeurs automatiques qui remplacent les vendeurs humains dans les magasins de biens de consommation⁹. L'objectif est, entre autres, de compenser les pertes d'emplois générées par l'utilisation de « vendeurs automatisés ». Toutefois, ce type de modèle est problématique du point de vue de l'égalité de traitement, car il est difficile de justifier pourquoi un secteur spécifique, tel que la vente de biens de consommation, devrait être taxé plus lourdement que d'autres activités économiques comparables.

La possession d'installations spécifiques utilisant l'IA ou des robots peut également être soumise à des taxes sur ces objets spécifiques, similaires à la taxation des voitures, des avions ou des chiens. Par exemple, des taxes sur les drones et les voitures autopilotées existent déjà en Californie aux États-Unis.

III.F L'Application de la TVA à l'Utilisation de l'IA

L'IA est déjà utilisée par les entreprises pour la fourniture de biens ou de services à titre onéreux et donc susceptible d'être soumise à la TVA. Du reste, une bonne partie de l'utilisation de l'IA par des entreprises assujetties tombe déjà dans le champ d'application de la TVA. Les activités des robots industriels utilisés dans les usines pour la livraison de biens corporels, tels que les voitures, les chaussures ou les vêtements, font généralement partie des livraisons de biens imposables. Dans le même ordre d'idées, un cabinet d'avocats utilisant l'IA à des fins de recherche juridique resterait dans le cadre des services juridiques, localisés en général au lieu du consommateur. La localisation des services rendus à l'aide de l'IA sera toutefois délicate dans la pratique (voy. OBERSON, 2024, p. 118 et s.). La définition précise du lieu de prestation des services fournis par

⁹ Voy., Secrétariat du Grand Conseil, Projet de loi pour le maintien de l'emploi, de la qualité et de la proximité dans le secteur du commerce de détail (Instauration d'une taxe sur les caisses automatiques), 22 février 2017, PL 12064.

l'IA peut notamment soulever la question controversée de savoir si ces services sont ou non fournis au siège social ou au lieu d'un établissement stable du destinataire (voy. DE LA FERIA, 2021, p. 201 et s.).

L'utilisation croissante de nouveaux modèles d'affaires, provenant notamment de l'économie de partage, comme l'utilisation de *plateformes* numériques, a également soulevé des problèmes pour l'application de la TVA. Ces plateformes, avec l'aide de l'IA, peuvent agir en tant qu'intermédiaires et offrir aux clients la possibilité de négocier directement et de conclure des transactions dans le monde entier, grâce aux technologies de l'information (OCDE, 2019, p. 21 et s.). Cela permet aux particuliers de bénéficier d'économies d'échelle et d'un effet de réseau¹⁰. En conséquence, l'OCDE a recommandé, pour les transactions transfrontalières (« B2C ») régies par le principe de destination, que le fournisseur soit tenu d'identifier et de percevoir la TVA sur le lieu de consommation (OCDE, 2019, p. 15, n. 9). Dans une même perspective, mais plus globale, l'UE s'est également concentrée sur les plateformes et a introduit de nouvelles obligations et règles de déclaration à leur égard. En particulier, suivant la forme d'intermédiation utilisée, la plateforme peut être considérée comme une personne assujettie à la TVA. De nouvelles obligations devraient également être introduites pour les plateformes facilitant la location de logements à court terme et les secteurs du transport de passagers¹¹.

Une telle évolution est intéressante également dans la perspective de la taxation de l'IA. À terme, elle peut représenter une forme d'esquisse d'un éventuel système de TVA plus global pour la taxation des systèmes d'IA (OBERSON, 2024, p. 141). Certes, jusqu'à récemment, les obligations liées aux plateformes étaient plutôt assumées par les humains qui les contrôlent. Dans le futur, les systèmes d'IA pourraient toutefois être programmés pour exécuter automatiquement et de manière autonome ces fonctions, à savoir facturer, collecter et payer la TVA nette aux autorités fiscales compétentes (OBERSON, 2024, p. 178). De ce point de vue, comme on va le montrer plus loin, un tel système d'IA deviendrait alors lui-même un assujetti TVA.

IV UNE IMPOSITION DES SYSTÈMES D'IA EN TANT QUE CONTRIBUABLES

IV.A Vers une Reconnaissance des Systèmes d'IA Comme Entité Juridique

Jusqu'à présent, l'IA, y compris les robots, même s'ils disposent d'une autonomie suffisante, ne sont pas considérés comme des personnes morales, soumises à des droits et à des obligations. En tant que tels, ils ne bénéficient pas d'une capacité contributive spécifique, qui est l'un des principes fondamentaux

¹⁰ Voy. la proposition de directive du Conseil relative aux règles de TVA à l'ère numérique, 8 décembre 2022, COM (2022) 701 final, exposé des motifs, p. 5 et s.

¹¹ Voy. la proposition de directive du Conseil (UE) du 8 décembre 2022 modifiant la directive 2006/112/CE en ce qui concerne les règles de TVA applicables à l'ère numérique, COM (2022), 701 final.

de la fiscalité. C'est pourquoi la plupart des projets de taxation de l'IA ou des robots se concentre principalement sur la taxation de leur utilisation par les entreprises. Toutefois, cette approche pourrait évoluer à terme.

Pour notre part, nous avons plaidé en faveur de la possibilité pour les « robots intelligents » d'être reconnus par le législateur comme des entités imposables, avec une capacité contributive (OBERSON, 2017, p. 252 et s.)¹². Le concept de « robots intelligents » devait être compris comme une définition neutre sur le plan formel et englober tous les systèmes d'IA autonomes, qui pourraient être définis par le législateur. La reconnaissance d'une personnalité juridique à des fins fiscales pour l'IA représenterait une évolution majeure que le législateur fiscal devrait prendre en considération. Pour reconnaître un système d'IA en tant que personne imposable, le législateur pourrait soit accorder la personnalité juridique, soit concevoir un nouveau type d'entité assujettie à l'impôt. En se concentrant sur la capacité fiscale, nous avons soutenu que quatre caractéristiques essentielles devraient être présentes dans une entité imposable prenant la forme d'une IA:

- i. l'autonomie;
- ii. un patrimoine distinct;
- iii. l'identification et
- iv. le contrôle par des êtres humains (OBERSON, 2024, p. 30).

L'exigence d'une capacité de paiement, caractéristique d'une capacité contributive objective, serait satisfaite par l'existence d'un patrimoine distinct et de l'autonomie nécessaire pour l'utiliser, notamment pour payer la taxe. Si ces conditions sont remplies, le législateur pourrait alors introduire une nouvelle entité imposable, que nous avons appelée unité imposable.

L'histoire a déjà été témoin de développements juridiques similaires. Dès l'instant où la forme juridique d'une société, selon des critères stricts, a été reconnue comme une personne morale, le législateur fiscal a rapidement introduit un impôt sur les bénéfices des sociétés elles-mêmes, reconnues comme bénéficiant d'une capacité contributive propre¹³. Le droit suisse est même allé jusqu'à reconnaître, dans certains cas particuliers, une capacité fiscale à des structures particulières, dépourvues de personnalité juridique. Un exemple est l'imposition des bénéfices des fonds de placement qui détiennent directement

¹² L'idée d'accorder une forme de personnalité juridique aux robots a également été largement débattue parmi les commentateurs, voy., entre autres, Pagallo (2013, p. 152 et s.) et Solum (1992, p. 1231 et s.).

¹³ L'existence de la capacité contributive des entreprises est controversée. Voy. Huber (2019, p. 231 et s.). En droit suisse, le Tribunal fédéral considère de manière constante que ce principe, inscrit à l'article 127, alinéa 2, de la Constitution suisse, s'applique également aux impôts sur le bénéfice et sur le capital des entreprises; voy. ATF du 28 octobre 2009, 2C_272/2009. Il convient de noter que l'ancienne Constitution fédérale suisse prévoyait expressément que les personnes morales devaient être imposées en fonction de leur capacité contributive, de manière aussi égale que possible.

les biens immobiliers qu'ils possèdent. Dès lors que le législateur admet qu'un système d'IA, y compris un robot intelligent, puisse disposer d'une capacité juridique et économique propre, sur la base de certains critères et en fonction des évolutions technologiques, il est tout à fait envisageable de lui reconnaître ensuite une capacité contributive. Devenue sujet de droit, l'unité imposable d'IA pourrait en effet être partie à des transactions qui généreraient des flux financiers susceptibles d'être taxés, non seulement en termes de « revenus » lors de l'acquisition des flux, mais aussi sous une autre forme (taxe sur les transactions ou sur la consommation) lors de l'utilisation des flux (OBERSON, 2024, p. 55, 174 et s.).

Pour prendre l'exemple de la fiscalité des sociétés, l'impôt sur le bénéfice a progressivement fait partie des obligations fiscales imposées à l'entité juridique reconnue par le législateur, c'est-à-dire la personne morale. Cette entité juridique, selon le cadre juridique adopté par les États, a la capacité de conclure des contrats et possède des actifs financiers et des capitaux propres, qui sont régis par des normes comptables strictes. Les études en cours au sein de l'UE, mais aussi dans d'autres États, vont également dans le sens d'une possible reconnaissance d'une nouvelle forme de personne morale, voire d'une entité électronique, attribuée à l'IA ou aux robots, selon des critères ou des modalités qui restent à définir. De ce point de vue, il est tout à fait envisageable qu'à terme certaines formes spécifiques de systèmes d'IA ou de robots intelligents soient reconnues comme disposant d'une capacité contributive. À l'instar des sociétés, cette capacité contributive serait de nature objective, définie comme une capacité autonome de paiement. Un tel développement conduirait inévitablement à une véritable révolution fiscale, avec l'émergence d'un nouveau contribuable, une unité d'IA elle-même, qui pourrait conclure une transaction, recevoir une forme de « revenu » ou même agir en tant que consommateur.

Plus récemment, certains commentateurs ont fait valoir que l'introduction d'une imposition de l'IA autonome pourrait également contribuer à garantir l'intégrité du système fiscal (OBERSON, 2021, p. 370 et s.; CARVALHO, 2019, p. 430 et s.). En effet, avec l'évolution de la technologie, il est concevable que certaines formes d'IA autonomes soient à l'avenir contrôlées par des algorithmes, capables de gérer et de conserver des fonds ou des actifs, en l'absence de tout contrôle par des personnes physiques (CARVALHO, 2019, p. 430 et s.). En particulier, l'émergence de certaines formes d'IA ou de robots intelligents, en tant que nouveaux assujettis, pourrait ainsi contribuer à assurer une attribution internationale des bénéfices à une entité imposable. Dans cet ordre d'idées, L. De Lima Carvalho a ainsi estimé que l'IA autonome, en l'absence de contrôle humain, avec un pouvoir suffisant sur les actions et ses ressources financières, pourrait en fait nécessiter le développement d'une nouvelle forme d'entité juridique (CARVALHO, 2019, p. 425 et s.). En effet, en l'absence d'entité juridique, certains bénéfices pourraient en fin de compte n'être imposés nulle part, en raison de l'absence d'une personne à qui attribuer ce revenu et d'un lien suffisant (« nexus ») avec cette IA autonome.

IV.B Imposition du Revenu, des Flux ou de la Contrepartie Reçue par l'IA

Une fois que les unités imposables de l'IA seront reconnues comme disposant d'une capacité de paiement propre, les revenus qu'elles perçoivent ou les flux qui y transitent pourraient être imposés. Cette taxation pourrait initialement se fonder sur des règles similaires applicables aux humains exerçant des activités comparables, mais devrait probablement s'éloigner rapidement de ces modèles, afin de tenir compte des possibilités spécifiques, en constante évolution, liées à l'évolution technologique.

Cette imposition pourrait également être basée, plutôt que sur les revenus au sens traditionnel du terme, sur les flux financiers transférés par l'intermédiation de l'IA. De ce point de vue, la taxe sur l'IA s'apparenterait à une taxe sur les transactions financières effectuées par des IA autonomes ou des robots intelligents, qui serait alors prélevée sur la contrepartie brute payée par l'IA. La technologie applicable devrait être adaptée pour inclure des mécanismes automatiques de collecte de la taxe à la source, notamment à chaque transaction.

IV.C Les Systèmes d'IA en tant qu'Assujettis à la TVA

Dans un deuxième temps, si les systèmes d'IA, comme nous le préconisons, étaient à terme reconnus par la loi comme des unités autonomes imposables, c'est-à-dire dotés d'une autonomie suffisante et d'une capacité de paiement, ils pourraient ainsi devenir en tant que tels assujettis à la TVA (OBERSON, 2024, 177 et s.; voy. également OBERSON, 2020, p. 147 et s.). À notre avis, cette approche, délicate à première vue, pourrait représenter une solution intéressante et prometteuse pour plusieurs raisons (OBERSON, 2024, p. 177).

Tout d'abord, comme on l'a vu plus haut, les plateformes qui utilisent largement la technologie de l'IA sont, notamment dans l'UE, de plus en plus utilisées comme collecteurs de la TVA, avec en outre des obligations de déclaration. Elles peuvent, à notre sens, être considérées comme une esquisse d'un futur concept potentiel de taxe sur la valeur ajoutée par les unités autonomes d'IA. En outre, contrairement à l'impôt sur le revenu, l'unité d'IA, pour être assujettie à la TVA, ne doit pas nécessairement être dotée d'une personnalité juridique. En effet, en matière de TVA, les entités assujetties sont généralement toutes les entreprises, indépendamment de leur forme juridique, qui offrent sur le marché des livraisons de biens ou des prestations de services à titre onéreux. La définition de l'unité imposable IA, assujettie à la TVA, apparaît donc être à la fois plus large et plus simple à définir qu'aux fins de l'impôt sur le revenu. Enfin, les difficultés soulevées par le principe de la capacité contributive, définie objectivement dans le contexte de l'IA comme une capacité de paiement de l'entité assujettie, seraient également plus faciles à surmonter dans le cadre de la mise en œuvre d'une TVA sur l'IA en tant que telle. En effet, les systèmes d'IA assujettis « bénéficieraient » d'un flux de fonds, en contrepartie de leur

fourniture de biens ou de services, qu'ils pourraient utiliser pour payer la TVA nette, conformément à leurs décisions autonomes (OBERSON, 2024, p. 177). En d'autres termes, les systèmes d'IA seraient tenus de facturer la TVA en aval sur leurs livraisons imposables et pourraient créditer la TVA en amont sur leurs recettes imposables.

V AUTRES STRATÉGIES

L'idée de taxer l'IA ou les robots intelligents, soit dans la phase d'utilisation, soit directement auprès des systèmes d'IA, considérés comme des assujettis, est évidemment très controversée. Parmi les nombreuses critiques, certains commentateurs font valoir le caractère impraticable d'une telle démarche, ou la crainte qu'une telle imposition ne décourage l'innovation (KISSKA-SCHULZE; DAVIS-NOZERMACK, 2020, p. 1.012, p. 1.055.).

Nous avons déjà répondu ailleurs à ces critiques (OBERSON, 2024, p. 37 et s.), en estimant qu'il est possible de mettre en œuvre une telle imposition. Les caractéristiques et les éléments essentiels de cet impôt dépendraient de l'objectif du législateur et devraient être définis par la loi. Nous avons vu ci-dessus comment une telle taxe pourrait être mise en œuvre, soit sur l'utilisation de l'IA, soit, plus tard, sur les unités autonomes d'IA. En outre, le système fiscal impose déjà largement les revenus provenant de l'utilisation de la propriété intellectuelle et de sa consommation, sans décourager l'innovation et la créativité. À notre avis, il n'y a aucune raison convaincante pour qu'il ne soit pas possible de concevoir une taxe sur l'IA ou les robots sans effet dissuasif sur l'innovation.

Au-delà de ces débats sur la faisabilité et la nécessité d'une taxe sur l'IA, il existe d'autres solutions qui pourraient également remédier, bien qu'indirectement, à certains des effets négatifs potentiels du développement de l'IA. Étant donné que l'IA est principalement utilisée par les entreprises, et notamment les entreprises multinationales, une autre approche consiste à augmenter le taux de l'*impôt sur les bénéfices*. Après tout, l'IA est principalement utilisée comme un facteur de production des entreprises, qui contribue au chiffre d'affaires et à la réalisation de bénéfices. À cet égard, le récent pilier 2, adopté par le cadre inclusif de l'OCDE, qui regroupe 140 juridictions, prévoit un impôt minimum de 15 % sur les bénéfices des entreprises multinationales dont le chiffre d'affaires est supérieur à 750 millions d'euros. Cet impôt minimum a été mis en œuvre, à partir du 1^{er} janvier 2024, par de nombreux États, dont l'UE, le Royaume-Uni et la Suisse. D'autres États devraient suivre, à partir du 1^{er} janvier 2025.

Les règles fiscales relatives à l'*économie numérique*, telles que les taxes sur les services numériques (TSN), ne ciblent pas spécifiquement l'IA ou les robots. Toutefois, bon nombre des services numériques visés par ces initiatives fiscales sont fournis par des entreprises non-résidentes, à l'aide d'algorithmes ou de plateformes faisant largement appel à l'IA. Il en va de même pour le

pilier 1 du cadre inclusif de l'OCDE, qui ne vise plus spécifiquement les entreprises multinationales de l'économie numérique, mais plus généralement les entreprises multinationales dont le chiffre d'affaires est supérieur à 20 milliards d'euros et dont la rentabilité est supérieure à 10 %. Ce système, s'il est adopté à l'échelle mondiale, qui devrait notamment remplacer les TSN existantes ou d'autres règles fiscales spécifiques, pourrait également être considéré comme un moyen *indirect* de taxer les activités des systèmes d'IA et des robots. En effet, ces entreprises multinationales font souvent un usage intensif des technologies d'automatisation et d'IA pour utiliser et analyser les données fournies par les utilisateurs (OBERSON, 2024, p. 103). Toutefois, cette approche ne peut être comparée à une solution plus directe telle qu'une taxe sur l'utilisation de l'IA ou sur les systèmes autonomes d'IA en tant que tels. En particulier, les règles relatives à la fiscalité numérique reposent sur une logique différente et tendent principalement à mieux répartir les bénéfices des entreprises multinationales entre les États de résidence et les États de marché.

Enfin, une alternative intéressante consiste à se concentrer, non pas sur les bénéfices des entreprises multinationales, mais sur les *données* collectées par celles-ci, qui peuvent représenter en tant que telles une valeur que le système fiscal ne prend pas suffisamment en compte. Selon nous, une taxation des données pourrait également être conçue pour appréhender la valeur ajoutée générée par l'utilisation des « big data » par les systèmes d'IA et les robots en tant que facteurs de production (OBERSON; YAZICIOĞLU, 2023, p. 139 et s.). Nous avons suggéré ailleurs une « *taxe sur les données des robots* », qui correspondrait à une taxe prélevée sur la collecte de données par l'algorithme et l'IA. Cette solution se concentre toutefois davantage sur les intrants (« input »), à savoir les données considérées comme des matières premières générant de la valeur. Elle serait donc différente d'une taxe sur l'IA suggérée ici, qui vise davantage la production (« output »).

VI LA NÉCESSITÉ D'UNE COORDINATION INTERNATIONALE

L'imposition de l'IA, y compris des robots intelligents, soulève des questions juridiques sensibles et nouvelles qui dépassent largement les frontières d'un État et doivent être analysées à l'échelle mondiale. Dans ce contexte, les travaux du Cadre inclusif de l'OCDE, sur la révision des règles de répartition du droit fiscal international, notamment dans le contexte de l'imposition de l'économie numérique et du système des deux piliers, représentent une évolution intéressante vers un système international plus global, qui pourrait servir de modèle. Cependant, il n'est même plus certain que la solution du premier pilier, approuvée par le Cadre inclusif en octobre 2021, soit mise en œuvre rapidement. Cette solution visait à attribuer un droit d'imposition plus équitable en faveur des États du marché. Récemment, l'ONU a également déclaré son intention de jouer un rôle majeur dans le cadre de la fiscalité internationale. L'adoption du nouvel art. 12A du modèle de double imposition de l'ONU prévoit une imposition à la source des

« services numériques automatisés », ce qui constitue une alternative à l'autre proposition de taxation de l'économie numérique.

La difficulté, pour les États, de parvenir à un consensus sur des règles cohérentes pour l'imposition des entreprises multinationales, en particulier celles actives dans l'économie numérique qui recourent de plus en plus à l'IA, démontre, une fois encore, la nécessité d'agir rapidement pour trouver des règles mondiales cohérentes, également pour l'imposition des systèmes d'IA. En effet, la reconnaissance d'une capacité contributive propre pour les systèmes d'IA, en tant qu'unités autonomes imposables, reconnus comme bénéficiant d'une nouvelle forme objective de capacité contributive, va nécessiter un réexamen complet des règles fondamentales du droit fiscal international, notamment en ce qui concerne l'attribution du droit d'imposition, les prix de transfert et les règles anti-abus. Cette analyse nécessite une coordination globale et internationale des règles essentielles applicables à l'imposition de l'IA.

RÉFÉRENCES

ABBOTT, Ryan; BOGENSCHNEIDER, Bret N. Should robots pay taxes?: tax policy in the age of automation. In: **Harvard Law & Policy Review**, Cambridge, Ed. American Constitution Society / Harvard Law School, v. 12, p. 145-175, 2018.

BARFIELD, Woodrow; PAGALLO, Ugo. **Law and artificial intelligence**. Cheltenham: Elgar, 2020.

BRYNJOLFSSON; Erick; McAfee, Andrew. **The second machine age**: work, progress, and prosperity in a time of brilliant technologies. New York: Norton, 2014.

CARVALHO, Lucas de Lima. Spiritus ex machina: addressing the unique BEPS issues of autonomous artificial intelligence by using "personality" and "residence". In: **Intertax**, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, v. 47, Issue 5, p. 425-443, 2019.

DE LA FERIA, Rita. On the evolving VAT concept of fixed establishment. In: **EC Tax Review**, v. 30, n. 5/6, p. 201-206, 2021.

DIMITROPOULOU, Christina. **Robot taxation**: a normative tax policy analysis: domestic and international tax considerations. Amsterdam: IBFD, 2024. *IBFD Doctoral series*, 70.

HUBER, Giedre Lideikyte. **Conceptual problems of the corporate tax**. Amsterdam: IBFD, 2019.

KISSKA-SCHULZE, Kathryn; DAVIS-NOZERMACK, Karie. Humans vs. robots: rethinking tax policy for a more sustainable future. In: **Maryland Law Review**, Baltimore, Ed. University of Maryland, v. 79, Issue 4, p. 1.009-1.076, 2020.

KOVACEV, Robert J. A taxing dilemma: robot taxes and the challenges of effective taxation of AI, automation and robotics in the fourth industrial revolution. In: **The Ohio State Technology Law Journal**, Collumbus, Ed. Ohio State University Press, v. 16, p. 182-233, 2020

MAZUR, Orly. Taxing the robots. In: **Pepperdine Law Review**, Los Angeles, Ed. Pepperdine University School of Law, v. 46, p. 277-330, 2018.

MIZRAHI-MELLER, Emily; SALOM, Jessica. Le salaire excessif en droit fiscal suisse. In: **Revue de Droit Administratif Et Fiscal**, Renens, Ed. Association Henri Zwahlen pour le développement du droit administratif et du droit fiscal, n. II, p. 105-232, 2011.

OBERSON, Xavier. Intelligence artificielle et TVA. In: GANI, Raphael; PAUCHARD, Annie Rochat; SILVA, Dominique da (Éd.). **Au carrefour des contributions, mélanges de droit fiscal en l'honneur de Monsieur le Juge Pascal Mollard**. Berne: Stämpfli, 2020. p. 147-169.

OBERSON, Xavier. **Taxing artificial intelligence**. Cheltenham: Elgar, 2024.

OBERSON, Xavier. Taxing robots?: from the emergence of an electronic ability to pay to a tax on robots or the use of robots. In: **World Tax Journal**, Amsterdam, Ed. IBFD, v. 9, n. 2, p. 247-261, 2017.

OBERSON, Xavier. Robot taxes: the rise of a New taxpayer. In: **IBFD Bulletin for International Taxation**, Amsterdam: IBFD, août 2021.

OBERSON, Xavier; YAZICIOĞLU, Alara Efsun. **Taxation of big data**. Cham: Springer, 2023.

OCDE. Organisation for Economic Co-Operation and Development. Une introduction aux plateformes en ligne et à leur rôle dans la transformation numérique. 2019.

OCDE. Organisation for Economic Co-Operation and Development. Déclaration sur une solution à deux piliers aux défis fiscaux posés par la numérisation de l'économie, 8 octobre 2021a.

OCDE/G20. Organisation for Economic Co-Operation and Development. Défis fiscaux posés par l'économie numérique, Action-1, 2015.

OCDE/G20. Organisation for Economic Co-Operation and Development. Défis fiscaux posés par l'économie numérique. Rapport intermédiaire 2018.

OCDE/G20. Organisation for Economic Co-Operation and Development. Note politique approuvée par le Cadre inclusif sur le BEPS, 23 janvier 2019.

OCDE/G20. Organisation for Economic Co-Operation and Development. Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy, 8 octobre 2021b.

OOI, Vincent; GOH, Glendon. Taxation of Automation and artificial intelligence as a tool of labour policy. In: **eJournal of Tax Research**, Singapore, Singapore Management University, v. 19, n. 2, p. 273-303, 2022.

PAGALLO, Ugo. **The laws of robots**. Cheltenham: Elgar, 2013.

PARLEMENT EUROPÉEN. Rapport contenant des recommandations à la Commission sur les règles de droit civil relatives à la robotique. Commission des affaires juridiques. Rapporteur Mady Delvaux, n° 2015/2103(INL), 27 janvier 2017 (ci-après Rapport de l'UE).

REBELLO, Sergio; TELES, Pedro; GUERREIRO, João. Robots should be taxed, for a while. In: **CEPR Policy Research**, London, 20 août 2020.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, socialism and democracy**. New York: Harper & Brothers, 1942. chapitre VII.

SCHWAB, Klaus. **The fourth industrial revolution**. New York: Crown, 2016.

SHILLER, Robert J. Robotization without taxation? In: **Project Syndicate**, Praga (Republic Tcheca), 22 mars 2017.

SOLUM, Lawrence B. Legal personhood for artificial intelligence. In: **North Carolina Law Review**, Cahapel Hills, Ed. University of North Carolina School of Law, v. 70, Issue 4, p. 1.231 et s., 1992.

SUISSE. Conseil Fédéral. Rapport du Conseil fédéral. Une étude prospective sur l'impact de la robotisation de l'économie sur la fiscalité et le financement des assurances sociales. Berne, 7 décembre 2019.

SUSSKIND, Daniel. **Un monde sans travail**. Traduction (Anglais): Céline Alexandre. Paris: Flammarion, 2023.

Submissão em: 9 de abril de 2025

Último Parecer favorável em: 3 de julho de 2025

Como citar este artigo científico

OBERSON, Xavier. Vers une taxation de l'intelligence artificielle. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 6, n. 2, p. 110-129, maio-ago. 2025.

Kaptan
Мастер
Maestría
Magister
Magisterský
Mağistra
Magistri Omad
Magistro
Maighstir
Máistir
Maîtrise
Mästare
Майстар
Магистра
Магистратура
Master
Màster
Masteri
Master's
Meeschter Ass
Meistarar
Meister
Meistr
Mestarin
Mester
Mestere
Mistrzyni
Mojstrski
Studii de Masterat
Učiteljska
Usta
Учителски
Δάσκαλος

MASTERMAN

EL ARBITRAJE EN INVERSIONES Y LA CRISIS AMBIENTAL GLOBAL: HACIA UNA NUEVA LITIGIOSIDAD PARA LOS ESTADOS

DIEGO FERNANDO GARCÍA VIZCARRA¹

I INTRODUCCIÓN

En la actualidad, existe una mayor conciencia global sobre el Cambio Climático como fenómeno tridimensional, toda vez que sus implicancias no solo están relacionadas al cambio irreversible del medio ambiente, sino también a su impacto y relacionamiento en los ámbitos socio-cultural y económico; así, esa mayor conciencia global se extiende además a cómo incide la crisis ambiental en las proyecciones sobre el futuro del entorno en el que vivimos y nos desarrollamos, en razón de la sostenibilidad en el tiempo de recursos y actividades que necesitamos para ello.

En ese contexto, el peso de las implicancias del Cambio Climático alcanza principalmente a la actividad productiva (extracción, producción, comercialización, consumo) que, en gran medida, ha tenido un rol desencadenante de esta crisis ambiental en los últimos 100 años, desde la Revolución Industrial y su impacto en los regímenes de lluvias de todo el planeta (ahora llueve más en las partes orientales de América del Norte y del Sur, el norte de Europa y el norte y centro de Asia, pero menos en el Sahel, el Mediterráneo, el sur de África y partes del sur de Asia) (UNITED NATIONS, 2016) hasta las graves secuelas

¹ Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Máster en Derecho de la Contratación Pública por la Universidad de Castilla-La Mancha (España), con estudios de postgrado en Arbitraje Nacional e Internacional por la Universidad del Pacífico. Ha sido asesor del Despacho Ministerial de Energía y Minas, así como asesor en arbitraje de la Dirección de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y de la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada de la Municipalidad Metropolitana de Lima, entre otros cargos. Ex miembro del Consejo Superior de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Huancayo. Dos veces primer puesto en la Competencia Internacional de Arbitraje Comercial Internacional organizada por la Universidad de Buenos Aires (Argentina), en las ediciones de los años 2008 y 2009. Contacto: pcdedgar@upc.edu.pe

de la “Cultura de Consumo” como son las toneladas de desechos plásticos que inundan los océanos o el incremento exponencial del uso de recursos no renovables y combustibles fósiles.

La suscripción del Acuerdo de París y su entrada en vigencia en el año 2016², se alza el más importante hito en el ámbito multilateral bajo la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático³, debido a que constituye un acuerdo vinculante para todas las naciones y una causa común para emprender los más grandes esfuerzos en aras de mitigar el impacto del Cambio Climático, gestionando sus efectos en los diversos ámbitos en los que se materializan, a través de un conjunto de compromisos y obligaciones orientadas a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, para lo cual se ha trazado una línea de acción que requiere de una verdadera y profunda transformación económica y social; de modo que, dichos cambios propicien la implementación de soluciones bajas en carbono para actividades de alto impacto ambiental, el desarrollo de nuevos mercados y la instauración de nuevos estándares de consumo de los recursos naturales, en particular los no renovables.

Según las Naciones Unidas para el Cambio Climático, las medidas derivadas del Acuerdo de París comienzan a vislumbrarse en sectores económicos que representan el 25% de las emisiones de carbono a nivel global⁴; así como, en el establecimiento de políticas públicas y objetivos de neutralidad de carbono en cada vez más países y ciudades. Sectores productivos como los de energía y transportes vienen desarrollando medidas carbono cero cada vez con más notoriedad, generando una nueva dinámica competitiva y la consolidación de mercados emergentes más sostenibles, como el caso de la energía solar o eólica, así como el transporte eléctrico.

Frente a los retos que impone la lucha contra el Cambio Climático y sus efectos, las medidas que deben adoptar los Estados para el cumplimiento de los objetivos y metas del Acuerdo de París suponen cambios regulatorios en diversos niveles, no solo en aquellos ordenamientos directos que regulan la realización de una determinada actividad productiva, sino también en los indirectos que están asociados al establecimiento de condiciones marco para la promoción de la inversión en dichas actividades.

En esa línea, se abre un particular frente contingente, en el que la mirada del Estado hacia inversiones más sostenibles (“Inversiones Verdes”) puede suponer el punto de quiebre para las políticas nacionales tradicionales de promoción y atracción de inversiones extranjeras, en relación a las condiciones otorgadas o reconocidas previamente para inversiones que en el tiempo no

² “[...] El Acuerdo de París es un tratado internacional jurídicamente vinculante sobre el cambio climático. Fue adoptado por 196 Partes en la COP 21 en París, el 12 de diciembre de 2015 y entró en vigor el 4 de noviembre de 2016” (UNITED NATIONS, 2016).

³ Conjuntamente con el Protocolo de Kyoto y el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, conforman el sistema normativo supranacional sobre cambio climático.

⁴ En el marco de las metas del Acuerdo de París, para 2030 las soluciones de cero emisiones de carbono podrían ser competitivas en sectores que representan más del 70% de las emisiones globales, según las Naciones Unidas para el Cambio Climático.

resultan tan sostenibles o amigables con el medio ambiente, cuyos regímenes jurídicos de protección persiguen la lógica esencial de la inviolabilidad e invariabilidad de reglas. Asociado a ese frente contingente, encontramos a los conflictos socio-ambientales propiamente, que se generan entorno al impacto adverso de una actividad o inversión en derechos fundamentales, a partir del impacto medioambiental; en este escenario, el rol tutelar que inherentemente tiene todo Estado moderno de Derecho en materia de derechos fundamentales puede entrar en contrapunto con el rol promotor y gestor de las actividades productivas e inversiones necesarias para el desarrollo económico. Mención aparte merecen los conflictos que se generan entre los Estados que son parte del Acuerdo de París, en relación a la interpretación o aplicación del tratado para el cumplimiento de sus compromisos bilaterales.

Los frentes contingentes antes descritos colocan a los Estados ante la propensión de que enfrenten una nueva categoría de controversias, las denominadas controversias ambientales, que según sus aristas pueden estar asociadas a la vulneración de derechos o al incumplimiento de compromisos en materia de promoción y protección de las inversiones o a la interpretación y aplicación de los acuerdos internacionales en materia de Cambio Climático. Para todos ellos, el arbitraje se presenta como una vía factible e, incluso, idónea de solución; en razón a ello, desde algunos años atrás se viene forjando una tendencia regulatoria que busca posicionar al arbitraje internacional como un mecanismo clave, no solo para la aplicación de las leyes, tratados y políticas ambientales, sino para equilibrar la relación Inversionista-Estado en tiempos en los que la gestión climática puede ser detonador del quiebre de dicho vínculo.

Así, en el presente artículo nos referiremos a algunos principales aspectos en relación a la aplicación y regulación del arbitraje para conflictos entorno a las inversiones y el medio ambiente, en un contexto global en el que, en opinión del suscrito, se viene consolidando ello como una nueva litigiosidad, con la que Estados e inversionistas deberán aprender a lidiar.

II LA ARBITRABILIDAD Y EL CAMBIO CLIMÁTICO

Para dimensionar mejor el alcance de las denominadas controversias ambientales y su relacionamiento con el arbitraje, debemos partir por reconocer que el vínculo existente entre ambas se sustenta en una constante adaptación. El arbitraje en el ámbito de las inversiones y del comercio se ha venido adaptando a las particularidades de los conflictos sobre el clima, por cuanto estos últimos van definiéndose a medida que continúa aumentando el consenso científico sobre la evidencia del cambio climático y el impacto causal de la humanidad a nivel de actividades comerciales o productivas, intensificándose en torno a ello el escrutinio de la acción o inacción estatal y corporativa como contribuyentes al riesgo climático (BAKER et al, 2018, p. 13).

En el contexto de la globalización económica, durante fines del Siglo XX e inicios del XXI, los programas de reformas económicas estructurales que muchos

países desarrollaron, que incluyeron procesos de privatización, desregulación y liberación del comercio (REY VALLEJO, 2007, p. 4), trajo consigo el origen de un orden económico internacional caracterizado por la implementación de mecanismos de protección de las inversiones, integración económica y tratados de libre comercio en los que el arbitraje ha sido la fuente por excelencia de solución de controversias, no solo por los vacíos normativos en el que se ha solidado desenvolver el comercio internacional (principalmente guiado por el *soft law*), sino por la consolidación del Derecho Global de las Inversiones que ha previsto fueros especializados para la solución de las controversias derivadas de la relación Inversionista-Estado, como es el caso de los arbitrajes ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)⁵.

Con el tiempo, el enfoque del sistema de protección de las inversiones extranjeras se ha visto retado por la necesidad de incorporar la posibilidad de que los instrumentos en los que se basan los arbitrajes de inversión, como son principalmente los acuerdos multilaterales de inversión (AMI), acuerdos de libre comercio (ALC) o tratados bilaterales de inversión (TBI), puedan contribuir a mitigar los efectos del Cambio Climático a través de la gestión de los conflictos ambientales relacionados a las inversiones, los cuales son cada vez más frecuentes y todo apunta a que en los próximos años irán creciendo con demandas que van desde supuestos incumplimientos de los Estados que deniegan licencias medioambientales al inversor, hasta demandas de los Estados contra los inversores por incumplir estos con determinadas obligaciones medioambientales (DE LOS SANTOS; GÓMEZ DABIC, 2019).

En ese sentido, considerando que cada vez son más frecuentes las políticas y medidas que los Estados adoptan respecto a la gestión climática, conforme a los instrumentos internacionales vigentes, de igual forma la posibilidad de que enfrenten controversias asociadas a la inversión es más latente. A modo de ejemplo, resulta pertinente mencionar que, en los últimos años, varios países de la Unión Europea han emprendido reformas profundas en el sector de las energías renovable, a través de cambios regulatorios sustentados en los compromisos asumidos en el Acuerdo de París que han desencadenado reclamos de inversores de bajas emisiones de carbono que afirman que las reformas han disminuido o agotado la viabilidad económica de sus inversiones (LÓPEZ-RODRÍGUEZ, 2019, p. 279-302). A diferencia de los inversores locales, que suelen emprender acciones legales ante los tribunales nacionales, los inversores extranjeros han presentado estas reclamaciones de arbitraje en aplicación del Tratado de la Carta de la Energía⁶, especialmente contra los Estados de España, Italia, Bulgaria y

⁵ “El CIADI es una institución internacional autónoma establecida según el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, que comenzó con 30 Estados miembros y ahora cuenta con más de 140. El propósito principal del CIADI es brindar medios para la conciliación y el arbitraje de controversias relativas a inversiones internacionales” (GUZMÁN JIMÉNEZ, 2020).

⁶ El capítulo de Solución de Controversias Internacionales señala en su artículo 16 lo siguiente: “Si el inversor de otra Parte Contratante considera que un Gobierno no ha cumplido sus obligaciones prescritas por las disposiciones de la Protección de las Inversiones, el inversor puede, con el consentimiento incondicional de la Parte Contratante, elegir someter la solución de la controversia a un tribunal nacional o a cualquier procedimiento de solución de controversia previamente convenido con el Gobierno, o bien someterla a un arbitraje internacional ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), Mecanismo

la República Checa, lo que ha dado lugar a pretensiones de indemnizaciones por daños y perjuicios (LÓPEZ-RODRÍGUEZ, 2019, p. 279-302); no obstante, la evolución reciente de la legislación y los alcances del interés público en el orden jurídico internacional, parecen limitar la posibilidad de los inversores reclamantes puedan obtener una compensación.

En referencia a ello, el caso *Charanne vs. España*⁷ nos permite graficar no solo el origen de un arbitraje de inversiones por razones de cambio en el margo regulación aplicable a una inversión bajo estándares de protección medioambiental, sino entender la línea que parte de la jurisprudencia arbitral está acogiendo en el análisis y resolución de controversias relacionadas con el medio ambiente y las medidas derivadas del Acuerdo de París. Este caso involucra a inversores que poseían instalaciones fotovoltaicas en España y que argumentaron que los cambios en el marco regulatorio especial generaron inestabilidad y falta de claridad, lo cual violó sus expectativas legítimas; el tribunal arbitral desestimó las reclamaciones, fallando a favor de España por considerar que los cambios regulatorios que resultaron del Acuerdo de París son “razonables y previsibles” y, por lo tanto, no deben frustrar las “expectativas legítimas” de los inversores en el sector energético (REYNOSO, 2019). Otro caso que sigue la misma tendencia resolutoria es el caso *Isolux vs. España*⁸, en el que el inversor impugnó las regulaciones promulgadas desde el 2012 al 2014, las cuales habrían atraído la inversión con la promesa de mantener las tarifas reguladas a largo plazo para la producción de energía fotovoltaica bajo un régimen especial, y que, al luego de revocarlas, se habría vulnerado los compromisos de protección de las inversiones; no obstante, al igual que en el caso *Charanne vs. España*, en este caso el tribunal arbitral falló a favor de España bajo premisas similares.

Los casos antes citados no solo demuestran que el sistema de protección de las inversiones puede ser activado para controversias asociadas a la gestión climática a cargo de los Estados cuando ésta incide en las inversiones extranjeras, sino que también reflejan un criterio cada vez más presente en la óptica arbitral referido a que, si bien las demandas de los inversores apuntan a un marco legal estable y predecible, éstas no siempre pueden superar el derecho del Estado a regular en ausencia de un compromiso específico otorgado a un inversor. Sin embargo, no se puede sostener que ello constituye la regla puesto que, en la práctica internacional en materia de arbitrajes en inversiones asociados al Cambio Climático, encontramos casos en los que los tribunales –fieles a la esencia jurídica del sistema de protección de inversiones– han reconocido en los Estados responsabilidades por cambios regulatorios que han incidido total o parcialmente en las condiciones primigenias previstas para el desarrollo de la

Adicional de Aplicación de Procedimientos del CIADI, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo [...]

⁷ *Charanne and Construction Investments vs. España*, Caso de la CCE N.º V 062/2012, Laudo, 21 de enero de 2016. Disponible en: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7047.pdf>>.

⁸ *Eiser Infrastructure Ltd. y Energia Solar Luxembourg vs. España*, Caso del CIADI N.º ARB/13/36, Laudo, 4 de mayo de 2017. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798_0.pdf>.

inversión extranjera. Así, también en relación al campo energético, podemos citar el caso *Novenergia vs. España*⁹ cuya demanda arbitral también se encontraba relacionada con las mismas reformas de 2012-2014 referidas en el caso *Isolux vs. España*; no obstante, en esta oportunidad el tribunal arbitral ordenó a España el pago de EUR 53 millones a un fondo de Luxemburgo que había invertido en plantas fotovoltaicas en dicho país, denotando que los tribunales arbitrales pueden emplear distintos criterios de interpretación y aplicación de los marcos regulatorios, lo cual refleja que el arbitraje de diferencias inversor-Estado puede ser efecto de incoherencias o inconsistencias.

Por lo antes señalado, la arbitrabilidad de controversias en materia de inversiones asociadas a medidas sobre el Cambio Climático, tiene como eje gravitatorio el impacto de éstas en regímenes legales preexistentes que se encuentran comprendidos bajo el paraguas del sistema de protección de inversiones por los compromisos internacionales asumidos por los Estados. En el caso de sectores productivos particularmente susceptibles a dichas medidas como es el sector energético, la realidad nos demuestra que existe una tendencia hacia el incremento de arbitrajes en inversiones; según el *International Arbitration Report 2018*, informe del Norton Rose Fulbright, para el 2018 el número de casos relacionados con el clima superaban los 1.100, bajo una línea de crecimiento exponencial en comparación con años previos (BAKER et al, 2018, p. 13); muchos de esos casos ha sido ventilados en fueros arbitrales internacionales como la Corte Permanente de Arbitraje o el CIADI. Ejemplo de esta tendencia *in crescendo* y que está relacionado a los casos citados previamente, es que hacia inicios del 2019 se registraron más de 40 arbitrajes contra España en aplicación del Tratado de la Carta de la Energía, sobre controversias relativas a las reformas del régimen legal en materia de energía renovables, de los cuales cerca de 30 arbitrajes fueron interpuestos ante el CIADI (CIAR GLOBAL, 2018).

Por su parte, ante el impacto de los resultados, las más importantes instancias arbitrales del mundo ha venido ajustando sus estrategias y reglas para adaptarlas a las contiendas arbitrables en relación al Cambio Climático; así, por ejemplo, en el 2001 la Corte Permanente de Arbitraje elaboró una serie de reglas específicas facultativas para el arbitraje de controversias relativas a los recursos naturales y al medio ambiente, mientras que en el 2018 la Cámara de Comercio Internacional de París (ICC) creó un grupo de trabajo especializados con el objetivo de poder trazar el camino futuro del arbitraje en la solución de controversias relacionadas con el Cambio Climático (ARAVENA; URQUIDI, 2019), producto de ello se publicó el informe denominado “*Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*”, en el que se recomienda la aplicación del arbitraje para las siguientes clases de controversias medioambientales:

- i. las derivadas de contratos de transición, adaptación o mitigación, asociadas al cumplimiento de los compromisos del Acuerdo de París;

⁹ *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Gran Ducado de Luxemburgo), SICAR vs. El Reino de España*, Caso de la CCE N.º 2015/063, Laudo Final, 15 de febrero de 2018. Disponible en: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9715.pdf>>.

- ii. aquellas derivadas de contratos de los que surja alguna disputa relativa a cuestiones ambientales o climáticas; y,
- iii. las relativas a cuestiones medioambientales cuando exista un impacto presente o potencial sobre grupos de población y las partes acuerden ex post someter el conflicto a la vía arbitral (DE LUIS GARCÍA, 2020, p. 507).

Sobre la base de esas consideraciones, se puede sostener no solo que las controversias relacionadas a inversiones y las medidas para aplacar el Cambio Climático que se derivan del Acuerdo de París son factibles y susceptibles el mecanismo del arbitraje internacional; sino que, incluso, se puede afirmar que ello se ha venido consolidando en el tiempo, permitiendo por un lado la construcción de una nueva cultura arbitral entorno a los llamados “arbitrajes sostenibles o verdes” que abordan ese tipo de controversias y que, consonancia con ello, promueven también buenas prácticas ambientales en la gestión de los procesos a través del uso de las tecnologías de la información, y –por otro lado– generando que el fuero arbitral también se profile como un importante espacio para el reconocimiento de la existencia del fenómeno del Cambio Climático y su impacto en la vida y derechos de las personas, bajo la influencia de casos emblemáticos como el Caso *Urgenda vs. Países Bajos*¹⁰.

III HACIA UNA NUEVA LIGIOSIDAD ARBITRAL PARA LOS ESTADOS

La creciente cifra de arbitrajes inversor-Estado en relación al impacto de las medidas estatales orientadas a combatir el Cambio Climático en las inversiones, es una cara de la moneda; y es que con el tiempo la fuente de este tipo de arbitrajes no solo serán las reformas de los regímenes legales asociados a ciertas actividades productivas, sino que la implementación misma del Acuerdo de París va a suponer un nuevo espacio para inversiones directamente relacionadas a la lucha contra el Cambio Climático que van a estar protegidas por cláusulas arbitrales paraguas.

En ese contexto, con los avances del cumplimiento de los compromisos del Acuerdo de París y el horizonte trazado por las Naciones Unidas hacia el 2030, se necesitará una inversión significativa para financiar los objetivos climáticos globales; según el *International Arbitration Report 2018*, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) estimó en el año 2017 que se necesitarán cerca de US\$ 6.3 billones de inversión anualmente hasta 2030, de los cuales solo una pequeña proporción serán cubiertos por los Estados (BAKER et al, 2018, p. 14). Por ello, el camino hacia las metas del Acuerdo de

¹⁰ “[...] La Fundación Urgenda demandó con éxito a los Países Bajos y obtuvo una orden judicial que obligaba al gobierno a implementar políticas de cambio climático más estrictas (el caso está en apelación). Urgenda generó numerosos procedimientos de imitación en todo el mundo, con tasas de éxito mixtas. Además, ha habido investigaciones regulatorias de empresas sobre divulgaciones de riesgos materiales relacionados con el clima y niveles significativos de activismo de los inversores, incluidas las reclamaciones de los inversores [...]” (BAKER et al, 2018, p. 14).

París representa una brecha que será acortada principalmente por la inversión privada, especialmente la inversión extranjera directa, lo cual ya se viene poniendo de manifiesto en el surgimiento de un nuevo perfil de inversión, ya sea por sus bajas emisiones de carbono o porque tienen como giro la financiación climática. De ese modo y como ha ocurrido en los últimos 50 años, con el incremento de las inversiones extranjeras directas, se incrementa la posibilidad de arbitrajes inversor-Estado.

Por otro lado, el proceso evolutivo de las medidas estatales para frenar las inclemencias del Cambio Climático, sobre todo en Estados en desarrollo, ha suscitado que –en un primer momento– muchas de las demandas arbitrales interpuestas hayan estado focalizadas en que las medidas derivadas de la gestión climática de la Estados pueden representar un cambio a las “reglas de juego”, afectando la predictibilidad y la seguridad jurídica para las inversiones; no obstante, hoy podemos señalar que el enfoque de esas controversias radica en secuelas más dramáticas, derivadas de las medidas de protección medioambiental de los Estados receptores de inversión, puesto que comienzan a resonar casos en los que el inversionista reclama la pérdida total de su inversión por cancelación de proyectos o la reducción significativa de su valor y alcance, a menudo por la denegación o el retraso de licencias, habilitaciones, autorizaciones o permisos medioambientales bajo los nuevos estándares de la gestión climática.

De ese modo, las bases de las demandas medioambientales que se han presentado en el ámbito del arbitraje de inversión son diversas: desde supuestos incumplimientos de la obligación del Estado receptor de la inversión de garantizar un trato justo y equitativo a los inversores extranjeros, hasta la búsqueda de protección frente a obstrucción, o la protección contra la nacionalización, la expropiación u otras medidas discriminatorias (DE LOS SANTOS; GÓMEZ DABIC, 2019).

Un reciente caso de arbitraje inversor-Estado en América Latina asociado medidas de protección medioambiental es el Caso *Eco Oro Minerals Corp. vs. Colombia*¹¹, el cual grafica el origen de la controversia en las consecuencias restrictivas de tales medidas estatales en las inversiones previamente autorizadas. En ese caso, la empresa minera canadiense Eco Oro Minerals Corp demandó en el año 2016 al Estado de Colombia por la prohibición de la actividad minera en el Páramo de Santurbán a través de la emisión de un conjunto de normas de delimitaron el alcance territorial de esa zona protegida, lo cual fue considerado por el demandante como una vulneración al TLC entre Canadá y Colombia, afectándose el contrato de concesión del proyecto llamado Angostura, un yacimiento de oro y plata ubicado en inmediaciones del Páramo de Santurbán (GUZMÁN JIMÉNEZ, 2020). En setiembre del 2021, el Tribunal Arbitral a cargo del proceso seguido ante el CIADI determina la responsabilidad

¹¹ *Eco Oro Minerals Corp. v. República de Colombia*, Caso CIADI N.º ARB / 16/41, Laudo, 09 de setiembre de 2021. Disponible en: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16212.pdf>>.

de Colombia por el incumplimiento del acuerdo de protección de inversiones, considerando que se habría quebrantado el principio del trato justo y equitativo a las inversiones extranjeras.

Lo interesante del fallo en este caso, es que el Tribunal Arbitral reconoce expresamente que Colombia estaba en su legítimo derecho al proteger el ambiente y a prohibir incluso las actividades mineras en páramos bajo el riesgo potencial de contaminación de fuentes naturales de agua, pese a que finalmente la decisión afectó los intereses económicos de la empresa minera. Con ello, la mirada de los árbitros no solo se circunscribe a reconocer el asunto materia de controversia respecto a la posición del inversor reclamante, sino también desde la perspectiva del Estado reclamado, dada la sensibilidad y alto interés social que representan los conflictos entorno al medioambiente.

Pero la litigiosidad no tiene solo un punto de partida en las reclamaciones que pueda hacer un inversor en el marco del sistema de protección de inversiones. También se abre camino a un nuevo espectro de conflictos derivados de las pretensiones reconventionales que algunos Estados formulan en relación a la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones de carácter medioambiental impuestas al inversor (DE LOS SANTOS; GÓMEZ DABIC, 2019). Ello irá adquiriendo mayor notoriedad con el tiempo, por cuanto la nueva generación de acuerdos, tratados e instrumentos internacionales de promoción y protección de las inversiones, contienen cláusulas y compromisos cada vez más complejos y estructurados en materia ambiental, asociando incluso la responsabilidad directa de la actividad de los inversores en rubros de especial interés para los objetivos del Estado, de cara al cumplimiento de las metas del Acuerdo de París; aunque, todo dependerá de los Estados y del proceso de negociación correspondiente, ya que este tipo de instrumentos internacionales no son totalmente estándar.

IV CONCLUSIONES

La crisis climática global, producto de la mayor incidencia de los efectos del Cambio Climático tanto en el medio ambiente y sus recursos como en las actividades que los Estados requieren para su desarrollo, representa hoy en día una prueba constante para el vínculo inversionista-Estado, una relación *per se* susceptible a factores contingentes y que, desde la óptica del sistema de protección de inversiones, prevalecerá en la medida en que el Estado garantice estabilidad, predictibilidad y seguridad jurídica en relación a las condiciones primigenias de la inversión; condiciones que no pueden ser incólumes al devenir del contexto del Cambio Climático y de la determinación y ejecución de las obligaciones multilaterales asumidas por los Estados para su mitigación.

De ese modo, apreciamos que con el tiempo se han incrementado, en número y frecuencia, los arbitrajes internacionales destinados a resolver controversias inversor-Estado, como consecuencia de la implementación

de obligaciones derivadas del Acuerdo de París, vigente desde el 2016. El enfoque de la controversia ha contemplado inicialmente como principal factor desencadenante a las reformas regulatorias o cambios normativos que han promovido los Estados a efectos de acoger estándares de actividades bajas o neutrales en carbono, sobre todo orientadas a los sectores generadores por excelencia; sin embargo, la potencialidad de que un conflicto asociado a la gestión climática y que involucre a un inversionista extranjero pueda ser llevado a arbitraje, cada vez es más latente, sobre todo si se toma en cuenta que se van perfilando nuevas fuentes de controversias, como con las relativas a la ejecución de inversiones directamente relacionadas al cierre de las brechas generadas por las metas del Acuerdo de París o la que son resultado de la reclamación de un Estado receptor de inversiones por el incumplimiento de obligaciones medioambientales a cargo del inversionista extranjero.

Importantes fueros arbitrales como la Corte Permanente de Arbitraje y el CIADI, así como instituciones arbitrales como la ICC de París, han venido acogiendo como premisa la necesidad de adaptar el arbitraje de inversiones a las características de los conflictos medioambientales, lo que ha propiciado que los tribunales arbitrales y las partes cuenten con herramientas procesales y reglas que viabilicen la gestión del conflicto arbitral asociado a la crisis ambiental global, no solo por sus repercusiones en las inversiones protegidas inicialmente, sino por la relevancia que cada vez tiene más las causas y los efectos del Cambio Climático, lo cual viene siendo reconocido como problema real en sendos fallos arbitrales en materia de la relación inversor-Estado. Con ello, seremos testigos de la progresiva evolución de denominado “Arbitraje Verde” en función de la nueva litigiosidad que enfrentarán los Estados y los inversionistas extranjeros.

BIBLIOGRAFÍA

ARAVENA, Miguel; URQUIDI, Juan Carlos. El arbitraje en la era del cambio climático. En: Idealex.press, Julio, 2019. Disponible en: <<https://idealex.press/el-arbitraje-en-la-era-del-cambio-climatico/>>.

BAKER, Mark; STEBBING, Holly; DOWLING, Cara; NIERINCK, Emma. Climate-related disputes: adaptation and innovation. En: **International Arbitration Report**, Montréal, Ed. Norton Rose Fulbright, Issue 11, p. 13-16, october 2018.

BORN, Gary. **International commercial arbitration**. Londres: Wolters Kluwer, 2009.

CIAR GLOBAL. Concluido arbitraje España-Masdar Solar a favor de la energética. 17 mayo 2018. Disponible en: <<https://ciarglobal.com/concluido-arbitraje-espana-masdar-solar-a-favor-de-la-energetica/>>.

DE LOS SANTOS, Carlos; GÓMEZ DABIC, Markus. Arbitraje de inversión y desarrollo sostenible: los conflictos en torno al medio ambiente van en

aumento. En: Garrigues Newsletter, Noviembre, 2019. Disponible en: <https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/arbitraje-de-inversion-y-desarrollo-sostenible-los-conflictos-en-torno-al-medio-ambiente-van#_ftn1>.

DE LUIS GARCÍA, Elena. Arbitraje para conflictos ambientales: una aproximación desde los derechos humanos. En: **THÊMIS - Revista de Derecho**, Lima, Ed. Asociación Civil THÊMIS, número 77, p. 505-515, Enero-Junio, 2020.

GUZMÁN JIMÉNEZ, Luis Felipe. El arbitraje de inversión en asuntos ambientales: una mirada al asunto Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia-Páramo de Santurbán. En: Blog de Departamento de Derecho del Medio Ambiente, Universidad Externado de Colombia, Julio, 2020. Disponible en: <<https://medioambiente.uexternado.edu.co/el-arbitraje-de-inversion-en-asuntos-ambientales-una-mirada-al-asunto-eco-oro-minerals-corp-v-colombia-paramo-de-santurban/>>.

LÓPEZ-RODRÍGUEZ, Ana Mercedes. The sun behind the clouds?: enforcement of renewable energy awards in the EU. En: **Transnational Environmental Law**, Cambridge (UK), Ed. Cambridge University Press, volume 8, Issue 2, p. 279-302, Julio 2019.

REY VALLEJO, Pablo. El arbitraje de los inversores y los retos de la globalización. En: **Revista de Derecho Privado de la Universidad de Los Andes**, Bogotá, Ed. Universidad de los Andes, número 38, p. 3-23, 2007.

REYNOSO, Isabella. Saga sobre energías renovables en España: lecciones para el derecho internacional de las inversiones y el desarrollo sostenible. En: **Investment Treaty News: International Institute for Sustainable Development - IISD**, Chatelaine (Ginebra, Suiza), Ed. Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, Junio, 2019.

UNITED NATIONS. United Nations Framework Convention on Climate Change. Cuarto Informe de Evaluación (AR4 – 2007) del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático de las Naciones Unidas. United Nations Framework Convention on Climate Change. 2016. Disponible en: <<https://newsroom.unfccc.int/es>>.

Submissão em: 20 de março de 2025

Último Parecer favorável em: 17 de abril de 2025

Como citar este artigo científico

GARCÍA VIZCARRA, Diego Fernando. El arbitraje en inversiones y la crisis ambiental global: hacia una nueva litigiosidad para los estados. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 6, n. 2, p. 132-142, maio-ago. 2025.

A INFORMAÇÃO E O DIREITO À INFORMAÇÃO NAS SOCIEDADES COMERCIAIS: NOVAS E VELHAS QUESTÕES NA ERA DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO

RICARDO MENEZES¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a análise de algumas problemáticas relacionadas com o exercício do direito à informação nas sociedades comerciais e com o impacto que o surgimento de novas tecnologias tem e poderá vir a ter neste âmbito. A nossa investigação focar-se-á, em primeiro lugar, no regime previsto no Código das Sociedades Comerciais para as Sociedades por Quotas e para as Sociedades Anónimas no que respeita ao direito à informação. Para além disso, referir-nos-emos, sumariamente, à matéria da informação no âmbito do mercado de capitais. Por fim, abordaremos algumas das novas tecnologias que têm permitido alargar e facilitar o acesso à informação neste âmbito, sem esquecer, no entanto, os riscos e os problemas que a este propósito se poderão colocar.

Palavras-Chave: Direito à Informação; Sociedades Comerciais; Mercado de Capitais; Tecnologias de Informação.

INFORMATION AND THE RIGHT TO INFORMATION IN COMMERCIAL COMPANIES – NEW AND OLD ISSUES IN THE AGE OF INFORMATION TECHNOLOGIES

ABSTRACT

The present article aims to analyse certain issues related to the exercise of the right to information in commercial companies and the impact that the emergence of new technologies has had and may come to have in this context. Our research will first focus on the legal framework provided in the Portuguese Commercial

¹ Mestre em Direito (Especialização em Direito da Empresa e dos Negócios). ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-3395-3876>. E-mail: rmcmcmenezes@gmail.com

Companies Code for Private Limited Companies (*Sociedades por Quotas*) and Joint-Stock Companies (*Sociedades Anónimas*) with respect to the right to information. Additionally, we will briefly address the matter of information within the scope of the capital markets. Finally, we will discuss some of the new technologies that have expanded and facilitated access to information in this area, while also considering the risks and challenges that may arise in this regard.

Keywords: Right to Information; Commercial Companies; Capital Markets; Information Technology.

1 INTRODUÇÃO: DA INFORMAÇÃO E DO DIREITO DOS SÓCIOS À INFORMAÇÃO²

Enquanto forma de aceder a dados de facto ou de direito relacionados com os assuntos sociais e a gestão da sociedade³, o direito à informação⁴ serve diversos desígnios podendo surgir como pressuposto do voto em Assembleia Geral⁵, como forma de legitimação dos investimentos e de controlo do funcionamento dos mercados (ver, em especial, *infra*, ponto 3.2) e, sobretudo, como forma de fiscalização dos órgãos sociais e de tutela das minorias.⁶

No presente trabalho procuraremos realizar um breve estudo sobre a relevância específica que a informação assume ao nível da governação das sociedades⁷ enquanto instrumento essencial de fiscalização ao serviço dos sócios

² A Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica agradece à “*De Legibus* - Revista de Direito da Universidade Lusófona de Lisboa, n.º 8, p. 113-149, 2024 (<<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus>>), parceira portuguesa, pela cessão do presente artigo científico para publicação no Brasil.

³ Ana Gabriela Rocha Ferreira (2011, p. 1.033), define informação em termos jurídico-societários como “[...] a possibilidade de acesso a quaisquer dados, de facto, ou de direito, relacionados com o andamento dos negócios sociais ou a gestão da sociedade, obtidos de modo direto ou indireto, independentemente dos meios ou instrumentos utilizados para o seu conhecimento, assim como o conteúdo ou substrato que deriva daquela possibilidade de acesso”.

⁴ O direito à informação corresponde, conforme aponta a doutrina, a um direito subjetivo de carácter extrapatrimonial, irrenunciável e inderrogável quer pelo contrato, quer por deliberação dos sócios. Neste sentido v. Triunfante (2004, p. 59 e ss., 115, 118 e 121), muito embora, tal como assinala Ventura (1989, p. 287-288), este direito possa ver o seu exercício regulado através do estatuto social dentro dos limites legais que abordaremos *infra* no ponto 2.1. Contra, alegando a possibilidade de o contrato de sociedade prever verdadeiras causas de recusa legítima da prestação de informação, Cunha (2021, p. 407).

⁵ V., em especial, *infra*, pontos 2.1. e 3.1.1.

⁶ Enumerando todas estas funções do direito à informação, Cordeiro (2007, p. 677). Apesar de desempenhar todas estas funções, consideramos que o direito à informação tem verdadeiramente um carácter autónomo face aos demais direitos sociais e não um carácter instrumental. Neste sentido v. Cordeiro (2007, p. 681) e Abreu (2015, p. 234-235). Contra esta visão, defendendo um carácter instrumental deste direito, v., entre outros, Ventura (1989, p. 282-283).

⁷ Cunha (2021, p. 574), define *corporate governance* como “[...] o conjunto de regras e princípios que o órgão de gestão de uma sociedade anónima [...] deve respeitar no exercício da respetiva atividade [...] e que se caracteriza por incluir regras que visam tornar transparente a administração da sociedade, definir a responsabilidade dos respetivos membros e assegurar que, na mesma, se refletem as diferentes tendências acionistas”. Acompanhamos o mesmo autor (CUNHA, 2021, p. 574, n. 883) na preferência terminológica pela expressão “governação societária” para traduzir este conceito, em detrimento da expressão “governo societário”. No

e, em particular, sobre o papel que as inovações tecnológicas que têm surgido nos últimos anos desempenham e poderão vir a desempenhar neste âmbito.

2 O DIREITO À INFORMAÇÃO NAS SOCIEDADES POR QUOTAS

2.1 Generalidades

O regime legal do direito à informação no âmbito das sociedades por quotas encontra-se previsto nos arts. 214.º a 216.º do Código das Sociedades Comerciais. Nestas normas, o legislador acolhe as três submodalidades do direito à informação que são tipicamente referidas pela doutrina (seguimos a classificação de ABREU, 2015, p. 234-240).

O legislador começa por se referir ao direito à informação em sentido estrito (art. 214.º, n.º 1, primeira parte), estabelecendo que os gerentes só cumprirão o seu dever perante os sócios se prestarem informação verdadeira, completa e elucidativa (sobre estes três conceitos v. CUNHA, 2021, p. 404). No âmbito do direito à informação em sentido estrito inclui-se o direito de pedir informações em Assembleia Geral, remetendo, neste caso, o art. 214.º, n.º 7 para o regime das Sociedades Anónimas (art. 290.º)⁸.

Ainda no n.º 1 do art. 214.º, refere-se o direito de consulta da documentação da sociedade⁹ que, conforme a lei assinala, terá de ser exercido obrigatoriamente na respetiva sede¹⁰.

Por fim, no art. 214.º, n.º 5, prevê-se o direito de inspecionar os bens sociais. Uma vez mais, por remissão para os números anteriores, se estatui que o sócio só poderá exercer este direito pessoalmente e na sede da sociedade (ou noutro local em que se encontrem os bens).

No art. 21.º, n.º 1, al. c), o legislador prevê expressamente que o direito à informação pode ser modelado pelo contrato de sociedade. Essa afirmação é reiterada no âmbito do art. 214.º, n.º 2, prevendo esta norma, como limites para a intervenção da vontade dos sócios, o facto de os estatutos da sociedade não

entanto, como nota Ribeiro (2015a, p. 47), estes problemas poder-se-ão levantar também junto de sociedades por quotas nas quais os sócios usem o seu poder de modelação dos estatutos de modo a conferir à sociedade um pendor capitalista, dando origem ao seu afastamento em relação à gestão da empresa societária.

⁸ Abreu (2015, p. 236) também inclui no âmbito do direito à informação em sentido estrito o direito a pedir informações em Assembleia Geral. Tendo em conta a remissão efetuada pela lei para o regime das Sociedades Anónimas, não nos alongaremos na análise desta figura nesta sede, uma vez que aquilo que diremos *infra* a este propósito sobre aquele tipo de sociedades no ponto 3. relevará também para efeitos das sociedades por quotas.

⁹ O n.º 4 do art. 214.º exige que este direito seja exercido pessoalmente. Abordaremos brevemente *infra*, no ponto 2.2., a possibilidade de os sócios se fazerem representar no exercício deste direito.

¹⁰ Tal solução visa, desde logo, garantir que os documentos não se extraviam e, desse modo, assegurar a possibilidade de exercício do direito de consulta dos documentos por outros sócios. Tendo isto em conta, o n.º 4 do art. 214.º remete para o art. 576.º do Código Civil, reconhecendo-se aos sócios a faculdade de reproduzir a documentação que consultem nos termos daquela norma.

poderem impedir o exercício efetivo do direito ou limitar injustificadamente o seu âmbito (sobre o significado destes limites v. VENTURA, 1989, p. 285-286). Desta forma, a lei esclarece aquilo que entende por regulamentação contratual legítima do direito à informação¹¹.

Já quanto ao objeto deste direito, a lei refere-se a pedidos de informação sobre “a gestão da sociedade”, expressão que, como aponta Raúl Ventura, possui um carácter abrangente, incluindo-se aqui não só atos dos gerentes, mas também factos materiais, atos de pessoas mais ou menos ligadas à sociedade por laços contratuais permanentes, atos de terceiros com efeitos na sociedade e ainda factos que, apesar de não estarem estritamente relacionados com a própria sociedade, digam respeito às relações entre os seus sócios (VENTURA, 1989, p. 292).

2.2 Legitimidade para o Exercício do Direito

Quanto à legitimidade para o exercício do direito à informação nas sociedades por quotas, o art. 214.º, n.º 1, utiliza a expressão “qualquer sócio”. A lei parece, assim, apontar no sentido de que o exercício do direito à informação nas sociedades por quotas deverá ser pessoal, não se admitindo a representação voluntária do sócio, muito embora este se possa fazer acompanhar por um revisor oficial de contas ou por um perito, quer para a consulta de documentação, quer para a inspeção dos bens sociais (art. 214.º, n.ºs 4 e 5). Contudo, parece-nos que, tal como admite parte da doutrina¹², o contrato de sociedade poderá prever a possibilidade de representação.

Para além disso, e sem querermos adensar excessivamente a discussão sobre esta questão, acompanhamos, neste âmbito, a posição maioritária na doutrina e na jurisprudência que atribui legitimidade ativa para o exercício deste direito aos sócios-gerentes¹³.

¹¹ Para um maior desenvolvimento sobre esta matéria v. Martins (2016a, p. 302-303), que indica que estas cláusulas dirão essencialmente respeito a questões ligadas a dimensões procedimentais do exercício do direito (como os horários para as consultas de documentos ou os prazos para resposta dos gerentes aos pedidos de informação), mas nunca se poderão traduzir num impedimento ao exercício efetivo do direito.

¹² No sentido do carácter supletivo desta norma legal v., por todos, Abreu (2015, p. 237). Contra, Cunha (2015, p. 231). Este autor sublinha que se for uma sociedade a assumir o papel de sócio, o exercício do direito à informação será, naturalmente, efetuado pelo seu gerente ou administrador, consoante se trate respetivamente de uma sociedade por quotas ou anónima.

¹³ E também, no caso das Sociedades Anónimas, aos acionistas-administradores, como lembra Cunha (2021, p. 403-404). Para maiores desenvolvimentos sobre esta controvérsia e, no sentido que aqui seguimos v., para além do autor já citado, na doutrina, com amplas referências doutrinárias e jurisprudenciais, Martins e Ramos (2008, p. 149, n. 48), Ferreira (2011, p. 1.036-1.071), e Cunha (2016), bem como, na jurisprudência, entre outros, os Acórdãos do STJ de 14-05-2024, processo n.º 5722/20.7T8LSB.S1 e de 10-10-2006, processo n.º 06A1738, do TRL de 5-06-2014, processo n.º 2096/13.6TYLSB.L1-2, do TRC de 28-03-2007, processo n.º 1300/06.1TBAGD.C1 e do TRP de 19/10/2004, processo n.º 0424278. Contra, não reconhecendo legitimidade aos sócios-gerentes para o exercício do direito à informação, destacamos, na doutrina, Ventura (1989, p. 290), e, na jurisprudência, o Acórdão do TRL de 21-09-2006, processo n.º 6067/2006-6. Todos os Acórdãos citados estão disponíveis em <<http://www.dgsi.pt/>>.

Por outro lado, importa ainda referir que, nas sociedades por quotas, para além do próprio sócio, também o usufrutuário das participações sociais terá legitimidade para exercer este direito quando possua direito de voto (art. 214.º, n.º 8)¹⁴.

Quanto à legitimidade passiva, os pedidos de informação devem ser respondidos pela gerência (ou administração no caso das Sociedades Anónimas). Exceção a esta regra ocorre no âmbito da informação em Assembleia Geral, caso em que a legitimidade passiva é atribuída ao órgão da sociedade que esteja habilitado a prestar essas informações (art. 290.º, n.º 2).

2.3 Utilização Indevida de Informação pelo Sócio

O sócio que utilize as informações obtidas de modo a prejudicar injustamente a sociedade ou outros sócios, para além de responder civilmente pelos danos causados pela sua atuação, poderá ser excluído da sociedade (art. 214.º, n.º 6).

Em relação à responsabilidade civil, a lei prevê que o sócio deverá responder nos termos gerais, referência que a doutrina tem interpretado como consagrando um modelo de responsabilidade extracontratual (neste sentido, v. TORRES, 1998, p. 242, n. 374). Já quanto à possibilidade de exclusão, Carolina Cunha justifica-a referindo que o que está em causa é o reconhecimento pela lei do facto de ser inexigível à sociedade que mantenha no seu âmbito um sócio responsável por lhe causar danos e prejuízos (CUNHA, 2008, p. 213-214)¹⁵.

2.4 Recusa de Informação e Meios de Tutela do Sócio

Sendo realizado um pedido de informação pelo sócio a um órgão da sociedade, este deverá, como vimos, responder a esse pedido de forma completa, verdadeira e elucidativa. No entanto, poderá essa prestação de informação ser legitimamente recusada nas situações que analisamos *infra*.

Em primeiro lugar, o pedido poderá ser indeferido quando não respeite o procedimento previsto nos estatutos da sociedade (desde que essa regulação observe o disposto no art. 214.º, n.º 2) ou quando não tenha fundamento legal ou estatutário.

¹⁴ Sobre o usufruto de participações sociais v. os arts. 23.º do Código das Sociedades Comerciais e 1.467.º do Código Civil, bem como, na doutrina, Andrade (2010, p. 372-409).

¹⁵ A autora alerta, no entanto, que o direito de exclusão não poderá ser reconhecido quando os prejuízos afetem apenas os outros sócios, deixando incólume a sociedade em si mesma. Nesse caso, haverá apenas responsabilidade civil, uma vez que, não havendo danos na esfera societária, não terá a sociedade legitimidade para afastar o sócio do seu seio. Por outro lado, a mesma autora defende que, nestas hipóteses, a exclusão poderá concretizar-se por simples deliberação dos sócios (CUNHA, 2008, p. 219). Contra, defendendo a necessidade de recurso à via judicial, v. Baptista (2012, p. 413, n. 58).

Por outro lado, dispõe o art. 215.º, n.º 1 que poderá haver recusa de informação quando exista um receio de que o sócio utilize as informações prestadas para fins estranhos à sociedade e, cumulativamente, com prejuízo desta (MARTINS, 2016b, p. 311-312).¹⁶. Note-se que tem de estar em causa um receio de prejuízos para a sociedade que se baseie em fundamentos objetivos, de tal forma que o órgão obrigado à prestação de informação consiga justificar esse seu receio (ABREU, 2015, p. 243).¹⁷.

Da mesma norma resulta também que a violação de segredo imposto por lei no interesse de terceiro pode fundamentar a recusa de informação. Nesta hipótese, a recusa apenas se poderá fundamentar na existência de segredo legal e não na existência de acordos de confidencialidade entre a sociedade e terceiros¹⁸.

Por fim, dever-se-á recusar a informação quando o pedido seja feito pelo sócio em abuso do direito (art. 334.º do CC) ou quando a prestação dessa informação não possa ocorrer por razões de praticabilidade¹⁹.

Fora destas hipóteses, não poderão os órgãos da sociedade, conforme resulta do art. 215.º, n.º 1, recusar a prestação de informações. Cabe notar, que, para efeitos desta norma, traduzem-se em recusa de informação não apenas os casos em que, simplesmente, não há prestação de informação, mas também as hipóteses em que, apesar de haver uma resposta por parte dos órgãos relevantes, ela é falsa, incompleta ou não elucidativa.

Perante uma situação de recusa ilegítima, poderá o sócio de uma sociedade por quotas reagir com recurso a três diferentes meios de tutela.

Desde logo, terá a possibilidade de provocar deliberação dos sócios para que a informação lhe seja prestada ou seja corrigida (art. 215.º, n.º 2)²⁰. Por outro lado, caso a recusa ilegítima tenha incidido sobre a prestação de elementos

¹⁶ Este autor acrescenta que no conceito de “fins estranhos à sociedade” não se devem incluir as informações que, não estando diretamente relacionadas com a sociedade, digam, ainda assim, respeito à qualidade de sócio. Ou seja, não deve ser recusado um pedido de informação que não tendo um fim diretamente relacionado com a sociedade, tenha em vista um fim abrangido pelos interesses e pela qualidade do sócio requerente, enquanto tal. Diferentemente, com uma posição que considera os fins relativos à própria qualidade de sócio como fins estranhos à sociedade para estes efeitos. v. Torres (1998, p. 221-222).

¹⁷ Na jurisprudência, v. o Acórdão do TRE de 30-06-2021, processo n.º 74/20.8T8SRP-A.E1 e, salientando que o justificado receio não pode consistir em meras suspeições de ordem subjetiva, v. o Acórdão do TRP de 19-01-2006, processo n.º 0536276. Ambos os Acórdãos estão disponíveis em <<http://www.dgsi.pt/>>.

¹⁸ Solução diferente levaria a que a gerência passasse a incluir cláusulas de confidencialidade em todos os contratos que celebrasse, de modo a furta-se ao escrutínio dos sócios. No sentido aqui adotado v. Cunha (2015, p. 327-328) e o Acórdão do STJ de 16-03-2011, proc. n.º 1560/08.3TBOAZ.P1.S1, disponível in <www.dgsi.pt>.

¹⁹ Sobre estas duas causas de recusa legítima de prestação de informação v. Cordeiro (2012, p. 635). De acordo com este autor, há recusa por razões de praticabilidade quando o gerente esteja impossibilitado de prestar informação, temporária ou definitivamente, quando essa prestação seja manifestamente inútil ou quando implique um conflito de deveres no âmbito do qual deva ceder o dever de prestação de informação. Este autor defende também a aplicação analógica das causas de recusa previstas no n.º 4 do artigo 291º para as Sociedades Anónimas (norma que analisaremos *infra* no ponto 3.1.4.), aos pedidos de informação nas sociedades por quotas – v. Cordeiro (2007, p. 674).

²⁰ Para desenvolvimentos sobre este mecanismo de tutela v. Martins (2016b, p. 314-315).

mínimos de informação relativos a uma deliberação, poderá o sócio pedir a sua anulação (art. 58.º, n.º 1, al. c). O mesmo se diga em relação a deliberação que resulte de Assembleia Geral na qual o sócio tenha requerido informações, mas esse pedido tenha sido recusado de forma injustificada (art. 290.º, n.º 3 *ex vi* art. 214.º, n.º 7)²¹. Por fim, o sócio poderá requerer inquérito judicial à sociedade (art. 216.º)²².

Cabe ainda referir que havendo recusa ilegítima de prestação de informação, os gerentes que tenham procedido a essa recusa ficarão sujeitos²³ a destituição por justa causa (DRAGO, 2009, p. 348)²⁴, responsabilidade penal (nos termos dos arts. 518.º e 519.º) e responsabilidade civil.

No que diz respeito especificamente à responsabilidade civil, esta questão enquadra-se no âmbito do art. 79.º, isto é, da responsabilidade dos gerentes (ou administradores) perante os sócios, respondendo aqueles apenas pelos danos que a sua atuação provoque diretamente a estes últimos (ABREU; RAMOS, 2010)²⁵. O que não terá aplicação neste âmbito, apesar da remissão efetuada pelo art. 79.º, n.º 2, será a possibilidade de exclusão da responsabilidade dos gerentes ou administradores com base na aplicação do disposto no art. 72.º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais (neste sentido v. FRADA, 2007; ABREU; RAMOS, 2010, p. 912-913; FERREIRA, 2016, p. 234).

²¹ Quer o art. 58.º, n.º 1, al. c), quer o art. 290.º, n.º 3 aplicam-se também às Sociedades Anónimas pelo que serão analisados *infra* no capítulo respeitante a esse tipo de sociedades.

²² Trata-se de uma medida extremamente gravosa, cujos regime e efeitos abordaremos, ainda que brevemente, *infra*, no ponto 3.1.4.

²³ Estamos, a este respeito, perante questões em comum com o regime das Sociedades Anónimas, que, neste caso, trataremos já nesta sede, ou seja, no âmbito da análise do regime aplicável às sociedades por quotas.

²⁴ Este autor considera, no entanto, que para que tenha aqui aplicação o disposto no art. 403.º, n.º 4 (aplicável às Sociedades Anónimas), terá de estar em causa uma violação grave e reiterada dos deveres dos administradores, não bastando uma recusa única ou isolada. Consideramos que idêntico raciocínio valerá para a aplicação do art. 257.º, n.º 6 (norma paralela ao art. 403.º, n.º 4 quanto às sociedades por quotas), muito embora existam diferenças no processo de destituição de gerentes nas sociedades por quotas por comparação com a destituição de administradores nas Sociedades Anónimas. A destituição também poderá resultar de decisão do tribunal no âmbito do inquérito judicial (art. 292.º).

²⁵ Como referem estes autores, não relevam aqui os chamados danos indiretos dos sócios, nomeadamente os que resultem da mera delapidação do património social. Ou seja, nas palavras de Oliveira (2017, p. 85), “o conceito de dano directo define-se pela negativa: no dano directo, não há nenhuma conexão causal entre a diminuição do património da sociedade e a diminuição do património do terceiro [...]. O património do terceiro [...] diminui, ainda que o património da sociedade não diminua”. Questão distinta se coloca quanto a saber se a natureza da responsabilidade civil prevista no art. 79.º é puramente extracontratual ou se, pelo contrário, poderá haver lugar à aplicação de uma presunção de culpa dos gerentes ou administradores, com base na figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros no quadro de uma terceira via da responsabilidade civil. Trata-se, contudo, de um tema cuja complexidade mereceria um artigo autónomo. Assim, por razões de economia, remetemos, quanto à primeira posição descrita (responsabilidade delitual) para Cordeiro (2007, p. 937) e, na jurisprudência, para os Acórdãos do TRL de 7-10-2021, processo n.º 7357/19.8T8LSB.L1-2, e de 13-01-2011, processo n.º 26108/09.9T2SNT-A.L1-2, ambos em <https://www.dgsi.pt/> e, quanto à segunda posição (terceira via da responsabilidade civil) para Cordeiro (2005, p. 127-134).

3 O DIREITO À INFORMAÇÃO NAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

3.1 O Regime do Código das Sociedades Comerciais

3.1.1 Generalidades

No que respeita ao regime legal das Sociedades Anónimas, o direito à informação encontra-se regulado nos arts. 288.º a 293.º do Código das Sociedades Comerciais. Apesar de o enquadramento geral da figura ser semelhante ao previsto no âmbito do regime das sociedades por quotas, a técnica legislativa adotada foi diferente: em vez de regular cada uma das submodalidades do direito à informação dentro de um único artigo (art. 214.º), no âmbito das Sociedades Anónimas, o legislador optou por prever diferentes regimes aplicáveis ao exercício do direito à informação em diferentes normas.

Começando pelo art. 288.º, o legislador prevê aquilo que denomina de direito mínimo à informação²⁶. Focando-nos no conteúdo desta submodalidade de direito à informação, parece evidente que o que resulta do elenco do n.º 1 desta norma é um direito à consulta de documentos²⁷. Do mesmo modo, é isso também que sucede com as informações preparatórias de Assembleias Gerais previstas no art. 289.²⁸ Desta última norma resulta um direito particularmente importante²⁹, a cuja violação o legislador associa a anulabilidade das deliberações tomadas na Assembleia Geral para a qual não se tenha disponibilizado a consulta dos documentos aí previstos (art. 58.º, n.º 1, al. c) e n.º 4, al. b))³⁰. Quer no âmbito do art. 288.º, quer no âmbito do art. 289.º, vale o princípio geral, a que já nos referimos, de que a consulta deve ocorrer na sede da sociedade. Relevará para estes efeitos também o disposto no art. 576.º do CC (ABREU, 2015, p. 239, n. 551).

Já no art. 290.º, relativo às informações em Assembleia Geral, estará essencialmente em causa o direito à informação “em sentido estrito” (CORDEIRO, 2006, p. 574). A lei, contudo, delimita, nestes casos, o exercício deste direito referindo que o acionista só poderá requerer que lhe sejam prestadas informações cujo conteúdo verse sobre os assuntos “sujeitos a deliberação”³¹.

²⁶ Levantam-se, desde logo, questões quanto à legitimidade para o exercício deste direito que analisaremos melhor *infra* no ponto 3.1.2.

²⁷ Abreu (2015, p. 237-238). Conforme resulta do Acórdão do TRL de 04-03-2004, processo n.º 165/2004-6, em <http://www.dgsi.pt/>, no direito à consulta de documentos não basta que haja lugar à mera exibição dos documentos pedidos, sendo necessário que se faculte aos sócios o tempo indispensável à sua consulta.

²⁸ Em relação a esta norma, cabe ainda referir que dela decorre a exigência de que estas informações sejam disponibilizadas durante os quinze dias anteriores à data da Assembleia Geral. É importante notar que este prazo inclui o próprio dia da reunião da Assembleia Geral, pelo que, se esta tiver várias sessões, os documentos terão de estar disponíveis até à última sessão – Labareda (1988, p. 182, n. 1).

²⁹ Para um desenvolvimento sobre a função deste direito de consulta, v. Triunfante (2004, p. 116).

³⁰ Desenvolveremos melhor esta questão *infra* no ponto 3.1.4.

³¹ Para além disso, como refere Drago (2009, p. 315-316), por força deste direito, os órgãos com o dever de responder aos sócios devem também prestar todas as informações relevantes para a própria participação em si mesma dos sócios na assembleia.

A doutrina divide-se quanto à interpretação a dar a esta expressão, mas parece-nos que a melhor solução é a proposta por Soveral Martins (2012a, p. 210)³² que entende como estando “sujeitos a deliberação” os assuntos em relação aos quais o debate entre os sócios já se tenha iniciado, não bastando apenas, por um lado, que se encontrem na ordem do dia, nem se exigindo, por outro, que já se tenha alcançado uma proposta de deliberação sobre essa matéria³³.

O art. 291.º prevê o chamado “direito coletivo à informação”. Esta é a submodalidade de direito à informação nas Sociedades Anónimas que possui o carácter mais abrangente, possibilitando aos acionistas o acesso a qualquer informação relevante sobre a sociedade³⁴.

Por fim, importa fazer referência à possibilidade de regulação estatutária deste direito no âmbito das Sociedades Anónimas. Apesar de tal hipótese não se encontrar expressamente prevista no âmbito do regime específico deste tipo de sociedades, parece que essa regulação será de admitir resultando, desde logo, do disposto na parte geral do Código das Sociedades Comerciais – art. 21.º, n.º 1, al. c) (VENTURA, 1994, p. 133). Para além disso, cremos também que, com base no mesmo fundamento, é possível defender que, apesar de tal não resultar expressamente da lei, poderá existir um direito de inspecionar os bens da sociedade no âmbito das Sociedades Anónimas, desde que os estatutos da sociedade assim o prevejam (TRIUNFANTE, 2004, p. 126-127)³⁵.

3.1.2 Legitimidade para o exercício do direito

Conforme referimos, o legislador optou por prever vários sub-regimes no âmbito do direito à informação nas Sociedades Anónimas, algo que tem também implicações quanto à questão da legitimidade para o exercício do direito.

Em relação ao direito mínimo à informação, prevê-se que qualquer acionista que possua ações correspondentes a, pelo menos, um por cento do capital social pode consultar as informações elencadas no n.º 1 do art. 288.º. No debate que a este propósito surgiu na doutrina, parece-nos mais correta a posição que defende a possibilidade de os sócios que individualmente não atinjam esta percentagem de capital se coligarem com vista a exercerem esse direito (por todos, v. ABREU, 2015, p. 238-239)³⁶.

³² Raúl Ventura interpreta esta norma de forma mais restritiva, entendendo que só se poderá pedir informação sobre assunto em relação ao qual já exista proposta de deliberação (VENTURA, 1994, p. 144).

³³ Ainda a este propósito, cabe acrescentar que o pedido de informação deve ser limitado às matérias cujo esclarecimento seja necessário para o acionista formar opinião fundamentada sobre os assuntos sujeitos a deliberação conforme refere Ventura (1994, p. 144).

³⁴ Abreu (2015, p. 235, dá exemplos de várias matérias que cabem no âmbito desta norma.

³⁵ Mais dúvidas se levantam quanto à possibilidade de a inspeção de bens se poder legitimar apenas numa deliberação tomada pelos sócios em face da omissão da lei. Defendendo, no entanto, esta última possibilidade, v. Labareda (1988, p. 186-187).

³⁶ Labareda (1988, p. 180-182), explica que a introdução deste limite resultou de uma alteração ao Código das Sociedades Comerciais levada a cabo pelo DL n.º 280/87 de 8 de julho cujo objetivo se prendeu com evitar, por um lado, a devassa da atividade da sociedade e, por outro, manobras dilatórias de sócios sem um mínimo de participação no capital que pretenderiam

Por outro lado, ao contrário do que sucede nas sociedades por quotas em que o direito de consulta de documentos é previsto pelo legislador como sendo pessoal, nas Sociedades Anónimas a lei estabelece um princípio de livre representabilidade do acionista (art. 288.º, n.º 3), solução que se aplica analogicamente no que respeita ao direito à informação preparatória de Assembleia Geral (art. 289.º), tal como, de resto, a possibilidade de os sócios se fazerem acompanhar por Revisor Oficial de Contas ou por perito (neste sentido v. ABREU, 2015, p. 238-239, n. 551).

Para além disso, para poder exercer o direito mínimo à informação o sócio deverá fundamentar a sua pretensão em requerimento, explicando, ainda que de modo breve, que motivo lhe permite exercer o direito de consultar a documentação³⁷.

Quanto ao direito de acesso à informação preparatória de Assembleia Geral, importa, desde logo, referir que, ao contrário do que sucede no artigo anterior, o legislador não exige a invocação de qualquer motivo justificativo para o exercício deste direito nem o faz depender de qualquer requerimento – pelo contrário, exige que os documentos estejam à disposição dos sócios na sede da sociedade sem necessidade de pedido.

No que diz respeito ao direito à informação em Assembleia Geral (art. 290.º), levantou-se na doutrina a questão de saber se, quando nada se diga a esse propósito no contrato de sociedade (art. 379.º, n.º 2), um acionista sem direito de voto³⁸, mas que tenha o direito de estar presente na reunião, poderia exercer este direito. Parece-nos que, no silêncio dos estatutos da sociedade, a resposta deverá ser afirmativa³⁹. Para além disso, parece-nos que o mesmo entendimento valerá, por maioria de razão, no âmbito do direito à informação preparatória de Assembleias Gerais e, neste último caso, mesmo em relação a acionistas que não tenham o direito de assistir à assembleia geral (TRIUNFANTE, 2004, p. 119).

Em relação ao disposto no art. 291.º, a lei prevê um direito que pode ser exercido quer individualmente por sócios que ultrapassem o patamar de 10% do capital social, quer por acionistas que, não possuindo essa participação

apenas perturbar o funcionamento da sociedade. Consideramos que ainda que se siga a posição que defendemos, a *ratio legis* da norma é cumprida, exigindo-se dos sócios que detenham individualmente menos de 1% do capital que se reúnam de modo a atingir o limite mínimo que o legislador julgou significativo para legitimar o acesso aos elementos referidos no art. 288.º. Em sentido contrário ao que defendemos v. Triunfante (2004, p. 113-115) e Cunha (2021, p. 394).

³⁷ É a posição seguida por Raúl Ventura (1994, p. 136), Triunfante (2004, p. 113), e Martins (2012b, p. 187). Diferentemente, Abreu (2015, p. 238-239), entende que o facto de o autor do pedido de informação se tratar de um sócio já é, em si mesmo, motivo justificado para conhecer da vida da sociedade. Em sentido próximo, Cunha (2021, p. 395), entende que o sócio apenas tem de alegar a existência de motivo justificado, não se encontrando sequer obrigado a identificar que motivo é esse, a não ser que os estatutos da sociedade assim o exijam. Reconhecemos que a posição que asseguraria um maior grau de proteção dos interesses dos sócios seria a de Coutinho de Abreu. No entanto, parece-nos que, atendendo ao disposto na lei – que exige, de forma clara, a alegação de um motivo justificado por parte dos acionistas – a melhor posição *de iure constituto* é aquela que é defendida por Raúl Ventura, Armando Triunfante e Soveral Martins.

³⁸ Seja, por exemplo, pelo facto de se verificar algum impedimento (art. 384.º, n.º 6) ou pelo facto de o acionista ser titular de ações preferenciais sem voto (arts. 341.º e s.s.).

³⁹ Seguindo este entendimento encontramos Abreu (2015, p. 236) e Martins (2012a, p. 206).

individualmente, se coliguem com vista a exercer este direito (por todos, ABREU, 2015, p. 235-236, n. 544).

No que respeita à legitimidade para o exercício do direito à informação importa ainda fazer uma referência quanto ao disposto no art. 293.º, que alarga esta legitimidade ao representante comum de obrigacionistas e, ainda, ao usufrutuário e ao credor pignoratício de ações quando, por lei ou convenção, lhes caiba exercer o direito de voto⁴⁰.

3.1.3 Utilização indevida de informação pelo sócio

Tal como nas sociedades por quotas, pode suceder que, nas Sociedades Anónimas, o acionista se sirva das informações obtidas no exercício do seu direito para provocar um dano à sociedade ou a outros sócios (art. 291.º, n.º 6)⁴¹. Nestes casos, prevê-se igualmente que o acionista lesante responderá civilmente pelos danos que causar nos termos gerais⁴².

Apesar de a lei se referir apenas à responsabilidade civil do acionista, entendemos que esta não será a única consequência aplicável ao acionista que adote este tipo de condutas. Na verdade, neste caso, a lei sanciona uma atuação por parte do acionista que pode ter graves efeitos na vida da sociedade, tornando inexigível a sua manutenção no seu seio.

Para além disso, existem Sociedades Anónimas em que a pessoa do acionista adquire particular relevância, assumindo-se uma clara vertente de *intuitus personae*. Por essa razão, não se poderá afastar em absoluto a possibilidade de exclusão do acionista nestas hipóteses. Seguimos, por isso, a posição de Carolina Cunha que admite, no quadro de Sociedades Anónimas que assumam um perfil mais “personalístico” e menos “capitalístico”, a aplicação da figura da exclusão de sócios com fundamento na extensão teleológica da cláusula geral prevista para as sociedades por quotas no art. 242.º, n.º 1 (CUNHA, 2008, p. 231-233)⁴³.

⁴⁰ A este propósito importa assinalar que acompanhamos a doutrina maioritária no que se refere à aplicação dos requisitos de detenção de pelo menos 1% e 10% do capital social (previstos respetivamente nos arts. 288.º e 291.º) aos sujeitos indicados no art. 293.º. Se não é necessário que estes requisitos se verifiquem quanto ao representante de obrigacionistas, o mesmo já não se poderá dizer em relação aos usufrutuários e credores pignoratícios, caso em que as ações oneradas com usufruto ou penhor terão de atingir 10% do capital social. Neste sentido v. Martins (2012c, p. 185 e 217-218) e Cordeiro (2012, p. 838).

⁴¹ Apesar de o legislador só fazer referência expressa a esta questão no art. 291.º, n.º 6, entende-se que esta norma tem aplicação geral dentro deste tipo de sociedades, relevando a propósito de todas as submodalidades do direito à informação. Neste sentido, v. Abreu (2015, p. 246, n. 575).

⁴² A lei acolhe para estas hipóteses um modelo de responsabilidade civil extracontratual conforme aponta Torres (1998, p. 242, n. 374).

⁴³ Conforme refere a autora, o cunho *intuitus personae* de uma Sociedades Anónimas pode resultar, a título de exemplo, do facto de se preverem cláusulas de limitação da transmissão de ações ou da atribuição aos sócios de direitos de preferência em caso de transmissão das participações sociais (art. 328.º, n.º 2). Contra este entendimento, afastando a possibilidade de exclusão dos acionistas das Sociedades Anónimas. v. Cordeiro (2006, p. 712).

3.1.4 Recusa de informação e meios de tutela do sócio

Conforme referimos a propósito do regime aplicável às sociedades por quotas, existindo um pedido de informação realizado por um sócio, a mesma dever-lhe-á ser prestada, podendo, no entanto, ocorrer situações em que a recusa de informação seja legítima. Não se verificando nenhuma dessas hipóteses⁴⁴, a lei coloca diferentes meios de reação ao dispor do acionista dependendo do sub-regime⁴⁵ do direito à informação que esteja em causa⁴⁶.

Se a recusa da informação puser em causa o conteúdo de uma deliberação que venha a ser tomada em Assembleia Geral – infringindo, deste modo, o disposto nos arts. 289.º e 290.º – o sócio poderá pedir a anulação da deliberação, mas com fundamentos distintos dependendo da submodalidade do direito à informação que seja violada.

No caso de recusa de prestação de informação preparatória de Assembleias Gerais, a anulabilidade⁴⁷ resulta do art. 58.º, n.º 1, al. c), sendo a possibilidade de anulação regulada, nos termos gerais, pelo art. 59.º. Já se estiver em causa uma recusa ilegítima de prestação de informações em Assembleia Geral, a consequência será também a anulabilidade, mas, desta feita, com fundamento no art. 290.º, n.º 3, observando-se algumas particularidades quanto ao regime de anulação: é que, neste caso, a legitimidade deverá ser reconhecida não só ao sócio que viu o seu pedido de informação ser recusado, mas também a todos os outros sócios que, tendo estado presentes na reunião, não tenham votado a favor da deliberação, considerando-se, nessa medida, prejudicados por essa recusa (MARTINS, 2012a, p. 214).

⁴⁴ Nas Sociedades Anónimas, a norma paralela ao art. 215.º, n.º 1 é o art. 291.º, n.º 4. Neste âmbito, ampliam-se as possibilidades de recusa de prestação de informação por parte da administração, uma vez que ainda que a informação divulgada não possa vir a ser utilizada para fins estranhos à sociedade, poderá ser recusada se for suscetível de prejudicar, desde que relevantemente, a sociedade e os acionistas – ou seja, se no art. 215.º, n.º 1 os pressupostos para a recusa de informação são cumulativos, ao nível do art. 291.º, n.º 4, al. b) os pressupostos são disjuntivos. Também o art. 291.º, n.º 2, *in fine* prevê um fundamento de recusa, mas que, na verdade, tal como refere Ventura (1994, p. 151), se reconduz às causas gerais de recusa legítima.

⁴⁵ O art. 290.º, n.º 2 prevê duas causas de recusa legítima de prestação de informação em Assembleia Geral: por um lado, o grave prejuízo à sociedade ou a outra sociedade com ela coligada e, por outro, a violação de segredo imposto por lei. Sobre esta matéria cabe apenas acrescentar que o prejuízo para a sociedade (ou para sociedade com ela coligada) deve ser objetivamente grave e que, para que a recusa seja legítima, a prestação de informação não tem de ser a causa *necessária* do prejuízo, bastando que haja séria possibilidade ou forte probabilidade de verificação de prejuízos, conforme lembra Abreu (2015, p. 243). Para além disso, como refere Cordeiro (2007, p. 674), importa ainda salientar que a informação poderá também ser recusada caso tenha sido pedida em abuso de direito.

⁴⁶ Apesar de resultar do n.º 5 do art. 291.º que se presume a existência de recusa se a informação não for prestada num prazo de quinze dias contados do pedido, deve-se considerar, como aponta Labareda (1988, p. 185-186), que a administração poderá afastar essa presunção alegando e provando que esse prazo seria insuficiente para fornecer as informações solicitadas.

⁴⁷ Como refere Maia (2008, p. 267-268), estamos, neste caso, perante uma hipótese particular de anulabilidade da deliberação por vícios de procedimento que traduz uma tendência vincada de tutela do direito à informação dos sócios no Código das Sociedades Comerciais. Este autor refere ainda que, a respeito do que se considera ou não “elementos mínimos de informação”, o elenco do n.º 4 do art. 58.º terá carácter meramente exemplificativo. Com um entendimento divergente quanto a esta matéria, v. Furtado (1993, p. 410-418).

Na verdade, mesmo os sócios que tenham votado a favor da deliberação poderão ter legitimidade para a impugnar quando o seu voto a favor tenha resultado da prestação de uma informação falsa, incompleta ou não elucidativa, o que, como vimos, também se traduz numa recusa de informação, desde que tenha havido vício na formação da vontade desses sócios quanto ao exercício do direito de voto (neste sentido, v. ABREU, 2016b, p. 686).

Nas restantes hipóteses de recusa ilegítima (arts. 288.º e 291.º), a consequência que a lei prevê de forma exclusiva corresponde à possibilidade de o acionista requerer, ao Tribunal, inquérito judicial à sociedade⁴⁸.

O inquérito judicial consiste num meio de tutela⁴⁹ particularmente gravoso e perturbador, uma vez que traduz na intromissão de um agente externo⁵⁰ na sociedade para realizar uma investigação, devendo, por isso, a aplicação desta figura assumir carácter subsidiário (neste sentido, v. CUNHA, 2015, p. 331-332).⁵¹

Recorrendo os sócios a esta via, terá de haver lugar a um processo de jurisdição voluntária⁵² que poderá terminar com a aplicação de alguma das medidas previstas no art. 292.º, n.º 2. De referir apenas que, nos termos do n.º 6 deste artigo, o inquérito poderá ser requerido ainda que o sócio não tenha pedido informações, desde que as circunstâncias do caso fizessem presumir que a informação não lhe seria prestada⁵³.

3.2 A Informação no Mercado de Capitais

3.2.1 O regime do Código dos Valores Mobiliários

Nos pontos anteriores do presente trabalho, analisámos o regime aplicável ao direito à informação nas Sociedades Anónimas e nas sociedades por quotas

⁴⁸ Nas sociedades por quotas, o recurso ao inquérito judicial é possível, ao contrário do que acontece nas Sociedades Anónimas, em caso de recusa de informação em Assembleia Geral. Neste sentido, v. Abreu (2015, p. 246).

⁴⁹ Assumindo carácter instrumental em relação ao direito de informação e não se traduzindo, por isso, numa submodalidade autónoma de direito à informação. Neste sentido, v. Marques (2012, p. 228).

⁵⁰ V. a este propósito o disposto no art. 1.049.º, n.º 3 do Código de Processo Civil.

⁵¹ O autor que acrescenta que o inquérito judicial deve ser reservado para os casos em que não tenha sido possível uma prévia autocomposição entre as partes dos interesses em litígio no âmbito societário.

⁵² Previsto nos arts. 1048.º a 1052.º do Código de Processo Civil. Para desenvolvimentos sobre esta matéria, v. Cunha (2015, p. 331-364). Gostaríamos apenas de realçar, seguindo este autor, que se consideramos que o sócio-gerente ou administrador tem direito à informação, então, terá também legitimidade ativa para pedir um inquérito judicial à sociedade, não ficando, assim, limitado na tutela do seu acesso à informação – (CUNHA, 2015, p. 312). Na jurisprudência, destaca-se, quanto à legitimidade ativa para o inquérito judicial (ainda que a propósito das sociedades por quotas), e em sentido concordante com a posição que adotamos, o Acórdão do TRL de 18-11-2008, processo n.º 8185/2008-1, em <<http://www.dgsi.pt/>>.

⁵³ Esta disposição é aplicável às sociedades por quotas por força da remissão do n.º 2 do art. 216.º. Neste sentido, v. Cunha (2015, p. 351).

com foco naquilo a que a doutrina convencionou chamar de informação direta⁵⁴.

Contudo, existe outra via de tutela dos interesses dos sócios no que respeita ao acesso à informação – a chamada informação indireta, categoria que abrange informações que são objeto de um dever de divulgação por parte das sociedades e cujo acesso, apesar de não caber exclusivamente aos sócios (incluindo também o público em geral), lhes interessa particularmente, surgindo como forma de tutela reflexa dos seus interesses⁵⁵. No âmbito da informação indireta, destaca-se, com particular interesse para este trabalho, a matéria das informações divulgadas em sede do mercado de valores mobiliários⁵⁶.

O Código dos Valores Mobiliários começa por identificar as características que a prestação de informação deve reunir no âmbito do mercado de capitais, dispondo que a mesma deve ser completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita⁵⁷ (art. 7.º, n.º 1). Desta norma e do n.º 2 deste artigo resulta claramente uma compreensão ampla do conceito de informação⁵⁸.

Tendo em conta a multiplicidade de fatores⁵⁹ que contribuem para uma específica complexidade no funcionamento dos mercados de capitais em matéria de informação, é necessário um especial esforço de regulação. Será essa regulação, no que respeita às sociedades emittentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado ou em sistema de negociação multilateral (doravante “sociedades cotadas”), que nos caberá agora, ainda que de forma sucinta, analisar.

⁵⁴ Este conceito abrange as hipóteses em que o acesso à informação da sociedade é concedido a uma pessoa por força do seu estatuto de sócio, como aponta Branco (2008, p. 197-198).

⁵⁵ Cabe notar que, neste âmbito, não se poderá falar de um verdadeiro direito subjetivo do acionista à informação, o que significa que o sócio não poderá recorrer aos mecanismos de garantia de acesso à informação típicos previstos no Código das Sociedades Comerciais, como recorda Branco (2008, p. 208). Para um desenvolvimento sobre a matéria dos deveres de informação no Direito dos Valores Mobiliários, ainda que num contexto anterior à Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, que, entre outras alterações, eliminou as referências à figura da “sociedade aberta” do ordenamento jurídico português, v. Ferreira (2016, p. 217-230). Sobre a revogação do regime da sociedade aberta, v. Rodrigues (2024, p. 65-66).

⁵⁶ Como refere Câmara (2016, p. 703-704), “[...] a maximização de informação constitui uma trave mestra do sistema de governação dos emittentes”, identificando como sendo quatro as funções desempenhadas pelas regras sobre informação: “[...] prosseguir objetivos de proteção dos investidores, de robustecimento da governação, de defesa do mercado e de prevenção de ilícitos”.

⁵⁷ Para um desenvolvimento sobre o significado de cada um destes requisitos, v. Branco (2008, p. 265-267). A informação divulgada em Portugal deve também ser redigida em português ou acompanhada de tradução para esta língua – art. 6.º, n.º 1 do Código dos Valores Mobiliários.

⁵⁸ Como forma de assegurar a verificação destes requisitos qualitativos, o legislador atribuiu poderes de supervisão quer à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (v. o art. 353.º e os arts. 358.º e s.s. do Código dos Valores Mobiliários), em relação à qual se destaca o poder de aprovação do prospeto previsto nos arts. 114.º e s.s. do Código dos Valores Mobiliários, quer a revisores oficiais de contas ou sociedades de revisores oficiais de contas que, para efeitos da lei, são considerados auditores (v., nomeadamente, os arts. 8.º, 10.º e 304.º-C do Código dos Valores Mobiliários).

⁵⁹ Referimo-nos, entre outros problemas, à pluralidade de agentes económicos com características (nomeadamente quanto à compreensão do mercado e à exposição ao risco) e interesses distintos, à existência de processos massificados de que resulta uma muito menor proximidade entre investidores e as sociedades em que investem e, sobretudo, à difícil questão do “risco de informação” e, em especial, das assimetrias de informação. Sobre esta questão v. Ogando (2004).

Seguindo a ordem apresentada pelo legislador em nível do Código dos Valores Mobiliários, começaremos por nos referir ao dever de divulgação de participações qualificadas previsto no art. 16.º. Nesta norma, a lei serve-se de valores de referência respeitantes à percentagem de direitos de voto detida por quem seja titular de ações na sociedade participada para determinar as hipóteses em que se constitui este dever de divulgação⁶⁰.

Assim, sempre que sejam adquiridas participações correspondentes às percentagens de direito de voto referidas na lei ou haja uma redução da participação para valor inferior a esses níveis, deverá o titular das ações comunicar tal facto à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários e à própria sociedade participada (art. 16.º, n.º 1).

A importância deste dever de comunicação prende-se, essencialmente, com a promoção da transparência no mercado, permitindo, por um lado, que os investidores conheçam as dinâmicas de poder na sociedade em que pretendem investir, e possibilitando, por outro lado, que o regulador assuma um maior controlo das transações de valores mobiliários da sociedade a cada momento (CÂMARA, 2016, p. 550-551).

Manifestação dessa relevância resulta, precisamente, das consequências severas que o legislador associa ao incumprimento deste dever, de entre as quais se destaca a possibilidade de a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários suspender o exercício do direito de voto e dos direitos de natureza patrimonial (com exceção do direito de preferência na subscrição de aumento de capital) de que a sociedade participante seja titular, até que o regulador volte a considerar que a titularidade da participação qualificada é transparente – art. 16.º - B, n.ºs 3 e 4 do Código dos Valores Mobiliários⁶¹.

Por outro lado, relevam também os chamados deveres de informação permanente (v., em especial, o art. 13.º-B e os arts. 29.º-F e s.s. do Código dos Valores Mobiliários), que se distinguem das obrigações de emissão de informação ocasional (como a de divulgação de participações qualificadas) pelo facto de, em vez de surgirem apenas mediante a verificação de certos factos típicos, terem carácter de permanência, pelo que exigem uma disponibilização e atualização constantes da informação sem que seja necessário que se verifique qualquer evento específico para que o seu cumprimento seja devido⁶².

⁶⁰ A escolha destes valores de referência não é, naturalmente, discricionária, uma vez que representam situações em que, no âmbito de uma sociedade participada, poderá existir (ou deixar de existir) uma influência relevante sobre a gestão da sociedade. Neste sentido v. Ogando (2004).

⁶¹ Regime paralelo é previsto no art. 19.º do Código dos Valores Mobiliários para os acordos parassociais que tenham por objetivo a aquisição, manutenção ou o reforço de participação qualificada, prevendo-se a anulabilidade das deliberações tomadas com base nos votos expressos em execução desses acordos (salvo se se provar que a deliberação teria sido adotada sem aqueles votos) quando tais acordos não tenham sido comunicados. Sobre o dever de divulgação de participações qualificadas e as consequências associadas ao seu incumprimento, v. Câmara (2016, p. 721-727) e Ferreira (2016, p. 217-219).

⁶² Seguimos aqui a classificação e distinção proposta por Ogando (2004), atendendo, no entanto, à nova organização sistemática do Código dos Valores Mobiliários resultante das alterações introduzidas pela Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, no âmbito da qual as normas respeitantes a estes deveres deixaram de estar previstas na secção III do capítulo II do título IV e passaram, essencialmente, a estar previstas na secção IV do capítulo IV do título I do código.

No âmbito da informação permanente, distinguem-se os deveres de informação periódica e os deveres de informação contínua. Os primeiros prendem-se sobretudo com informações relativas à atividade e aos resultados da sociedade e são exigíveis em intervalos específicos de tempo. Já os segundos traduzem-se, conforme o nome indica, na contínua divulgação de determinadas informações sempre que se verifiquem factos que o justifiquem (continuamos a acompanhar OGANDO, 2004).

Em nível de informação periódica encontram-se os relatórios e contas anuais (art. 29.º-G do Código dos Valores Mobiliários)⁶³ e as informações semestrais (art. 29.º-J do Código dos Valores Mobiliários). Estas informações devem, nos termos do art. 13.º-B, n.º 4 do Código dos Valores Mobiliários, ser divulgadas de forma a permitir aos investidores um acesso rápido, dentro dos prazos especialmente previstos, e sem custos específicos, numa base não discriminatória e enviadas para o sistema informático de difusão de informação da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários previsto no artigo 367.º, devendo também encontrar-se disponíveis no sítio da sociedade emitente na Internet (art. 13.º-B, n.º 7 do Código dos Valores Mobiliários).⁶⁴

Em relação à informação permanente contínua, cabe ainda fazer uma breve referência aos deveres de divulgação de informação privilegiada. O art. 7.º do Regulamento (UE) do Parlamento Europeu e do Conselho 596/2014, de 16 de abril de 2014 (doravante, simplesmente, “Regulamento 596/2014”)⁶⁵, serve-se de vários conceitos indeterminados para identificar hipóteses em que se considera existir informação privilegiada. O recurso a esta técnica legislativa teve como finalidade abranger circunstâncias ou factos que podendo ter influência no preço dos instrumentos financeiros, não encontravam acolhimento noutras normas, alargando-se, desta forma, o âmbito de aplicação da lei⁶⁶.

⁶³ De realçar, neste âmbito, o disposto no n.º 5 deste artigo que estabelece que se o relatório e as contas anuais não derem uma imagem exata do património, da situação financeira e dos resultados da sociedade, pode a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários ordenar a publicação de informações complementares.

⁶⁴ Como refere Ogando (2004), “[...] a finalidade da divulgação desta informação é a de facultar aos investidores elementos que lhes permitam formar juízos fundamentados sobre a evolução da actividade e dos resultados da sociedade desde o termo do exercício anterior, bem como, na medida do possível, a evolução previsível do exercício em curso. Estes são os objectivos que presidem em geral à instituição dos deveres de informação periódica incidentes sobre as sociedades emitentes de valores mobiliários. No entanto, [com a informação semestral] pretende-se assegurar um ainda maior grau de actualização da informação relevante sobre as entidades emitentes, que além de permitir a comparação dos elementos apresentados com os correspondentes do ano anterior, faculta aos investidores a possibilidade de detecção de eventuais factores específicos que tenham influenciado a actividade e resultados da actividade emitente, colocando a informação financeira divulgada em perspectiva”. Sobre estes deveres v., também, ainda que num contexto anterior à Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, Ferreira (2016, p. 219-222).

⁶⁵ Quanto à matéria da informação privilegiada, sobre a qual versa o Regulamento 596/2014, releva também o disposto no art. 29.º-Q do Código dos Valores Mobiliários. Sobre os deveres de divulgação de informação privilegiada, v. Ferreira (2016, p. 222-230).

⁶⁶ Referindo, precisamente, o alargamento a que o legislador procedeu por comparação com a anteriormente vigente diretiva n.º 2003/6/CE de 28 de janeiro, v. Bugeja e Buhagiar (2017).

Verificando-se algum dos pressupostos⁶⁷ previstos no art. 7.º do Regulamento 596/2014, nasce na esfera da sociedade emitente o dever de divulgação pública dessa informação o mais rapidamente possível, nos termos do art. 17.º, n.º 1, admitindo-se o diferimento dessa divulgação, quando se reúnam todas as condições previstas no n.º 4 desta norma⁶⁸. Nos termos do n.º 7, havendo diferimento, mas verificando-se que a confidencialidade da informação deixou de estar assegurada, deverá haver lugar à sua divulgação o mais rapidamente possível.

Solução semelhante é prevista no n.º 8 para os casos em que se divulgue (intencionalmente ou não) informação privilegiada a um terceiro no decurso normal do exercício de uma atividade, profissão ou função⁶⁹.

No entanto, não é apenas a sociedade emitente em si que será sujeito passivo do dever de divulgação de informação privilegiada. Nos termos do art. 19.º do Regulamento 596/2014, os próprios dirigentes de uma entidade emitente de valores mobiliários e as pessoas estreitamente relacionadas⁷⁰ com aqueles estão sujeitas a obrigações de comunicação para com o próprio emitente.

Com este regime visa-se, essencialmente, proteger a transparência e eficiência do mercado contra práticas de abuso de informação⁷¹. Conforme se refere no considerando n.º 23 do preâmbulo do Regulamento 596/2014, o abuso de informação privilegiada consiste na obtenção de um benefício indevido a partir de informação privilegiada em detrimento de terceiros que desconhecem tal informação e, por conseguinte, na fragilização da integridade dos mercados financeiros e da confiança dos investidores⁷². É por isso que assume particular relevância a obrigação de divulgação em termos não-discriminatórios dessa mesma informação.

Para além da regulação prevista quanto à prevenção e deteção de abusos no art. 16.º do Regulamento 596/2014, o Código dos Valores Mobiliários tipifica criminalmente os abusos de informação no seu art. 378.º (sobre este crime, v. CÂMARA, 2016, p. 855-868).

⁶⁷ Não procederemos aqui a um desenvolvimento aprofundado de cada um dos requisitos previstos no Regulamento 596/2014, uma vez que tal careceria de um trabalho autónomo. No entanto, não deixaremos de os enumerar: considera-se informação privilegiada, de acordo com o art. 7.º, n.º 1, al. a) do referido diploma, a informação com carácter preciso, que não tenha sido tornada pública e diga respeito, direta ou indiretamente, a um ou mais emitentes ou a um ou mais instrumentos e que, caso fosse tornada pública, seria idónea para influenciar de maneira sensível o preço desses instrumentos financeiros ou dos instrumentos financeiros derivados com eles relacionados. Para um desenvolvimento sobre estes requisitos, v. Ferreira (2016, p. 224).

⁶⁸ Prevendo-se nesta matéria um regime especial para as instituições de crédito e para as instituições financeiras no n.º 5.

⁶⁹ Muito embora este n.º 8 não se aplique se a pessoa que recebeu a informação estiver sujeita a uma obrigação de confidencialidade, independentemente de essa obrigação se basear em lei, regulamento, estatuto ou contrato, conforme resulta da própria norma.

⁷⁰ O conceito de “pessoas estreitamente relacionadas” para estes efeitos encontra-se previsto no art. 3.º, n.º 26 do Regulamento 596/2014.

⁷¹ V., entre outros, os considerandos n.ºs 7 e 11 do preâmbulo do Regulamento 596/2014.

⁷² O art. 8.º do Regulamento 596/2014 identifica de forma mais específica as hipóteses que se poderão qualificar como situações de abuso de mercado.

3.2.2 A influência dos investidores institucionais – breve referência

Incidindo o presente trabalho sobre a especial relevância que a informação assume na governação das sociedades, não poderíamos deixar de fazer uma referência, ainda que breve, aos investidores institucionais⁷³.

Um dos problemas clássicos que resulta da típica estrutura existente nas sociedades em que os sócios não desempenham funções na administração – verificando-se uma separação entre titularidade das participações sociais e a gestão – é o surgimento de relações de agência⁷⁴, o que, no âmbito societário, traduz-se numa delegação de poder por parte dos acionistas (principais) nos administradores (agentes) para que estes tomem as decisões necessárias quanto à atividade da sociedade⁷⁵.

⁷³ Para efeitos da definição de investidores institucionais, seguimos Alves (2000, p. 12), “i) instituições financeiras profissionais, que ii) concorrem entre si directa ou indirectamente na captação de recursos junto das famílias, iii) gerem essas poupanças e procedem à sua aplicação no mercado de capitais, e iv) administram carteiras suficientemente grandes de modo a poderem deter grandes blocos de acções, sem se sujeitarem, com elevada probabilidade, à contingência de ter de alienar essas posições por eventuais choques de liquidez que originem rupturas pontuais de tesouraria. Sob este conceito aglutinam-se, pois, instituições diversas: desde bancos, companhias de seguros, fundos de pensões, fundos de investimento até sociedades gestoras de patrimónios privados”. Apesar de, no geral, concordarmos com a definição do autor, consideramos, no entanto, que, no que respeita ao ponto ii), a mesma se revela demasiado restritiva, uma vez que parece indicar que os investidores institucionais captam recursos apenas junto de pessoas singulares (as “famílias”). Sucede que, na realidade, entidades como bancos, companhias de seguros, fundos de pensões, fundos de investimento ou sociedades gestoras de patrimónios privados obtêm os recursos que investem de fontes muito diversas, incluindo, em particular, sociedades comerciais, pelo que, para efeitos do presente artigo, o conceito de investidores institucionais deverá ser entendido de forma mais ampla. Esta definição dogmática não deve ser confundida com a definição legal que decorre do atual art. 26.º-H, al. a) do Código dos Valores Mobiliários e que inclui apenas as empresas de seguros, as empresas de resseguros e os fundos de pensões sujeitos a lei pessoal portuguesa. Fazendo já referência aos “investidores profissionais” como uma “nova classe empresarial” que assumiu um importante papel no movimento de democratização das Sociedades Anónimas e, em particular, de tutela das minorias acionistas, v. Serens (1995, p. 10-11).

⁷⁴ A definição de relação de agência resulta do clássico artigo de Michael C. Jensen e William H. Meckling, (1976, p. 308): “[...] contrato através do qual uma ou várias pessoas (entidade principal) recorrem aos serviços de outra pessoa (agente) para que esta realize uma tarefa por conta daquela, envolvendo a delegação no agente de algum tipo de autoridade para tomada de decisões”. A tradução é nossa.

⁷⁵ A relação de agência poderá, no entanto, assumir outras vestes, podendo surgir conflitos de interesses entre administradores e acionistas, entre acionistas majoritários e minoritários, entre acionistas e credores ou entre acionistas e credores ou outros sujeitos com interesses relevantes na empresa (*stakeholders*) conforme lembra Câmara (2010, p. 37). O termo *stakeholders* poderá ser definido conforme o faz a Comissão Europeia (2001, p. 28), da seguinte forma: “[...] indivíduo, comunidade ou organização que afecta as operações de uma empresa ou é afectado por elas. As partes interessadas podem ser de tipo interno (por exemplo, os trabalhadores) ou externo (por exemplo, clientes, fornecedores, accionistas, financeiros, a comunidade local)”. De notar que a expressão *stakeholder* definida na página 25 da versão em inglês do referido Livro Verde (COMISSÃO EUROPEIA, 2001) foi traduzida como “parte interessada” na versão em português. Conforme refere Serra (2020, p. 531-532, n. 249), este conceito foi acolhido pelo legislador português em 2006 através da alteração provocada pelo DL n.º 76-A/2006, de 29 de março no art. 64.º, n.º 1, al. b) do Código das Sociedades Comerciais que passou a prever um dever de os administradores não só atenderem aos interesses de longo prazo dos sócios, mas também de ponderarem os interesses dos *outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade*, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores. Para uma leitura crítica sobre esta norma, v. Abreu (2015, p. 270-281).

Isto significa que, por força da existência de assimetrias de informação, haverá uma tendência para o agente não atuar apenas no interesse do principal, o que representará custos para os acionistas, desde logo, em termos de fiscalização da atividade dos administradores (JENSEN; MECKLING, 1976, p. 308 e 309).

Estes problemas são mais acentuados no âmbito das Sociedades Anónimas, não só pelo facto de, neste tipo social, a lei assegurar a independência do órgão de administração em matéria de gestão⁷⁶, mas também por serem mais comuns as situações de dispersão do capital pelos sócios (neste sentido, v. CUNHA, 2021, p. 124 e 125)⁷⁷.

No que diz respeito ao seu envolvimento na atividade da sociedade, a doutrina identifica tradicionalmente dois tipos de acionistas – os acionistas empresários e os acionistas investidores. Os primeiros são aqueles que, pela participação que detêm no capital social, têm um maior incentivo para acompanhar de perto a gestão da sociedade, enquanto os segundos, sendo em regra titulares de uma participação mais reduzida, pretendem apenas obter um retorno para o seu investimento, não se interessando de forma tão intensa pela atividade dos gestores da empresa societária (seguimos aqui, RIBEIRO, 2015b, p. 500)⁷⁸.

Se o modelo organizativo das Sociedades Anónimas privilegia a posição dos acionistas empresários, a verdade é que é impossível financiar a atividade empresarial da sociedade sem que se atraia investimento, destacando-se, a este nível, a contribuição dos acionistas investidores. Essencial para que se obtenha a confiança destes acionistas é o estabelecimento de mecanismos que lhes permitam aceder a informação e fiscalizar a atividade dos gestores da sociedade (RIBEIRO, 2015b, p. 501 e 506-507).

Os investidores institucionais surgem, assim, como acionistas investidores que desempenham um importante papel em matéria de governação das sociedades, na medida em que quebram com o paradigma que descrevemos anteriormente.

Com efeito, estes sujeitos assumem uma participação nas sociedades marcada pelo ativismo e por uma fiscalização diligente, designadamente por meio da exigência da adoção de boas práticas de *corporate governance* nas empresas em que investem e, nomeadamente, de mecanismos de garantia de transparência e divulgação de informação, levando a que as sociedades que procurem obter recursos junto destes investidores tomem medidas com vista à diminuição das assimetrias de informação e dos custos de agência (neste sentido, v. MATOS, 2014, p. 2.239-2.240).

⁷⁶ V., de forma muito clara, o disposto nos arts. 373.º, n.º 3 – “sobre matérias de gestão da sociedade, os accionistas só podem deliberar a pedido do órgão de administração” – e 405.º, n.º 1 – “competem ao conselho de administração gerir as actividades da sociedade, devendo subordinar-se às deliberações dos accionistas ou às intervenções do conselho fiscal ou da comissão de auditoria apenas nos casos em que a lei ou o contrato de sociedade o determinarem” – do Código das Sociedades Comerciais. Os sublinhados são nossos.

⁷⁷ José Engrácia Antunes (2021, p. 292, n. 619), aponta precisamente para o facto de este tipo de problemas não surgir apenas no âmbito das Sociedades Anónimas cotadas, cujas ações são negociadas no mercado regulamentado, podendo também relevar ao nível das Sociedades Anónimas “fechadas”.

⁷⁸ Fazendo já a distinção entre acionistas investidores e acionistas empresários no contexto das Sociedades Anónimas, v. Serens (1995, p. 8-9).

4 NOVAS TECNOLOGIAS

Os últimos anos têm sido marcados por importantes desenvolvimentos e avanços tecnológicos (v., entre outros, SOUSA, 2021, p. ix-x). Tais desenvolvimentos têm assumido especial relevância no âmbito societário e, particularmente, no que respeita ao acesso à informação⁷⁹, conforme veremos *infra*. Neste capítulo, procuraremos, assim, analisar de que forma é que as novas tecnologias que têm surgido a este nível poderão, ou não, reforçar os efeitos positivos que resultam da divulgação de informação no âmbito societário.

4.1 Inteligência Artificial

No que respeita ao acesso à informação sobre a atividade de uma sociedade, existem, como já tivemos a oportunidade de assinalar, vários interesses em conflito, desde os interesses dos acionistas aos da administração da sociedade⁸⁰. Sucede que, apesar de, atualmente, os ordenamentos jurídicos penderem para o reconhecimento de amplos direitos de informação e de deveres de informar, o mero acesso a uma grande quantidade de informação não assegura por si só a necessária tutela dos interesses dos investidores e dos sócios.

De facto, como aponta Oliveira Ascensão, há casos em que a abundância de informação se traduz, na verdade, em desinformação (ASCENSÃO, 2006, p. 24), podendo a administração adotar uma estratégia de divulgação abundante de dados precisamente para dificultar a análise dos mesmos e, nessa medida, a fiscalização da sua atuação. Por isso, tem havido uma renovada preocupação com a garantia da *qualidade* da informação prestada pelas sociedades⁸¹.

É precisamente neste contexto que as tecnologias de inteligência artificial poderão ter interessante aplicação. A inteligência artificial corresponde, de facto, a uma ferramenta que se tem revelado particularmente útil e eficaz na análise de dados, permitindo o tratamento de grandes quantidades de dados brutos e a produção, a partir daí, de informação de qualidade⁸².

Deste modo, em sociedades nas quais a divulgação de grandes quantidades de informação coloque desafios à fiscalização da atividade dos órgãos sociais,

⁷⁹ Cabe a este propósito fazer notar que os impactos que as tecnologias, que abordaremos no presente trabalho, têm e poderão ter no âmbito das sociedades comerciais extravasa de forma clara aquele que é o objeto fundamental do nosso trabalho – o papel que as novas tecnologias poderão ter no acesso dos sócios, dos órgãos de fiscalização e dos *stakeholders* à informação relativa a uma sociedade. Para uma reflexão mais abrangente sobre o impacto global que as novas tecnologias poderão ter sobre a própria estrutura das sociedades comerciais e, em particular, sobre o funcionamento e até mesmo sobre a necessidade de existência dos seus órgãos de fiscalização e de gestão perante o novo contexto tecnológico, assumindo uma visão crítica, v. Picciau (2021, p. 67-136) e Enriques e Zetsche (2020, p. 55-98).

⁸⁰ Remetemos para o que escrevemos sobre a relação de agência no ponto 3.2.2.

⁸¹ De que é manifestação a Recomendação da Comissão Europeia 2014/208/CE de 9 de abril de 2014 e, em especial, os respetivos considerandos.

⁸² Neste sentido, v. Lana (2020, p. 1.081-1.082). Descrevendo de forma mais desenvolvida a inteligência artificial como tecnologia, v. Picciau (2021, p. 81-85).

o recurso à inteligência artificial poderá contribuir para uma maior precisão, completude, celeridade e eficiência dessa mesma fiscalização e supervisão⁸³.

Ultrapassam-se assim os clássicos problemas de falta de tempo ou disponibilidade para o acompanhamento da atividade da sociedade, permitindo-se mesmo, através do uso destas tecnologias, um acompanhamento constante e em tempo real⁸⁴ dos dados por ela disponibilizados⁸⁵.

4.2 Blockchain

Outro importante contributo para a fiscalização da atividade das sociedades pode resultar da utilização da tecnologia *blockchain*⁸⁶. Tratando-se, de facto, de um sistema descentralizado com capacidade para armazenar informação de forma criptografada, a utilização da *blockchain* possibilitará uma tutela mais eficaz da posição dos sócios e a prevenção de situações de fraude e de manipulação das informações pela administração.

Com efeito, esta tecnologia garante elevados graus de segurança no tratamento de dados, uma vez que após a introdução de uma determinada informação na rede, se torna praticamente impossível a sua mutação e a sua manipulação (nesse sentido, v. JARDIM, 2020, p. 310-313, 316-317 e 320). Por outro lado, a base de funcionamento da *blockchain*, ou seja, a transmissão de informações em cadeia de “blocos” na rede, é uma alternativa mais fiável e menos dispendiosa que o recurso às bases de dados e aos mecanismos de auditoria atuais, permitindo lidar com grandes quantidades de dados e diminuir,

⁸³ Conforme referem Anabela Miranda Rodrigues e Susana Aires de Sousa (2021, p. 195), hoje “[...] as coisas – as máquinas e os sistemas – ligadas em rede comunicam e interagem entre si, mostrando-se capazes de, por exemplo, em contexto empresarial, prever atos e processos produtivos de modo mais eficaz e eficiente ou de prevenir ou detetar erros prejudiciais à empresa. O algoritmo apresenta-se, assim, com inúmeros benefícios, entre os quais a vantagem de aumentar a segurança em contexto empresarial prevenindo, prevenindo e detetando atos lesivos de interesses juridicamente valiosos, vigiando e monitorizando o espaço e as pessoas que nele intervêm”. Com especial importância a este propósito v., ainda, Rodrigues e Sousa (2021, p. 197-199 e 201-203).

⁸⁴ Conforme refere Maia (2021, p. 187), “[...] a inteligência artificial oferece a possibilidade de analisar, filtrar, etc., o *universo total das operações* – independentemente do seu montante, do lugar em que sejam ordenadas, da jurisdição a que pertençam os beneficiários, da hora e do dia de semana em que ocorram, etc. –, *em tempo real* – [...] considerando um acervo de informação (*big data*) inacessível ao conhecimento humano”. Neste sentido, desenvolvendo também a ideia de que as novas tecnologias permitem um acesso em tempo real a informação sobre a sociedade e, em especial, sobre as respetivas contas, v. Yermak (2017, p. 24-26).

⁸⁵ Enumerando, desenvolvidamente, uma série de vantagens que vêm sendo apontadas pela doutrina estrangeira como podendo resultar da introdução das novas tecnologias no âmbito societário, v. Enriques e Zetsche (2020, p. 68-70). Concordamos, no entanto, com Picciau (2021, p. 110-111), que faz notar que as vantagens no acesso à informação trazidas pelos desenvolvimentos tecnológicos não se farão sentir da mesma forma em relação a todos os sócios, uma vez que, mais do que acesso aos dados, é necessário ter os conhecimentos e a formação exigidos para os conseguir analisar. As novas tecnologias terão, assim, um impacto maior em relação aos membros dos órgãos de fiscalização e aos chamados acionistas empresários e investidores institucionais (a que aludimos *supra* no ponto 3.2.2.), sujeitos que, em regra, possuem as competências necessárias para interpretar as informações a que venham a aceder.

⁸⁶ Nas palavras de Lana (2020, p. 1.086), uma *blockchain* corresponde a “[...] um sistema totalmente distribuído para capturar e armazenar de forma criptografada um registro de eventos consistente, imutável e linear de transações entre atores eletrônicos em rede”.

de forma relevante, os riscos de falhas (ou de fraude) no controlo da informação (neste sentido, v. BRANDON, 2016, p. 35-36).

Para além disso, esta poderá ser uma forma de reduzir ao menor nível possível a existência de intermediários entre a informação, os investidores e os acionistas, contribuindo para uma diminuição das assimetrias de informação e dos custos de agência (neste sentido, v. PICCIAU, 2021, p. 106 e 109-111).⁸⁷

4.3 O Uso de Meios Telemáticos no Funcionamento dos Órgãos Sociais

Desde 2006⁸⁸, que o Código das Sociedades Comerciais passou a consagrar, expressamente, a possibilidade de recurso a meios telemáticos no âmbito societário. Esta possibilidade surge, no ordenamento jurídico português, não só em nível das Assembleias Gerais⁸⁹, mas também para o órgão de administração (art. 410.º, n.º 8 do Código das Sociedades Comerciais) e para o órgão de fiscalização (art. 423.º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais).

O reconhecimento pela lei da possibilidade de recurso às tecnologias de comunicação e de informação ao nível das sociedades comerciais em Portugal não se limita, contudo, ao âmbito das reuniões dos órgãos sociais. De facto, a lei portuguesa regula também a validade, eficácia e valor probatório dos documentos eletrónicos e o reconhecimento e aceitação dos meios de identificação eletrónica de pessoas singulares e coletivas.⁹⁰ A este propósito, é de realçar o disposto no art. 4.º-A do Código das Sociedades Comerciais que prevê a possibilidade de substituição dos documentos em papel e das assinaturas manuscritas por outros suportes que assegurem níveis equivalentes de inteligibilidade e durabilidade.

Do ponto de vista da governação societária, o acolhimento destas soluções pela lei possibilita uma reaproximação dos sócios em relação à vida societária, facilitando a sua participação no âmbito das Assembleias Gerais e criando condições para uma melhor tutela dos seus interesses (neste sentido, v. WINTER, 2002, p. 52-53).

Cabe, no entanto, assinalar que, apesar das inegáveis vantagens no que respeita ao acesso à informação, à redução de custos e à ultrapassagem dos obstáculos provocados pela distância física entre os sócios e os membros dos

⁸⁷ Para maiores desenvolvimentos sobre o impacto da *blockchain* sobre a governação das sociedades, v. Lafarre e Van der Elst (2018).

⁸⁸ Com a entrada em vigor do DL n.º 76 – A/2006, de 29 de março.

⁸⁹ Apesar de a regulamentação desta matéria, no que respeita às reuniões dos órgãos sociais, encontrar consagração expressa apenas ao nível das Sociedades Anónimas, mais especificamente no art. 377.º, n.º 3 e n.º 6, al. b) do Código das Sociedades Comerciais quanto à convocatória e ao modo de realização da Assembleia Geral, deve entender-se que este regime será aplicável aos demais tipos societários, por força das remissões operadas pelos arts. 248.º, n.º 1 para as sociedades por quotas, 189.º, n.º 1 para as Sociedades em Nome Coletivo e 474.º e 478.º para as Sociedades em Comandita Simples e para as Sociedades em Comandita por Ações, respetivamente. Neste sentido, v. Domingues (2020, p. 282).

⁹⁰ Relevam a este propósito o Regulamento (UE) n.º 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014 e o DL n.º 12/2021, de 9 de fevereiro. Sobre esta matéria, ainda que à luz da legislação anteriormente vigente (o DL n.º 290-D/99, de 2 de agosto), v. Patrão (2012, p. 45-81).

órgãos sociais, o recurso aos meios telemáticos levanta também problemas como as dificuldades de acesso e de utilização das tecnologias necessárias por parte de alguns sócios, as perdas de informação que são comuns em situações de comunicação à distância ou a própria impraticabilidade do recurso a estas ferramentas atendendo ao número de participantes das reuniões, problemas esses que poderão redundar num prejuízo da colegialidade no funcionamento dos vários órgãos sociais (seguimos aqui a posição de DOMINGUES, 2020, p. 281-282). Tratando-se de uma solução promissora, este regime acabou por ter assim, até ao surgimento da pandemia da covid-19, pouca adesão e interesse ao nível da vida prática das sociedades comerciais, o que se poderá explicar, precisamente, pela resposta insuficiente da lei a estes problemas (continuamos a acompanhar a posição de DOMINGUES, 2020, p. 281-282).

4.4 Riscos e Problemas

Apesar de todas as vantagens a que fizemos referência anteriormente, que podem fazer das novas tecnologias um importante instrumento na melhoria da tutela dos interesses dos sócios e dos investidores e contribuir para uma diminuição dos prejuízos gerados pelos custos de agência e pelas assimetrias de informação, a verdade é que daqui resultam também riscos e problemas.

Destacam-se, desde logo, os riscos relacionados com problemas de cibersegurança. Uma sociedade que utilize de forma relevante estas tecnologias, acaba por se encontrar mais exposta no espaço digital, tornando-se especialmente vulnerável a ataques informáticos e a situações de *hacking*⁹¹.

Por outro lado, é necessário assegurar que, com o recurso a estes meios, cumprem-se as exigências necessárias, e cada vez mais intensas, relativamente à proteção de dados pessoais quando esteja em causa a sua utilização pelos algoritmos (sobre esta matéria, v. BARBOSA, 2021, p. 13-34).

De facto, conforme referem Luca Enriques e Dirk A. Zetsche (2020, p. 75), “[...] um algoritmo será tão bom quanto os dados com os quais trabalha”⁹². Isto significa que se os dados refletirem vieses presentes na sociedade hoje ou ao longo da história, os resultados gerados pelos algoritmos poderão corresponder a uma manifestação desses mesmos vieses e distorções⁹³.

Nesse sentido, existe, no que respeita ao problema do acesso à informação e da proteção dos interesses dos sócios, um importante risco a ter em conta. A aquisição de soluções tecnológicas para as sociedades comerciais será

⁹¹ Os ataques informáticos poderão mesmo ser dirigidos não aos servidores da sociedade, mas aos sistemas ou bases a que a sociedade recorre para efeitos de recolha ou tratamento de dados (uma vez que a manipulação dos dados sobre os quais trabalham os sistemas das empresas é menos detetável que a interferência nos próprios sistemas). Sobre estas questões, v. Maia (2021, p. 189-190).

⁹² A expressão original, traduzida por nós, é a seguinte: “[...] an algorithm is only as good as the data it works with”.

⁹³ Neste sentido v., entre outros, Barocas e Selbst (2016, p. 671). Para exemplos de casos em que a utilização de inteligência artificial originou situações de racismo ou de discriminação em função do género, v. Kroll et al (2017, p. 679-682) e Agrawal, Gans e Goldfarb (2018, p. 18-20).

feita pela sua administração. Isto significa que as empresas que se dedicam ao desenvolvimento destes produtos procurarão desenhá-los de acordo com os interesses dos compradores, ou seja, dos administradores das sociedades (ENRIQUES; ZETZSCHE, 2020, p. 81). Para além disso, os próprios administradores poderão mesmo manipular os dados que são utilizados pelo algoritmo para obter resultados que os favoreçam (ENRIQUES; ZETZSCHE, 2020, p. 82 e 91).

Verifica-se, assim, o perigo de a utilização das tecnologias que abordámos pôr em causa o equilíbrio de poderes entre os sócios e os administradores acabando por favorecer estes últimos, que beneficiarão de um acesso mais rápido, direto e alargado à informação da sociedade e de maior segurança nas comunicações entre eles (neste sentido, v. PICCIAU, 2021, p. 106).

Levantam-se também, a este propósito, diversas questões quanto à matéria da responsabilidade dos órgãos das sociedades que pretendam adotar estas tecnologias, designadamente no que respeita ao cumprimento do dever de cuidado previsto no art. 64.º, al. a) do Código das Sociedades Comerciais.⁹⁴ Neste âmbito, destaca-se, em particular, a necessidade de os administradores passarem a deter conhecimentos sobre as principais questões relacionadas com a utilização e o funcionamento destas tecnologias (ARMOUR; EIDENMÜLLER, 2020, p. 102, 105, 115) ou, pelo menos, de recorrerem a especialistas e peritos com as competências necessárias (RAMOS, 2022, p. 242), de modo a que possam cumprir com o dever de cuidado que resulta do Código das Sociedades Comerciais e que lhes exige que revelem “[...] a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções [...]” (art. 64.º, al. a) do Código das Sociedades Comerciais).

A melhor posição, de momento, será a de reconhecer que uma excessiva confiança na tecnologia, encarando-a como *a* solução para os problemas societários em matéria de informação não irá contribuir só por si para melhorias quanto à governação das sociedades (neste sentido, v. LANA, 2020, p. 1.093-1.094). Por isso, e de modo a potenciar os efeitos positivos que resultam da sua utilização, será necessário o cumprimento de particulares deveres de cuidado e de diligência por parte dos membros dos órgãos de sociedades que optem por utilizar estas ferramentas, com vista a assegurar a obtenção de vantagens em termos de transparência, eficiência e segurança⁹⁵.

⁹⁴ Sobre este tema v., desenvolvidamente, Ramos (2022, p. 229-250). Citamos algumas das questões colocadas pela autora a este propósito, Ramos (2022, p. 238): “[...] Estão as normas relativas aos deveres de cuidado suficientemente preparadas para enfrentar/gerir os desafios postos pela introdução da IA no processo de decisão do órgão de administração? E a opacidade do processo seguido pela IA na construção de certa recomendação ou previsão é compatível com os deveres gerais de cuidado que assumem uma manifesta dimensão procedimental?”. Alertando também para a “[...] insusceptibilidade de demonstração do fundamento da decisão gerada pelo algoritmo [...]”, v. Maia (2021, p. 191). Quanto à relação entre a responsabilidade civil em geral e a inteligência artificial, releva a Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020 (2020/2014(INL)) em <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_PT.html> (acesso 12 set. 2024) e, na doutrina, entre outros, o estudo de Henrique Sousa Antunes (2021, p. 1-22).

⁹⁵ Para uma análise aprofundada sobre a aplicação do dever de cuidado aos administradores que utilizem a inteligência artificial nas suas sociedades atendendo ao regime previsto no Código das Sociedades Comerciais, v. Ramos (2022, p. 239-249).

5 CONCLUSÃO

Iniciámos o presente trabalho referindo que a informação assume um papel de grande relevância no Direito das Sociedades Comerciais contemporâneo e, em especial, no que respeita à matéria da governação das sociedades. Parece-nos legítimo afirmar que a nossa exposição ao longo deste estudo permite confirmar essa constatação.

Com efeito, a redução das assimetrias informativas gera incentivos para que os titulares dos órgãos sociais – e, em particular, os gerentes ou administradores – cumpram os seus deveres para com a sociedade e não lesem os interesses dos sócios e dos *stakeholders*, contribuindo-se para uma diminuição dos problemas de agência e facilitando aos sócios o acesso aos elementos necessários para desencadear os mecanismos de reação adequados perante a violação desses mesmos deveres (neste sentido, v. GOMES, 2009, p. 595-597).

A evolução da própria realidade económica e, nomeadamente, a importância que a informação adquiriu enquanto valor no mercado por força do surgimento de intervenientes como os investidores institucionais abre, por força dos desenvolvimentos nas novas tecnologias neste domínio, um novo mundo de possibilidades em matéria de informação e poderá permitir assegurar aos sócios e aos *stakeholders* um reforço da tutela dos seus direitos e interesses e uma maior fiscalização da atuação dos órgãos sociais.

No entanto, conforme também referimos, tais avanços surgem associados a diversos riscos e problemas. Nessa medida, será necessário o desenvolvimento de normas claras não só ao nível da *hard law*⁹⁶, como também ao nível da *soft law*⁹⁷ que permitam mitigar os efeitos nocivos da adoção destas tecnologias, designadamente o risco de elas acabarem por ser utilizadas não para alcançar uma maior transparência ao nível da atividade da sociedade, mas para reforçar ainda mais a posição de privilégio dos administradores no acesso à informação, aproveitando-se da opacidade do funcionamento dos algoritmos no que respeita à tomada de decisões pela inteligência artificial.

Nesse sentido, autores como Luca Enriques e Dirk A. Zetsche têm defendido medidas como a criação, no quadro da orgânica das sociedades, de comités tecnológicos que se dediquem a questões relacionadas com a utilização

⁹⁶ Neste âmbito destaca-se o Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de junho de 2024 (doravante, simplesmente “Regulamento 2024/1689”). Apesar de o Regulamento 2024/1689 não incidir diretamente sobre matérias relativas ao Direito das Sociedades Comerciais ou à governação das sociedades comerciais, contém normas que possuem relevo geral, designadamente as que respeitam à definição de “Sistema de IA” (art. 3.º, n.º 1), às práticas proibidas de inteligência artificial (art. 5.º) e à classificação e regulação dos “Sistemas de IA de risco elevado” (arts. 6.º e s.s.). Para uma análise do impacto das novas tecnologias na administração das sociedades comerciais tendo já em conta a proposta da Comissão Europeia que viria a dar origem ao Regulamento 2024/1689, v. Ramos (2022, *passim*, e, em particular, p. 242). Com uma análise global (e crítica) do Regulamento 2024/1689, v. Watcher (2024, p. 671-718).

⁹⁷ Para uma ponderação das vantagens e desvantagens da regulação por meio de *hard law* e de *soft law* neste contexto, defendendo, em particular, esta última pela maior flexibilidade que a caracteriza, v. Lana (2020, p. 1.089-1.094).

de novas tecnologias pela sociedade (ENRIQUES; ZETZSCHE, 2020, p. 93, 94 e 97) ou a divulgação de informação quanto ao impacto que essa mesma utilização tenha sobre questões relacionadas com a governação societária (ENRIQUES; ZETZSCHE, 2020, p. 97).

Esta última proposta encontra, em certa medida, reflexo no ponto VII.9 do Código de Governo das Sociedades do Instituto Português de *Corporate Governance* de 2018 (revisto em 2023), no qual se prevê que “a sociedade informa, no relatório de governo, sobre os termos em que mecanismos de inteligência artificial hajam sido utilizados como instrumento de tomada de decisões pelos órgãos sociais”⁹⁸.

Em suma, consideramos que a ponderação das vantagens e desvantagens da adoção das tecnologias que analisámos dependerá, essencialmente, por um lado, do próprio contexto e características de cada sociedade, fazendo, em princípio, maior sentido quando estejam em causa decisões em relação às quais os sócios tenham conhecimentos e competências relevantes (ou a capacidade de os vir a adquirir com facilidade) ou sociedades em que existam investidores institucionais na sua estrutura acionista (acompanhamos PICCIAU, 2021, p. 133-134)⁹⁹.

Por outro lado, esta ponderação dependerá também, naturalmente, da forma como o controlo da utilização das tecnologias – designadamente quanto à definição das finalidades dos algoritmos e à qualidade dos dados que os alimentam – venha a ser exercido no contexto de cada sociedade, o que, por sua vez, estará dependente da robustez e eficácia das regras e das práticas de governação que sejam adotadas pela própria sociedade a esse respeito (ENRIQUES; ZETZSCHE, 2020, p. 90).

⁹⁸ Note-se que, de acordo com o art. 2.º do Regulamento n.º 4/2013 da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, os emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado situado ou a funcionar em Portugal têm o dever de adotar um código de governo societário emitido por entidade vocacionada para o efeito. Por força do protocolo celebrado entre o Instituto Português de *Corporate Governance* e a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários em 3 de outubro de 2017 em <https://cgov.pt/images/ficheiros/cam/PROTOCOLO_CMVM_IPCG_assinado.pdf>, (acesso 12 set. 2024), o único código de governo das sociedades em vigor em Portugal para estes efeitos desde 1.º de janeiro de 2018 é o código do Instituto Português de *Corporate Governance*. Nos termos das als. m) e n) do n.º 1 do art. 29.º-H do Código dos Valores Mobiliários, os emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado em Portugal têm precisamente o dever de publicar, no seu relatório anual de governo das sociedades, informação sobre o acolhimento do código de governo das sociedades ao qual se encontrem sujeitos, especificando as eventuais partes desse código de que divergem e as razões da divergência. Isto significa que, em Portugal, as sociedades cotadas terão de divulgar informação sobre a utilização de inteligência artificial para a tomada de decisões pelos seus órgãos sociais ou, caso não o façam, terão de identificar que estão em divergência quanto ao disposto no código do Instituto Português de *Corporate Governance* e explicar as razões de tal divergência. O art. 29.º-H do Código dos Valores Mobiliários acolhe, assim, na letra da lei, o princípio *comply or explain* no ordenamento português. Sobre este princípio v., entre outros, Efigénia (2015, p. 2-33).

⁹⁹ Acreditamos que, atendendo à descrição do tipo de sócios que poderão ganhar mais com a adoção das novas tecnologias, as maiores vantagens quanto à respetiva implementação se poderão fazer sentir nas sociedades cotadas.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Comentário ao artigo 59.º. In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (Org.). **Código das sociedades comerciais em comentário**. v. I. Coimbra: Almedina, 2016b.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de direito comercial**: das sociedades. v. II. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (Org.). **Código das sociedades comerciais em comentário**. v. I. Coimbra: Almedina, 2010.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (Org.). **Código das sociedades comerciais em comentário**. v. III. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016a.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (Org.). **Código das sociedades comerciais em comentário**. v. V. Coimbra: Almedina, 2012a.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (Org.). **Estudos de direito das sociedades**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de; RAMOS, Maria Elisabete. Comentário ao artigo 79.º. In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (Org.). **Código das sociedades comerciais em comentário**. v. I. Coimbra: Almedina, 2010.
- AGRAWAL, Ajay; GANS, Joshua; GOLDFARB, Avi. Artificial intelligence in the boardroom. In: The Corporate Board, p. 16-20, 2018. Disponível em: <<https://economics.com.au/files/s/1803agrawalgansgoldfarb.pdf>>. Acesso 12 set. 2024.
- ALVES, Carlos Francisco Ferreira. Deverão os investidores institucionais envolver-se no governo das sociedades? In: **Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários**, Porto, Ed. CMVM, n.º 8, 2000.
- ANDRADE, Margarida Costa. Comentário ao artigo 23.º. In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (Org.). **Código das sociedades comerciais em comentário**. v. I. Coimbra: Almedina, 2010.
- ANTUNES, Henrique Sousa. A responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial: primeiras notas críticas sobre a Resolução do Parlamento Europeu de 2020. In: **Revista de Direito da Responsabilidade**, Lisboa, Ed. GestLegal, ano 3, 2021.
- ANTUNES, José Engrácia. **Direito das sociedades**. 10. ed. Porto: [S. n.], 2021.
- ARMOUR, Jonh; EIDENMÜLLER, Horst. Self-driving corporations. In: **Harvard Business Law Review**, Cambridge (MA), Ed. Harvard University Press, v. 10, n.º 1, 2020.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Propriedade intelectual e internet. In: MELLO, Alberto de Sá et al (Coord.). **Direito da sociedade da informação**. v. VI. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

BAPTISTA, Daniela. Direito de exclusão: fundamento e admissibilidade nas sociedades anónimas. In: **Direito e Justiça**: direito comercial e das sociedades: estudos em memória do Professor Doutor Paulo M. Sendim. Lisboa, Ed. Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, n.º especial, p. 393-426, 2012.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Dos expert systems aos data systems AI: impacto ao nível da proteção de dados. In: **Revista Julgar**, Lisboa, Ed. Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n.º 45, p. 13-33, 2021.

BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. Big data's disparate impact. In: **California Law Review**, Berkeley, Ed. University of California, v. 104, n. 3, p. 671-732, 2016.

BRANCO, Sofia Ribeiro. **O direito dos accionistas à informação**: o mesmo direito vinte anos depois? Coimbra: Almedina, 2008.

BRANDON, Dan. The blockchain: the future of business information systems? In: **International Journal of the Academic Business World**, Lisboa, Ed. JW, n.º 10, p. 33ss, 2016.

BUGEJA, Diane; BUHAGIAR, Nicola. The effect of Regulation (EU) 596/2014 on market abuse (Market Abuse Regulation) (MAR) in Malta. In: **Thomson Reuters Practical Law**, London, Ed. Thomson Reutres, 2017.

CÂMARA, Paulo. Conflito de interesses no direito financeiro e societário: um retrato anatómico. In: CÂMARA, Paulo et. al. **Conflito de interesses no direito societário e financeiro**. Coimbra: Almedina, 2010.

CÂMARA, Paulo. **Manual de direito dos valores mobiliários**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

COMISSÃO EUROPEIA. Livro verde: promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas em linha. Bruxelas, 2001. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/empl/20020416/doc05a_pt.pdf>. Acesso 12 set. 2024.

CORDEIRO, António Menezes (Org.). **Código das sociedades comerciais anotado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito das sociedades**: das sociedades em especial. v. II. Coimbra: Almedina, 2006.

CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito das sociedades**: das sociedades em geral. v. I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CORDEIRO, Catarina Pires. Algumas considerações críticas sobre a responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas no ordenamento jurídico português. In: **O Direito**, n.º 137, n. 1, p. 81-135, 2005.

CUNHA, Carolina de Castro Nunes Vicente e. A exclusão de sócios (em particular, nas sociedades por quotas). In: MARTINS, Alexandre de Soveral et al. (Coord.). **Problemas do direito das sociedades**. Coimbra: Almedina, 2008. Série *Colóquios do IDET*, 1.

CUNHA, Diogo Lemos e. A legitimidade do sócio-gerente no exercício do direito à informação (e do inquérito judicial) nas sociedades por quotas. In: Julgar Online, 2016. Disponível em: <<http://julgar.pt/a-legitimidade-do-socio-gerente-no-exercicio-do-direito-a-informacao-e-do-inquerito-judicial-nas-sociedades-por-quotas/>>. Acesso em 12 set. 2024.

CUNHA, Diogo Lemos e. O inquérito judicial enquanto meio de tutela do direito à informação nas sociedades por quotas. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, Ed. Ordem dos Advogados Portugueses, ano 75, p. 295-368, 2015.

CUNHA, Paulo Olavo. **Direito das sociedades comerciais**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2021.

DOMINGUES, Paulo de Tarso. A covid-19 e a (re)descoberta do regime relativo ao uso de meios telemáticos no funcionamento dos órgãos sociais. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, Ed. Ordem dos Advogados Portugueses, v. 80, n.º 1, 2020.

DRAGO, Diogo. **Poder de informação dos sócios nas sociedades comerciais**. Coimbra: Almedina, 2009.

EFIGÊNIA, Ana Sílvia Falcão Mestre. O princípio “comply or explain” e a “soft law”. In: **Revista Electrónica de Direito**, Porto, Ed. Universidade do Porto, n.º 1, p. 2-33, 2015.

ENRIQUES, Luca; ZETZSCHE, Dirk A. Corporate technologies and the tech Nirvana fallacy. In: *Hastings Business Law Journal*, v. 72, n.º 1, p. 55-98, 2020. Disponível em: <https://repository.uclawsf.edu/hastings_law_journal/>. Acesso em 12 set. 2024.

FERREIRA, Ana Gabriela Rocha. O direito à informação do sócio-gerente nas sociedades por quotas. In: **Revista de Direito das Sociedades**, Lisboa, Ed. Almedina, ano 3, n.º 4, p. 1.027-1071, 2011.

FERREIRA, Rui Cardona. Acesso à informação nas sociedades anónimas (abertas e fechadas) e responsabilidade civil. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, Ed. Ordem dos Advogados Portugueses, ano 76, 2016.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. A *business judgement rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, Ed. Ordem dos Advogados Portugueses, v. 67, n. 1, p. 159-205, 2007.

FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. **Deliberações dos sócios**: comentário ao Código das Sociedades Comerciais. Coimbra: Almedina, 1993.

GOMES, José Ferreira. Os deveres de informação sobre negócios com partes relacionadas e os recentes Decretos-Lei n.ºs 158/2009 e 185/2009. In: **Revista de Direito das Sociedades**, Lisboa, Ed. Centro de Investigação de Direito Privado, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, n.º 3, 2009.

JARDIM, Mónica. *Blockchain, smart contracts* e a actividade notarial. In: **Direito e robótica**: número especial de estudos do direito do consumidor. Coimbra: Instituto Jurídico – Centro de Direito do Consumo, 2020.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. In: **Journal of Financial Economics**, Nova Yoirk, Ed. Elsevier (Springer), v. 3, n.º 4, 1976.

KROLL, Joshua Alexander et. al. Accountable algorithms. In: **University of Pennsylvania Law Review**, Diladelfia, Ed. University of Pennsylvania, v. 165, n.º 3, p. 633ss, 2017.

LABAREDA, João. **Das acções das sociedades anónimas**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1988.

LAFARRE, Anne; VAN DER ELST, Christoph. Blockchain technology for corporate governance and shareholder activism. In: European Corporate Governance Institute (ECGI). Law working paper n.º 390/2018, Tilburg Law School Research Paper n.º 2018-7, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3135209>>. Acesso em: 12 set. 2024.

LANA, Pedro de Perdigão. Novas tecnologias, problemas de informação e ‘governanças’ das sociedades no contexto português e europeu. In: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, Ed. Centro de Investigação de Direito Privado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, n.º 2, 2020.

MAIA, Pedro. *Compliance* bancário na era da inteligência artificial: uma breve introdução. In: **Revista Julgar**, Lisboa, Ed. Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n.º 45, 2021.

MAIA, Pedro. Deliberações dos sócios. In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (Org.). **Estudos de direito das sociedades**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

MARQUES, Remédio. Comentário ao artigo 292.º. In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (Org.). **Código das sociedades comerciais em comentário**. v. V. Coimbra: Almedina, 2012.

MARTINS, Alexandre de Soveral. Comentário ao artigo 214.º. In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (Org.). **Código das sociedades comerciais em comentário**. v. III. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016a.

MARTINS, Alexandre de Soveral. Comentário ao artigo 215.º. In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (Org.). **Código das sociedades comerciais em comentário**. v. III. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016b.

MARTINS, Alexandre de Soveral. Comentário ao artigo 288.º. In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (Org.). **Código das sociedades comerciais em comentário**. v. V. Coimbra: Almedina, 2012b.

MARTINS, Alexandre de Soveral. Comentário ao artigo 291.º. In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (Org.). **Código das sociedades comerciais em comentário**. v. V. Coimbra: Almedina, 2012c.

MARTINS, Alexandre de Soveral; RAMOS, Maria Elisabete. As participações sociais. In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (Org.). **Estudos de direito das sociedades**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

MATOS, Inês Serrano. Hedge fund: o accionista que nunca dorme? In: CUNHA, Luís Pedro; QUELHAS, José Manuel; ALMEIDA, Teresa (Org.). **Boletim de Ciências Económicas**: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Volume LVII, Tomo II. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.

OGANDO, José João de Avillez. Os deveres de informação permanente no mercado de capitais. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, Ed. Ordem dos Advogados Portugueses, ano 64, v. I e II, nov. 2004.

OLIVEIRA, Nuno Pinto de. Responsabilidade civil dos administradores de sociedades pelo não cumprimento de um contrato-promessa?: em torno do Acórdão do STJ de 28 de janeiro de 2016. In: **Revista de Direito Comercial**, Lisboa, Ed. Almedina, 2017.

PATRÃO, Afonso. Assinaturas electrónicas, documentos electrónicos e garantias reais, reflexões sobre a viabilidade de constituição de garantias imobiliárias por meios electrónicos à luz da lei portuguesa. In: **RevCEDOUA**, Coimbra, Ed. GestLegal, ano XV, n.º 29, p. 47-83, 2012.

PICCIAU, Chiara. The (un)predictable impact of technology on corporate governance. In: *Hastings Business Law Journal*, v. 17, n.º 1, p. 67-136, 2021. Disponível em: <https://repository.uclawsf.edu/hastings_law_journal/>. Acesso em 12 set. 2024.

RAMOS, Maria Elisabete. CorpTech e desafios aos deveres de cuidado dos administradores. In: SILVA, Eva Sónia Moreira da; FREITAS, Pedro Miguel. **Inteligência artificial e robótica**: desafios para o direito do século XXI. Coimbra: GestLegal, 2022.

RIBEIRO, Maria de Fátima. O papel do accionista empresário no governo societário. In: **Direito e Justiça**: estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Lisboa, Ed. Universidade Católica Portuguesa, v. II, n.º especial, p. 499-534, 2015b.

RIBEIRO, Maria de Fátima. **Sociedades comerciais (responsabilidade)**: relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos da disciplina. Porto: Ed. Universidade Católica, 2015a.

RODRIGUES, Anabela Miranda; SOUSA, Susana Aires de. Algoritmos em contexto empresarial: vantagens e desafios à luz do direito penal. In: **Revista Julgar**, Lisboa, Ed. Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n.º 45, 2021.

RODRIGUES, André Alfár. **Manual de direito dos valores mobiliários**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2024.

SERENS, Manuel Couceiro Nogueira. **Notas sobre a sociedade anónima**. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

SERRA, Catarina. A aplicação do artigo 980.º do Código Civil às sociedades comerciais: sobre a (remanescente) utilidade da definição de contrato de sociedade para a estabilização da categoria da sociedade comercial. In: **Revista de Direito Comercial**, Lisboa, Ed. Almedina, p. 401-570, 2020.

SOUSA, Susana Aires de. Introduction – AI in the economic sector: prevention and responsibility. In: ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de. **Artificial intelligence in the economic sector**: prevention and responsibility. Coimbra: Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021.

TORRES, Carlos Maria Pinheiro. **O direito à informação nas sociedades comerciais**. Coimbra: Almedina, 1998.

TRIUNFANTE, Armando. **A tutela das minorias nas sociedades anónimas**: direitos individuais. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

VENTURA, Raúl. **Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo**: comentário ao Código das Sociedades Comerciais. Coimbra: Almedina, 1994.

VENTURA, Raúl. **Sociedades por quotas**: comentário ao Código das Sociedades Comerciais. v. I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

WATCHER, Sandra. Limitations and loopholes in the EU AI Act and AI Liability Directives: what this means for the European Union, the United States, and beyond. In: **Yale Journal of Law and Technology**, New Haven (Connecticut), Ed. Yale University, v. 26, n.º 3, p. 671-718, 2024.

WINTER, Jaap (Org.). Report of the high level group of company law experts on a modern regulatory framework for company law in Europe. In: European Corporate Governance, Bruxelas, 2002. Disponível em: <https://www.ecgi.global/sites/default/files/report_en.pdf>. Acesso 12 set. 2024.

YERMARK, David. Corporate governance and blockchains. In: **Review of Finance**, Osford, Ed. European Finance Association, v. 21, n.º 1, p. 7-31, 2017.

Submissão em: 8 de abril de 2025

Último Parecer favorável em: 21 de julho de 2025

Como citar este artigo científico

MENEZES, Ricardo. A informação e o direito à informação nas sociedades comerciais: novas e velhas questões na era das tecnologias de informação. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 6, n. 2, p. 143-175, maio-ago. 2025.

**A POSSIBILIDADE DE DERIVAÇÃO DE REGRA DE EXTINÇÃO DA
OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO
DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NO PROCEDIMENTO
ADMINISTRATIVO FISCAL: PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE OU REGRA
DE NATUREZA JURÍDICA DIVERSA?**

ROBERTA VIEIRA GEMENTE DE CARVALHO¹

RESUMO

A Constituição Federal, a partir da Emenda Constitucional n.º 45/2004, elencou como garantia fundamental à duração razoável do processo judicial e administrativo, figurando a mesma como meio de salvaguarda da justiça e efetividade da prestação jurisdicional. Não obstante, sua aplicação enfrenta obstáculos em razão da natureza aberta da expressão. No âmbito tributário, especialmente, nos procedimentos administrativos fiscais se observa extrema morosidade para seu encerramento, desafiando o questionamento de ocorrência de violação da norma constitucional e quais as possíveis consequências jurídicas. Sob este cenário, o presente estudo pretende analisar as possíveis consequências da previsão constitucional, manifestação representativa do Supremo Tribunal Federal, para, então concluir pela possibilidade de regra individual e concreta de extinção do crédito tributário com fundamento no desrespeito da razoável duração do processo.

Palavras-chave: Duração razoável do processo – Procedimento administrativo fiscal – Extinção – Crédito tributário – Prescrição intercorrente.

¹ Mestre em Direito Constitucional e Processo Tributário pela PUC/SP, Especialista em Direito Tributário pela FADITU, MBA em Gestão Fiscal pela Trevisan Escola de Negócios. Advogada. E-mail: robertagementetrib@aasp.org.br

ABSTRACT

The Federal Constitution, through Constitutional Amendment 45/2004, listed as a fundamental guarantee the reasonable duration of the judicial and administrative process, figuring it as a means of safeguarding justice and effectiveness of the jurisdictional provision. Nevertheless, its application faces obstacles due to the open nature of the expression. In the tax sphere, especially in tax administrative procedures, extreme delays are observed in their conclusion, challenging the question of the occurrence of a violation of the constitutional rule and what are the possible legal consequences. Under this scenario, this paper aims to analyze the possible consequences of the constitutional rule, historical decision of the Supreme Court, to then conclude for the possibility of individual and concrete rule of extinction of the tax credit based on the disrespect of the reasonable duration of the process.

Keywords: Reasonable duration of the process - Administrative tax procedure - Extinguishment - Tax credit - Interlapsing statute of limitations.

I INTRODUÇÃO

O Sistema Tributário Nacional possui sua matriz na Constituição Federal (artigos 145 a 162), sendo formado também por numeroso conjunto de Leis Complementares e Ordinárias, Decretos, Decretos-Leis, Instruções Normativas, além de outras espécies, conforme preceitua o artigo segundo da Lei Federal 5.172, de 25 de outubro de 1966, doravante chamado de Código Tributário Nacional.

A modernização das relações jurídicas levou à identificação de novas fontes de riqueza e novos meios de realização de negócios jurídicos, os quais igualmente ensejaram a alteração da legislação tributária, a fim de que esta pudesse, em algum grau, acompanhá-los, atingi-los e fiscalizá-los.

Este novo cenário acarretou a edição de grande multiplicidade de normas de variadas naturezas, trazendo ao ordenamento tributário elevada complexidade, bem como dificuldades de interpretação e aplicação segura dos conteúdos normativos, tanto no tocante às obrigações principais quanto às obrigações acessórias.

Decorrencia primeira desta feição intrincada na normatividade tributária são divergências quanto à sua compreensão, notadamente entre as posturas adotadas por contribuintes e órgãos fazendários, as quais são traduzidas, em grande número, em cobranças, infrações, aplicações de penalidades, dentre outros.

Não obstante, também em elevado número, o entendimento adotado pelos órgãos fazendários que impliquem em exigências em face dos contribuintes é objeto de resistência por meio das impugnações legalmente previstas, traduzindo-se nos procedimentos administrativos fiscais.

Tais procedimentos são regidos por legislação própria dos entes federativos e, embora subsumidos às disposições constitucionais – inclusive à duração razoável do processo – não se observam normas expressas fixando sua duração máxima, termos e eventuais regras de prescrição.

Em que pese a omissão, a prática contenciosa administrativa, principalmente a federal, permite a constatação de extrema morosidade para a tramitação e conclusão dos procedimentos, nem sempre existindo justa causa para tanto.

Ao contrário, são frequentes as paralisações injustificadas dos procedimentos junto aos órgãos fiscalizadores e julgadores administrativos, por longos períodos que chegam a superar décadas, sem ocorrência de qualquer imputação de consequência ou responsabilidade ao Estado.

Diante da duração alongada dos procedimentos administrativos fiscais, os contribuintes buscam perante os órgãos julgadores administrativos e judiciais o reconhecimento de ilegalidade e, no mais das vezes, a extinção do crédito, tributário pela alegação da ocorrência da prescrição intercorrente.

Historicamente, o reconhecimento da prescrição intercorrente ao procedimento administrativo fiscal vem sendo rechaçado com base em manifestação do Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário n.º 94.462-1, e pelo argumento genérico de ausência de previsão legal.

Na atualidade, são encontradas algumas decisões judiciais declarando a prescrição intercorrente por meio da aplicação analógica das disposições do artigo 174 do Código Tributário Nacional e artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais; contudo, ainda sem o necessário aprofundamento da matéria.

Nestes termos e considerando um modelo constitucional de processo (judicial e administrativo) vigente e tendente a salvaguardar a maior efetividade ao direito material, revelando-se, inclusive, como um instituto de realização do Estado Democrático de Direito, a questão da duração não razoável dos procedimentos administrativos fiscais é relevante e aguarda análise atualizada e científica, pois representa grave ofensa constitucional, com implicações na legalidade, segurança jurídica, isonomia e patrimônio.

Assim, partindo destas considerações, o presente trabalho se propõe ao estudo do Princípio da Duração Razoável do Processo e sua aplicabilidade ao processo administrativo fiscal, debatendo as vias adequadas para a formação de regras jurídicas e seus possíveis conteúdos, não se olvidando da necessária validade lógica e jurídica das proposições formuladas.

II O PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. APLICABILIDADE AO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E DETERMINAÇÃO DOS CRITÉRIOS PARA SUA LESÃO

A Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, inseriu o inciso LXXVIII ao artigo 5.º da Constituição Federal, com a seguinte disposição:

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

De modo prévio à duração razoável do processo, entende-se pela importância de breves notas ao direito fundamental do acesso à justiça, haja vista a íntima vinculação entre ambos.

Explica Joel Dias Figueira Júnior que, com a assunção quase integral da tutela dos direitos pelo Estado, o acesso à justiça adquire especial importância, pois representa a via oficial de efetividade do sistema jurídico, no qual está compreendida a normatividade tributária.

[...] com a supressão e proibição quase que absoluta da autotutela pelo Estado, essas questões passaram a ser por ele resolvidas, na exata medida em que conferiu aos jurisdicionados o direito subjetivo público abstrato de ação [...]. Nas diretrizes de Andrea Proto Pisani, trata-se de noção comum a de que a jurisdição estatal e o correlato direito ou poder de ação representam a contrapartida necessária a efetividade na prestação da tutela pelo órgão estatal [...] (FIGUEIRA JÚNIOR, 1973, p. 29).

Neste sentido, o Estado passa a ser responsável por assegurar a efetiva realização dos direitos atribuídos aos cidadãos, tornando-se imperiosas previsões que auxiliem no cumprimento desta missão institucional, além de mecanismos que viabilizem ao ordenamento jurídico atender a pretensão levada ao Estado pela forma mais completa, efetiva e eficiente.

No tocante à efetividade e eficiência, a nosso sentir, o conceito é umbilicalmente relacionado à questão temporal, especificamente à adequação da brevidade do pronunciamento decisório ou constitutivo.

O prestigioso jurista Rui Barbosa (2019), em sua “Oração aos moços”, expôs que justiça atrasada apenas pode ser traduzida como injustiça qualificada e, assim, consagrou o fundamental entendimento de que o acesso à justiça é indissociável de uma tutela efetiva e esta se caracteriza pela manifestação proferida em prazo razoável.

Nesse horizonte é a lição de José Rogério Cruz e Tucci, as quais aplicam-se ao processo judicial e ao procedimento administrativo:

[...] o fator tempo, que permeia a noção de processo, constitui, desde há muito tempo, o principal motivo de crise da Justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera *ex radice* o direito à tutela juris-

dicional, acabando por gerar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os membros da comunhão social (TUCCI, 1997, p. 110).

Ademais, a duração razoável do processo também decorre do devido processo legal² e do dever inato do Estado em atender de modo adequado e eficaz os conflitos apresentados, a fim de que seja mantido em segurança o pacto social.

Tomadas essas assertivas, é correto afirmar que a Emenda Constitucional n.º 45/2004 não inaugurou a previsão destinada à garantia da duração razoável do processo administrativo e judicial, mas implementou a ordem jurídica denotando clara intenção do legislador em estabelecer um novo paradigma de interpretação.

Neste ponto do estudo, salientamos a ciência de que a expressão “razoável duração do processo” até o presente momento foi referida como garantia fundamental, porém, sem a identificação de sua natureza jurídica de princípio ou regra.

Pois bem. A dicção constitucional nos parece indicar a existência de um Princípio da Duração Razoável do Processo, o qual se volta à garantia de um estado ideal de coisas, qual seja, o ideal de processo justo.

Acerca da compreensão dos princípios constitucionais e tributários, Roque Antônio Carrazza leciona no sentido de que

princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam. (CARRAZZA, 2008, p. 38).

A definição da duração razoável do processo como princípio e, portanto, abstrato, não implica no reconhecimento de norma jurídica sem efetividade e aplicabilidade. Isto porque, além de princípio, também é garantia constitucional, sobre a qual incide significado e efeitos vigorosos, suficientes para fomentar em termos reais a evolução processual.

Muito embora a redação do artigo 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal abarque conceito indeterminado, é possível sua explicitação, a fim de que se torne viável a produção de efeitos perante o ordenamento jurídico.

Cumprindo a tarefa, Horácio Wanderlei Rodrigues defende que o conceito de duração razoável do processo guarda duas vertentes:

² Neste sentido, Nelson Nery Júnior (2004, p. 60) ensina: “Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”.

- i. tempo razoável é o tempo legal, expressamente previsto na legislação processual; e
- ii. tempo razoável é o tempo médio efetivamente despendido no País, para cada espécie concreta de processo (RODRIGUES, 2005, p. 289).

Também sobre o tema, Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini se manifesta:

A razoabilidade tem um conteúdo mínimo, que abrange o tempo mínimo de apreciação por parte do magistrado, para se inteirar dos interesses do autor e réu e definir quem tem razão; de outro lado, contém a expectativa do detentor do direito em ver solvida a lide, com análise de sua pretensão deduzida em juízo (SCARTEZZINI, 2005, p. 43).

É inequívoco que as manifestações doutrinárias atribuem conteúdo mínimo ao Princípio da Duração Razoável do processo. Contudo, ainda é possível a descrição *a priori* de uma regra geral e abstrata aplicável indistintamente a todos os casos.

Ante tal cenário, a interpretação conferida ao princípio pelos Tribunais Internacionais adquire relevância na determinação de seu conteúdo, nos termos explicitados por Bianca Xavier Gomes, cuja obra aponta para a necessidade de valoração dos aspectos do caso envolvido, a adoção dos padrões modernos de contagem do tempo e elenca os critérios determinantes para a ofensa do Princípio da Razoável Duração do Processo.

- i. A complexidade do caso: o primeiro elemento diz respeito à análise da causa. Por esse prisma, processos que tenham por objeto matérias mais simples devem ser julgados em um prazo menor do que as causas mais complexas ou que envolvam grande conteúdo probatório, ou várias partes e pessoas. Assim, somente no caso concreto é que se torna viável essa análise. [...]
- ii. A atividade processual do interessado: se o retardamento do processo estiver ligado à falta de interesse processual ou negligência da parte em relação à produção de uma prova ou qualquer informação, ou ato necessário ao desenvolvimento processual [...]
- iii. A conduta das autoridades judiciais: se as autoridades não administrarem com eficiência do processo, certamente ocorrerá a demora do processo. Assim, deve restar comprovado que as autoridades delongiaram para que o processo, sem atropelos, se desenvolvesse de acordo com o tempo necessário para a produção de provas e demais fatos *intra* e extraprocessual necessários para o deslinde da demanda (GOMES, 2019, p. 16, 21 e 31).

A mesma autora, ao avançar na análise das vias de concretização dos princípios, cita Karl Larens, para quem os princípios se dividem em:

- i. princípios abertos, que precisam de lei que o concretizem; e
- ii. princípios como forma de proposição jurídica, no qual a complementação é realizada pela doutrina e jurisprudência (GOMES, 2019, p. 41).

Avança afirmando seu entendimento pela possibilidade de concretização de princípios pela doutrina e jurisprudência e apoia sua conclusão do seguinte modo:

Se tratarmos o princípio da duração razoável do processo como um princípio em sentido estrito, seremos forçados a reconhecer sua inaplicabilidade, eis que essa categoria de princípios não gera direito subjetivo algum. [...] É consenso na doutrina e jurisprudência que não basta garantir ao jurisdicionado o acesso ‘ao processo’; é preciso assegurar, com *status* constitucional, o direito ‘no processo’, o que é realizado por meio das garantias constitucionais [...].
[...] Assim, a despeito da utilização por vários juristas do termo ‘princípio’ para designar o direito à duração razoável do processo, esse preceito em nosso ordenamento possui *status* de garantia constitucional, com a consequente aplicabilidade imediata (GOMES, 2019, p. 43).

Em que pese o extremado respeito pelo posicionamento, salvo melhor juízo, não nos parece que a norma prevista no inciso LXXVIII do artigo 5.º da Constituição Federal, de modo direto e imediato, consegue solucionar com isonomia e segurança a vastidão de casos concretos que, em tese, podem se subsumir à sua hipótese.

Isto porque, conforme mencionado pela própria autora e atrás e proxima-mente referida, a razoável duração do processo impõe a análise casuística de elementos do caso (complexidade, conduta do interessado, postura da autoridade – ao menos), justamente por lhe faltar concretude suficiente para de imediato produzir uma norma passível de aplicação equalizada a todos os casos.

Assim, parece juridicamente adequado comungar da tradicional classificação formulada pelo Professor José Afonso da Silva (2007, p. 177), para quem, conforme vem expresso no § 1.º do art. 5.º da Constituição Federal, “as normas que definem direitos e garantias fundamentais devem ter aplicabilidade imediata” enquanto seja possível sua pronta incidência sobre fatos ou condutas concretas.

O princípio da razoável duração do processo, nos termos já fixados, traduz uma nova forma de interpretação do ordenamento jurídico. Porém, justamente por falta de termos objetivos e precisos, melhor se adapta à condição de norma de eficácia contida, necessitando de legislação infraconstitucional para que as consequências colimadas pela Constituição Federal se efetivem.

Não obstante, a posição ora defendida não implica na recusa ou negativa da produção de efeitos práticos pelo princípio da razoável duração do processo.

O princípio, que também configura garantia constitucional e é decorrência do devido processo legal, representará via obrigatória de interpretação e aplicação das regras jurídicas já positivadas, nas quais estão compreendidos os regramentos dos processos administrativos fiscais.

A respeito da importância dos critérios e processo de interpretação das normas jurídicas, faz-se necessária a transcrição de trecho da obra de Carlos Augusto Daniel Neto, que acena para a essencialidade do uso racional das formas lógicas.

Além disto, não basta simplesmente ao jurista identificar o sentido dos termos da legislação, é preciso que ele reconstrua a norma na forma de uma prescrição hipotético-condicional, dotada de um antecedente – que determina a condição para a incidência – e um consequente que estabelece uma consequência jurídica.

Sobre isto, Ricardo Guastini pontua que se trata de um aspecto essencial, e não trivial, da interpretação a reconstrução racional da forma lógica das normas, distinguindo dentre de um enunciado normativo o antecedente do consequente, isto é, o conjunto de casos regulados da solução jurídica adjudicada pelo sistema a ele (DANIEL NETO, 2022, p. 47).

Esta função será de grande importância para o correto entendimento e produção de efeitos pelas normas tributárias, atingindo o procedimento administrativo fiscal com rigor a fim de garantir sua duração razoável, sob pena de extinção do crédito nela debatido.

Especificamente com relação ao processo administrativo fiscal, Elizabeth Nazar Carrazza e Fábio Soares de Melo descrevem com precisão a incidência dos efeitos do princípio da razoável duração do processo à esfera através da menção ao artigo 2.º, parágrafo único, inciso VI, da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, responsável por regulamentar o processo administrativo fiscal federal, e impõe a adoção do critério de adequação entre meios e fins, vedando restrições, obrigações e sanções superiores às necessárias ao atendimento do interesse público (CARRAZZA; MELO, 2020, p. 263-276).

Ainda complementam afirmando que o princípio da razoável duração do processo encontra-se intimamente ligado aos princípios da eficiência e celeridade, os quais impõem à Administração Pública a obtenção de resultados satisfatórios e efetivos, inferindo-se o menor uso de recursos.

Nesta linha de raciocínio, revela-se importante o aprofundamento do estudo dos mecanismos de viabilização do princípio em comento ao processo administrativo fiscal, a fim de que seja atribuído ao Estado consequência jurídica válida ante a infração caracterizada pela injustificada morosidade para a conclusão daqueles.

Embora o presente esforço de pesquisa se volte para verificação das possíveis formas de concretização do princípio da razoável duração do processo, insta ressaltar que este não pode ocorrer a qualquer custo, impondo-se a ponderação com demais princípios e garantias constitucionais, tal como a qualidade da prestação jurisdicional (ou judicante) e a segurança jurídica (que se faz presente tanto na ausência de sua aplicação, quanto no excesso).

Ilustrando esta linha de pensamento, destaca-se a manifestação de José Carlos Barbosa Moreira:

Não convém esquecer, por outro lado, que há uma demora fisiológica, consequentemente à necessidade de salvaguardar na atividade judicial certos interesses e valores de que uma sociedade não ousaria prescindir. Insiste-se na escrupulosa observância de tais ou quais garantias das partes – ao menos, diga-se de passagem, quando se trata de pessoas simpáticas à opinião pública (ou melhor, à opinião publicada, que com aquela ingenuamente somos levados a confundir). Ora, um processo de empenho garantístico é por força um processamento menos célere. Dois proveitos não cabem num saco, reza a sabedoria popular. É pretensão desmedida querer desfrutar ao mesmo tempo o melhor dos dois mundos. Nada mais sumário e rápido que o linchamento do réu; mas tolerar semelhante prática hoje em dia parece inconcebível, por maior frequência que se observe ainda em tentativas, às vezes bem-sucedidas, de empregá-la – se não no sentido físico, seguramente no sentido moral – para certos réus que incorrem, por isto ou por aquilo, nas iras especiais da imprensa e de outros meios de comunicação social (MOREIRA, 2004, p. 2-7, *passim*).

A transcrição citada foi escolhida por sua intensidade, visando colocar à margem de dúvidas, que o estudo ora proposto, pauta-se na averiguação da aplicação da duração razoável do processo administrativo fiscal objetivo e aderente às suas finalidades, garantindo a execução dentro do que é plausível em sua própria dimensão.

III CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS PARA A INOBSERVÂNCIA DE PRAZOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Este artigo tem como principal objetivo a identificação de uma norma jurídica que autorize a extinção do crédito tributário discutido em sede de procedimentos administrativos fiscais paralisados por tempo injustificado e desarrazoado.

Consoante exposto, a Constituição Federal traz norma-princípio que garante a duração razoável do processo, cuja eficácia é contida e a ampla produção de efeitos é condicionada a outras normas-regras que lhe densificam o conteúdo.

Para que possamos atingir eventual conclusão, preliminarmente é oportuna a identificação e diferenciação dos institutos jurídicos (daqueles considerados principais para o escopo tratado), cujos efeitos resultam na extinção do direito – material ou processual.

Ainda é necessário esclarecer que esta atividade será feita com especial enfoque na legislação tributária.

Superados os esclarecimentos preliminares, os institutos a seguir comentados são a prescrição, a decadência e a perempção.

O Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966) contempla decadência e prescrição em seus artigos 173 e 174, definindo ser o primeiro, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário; e o segundo, o direito da Fazenda cobrar via ação judicial o crédito tributário.

Ambos são institutos de estabilização do direito (SANTI, 2000, p. 141), porém guardam distinções relevantes, conforme magistralmente descrito por Francesco Carnelutti:

Pode parecer conveniente mostrar que exatamente desde este ponto de vista em de ser considerada a diferença estrutural entre a prescrição e a decadência; ambas se referem à regulação dos atos *sub specie temporis*; mas a primeira é feita do lado da duração do ato e a segunda pelo da distância entre um ato e outro; por isso a prescrição está constituída pela duração do descumprimento e de sua tolerância, e a caducidade pela demora de uma em relação à outra (CARNELUTTI, 2000, p. 601).

Como regra geral, a decadência e a prescrição observam o prazo de cinco anos. Ou seja, superado tal prazo, considerando as regras específicas para a contagem, a Fazenda decai do direito de constituir o crédito ou perde o direito de cobrar o crédito tributário constituído pela ação judicial adequada.

Nestes termos, a decadência representa instituto vinculado ao processo de constituição do crédito tributário, guardando íntima relação com o procedimento administrativo fiscal. Já a prescrição encontraria seu liame lógico em momento posterior à definitiva constituição do crédito tributário.

Embora não sejam o objeto do estudo as análises pormenorizadas e críticas sobre as teorias doutrinárias acerca da constituição do crédito tributário, é significativo mencionar que sua constituição não se aperfeiçoa em ato único, mas deriva de um conjunto de atos praticados pela administração e também pelo contribuinte.

Por isso, é compartilhado o entendimento de Alberto Xavier, para quem o lançamento definitivo não é o imutável na órbita administrativa, mas aquele que concluiu o procedimento administrativo e foi regularmente notificado (XAVIER, 1988, p. 307).

No tocante à preempção, o instituto pode ser conceituado como instituto processual que extingue o processo pela ausência de movimentação dentro de um determinado prazo.

Bianca Xavier Gomes, mencionado Carnelutti, destaca que a natureza peremptória do prazo deve ser analisada em conformidade com o objetivo da lei.

Nesse particular, cumpre destacar que a natureza peremptória de um determinado prazo deve ser aferida de acordo com o espírito da lei, levando-se em consideração a instrumentalidade do processo ou a *ratio essendi* do prazo estabelecido pelo legislador, como ressalta Carnelutti, “Se um prazo é ou não peremptório infere-se da norma que o estatui, mas naturalmente, não só

através da perempção literal, razão pela qual o prazo pode ser peremptório ainda que a lei não lhe atribua expressamente tal eficácia, sempre que esta possa inferir-se da *ratio legis*, ou também por analogia, por exemplo, ainda que não se diga que é peremptório o prazo estabelecido pelo art. 297, para a prossecução do processo suspenso, não há dúvidas sobre isso em virtude da aplicação analógica da norma contida no parágrafo anterior.” (GOMES, 2019, p. 103).

Relevante ainda destacar que os institutos da decadência, prescrição e perempção guardam em comum a necessidade de estabilização das relações jurídicas e processuais, as quais não podem se manter indefinidamente em curso, sob pena de mácula da segurança jurídica, efetividade e eficiência do ordenamento jurídico, todos princípios basilares do próprio Estado Democrático de Direito.

A necessidade de estabilização e segurança das relações são valores caros ao Sistema Tributário Nacional, haja vista as finalidades específicas face ao Estado e aos contribuintes.

Sobre o tema, Heleno Taveira Torres reforça a ideia da necessidade de previsibilidade deste subsistema normativo, no qual devem ser resguardados balizas como a proibição de excesso, proporcionalidade, razoabilidade, proteção da confiança legítima.

A segurança jurídica, neste modelo, tem como conteúdo as funções de certeza, de estabilidade sistêmica e de confiança legítima na concretização do Sistema Constitucional Tributário, segundo os fins eleitos e os meios de determinação do regime jurídico dos distintos tributos que podem ser exigidos no ordenamento (TORRES, 2009).

Deste modo, o cenário hodiernamente observado no contencioso administrativo fiscal, consistente na ausência de previsibilidade para sua finalização e, conseqüentemente, da constituição do lançamento fiscal, precisa ser enfrentado à luz do princípio da duração razoável do processo e dos institutos formalizados por meio de regras jurídicas, capazes de regular com isonomia uma generalidade de situações.

IV O RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 94.462-1 E O SEUS REFLEXOS NA COMPREENSÃO DA DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

O Recurso Extraordinário n.º 94.462-1 foi julgado e provido, por maioria de votos, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em 30 de junho de 1981, assim ementado:

Crédito Fiscal. Decadência. Entre o auto de infração e a decisão final proferida na reclamação administrativa do contribuinte flui o prazo quinquenal da decadência. Recurso Extraordinário conhecido e provido para deferir-se o Mandado de Segurança.

Neste julgamento, os Ministros Soares Muñoz e Clóvis Ramallete firmaram posicionamento no sentido de que o parágrafo único do artigo 173 do Código Tributário Nacional fixa o dever do Estado de ter como iniciada a constituição do crédito tributário a partir de qualquer medida preparatória indispensável a ele. E concluí-la dentro de cinco anos, sob pena de decadência.

De modo expresse, o Ministro Soares Muñoz manifestou-se de acordo com a doutrina de Rui Barbosa Nogueira, consoante a qual o lançamento só se considera definitivamente constituído para efeitos do artigo 148 do Código Tributário Nacional quando se torna irreversível na esfera administrativa, seja por preclusão do poder de impugnar, seja pelo julgamento contra o qual não caiba mais recurso.

Em 6-10.1982 os Embargos de Divergência em Recurso Extraordinário 94.462 foram julgados pelo Tribunal Pleno, cujo julgamento atingiu conclusão diversa, conforme ementa a seguir transcrita:

Prazos de prescrição e de decadência em direito tributário. - Com a lavratura do auto de infração, consuma-se o lançamento do crédito tributário (art. 142 do C.T.N.). Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura; depois, entre a ocorrência dela e até que flua o prazo para a interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou a fluência de prazo para prescrição; decorrido o prazo para interposição do recurso administrativo, sem que ela tenha ocorrido, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, há a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174, começando a fluir, daí, o prazo de prescrição da pretensão do fisco. - É esse o entendimento atual de ambas as turmas do S.T.F. Embargos de divergência conhecidos e recebidos.

O julgamento acolheu o entendimento de que a decadência somente é passível de configuração antes da lavratura do auto de infração. Já a prescrição somente tem sua contagem deflagrada quando da constituição definitiva do crédito tributário.

Ademais, conclui-se que entre a lavratura do auto de infração e o definitivo encerramento do procedimento administrativo fiscal, com escoamento de todos os prazos recursais, há um lapso temporal não abrangido por qualquer dos institutos descritos.

Considerando a relevância do julgamento para o presente estudo, sua total compreensão depende da análise acurada do inteiro teor dos votos dos Ministros.

Participou do julgamento na condição de RELATOR o Ministro Moreira Alves, que após minucioso relatório, expôs seu voto pautado nos seguintes argumentos:

- i. a relação obrigacional tributária nasce com a ocorrência do fato gerador; o que faz surgir o direito potestativo do Fisco de efetuar o lançamento;
- ii. o exercício do direito potestativo deve ser exercido dentro do prazo decadencial;
- iii. o lançamento torna a obrigação tributária líquida;
- iv. o exercício do direito de lançar ocorre, nos moldes do artigo 145 do Código Tributário Nacional, pela regular notificação;
- v. a notificação é requisito de perfeição do lançamento e termo final do prazo decadencial;
- vi. a partir deste marco não flui prazo decadencial e a prescrição somente começará a correr quando violado direito subjetivo de crédito do fisco (quando exigível, não for satisfeito);
- vii. a ausência de prazo entre o lançamento e a exigibilidade não implica em risco de procrastinação pelo Estado, pois o recurso existe em favor do contribuinte;
- viii. se houvesse intenção em combater possível demora administrativa, haveria expressa previsão em lei, a qual poderia fixar quaisquer penalidades e não apenas a extinção.

O Ministro Aldir Passarinho acompanhou o Relator e esposou dos seguintes argumentos:

- i. o artigo 151 resulta em causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário enquanto pendentes reclamações e recursos administrativos;
- ii. da ocorrência do fato gerador nasce o direito da Fazenda constituir o crédito pelo lançamento, que pode ser por notificação ao contribuinte ou lavratura do auto de infração;
- iii. desde o momento da exigibilidade desse crédito inicia-se o prazo decadencial;
- iv. havendo recurso administrativo fica suspensa a exigibilidade;
- v. concluído o processo administrativo, pelo princípio da *actio nata*, inicia-se a contagem do prazo prescricional;
- vi. se durante o prazo de 5 anos após a constituição definitiva do crédito (que ocorre com a decisão administrativa definitiva), a Fazenda não cobrá-lo judicialmente, decorre o prazo prescricional.

Conquanto inegável o profundo e até hoje considerado saber jurídico dos Ministros citados, a nosso sentir, são necessários questionamentos sobre os conceitos adotados para as conclusões firmadas. Outrossim, alguns argumentos precisam ser contextualizados no tempo e adequados à atualidade do ordenamento jurídico.

Deste modo, os comentários são iniciados pelos argumentos trazidos nos votos para o afastamento da prescrição no caso concreto então apreciado.

Tanto no julgamento do Recurso Extraordinário quanto no julgamento dos Embargos de Divergência, acordaram os julgadores no sentido de que a prescrição somente pode ter seu fluxo iniciado após a constituição definitiva do crédito tributário, haja vista antes deste marco inexistir sua exigibilidade.

As manifestações sobre o tema mencionam o artigo 174 do Código Tributário Nacional. E expressamente repetem que o início deste prazo somente ocorre com a constituição definitiva do crédito e o vinculam ao definitivo encerramento do contencioso administrativo.

Coadunamos com estas conclusões, albergando o entendimento de que o prazo prescricional tem sua natureza jurídica vinculada à plena exigibilidade do crédito, requisito ausente enquanto tramitando procedimento administrativo.

Em que pese o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal não tecer qualquer consideração à prescrição intercorrente, para corroborar a afirmação do parágrafo anterior, vale recordar que a previsão desta modalidade de prescrição pelo artigo 40 da Lei de Execução Fiscal incide quando o provável crédito já se encontra em cobrança judicial, superada a fase administrativa.

Neste sentido, o não reconhecimento da ocorrência da prescrição para a situação concreta tratada no Recurso Extraordinário n.º 94.462-1 nos parece juridicamente correta.

Com relação à decadência, os Acórdãos analisados divergem em ponto essencial, qual seja, ser o lançamento ato único ou um complexo de atos.

Parece evidente que o Ministro Soares Muñoz compartilha da corrente segundo a qual o lançamento é um procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador. E, por isto, todos os atos realizados para esta certificação – incluindo julgamentos de impugnações e recursos – devem ocorrer dentro do prazo de cinco anos da ocorrência do fato gerador.

Em posição diversa, os Ministros Moreira Alves e Aldir Passarinho comungam do entendimento de que o lançamento representa um ato administrativo totalmente aperfeiçoado pela notificação do sujeito passivo. Por tal óptica, somente este ato deve ser praticado dentro do prazo de cinco anos da ocorrência do fato gerador.

Para estes nobres Ministros, os demais atos compreendidos no contencioso administrativo fiscal representam um lapso temporal não tratado especificamente pelo legislador, de tal forma que sobre estes não existiria, ao menos, positivada, regra delimitadora de sua duração.

Neste aspecto, a comparação das premissas que compõem a conclusão dos Ministros autoriza a alegação de que estas são inconsistentes entre si, carecendo de unidade lógica.

Isto porque, a despeito de ser afirmado que o lançamento se materializa pela realização de único ato, em diversas passagens dos votos há a menção à circunstância de que o lançamento apenas estará definitivamente constituído com a prática do último ato e, portanto, irrecorrível do processo administrativo.

Mesmo que admitido o lançamento com direito potestativo³, este somente poderá ser exercido unilateralmente, impondo efeitos na esfera de direitos do contribuinte, após esgotados os meios de impugnação previstos na legislação administrativa.

Antes do esgotamento das vias de contestação, o Estado não poderá exercer sua potestade e exigir coativamente o pagamento do tributo. Fato que torna legítima a compreensão de que o lançamento não está perfectibilizado apenas com a notificação prevista no artigo 145 do Código Tributário Nacional.

Outra crítica ao voto proferido pelo Ministro Moreira Alves foi a lacuna criada pela afirmação de que o espaço compreendido entre o lançamento – sob sua óptica – e o termo final do processo administrativo não se sujeita a qualquer prazo extintivo previsto em lei.

Para além da circunstância desta afirmação atualmente não encontrar expresso respaldo legal em virtude da superveniência da constitucional previsão da duração razoável do processo, em relação à época do julgamento também entendemos por seu equívoco.

Esta alegação encontra substrato nas assertivas inicialmente firmadas no sentido de que a duração razoável do processo inserida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 não se trata de uma absoluta inovação na ordem legal, mas da formalização de mecanismo de interpretação e aplicação das demais normas jurídicas.

Repise-se que, sob nosso ponto de vista, a duração razoável do processo é uma decorrência lógica e necessária dos princípios do devido processo legal, legalidade e segurança jurídica, dentre outros.

À vista de todo o exposto, nossa conclusão a respeito do resultado do julgamento realizado no Recurso Extraordinário n.º 64.462 se orienta para a adoção pelos respeitáveis Ministros de definição equivocada de lançamento (pois contestável a partir de seus próprios argumentos), da qual resultou a incompreensão da natureza dos atos praticados durante todo o processo administrativo fiscal e, por conseguinte, do instituto da decadência.

³ “Direito que se caracteriza por o seu titular o exercer por sua vontade exclusiva, desencadeando efeitos na esfera jurídica de outrem, independentemente da vontade deste” (PRATA, 2008).

V COMPREENSÃO DO LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E A POSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO DE PEREMPÇÃO

O lançamento é previsto no artigo 142 do Código Tributário Nacional. É definido como procedimento administrativo, de competência da autoridade administrativa, vinculado e obrigatório, tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e aplicar penalidade.

Contudo, o mesmo lançamento é descrito pelo artigo 150 da mesma legislação como ato administrativo, levando a doutrina e jurisprudência a divergirem quanto à sua natureza.

Embora sejam diversos e conceituados os autores que definem o lançamento como ato administrativo, filiamo-nos à corrente que o compreende como procedimento, tal qual defendida, entre outros, por Hugo de Brito Machado, consoante definição a seguir reproduzida.

Lançamento tributário, portanto, é o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, identificar o seu sujeito passivo, determinar a matéria tributável e calcular ou por outra forma definir o montante do crédito tributário, aplicando, se for o caso, a penalidade aplicável. Esta é a definição de lançamento, contida no art. 142 do Código Tributário Nacional, com alterações decorrentes da interpretação sistemática da referida norma, como acima demonstrado (MACHADO, 2007, p. 2.000).

Com efeito, embora seja relevante a escolha de posição acerca da natureza do lançamento do crédito tributário, o assunto foi trazido à tona com a especial intenção da explicitação de trabalho elaborado pelo Professor Marco Aurélio Greco, no ano de 1988, mas que guarda atualidade e profundidade para fornecer substrato para a construção de regra de extinção do crédito, amparada na inteligência do princípio da duração razoável do processo.

O jurista afirma que preliminarmente é necessário saber se a constituição do crédito corresponde a um efeito provocado integralmente pelo primeiro ato que compõe o procedimento ou essa constituição é feita por etapas (GRECO, 1988).

Prossegue afirmando sua opinião no sentido de que o primeiro ato do procedimento não esgota a constituição do crédito. Vejamos.

Nossa opinião, à luz dos dispositivos codificados, é no sentido de que o primeiro ato do procedimento não esgota todas as facetas da constituição do crédito, embora seja ele que substancialmente determina seu surgimento. A demonstração de que a constituição do crédito se desdobra em etapas se dá pela indicação de algumas regras do CTN, além do artigo 142. A primeira é o parágrafo único do art. 173 que faz menção expressa à data em que tiver

sido iniciada a constituição do crédito. Ou seja, o crédito comporta início de constituição.

O artigo 142 diz que o crédito é constituído pelo lançamento (procedimento), o que faz entender que desde o início desse procedimento já se pode ter o crédito constituído. Isto é, confirmado pelo art. 151, III, pois, se as reclamações e recursos suspendem a exigibilidade do crédito é porque ele já existe, sendo incongruente imaginar que o CTN estaria estabelecendo uma causa de suspensão de algo que inexistisse ainda.

Por fim, o art. 174 faz menção expressa à constituição definitiva desse crédito, momento que a jurisprudência reputa verificado quando não interposto recurso administrativo ou quando se dá seu julgamento.

Esta norma traz em si uma indicação de maior relevância, pois se o art. 174 prevê um momento em que a constituição do crédito será definitiva, é porque até então a constituição existente era provisória (GRECO, 1988).

Apontamento de igual relevância é a lembrança à redação do artigo 173 do Código Tributário Nacional, o qual fala em direito de constituição do crédito tributário e não direito ao lançamento, sacramentando a diferença de conteúdo entre as ações.

Continuando na linha de pensamento do Professor Greco, o *caput* do artigo 173 confere ao Estado o direito de iniciar a constituição do crédito no prazo de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador.

A perspicácia de sua proposição advém da interpretação do parágrafo único do artigo 173, do qual é inferida regra para que estipula prazo para a conclusão do procedimento de constituição do crédito tributário.

O dispositivo em comento possui a seguinte redação:

Art. 173. [...].

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Em plena concordância ao exposto pelo citado doutrinador, destacamos que esta regra é ordinariamente interpretada na direção de reduzir o prazo de cinco anos, caso efetivada notificação do sujeito passivo antes do início do exercício seguinte ao que o início do lançamento (primeiro ato do procedimento de constituição do crédito) pudesse ser realizado.

Sua correta interpretação deve estar vinculada ao *caput* do artigo 173, não apenas por imposição lógica, mas também por previsão contida na alínea “c”, do inciso III, do artigo 11, da Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a redação, alteração e consolidação das leis, e estabelece que os parágrafos expressam aspectos complementares à norma enunciada no *caput*.

Deste modo, o parágrafo único do artigo 173 estabelece que o direito para definitiva constituição do crédito tributário e, portanto, para encerramento do procedimento administrativo fiscal, extingue-se no prazo de cinco anos.

Ilustra todo o raciocínio formatado, o seguinte trecho do artigo acima mencionado de autoria do Professor Greco.

Ora, se o prazo do parágrafo único do art. 173 começa com o início da constituição do crédito tributário pela notificação de qualquer medida preparatória, então parece óbvio que o dispositivo não está se referindo a um prazo para iniciar o procedimento, pois seu termo inicial já é o ato que inicia o procedimento. Vale dizer, enquanto o *caput* do art. 173 prevê um prazo para iniciar o procedimento, o parágrafo único fixa um prazo depois que o procedimento foi iniciado pela notificação do sujeito passivo (GRECO, 1988, p. 514).

Nestes termos, todos os atos necessários para a definitiva constituição do crédito devem ser praticados no prazo de cinco anos.

Ou seja, a partir da notificação ao sujeito passivo, os atos subsequentes relacionados à decisão de impugnações e recursos, por quaisquer instâncias julgadoras previstas na estrutura administrativa do sujeito ativo, devem ocorrer circunscritamente ao lapso temporal previsto no *caput* do artigo 173 do Código Tributário Nacional.

Caso o mesmo seja observado, o direito de a Fazenda constituir o crédito é extinto, conforme a redação da predita norma, a qual é reforçada e corroborada pelo princípio da duração razoável do processo que hoje figura como matriz interpretativa inafastável.

Cabe afirmar que a previsão de cinco anos para constituição definitiva do crédito demonstra-se razoável, especialmente quando conjugada, no âmbito federal, com as disposições do artigo 24 da Lei 11.457, de 16 de março de 2007, responsável pela fixação do prazo de 360 dias para prolação de decisão administrativa, a contar do protocolo da defesa, impugnação ou recurso.

O atendimento dos prazos intermediários fixados pela legislação ordinária federal, considerando o dever de eficiência e o próprio interesse público, garantirão ao Estado a legalidade nos processamentos, bem como a garantia de constituição do crédito em tempo hábil, observando o prazo global estabelecido no artigo 173 do Código Tributário Nacional.

Por fim, considerando as menções realizadas ao artigo do Professor Marco Aurélio Greco, é necessário apontar que o autor entende que o Código Tributário Nacional prevê três prazos capazes de influenciar no crédito tributário. Seriam eles:

- decadência (passível de configuração entre a ocorrência do fato gerador e o lançamento);
- preempção (passível de configuração entre o início do procedimento de constituição do crédito tributário até sua conclusão); e
- decadência (deflagrada a partir da conclusão do processo administrativo, com a exigibilidade do crédito).

Retomando a lição de Carnelutti citada nos tópicos anteriores, para quem o prazo peremptório é definido por sua natureza e não denominação e, considerando que a hipótese ora analisada se relaciona com o não cumprimento de procedimento em dado espaço de tempo, a proposição figura como bastante pertinente.

Não obstante, a perempção também tem sua compreensão intimamente ligada à ideia de sanção processual, o que não parece ser exatamente a situação configurada pela interpretação sistemática do artigo 173 e seu parágrafo único.

Parece-nos que a consequência legal supera o aspecto de censura processual, pois atinge o próprio direito material do Estado em constituir o crédito tributário, autorizando a conclusão de assumir natureza decadencial.

Feitas essas considerações, a conclusão norteia-se para a existência no ordenamento jurídico de regra imediatamente aplicável e eficaz para a garantia de duração razoável do processo administrativo fiscal, garantindo-se com isto a efetividade do Sistema Tributário Nacional, além de viabilizar a proteção da isonomia e segurança jurídica.

VI CONCLUSÕES

Pretendeu-se, por meio de todo o exposto, debater a aplicação do princípio da duração razoável do processo ao processo administrativo fiscal, especialmente sob o aspecto da possibilidade ou não de derivação de regra de extinção do crédito que solucionasse a injustificada morosidade na sua correspondente conclusão.

Ademais, o estudo busca a formulação de mecanismos jurídicos para o equacionamento da duração não razoável dos processos administrativos fiscais.

Esta proposição se concretiza por meio da identificação de prescrições legais com natureza de norma jurídica, as quais possam, sob a luz do princípio constitucional mencionado, bem como eficiência, legalidade e segurança jurídica, possuir como consequência a extinção do processo administrativo e o direito à constituição do crédito.

Para tanto, houve a análise constitucional do princípio da duração razoável do processo, momento no qual foram expostas suas características, enfocando-se representar um conceito aberto, cuja densificação de sentido é necessária para viabilizar sua aplicação.

Ou seja, a nosso sentir não é possível a derivação imediata de uma regra de extinção de processos administrativos fiscais a partir, exclusivamente, da previsão constitucional do princípio da duração razoável do processo. Isto porque o mesmo estabelece um estado ideal de coisas, *in casu* o espectro do processo justo, a partir do qual não são inferidos parâmetros ou critérios objetivos para sua incidência generalizada e isonômica, tampouco é verificada consequência jurídica.

Todavia, o princípio da duração razoável do processo representa um critério obrigatório para nova interpretação do ordenamento jurídico, determinando que das regras se extraia o sentido para consecução de prestação jurisdicional efetiva, o que demanda respeito à duração temporal dos processos dentro de lapsos temporais entendidos como aceitáveis pelo conjunto normativo vigente.

Este princípio também busca a garantia da estabilidade das relações jurídicas entre Estado e particular, as quais se pautam em confiança objetiva e previsibilidade. Sob este viés, a duração razoável do processo também protege o direito material, cuja configuração e prova podem perecer ou se fragilizar com a passagem do tempo.

Nesta função, o princípio da duração razoável do processo direcionará a interpretação dos dispositivos legais no âmbito tributário, os quais somente estarão legitimados quando formarem proposições voltadas à realização dos direitos em tempo suficientemente adequado (nos termos balizados pelas regras).

Consoante formulado no desenvolvimento deste artigo, a prescrição somente pode ter seu fluxo iniciado quando da constituição definitiva do crédito tributário, momento em que há identificação válida de sua exigibilidade

Antes desta ocorrência, há o desvirtuamento lógico e jurídico do instituto, o qual, embora utilizado sob o pretexto de justiça e realização constitucional, em verdade é descaracterizado, causando prejuízo à isonomia entre contribuintes e a própria segurança e estabilidade do sistema jurídico, cuja competência legislativa acaba sendo ilegitimamente usurpada pelo Poder Executivo.

Avançando nas conclusões, a alternativa juridicamente válida para concretização do princípio da razoável duração dos processos administrativos fiscais é a, no nosso ver, a correta interpretação do parágrafo único do artigo 173 do Código Tributário Nacional, o qual claramente contém regra que atribui consequência jurídica ao desrespeito ao prazo de cinco anos para a constituição do crédito tributário.

Não se olvide que a premissa desta postura reside na compreensão de que a constituição do crédito tributário ocorre por meio de um procedimento administrativo, cujo ato inicial é o lançamento de autoridade fiscal. Neste cenário de contencioso administrativo instalado, o crédito tributário somente estará definitivamente constituído quando da ocorrência do último ato procedimental irreversível.

Deste modo, no interregno há o curso do prazo decadencial de cinco anos que, se inobservado, acarreta a consequência expressamente prevista na regra de extinção do direito de constituição do crédito tributário.

Neste sentido, reiteramos a concordância com os votos proferidos pelos Ministros Soares Muñoz e Clóvis Ramalhete no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 94.462-1 (evidenciando não se tratar do julgamento dos Embargos de Divergência neste feito) e com a construção doutrinária de Marco Aurélio Greco, salvo pelo entendimento da preempção.

Por oportuno, repisamos a dedução de que as disposições do artigo 24 da Lei 11.457, de 26-3-2007, responsável pela fixação do prazo de 360 dias para prolação de decisão administrativa, a contar do protocolo da defesa, impugnação ou recurso, representam prazos intermediários fixados pela legislação ordinária federal, considerando o dever de eficiência e o próprio interesse público.

Estes garantirão ao Estado a legalidade nos processamentos dos feitos administrativos, bem como a garantirão de constituição do crédito em tempo hábil, observando o prazo global estabelecido no artigo 173 do Código Tributário Nacional.

Ante tais digressões, impõe-se o reconhecimento da efetividade e obrigatória interferência do princípio da duração razoável do processo no âmbito do contencioso administrativo fiscal, por meio da adequação da interpretação do artigo 173 e parágrafo único do Código Tributário Nacional, aplicando-se a decadência àqueles que perdurarem mais de cinco anos do ato inicial do crédito tributário até sua definitiva finalização.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Brasília: Senado Federal, 2019. *Série Edições do Senado Federal*, 271.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 fev. 1998.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 out. 1966; retificado no **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 out. 1966.

BRASIL. Lei 9.784, de 21 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1.º fev. 1999.

BRASIL. Lei 11.457, de 16 de março de 2007. Dispõe sobre a Administração Tributária Federal; altera as Leis n.ºs 10.593, de 6 de dezembro de 2002, 10.683, de 28 de maio de 2003, 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.910, de 15 de julho de 2004, o Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943, e o Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972; revoga dispositivos das Leis n.ºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.593, de 6 de dezembro de 2002, 10.910, de 15 de julho de 2004, 11.098, de 13 de janeiro de 2005, e 9.317, de 5 de dezembro de 1996; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 mar. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 94.462 (RE 94462 EDv / SP). Relator: Ministro Moreira Alves. Primeira Turma. Julgamento: 6-10-1982. Publicação: **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Diário da Justiça, Brasília, DF, 17 dez. 1982, p. 13.209.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 9.4462/SP. Relator: Ministro Soares Muñoz. Primeira Turma. Julgamento: 30-6-1981. Publicação: **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Diário da Justiça, Brasília, DF, 18 dez. 1981, p. 12.943.

BUENO, Cassio S. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. São Paulo: Classic, 2000.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar; MELO, Fábio Soares de. Razoável duração do processo contencioso administrativo: considerações relevantes. In: **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, Ed. Conpedi, v. 26, n. 10 p. 263-276, 2020.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; NERY JÚNIOR, Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 35- 74.

DANIEL NETO, Carlos Augusto. **Tributação e exceção**: a derrotabilidade das regras tributárias. Porto Alegre: SAFE, 2022.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Acesso à justiça e tutelas de urgência: o pleno acesso à ordem jurídica justa e a efetividade do processo. In: **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, Ed. n. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, 73, p. 27-37, 1973.

GOMES, Bianca Xavier. **Duração razoável do processo administrativo fiscal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2019.

GRECO, Marco Aurélio. Perempção no lançamento tributário. In: TAVOLARO, Agostinho Toffoli; MACHADO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Princípios tributários no direito brasileiro comparado**: estudos em homenagem a Gilberto Ulhoa Canto. Rio de Janeiro: Forense. 1988. p. 502-517.

GRECO, Marco Aurélio. Processo administrativo tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coordenador). **Processo administrativo tributário**: pesquisas tributárias. São Paulo: Saraiva, 1999. *Coleção Nova Série*, 5.

HARTMANN, Stefan Espírito Santo. Novos contornos interpretativos no direito tributário: da necessidade de revisão das normas que dispõem sobre interpretação e integração da legislação tributária. In: **Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região**, Porto Alegre, Ed. TRF4, n. 62, out. 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRATA, Ana. **Dicionário jurídico**. v. I. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 2008.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n. 45: acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). **Reforma do judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 283-292.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Decadência e prescrição no direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). **Reforma do judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 41-49.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TORRES, Heleno Taveira. Segurança jurídica do sistema constitucional tributário. 2009. Tese (concurso de títulos e provas para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)– Universidade de São Paulo, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

XAVIER, Alberto. **Do lançamento, teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

Submissão em: 14 de março de 2025

Último Parecer favorável em: 21 de maio de 2025

Como citar este artigo científico

CARVALHO, Roberta Vieira Gemente de. A possibilidade de derivação de regra de extinção da obrigação tributária por inobservância do princípio da duração razoável processo no procedimento administrativo fiscal: prescrição intercorrente ou regra de natureza jurídica diversa? In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 6, n. 2, p. 176-199, maio-ago. 2025.

CSNEWS.OTER

A ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS CONTRATOS PETROLÍFEROS

CONCEIÇÃO JOSÉ MONTEIRO¹

“A Idade do petróleo não terminará por falta de petróleo assim como a idade da pedra não terminou por falta de pedras”

Daniel Yergin

“A arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza, jurisdicional na sua função e pública no seu resultado”

Francisco Cortez

RESUMO

Busca-se, com o presente artigo científico examinar cada uma das cláusulas compromissórias incluídas nos contratos petrolíferos com maior pendor no contrato de concessão, indicando a arbitragem como resolução de conflitos entre empresas petrolíferas, bem como seus aspectos positivos (vantagens) e negativos (desvantagens). Neste diapasão, pretende-se demonstrar que a prática da arbitragem é hoje *conditio sine qua non* para a realização da justiça nos Estados democráticos e de direito. Vivemos na era digital, da comunicação e da informação, da internacionalização e plurilocalização das relações contratuais, quer sejam comerciais, de investimentos ou petrolíferas, que os sujeitos singulares ou colectivos, de Direito Público ou Direito Privado, mantêm uns com os outros, relações essas susceptíveis de controvérsia, e cuja resolução é, *a priori*, da competência dos Estados, por serem os detentores do poder jurisdicional. No caso de Angola, a realidade mostra que os Tribunais não respondem tempestivamente à resolução de litígios, por isso, a arbitragem é capaz de abolir todos os benefícios que, naturalmente, decorreriam da opção pela via judicial como forma de resolução de conflitos extrajudicial. Acrescento,

¹ Pós-graduada em Direito Angolano: Direito Societário; Direito do Petróleo e Gás e Direito Fiscal das Empresas pelo Instituto de Investigação Interdisciplinar do Direito (IURIS) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Pós-Graduada em Mercados Financeiros pela Faculdade de Direito Agostinho Neto. Professora Auxiliar de Direito Fiscal na Universidade Metodista de Angola. E-mail: conceicaomonteiro-@hotmail.com

que o presente artigo visa também promover um exame criterioso das convenções de arbitragem inseridas nos contratos de concessão celebrados pela Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (ANPG), identificando, no curso do tempo, as mudanças redaccionais nelas realizadas e o alcance efectivo das modificações introduzidas.

Palavras-chave: Arbitragem, Arbitragem Voluntária, Contratos Petrolíferos, Cláusula Compromissória.

ABSTRACT

This scientific article aims to examine each of the arbitration clauses included in oil contracts, with a particular focus on the concession contract, highlighting arbitration as a means of resolving disputes between oil companies, as well as its positive aspects (advantages) and negative aspects (disadvantages). In this regard, the article intends to demonstrate that the practice of arbitration is today a *conditio sine qua non* for the realization of justice in democratic and law-abiding states.

We live in the digital age an era of communication and information, of the internationalization and multilocalization of contractual relationships, whether commercial, investment-based, or oil-related maintained by individuals or legal entities, whether governed by public or private law. These relationships are often subject to disputes, the resolution of which falls, *a priori*, under the jurisdiction of the State, as the holder of judicial power.

In the case of Angola, the reality shows that courts do not respond promptly to dispute resolution. Therefore, arbitration is capable of overcoming all the limitations that would naturally arise from opting for the judicial route as a means of extrajudicial conflict resolution.

Additionally, this article also seeks to promote a critical analysis of the arbitration agreements included in concession contracts signed by the National Oil, Gas and Biofuels Agency (ANPG), identifying, over time, the editorial changes made and the actual scope of the modifications introduced.

Keywords: Arbitration, Voluntary Arbitration, Oil Contracts, Arbitration Clause.

1 INTRODUÇÃO

O tema sobre o qual nos propusemos discorrer constitui um repto no contexto actual, face à crise do poder jurisdicional que os Estados estão a enfrentar nos nossos dias.

À semelhança de outros países, a institucionalização da arbitragem em Angola tem a sua génese no tempo colonial. A actual Lei n.º 16/03, de 25 de julho, da Arbitragem Voluntária Angolana, inspirou-se na Lei Modelo da

CNUDCI, seguindo a matriz da anterior lei portuguesa, Lei n.º 31/86, de 29 de agosto, da arbitragem voluntária. Adianta sublinhar que arbitragem ainda não se enraizou no país. É essa a razão por que nos propusemos o desafio de elaborar o presente artigo.

Angola também conhece este meio alternativo de resolução de conflitos de interesses, cuja decisão é proferida por um terceiro, assim como o modo de revelação e produção das normas alusivas à arbitragem no País. A arbitragem voluntária vem consagrada em muitos ordenamentos jurídicos (incluindo em Angola), de natureza privada, com génese muito antiga, pois se entende que a forma mais justa de se fazer justiça é aquela em que a decisão fosse proferida por árbitros escolhidos pelas partes. De um ponto de vista histórico, Angola vem a conhecer a arbitragem voluntária no período de colonização.

O termo arbitragem deriva da língua Latina – *arbiter* - que em Português significa juiz, louvado, jurado. Na linguagem jurídica, o termo é empregado para significar processo que se utiliza, a fim de se dar solução ao litígio ou divergência havida entre duas ou mais pessoas (SILVA, 2002, p. 9).

A arbitragem é um processo pelo qual as partes em conflito concordam em resolver as suas disputas com a ajuda de um árbitro imparcial e confiável, conhecido como juiz arbitral. As partes conversam com o árbitro em vez de irem ao Tribunal. O árbitro, então, emite uma decisão vinculativa, conhecida como sentença arbitral.

Ensina Dário Moura Vicente (*apud* PINHEIRO, 2006, p. 26) que a arbitragem é um método heterocompositivo de litígio no qual as partes, colocadas ao mesmo nível, confiam a um terceiro ou a vários por elas escolhidos no sentido de, com isenção e imparcialidade, solucionar um determinado litígio ou vários, actual ou futuro, derivado de uma relação estabelecida entre ambas, com base quer em princípios e normas de direito, quer na equidade, tendo a decisão arbitral o valor e a eficácia de uma sentença judicial².

A importância da arbitragem voluntária está no que lhe é característico: é um processo simples, célere, seguro, flexível, graças à faculdade que as partes têm de escolher o árbitro. É ainda um processo confidencial, preservando a reputação e a boa imagem das partes. Dada a sua finalidade, a arbitragem é essencial para dirimir não somente litígios, mas também questões atinentes à interpretação dos contratos, à integração de lacunas contratuais e à actualização de contratos.

Ao nosso entender, a arbitragem é uma forma alternativa de resolver diferendos sem recurso aos Tribunais judiciais. As partes desavindas concordam em que o diferendo seja solucionado por um ou mais árbitros por elas indicados.

A decisão do Tribunal arbitral é vinculativa para as partes e tem a força executiva das decisões dos Tribunais judiciais.

² O autor considera “terceiro” um particular distinto das partes e que não actua como seu representante.

2 NOÇÃO E NATUREZA DA ARBITRAGEM

Conceitualmente, pode até ser. A arbitragem, tende a viabilizar a realização da justiça com mais frequência do que a via judicial, mediante a entrega mais célere e qualificada da prestação jurisdicional. Razões que levam a recorrer à arbitragem como meio de resolução de conflito: conveniência em submeter resolução de litígios a pessoas experientes sem que uma das partes tenha de submeter-se aos Tribunais do país da outra, conveniência que a resolução seja o mais célere possível e crescente dificuldade dos Tribunais estaduais (no plano doméstico).

Tipos de Arbitragem.

✓ CONTRATUAL:

- convenção de arbitragem;
- efeitos *inter partes*.

✓ JURISDICIONAL:

- Sentença arbitral;
- efeito de caso julgado e força executiva (art. 33.º Lei sobre a Arbitragem Voluntária - LAV).

Natureza jurídica:

- natureza adjudicatória – decisão por terceiro(s);
- natureza jurisdicional – quanto aos efeitos.

Convenção de arbitragem gera direito potestativo à constituição de um Tribunal arbitral (e falta de jurisdição dos Tribunais comuns), dando nota que a decisão arbitral faz caso julgado e tem força executiva.

Angola adota claramente a natureza jurídica mista: a decisão arbitral tem eficácia executiva, o processo tem de ser justo e equitativo, mas o Tribunal arbitral tem a sua competência limitada pela convenção de arbitragem. O art. 37.º da Lei sobre a Arbitragem Voluntária (LAV) permite execução voluntária da decisão proveniente de um Tribunal Arbitral.

2.1 Modalidades

A arbitragem voluntária é um meio jurisdicional de resolução de litígios por meio da intervenção de um ou mais particulares que, directa ou indirectamente, recebem das partes, por via da convenção de arbitragem por elas celebrada, o poder de julgar esse litígio, embora desprovidos de *ius imperii*.

“A lei ordinária consagra e regula os meios e as formas de composição extrajudicial de conflitos (mediação, conciliação e arbitragem), bem como a sua

constituição, organização, competência e funcionamento” (art. 174.º, n.º 4, da Constituição da República de Angola).

Com a entrada em vigor da Constituição da República de Angola, em 5 de fevereiro de 2010, o ordenamento jurídico angolano elegeu os meios de resolução extrajudicial de litígios como alternativa complementar ao sistema jurisdicional estadual.

- ✓ arbitragem voluntária: as partes decidem submeter o litígio a arbitragem regras da LAV;
- ✓ arbitragem necessária: a lei impõe o recurso ao foro arbitral para resolver um litígio;
- ✓ arbitragem doméstica: a que tem conexão com apenas um país;
- ✓ arbitragem internacional: a que tem conexão com mais de um país (i) põe em jogo interesses do comércio internacional, (ii) tem por objecto um litígio que apresenta laços juridicamente relevantes com mais de um Estado, ou (iii) aquela que tendo por objecto um litígio que se insere exclusivamente na esfera social de um Estado é realizada noutro Estado.

Como os litígios arbitráveis podem ser diferentes, temos de fazer a distinção: em alguns Estados, litígios emergentes de violação de normas de concorrência podem ser objecto de arbitragem internacional, mas não de arbitragem doméstica. Por outro lado, alguns Estados permitem que o Estado ou outras entidades públicas/estaduais celebrem convenções de arbitragem, válidas apenas no que respeita a arbitragens internacionais.

A arbitragem tem de ter sempre uma “nacionalidade”, pois esta é relevante para:

- I. determinação da lei que regula o processo arbitral;
- II. determinação do Tribunal judicial que tem jurisdição sobre o procedimento arbitral e
- III. identificação do procedimento a ser seguido para a execução da sentença arbitral: se uma Sentença é proferida internamente, é mais facilmente executável do que se for proferida no estrangeiro embora a adesão de Angola à Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento de Sentenças Estrangeiras (em junho de 2017) tenha simplificado este procedimento.

A arbitragem é meio jurisdicional privado e voluntário de dirimir um litígio, de carácter contratual ou não, caracterizado pela existência de elementos de conexão envolvendo mais de um Estado, que é suscetível de ser resolvido pela via arbitral e relativa a interesses privados ou a interesses público-privados que não deva ser submetido, por disposição legal ou por convenção internacional, a tribunais específicos.

Outras modalidades:

- ✓ arbitragem institucional: o processo decorre num Centro de Arbitragem. Regras previamente definidas, que constam do Regulamento do Centro;
- ✓ arbitragem *ad hoc*: conduzida por um Tribunal arbitral constituído especialmente para um dado litígio. O Tribunal define as regras a aplicar; maior flexibilidade, mas pode ter menos qualidade.

Centros Internacionais de Arbitragem:

- Câmara de Comércio Internacional (CCI) – Paris;
- London Court of International Arbitration (LCIA) – Londres;
- American Arbitration Association (AAA) – Nova Iorque;
- China International Economical Trade and Arbitration Commission (CIETAC) – China; e
- Singapore International Arbitration Centre (SIAC) – Singapura.

Centros de Arbitragem em Angola:

- *Harmonia* – Centro Integrado de Estudos e Resolução de Conflitos (Despacho n.º 59/12, de 31 de outubro);
- *Arbitral Juris* (Despacho 60/12, de 31 de janeiro);
- *Centro de Arbitragem e Mediação de Angola (CAMA)* – Despacho n.º 2165/12, de 9 de outubro;
- *Centro Angolano de Arbitragem de Litígios (CAAL)* - Despacho n.º 2166/12, de 9 de outubro;
- Centro Mediação e Arbitragem da AIA (CAAIA) – Decreto Executivo 464/17, de 2 outubro.

O **Centro de Resolução Extrajudicial de Litígios do Ministério da Justiça e dos Direitos Humanos (CREL)** elaborou elementos regulamentares que permitirão a realização de **arbitragens institucionais**:

- ✓ regulamento de arbitragem, que contém um código deontológico para os árbitros, com grande detalhe - (aguarda publicação em Diário da República). – Decreto Executivo 290/17, de 11 de maio;
- ✓ regulamento de custas do processo arbitral, que serve de referência para os encargos administrativos das arbitragens e para os honorários dos árbitros. – Decreto Executivo Conjunto 269/16, de 17 de junho;
- ✓ lista de árbitros, nacionais e estrangeiros, com competência e experiência reconhecidas, e com formação diversificada;

- ✓ o CREL possui as condições necessárias para a **condução de arbitragens ad hoc**;
- ✓ o serviço de arbitragem do CREL integra um *Secretariado*, com a formação e o dinamismo necessários para apoiarem os Tribunais arbitrais *ad hoc*;
- ✓ o CREL possui *instalações condignas*, com salas adequadas para a realização de sessões de Tribunais arbitrais *ad hoc*, bem como salas adjacentes para receber peritos, testemunhas e dar apoio ao trabalho dos Advogados no âmbito do processo arbitral.

2.2 Vantagens e Desvantagens da Arbitragem

Vantagens:

- ✓ menos burocrática, menos formal e mais célere: prazo supletivo da LAV: seis meses para a prolação da Sentença – art. 25.º, n.º 1 LAV;
- ✓ grande flexibilidade na escolha dos árbitros, determinação do processo arbitral, escolha da sede da arbitragem, da língua do processo;
- ✓ confidencialidade de todo o processo e da decisão (salvo se as partes autorizarem a publicação ou esta for efectuada a título de sanção no caso de incumprimento);
- ✓ especialização dos árbitros, em questões que mobilizam conhecimentos tecnológicos, económicos ou jurídicos especiais, permitirá a produção de resultados mais equitativos, previsíveis e ajustados;
- ✓ neutralidade, afastando a percepção das partes de que os Tribunais judiciais tendem a defender interesses nacionais.

Desvantagens

- ✓ risco de os árbitros se comportarem com parcialidade, ao quererem agir como representantes das partes que os nomearam, em contradição com as normas deontológicas aplicáveis;
- ✓ elevado custo, as taxas a avançar são de valor muito significativo, pois é necessário remunerar Advogados muito experientes, árbitros (muitas vezes Professores de renome).

2.3 Distinção entre Mediação, Conciliação e Arbitragem

- ✓ **Mediação**: as partes escolhem um mediador para facilitar o consenso que pretendem atingir, que ajuda a identificar os interesses e as necessidades inerentes ao conflito, para que *as partes, por si próprias, encontrem uma solução*. A mediação assenta na ideia de que é nas partes que reside a

solução do problema que é por elas próprias – as donas do litígio – que se encontra a solução adequada e justa (CARVALHO, 2011, p. 278);

- ✓ **conciliação:** O conciliador *propõe às partes soluções alternativas* para resolver a controvérsia, que as partes aceitarão ou não, até que um consenso seja obtido. Por regra, a conciliação é feita por quem tem o poder decisório, ou seja, o árbitro ou o juiz. A conciliação define-se, portanto, como as diligências promovidas e conduzidas pelo juiz ou árbitro para tentar resolver o litígio por acordo das partes (CAMPOS, 2009, p. 14; WILDE; GAIBROIS, 2003, p. 35.);
- ✓ **arbitragem:** A *decisão do litígio cabe exclusivamente aos árbitros* designados pelas partes, que poderão decidir com base na lei de determinado país (ou países) ou com base na equidade. A arbitragem pode ser definida como um modo de resolução jurisdicional de conflitos em que a decisão, com base na vontade das partes, é confiada a terceiros (BARROCAS, 2010, p. 45, p. 119).

2.4 Princípios do Processo Arbitral

- ✓ **Contratualização do processo:** as partes podem definir as regras que desejam;
- ✓ **inaplicabilidade dos códigos processuais comuns:** os árbitros podem – no silêncio das partes – estabelecer as regras que considerem mais adequadas;
- ✓ **princípio da igualdade das partes** (paridade processual): representa a consagração em sede arbitral do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, plasmado na Constituição da República de Angola. O que se pretende é assegurar que as partes sejam tratadas com absoluta igualdade ao longo de todo o processo, podendo exercer as faculdades e os meios de defesa que lhes assistem em igualdade de condições (artigo 18.º LAV);
- ✓ **princípio do contraditório** (paridade de armas), ou seja, todo o acto produzido por meio do processo caberá o mesmo direito à outra parte de se manifestar discordando, aceitando ou até mesmo modificando os factos e o direito alegado pelo autor, de acordo com o juízo de conveniência (artigo 18.º LAV);
- ✓ **audição prévia** (oral ou escrita) antes da prolação da Sentença.

3 CONTRATOS PETROLÍFEROS

Os interesses contrapostos muito diferentes que são a essência destes contratos, o que inclui o interesse público defendido pelo Estado e privado

defendido pelos particulares (valorizar o mais possível os recursos económicos de que dispõe, nas melhores condições possíveis, versus, do outro lado os particulares que pretendem valorizar o mais possível a estabilidade da relação contratual) tornam importante a opção pela arbitragem, tendo em mente algumas das principais vantagens de um processo arbitral. Especialmente a possibilidade de os interessados escolherem os julgadores, os juízes da causa, em função da confiança que lhes merecem como julgadores isentos, imparciais e competentes, não tendo de se submeter aos juízes definidos pelo Estado, no caso da resolução de conflitos pelas vias judiciais do Estado (TEIXEIRA, 1999, p. 98).

A neutralidade do foro arbitral é muito importante nos contratos internacionais em que há esse risco de se irem discutir os litígios para os Tribunais de uma das partes (o Estado). A independência dos árbitros – por regra, grandes especialistas, eminentes Professores – está ligada a esta ideia. O Tribunal arbitral, como não decide em nome de nenhum Estado, dá garantias de imparcialidade e isenção que o Tribunal do Estado não dá. Não há, por isso, contratos internacionais, *joint ventures* ou contrato de concessão petrolífera em que o investidor estrangeiro não queira, como salvaguarda sua, o estabelecimento de uma convenção arbitral (PINHEIRO, 2005, p. 457).

Diga-se ainda, que em reforço das razões que explicam a opção do legislador, o facto de a arbitragem não ser unicamente convencionada para resolver litígios, mas para a composição de quaisquer diferendos em sentido amplo que se suscitem na execução dos contratos.

Há litígio quando há uma pretensão de uma parte e ocorre uma resistência da outra parte. O litígio se configura quando há um choque entre pretensões contrapostas. Mas podem não ocorrer essas pretensões contrapostas e ambas as partes reconhecerem que o seu contrato, por alteração de circunstâncias (preços, as condições de prospecção revelaram-se mais difíceis, os preços têm de ser actualizados, as contrapartidas podem ser outras) suscite a necessidade de ajustamentos podendo ser confiadas a árbitros a resolução dessas matérias (não tanto um litígio como, quando muito, um conflito de interesses não contencioso).

É isto que resulta artigo 2.º n.º 4 da Lei n.º 16/03 de 25 de julho (Lei sobre a Arbitragem Voluntária), nos termos do qual

as partes podem, na convenção de arbitragem, estender o respectivo objecto a outras questões relacionadas com o litígio, conferindo aos árbitros, nomeadamente, o poder de precisar, completar, actualizar e inclusivamente, rever os contratos ou as relações jurídicas que determinaram a convenção de arbitragem.

A arbitragem é um meio de resolução de conflitos ou litígios. E também pode servir, nos termos da lei angolana, para actualização e revisão de contratos – mesmo sem haver litígio. Acresce uma outra razão para preferirem as partes, nomeadamente as empresas petrolíferas, uma instância arbitral para resolver

os seus diferendos e que se traduz no facto de, para além das partes poderem escolher os árbitros, estes deverem aplicar no julgamento das questões que lhes sejam acometidas os usos e costumes do comércio internacional, conforme estabelece o artigo 43.º da Lei n.º 16/03, Lei sobre a Arbitragem Voluntária.

3.1 Tipos de Contratos Petrolíferos

3.1.1 Contrato de Partilha de Produção

Para a realização das operações petrolíferas, a Lei n.º 10/04, de 12 de novembro, Lei das Actividades Petrolíferas, prevê três diferentes tipos de contratos de associação entre a Concessionária Nacional e as associadas (nacionais ou estrangeiras).

Este diploma permite que a associação assuma uma das seguintes formas: Sociedade Comercial, Contrato de Consórcio e Contrato de Partilha de Produção. Apesar da existência de três formas, desde a Lei das Actividades Petrolíferas, o único contrato utilizado nas concessões de petróleo em Angola tem sido o Contrato de Partilha de Produção. Este contrato, conhecido como “*Production Sharing Agreement – PSA*”, na língua Inglesa, é o principal tipo de contrato utilizado nas concessões de petróleo em Angola e envolve a partilha da produção e exploração do petróleo entre o Estado e o Grupo Empreiteiro, estabelecendo os direitos e obrigações da Concessionária Nacional e do Grupo Empreiteiro.

Contrato de Partilha de Produção é um tipo de acordo entre uma empresa petrolífera e o Estado hospedeiro, no qual a empresa petrolífera investe na exploração e produção de petróleo em troca de uma parte do petróleo extraído. Estes contratos são particularmente relevantes em países ricos em recursos naturais, como Angola, onde o Estado detém a propriedade dos recursos naturais e busca atrair investimento estrangeiro para desenvolver o sector petrolífero.

Por seu turno, por meio do Contrato de Partilha de Produção, o Estado concede o direito de prospecção e exploração do petróleo, em determinada área do seu território, a uma companhia petrolífera, assumindo esta o risco geológico, operacional e financeiro desta actividade de exploração, que deve executar mediante um plano de trabalho (GAO, Zhga. *Internacional petrol num contracta*, p. 19, *apud* CALEI, 2022, p. 59).

O Contrato de Partilha de Produção tem por objecto a definição, nos termos da Lei das Actividades Petrolíferas e demais legislação aplicável, da relação contratual, na forma de Contrato de Partilha de Produção, entre a Concessionária Nacional e o Grupo Empreiteiro, com vista à execução das operações petrolíferas na área do contrato.

Vale dar nota que a execução das operações petrolíferas é da exclusiva responsabilidade do Grupo Empreiteiro. O empreiteiro está sujeito a todas as obrigações específicas previstas neste contrato, no Decreto de Concessão e

na demais legislação aplicável e tem, sob a autoridade geral da Comissão de Operações, o controlo e a administração exclusivos das Operações Petrolíferas. Porém, o operador é a única entidade que, por conta do Grupo Empreiteiro e dentro dos limites definidos pela Comissão de Operações, pode assinar contratos, fazer despesas, assumir compromissos de despesas e executar outras acções relacionadas com a execução das operações petrolíferas.

É imperioso dizer que, quaisquer litígios, divergências ou reclamações emergentes ou relacionados com o contrato, ou com a sua interpretação, violação, resolução ou invalidade, devem ser resolvidos por consenso das partes, segundo os princípios da boa-fé e do equilíbrio de interesses das partes.

Se não for possível solucionar amigavelmente os litígios, divergências ou reclamações referidas no número anterior, no prazo de sessenta dias, ou em prazo mais longo acordado pelas partes, a contar da data da notificação do litígio, divergências ou reclamações em questão, os litígios são decididos definitiva e exclusivamente mediante arbitragem, de acordo com as regras de arbitragem, na versão existente na data efectiva.

3.1.2 Contrato de Concessão

O contrato de concessão é um acordo formal no qual o Estado (ou uma entidade pública) concede a uma empresa privada ou outra entidade o direito de explorar um serviço público ou um bem público por um determinado período (CARVALHO, 2021).

Entende-se também como um instrumento jurídico e económico essencial para a gestão de serviços públicos e a exploração de recursos naturais em Angola. Esse modelo permite que o Estado delegue a terceiros a prestação de serviços ou o uso de bens públicos, mantendo a titularidade sobre eles. Com a crescente necessidade de infraestrutura e serviços, a concessão tem sido amplamente utilizada no país para estimular investimentos privados e melhorar a eficiência da gestão pública.

A legislação angolana prevê o regime de concessão por meio da Lei n.º 41/20, de 23 de dezembro, sobre a Contratação Pública Angolana, e de leis específicas para sectores como energia, transportes, telecomunicações e petróleo (CAMBUNDO, 2018).

Alguns dos principais dispositivos legais incluem:

- **Lei de Bases do Sector Empresarial Público (Lei n.º 34/20 de 5 de outubro, com as alterações trazidos pelo Decreto Presidencial n.º 13/22 de 18 de janeiro).** Estabelece o regime jurídico das empresas públicas e das parcerias entre o sector público e privado;
- **Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei n.º 12/19 de 14 de maio).** Regula a participação do sector privado na gestão e execução de serviços públicos;

- **Lei das Actividades Petrolíferas (Lei n.º 10/04 de 12 de novembro).** Regula a concessão de exploração de hidrocarbonetos.

O contrato de concessão em Angola apresenta as seguintes características:

- **prazo determinado:** os contratos são firmados por um período específico, podendo ser renováveis mediante negociação e cumprimento de metas;
- **investimentos privados:** o concessionário assume a responsabilidade pelos investimentos necessários para a execução dos serviços;
- **regulação estatal:** o Estado estabelece normas e fiscaliza a execução dos serviços, garantindo que sejam prestados de acordo com o interesse público;
- **remuneração:** podem ocorrer por tarifas pagas pelos usuários, subsídios do Estado ou uma combinação de ambos.

Os contratos de concessão são instrumentos fundamentais para o desenvolvimento de Angola, proporcionando investimentos privados em sectores essenciais, tal como sector petrolífero e mineiro. Contudo, é necessário avançar na transparência, na segurança jurídica e na regulação para maximizar os benefícios dessa modalidade.

4 ARBITRAGEM COMO GARANTIA NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS ADVINDOS DOS CONTRATOS PETROLÍFEROS

4.1 Convenção de Arbitragem na Indústria Petrolífera

A arbitragem e o Direito dos Petróleos são temas de significativa relevância no contexto jurídico e económico de Angola. Com uma economia em expansão e uma crescente interação no cenário internacional, a necessidade de métodos eficazes para a resolução de conflitos torna-se imprescindível. A arbitragem emerge como uma solução alternativa ao sistema judicial tradicional, oferecendo uma abordagem mais rápida, flexível e especializada para a resolução de disputas.

A primeira descoberta comercial de petróleo em Angola ocorreu apenas em 1955, no Poço Benfica-2, localizado na bacia terrestre do Kwanza, perto de Luanda. Em 1915, foi perfurado o primeiro Poço de Petróleo, o Poço Dande-1, na Bacia do Kwanza. Por fim, temos a refinaria de Luanda, que começou a produzir petróleo em 1958. Em 1973, o petróleo superou o café como o principal produto de exportação.

O Direito dos Petróleos é o conjunto de normas, regras e princípios que regulam as relações da actividade petrolífera, como exploração, produção, transporte, refinação e comercialização do petróleo e seus derivados. Os

padrões contratuais mais comuns na indústria do petróleo são conhecidos como contratos-tipo, que geralmente são divididos em contemporâneos e tradicionais. Os contratos tradicionais foram celebrados até o meado do século XX, do século XIX até a primeira metade do século XX.

4.1.1 Alguns Exemplos de Contratos Petrolíferos que aplicaram Convenção de Arbitragem

Examinando as modalidades de arbitragem, podemos depreender que a arbitragem na indústria petrolífera é voluntária. Ainda assim, o artigo 89.º da Lei n.º 10/04, de 12 de novembro, Lei das Actividades Petrolíferas, diz que os contratos de petróleo podem ser submetidos a arbitragem.

Os requisitos essenciais, integrantes e facultativos são os três principais requisitos de uma convenção de arbitragem voluntária, de acordo com a Lei sobre a Arbitragem Voluntária, sem os requisitos essenciais, o acordo das partes sobre a resolução da controvérsia não tem a natureza de uma convenção de arbitragem, não vincula as partes nem sustenta a constituição do Tribunal arbitral.

Apresentar detalhes específicos de contratos petrolíferos em Angola é desafiador, pois esses contratos são frequentemente confidenciais. No entanto, aqui estão alguns exemplos: Contrato de Partilha de Produção entre Sonangol E.P. e a ExxonMobil, 2019; Contrato de Concessão entre Sonangol Pesquisa e Produção, S.A e BP Exploration (Angola) Limited., 2020 e Contrato de Partilha de Produção entre Sonangol E.P e Total E&P Angola, 2021.

4.2 A Arbitragem como Garantia para Resolução de Conflitos Petrolíferos

✓ Rapidez

A Sentença deve ser proferida dentro de seis meses a partir do início do processo, conforme o artigo 25.º, n.º 1 da Lei sobre a Arbitragem Voluntária, o que torna o processo menos burocrático e formal. Uma das características da arbitragem é a praticidade, importante na indústria do petróleo por tornar o sistema mais célere, sendo acessível para resolver litígios de forma rápida e segura.

✓ Imparcialidade

A escolha dos árbitros, a definição do procedimento arbitral, o local da arbitragem e o idioma utilizado são aspectos em que há ampla liberdade. Quando as partes são de diferentes países, a possibilidade de escolher a lei aplicável à controvérsia é muito interessante. Isso torna a arbitragem mais confiável na indústria petrolífera devido à sua natureza internacional e oferece segurança significativa para o investidor estrangeiro.

✓ **Segurança Jurídica**

A menos que as partes concordem com a divulgação, ou se esta for feita como punição por não cumprimento, todo o processo e decisões são mantidos em sigilo. Os árbitros, especializados em áreas que exigem conhecimentos técnicos, económicos ou jurídicos específicos, podem obter resultados mais adequados, justos e previsíveis.

✓ **Reconhecimento Internacional**

Existem muitas convenções internacionais que tratam do reconhecimento e execução de Sentenças arbitrais estrangeiras, o que facilita garantir a eficácia das decisões estrangeiras. Isso é um grande benefício para o uso desta técnica de resolução de disputas, pois o investidor estrangeiro pode estar ciente das regras aplicáveis em diferentes nações em relação ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por conseguinte, a arbitragem, se comparada com a via judicial, costuma permitir a mais célere e qualificada solução dos conflitos a ela submetidos. E as evidências indicam que, na maioria das vezes, a teoria é confirmada pela prática. Como regra, a via arbitral é mais célere, mais especializada, privilegia a autonomia das partes e preserva melhor o relacionamento das partes litigantes.

Procuramos demonstrar, no entanto, que a redação deficiente da cláusula compromissória e das regras nela previstas podem, perfeitamente, eliminar as vantagens da via arbitral, “levando o contratante do céu para o purgatório; e às vezes do purgatório para o inferno”. A Lei sobre a Arbitragem Voluntária visa descongestionar os Tribunais judiciais, proporcionando celeridade, eficácia, reduzir os custos e a demora dos procedimentos.

Ao longo desse artigo, foram abordados temas fundamentais relacionados à arbitragem e ao Direito dos petróleos, com enfoque especial no contexto jurídico angolano. A arbitragem, como método alternativo de resolução de conflitos, demonstra ser uma ferramenta valiosa para garantir a eficiência, imparcialidade e rapidez na solução de disputas, especialmente em um ambiente económico dinâmico e em crescimento como o de Angola.

A análise da natureza jurídica da arbitragem revelou sua dualidade contratual e jurisdicional, destacando as vantagens da arbitragem voluntária e necessária, bem como suas modalidades interna, internacional, institucional e *ad hoc*. Essas modalidades proporcionam flexibilidade e adaptabilidade às partes envolvidas, permitindo a escolha do método mais adequado às suas necessidades específicas.

A arbitragem, portanto, consolida-se como uma alternativa indispensável ao sistema judicial tradicional, promovendo maior segurança jurídica e

previsibilidade nas relações comerciais e industriais. Com a contínua evolução das legislações e práticas arbitrais, espera-se que Angola fortaleça ainda mais a sua posição como um ambiente favorável ao investimento e ao desenvolvimento económico sustentável.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos. In: **Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa**. Centro de Arbitragem Comercial: intervenções. Coimbra: Almedina, 2008.

ANGOLA. Decreto n.º 4/06, de 27 de fevereiro. Sobre a Criação dos Centros de Arbitragem.

ANGOLA. Lei n.º 10/04, de 12 de novembro. Lei das Actividades Petrolíferas.

ANGOLA. Lei n.º 12/19, de 14 de maio. Lei das Parcerias Público-Privadas.

ANGOLA. Lei n.º 16/03, de 25 de julho. Lei sobre a Arbitragem Voluntária (LAV).

ANGOLA. Lei n.º 41/20, de 23 de dezembro. Sobre a Contratação Pública Angolana.

BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de arbitragem**. Lisboa: Almedina, 2010.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010. 5. ed. São Paulo: RT, 2015.

CALEI, Frederico. **Estudos de direito do petróleo**: uma perspectiva angolana. Lisboa: AAFDL, 2022.

CAMBUNDO, Osvaldo Kidi. Os contratos de concessão de obras públicas e serviços públicos em Angola: um olhar sobre a nova Lei: Lei nº 9/16 de 16 de junho. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses)– Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018.

CAMPOS, Joana Paixão. A conciliação judicial. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas Forenses)– Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2009.

CARVALHO, Jorge Morais. A consagração legal da mediação em Portugal. In: **Revista Julgar**, Lisboa, Ed. Almedina, n. 15, p. 271-290, 2011.

CARVALHO, de Miguel. **Concessões petrolíferas**: direito aplicável às concessões petrolíferas em Angola. 2021.

FEIJÓ, Carlos; TINY, N'Gunu. **A regulação do gás natural em Angola**. Coimbra: Almedina, 2009.

PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito comercial internacional**: contratos comerciais internacionais: Convenção de Viena sobre a venda internacional de mercadorias: arbitragem transnacional. Coimbra: Almedina, 2005.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 19. ed. Rio Janeiro: Forense, 2002.

SPINOLA, Eduardo. A convenção de arbitragem: uma abordagem prática. In: BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro. **Arbitragem e desenvolvimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

TEIXEIRA, Carlos. **Os contratos administrativos no direito angolano**. Luana: Luana Ed, 1999.

WILDE, Zulema D.; GAIBROIS, Luís M. **O que é a mediação**. Lisboa: DGAE, 2003.

Submissão em: 14 de abril de 2025

Último Parecer favorável em: 21 de maio de 2025

Como citar este artigo científico

MONTEIRO, Conceição José. A arbitragem voluntária como meio de resolução de conflitos nos contratos petrolíferos. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 6, n. 2, p. 202-217, maio-ago. 2025.

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
Konditioune 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

CONDITIONS FOR SUBMISSION

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. Excetuam, 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.

§ 2º. 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