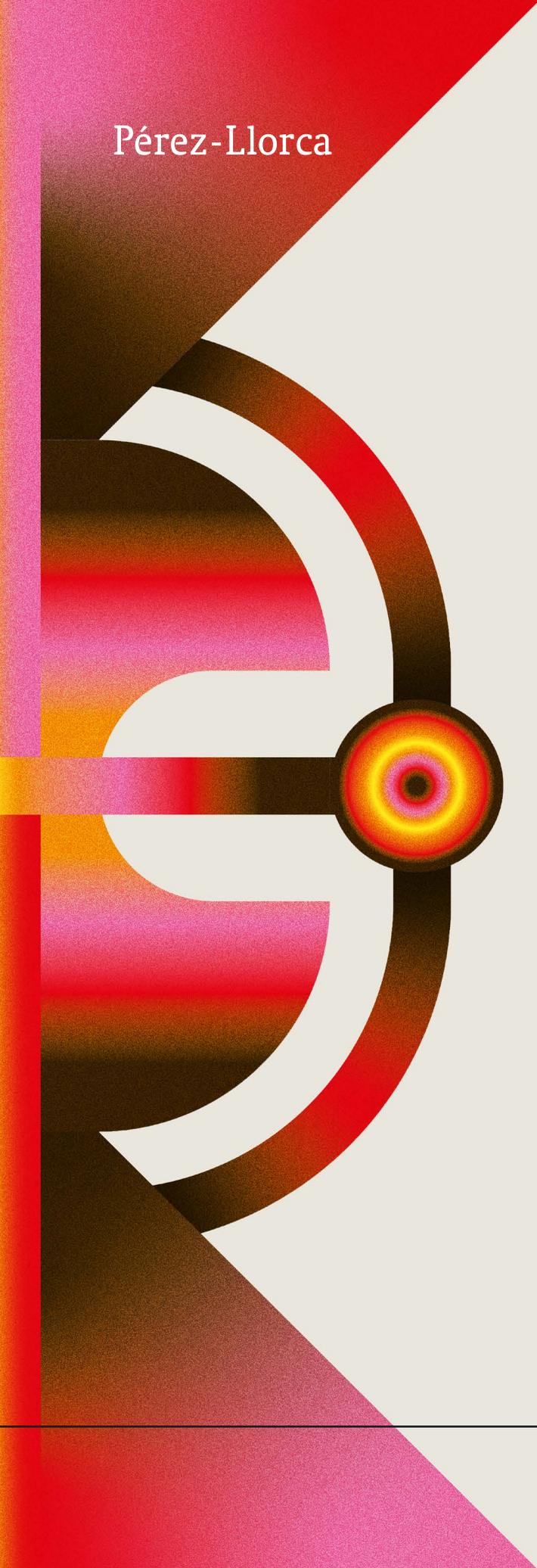


Pérez-Llorca

Núm.12
DIC 2024



Revista
Jurídica

Pérez-Llorca

© Pérez-Llorca Abogados, S.L.P.

Paseo de la Castellana, 50. | 28046. Madrid

Depósito legal: M-7551-2019 | ISSN: 2792-2871

OBRA DE PORTADA CEDIDA POR:

Mario Carpe © 2024

Pérez-Llorca impulsa el talento de artistas emergentes dando visibilidad a su obra en la Revista Jurídica del Despacho.

CONSEJO EDITORIAL

Pedro Pérez-Llorca Zamora

Francisco José León Sanz

Encarna Cordero Lobato

Diego Marín-Barnuevo Fabo

Javier García Marrero

Javier Gutiérrez Gilsanz

Yolanda Valdeolivas García

CONSEJO DE REDACCIÓN

Sara Bento San Román

Manuel Bernárdez López

María Cabello Ortega

Alba Díaz Suárez

Isabel Iglesias Feal

Mariana Muñoz Ceschini

Pilar Valero Conde

Paloma Malo García

NÚM.12

Índice

REVISTA JURÍDICA PÉREZ-LLORCA

Diciembre 2024

ARTÍCULO 20	6
El papel de los algoritmos de la IA en la evolución de la jurisprudencia	8
ESTUDIOS	10
Análisis de las novedades más relevantes introducidas en la normativa europea de mercado de capitales tras la aprobación de la <i>Listing Act</i>	12
La extinción de la cláusula arbitral y excepciones de inexistencia de convenio arbitral y cosa juzgada	28
Novedades del régimen jurídico de la reutilización de aguas residuales. Aspectos controvertidos y principales aportaciones del Real Decreto 1085/2024, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de reutilización del agua	44
A saga <i>Illumina/Grail</i> e a aplicação do artigo 22.º do Regulamento das Concentrações " <i>Who Jumped the Gun?</i> "	78
PROBLEMAS Y CUESTIONES	92
El paquete ViDA: los retos del Impuesto sobre el Valor Añadido desde un punto de vista comunitario	94
<i>Dies a quo</i> del plazo para interponer la demanda en caso de adopción de medidas cautelares <i>inaudita parte</i> y <i>ante demandam</i>	104
Patente unitaria en Europa: ¿por qué España se quedó fuera del sistema, en qué situación ha quedado ahora y cuáles son las previsiones de futuro?	120

NÚM.12

Artículo 20

REVISTA JURÍDICA PÉREZ-LLORCA

Diciembre 2024



Fecha de recepción
22 de octubre de 2024



Fecha de aceptación
13 de noviembre de 2024

El artículo 20 de la Constitución Española de 1978 recoge y garantiza el derecho fundamental a la libertad de expresión. En esta sección de la Revista Jurídica Pérez-Llorca tienen cabida tribunas de figuras públicas de renombre abiertas a diferentes puntos de vista, con la premisa de ofrecer un espacio a opiniones diversas bajo este artículo 20.

El papel de los algoritmos de la IA en la evolución de la jurisprudencia

Importante es detenernos en analizar si los algoritmos que se introducen en la mecánica de la Inteligencia Artificial ("IA") petrifican la jurisprudencia e impiden su evolución si atendemos a una especie de criterio imperante de la IA sobre el juez humano que siempre debe estar por encima de la información que facilita la IA y no al revés.

La IA aplicada a la resolución judicial de los conflictos que surgen en los ciudadanos tiene como base subyacente la conformación de una serie de algoritmos que son los que permiten fijar y recoger la doctrina jurisprudencial que avala conocer la respuesta judicial que la jurisprudencia ha ido dando a casos semejantes al que es objeto de análisis en el conflicto, y sobre el que se trata de valorar la respuesta que la IA daría a ese caso concreto con base al precedente jurisprudencial introducido por medio de los algoritmos.

Sin embargo, la cuestión que nos surge es que resulta imposible "petrificar" la respuesta a un caso concreto cuando cambien las leyes, o la propia interpretación que los tribunales de justicia, y, en concreto, el Tribunal Supremo, vaya a darle a la misma cuestión planteada por la evolución de los cambios que existen en la jurisprudencia. Todo ello, en atención a los cambios de criterios sustentados en el análisis detallado de los magistrados de la cuestión y la capacidad de rectificación del criterio, que es lo que enriquece a la jurisprudencia y la evolución de la misma.

Resulta evidente, y así se ha demostrado en la evolución jurisprudencial, que los criterios jurisprudenciales van cambiando conforme se analizan matices que no se tuvieron en cuenta en otro momento, o se introducen criterios de la doctrina o de los Altos Tribunales de otros países que abren la reflexión a reconsiderar el criterio que hasta ese momento había imperado y que ahora puede pasar a ser otro. Esto supone una "quiebra en los algoritmos" que se le dieron a la IA para que diera una respuesta "X" a un problema concreto, y resulta que con estos cambios jurisprudenciales la respuesta ahora a ese mismo caso debe ser "Y".

Sin embargo, el modelo estructural de la propia IA está basado, precisamente, en la petrificación del criterio basado en los algoritmos que se le han facilitado a la IA para conocer el criterio que se le ha venido dando al caso concreto, que es lo que provoca la agilidad y rapidez en la búsqueda de ese mismo criterio que la jurisprudencia ha venido dando, pero que tiene en contra, precisamente, esta metodología de la propia filosofía de la no petrificación de la jurisprudencia y la evolución de la misma, atendidos los cambios de criterio que existen, porque la propia naturaleza de la doctrina jurisprudencial es cambiante por naturaleza y no puede petrificarse.

Con ello, las ventajas que proporciona la IA en la Administración de Justicia mediante una agilidad en segundos en la búsqueda de la solución concreta, supone encontrar ágilmente la jurisprudencia aplicable al caso. Pero todo ello quiebra cuando es preciso cambiar los algoritmos cuando se ha producido la modificación jurisprudencial, lo que determina que la IA no puede aplicarse en la Administración de Justicia como si se tratara de una *justicia tecnológica* mediante la que la IA operara como una especie de Juez Robot, y que sería la que dictara

la sentencia, cuando, en realidad, ésta última, lo que hace es ejercer una *labor auxiliar* a los Magistrados, fiscales, Letrados de la Administración de Justicia ("**LAJ**") y abogados, pero sin que exista una especie de dependencia del jurista a la IA si se olvidara la posibilidad de los cambios en la jurisprudencia.

Por ello, no puede introducirse, como se ha dicho en muchos foros sobre la IA, una especie de Juez Robot prescindiendo del Juez Humano, que es, finalmente, el que debe dictar la sentencia, ya que la tecnología es una ayuda que no puede erigirse en quien toma la decisión, sino la que ayuda al que decide cuál es la solución al caso concreto, al servirse de la IA como ayuda y no como solución tasada de la IA a quien debe resolver.

Con ello, la IA no es el dueño del Juez ni el decisor, y éste último una especie de "servidor" de lo que la IA le dice que "se debe hacer". Lo que le expone es "lo que se puede hacer", o, mejor dicho, "lo que hasta la fecha se ha dicho", aunque con la posibilidad de que "eso que se ha estado diciendo", - criterio jurisprudencial- se pueda cambiar por un cambio de doctrina jurisprudencial que sea lo que provoque que se deban introducir nuevos algoritmos en la IA.

Ante ello, una cuestión interesante que surge se refiere a que puede ocurrir que en un momento determinado la jurisprudencia que se aplica para la resolución de un caso concreto haya dado de forma consecutiva una misma respuesta a los casos similares que se han ido planteando, que es el objetivo de la doctrina jurisprudencial. Pero que en un momento determinado la jurisprudencia evoluciona y cambia, "desoyendo", - si se le puede llamar así-, la respuesta que la IA había dado a ese supuesto en concreto, pero que es modificada por los Magistrados encargados de resolver el caso, y que son los que modifican el criterio, apartándose del que ofrecía la IA, y que, posiblemente, si se le consultaba hubiera expuesto que el criterio aplicable al caso que iban a resolver era otro, y, casi seguro, el que había expuesto una de las partes del conflicto que postulaba que se le diera la razón, precisamente en base a que la propia IA le decía que esa era el criterio que se esperaba por la parte que se había decidido a litigar porque conocía el "criterio jurisprudencial" aplicable hasta ese momento.

Los algoritmos no pueden permanecer anclados en el tiempo sin observar la evolución de la jurisprudencia que, por su propia naturaleza intrínseca, es cambiante y va a evolucionar, adaptándose a los tiempos y a la realidad social, por lo que el algoritmo siempre irá detrás de la evolución jurisprudencial y podrá ser utilizado por los Magistrados para recordar el criterio y analizar la posibilidad de su cambio con arreglo a los cambios legislativos y a los avances que la realidad social va implementando en la sociedad y en la propia evolución de la humanidad, sin que por sí misma la IA pueda impedir los cambios sociales que son la base de la doctrina marcada por los tribunales.

Vicente Magro Servet

Magistrado del Tribunal Supremo. Doctor en Derecho

NÚM.12

Estudios

REVISTA JURÍDICA PÉREZ-LLORCA

Diciembre 2024

Nuestros “Estudios” son investigaciones detalladas en las que se abordan cuestiones jurídicas complejas desde una perspectiva teórica y doctrinal. Esta combinación única asegura que, mientras se mantiene un alto nivel de rigor académico, los temas se abordan con un entendimiento real de sus aplicaciones y desafíos en el mundo profesional, ofreciendo así una enriquecedora interacción entre teoría y práctica.

Análisis de las novedades más relevantes introducidas en la normativa europea de mercado de capitales tras la aprobación de la *Listing Act*

Teresa Méndez

Socia de Pérez-Llorca

CORPORATE

Yolanda Azanza

Socia de Pérez-Llorca

MERCADOS DE VALORES

Josefina García Pedroviejo

Socia de Pérez-Llorca

SERVICIOS FINANCIEROS

Andrea Zubiaga

Asociada de Pérez-Llorca

CORPORATE

Gerardo Brun

Asociado de Pérez-Llorca

CORPORATE

Juan Villalonga

Alumni

I. Introducción	14
II. Antecedentes y contextualización	14
1. La unión de los mercados de capitales y los planes de acción de la Comisión Europea	14
2. Aprobación de las propuestas legislativas de la <i>Listing Act</i> por la Comisión Europea y el Parlamento Europeo	15
III. Marco normativo	16
IV. Modificaciones introducidas por la <i>Listing Act</i>	17
1. Principales modificaciones del Reglamento de Folletos	17
2. Principales modificaciones del Reglamento de Abuso de Mercado	21
3. Directiva MVSS	23
4. Principales modificaciones de la Directiva MiFID II	24
5. Principales modificaciones del Reglamento MiFIR	25
6. Entrada en vigor de las modificaciones	25



Fecha de recepción
25 de septiembre de 2024



Fecha de aceptación
13 de noviembre de 2024



Resumen: El paquete normativo denominado *Listing Act*, aprobado por el Parlamento Europeo el 24 de abril de 2024, cuyo objetivo principal es incrementar el atractivo y la accesibilidad a los mercados de capitales europeos para las empresas, particularmente con respecto a las pequeñas y medianas empresas (PYMES), introduce una serie de modificaciones en la normativa europea en materia de mercado de capitales. En el presente trabajo presentaremos y analizaremos algunas de sus principales modificaciones e implicaciones prácticas.

Abstract: The Listing Act regulatory package adopted by the European Parliament on 24 April 2024, the main objective of which is to make European capital markets more attractive and accessible to companies, particularly with regard to small and medium-sized enterprises (SMEs), introduces a number of changes to European capital market rules. In this paper we will present and analyse some of its main amendments and practical implications.



Palabras clave: *Listing Act*, mercado de capitales, salida a bolsa, PYMES, Reglamento de Folletos, Reglamento de Abuso de Mercado, acciones de voto múltiple, MiFID II, MiFIR, emisión de valores, acceso a los mercados de capitales, reducción de costes y cargas burocráticas.

Key words: Listing Act, capital markets, initial public offering, SMEs, Prospectus Regulation, Market Abuse Regulation, multiple-vote shares, MiFID II, MiFIR, issuance of securities, access to capital markets, reduction of bureaucratic burdens and costs.

Análisis de las novedades más relevantes introducidas en la normativa europea de mercado de capitales tras la aprobación de la *Listing Act*

I. Introducción

El acceso a los mercados de capitales permite a las empresas, entre otros aspectos, diversificar sus fuentes de financiación externa, reduciendo su dependencia de la financiación bancaria, así como ampliar su base inversora. En las últimas décadas, en el contexto particularmente de la Unión Europea (la "UE"), se ha podido observar un aumento de la existencia de pequeñas y medianas empresas ("PYMES") que, sin embargo, siguen dependiendo mayoritariamente de la financiación bancaria y no encuentran atractivo en el acceso a los mercados de capitales de la UE, principalmente por las cargas administrativas y costes asociados a todo el proceso en su conjunto.

Con el objetivo principal de incrementar el atractivo y la accesibilidad de los mercados de capitales europeos para las empresas, el 24 de abril de 2024, el Parlamento Europeo aprobó un paquete de normas que busca reducir dichas cargas burocráticas y costes para facilitar y fomentar tanto el acceso inicial de las empresas a los mercados de capitales de la UE, en particular por parte de las PYMES, como la permanencia de los emisores ya cotizados (conjuntamente denominadas como la "*Listing Act*").

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de las principales modificaciones introducidas por la *Listing Act* en la normativa europea en materia de mercado de capitales y sus implicaciones prácticas, ordenadas en función de su relevancia práctica para los emisores.

II. Antecedentes y contextualización

La *Listing Act* forma parte de un amplio plan de acción para el desarrollo de la unión de los mercados de capitales de la UE (la *European Union's capital markets union*). A continuación, resumimos brevemente los principales antecedentes en este sentido, con el fin de contextualizar este paquete normativo.

1. La unión de los mercados de capitales y los planes de acción de la Comisión Europea

La libre circulación de capitales es uno de los pilares fundamentales sobre los que se construyó la UE. Sin embargo, resultan patentes la fragmentación existente entre los mercados de capitales de los Estados miembros, así como el subdesarrollo de los mismos respecto a los mercados de otras jurisdicciones, especialmente con respecto a los Estados Unidos de América.

Con vistas a fortalecer la unión económica y monetaria y complementar las fuentes de financiación de las empresas, tradicionalmente vinculadas a la financiación bancaria, el 30 de septiembre de 2015 la Comisión Europea emitió una primera comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones con un plan de acción para la creación de un mercado de capitales a nivel de la UE¹ (el **“Plan de Acción 2015”**).

El Plan de Acción 2015 tenía el objetivo de facilitar a las empresas el acceso a los mercados públicos y la obtención de capital en ellos en sus distintas fases de desarrollo, aludiendo a algunos de los problemas que se habían detectado en los mercados de capitales europeos y que, ahora, mediante la aprobación de la *Listing Act*, se tratan de remediar. Así, ya se ponían de relieve los elevados costes de entrada a los mercados de capitales como consecuencia del entorno normativo de la UE, así como la preferencia extendida de que la empresa se mantenga bajo el control familiar como factores que desincentivan el acceso a los mercados de capitales por parte de las empresas. También se ponía el foco en la complejidad y coste de elaboración de los folletos, en la falta de investigación por los analistas y en la escasez de información que hay sobre las PYMEs, lo que en último término dificulta su acceso a los mercados. En este sentido, la *Listing Act* viene a proponer soluciones a estos problemas ya detectados en el Plan de Acción 2015.

El 24 de septiembre de 2020, la Comisión Europea emitió una segunda comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones con el nuevo plan de acción para la unión de los mercados de capitales² (el **“Plan de Acción 2020”**). En este nuevo plan se incluyeron 16 acciones³, entre las cuales se encontraba una relativa a la promoción del acceso a los mercados de capitales de la UE.

2. Aprobación de las propuestas legislativas de la *Listing Act* por la Comisión Europea y el Parlamento Europeo

Finalmente, el 7 de diciembre de 2022, la Comisión Europea adoptó una serie de medidas para continuar avanzando en la unión de los mercados de capitales europeos, entre las que se incluía el paquete de propuestas normativas de la *Listing Act*, que persiguen: (i) simplificar la documentación que las empresas necesitan para cotizar en los mercados públicos y racionalizar los procesos de control por parte de los supervisores nacionales, para acelerar el proceso de admisión a cotización y hacerlo menos costoso en la medida de lo posible; (ii) simplificar y aclarar algunos requisitos sobre abuso de mercado, sin comprometer la integridad de los mercados; (iii) ayudar a las empresas a ser más visibles para los inversores, fomentando más análisis de inversión, especialmente en las PYMEs; y (iv) permitir a los propietarios de empresas cotizar en mercados de PYMEs en expansión mediante estructuras de acciones con derecho de voto múltiple, para que puedan conservar el control de su empresa tras la admisión a cotización de sus acciones.

Tras la aprobación por la Comisión Europea, las propuestas legislativas de la *Listing Act* se remitieron al Parlamento Europeo para su aprobación, que se produjo finalmente el 24 de abril de 2024 tras un proceso de consultas, que desembocó en algunas modificaciones respecto de

1 Vid. enlace a la comunicación en la página web de EUR-Lex: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0468>

2 Vid. enlace a la comunicación en la página web de EUR-Lex (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0590&from=EN>).

3 Vid. https://finance.ec.europa.eu/capital-markets-union-and-financial-markets/capital-markets-union/capital-markets-union-2020-action-plan_en

los textos propuestos por la Comisión. La *Listing Act* fue adoptada por el Consejo de la UE el pasado 8 de octubre y publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea ("**DOUE**") el pasado 14 de noviembre de 2024.

III. Marco normativo

La *Listing Act* se compone de tres normas:

- i) el Reglamento (UE) 2024/2809 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2017/1129, (UE) n.º. 596/2014 y (UE) n.º. 600/2014 para hacer que los mercados de capitales públicos de la Unión resulten más atractivos para las empresas y para facilitar el acceso al capital a las pequeñas y medianas empresas;
- ii) la Directiva (UE) 2024/2811 del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2014/65/UE para hacer que los mercados de capitales públicos de la Unión resulten más atractivos para las sociedades y para facilitar el acceso al capital a las pequeñas y medianas empresas y se deroga la Directiva 2001/34/CE; y
- iii) la Directiva (UE) 2024/2810 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las estructuras de acciones con derechos de voto múltiple en sociedades que solicitan la admisión a cotización de sus acciones en un sistema multilateral de negociación.

De conformidad con lo anterior, la *Listing Act* implica, principalmente:

- i) la modificación del Reglamento (UE) 2017/119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado (el "**Reglamento de Folletos**"), para facilitar los procesos de admisión a cotización, reduciendo sus costes y trabas administrativas;
- ii) la modificación del Reglamento (UE) n.º. 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (el "**Reglamento de Abuso de Mercado**"), con el objetivo de aligerar algunas de las cargas derivadas de esta norma para los emisores y otros participantes en los mercados;
- iii) la modificación de la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 211/61/UE (la "**Directiva MiFID II**"), con el objetivo de incrementar la cantidad y la calidad de la información sobre PYMES de la UE a disposición de los inversores, y, al mismo tiempo, flexibilizar el régimen de admisión a negociación en centros de negociación de la UE;
- iv) la modificación del Reglamento (UE) n.º. 600/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros (el "**Reglamento MiFIR**"), con el fin de introducir modificaciones técnicas para adaptar el Reglamento MiFIR a determinadas novedades de la *Listing Act*; y

- v) la aprobación de la nueva Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las estructuras de acciones con derechos de voto múltiple en sociedades que solicitan la admisión a cotización de sus acciones en un sistema multilateral de negociación (la “**Directiva MVSS**”), relativa a acciones de voto múltiple en sociedades que soliciten por primera vez su admisión a cotización en un sistema multilateral de negociación (“**SMN**”), con el fin de favorecer que los accionistas de control puedan mantenerlo aún después de la admisión.

En los apartados siguientes expondremos las principales modificaciones introducidas por la *Listing Act*.

IV. Modificaciones introducidas por la *Listing Act*

1. Principales modificaciones del Reglamento de Folletos

Las modificaciones incluidas en el Reglamento de Folletos persiguen facilitar los procesos de admisión a cotización, reduciendo sus costes y trabas administrativas. Para facilitar las emisiones, se introducen, entre otras, nuevas exenciones a la obligación de publicar un folleto, se modifican los umbrales de las exenciones actuales, y se adoptan medidas para la estandarización y simplificación de los folletos.

1.1. Medidas para facilitar las emisiones: exenciones a la obligación de publicar un folleto

En primer lugar, se modifica la exención de la obligación de publicar un folleto de emisión por cuantía de la oferta. Bajo el régimen previo a la *Listing Act*, las ofertas públicas de valores por importe inferior a 1 millón de euros estaban excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento de Folletos, pudiendo los Estados miembros exceptuar del requisito de folleto las ofertas públicas por debajo de otro importe, entre 1 millón y hasta 8 millones de euros (calculado, en todo caso, sobre un período de 12 meses)⁴.

Con la entrada en vigor de la *Listing Act*, se elimina el umbral de exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento de Folletos respecto de ofertas inferiores a 1 millón de euros al que se hace referencia en el párrafo anterior. Asimismo, para tratar de minimizar las diferencias entre Estados miembros, se modifica el sistema de determinación del umbral para la exención, pasando de la horquilla entre 1 millón y hasta 8 millones de euros anteriormente indicada a un importe fijo que, con carácter general, se establece en 12 millones de euros (calculados sobre un período de 12 meses), si bien los Estados miembros podrán optar por reducirlo a 5 millones de euros, siempre que la oferta no requiera pasaporte. Los Estados miembros podrán (pero no estarán obligados a) exigir a los emisores la publicación de un documento simplificado (con contenido análogo al de la nota de síntesis de un folleto).

Por otro lado, la *Listing Act* introduce una nueva exención de la obligación de publicar un folleto de emisión para las emisiones de valores fungibles. El régimen previo a la *Listing Act* contiene una exención al requisito de folleto para la admisión a cotización de

⁴ España optó por exceptuar del requisito de folleto las ofertas inferiores a 8 millones de euros (5 millones de euros en el caso de entidades de crédito).

valores fungibles con valores ya admitidos a cotización en el mismo mercado regulado. La *Listing Act* extiende dicha exención a la oferta pública de valores fungibles. Así, se exceptúan del requisito de folleto las ofertas de valores fungibles con valores ya admitidos a cotización en un mercado regulado o en un mercado de PYMEs en expansión, siempre que: (i) representen, a lo largo de un período de 12 meses, menos del 30% del volumen de valores ya admitidos a cotización en el mismo mercado; (ii) el emisor no esté inmerso en un procedimiento de insolvencia o reestructuración; y (iii) el emisor presente ante la autoridad competente un documento en formato electrónico, con una extensión máxima de 11 páginas, que deberá publicar al mismo tiempo. Asimismo, se exceptúan del requisito de folleto las ofertas de valores fungibles con valores que hayan estado admitidos a cotización de manera continuada en los 18 meses anteriores en un mercado regulado o en un mercado de PYMEs en expansión, siempre que: (i) los valores no sean emitidos en relación con una adquisición mediante una oferta de canje, con una fusión o una escisión; (ii) el emisor no esté inmerso en un procedimiento de insolvencia o reestructuración; y (iii) el emisor presente ante la autoridad competente un documento en formato electrónico, con una extensión máxima de 11 páginas, que deberá publicar al mismo tiempo.

Finalmente, y en línea con lo anterior, se modifican las exenciones de obligación de publicar un folleto para la admisión a negociación de valores fungibles con otros ya cotizados. Por un lado, en las excepciones actualmente previstas⁵, los umbrales del 20% del volumen ya admitido a cotización se elevan al 30%. Adicionalmente, se exceptúa del requisito de folleto la admisión a cotización de valores fungibles con valores que hayan estado admitidos a cotización de manera continuada en los 18 meses anteriores en un mercado regulado⁶, siempre que: (i) los valores no sean emitidos en relación con una adquisición mediante una oferta de canje, con una fusión o una escisión; (ii) el emisor no esté inmerso en un procedimiento de insolvencia o reestructuración; y (iii) el emisor presente ante la autoridad competente un documento en formato electrónico, con una extensión máxima de 11 páginas, que deberá publicar al mismo tiempo.

Las modificaciones a las que se hace referencia en los párrafos anteriores quizá sean de las más relevantes para los emisores cotizados por sus implicaciones prácticas, ya que, por ejemplo, una sociedad cotizada de manera continuada durante los 18 meses anteriores podrá realizar un aumento de capital con derechos de suscripción preferente sin necesidad de elaborar un folleto de oferta pública y un folleto de admisión, y sin limitación en cuanto a importe (mientras que conforme al régimen previo a la *Listing Act*, cualquier ampliación de capital con derechos de suscripción preferente requiere la elaboración de un folleto de emisión).

5 Son las siguientes: (i) la admisión a negociación en un mercado regulado de valores siempre que: (a) sean fungibles con valores ya admitidos a cotización en el mismo mercado regulado, y (b) representen, a lo largo de un periodo de 12 meses, menos del 20% del volumen de valores ya admitidos a cotización; y (ii) la admisión a negociación en un mercado regulado de acciones que resulten de la conversión o el canje de otros valores o del ejercicio de derechos otorgados por dichos valores, siempre que dichas acciones: (a) sean fungibles con acciones ya admitidas a cotización en el mismo mercado regulado; y (b) representen, a lo largo de un periodo de 12 meses, menos del 20% del volumen de acciones de la misma clase ya admitidas a cotización.

6 La *Listing Act* elimina la excepción al requisito de folleto de admisión a negociación existente para valores ya admitidos a cotización en otro mercado, que exigía, entre otras condiciones, además de haber sido admitido a cotización en ese otro mercado regulado durante más de 18 meses, la aprobación de un folleto de conformidad con la Directiva 2003/71/CE (para valores admitidos a cotización después del 1 de julio de 2005) o con la Directiva 80/390/CEE o la Directiva 2001/34/EC (para valores admitidos a cotización después del 30 de junio de 1983).

1.2. Estandarización y simplificación de folletos

Por otro lado, las modificaciones introducidas por la *Listing Act* en el Reglamento de Folletos afectan al contenido y la estructura de estos, buscando su estandarización y simplificación.

Los folletos deberán, con carácter general, seguir formatos estandarizados, con información que siga una secuencia normalizada, según criterios a desarrollar por la Autoridad Europea de Valores y Mercados (“**ESMA**”, por sus siglas en inglés⁷) y a adoptar por la Comisión mediante actos delegados. En el caso de acciones, se establece un límite de 300 páginas, excluyendo resumen e información incorporada por referencia o información adicional requerida cuando el emisor tenga un historial financiero complejo o haya contraído un compromiso financiero significativo. No obstante, no se aplicará el límite de páginas ni el formato y la secuencia normalizados en el caso de un documento de registro universal o cuando los valores vayan a admitirse a cotización en un mercado regulado y se oferten simultáneamente a inversores de un tercer país en el que los documentos de oferta se elaboren con arreglo a la legislación o la práctica de mercado⁸.

Los actos delegados a adoptar por la Comisión en relación con el formato normalizado y la información a incluir en el folleto deberán tener en cuenta si los emisores de valores participativos están sujetos a la presentación de información en materia de sostenibilidad de conformidad con la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo⁹ y si la comercialización de los valores no participativos ofertados al público o admitidos a cotización en un mercado regulado tiene en cuenta factores ambientales, sociales o de gobernanza (“**ESG**”, por sus siglas en inglés¹⁰) o si persiguen objetivos ESG.

En cuanto a los factores de riesgo, se establece que deberán listarse, en cada categoría, los más materiales de una forma que sea coherente con la evaluación llevada a cabo por el emisor, y no deberán incluirse factores de riesgo genéricos, que únicamente sirvan como descargos de responsabilidad o que no muestren con claridad los riesgos específicos de los que el inversor debería ser consciente.

Además, se crean dos nuevos modelos de folleto, el “Folleto de la Unión de seguimiento” (*EU Follow-on prospectus*) y el “Folleto de emisión de la Unión de crecimiento” (*EU Growth issuance prospectus*). Estos nuevos modelos vienen a sustituir a los anteriores “Folleto simplificado”, “Folleto de la Unión de recuperación” (en vigor hasta el 31 de diciembre de 2022) y “Folleto de la Unión de crecimiento”. En todos los casos se establece un régimen transitorio para los folletos aprobados conforme a los regímenes que desaparecen.

7 European Securities and Markets Authority.

8 En las salidas a bolsa suele ser habitual realizar una colocación privada en Estados Unidos a inversores cualificados (*qualified institutional buyers* o QIBs) al amparo de la Regla 144A de la Ley de Valores estadounidense de 1933. La colocación al amparo de la Regla 144A en Estados Unidos requiere la preparación de un documento de oferta (u *Offering Circular*) que cumpla los requisitos de la normativa y práctica de dicho mercado. La práctica habitual es preparar un folleto que cumpla los requisitos del Reglamento de Folletos y la normativa y práctica estadounidenses. La imposición de un límite de páginas, así como la estandarización de los folletos por la *Listing Act* podría obligar a los emisores a elaborar varios documentos (un folleto conforme al Reglamento de Folletos y un documento de oferta conforme a la normativa y práctica estadounidenses), con el consiguiente aumento de cargas para los emisores. De ahí la excepción incluida.

9 Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo.

10 *Environmental, Social and Governance*.

Respecto del Folleto de la Unión de seguimiento, este aplica tanto a ofertas públicas como admisiones a negociación en mercados regulados (cuando no aplique otra exención¹¹), y pueden utilizarlo los emisores que hayan tenido sus valores admitidos a cotización en un mercado regulado o de PYMEs en expansión un mínimo de 18 meses (o los oferentes de estos valores). También puede utilizarse por las empresas que quieran pasar de un mercado de PYMEs en expansión a un mercado regulado, siempre que sus valores hayan sido admitidos a cotización en un mercado de PYMEs en expansión de forma continuada durante al menos los 18 meses anteriores¹². El Folleto de la Unión de seguimiento relativo a acciones tendrá una extensión máxima de 50 páginas.

En cuanto al Folleto de emisión de la Unión de crecimiento, este aplica a las ofertas públicas, tanto de valores participativos como no participativos, siempre que el emisor no tenga valores admitidos a negociación en un mercado regulado. Pueden utilizarlo las PYMEs, otros emisores de valores admitidos a cotización en mercados de PYMEs en expansión (o los oferentes de valores emitidos por los anteriores) y otros emisores siempre que: (i) el importe de la oferta sea inferior a 50 millones de euros calculados sobre un período de 12 meses; (ii) dichos emisores no tengan valores negociados en un sistema multilateral de negociación; y (iii) el número medio de empleados durante el ejercicio anterior no exceda de 499. El Folleto de emisión de la Unión de crecimiento relativo a acciones tendrá una extensión máxima de 75 páginas.

Finalmente, en relación con folletos elaborados con arreglo a la legislación de terceros países, considerados equivalentes y aprobados por la autoridad supervisora correspondiente, se elimina el requisito de la aprobación por la autoridad competente del Estado miembro de origen para la admisión a cotización en un mercado regulado europeo o la realización de una oferta pública en la UE, bastando con presentarlo ante dicha autoridad. Se establecen criterios generales de equivalencia y se faculta a la Comisión para adoptar un acto delegado a fin de especificar dichos criterios.

1.3. Otras modificaciones relevantes

Además de las modificaciones en el régimen de exenciones y en el contenido del folleto, se introducen otras modificaciones al Reglamento de Folletos que cabe mencionar. Así, se otorga carácter permanente a determinadas modificaciones introducidas por el Reglamento (UE) 2021/337, como parte del paquete de recuperación de los mercados de capitales tras la crisis de la COVID-19, incluyendo el umbral de 150 millones de euros para la exención de folleto de oferta pública o admisión a negociación en un mercado regulado aplicable a valores no participativos emitidos de manera continua y reiterada por las entidades de crédito.

Por otro lado, se reducen de dos ejercicios fiscales a uno el requisito de aprobación del documento de registro universal por la autoridad competente para obtener la condición de emisor frecuente y beneficiarse de la posibilidad de presentar sin necesidad de previa aprobación los documentos de registro universal posteriores. Además, se reduce de seis

11 Los emisores podrán, con carácter voluntario, elaborar y publicar un "Folleto de la Unión de seguimiento" también en el caso de las emisiones secundarias que se acojan a una de las exenciones.

12 Con la excepción de emisores que únicamente tengan valores no participativos admitidos a cotización en un mercado de PYMEs en expansión, que no podrán utilizar este folleto para la admisión a cotización de valores participativos en un mercado regulado. En este caso, se requiere un folleto completo para que los inversores puedan tomar una decisión de inversión informada.

a tres días el período mínimo entre la publicación del folleto y el final de la oferta para una oferta pública inicial de una clase de acciones en un mercado regulado y se amplía de dos a tres días el plazo para el ejercicio del derecho de retirada por parte de los inversores en caso de publicación de un suplemento y tras la publicación del precio final o el importe de valores ofertados (cuando dichos datos no están incluidos en el folleto).

Los inversores dejan de tener derecho a solicitar una copia en papel del folleto. Solo debe entregarse una copia del folleto a los posibles inversores en formato electrónico, previa solicitud y de forma gratuita.

Finalmente, se establecen una serie de reglas para fomentar la incorporación de información por referencia, así como plazos específicos para el proceso de revisión de los nuevos tipos de folletos por la autoridad competente. Así, en relación con los folletos de base, se permite la incorporación por referencia de información financiera anual o intermedia futura sin necesidad de publicar un suplemento (si bien el emisor podrá publicar voluntariamente un suplemento para incorporar dicha información).

2. Principales modificaciones del Reglamento de Abuso de Mercado

Se modifica el Reglamento de Abuso de Mercado con el objetivo de aligerar algunas de las cargas derivadas de esta norma para los emisores y otros participantes en los mercados, en cinco materias reguladas en el mismo que son: (i) los programas de recompra de acciones; (ii) las prospecciones de mercado; (iii) el régimen de divulgación de información privilegiada y el retraso en la publicación de la misma; (iv) las listas de iniciados; y (v) las comunicaciones obligatorias para personas con responsabilidades de dirección. Las veremos a continuación.

2.1. Programas de recompra de acciones

Respecto de los programas de recompra de acciones, el Reglamento de Abuso de Mercado establece una serie de requisitos para que los emisores puedan llevar a cabo programas de recompra de sus propias acciones sin incurrir en conductas prohibidas de operaciones con información privilegiada o manipulación de mercado. El nuevo régimen simplifica los requisitos de información asociados a estos programas. En particular, establece que, cuando las acciones coticen en varios mercados, las notificaciones se harán exclusivamente a la autoridad nacional competente del mercado más importante en términos de liquidez. Asimismo, solo deberá comunicarse al público información en términos agregados, indicando el volumen agregado y el precio medio ponderado por día y centro de negociación, pero sin detalle de operaciones.

2.2. Prospecciones de mercado

En cuanto a las prospecciones de mercado, se amplía su definición actual para incluir la comunicación de información a inversores potenciales, no solo con anterioridad al anuncio de la operación, sino también en aquellos supuestos en que no se produzca un anuncio específico de una operación. Además, se aclara que el régimen de las prospecciones constituye únicamente una opción para los participantes en el mercado, con carácter de puerto seguro (*safe harbour*).

Por otro lado, se especifica que las obligaciones de análisis y registro de la implicación o no de comunicación de información privilegiada, así como de informar a los receptores

de la pérdida del carácter privilegiado de la información son obligatorios para todos los participantes del mercado que comuniquen información (aunque no tengan intención de beneficiarse de la protección del puerto seguro).

2.3. Régimen de divulgación de información privilegiada y retraso en la publicación de la misma

El régimen de divulgación de información privilegiada y las circunstancias en que puede ser admisible un retraso en su publicación se ve modificado en diversos aspectos. En primer lugar, se reduce el alcance de la obligación de divulgar información privilegiada en procesos prolongados¹³, estableciendo que no incluye las etapas intermedias, y en todo caso, no debe incluir la comunicación de meras intenciones, negociaciones en curso o, dependiendo de las circunstancias, procesos de negociación.

En segundo lugar, se aumenta la claridad jurídica en cuanto a qué información debe divulgarse y cuándo en dichos procesos prolongados, de manera que: (i) únicamente debe hacerse pública información en relación con las circunstancias o el suceso concreto que el proceso prolongado pretenda producir o tenga como resultados ("suceso definitivo"); (ii) hasta dicho momento, se debe asegurar la confidencialidad de la información en relación con las etapas intermedias; y (iii) se faculta a la Comisión para establecer una lista no exhaustiva de "sucesos definitivos" que desencadenarían la obligación de divulgación de la información y el momento en el que se entienden producidos.

Finalmente, en cuanto al régimen de retraso de la divulgación de información privilegiada, se introduce mayor claridad en las condiciones específicas en las que puede retrasarse la divulgación de información privilegiada, indicando que no aplican a las etapas intermedias de un proceso prolongado. Asimismo, en este caso se faculta a la Comisión para establecer una lista no exhaustiva de situaciones en las que el emisor no podrá retrasar la divulgación de información privilegiada por su contradicción con una comunicación anterior en el mismo asunto.

2.4. Listas de iniciados

Respecto de las listas de iniciados, se extiende a todas ellas el formato más simplificado que en la actualidad aplica para los emisores de mercados de PYMEs en expansión a requerimiento de los Estados miembros. La ESMA deberá revisar los estándares técnicos de implementación en este sentido.

2.5. Personas con responsabilidades de dirección

En lo referido a las personas con responsabilidades de dirección ("**PCRD**"), se aumenta el umbral mínimo de notificación de operaciones realizadas por ellas y personas estrechamente vinculadas por cuenta propia sobre acciones y otros valores e instrumentos de emisores, de 5.000 a 20.000 euros, con la posibilidad de que los Estados miembros, a la luz de las condiciones del mercado nacional, aumenten dicho límite hasta los 50.000 euros, o lo disminuyan hasta los 10.000 euros.

¹³ Acontecimientos en varias fases, como, por ejemplo, una fusión o acuerdos contractuales.

Por otro lado, se incluyen operaciones adicionales entre las exenciones a la prohibición de operar durante períodos cerrados¹⁴ (*closed/lock-up periods*), referidas a planes de empleados cuyo objeto sean instrumentos financieros distintos de las acciones y operaciones que dependan exclusivamente de factores externos o que no conlleven decisiones activas de inversión por parte de las PCRD¹⁵.

3. Directiva MVSS

El objetivo principal de esta Directiva MVSS es el de posibilitar a las sociedades utilizar estructuras de acciones con derechos de voto múltiples (“**MVSS**” por sus siglas en inglés) para permitir que sus accionistas de control conserven el control del negocio tras acceder a los SMN, incluyendo los mercados de PYMEs en expansión, mediante la búsqueda de la armonización de las legislaciones nacionales.

3.1. Objeto y ámbito de aplicación

Se establece una regulación común de mínimos para sociedades que soliciten su admisión a cotización en SMNs, incluidos los mercados PYMEs en expansión, y cuyas acciones no estén admitidas a negociación en SMNs o en mercados regulados. La Directiva MVSS incluye una definición de acciones con derechos de voto múltiple, definiéndolas como aquellas acciones “pertenecientes a una clase distinta e independiente y que tienen más derechos de voto que otra clase de acciones con derechos de voto sobre asuntos que han de decidirse en la junta general de accionistas”.

Quedan, sin embargo, fuera del ámbito de aplicación de la Directiva MVSS otros mecanismos de mejora del control, como las acciones sin derecho a voto, las acciones con derecho de veto en relación con determinadas decisiones y las acciones de lealtad.

3.2. Adopción o modificación de una MVSS y salvaguardas

Se debe garantizar que las sociedades que no cotizan en los SMNs puedan adoptar o modificar MVSS que les permitan solicitar su admisión a cotización en un SMN (incluso en un momento anterior a dicha solicitud de admisión). El ejercicio de los derechos de voto adicionales asociados a las acciones con derechos de voto múltiple se podrá supeditar a su admisión a cotización en un SMN.

Como contrapartida, la Directiva MVSS se preocupa de establecer salvaguardas obligatorias para proporcionar una protección adecuada de los intereses de los accionistas no titulares de acciones con derechos de voto múltiple.

En primer lugar, las decisiones de adopción de una MVSS o de modificación de dicha estructura corresponderán a la junta general de accionistas y requerirán, como mínimo, una mayoría cualificada de conformidad con la legislación nacional. Cuando existan diferentes clases de acciones, deberán someterse a votación separada de cada una de las clases cuyos derechos se vean afectados. Una segunda salvaguarda consiste en la

14 Los 30 días naturales anteriores a la publicación de los informes financieros.

15 Como, por ejemplo, aquellas transacciones o actividades que se refieran a acuerdos irrevocables o mandatos de gestión discrecional de activos celebrados con anterioridad al periodo limitado, actuaciones societarias debidamente autorizadas que no supongan un tratamiento ventajoso, o incluso aceptaciones de herencias, regalos, donaciones y el ejercicio de derivados o futuros contratados con anterioridad.

limitación del impacto de las acciones con derechos de voto múltiple en los procesos de toma de decisiones de la junta general de accionistas mediante: (i) el establecimiento de una proporción (ratio) máxima entre el número de votos atribuidos a las acciones con derechos de voto múltiple y los votos atribuidos al resto de acciones, o (ii) la restricción del ejercicio de los derechos de voto vinculados a las acciones con derechos de voto múltiple a la adopción de determinados acuerdos sociales que requieran mayorías cualificadas de los votos emitidos¹⁶.

Además de estas salvaguardas, los Estados miembros podrán establecer salvaguardas adicionales, que podrán incluir cláusulas de extinción (*sunset clauses*) basadas en la transmisión, en el tiempo o acontecimientos.

3.3. Transparencia

Se debe garantizar que las sociedades que tengan MVSS cuyas acciones estén admitidas a negociación en un SMN o vayan a estarlo, publiquen¹⁷ información sobre la estructura de su capital social, limitaciones a la transmisión de acciones y restricciones en los derechos de voto de las acciones (incluyendo, en su caso, aquellas que consten en pactos parasociales que conozca la sociedad) y la identidad, en caso de que la sociedad la conozca, de los accionistas titulares de acciones con derechos de voto múltiple que representen más del 5% de los derechos de voto de todas las acciones del capital social y, en su caso, de las personas físicas o jurídicas que puedan ejercitar derechos de voto en nombre de dichos accionistas.

4. Principales modificaciones de la Directiva MiFID II

La Directiva MiFID II se modifica con el objetivo de incrementar la cantidad y la calidad de la información sobre PYMEs de la UE a disposición de los inversores y, al mismo tiempo, flexibilizar el régimen de admisión a negociación en centros de negociación de la UE.

4.1. Fomento del acceso a negociación en mercados regulados de la UE

Se reduce el requisito de *free float* mínimo para la admisión a negociación en los mercados regulados de la UE, que pasa del 25% al 10%. En todo caso, se indica que los Estados miembros podrán establecer formas alternativas de evaluar si la distribución de acciones al público es suficiente, en función de las características y volumen de cada emisión.

4.2. Servicios de análisis

Por otro lado, en relación con la información sobre PYMEs, se introducen modificaciones en relación con los servicios de análisis. En general, se ha buscado suavizar el régimen aplicable a los servicios de análisis sobre inversiones. Así, se suprime el umbral de capitalización de los emisores en relación con los cuales las empresas de servicios

¹⁶ A saber: nombramiento y destitución de administradores, órganos de supervisión y la adopción de decisiones operativas. Para la adopción del resto de acuerdos que requieran mayorías cualificadas de los votos emitidos se podrá exigir: (i) bien una mayoría cualificada de los votos emitidos y una mayoría cualificada del capital social representado en la junta o del número de acciones representadas en la junta; o (ii) bien una mayoría cualificada de los votos emitidos, y en una votación separada para cada clase de acciones cuyos derechos se vean afectados.

¹⁷ En el documento informativo de incorporación o folleto correspondiente, y en el informe financiero anual.

de inversión (“**ESIs**”) pueden gestionar de forma agregada los pagos relativos a la ejecución de órdenes y al servicio de investigación, antes fijado en 1.000.000.000 euros.

Cuando los servicios de análisis estén promocionados por el propio emisor (*issuer-sponsored research*), las ESIs deberán asegurarse de que los informes se redacten de conformidad con el Código de Conducta de la UE, que será elaborado por ESMA.

4.3. Fomento de los mercados de PYMEs en expansión (*SME Growth Markets*)

Además, para fomentar los mercados de PYMEs en expansión (los denominados *SME Growth Markets*) se permite que los segmentos de un SMN que cuenten con un determinado nivel de independencia con respecto al resto del SMN, se transformen en mercados de PYMEs en expansión.

4.4. No objeción del emisor a la negociación de sus valores

Finalmente, se amplía el régimen de no objeción de los emisores con respecto a la admisión a negociación de sus instrumentos en un Mercado PYMEs en expansión, cuando ya estén negociadas en otro mercado de este tipo, de manera que este requisito también aplica en los casos en que se pretenda la admisión a negociación del instrumento ya cotizado en otro centro de negociación.

5. Principales modificaciones del Reglamento MiFIR

La finalidad de las modificaciones al Reglamento MiFIR es la de adaptar determinadas cuestiones de este a las novedades introducidas en el paquete legislativo de la *Listing Act*. La principal modificación consiste en el establecimiento de un sistema de vigilancia cruzada de los libros de órdenes para facilitar a las autoridades nacionales competentes la detección de casos de manipulación de mercado.

6. Entrada en vigor de las modificaciones

Las modificaciones introducidas por la *Listing Act* entrarán en vigor en distintos momentos, dependiendo asimismo de la naturaleza de la norma. Así, la Directiva MVSS contempla que sea traspuesta por los Estados miembros al Derecho nacional en el plazo máximo de 2 años desde su entrada en vigor, que tendrá lugar el 4 de diciembre de 2024.

Por su parte, la entrada en vigor de las principales modificaciones incluidas en el Reglamento de Folletos y en el Reglamento de Abuso de Mercado tendrá lugar progresivamente. En la tabla a continuación se recoge la entrada en vigor de las principales medidas introducidas en cada uno de los reglamentos que modifica la *Listing Act*.

**Reglamento
de Folletos**

Se amplían las exenciones al requisito de elaborar un folleto:

- Emisiones fungibles: la actual exención del 20% para la admisión a negociación de valores fungibles (durante un período de 12 meses) se incrementa al 30%. Esta exención aplica tanto para la oferta pública como para la admisión a negociación en el mismo mercado regulado.
- Nueva exención para emisiones fungibles: se introduce una nueva exención para ofertas públicas y admisión a negociación, sin límite de tamaño, para valores fungibles con valores que hayan estado admitidos a negociación en un mercado regulado o en un mercado de PYMEs en expansión durante al menos los 18 meses anteriores.
- La exención para la admisión a cotización en un mercado regulado de acciones resultantes de la conversión o canje de otros valores aumenta del 20% al 30%.
- El umbral de exención para valores no participativos emitidos de manera continua o reiterada por entidades de crédito aumenta de 75 millones de euros a 150 millones de euros.

Estas medidas entrarán en vigor 20 días después de la publicación del Reglamento (esto es, el **4 de diciembre de 2024**).

En el caso de una oferta pública inicial de una clase de acciones que se admitan por primera vez a cotización en un mercado regulado, el período mínimo de oferta pública se reduce de 6 a 3 días.

Nuevos tipos de folletos:

- "Folleto de la Unión de seguimiento".
- "Folleto de emisión de la Unión de crecimiento".

Estas medidas entrarán en vigor el **5 de marzo de 2026**.

- Formato estandarizado de folleto.
- Oferta al público: exención de 12 millones de euros.

Estas medidas entrarán en vigor el **5 de junio de 2026**.

**Reglamento de
Abuso de Mercado**

- Programas de recompra de acciones y obligaciones de información.
- Mayor claridad en relación con el régimen de prospección de mercado (market sounding).
- Listas de iniciados.
- Personas con responsabilidades de dirección (notificación de operaciones / períodos cerrados).

Estas medidas se aplicarán **20 días después de la publicación del Reglamento** (esto es, el **4 de diciembre de 2024**).

- Divulgación de información privilegiada (procesos prolongados/retraso de la difusión de información privilegiada).

Estas medidas entrarán en vigor el **5 de junio de 2026**.

La extinción de la cláusula arbitral y excepciones de inexistencia de convenio arbitral y cosa juzgada

Felix J. Montero Muriel

Socio de Pérez-Llorca

LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

Felipe Nazar Pagani

Socio de Pérez-Llorca

LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

Rolando Seijas Bolinaga

Asociado de Pérez-Llorca

LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

Javier Sánchez Villegas

Asociado de Pérez-Llorca

LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

I.	Introducción	30
II.	La extinción de la cláusula arbitral y la excepción por inexistencia de convenio arbitral	30
III.	La extinción de la cláusula arbitral y la cosa juzgada	34
IV.	La extinción de la cláusula arbitral como excepción para la ejecución de un laudo	40
V.	Consideraciones finales	42



Fecha de recepción
5 de noviembre de 2024



Fecha de aceptación
13 de noviembre de 2024



Resumen: Este artículo analiza cuándo una cláusula arbitral puede considerarse extinguida y las consecuencias en el arbitraje y la ejecución de laudos. Explora cómo la doctrina de la cosa juzgada afecta estas cláusulas, protegiendo la seguridad jurídica al evitar litigios repetidos. Examina si y cuándo los laudos arbitrales pueden extinguir la cláusula, revisando jurisprudencia relevante. Además, analiza situaciones en las que la cláusula puede considerarse inexistente o ineficaz, diferenciándolas de su extinción por cumplimiento. El objetivo es clarificar las limitaciones y el alcance de la cláusula arbitral una vez que ha cumplido su propósito.

Abstract: This article analyzes when an arbitration clause can be considered extinguished and the implications for arbitration and the enforcement of awards. It explores how the doctrine of res judicata affects these clauses, safeguarding legal certainty by preventing repeated litigation. It examines whether and when arbitral awards can extinguish the clause, reviewing relevant case law. Additionally, it analyzes situations where the clause may be deemed nonexistent or ineffective, distinguishing these from its extinction due to fulfillment. The aim is to clarify the limitations and scope of the arbitration clause once it has served its purpose.



Palabras clave: Cláusula arbitral, extinción, ejecución de laudos, cosa juzgada, seguridad jurídica, excepción procesal, inexistencia, ineficacia.

Key words: Arbitration clause, extinction, enforcement of awards, res judicata, legal certainty, procedural exception, nonexistence, ineffectiveness.

La extinción de la cláusula arbitral y excepciones de inexistencia de convenio arbitral y cosa juzgada

I. Introducción

Este artículo aborda y analiza cómo y cuándo se puede considerar que una cláusula arbitral ha sido extinguida, así como las implicaciones que ello tiene en el contexto del arbitraje y la ejecución de laudos arbitrales.

Uno de los problemas centrales que se plantea en arbitraje es la determinación de cuándo y por qué motivos una cláusula arbitral, que en su origen fue válida y operativa, puede considerarse extinguida por haber cumplido su propósito.

La doctrina de la cosa juzgada juega un papel crucial en esta discusión. Tradicionalmente, la cosa juzgada ha sido una garantía procesal que impide la litigación de asuntos ya decididos, protegiendo así la seguridad jurídica y evitando decisiones contradictorias.

Este artículo se propone explorar en detalle los efectos de la cosa juzgada sobre la cláusula arbitral, centrándose en si y cómo los laudos arbitrales pueden, en ciertos casos, extinguir dicha cláusula. Se abordará la jurisprudencia relevante y se analizarán las condiciones bajo las cuales la extinción de la cláusula arbitral puede ser invocada como una excepción procesal para impedir el inicio de un procedimiento arbitral o, en su caso, la ejecución de un laudo arbitral.

Además, se examinarán los diferentes supuestos en los que la cláusula arbitral puede ser considerada inexistente o ineficaz, y cómo estos conceptos se diferencian de la extinción de la cláusula por cumplimiento de su propósito. Este análisis es fundamental para comprender las limitaciones y alcances de la cláusula arbitral una vez que ha sido activada y ha cumplido su función de forma definitiva.

II. La extinción de la cláusula arbitral y la excepción por inexistencia de convenio arbitral

La inexistencia de una cláusula arbitral supone una posición radical de ineficacia¹. Una primera aproximación al problema de cuándo una cláusula arbitral sencillamente se tiene por inexistente es cuando la misma no reúne los requisitos esenciales para el nacimiento de cualquier obligación contractual: consentimiento, objeto y causa. Normalmente, cuando se usa la excepción correspondiente a la inexistencia de convenio arbitral, quien lo alega se está refiriendo a la falta de alguno de estos requisitos.

¹ Díez-Picazo Ponce León, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, 1993, pág. 428.

Por otro lado, existe la posibilidad de que una cláusula arbitral reúna los requisitos de consentimiento de las partes, objeto y causa, pero no puede desplegar sus efectos pues concurren defectos asociados a los requisitos y condiciones que fija el artículo 9.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje ("**Ley de Arbitraje**"). Por encima de analizar otra consideración, prevalece el requisito de que la cláusula arbitral "deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual"².

Así, nos podremos encontrar ante situaciones donde las partes podrán alegar que, si bien el convenio arbitral existe, el mismo adolece de invalidez³.

Sin embargo, el problema que queremos abordar en este estudio no se refiere a supuestos de invalidez, sino propiamente a situaciones de la extinción de la cláusula arbitral por su cumplimiento. En este supuesto una cláusula arbitral nació y cumple con todos los requisitos de validez propios de la misma, pero ésta ya ha desplegado sus efectos, por lo que agota su propósito y efectos.

Para analizar esta situación, es necesario acudir precisamente a cuando se debe entender que se ha dado cumplimiento a un convenio arbitral. Claramente, conforme al principio de separabilidad e independencia de una cláusula arbitral, no es procedente equiparar el cumplimiento de las obligaciones principales y accesorias de un contrato, con el cumplimiento de la obligación de someter una disputa a un arbitraje⁴.

Sin embargo, consideramos que no es procedente tampoco afirmar que las normas jurídicas de separabilidad e independencia implican que una cláusula arbitral pueda perdurar en el tiempo si el objeto de ésta ya ha sido cumplido, sea por las partes y/o por los árbitros. Es decir, es posible entender que el cumplimiento de la obligación de las partes de someter una disputa a arbitraje extingue la cláusula arbitral por su cumplimiento una vez existe un laudo final y definitivo que resuelva la controversia. No se trata del hecho de que la cláusula no existió, al

2 La interpretación que ha dado la jurisprudencia sobre este punto asume una postura antiformalista: Sentencia nº7/2012 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 25 septiembre 2012, rec.nº 8/2012 [RJ 2012, 10946]:

El convenio arbitral, como es sabido, es el acuerdo de las Partes para someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación o ámbito jurídico, contractual o no contractual. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia impera a la hora de examinar su existencia o validez un criterio antiformalista, que considera innecesarias fórmulas rituarías, aunque sea exigible, de acuerdo con el artículo 9.3 LA (RCL 2003, 3010), la forma escrita en un documento firmado por las Partes o en un intercambio de cartas, telegramas, teles, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o del intercambio de escritos de demanda y contestación en que su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra (art. 9.5 LA). Es, por tanto, esencial que la voluntad de las Partes de someter su controversia, actual o futura, a arbitraje sea patente y perceptible.

3 Sentencia nº 10/2008 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de enero 2008, rec. nº 2/2006 [JUR 2008, 125502]:

La inexistencia o nulidad radical o absoluta se produce en los casos de ausencia de alguno de los denominados requisitos esenciales del convenio (consentimiento, objeto, causa, forma, o caducidad del convenio). La invalidez, cubre otros supuestos de nulidad radical tales como que el convenio sea contrario a alguna norma imperativa o prohibitiva salvo que se establezca un efecto distinto para el caso de contravención (artículo 6.3 del Código Civil), o haya sido otorgado por representante sin poder o fuera de los límites de este (artículos 1.713 y 1.259 del Código Civil), y abarca también los supuestos de anulabilidad por defectos de capacidad y vicios del consentimiento, así como los concretos requisitos de forma y contenido que se establecen en el artículo 9 de la Ley de Arbitraje".

4 Artículo 22 de la Ley de Arbitraje:

(1) Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.

contrario; o de que la misma no es válida, sino que ha desplegado sus efectos de forma plena y se ha extinguido precisamente por su cumplimiento.

Como norma general, y como recoge el artículo 1.156 del Código Civil⁵ (“CC”), las obligaciones de derecho civil se extinguen por causa del pago o cumplimiento de la obligación; de la pérdida de la cosa debida; por la condonación de la deuda; por la confusión de derechos de acreedor y deudor y por la compensación. Ahora bien, a la hora de trasladar las precisiones de esta norma de naturaleza sustantiva a las obligaciones de un convenio arbitral, saltan un conjunto de particularidades que ocasionan que estos supuestos de extinción no sean estrictamente trasladables⁶.

Se debe entender que una obligación no se extingue por su cumplimiento de acuerdo con el artículo 1.157 del CC, si no se ha entregado la cosa o se ha prestado el servicio. De igual modo, el cumplimiento de la obligación debe ser exacto, es decir, cuando “la prestación entregada corresponde con la prometida (identidad) y cuando se cumple lo debido íntegramente”⁷.

No es el objeto de este artículo discutir extensamente sobre la naturaleza del convenio arbitral, o sobre su capacidad de vincular a un tercero (el árbitro, el tribunal arbitral o la institución administradora), baste decir que es disputado en la doctrina y que, sin duda, puede impactar en el análisis que se realice.

A estos efectos, el convenio arbitral -y el encargo o mandato arbitral posterior- han sido entendidos por la doctrina como: (i) una obligación de hacer⁸, (ii) una obligación de no hacer⁹ y (iii) un mandato o arrendamiento de servicios respecto al árbitro¹⁰.

El convenio arbitral puede ser entendido como una obligación de hacer en tanto que establece, desde una perspectiva jurídica, un compromiso vinculante entre las partes involucradas. Este compromiso se activa en el supuesto de que surja un determinado conflicto o controversia entre las partes, quienes, en virtud de dicho convenio, están obligadas a someterse a arbitraje¹¹.

Del mismo modo, el convenio arbitral, en su vertiente excluyente, puede ser entendido como el origen de una obligación de no hacer. Así, las partes que suscribieron el convenio arbitral vienen obligadas a abstenerse de recurrir a los tribunales ordinarios de justicia. Sin embargo, han existido diversas voces que no han aceptado esta perspectiva, al entender que la cláusula arbitral no puede ser entendida como una renuncia a un determinado derecho y, por tanto, no puede emanar de éste una obligación de no acudir a la jurisdicción ordinaria para solucionar un determinado conflicto¹².

5 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

6 Esta extinción de la obligación contractual ha de entenderse sin perjuicio de los efectos procesales de la cosa juzgada que veremos también más adelante.

7 CARRASCO, A. *Derecho de Contratos*, 3ª Edición, 2021.

8 SANTOS DÍVALOS, O. “Naturaleza jurídica de los efectos del convenio arbitral”, en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No.8, 2016, pág. 119.

9 SANTOS DÍVALOS, O. “Naturaleza [...]”, *op.cit.*, pág. 119.

10 GONZÁLEZ SORIA, J. “La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales en el derecho español” en *Anuario de Arbitraje 2016*, Thomson Reuters, 2016, pág. 221.

11 CLAY, T. “Les exigences de la mission” en *L’arbitre*, pág. 231; GONZÁLEZ SORIA, J. “La responsabilidad [...]”, *op.cit.*, pág. 221.

12 SANTOS DÍVALOS, O. “Naturaleza [...]”, *op. cit.*, pág. 123.

Adicionalmente, parte de la doctrina ha entendido que el convenio arbitral, en relación con los árbitros, genera un mandato atípico o una suerte de contrato de arrendamiento de servicios, en virtud del cual, el árbitro debe resolver la disputa con un juicio vinculante para las partes de manera imparcial¹³.

Ahora bien, lo cierto es que independientemente de la postura que se asuma, un convenio arbitral conlleva una obligación principal de someter cualquier disputa a la autoridad de árbitros que la deben resolver por medio de laudo. En ese sentido, esta obligación debe ser cumplida de manera idéntica e íntegra, que, según algunos autores y como se ha indicado anteriormente conlleva: "la prestación entregada corresponde con la prometida (identidad) y cuando se cumple lo debido íntegramente"¹⁴.

Se puede entender que la prestación de la obligación de someter una disputa a arbitraje se cumple cuando las partes efectivamente se someten a la autoridad de árbitros y se cumple íntegramente con lo pactado en la misma, cuando se emite un laudo definitivo.

El efecto del cumplimiento de la obligación subyacente al convenio arbitral no puede ser otro que librar a las partes mutuamente de la obligación previamente existente. Como indican algunos autores: "ordinariamente, el cumplimiento libera al deudor de su obligación y a la vez satisface el interés del acreedor en el contrato. Es decir, el cumplimiento es normalmente liberatorio y satisfactorio"¹⁵.

Si bien, si existe un convenio arbitral y un laudo que pone fin a la disputa, la primera manera de tratarlo es por medio de un estudio de la cosa juzgada. La extrapolación de la cosa juzgada al arbitraje, como abordaremos a continuación, es una importación del mundo jurisdiccional al arbitraje.

Por ejemplo, en el caso de una sentencia que determine la responsabilidad de una parte por incumplimiento de un contrato o declare la existencia de una obligación nacida por un hecho ilícito, si una parte plantea un nuevo litigio, entre las mismas partes, con la misma causa, y con las mismas pretensiones, el recurso natural con el que cuenta quien es demandado, es la excepción de la cosa juzgada. Es decir, la inexistencia de controversia por haber sido esta ya resuelta (efecto material positivo de la cosa juzgada).

Así, en arbitraje, la cosa juzgada claramente existe si un conflicto previo fue resuelto en un laudo anterior. En este caso, cualquiera de las partes podrá oponer esta excepción. Sin embargo, consideramos que la pregunta de si también puede oponerse que la cláusula arbitral se ha extinguido no es solo una pregunta netamente académica.

Para abordar este problema vamos a examinar por separado cómo ha tratado la jurisprudencia la cosa juzgada y la excepción de inexistencia de un convenio arbitral.

13 CLAY, T. "*Les exigences [...]*", *op. cit.*, pág. 231; GONZÁLEZ SORIA, J. "*La responsabilidad [...]*", *op. cit.*, pág. 221:

Se debe subsumir el encargo arbitral en el contenido propio del contrato de mandato, pero con matizaciones determinadas por la especial naturaleza del encargo arbitral, que atribuye facultades no ya de gestión sino decisorias de una controversia que afecta a los intereses de los mandantes, y que obligan al árbitro a situarse en un plano superior que desvirtúa la mera actuación en defensa del interés del dominus (propia del mandato) para emitir un juicio que vinculará a las partes, en posición neutral, independiente e imparcial, previa calificación de hechos, actos y conductas, con absoluta independencia de instrucciones o indicaciones del conferente del encargo. Es por ello que nosotros lo calificaremos como «contrato de mandato mixto atípico».

14 CARRASCO, A. *Derecho de Contratos*, 3ª Edición, 2021.

15 CARRASCO, A. *Derecho de Contratos*, 3ª Edición, 2021.

III. La extinción de la cláusula arbitral y la cosa juzgada

La doctrina de la cosa juzgada respecto del laudo arbitral se encuentra extendida casi universalmente en todas las jurisdicciones¹⁶. Esta doctrina distingue entre el efecto de la cosa juzgada formal y material¹⁷. La cosa juzgada formal se circunscribe a los efectos que despliegan las propias resoluciones que se dictan en el proceso hasta que tiene lugar la resolución final de éste¹⁸. Por su parte, el efecto material de la cosa juzgada se identifica con los efectos que se despliegan con posterioridad en relación con la decisión que pone fin al proceso¹⁹. Este último de los efectos es el que tiene una mayor relación con la posible extinción de la cláusula arbitral y el que, en términos principales, será objeto de este estudio.

Adicionalmente, dentro de la cosa juzgada material, de conformidad con los artículos 207.4²⁰ y 222²¹ de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ("**Ley de Enjuiciamiento Civil**" o "**LEC**"), se despliega un efecto negativo y otro positivo. En concreto, el efecto negativo de la cosa juzgada implica que una misma disputa no puede ser objeto de un pronunciamiento posterior, mientras que el efecto positivo conlleva que el juzgador de un proceso posterior se encuentra sujeto a lo decidido en el proceso anterior (condiciona el proceso posterior).

Por su parte, la Ley de Arbitraje, en su artículo 43, establece de manera expresa los efectos de cosa juzgada que tienen los laudos arbitrales, equiparándolos, a todos los efectos legales, al tratamiento que se otorga a las sentencias firmes dictadas por los tribunales ordinarios y, para ello, realiza una remisión directa a la Ley de Enjuiciamiento Civil, como decíamos, este reconocimiento de los efectos de cosa juzgada de los laudos arbitrales no es exclusivo del ordenamiento jurídico español, sino que se encuentra presente en casi todas las jurisdicciones a nivel internacional. Así, por ejemplo, el artículo 1.484 del Código Procesal Civil francés²² consagra el mismo principio, otorgando a los laudos arbitrales la misma fuerza vinculante y los mismos

16 BORN, G., "Chapter 27: Preclusion, Lis Pendens and Stare Decisis in International Arbitration (Updated August 2022)", pág. 15, en Born, G. *International Commercial Arbitration*, Third Edition, Kluwer Law Internacional 2021: "*Arbitration statutes in many civil law jurisdictions provide expressly that awards are binding on the parties and have res judicata effect from the moment that they are made.*"

17 Sentencia nº 18/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 15 de diciembre de 2014, rec. nº 27/2014 [JUR 2015, 82894]:

Todo laudo es firme y así se desprende del artículo 43 de la LA que establece que el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación. Hay que distinguir entre cosa juzgada formal y material; la primera es un efecto interno de la resolución, en cuanto se proyecta sobre el proceso arbitral mismo en que el laudo se ha dictado, a partir de la cual ni las partes ni los árbitros pueden llegar a desconocer lo que ya se ha decidido, y en ese sentido se equipara a lo dispuesto en el artículo 207 LEC; la segunda despliega su efecto fuera del procedimiento y de ella deriva la función negativa y positiva. La negativa excluye cualquier otra decisión jurisdiccional o arbitral (en su caso) sobre la misma pretensión, y la positiva es la vinculación del segundo procedimiento a lo juzgado en el primero, siempre que tenga que decidir sobre una relación o situación jurídica de la que la resolución anterior es eslabón o prejudicial.

18 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pág. 99: "la cosa juzgada formal es la vinculación jurídica que, sobre todo para el órgano jurisdiccional y también para las partes, produce lo dispuesto en cualquier resolución firme, dentro del mismo proceso o instancia en que se haya dictado dicha resolución".

19 DE LA OLIVA SANTOS, A., "*Objeto del proceso [...]*", *op.cit.* pág. 103:

[...] la cosa juzgada material es un determinado efecto de algunas resoluciones judiciales firmes (y por tanto, pasadas en autoridad de cosa juzgada formal) consistente en una precisa y determinada fuerza de vincular, en otros procesos, a cualesquiera órganos jurisdiccionales (el mismo que juzgó u otros distintos) respecto de precisos aspectos del contenido de esas resoluciones (de ordinario, sentencias).

20 Establece el artículo 207.4 de la LEC: "Transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso lo dispuesto en ella".

21 Establece el artículo 222 de la LEC: "La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo".

22 Code de procédure civile: Chapitre IV : La sentence arbitrale (Articles 1478 à 1486).

efectos de cosa juzgada que a las resoluciones judiciales definitivas. De igual modo, el artículo 31 de la Ley de Arbitraje de Croacia²³ recoge este efecto, lo que evidencia una tendencia global a reconocer la autoridad y la firmeza de los laudos arbitrales en diversas jurisdicciones, consolidando su valor dentro de los sistemas de resolución de conflictos alternativos.

En el caso de España, inicialmente existieron dudas respecto de la diferencia entre los efectos de la cosa juzgada formal y material para los laudos arbitrales. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 13 de septiembre de 2010 estableció que todos los laudos finales despliegan los efectos de la cosa juzgada formal, mientras que solo aquellos que de manera definitiva deciden sobre el fondo de la disputa tienen efectos de cosa juzgada material²⁴.

A este respecto, los tribunales españoles también han reconocido que los efectos de cosa juzgada de un laudo se despliegan incluso aunque se encuentre pendiente una acción de anulación frente a éste²⁵. Sin embargo, esta cuestión ha generado una discusión doctrinal, dando origen a una distinción entre laudo definitivo y laudo firme. Mientras que el primero es un laudo frente al que puede ejercitarse la acción de anulación, frente al segundo sólo cabría la revisión y sería únicamente éste el que desplegaría efectos de cosa juzgada²⁶.

Llegados a este punto, cabe plantearse si el efecto de cosa juzgada de los laudos arbitrales conlleva, en último término, la extinción de la cláusula arbitral. Es decir, si el hecho de que se haya dictado un laudo arbitral firme con origen en un determinado convenio arbitral implica el agotamiento de éste y, por tanto, su extinción. Para responder a esta cuestión, de forma previa, es conveniente analizar los elementos que han sido exigidos por la jurisprudencia y doctrina para entender que el efecto negativo de la cosa juzgada surte efectos sobre una determinada disputa.

Los requisitos para observar la cosa juzgada en su vertiente negativa han sido identificados por la doctrina con la concurrencia de la “triple identidad” entre el proceso anterior y ante el que se pretende alegar la excepción de cosa juzgada. En concreto, el requisito del denominado “test de la triple identidad” responde a que entre ambos procesos existan: (i) las mismas partes; (ii) el mismo *petitum* o idénticas pretensiones y; (iii) la misma causa de pedir. Esta referencia al requisito de la triple identidad ha sido acogida de manera generalizada en las jurisdicciones de *Civil Law*²⁷. Del mismo modo, en España, ha sido jurisprudencialmente recogida por el Tribunal Supremo²⁸. En contraste, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (“**Ley Modelo**”) es silente respecto de los efectos de la cosa juzgada que origina

23 Law on arbitration, Official Gazette no. 88/2001 https://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/Legislation__Law-Arbitration-RC.pdf

24 Sentencia nº 561/2010 del Tribunal Supremo de 13 septiembre 2010, rec. nº 739/2007 [RJ 2010, 6969]:

La cosa juzgada material (artículo 222) presupone la cosa juzgada formal, inherente a la firmeza (artículo 207) y si bien ésta alcanza a sentencias y resoluciones, aquélla sólo comprende las sentencias que se pronuncian sobre el fondo u otras resoluciones equivalentes, como el laudo arbitral y resoluciones que terminan el proceso resolviendo el fondo, como los casos de allanamiento, transacción.

25 Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de noviembre de 2005 [JUR 2006, 129707].

26 BERNARDO SAN JOSÉ, A. “Principales efectos del laudo arbitral: cosa juzgada y ejecutabilidad.”, pág. 118, en *Vol. 1 Núm. 1: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2008.

27 BORN, G. “Chapter 27: Preclusion [...]”, op.cit., pág. 3.

28 Por todas, vid. Sentencia nº.833/1997 del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1997, rec. nº 2298/1993 [RJ 1997, 6966]:

En cambio, si la expresada cuestión ya ha sido resuelta por los árbitros mediante el oportuno laudo arbitral firme y, después de ello, una de las partes vuelve a someter esa misma cuestión, a través de un proceso, a la resolución de un órgano jurisdiccional, lo que éste ha de apreciar, en su momento, no es la excepción de incompetencia de jurisdicción (que ya quedó periclitada), sino la de cosa juzgada (supuesta, como es obvio, volvemos a decir, la concurrencia de las tres identidades que para ella se exigen), ya que, según el artículo 37 de la repetida Ley de Arbitraje, el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada.

el laudo arbitral. La única referencia de la Ley Modelo que puede conectarse con dichos efectos la encontramos en el artículo 35 (1) en el que se establece que un laudo “será reconocido como vinculante”²⁹. Sin embargo, no existe un mayor desarrollo sobre las consecuencias de este reconocimiento³⁰.

Profundizando en dichos requisitos, la identidad de las partes -o subjetiva- implica que los litigantes han de ser los mismos en ambos procesos. Esta cuestión, en España, se extiende no únicamente a ellos, sino también a los herederos, causahabientes y titulares de derechos que fundamenten su legitimación, de conformidad con el artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil³¹. No obstante, en algo tan sencillo a primera vista, como es la definición de “partes”, existen diferencias sustanciales entre jurisdicciones, sin que pueda garantizarse una aplicación uniforme en la observancia respecto de la cosa juzgada en su sentido negativo³².

El requisito de identidad del *petitum* ha sido entendido de manera más homogénea entre las diferentes jurisdicciones, identificándolo con un concepto similar al “mismo objetivo u objeto buscado”³³. En España, el Tribunal Supremo ha resuelto de una manera un tanto expansiva haciendo referencia a los “temas en los que hubo pronunciamiento arbitral”³⁴.

El requisito de la identidad de causa de pedir, es decir, la necesidad de que tanto en el primer litigio, como en el proceso posterior se invoque la misma causa jurídica para sostener las pretensiones de las partes, puede constituir uno de los mayores obstáculos para la aplicación de la cosa juzgada en sus efectos negativos. Este aspecto es particularmente problemático porque, aunque las partes en un nuevo litigio busquen alcanzar un objetivo similar o incluso idéntico al planteado en el litigio original, si se basa en una causa de pedir distinta, es posible que los efectos negativos de la cosa juzgada no sean aplicables. En este sentido, la causa de pedir se refiere no solo al resultado que las partes pretenden obtener, sino también al fundamento jurídico en el que basan su reclamación. De este modo, podría ocurrir que, aunque se persiga un mismo objetivo –como una compensación o el cumplimiento de una obligación–, si el fundamento o la base jurídica de la acción es distinta a la planteada en el litigio previo, se concluya que no existe identidad de causa de pedir. Esto significa que, al no haberse invocado la misma causa de pedir en el primer proceso, no se considera que concurra uno de los requisitos esenciales para que

29 Artículo 35 (1) de la Ley Modelo: “Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36”.

30 BORN, G, “Chapter 27: Preclusion [...]”, *op.cit.*, pág. 7

31 Artículo 222.3 de la LEC:

La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en los artículos 11 y 11 *bis* de esta ley.

32 MARTÍNEZ-FRAGA, P. “Adán, ¿No te apeetece dar un segundo mordisco a la manzana?: Revisando la necesidad de uniformizar la aplicación del principio de cosa juzgada (*res judicata*) en el arbitraje comercial y de inversiones” en *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Volumen 5, Issue 2), 2012, pág. 412: “[...]Incluso términos tan fundamentales como el de “partes” no son objeto de aplicaciones uniformes. Así, por ejemplo, el rol que desempeñan agentes, principales, representantes, entidades subsidiarias, partes interesadas, y otras problemáticas relacionadas como serían las cuestiones de levantamiento del velo societario son interpretadas de manera distinta, incluso dentro de los confines de las jurisdicciones que aplican el common law, sin dejar de mencionar las ya conocidas diferencias que existen entre los sistemas legales basados en el common law y el civil law.”

33 MARTÍNEZ-FRAGA, P. “Adán [...]”, *op.cit.*, pág. 378.

34 Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1991 [ECLI:ES:TS:1991:16272 y ECLI:ES:TS:1991:2933]:

No hay duda de que el laudo se extralimitó en este punto, porque juzgar sobre los producidos por la falta de conservación y cuidado de la industria arrendada no entraba en los especificados en el Auto Judicial. Pero al quedar firme, las partes aceptaron sus declaraciones, son cosa juzgada para las mismas y por ello no pueden volver sobre los temas en los que hubo pronunciamiento arbitral. Al no poder legalmente ser objeto de controversia posterior las cuestiones resueltas por el laudo anterior firme, debe ser acogido el motivo alegado por los recurrentes.

opere la cosa juzgada negativa y, por tanto, no se impediría que el nuevo litigio siga su curso³⁵. Cuestión distinta es si en estos supuestos debe operar o no el principio de preclusión procesal, lo que no es objeto de este trabajo. Basta decir que el principio de preclusión no opera en arbitraje de la misma forma y con el mismo alcance que en la jurisdicción³⁶.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha establecido que lo relevante para su valoración es la identidad “del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida”³⁷.

Analizado lo anterior, entendemos que *sensu contrario*, aquellas acciones que sean planteadas bien por distintas partes, o bien respecto de diferentes objetos o causas de pedir, podrán ser entabladas en un nuevo proceso. De esta forma, la extinción de la cláusula arbitral únicamente operaría respecto de aquellos procesos en los que se encuentre la “triple identidad”. Por tanto, se produciría una suerte de extinción parcial de la cláusula arbitral. Pero no se habrían agotados sus efectos respecto de posibles ulteriores disputas que surgiesen entre las mismas o distintas partes.

En este contexto, el Tribunal Supremo ha adoptado una postura favorable e inclusiva al aceptar que puedan iniciarse nuevos procedimientos declarativos, cuyo propósito principal sea obtener declaraciones judiciales de condena que permitan o faciliten la ejecución efectiva de un laudo arbitral previamente emitido. Esto resulta especialmente relevante en aquellos casos en los que la parte condenada no ha cumplido de manera voluntaria con las obligaciones impuestas por dicho laudo, lo que obliga a la parte interesada a recurrir a medios judiciales adicionales para garantizar su cumplimiento³⁸.

De manera similar, aunque en aquellos casos o situaciones en los que no se cumpla con los requisitos establecidos por el “test de la triple identidad” no pueda operar la cosa juzgada en su vertiente negativa —lo que impediría evitar que se juzgue nuevamente una misma controversia—, es posible que sí se produzcan efectos en sentido positivo en relación con un procedimiento posterior. Esto significa que, a pesar de que la cosa juzgada negativa no sea aplicable, lo que ha sido previamente decidido por un tribunal o árbitro en un proceso anterior puede influir o más bien debe condicionar el razonamiento y las decisiones del juzgador en el nuevo

35 MARTINEZ-FRAGA, P. “Adán [...]”, op.cit., pág. 379:

Un matiz similar y una construcción menos sutil en relación al petitorio puede ser estructurado sin mucho esfuerzo en lo que respecta al cumplimiento específico. Nos encontramos así con que un escenario de simple petición de una cuestión pecuniaria/quantum por daños y perjuicios, la ambigüedad que existe en la segunda aproximación – transacción base/ causa de la acción– puede ciertamente justificar la no aplicación de la doctrina de cosa juzgada, simplemente por haber atribuido la cuestión de daños y perjuicios en la interposición de las acciones legales subsiguientes como si estas provinieran de una causa de acción distinta, diferente de los términos de aquella que fue interpuesta en el procedimiento primigenio y cuyos argumentos se basan en parte en la transacción o hecho base que dio origen a tal acción. Una acción que, sin embargo, no fue materia de tal litigio o no se encontraba estipulada en las alegaciones de la primera acción legal que se interpuso.

36 MONTERO, F.J. y RUIZ, L. “Res judicata and issue preclusion in international arbitration: an ICC case study” en *Les Cahiers de l'Arbitrage*, The Paris Journal of International Arbitration, 2016.

37 Sentencia nº 410/2010 del Tribunal Supremo de 23 junio 2010, rec. nº 2952/2002 [RJ 2010, 4907].

38 Así, en la Sentencia nº 333/2022 del Tribunal Supremo de 27 abril 2022, rec. nº 2499/2020 [RJ 2022, 2372]:

Como puede apreciarse, el objeto del presente juicio declarativo no es idéntico al del previo arbitraje, precisamente porque lo que se pretende es la adopción de medidas para la efectividad y cumplimiento del laudo. En este juicio declarativo no se vuelve a enjuiciar lo que fue objeto del arbitraje de equidad, sino que, para permitir que el laudo pueda tener efecto ante la oposición de los tres hermanos demandados a cumplirlo voluntariamente, se pedía un pronunciamiento declarativo sobre las concretas acciones que debían ser objeto de transmisión recíproca y los consiguientes pronunciamientos de condena, susceptibles de ser ejecutados. En realidad, no son pronunciamientos meramente declarativos, sino declaraciones exigidas por los pronunciamientos de condena que se solicitan y que serán los que, en caso de incumplimiento voluntario, permitirán una ejecución judicial.

procedimiento³⁹. En otras palabras, lo que ya ha sido resuelto en un caso previo puede crear una suerte de marco o parámetro que el juez o árbitro encargado del proceso subsiguiente debe tener en cuenta, lo cual implica que no debería dictar decisiones que sean abiertamente contradictorias con lo ya establecido en el proceso anterior, pues corre el riesgo de que su decisión se vea comprometida en un posterior recurso o acción de anulación, según sea el caso. Este efecto positivo de la cosa juzgada busca preservar la coherencia y la seguridad jurídica, al impedir que los tribunales o árbitros emitan resoluciones que entren en conflicto con decisiones previas sobre aspectos similares o relacionados de la misma controversia. Además, aunque la cosa juzgada positiva no impide que se lleve a cabo el nuevo juicio, sí establece una influencia significativa sobre los aspectos ya decididos, evitando que se ignore lo ya resuelto y asegurando la vinculación posterior a lo ya decidido.

Adicionalmente, en lo que respecta al alcance que tiene la cosa juzgada sobre el contenido de un laudo arbitral, es decir, qué partes específicas del laudo deben considerarse como afectadas por los efectos de la cosa juzgada, ha surgido un debate en la doctrina y en la práctica jurídica. Aunque no existe un criterio completamente homogéneo o uniforme entre las diferentes jurisdicciones a nivel internacional, la tendencia predominante ha sido interpretar que la cosa juzgada se extiende exclusivamente a la parte dispositiva del laudo. Es decir, aquellos pronunciamientos en los que el tribunal arbitral resuelve de manera concreta las pretensiones de las partes y determina las obligaciones o derechos que derivan de la disputa sometida a arbitraje. Esta visión se basa en el hecho de que la parte dispositiva es la que recoge las decisiones finales del tribunal y, por tanto, es la que tiene efectos vinculantes y definitivos. De este modo, lo decidido en la parte dispositiva del laudo sería lo único protegido por los efectos de la cosa juzgada⁴⁰. Sin embargo, esta posición no es universalmente aceptada, y algunos autores han argumentado que los efectos de la cosa juzgada deberían extenderse más allá de la parte dispositiva e incluir todo el contenido del laudo arbitral, es decir, tanto los razonamientos como las consideraciones jurídicas y fácticas en los que se basa el tribunal para llegar a su decisión. Según esta postura, estas consideraciones son parte integral del proceso de toma de decisiones y contribuyen a la interpretación y comprensión de la decisión final. Bajo esta visión, se busca evitar que en futuros litigios se discutan de nuevo los argumentos ya tratados y resueltos por el tribunal arbitral, garantizando así una mayor seguridad jurídica y estabilidad en las relaciones entre las partes⁴¹.

En consecuencia, si bien es cierto que los efectos de la cosa juzgada en un sentido positivo, es decir, aquellos que permiten que los hechos y razonamientos jurídicos establecidos en un caso previo, puedan o deban ser considerados en un proceso posterior, pueden requerir de unos elementos menos rígidos para su observancia, los efectos de la cosa juzgada en un sentido negativo son mucho más exigentes y estrictos. En este último caso, es imprescindible que se logre superar el citado “test de la triple identidad”.

Además, aunque en teoría tanto en la jurisdicción ordinaria como en el ámbito arbitral, la cosa juzgada puede ser apreciada o invocada de oficio por el juez o por el árbitro encargado del caso, en la práctica lo más habitual y lógico es que esta cuestión sea planteada como una excepción procesal por la parte demandada. Esto se debe a que resulta bastante improbable que un tribunal arbitral, o incluso un tribunal judicial, tenga un conocimiento más detallado o

39 Sentencia nº 410/2010 del Tribunal Supremo de 23 junio 2010, rec. nº 2952/2002 [RJ 2010, 4907].

40 SCHAFFSTEIN, S. *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, 2015, pág. 43.

41 BNSAUDE, D. *The International Law Association's Recommendations on Res Judicata and Lis Pendens in International Commercial Arbitration*, en *Kluwer Law International 2007*, Vol. 24, Issue 4, pág. 416.

preciso sobre la existencia de un laudo o una sentencia anterior que las propias partes que participaron directamente en la disputa original. En otras palabras, las partes involucradas son las que mejor conocen los antecedentes procesales y los laudos previamente emitidos, lo que las coloca en una posición privilegiada para alegar la existencia de cosa juzgada. Este planteamiento tiene, además, el objetivo de evitar que el tribunal tenga que investigar activamente la existencia de resoluciones previas, permitiendo que sea la parte interesada quien asuma la carga de la prueba en este aspecto⁴².

Los efectos prácticos de la cosa juzgada más allá de su acomodo como excepción procesal se han trasladado, especialmente, en acciones de anulación de laudos. La Ley de Arbitraje confiere a la acción de anulación una serie de motivos tasados recogidos en su artículo 41, bajo los cuales puede entablarse, con el fin de aportar garantías a las partes que deciden libremente someter sus disputas a arbitraje. Entre dichos motivos, el Tribunal Constitucional ha reconocido que se encuentra la “vulneración de la intangibilidad de una resolución firme anterior”⁴³. Esta doctrina constitucional ha sido eventualmente acogida en diferentes acciones de anulación de laudos⁴⁴. Por tanto, podemos concluir que la vulneración de los efectos de cosa juzgada de un laudo es constitutiva de una irregularidad que puede vulnerar el orden público procesal y, por tanto, conllevar la anulación de aquél.

El hecho de que la vulneración de la cosa juzgada haya sido entendida por los tribunales como una vulneración del orden público procesal, tiene importantes repercusiones en materia de ejecución de laudos extranjeros. Así, el artículo V.2 (b) del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (“**CNY**”) establece que podrá denegarse el reconocimiento y ejecución de un laudo en el caso de que sea contrario al orden público del país en el que se pide dicho reconocimiento y ejecución.

En este sentido, resultan especialmente esclarecedoras las recomendaciones emitidas por el Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la Asociación de Derecho Internacional presentadas en la LXIX Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, celebrada en Londres en julio 2002 (“**las Recomendaciones**”)⁴⁵, que tuvo como objeto la clarificación del concepto orden público a nivel internacional ante la falta de concreción del CNY.

En particular, la Recomendación 1 (e) estableció que la vulneración de la cosa juzgada es una contravención del orden público procesal y, por tanto, un motivo para negar el reconocimiento y ejecución de un laudo bajo el CNY. Así, en caso de que se solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo cuyo contenido contraviene una decisión firme anterior, éste podría ser denegado.

En conclusión, pese a la falta de homogeneidad entre jurisdicciones y las problemáticas en la práctica arbitral internacional derivadas de ésta, la cosa juzgada no conlleva una extinción de

42 BERNARDO SAN JOSÉ, A. “Principales efectos [...]”, op.cit., pág. 128:

En principio, la eficacia excluyente de este óbice procesal puede hacerse valer tanto de oficio, como a instancia de parte. No obstante, si ya en el ámbito estrictamente jurisdiccional es muy poco probable que los tribunales aprecien la cosa juzgada si la existencia del primer proceso y de la primera sentencia no se pone de manifiesto por quienes, de ordinario, los conocen, que son quienes se han visto afectados por ella, es aún mucho más improbable que el tribunal sepa que hay cosa juzgada cuando ésta deriva de un laudo arbitral del que por sí solo difícilmente podrá tener algún conocimiento.

43 Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 febrero 2021 [RTC 2021, 17].

44 Entre otras, Sentencia nº 19/2023 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 mayo 2023, rec. nº 55/2022 [JUR 2023, 238744] y Sentencia nº 13/2022 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 28 julio 2022, rec. nº 6/2022 [JUR 2023, 206245].

45 Disponibles en la Revista Trimestral Arbitration International, publicada por la *London Court of International Arbitration*, núm. 2/2003.

la cláusula arbitral absoluta. Sin embargo, en caso de no respetarse la cosa juzgada de una resolución anterior, podría estimarse una acción de anulación de un laudo o negarse el reconocimiento y ejecución de este bajo el CNY.

IV. La extinción de la cláusula arbitral como excepción para la ejecución de un laudo

La cláusula arbitral, como hemos visto, puede verse extinguida bajo determinados supuestos. Para el estudio de las consecuencias de esta circunstancia, corresponde en primer lugar referirse al principio de separabilidad del convenio arbitral.

De acuerdo con este principio, ampliamente reconocido y consagrado en la práctica internacional del arbitraje, el convenio arbitral que está incorporado o integrado dentro de un contrato principal no se ve perjudicado, afectado ni anulado por la eventual ineficacia, nulidad o resolución de dicho contrato principal. Es decir, aun cuando el contrato o parte del mismo al que se encuentra ligado el convenio arbitral sea considerado nulo, inválido, o de alguna forma ineficaz, esto no implica que el convenio arbitral pierda su validez o deje de producir efectos jurídicos⁴⁶. Por el contrario, dicho convenio arbitral continúa operando y desplegando sus efectos, de manera independiente y autónoma respecto del destino o la situación jurídica del contrato en el que se inserta. Este principio de separabilidad o autonomía del convenio arbitral garantiza que las partes puedan resolver sus controversias mediante arbitraje, sin que ello dependa de la validez del contrato que contiene la cláusula arbitral, permitiendo así la continuidad del procedimiento arbitral aun en situaciones donde el contrato principal haya sido impugnado o declarado ineficaz⁴⁷. Es decir, el objeto del convenio arbitral no es el contrato principal, sino el litigio o disputa que pueda surgir entre las partes en conexión con aquel. A estos efectos, resulta también posible, por tanto, que el convenio arbitral se extinga o resulte ineficaz, sin que lo sea el contrato principal.

Partiendo de esta idea, debe quedar descartada cualquier excepción de inexistencia o extinción de la cláusula arbitral planteada ante la posible ejecución de un laudo que tenga su origen en la nulidad o extinción del contrato principal, con independencia de que la cláusula arbitral se encuentre material y formalmente constituida en éste⁴⁸.

Sin embargo, esta cuestión no implica, en ningún caso, que un convenio arbitral no pueda entenderse como ineficaz o extinto, sino que la argumentación debe dirigirse en exclusiva respecto del convenio arbitral y no sobre los posibles vicios que existan en el contrato en el que se encuentre integrado⁴⁹. Y, por supuesto, el análisis de la validez del convenio arbitral ha de

46 Este fenómeno no es exclusivo de las cláusulas de resolución de disputas, se proyecta sobre otro tipo de obligaciones como son las cláusulas de confidencialidad, los pactos de no competencia, o ciertas obligaciones de información a la contraparte, entre otras.

47 SCHWEBEL, M.S. *International Arbitration: three salient problems*, Cambridge University Press, 1987, pág. 4.

48 ARTUCH IRIBERRI, E. *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Eurolex, 1997, pág. 111.

49 PALAZÓN GARRIDO, M. L. "El principio de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral", en *Arbitraje comercial Internacional (un estudio de Derecho comparado)*, Civitas-Thomson-Reuters, 2020, pág. 27:

Lo anterior no quiere decir que los árbitros no puedan llegar a la conclusión de que el acuerdo arbitral es ineficaz o ha expirado, pero lo será sobre la base de una valoración independiente respecto del contrato y por causas que le afecten de modo propio, si bien pueden ser las mismas que fundamentaron la ineficacia o extinción del contrato. Ciertamente, habiendo sido otorgados en el mismo momento, algunos vicios les pueden afectar conjuntamente; pero también es posible que las causas de ineficacia sean específicas y afecten a uno y no al otro.

realizarse desde la perspectiva del derecho al que se encuentre sometido el acuerdo, pudiendo ser diferente del derecho aplicable al fondo del contrato principal⁵⁰.

La extinción del convenio arbitral, así como su validez o invalidez, son elementos esenciales para que pueda darse el reconocimiento del laudo final⁵¹. Así, a continuación, analizaremos las posibilidades que existen para plantear una objeción a la ejecución de un laudo con razón de la extinción del convenio arbitral.

El CNY establece en su artículo V los motivos tasados por los cuales puede negarse el reconocimiento y ejecución de un laudo, dando lugar a un principio en favor de la ejecución (*favor executio-nis*)⁵². Entre ellos, se encuentra la inexistencia o invalidez del convenio arbitral en su artículo V.1 (a)⁵³.

Por lo tanto, se nos plantea la cuestión de si la extinción de una cláusula arbitral debe ser interpretada de manera equivalente a su invalidez o inexistencia, al menos en términos relativos o contextuales. En otras palabras, surge la interrogante de si, a pesar de que en un momento determinado dicha cláusula arbitral pudo haber sido considerada válida y operativa, o incluso eficaz para resolver una disputa específica entre las partes involucradas, podría resultar que esa misma cláusula ya no sea válida o aplicable en relación con el laudo cuyo cumplimiento o ejecución se está solicitando en la actualidad.

Esto nos lleva a analizar si la validez de una cláusula arbitral es siempre continua o si puede estar sujeta a variaciones, dependiendo de factores como el tiempo, la naturaleza de la controversia o los efectos de las resoluciones arbitrales emitidas posteriormente, lo que genera un escenario en el que la extinción de la cláusula podría ser percibida como una circunstancia diferenciada de su invalidez original o inexistencia jurídica desde el inicio. La respuesta sugiere que se podría llegar a un entendimiento razonable, en el sentido de que la extinción de la cláusula arbitral podría verse como algo equivalente a su falta de existencia, al menos en términos de efectos que no se retrotraen en el tiempo (*ex nunc*).

Sobre la posibilidad de alegar esta cuestión existen dos objeciones principales: (i) si es necesario que la parte que se opone al reconocimiento y ejecución del laudo hubiera instado esta cuestión con anterioridad y (ii) si esta cuestión puede entenderse como una vulneración del principio *Kompetenz-Kompetenz*, en tanto, se estaría revisando la decisión que tomó un tribunal arbitral respecto de su competencia para conocer de una determinada disputa.

En cuanto a la primera de las objeciones planteadas, es importante señalar que ha habido, en algunos casos, un criterio aislado en la jurisprudencia que ha establecido la exigencia de que la parte que se opone a la ejecución del laudo arbitral haya ejercido previamente una acción específica con dicho objeto. Este criterio, aunque no mayoritario, ha sido aplicado en diversas

50 Entre otros, laudo CCI n° 1507/1970: “[A]n arbitration clause in an international contract may perfectly well be governed by a law different from that applicable to the underlying contract” y laudo CCI n° 5505/1987: “parties may submit an arbitration agreement to a law which is not the substantive law of the main contract.”

51 LEW, J.D.M., “The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause” en *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards 40 Years of application of the New York Convention*, ICCA Congress Series, n°9, Kluwer Law International, pág. 128.

52 CREMADES, B. “Los Convenios de Nueva York y Ginebra: Reconocimiento y Ejecución del Laudo Anulado en la Sede”, en *Estudio de e la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, 2008, págs. 726-733.

53 Artículo V del CNY:

Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad, en virtud de la Ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia.

ocasiones por ciertos tribunales, los cuales han considerado necesario que se demuestre que dicha acción fue intentada con anterioridad como un requisito previo para poder sustentar la oposición a la ejecución del laudo⁵⁴.

En cuanto a la segunda objeción, han existido de manera repetida y constante numerosos casos en los que la jurisdicción ordinaria ha considerado que se estaba excediendo o yendo más allá de sus facultades al evaluar y determinar la competencia que tenía un tribunal arbitral para asumir y resolver una disputa específica o determinada⁵⁵.

Salvando estas posibles objeciones que pudieran concurrir, también resulta relevante que la posible oposición a la ejecución de un laudo por la extinción del convenio arbitral podría fundarse bajo el artículo V.2 (b) del CNY⁵⁶. Esto es, que la ejecución del laudo pudiera ser contrario al orden público.

V. Consideraciones finales

Así las cosas, parece razonable entender que la extinción de la cláusula arbitral en los supuestos mencionados podría ser una motivación suficiente para fundamentar una oposición al reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral. Sin embargo, esta posibilidad se encuentra sujeta a ciertas limitaciones que varían según la jurisdicción y el derecho aplicable al convenio arbitral en el caso concreto. En cualquier caso, la potencial equivalencia entre la extinción de la cláusula arbitral con su inexistencia podría dar lugar a una sólida argumentación en materia de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

54 En este sentido, Sentencia nº 337/2005 de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 29 abril 2005, rec. nº 707/2004 [JUR 2005, 205809].

55 En este sentido, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 junio 2021 [AC 2021, 1380] y Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 68/2021 de 10 noviembre 2021, rec. nº 98/2020 [JUR 2022, 10591].

56 "Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país".

Novedades del régimen jurídico de la reutilización de aguas residuales. Aspectos controvertidos y principales aportaciones del Real Decreto 1085/2024, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de reutilización del agua

Antoni Companys Alet

Counsel de Pérez-Llorca

DERECHO ADMINISTRATIVO Y MEDIO AMBIENTE

I.	Introducción	47
II.	Consideraciones generales sobre la actividad de reutilización de aguas residuales	49
	1. Antecedentes normativos y concepto de “reutilización de aguas”	49
	2. Infraestructuras vinculadas con la reutilización de aguas y operadores intervinientes. Aproximación de la normativa a la actividad de regeneración de aguas	51
III.	Primer régimen jurídico de la reutilización de aguas establecido en el Real Decreto 1620/2007 e incidencia del Reglamento (UE) 2070/741	52
	1. Títulos habilitantes para la reutilización de aguas residuales	52
	2. Sobre el objeto de la concesión y autorización de aguas regeneradas. La cobertura administrativa de los usuarios finales de las aguas regeneradas.	53
	3. La aprobación del Reglamento (UE) 2020/741 y la exigencia de un permiso específico para la actividad de producción de agua regenerada	55
IV.	Principales novedades del artículo 109 de la Ley de Aguas modificado por el Real Decreto-Ley 4/2023	55
	1. Planteamiento de la reforma del artículo 109 de la Ley de Aguas	55
	2. La disociación entre la producción y el consumo de agua regenerada	56
	3. El Plan de gestión del riesgo a definir e implementar por todos los sujetos participantes del sistema de reutilización de aguas	58
	4. Régimen de adecuación de los títulos administrativos e instalaciones de regeneración preexistentes	59
	5. Sobre la naturaleza de la contraprestación a abonar por el usuario final de aguas regeneradas procedentes de una ERA de titularidad pública	60
V.	Principales aportaciones del Real Decreto 1085/2024	63
	1. Previsiones relativas al ámbito de aplicación del Real Decreto: la exclusión de la recirculación de aguas en la industria y los usos ambientales	63
	2. Régimen de la autorización de producción y suministro de agua regenerada	64
	3. Posibilidad que un productor de agua regenerada sea simultáneamente concesionario y suministre a múltiples usuarios finales	65
	4. Sobre la exigencia de precio o tarifa por el productor de agua regenerada. Potestad de los organismos de cuenca e incidencia de ordenanzas municipales	66
	5. Previsiones sobre el fomento del agua regenerada	69
VI.	Diferencias entre la regulación del servicio de producción y suministro de aguas regeneradas y otras actividades de suministro de agua	70
	1. Tratamiento de la actividad de desalinización de aguas marinas	71
	2. El servicio de suministro de agua regenerada y su diferenciación respecto del servicio público de abastecimiento de agua potable	71
VII.	Conclusiones	74



Fecha de recepción
9 de octubre de 2024



Fecha de aceptación
13 de noviembre de 2024



Resumen: En este artículo se abordan las principales novedades del régimen jurídico de la reutilización de las aguas en España derivado de la reforma del artículo 109 de la Ley de Aguas por el Real Decreto-ley 4/2023, así como del Real Decreto 1085/2024, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de reutilización del agua. La regeneración y reutilización de aguas residuales es una actividad del ciclo integral del agua que está llamada a tener un amplio desarrollo en los próximos años a fin de garantizar el suministro de agua en contextos de sequía cada vez más prolongados. El artículo expone la evolución normativa de esta actividad y recoge varias reflexiones sobre las principales incógnitas que plantea su régimen jurídico.

Abstract: This article discusses the main novelties in the legal framework for water reuse in Spain, stemming from the reform of Article 109 of the Water Law by Royal Decree-Law 4/2023, as well as the Royal Decree 1085/2024, of October 22, approving the Regulation on Water Reuse. Water reuse is an activity within the integrated water cycle that is expected to see significant development in the coming years in order to ensure water supply in increasingly prolonged drought contexts. The article outlines the regulatory evolution of this activity and offers several reflections on the main uncertainties posed by the legal framework.



Palabras clave: Ley de Aguas; Reglamento (UE) 2020/741, Real Decreto 1085/2024, derecho del medio ambiente; reutilización de aguas residuales; agua desalada; economía circular; servicios públicos, sequía hidrológica, tarifas de los servicios hidráulicos.

Key words: Water Law; EU Regulation 2020/741, Royal Decree 1085/2024, environmental law; wastewater reuse; desalinated water; circular economy; public services, hydrological drought, water service tariffs.

Novedades del régimen jurídico de la reutilización de aguas residuales. Aspectos controvertidos y principales aportaciones del Real Decreto 1085/2024, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de reutilización del agua

I. Introducción

La situación de sequía prolongada que han experimentado diversos territorios¹ en los últimos años ha provocado que la seguridad hídrica y la mejora de la eficiencia en el uso del agua sean prioridades tanto de las Administraciones públicas competentes en la materia como de los operadores de los sectores económicos afectados.

Como es conocido, una de las vías para disponer de recursos hídricos al margen de la pluviometría es la generación de recursos hídricos “no convencionales”, es decir, el agua regenerada y el agua desalada.

Por lo que se refiere al agua regenerada, este recurso se obtiene mediante la aplicación de un tratamiento adicional a las aguas residuales ya depuradas, de forma que en lugar de verterse a dominio público hidráulico o marítimo-terrestre, se destinan al abastecimiento de usos que no requieren agua potable (agrícolas, industriales, recreativos, ambientales, etc.). Ello permite que determinados usuarios sustituyan caudales de agua potable por agua regenerada, de forma que se amplían los recursos hídricos totales y se incrementa la garantía para el abastecimiento de agua a la población.

La reutilización de las aguas residuales es actualmente relativamente baja. Las estimaciones publicadas apuntan a un 10%² de los vertidos de aguas residuales urbanas en el dominio público hidráulico o marítimo-terrestre, con notables diferencias entre comunidades autónomas, de forma que existe un amplio margen de mejora en el aprovechamiento de este recurso, tanto en el caso de las aguas residuales objeto de los servicios públicos de tratamiento de aguas residuales, como en el caso de las aguas residuales generadas y tratadas por el sector industrial.

Desde la óptica jurídica, el pasado ejercicio 2023 y el presente ejercicio 2024 han supuesto un punto de inflexión en la regulación de la reutilización de las aguas residuales.

En primer lugar, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia³ ya contemplaba la modificación del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto

1 En particular, las cuencas internas de Cataluña, las cuencas mediterráneas de Andalucía, la Demarcación del Júcar y del Segura, y parte de la cuenca del Ebro (“Informe mensual de seguimiento de la situación de sequía y escasez”, de Marzo de 2024 y junio de 2024; Dirección General del Agua, Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico).

2 MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO, “Fomento de la reutilización de las aguas residuales. Informe Complementario”, Madrid, octubre 2020. https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/agua/temas/planificacion-hidrologica/6_ic_reutilizacion_1_tcm30-514162.pdf.

3 GOBIERNO DE ESPAÑA, “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Componente 5, Preservación del

refundido de la Ley de Aguas ("**Ley de Aguas**") y la aprobación del nuevo reglamento que sustituyera al Real Decreto 1620/2007, de 7 de diciembre, por el que se establece el régimen jurídico de la reutilización de las aguas depuradas ("**Real Decreto 1620/2007**"). La motivación de dicho cambio normativo apuntaba a la necesidad de alinear el marco normativo español con los objetivos del Pacto Verde Europeo, como presupuesto para poder promover inversiones vinculadas con la depuración y la reutilización de aguas residuales.

En segundo lugar, con fecha 26 de junio de 2023 devino aplicable el Reglamento (UE) 2020/741 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 2020 relativo a los requisitos mínimos para la reutilización del agua ("**Reglamento (UE) 2020/741**"). Así, por primera vez se armonizaba en el ámbito de la Unión Europea la regulación de una concreta modalidad de regeneración de aguas residuales, la procedente de estaciones de depuración de aguas residuales ("**EDAR**") urbanas, y para una concreta finalidad, el uso agrícola. Las otras posibles modalidades no son por tanto objeto de armonización, ni por lo que se refiere al origen de las aguas residuales (eg. aguas industriales), ni por lo que se refiere al resto de usos potencialmente abastecidos por aguas regeneradas (industriales, recreativos, urbanos o ambientales).

En tercer lugar, y motivado por la entrada en vigor del referido Reglamento (UE) 2020/741, con fecha 4 de mayo de 2023 el Gobierno aprobó el 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 y al agravamiento de las condiciones del sector primario derivado del conflicto bélico en Ucrania y de las condiciones climatológicas, así como de promoción del uso del transporte público colectivo terrestre por parte de los jóvenes y prevención de riesgos laborales en episodios de elevadas temperaturas ("**Real Decreto-ley 4/2023**"), por el que se modificó el artículo 109 de la Ley de Aguas, introduciendo cambios relevantes en el régimen jurídico de la reutilización de las aguas, hasta entonces regulado, principalmente, en el mencionado Real Decreto 1620/2007.

La reforma de urgencia del artículo 109 de la Ley de Aguas operada por el Real Decreto-ley 4/2023, que entró en vigor el 13 de mayo de 2023, además de alinear la regulación española en materia de reutilización de aguas residuales con lo dispuesto por el Reglamento (UE) 2020/741, pretendía eliminar determinados obstáculos normativos que, según el Gobierno, lastraban la promoción de la reutilización⁴ de aguas residuales.

En cuarto y último lugar, con fecha 27 de noviembre de 2023⁵, el Gobierno publicó y sometió a información pública⁶ el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de reutilización de las aguas, promovido por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (el "**Proyecto de Real Decreto**").

El Proyecto de Real Decreto sufrió distintas modificaciones durante el proceso de elaboración⁷ y fue finalmente aprobado por el Consejo de Ministros de 22 de octubre de 2024, dando lugar al

Litoral y de los Recursos Hídricos", 16 de junio de 2021, página 15. https://planderecuperacion.gob.es/sites/default/files/2023-11/29112023_adenda_plan_de_recuperacion_componente5.pdf.

4 Preámbulo (apartado II) del RD-Ley 4/2023. En el mismo sentido, ver Informe complementario "*Fomento de la reutilización de las aguas residuales*", Dirección General del Agua del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, octubre de 2020.

5 Una aproximación al texto del Proyecto de Real Decreto de 27 de noviembre de 2023 puede encontrarse en el artículo "*Consideraciones sobre el Proyecto de reglamento de reutilización de las aguas y el nuevo modelo legal de fomento de la economía circular del agua*", Companys Alet, Antoni, Revista Técnica de Medio Ambiente, n.º. 252, enero/febrero 2024, (p.158-164).

6 De conformidad con del artículo 26.6 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. El texto publicado consta en el siguiente portal: Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de reutilización de las aguas (miteco.gob.es)

7 Desde la primera publicación del Proyecto de Real Decreto de 27 de noviembre de 2023, el Ministerio elaboró sucesivas versiones del Proyecto de Real Decreto, la última de 23 de julio de 2024, sometida a dictamen del Consejo de Estado.

Real Decreto 1085/2024, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de reutilización del agua y se modifican diversos reales decretos que regulan la gestión del agua, que entró en vigor el 24 de octubre siguiente (el “**Real Decreto 1085/2024**” o el “**Real Decreto**”).

La elaboración del Real Decreto 1085/2024 ha suscitado una elevada participación de los actores implicados en el sector del abastecimiento y reutilización del agua durante el trámite de audiencia e información pública, y ha conllevado que el texto sufra cambios significativos⁸, en la línea de flexibilizar los requisitos para poder distribuir agua regenerada a usuarios finales y dotar a la reutilización de un régimen jurídico más completo.

En este contexto, el presente artículo tiene por objeto exponer las novedades más relevantes del nuevo régimen jurídico de la reutilización de aguas residuales derivado del Real Decreto-ley 4/2023, así como del recientemente aprobado Real Decreto 1085/2024. A tal efecto, se hace un breve recorrido por la evolución normativa de esta actividad del ciclo integral del agua y se exponen algunas reflexiones sobre las principales incógnitas del régimen jurídico de la actividad de regeneración de aguas residuales.

II. Consideraciones generales sobre la actividad de reutilización de aguas residuales

1. Antecedentes normativos y concepto de “reutilización de aguas”

La primera regulación de la reutilización de aguas residuales en España no se produjo hasta la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, que se limitaba a señalar que si la reutilización se llevaba a cabo por persona distinta del primer usuario de las aguas (titular de la concesión de aguas), ambos aprovechamientos se consideraban independientes, y debían ser objeto de concesiones distintas. Por lo demás, se atribuía al Gobierno la obligación de regular las condiciones básicas para la reutilización de aguas (art. 101).

El mandato al Gobierno no cristalizó en ninguna norma, y el texto inicial de la Ley de Aguas de 2001 estableció una regulación de la materia con algún desarrollo adicional, que se ha mantenido hasta la reciente reforma de 2023. Así, se incorporó la figura de la autorización administrativa para el supuesto de que la reutilización fuese solicitada por el titular de la autorización de vertido de las aguas.

El hito fundamental en la regulación de la materia fue la aprobación del Real Decreto 1620/2007, la primera disposición normativa que reguló la reutilización de las aguas residuales, al amparo del cual se han promovido la mayoría de las infraestructuras de reutilización en España, cuyas principales características se exponen en el apartado III.1 del presente trabajo.

⁸ Tal y como expone la Memoria de análisis de impacto normativo de fecha 20 de marzo de 2024, se presentaron más de 60 escritos de alegaciones, y varias de las observaciones formuladas fueron estimadas por el Ministerio, incorporándose en el texto final aprobado.

El Real Decreto en cuestión estableció la primera la definición⁹ normativa completa del término “reutilización de aguas” (art. 2.a)¹⁰, que se ha mantenido, en lo sustancial, en el vigente artículo 109.1 Ley de Aguas, que la define como:

[...] la utilización para un nuevo uso privativo, antes de su devolución al dominio público hidráulico o marítimo-terrestre, de las aguas que, habiendo sido utilizadas por quien las derivó, se han sometido a un tratamiento que permite adecuar su calidad al uso al que se van a destinar. Las aguas sometidas a este tratamiento se denominan aguas regeneradas [...]

La cuestión de los usos admitidos ha sido, por razones obvias, uno de los aspectos más sensibles de la regulación. Así, el uso de agua regenerada se admitió, con distintas calidades y controles exigibles, para cinco tipos de usos autorizados, que podían ser urbanos (limpieza de calles y riego de zonas verdes en esencia), agrícolas, industriales, recreativos o ambientales (recarga de acuíferos y caudales de mantenimiento, normalmente). En cambio, el uso de agua regenerada para el abastecimiento de la población ha estado prohibido con carácter general desde sus inicios, y solo se admite para situaciones de declaración de catástrofe, en las que la autoridad sanitaria debe especificar los niveles de calidad exigidos y los concretos usos autorizados (art. 4.4.a) Real Decreto 1620/2007 y art. 109.3 Ley de Aguas.

Debe advertirse que además del concepto normativo “reutilización de aguas” definido por el Real Decreto 1620/2007 y el vigente artículo 109.1 Ley de Aguas, con ocasión de la situación de sequía, se ha promovido igualmente en determinadas zonas costeras como el área metropolitana de Barcelona, la denominada “reutilización potable indirecta”¹¹.

Esta actuación consiste en regenerar las aguas residuales depuradas, pero no para su suministro directo a un usuario final, sino para su bombeo aguas arriba del punto originario de captación de las aguas, de forma que vuelven a integrarse al dominio público hidráulico y, por tanto, vuelven a captarse aguas abajo, sometiéndose de nuevo al correspondiente proceso de potabilización, para su final destino al abastecimiento de la población. Se trata de un modelo igualmente circular de aprovechamiento del agua, de indudable importancia para incrementar la garantía del abastecimiento de la población que hasta la fecha no cuenta con una regulación expresa (ver apartado V.1 del presente trabajo).

9 Con anterioridad, el artículo 272.2 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, en su versión original, establecía que “[a] los efectos del presente Reglamento se entiende por reutilización directa de aguas las que, habiendo sido ya utilizadas por quien las derivó, y antes de su devolución a cauce público, fueran aplicadas a otros diferentes usos sucesivos.”

10 El artículo 2.a) RD 1620/2007 definía la “reutilización” como:

[...] la aplicación, antes de su devolución al dominio público hidráulico y al marítimo terrestre para un nuevo uso privativo de las aguas que, habiendo sido utilizadas por quien las derivó, se han sometido al proceso o procesos de depuración establecidos en la correspondiente autorización de vertido y a los necesarios para alcanzar la calidad requerida en función de los usos a que se van a destinar [...]

11 En el mes de diciembre de 2022 empezó la aportación de agua regenerada en el tramo final del río Llobregat (hasta 1,5 m³/s) con el objetivo de incrementar el caudal de agua, que posteriormente se trata aguas abajo (“La reutilització de l’aigua a Catalunya Un recurs estratègic per incrementar la garantia d’aigua i la resiliència davant l’emergència climàtica, Agència Catalana de l’Aigua, junio de 2023).

2. Infraestructuras vinculadas con la reutilización de aguas y operadores intervinientes. Aproximación de la normativa a la actividad de regeneración de aguas

Desde la óptica de las infraestructuras que permiten la reutilización de aguas residuales, deben destacarse los siguientes elementos que conforman los denominados sistemas de reutilización de aguas residuales.

Como infraestructura esencial, se requiere una instalación con capacidad para realizar el tratamiento adicional para obtener o producir “aguas regeneradas”. Este tratamiento puede realizarse en la misma instalación de depuración que trata las aguas residuales, normalmente conocidas como estaciones de depuración de aguas residuales (“**EDAR**”), o bien en otra instalación, que puede ser o no contigua a la EDAR, normalmente conocida como estación de regeneración de aguas (“**ERA**”).

El otro elemento imprescindible para implementar la reutilización de aguas residuales y que influye significativamente en su coste, es la distribución hasta los puntos de consumo. El agua regenerada no puede distribuirse, como consecuencia de su distinta calidad, con la infraestructura de distribución del agua potable destinada al consumo humano¹² y, por consiguiente, requiere una infraestructura de almacenamiento y distribución diferenciada, que conduzca el agua hasta los usuarios finales.

Este conjunto de instalaciones vinculadas con el sistema de reutilización, pueden calificarse como de “obras hidráulicas”, pues el artículo 122 de la Ley de Aguas¹³ se refiere expresamente a bienes inmuebles destinados a la “reutilización”, de forma que, en el caso de instalaciones de titularidad pública, podrán ser de competencia de la Administración General del Estado (“**AGE**”), si son de interés general (art. 124 Ley de Aguas), y, en otros casos, de las comunidades autónomas y entes locales (art. 124.3 Ley de Aguas).

De dicha descripción de los elementos esenciales de todo sistema de reutilización ya se desprenden también los principales agentes intervinientes en la cadena de producción, suministro y distribución del agua regenerada. Así, existirá en todo caso un gestor de la EDAR, un gestor de la ERA, que puede ser o no coincidente con el primero; eventualmente, un operador de las redes de distribución y almacenamiento de agua regenerada; y, finalmente, los usuarios finales del agua regenerada.

Ello pone de relieve que el marco normativo debería regular el conjunto de relaciones y servicios que tienen lugar entre la salida de las EDAR (aguas depuradas) y el lugar de consumo de las aguas regeneradas por los usuarios finales. Es decir, debería regular el régimen jurídico aplicable a la producción y suministro de agua regenerada, qué sujetos tienen derecho a usar el agua regenerada y al amparo de qué negocios jurídicos se puede suministrar agua regenerada, incluyendo la retribución a percibir por el titular y gestor de una ERA o, de forma más general, el régimen económico-financiero de la reutilización de aguas regeneradas.

12 Así se desprende del artículo 38 del Real Decreto 3/2023, de 10 de enero, por el que se establecen los criterios técnico-sanitarios de la calidad del agua de consumo, su control y suministro.

13 El artículo 122.1 de la Ley de Aguas establece que:

A los efectos de esta Ley, se entiende por obra hidráulica la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble destinada a la captación, extracción, desalación, almacenamiento, regulación, conducción, control y aprovechamiento de las aguas, así como el saneamiento, depuración, tratamiento y reutilización de las aprovechadas [...].

Pues bien, uno de los aspectos llamativos de la actividad de regeneración y distribución de agua regenerada es que, a diferencia de otras actividades del ciclo integral del agua, en particular, el tradicional servicio público de suministro domiciliario de agua potable, el modelo legal y reglamentario aplicable a la regeneración solo aborda (parcialmente) algunas de las cuestiones apuntadas, y ha contado con una regulación relativamente parca, centrada en esencia en la cuestión de la asignación del recurso hídrico, y en la vertiente sanitaria (control de la calidad del agua), dejando en un segundo plano el conjunto de relaciones jurídicas entre los distintos agentes intervinientes.

De hecho, hasta la modificación de la Ley de Aguas por el Real Decreto-Ley 4/2023 ni tan siquiera existía, desde la óptica jurídica, una clara separación entre el título habilitante que autorizaba la producción y consumo de agua regenerada, y el título que amparaba el consumo y uso de agua regenerada.

Así, a diferencia de los servicios públicos de suministro domiciliario de agua potable y de tratamiento de aguas residuales, que tienen el carácter de esenciales, reservados a los entes locales, y de obligada prestación (art. 26 y 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local ("LBRL")), la legislación estatal no ha extendido por el momento dicha calificación a la actividad de regeneración de aguas residuales y al consiguiente servicio de suministro de agua no potable. Ante este silencio, algunas legislaciones autonómicas, como veremos en el apartado VI.2, han optado por considerar la regeneración como servicio público hidráulico junto a los tradicionales servicios de abastecimiento de agua y saneamiento de aguas residuales.

Todo ello ha conllevado que en las últimas dos décadas hayan proliferado distintos modelos de gestión de sistemas de reutilización en función de la comunidad autónoma, con negocios jurídicos heterogéneos, tanto por lo que se refiere a la gestión de las ERA como a las relaciones jurídicas que han permitido la distribución del agua regenerada desde las ERA hasta los usuarios finales, heterogeneidad que se ha trasladado igualmente a las prestaciones patrimoniales abonadas por los usuarios finales del agua regenerada.

III. Primer régimen jurídico de la reutilización de aguas establecido en el Real Decreto 1620/2007 e incidencia del Reglamento (UE) 2070/741

Como se ha mencionado, el primer instrumento normativo que permitió desplegar a gran escala la regeneración de aguas residuales fue el Real Decreto 1620/2007, derogado por la Disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 4/2023 pero que continuó vigente, en lo que no se opusiera al artículo 109 de la Ley de Aguas y al Reglamento (UE) 2020/741, hasta la aprobación del Real Decreto 1085/2024 (disposición derogatoria única). Seguidamente se expondrán las principales previsiones del Real Decreto 1620/2007 que configuraban el modelo autorizatorio de la reutilización de aguas, así como la incidencia del Reglamento comunitario.

1. Títulos habilitantes para la reutilización de aguas residuales

El Real Decreto 1620/2007 estableció que la regeneración y reutilización de aguas requería, con carácter general, una concesión administrativa en los términos del artículo 59 de la Ley de Aguas (art. 3.1), a no ser que fuera solicitada por el titular de la autorización de vertido (art. 3.2), en cuyo caso procedía una autorización administrativa complementaria a la de vertido.

En ambos casos, el título habilitante debía identificar el punto de entrega del agua depurada al titular del sistema de reutilización, las características del sistema de reutilización, esto es, de la ERA y de las infraestructuras de almacenamiento y distribución hasta el punto de entrega a los usuarios, el uso o usos admitidos, el volumen anual solicitado, el lugar de uso del agua regenerada, la calidad del agua regenerada a cumplir hasta el punto de entrega a los usuarios, las medidas de prevención del riesgo, entre otras cuestiones (art. 8.6 y art. 9.4).

Así, cuando el solicitante de la reutilización de aguas era el “primer usuario del agua”, el procedimiento de otorgamiento de la concesión no se sujetaba a competencia de proyectos, de forma que un tercero no podía adquirir el derecho a usar privativamente las aguas regeneradas en cuestión.

La figura del “primer usuario”, correspondía al sujeto titular de la concesión de aguas al amparo de la cual se realizaba la primera utilización de las aguas, y que posteriormente se convertían en aguas residuales. Es decir, a la hora de reutilizar y regenerar unas aguas residuales depuradas, se otorgaba preferencia al sujeto que originariamente captó las aguas en cuestión para su primer uso.

Por el contrario, cuando el solicitante no era el primer usuario del agua (tampoco el titular de la autorización de vertido), el otorgamiento de la concesión de aguas regeneradas se sujetaba a la competencia de proyectos (art. 10), lo que significaba, en esencia, que el organismo de cuenca debía valorar las distintas solicitudes en función de la compatibilidad y orden de preferencia establecido, del interés público de cada solicitud, la utilización racional del agua y la protección del entorno (art. 60.3 y 79.2 de la Ley de Aguas y art. 104 y siguientes del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (“RDPH”).

En cuanto al orden de preferencia para reutilizar aguas, el RD 1620/2007 consideraba que el titular de la autorización de vertido era quien debía disponer en todo caso de prioridad, tanto respecto al primer usuario del agua, como respecto cualquier tercero (art. 3.3 y 3.4).

2. Sobre el objeto de la concesión y autorización de aguas regeneradas. La cobertura administrativa de los usuarios finales de las aguas regeneradas.

Uno de los aspectos más ambiguos del Real Decreto 1620/2007 se refería al concreto objeto de las concesiones y autorizaciones de aguas regeneradas, es decir, si la actividad objeto de concesión era conjuntamente la actividad de producción y suministro de agua regenerada y el consumo o uso de agua regenerada, o bien únicamente alguna de dichas actividades.

En otras palabras, si el titular de una concesión o autorización podía: (i) regenerar el agua residual depurada y suministrarla a terceros (usuarios finales no titulares de la concesión o autorización); (ii) regenerarla y consumirla, sin suministro a terceros; o (iii) únicamente consumirla.

Así, el artículo 3 del Real Decreto 1620/2007 señalaba que “la reutilización de las aguas procedentes de un aprovechamiento requerirá concesión administrativa tal como establecen los artículos 59.1 y 109 del texto refundido Ley de Aguas”, remitiéndose a continuación al régimen jurídico general de las concesiones de aguas.

La previsión estaba regulada en términos ambiguos, ya que no quedaba claro si el solicitante de “la regeneración y reutilización”, debía ser el productor del agua regenerada (titular o gestor de la ERA), el consumidor, o bien debía coincidir en un mismo sujeto ambas condiciones.

Aparentemente, la remisión al régimen general de las concesiones apuntaba a la necesidad de coincidencia del titular de la concesión o autorización con la de usuario, pues el sujeto titular de la concesión es quien debe realizar, en principio, el uso privativo del recurso hídrico (art. 59.1 Ley de Aguas).

Lo cierto es que el Real Decreto 1620/2007 contemplaba previsiones tanto en la dirección de interpretar que un usuario final requería necesariamente alguno de los dos títulos habilitantes previstos (autorización o concesión), como en la línea de entender que podía existir un productor de agua regenerada con título habilitante, y un usuario final meramente, consumidor, sin título habilitante.

No obstante, de los artículos 2.j), 5.5 y 8.6 b) se deducía que la concesión o autorización de reutilización amparaba la actividad de regeneración de aguas residuales (producción de agua regenerada) y que su titular no debía coincidir necesariamente con el usuario final del agua, de forma que estaba habilitado para distribuir el agua a usuarios finales.

Más clara era la regulación relativa a la promoción de ERA de titularidad pública, que contemplaba que el gestor del sistema de reutilización era el titular de la concesión o autorización administrativa, ya fuera una sociedad pública o un concesionario de obra pública (art. 7.2 y 7.5), pero lógicamente para suministrar el agua regenerada a terceros, los usuarios finales. Por consiguiente, se seguía de lo anterior que los usuarios finales no requerían título habilitante alguno, sino un acuerdo con el concesionario de obra pública y titular de la concesión o autorización de reutilización.

En cualquier caso, la aplicación práctica ha consistido en que los organismos de cuenca y las Administraciones públicas promotoras de ERA han entendido que todos los anteriores escenarios eran posibles.

Así, al amparo de dicha interpretación, en varias comunidades autónomas se han promovido sistemas de reutilización en los que el gestor de la ERA actúa como concesionario de las aguas regeneradas y las distribuye a los usuarios finales, de conformidad con distintos negocios jurídicos (convenios administrativos, contratos de suministro), algunos de discutible adecuación. En algunos casos, como en el ámbito catalán, el Decreto Legislativo 3/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la legislación en materia de aguas de Cataluña (“**Decreto Legislativo 3/2003**”) dispone expresamente, en su disposición adicional decimocuarta, que las autorizaciones o concesiones de aguas regeneradas otorgadas por la Agencia Catalana del Agua pueden contemplar la distribución de agua entre distintos usuarios finales.

Una de las consecuencias de la escasa regulación legal de la actividad hasta la fecha, en particular respecto las relaciones entre titulares o gestores de ERA y los usuarios finales, es que los planes hidrológicos han contemplado varias previsiones sobre el uso y producción de agua regenerada. Algunas de ellas responden al contenido propio de este tipo de instrumentos, como el orden de preferencia para asignar caudales de agua regenerada en función del uso, pero otros aspectos regulados son en principio ajenos al objeto de un plan hidrológico, como el orden de prioridades a la hora de gestionar las ERA de titularidad pública, o bien previsiones en relación con las relaciones entre el gestor de la ERA y los usuarios finales.

3. La aprobación del Reglamento (UE) 2020/741 y la exigencia de un permiso específico para la actividad de producción de agua regenerada

Como se ha avanzado, el Reglamento (UE) 2020/741 reguló por primera vez en el ámbito de la Unión Europea una concreta modalidad de reutilización de aguas residuales, la procedente de EDAR urbanas, con destino al uso de riego agrícola. No reguló, por tanto, ni la reutilización de aguas residuales industriales, ni los posibles usos distintos del agrícola (urbanos, recreativos, industriales o ambientales).

La principal novedad del Reglamento comunitario desde la óptica jurídica es la exigencia de un “permiso” para producir y suministrar agua regenerada (art. 6.1). En cambio, tanto el consumo, como la actividad de distribución o almacenamiento de agua regenerada no se sujetan a una autorización específica, y se deja libertad a los Estados miembros para exigir o no un permiso, si bien se condiciona la exigencia de permiso a la necesidad de dar cumplimiento a las medidas del plan de gestión del riesgo (art. 6.7)¹⁴.

Este permiso debe ser solicitado por todas las “partes responsables en el sistema de reutilización” (operador de la ERA, y en su caso entes que distribuyan o almacenen el agua regenerada, etc.), incluidos los usuarios finales (art. 6.2).

Asimismo, el Reglamento contempla la elaboración de un plan de gestión del riesgo, como condición integrante del permiso de para la producción y suministro de agua regenerada, que debe ser suscrito por todas las partes responsables, incluyendo los usuarios finales (art. 5.2). El Reglamento presupone por tanto, que cualquier proyecto de reutilización ya define, desde el momento inicial, quiénes son los usuarios finales, de forma que el operador de la ERA y los usuarios solicitan conjuntamente el permiso para producir agua regenerada, incorporando el plan de gestión del riesgo suscrito por todos ellos.

Dichas previsiones planteaban un difícil encaje con el modelo de reutilización que estaba vigente en España, pues como hemos visto quien formulaba la solicitud de concesión o autorización de reutilización era, de entrada, el “productor” del agua regenerada, pudiendo coincidir o no con los usuarios finales, sin que estos participaran del procedimiento de otorgamiento del título administrativo.

IV. Principales novedades del artículo 109 de la Ley de Aguas modificado por el Real Decreto-Ley 4/2023

1. Planteamiento de la reforma del artículo 109 de la Ley de Aguas

Poco antes de que el Reglamento (UE) 2020/741 deviniera aplicable (el 26 de junio de 2023) el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 4/2023 que modificó el artículo 109 de la Ley de Aguas, relativo a la reutilización de aguas, a fin de alinear el marco normativo español con la aplicación directa del Reglamento en cuestión.

14 Art. 6.7 del Reglamento (UE) 2020/741:

[...] Los Estados miembros podrán exigir que el almacenamiento, la distribución y el uso de aguas regeneradas estén sujetos a la concesión de un permiso específico para que se apliquen los requisitos y barreras adicionales indicados en el plan de gestión del riesgo del agua regenerada a que se refiere el artículo 5, apartado 4.

Así, en lugar de aprobar una nueva disposición reglamentaria que derogara o modificara el Real Decreto 1620/2007, la decisión del Gobierno consistió en modificar el artículo 109 de la Ley de Aguas, a fin de (i) incorporar determinados aspectos del Reglamento (UE) 2020/741 -básicamente la cuestión de los títulos habilitantes y el plan de gestión del riesgo-, de forma que ambas disposiciones legales pudieran coexistir; (ii) incorporar en el precepto legal determinados aspectos que se desarrollaban en el Real Decreto 1620/2007 (orden de preferencia de la reutilización, competencias de los organismos de cuenca, etc.); y (iii) establecer previsiones orientadas a fomentar la regeneración de aguas residuales (eg. obligaciones de aprobación de planes de reutilización, posibilidad de conceder ayudas, etc.).

Dicha modificación presentaba de entrada una importante diferencia con el ámbito objetivo del Reglamento comunitario (aguas residuales urbanas), ya que el nuevo artículo 109 de la Ley de Aguas no estableció limitación alguna en relación con el origen de las aguas susceptibles de reutilizarse ni con los usos autorizados, más allá de prohibir el uso para consumo humano (art. 109.3 Ley de Aguas).

Por tanto, el nuevo régimen legal, como sucedía con el Real Decreto 1620/2007, tiene la vocación de aplicarse a toda reutilización de aguas. Una excepción relevante a la que posteriormente nos referiremos (ver apartado V.1 de este trabajo) es la regeneración de aguas residuales en el marco de procesos industriales, que no se considera reutilización y, por tanto, la regeneración y consumo no queda sujeta ni a autorización ni a concesión por parte de las industrias que la implementen¹⁵.

2. La disociación entre la producción y el consumo de agua regenerada

El régimen de intervención administrativa en materia de reutilización de aguas previsto en el artículo 109 de la Ley de Aguas distingue por primera vez entre la actividad de producción de agua regenerada y su uso o consumo, de la forma siguiente:

La producción y suministro de agua regenerada se somete a autorización administrativa a otorgar por el organismo de cuenca, previo informe preceptivo y vinculante de la autoridad sanitaria, y el sujeto que tiene preferencia para obtener dicha autorización es el titular de la autorización de vertido (art. 109 ter Ley de Aguas). Esta autorización tiene carácter adicional respecto las que pueda requerir una instalación de regeneración de aguas, en particular a la luz de la normativa ambiental vigente en cada comunidad autónoma, o la normativa municipal en materia de actividades (art. 109.2 Ley de Aguas).

El consumo de agua regenerada se somete en todo caso a concesión administrativa, en los mismos términos que cualquier otro uso privativo de un recurso hídrico. No obstante, y de forma similar a lo establecido por el Real Decreto 1620/2007, si el solicitante es el primer usuario de las aguas, podrá obtener la concesión sin trámite de competencia de proyectos, o bien se modificará su concesión originaria si ya contemplaba el uso al que se destinarán las aguas regeneradas (art. 109.bis Ley de Aguas).

La utilización de una concesión administrativa como título habilitante para usar o consumir agua regenerada plantea dos tipos de cuestiones en relación con su adecuación como mecanismo para asignar derechos de uso.

¹⁵ El artículo 109.1 de la Ley de Aguas dispone en su párrafo tercero que: "En usos industriales no tendrá consideración de reutilización de aguas la recirculación de estas dentro de los procesos industriales de la propia actividad."

Por un lado, la exigencia de concesión obedece lógicamente a la tradición del Derecho español en relación con el uso privativo de recursos hídricos, pero esta cuestión es ajena a las medidas de prevención establecidas en cada concreto plan de gestión del riesgo, que es el fundamento que contempla el Reglamento (UE) 2020/741 para que los Estados miembros puedan exigir un permiso específico para el consumo de agua regenerada, así como para su almacenamiento y distribución (art 6.7)¹⁶.

Por otro lado, la exigencia de concesión no deja de ser poco intuitiva, pues el agua regenerada es un recurso hídrico que no presenta las mismas características que el resto de recursos hídricos (aguas superficiales, subterráneas o incluso el agua desalinizada). Así, el agua regenerada no se considera recurso integrante del dominio público hidráulico a diferencia del agua desalinizada (art. 2.e) Ley de Aguas) cuyo uso o consumo exige en todo caso concesión administrativa¹⁷.

Asimismo, las aguas residuales -posteriormente convertidas en agua regenerada-, no son tampoco un recurso hídrico ni un bien integrante del dominio público (a diferencia del agua marina que sí que es un bien de dominio público), sino que se consideran un elemento potencialmente contaminante del dominio público (art. 1. *bis*) a) RDPH).

En cualquier caso, la utilización de la figura de la concesión de aguas permite disponer de un régimen jurídico para asignar el derecho de uso del agua regenerada con criterios de aprovechamiento racional de los recursos y con sujeción al orden de prioridad que establezcan los planes hidrológicos de cuenca, y al conjunto de derechos y obligaciones propios de toda concesión de aguas.

En cuanto a los efectos de esta nueva regulación, lo cierto es que la disociación entre títulos habilitantes podría acarrear consecuencias de orden práctico relevantes a la hora de promover y gestionar sistemas de reutilización de aguas que suministren a múltiples usuarios finales, básicamente derivados de la dificultad de coordinar la oferta de agua regenerada con los potenciales usuarios de esa agua.

En concreto, por lo que se refiere a la promoción de las ERA y del conjunto de infraestructuras de reutilización, el principal obstáculo de coordinación se deriva del distinto procedimiento de otorgamiento de cada título habilitante.

Mientras el otorgamiento de la autorización no está sujeto a un procedimiento competitivo, los títulos habilitantes para el uso sí que lo están cuando el solicitante no es el primer usuario del agua derivada, por lo que la configuración de un nuevo sistema de reutilización, que exige obviamente diseñarse a partir de la identificación de los usuarios finales (de ello depende su viabilidad), debe hacer frente a la indeterminación de las partes implicadas. Tampoco aporta claridad la previsión de la Ley de Aguas (art. 123) según la cual no se puede iniciar la construcción de una obra hidráulica que comporte la concesión de nuevos usos del agua sin que previamente se obtenga la correspondiente concesión o reserva demanial.

En el mismo sentido, en el contexto de la gestión de un sistema de reutilización, la exigencia de un título concesional para consumir agua regenerada puede dificultar la eficiencia de los sistemas de reutilización. Desde el momento en que cada usuario final es titular de una concesión, no podrían realizarse fácilmente redistribuciones de agua regenerada en función de las demandas reales de los usuarios (se exigiría en principio la cesión de caudales entre

16 Ver nota al pie nº. 14

17 Sentencia nº 286/2024 del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2024, rec. núm 385/2023 [ECLI:ES:TS:2024:973].

los distintos concesionarios), y las ampliaciones de capacidad de regeneración de las instalaciones exigirían modificar tanto la autorización para la producción y suministro como todas las concesiones (para reflejar el incremento de caudales), en este segundo caso, con arreglo al procedimiento general establecido en la Ley de Aguas y el RDPH.

Por consiguiente, la disociación de actividades y títulos administrativos derivada del nuevo artículo 109 de la Ley de Aguas planteó retos que hasta la fecha no se daban, y podría dificultar la continuidad de sistemas de reutilización promovidos al amparo del Real Decreto 1620/2007 en que operadores de ERA suministran agua regenerada a múltiples usuarios finales al amparo de una autorización o concesión de aguas regeneradas.

Esta problemática no deriva del Reglamento comunitario, que como hemos visto no exige permiso alguno para la actividad de consumo, distribución o almacenamiento de agua regenerada. El Reglamento comunitario parte de la base que la autorización para la producción de agua regenerada ya establece los lugares en los que se utilizará el agua regenerada (ar. 6.3).

En definitiva, todo ello pone de relieve que una de las grandes incógnitas del nuevo artículo 109 Ley de Aguas era cómo debía coordinarse la oferta y demanda de agua regenerada, aspecto que es esencial para la viabilidad de cualquier sistema de reutilización.

Como veremos en el apartado V, el Real Decreto 1085/2024 ha pretendido dar respuesta a esta problemática. Así, mientras en la primera versión del Proyecto de Real Decreto se contempló la posibilidad de constituir comunidades de usuarios entre productores y consumidores (versión inicial de 27 de noviembre de 2023), la norma reglamentaria finalmente aprobada permite que un operador de ERA sea simultáneamente titular de la autorización y de la concesión para distribuir agua regenerada a distintos usuarios finales.

3. El Plan de gestión del riesgo a definir e implementar por todos los sujetos participantes del sistema de reutilización de aguas

El segundo elemento novedoso es la incorporación del instrumento del Plan de gestión del riesgo establecido por el Reglamento (UE) 741/2020 (art. 109.ter.3 Ley de Aguas).

Este documento debe identificar el conjunto de riesgos vinculados con la producción, la distribución y el uso de las aguas regeneradas y las medidas y actuaciones necesarias para mantenerlo en niveles aceptables para el medio ambiente, la salud humana y la sanidad animal. A tal efecto, debe establecer las medidas de coordinación y responsabilidades de cada "parte responsable" y de los usuarios finales.

Tiene por tanto un objeto mucho más amplio que el programa de autocontrol regulado por el artículo 2.1) del Real Decreto 1620/007, tanto por lo que se refiere a su contenido como a los sujetos con obligaciones. En efecto, el programa de autocontrol se limitaba a la realización de controles analíticos sobre el correcto funcionamiento del sistema de reutilización, que debía realizar el titular de la autorización o concesión de reutilización de aguas.

En cuanto a los sujetos obligados a observar y a formular el Plan de gestión del riesgo, son todas aquellas "partes responsables", término que no se define en el nuevo artículo 109 Ley de Aguas, pero sí que se recoge en el Reglamento (UE) 2020/741 (art. 3.14) e incluye, en cualquier caso, el productor de agua regenerada. En función del sistema de reutilización, también podrían existir otras partes responsables, como el operador que distribuya el agua

regenerada, o el que la almacene, y su intervención y responsabilidad debería recogerse en el Plan de gestión del riesgo.

El Plan de gestión del riesgo debe ser presentado junto a la solicitud de otorgamiento, renovación o modificación de la autorización de producción o suministro de aguas regeneradas por parte de todas las partes responsables, así como los usuarios finales, para su valoración por el organismo de cuenca, y su cumplimiento será una de las condiciones de la autorización (art. 109.1 ter Ley de Aguas).

De nuevo, esta elaboración “conjunta”, entre todas las “responsables”, incluidos los usuarios finales (art. 109.ter.3 Ley de Aguas), planteaba una difícil aplicación práctica, pues siempre que los usuarios deban obtener una concesión mediante el trámite de competencia de proyectos (por no ser los primeros usuarios), no tendrán asegurado el derecho de uso de las aguas en cuestión, por lo que no podrán suscribir ningún documento con el titular de la autorización de regeneración (en caso de haberse otorgado). Por tanto, no parece coherente exigir que el Plan de gestión del riesgo se elabore y presente, en cualquier supuesto, por los usuarios finales.

Por ello, el Real Decreto 1085/2024 ha optado sencillamente -apartándose del precepto legal antes mencionado- por exigir la conformidad al Plan de gestión del riesgo a las “partes responsables”, excluyendo de su definición a los usuarios finales (art. 2.t) y art. 21.3 del Real Decreto). Además la presentación del Plan de gestión del riesgo no deberá realizarse con la presentación de la solicitud de autorización sino durante la tramitación del procedimiento (art. 7.4).

4. Régimen de adecuación de los títulos administrativos e instalaciones de regeneración preexistentes

A la vista de la modificación de los títulos habilitantes para reutilizar aguas residuales, el Real Decreto-ley 4/2023 contempla un régimen transitorio de adecuación de las ERA preexistentes y de los usuarios de aguas regeneradas.

La disposición transitoria única incluye dos apartados relativos a los títulos que amparaban el “uso” de agua regenerada, y otros dos apartados que se refieren a los supuestos de “producción de agua regenerada”, por referencia a su inclusión o no en el ámbito del Reglamento (UE) 2020/741, sin referencia al título habilitante de la actividad de producción de agua regenerada.

Respecto al primer grupo de supuestos, se diferencia entre el título que amparaba el uso de agua regenerada, esto es, autorización o concesión. Así, en línea con el nuevo régimen de intervención administrativa, se establece que los titulares de autorizaciones de “uso” de aguas regeneradas deberán solicitar la oportuna concesión de aguas (o modificación de la que tuvieren), que se tramitará sin competencia de proyectos, antes del 31 de diciembre de 2028.

Por su parte, los titulares de concesiones de uso de aguas regeneradas deberán solicitar, en su caso, la modificación de la concesión vigente para su adaptación al nuevo régimen legal, que se tramitará sin competencia de proyectos, antes del 31 de diciembre de 2028 (o antes de la fecha de extinción de la concesión si se produce con anterioridad).

Respecto al segundo grupo de supuestos, relativos a los “productores” de agua regenerada, se establece que las entidades que realizaban operaciones de producción y suministro de aguas regeneradas incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2020/741 (es decir, regeneración de aguas residuales urbanas para uso agrícola), debían solicitar la correspondiente

autorización antes del 26 de junio de 2023, coincidente con la fecha de aplicación del Reglamento (UE) 2020/741. Por tanto, el retraso en el cumplimiento del Reglamento comunitario será, en principio, el plazo de resolución y otorgamiento de estas autorizaciones.

Por otro lado, las entidades que regeneran aguas residuales no incluidas en el Reglamento (UE) 2020/741 (es decir, regeneración de aguas residuales urbanas para usos distintos del agrícola o regeneración de aguas residuales no urbanas) deberán solicitar la correspondiente autorización de producción o suministro de aguas regeneradas ante el organismo de cuenca competente antes del 31 de diciembre de 2025.

La aplicación de este régimen de adecuación puede generar distintas incertidumbres, por cuanto lo cierto es que en muchos supuestos, las autorizaciones y concesiones de reutilización aguas dan cobertura a la producción de agua regenerada y a su distribución a distintos usuarios finales, tal y como hemos advertido en el apartado III.1 de este trabajo.

Por tanto, existen titulares de concesiones y autorizaciones que no consumen el agua regenerada, sino que la “producen” y la distribuyen a usuarios finales, ya sea porque en el propio título administrativo se identifican los usuarios finales, en línea con el modelo catalán, ya sea porque el suministrador llega a acuerdos con el usuario final para el suministro del agua regenerada.

Todos estos supuestos no parecen abordados por el régimen transitorio. De hecho, una aplicación literal del mismo conduciría a que un productor de agua regenerada al amparo de una concesión, deba solicitar una autorización antes del 31 de diciembre de 2025, -cuando esta se puede ir renovando, mientras la concesión tiene un plazo máximo- pero nada se prevé respecto los usuarios finales que no disponen ni autorización ni concesión, y que la obtienen por acuerdo por el productor del agua regenerada.

El régimen transitorio finaliza con una mención a la obligación de las Administraciones públicas de elaborar planes de fomento de la reutilización de agua asociados a usos urbanos, es decir a las aguas residuales tratadas por las EDAR, que operan al amparo del servicio público de tratamiento de aguas residuales, señalando que, como máximo, deberán presentarlos el 31 de diciembre de 2028.

5. Sobre la naturaleza de la contraprestación a abonar por el usuario final de aguas regeneradas procedentes de una ERA de titularidad pública

Por último, uno de los aspectos que, de forma un tanto sorprendente, no se regula -ni tan siquiera se menciona-, en el nuevo artículo 109 Ley de Aguas, es el relativo al régimen económico-financiero de la regeneración de aguas residuales.

Así, en cuanto a la financiación de los sistemas de reutilización, lo único que contempla el artículo 109 de la Ley de Aguas es que en los planes hidrológicos los organismos de cuenca podrán conceder ayudas a los usuarios de concesiones de aguas superficiales o subterráneas cuando proceda la sustitución total o parcial de estas fuentes por aguas regeneradas (art. 109 quinquies). Por tanto, estas ayudas se concederían al titular de la concesión de aguas regeneradas, como confirma el artículo 109.1 de la Ley de Aguas, lo que parece incoherente con el hecho de que el sujeto que realizará la inversión sería el titular de la autorización para producir y suministrar agua regenerada, y no el titular de la concesión de aguas regeneradas, salvo que ambas condiciones concurren en el mismo sujeto, precisión que no realiza el precepto legal.

La falta de regulación de la retribución de la actividad de regeneración de aguas es una ausencia llamativa, ya que esta materia era una de las cuestiones que no abordaba el Real Decreto 1620/2007, y que ha ocasionado una disparidad importante de criterios entre comunidades autónomas y entes locales.

En efecto, el Real Decreto 1620/2007 únicamente señalaba que los costes para regenerar las aguas residuales y adecuarlas a las exigencias de calidad vigentes en cada momento corrían a cargo del titular de la concesión o autorización (art. 11.3). Nada se establecía sobre la posibilidad que los costes pudieran ser repercutidos con carácter general a terceros, ya fueran los productores de aguas residuales o a los usuarios finales del agua regenerada mediante las figuras que existen en nuestro ordenamiento, precios, tasas o tarifas (prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario), en función de la naturaleza jurídica de la actividad o la forma de gestión.

La repercusión de costes sería plenamente congruente con los principios que deberían informar la regulación de la actividad, tanto en su vertiente de actividad contaminante (tratamiento de aguas residuales) como en la vertiente de servicio de suministro de agua regenerada, que serían respectivamente el principio de quien contamina paga, y el principio de recuperación de costes de los servicios del ciclo del agua, principios con fundamento tanto comunitario como de derecho interno (art. 111 *bis* Ley de Aguas).

No es desde luego una cuestión menor, ya que la figura retributiva es un aspecto que puede ser esencial tanto para financiar las ERA que se promuevan por parte de Administraciones públicas, como para poder aplicar el principio especial de recuperación de costes de los servicios hidráulicos. Prueba de la confusión existente en la actualidad es que la práctica de las Administraciones públicas competentes es muy dispar en cuanto a la figura empleada, y la utilización de una u otra, no parece tener un encaje en las distintas categorías de prestaciones existentes, en función de la forma de gestión del servicio (tasa, prestación patrimonial pública de carácter tributario, precio público o privado).

Solo por citar algunos ejemplos, el servicio de suministro de agua regenerada se retribuye mediante (i) "tarifas" en el caso de la Comunidad de Madrid¹⁸ o el Área Metropolitana de Barcelona¹⁹ (prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario desde la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, "LCSP"), (ii) precios públicos en el caso varios municipios abastecidos por el Consorcio Aguas Costa Brava²⁰ o en la isla de Tenerife²¹, o (iii) tasas, en el caso de la Mancomunidad de municipios de la Costa del Sol²².

18 Decreto 55/2024, de 22 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban las tarifas máximas de los servicios de abastecimiento, saneamiento y reutilización del agua en la Comunidad de Madrid.

19 Artículo 18 Ley 31/2010, de 3 de agosto, del Área Metropolitana de Barcelona y artículo 79 del Reglamento del servicio metropolitano del ciclo integral del agua.

20 Ordenanza reguladora de los precios públicos para la producción y suministro de agua regenerada del Consorcio de la Costa Brava-entidad local del agua, BOP nº. 101 de 27 de mayo de 2019.

21 Acuerdo del Consejo de Gobierno Insular del Cabildo Insular de Tenerife, de 11 de octubre de 2022, por el que se aprueba la modificación de la tarifa del precio público para el Agua Regenerada en la Zona 5, contemplada en la Ordenanza Reguladora de los precios públicos por los servicios que presta la Entidad Pública Empresarial Balsas de Tenerife (BALTEN). Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife nº. 127, de 21 de octubre de 2022.

22 Ordenanza Fiscal Reguladora de la tasa por prestación del servicio de suministro de aguas regeneradas y otras actividades conexas. número 240 Boletín Oficial de la Provincia de Málaga, nº. 240, de 17 de diciembre de 2009.

Además, en el caso catalán, la Agencia Catalana del Agua tiene la potestad de determinar valores máximos y mínimos a las tarifas correspondientes (disposición adicional decimocuarta del Decreto Legislativo 3/2003), emulando la regulación de las aguas desaladas prevista en la Ley de Aguas (art. 13.5).

El debate en torno a la naturaleza del precio del agua regenerada está lógicamente condicionado, de entrada, por la naturaleza de la actividad de regeneración y del servicio asociado de suministro de aguas regeneradas. Esta cuestión se aborda en el apartado V de este trabajo. No obstante, asumiendo por el momento que el servicio de suministro de agua regenerada puede clasificarse como de competencia o de titularidad de una Administración pública, la contraprestación por el suministro de agua regenerada podría instrumentarse a través de la dos posibles figuras existentes, ya fuera la tarifa²³, en caso de concesión o gestión directa mediante personificación de Derecho privado²⁴, o bien mediante tasa, en aquellas comunidades autónomas que el servicio se califique como de servicio público y la forma de gestión sea de Derecho público.

Decimos que la contraprestación por el suministro de agua regenerada podría encajar en las figuras antes mencionadas pero dichas figuras presuponen el carácter "coactivo"²⁵ del servicio, es decir, que o bien exista la obligación de recibirlo, o bien sea imprescindible para cubrir necesidades de la vida personal o social de los particulares.

La cuestión de la retribución abonada por usuarios de servicios públicos "no coactivos" no está regulada expresamente en nuestro ordenamiento, y ha sido abordada por el Tribunal Supremo²⁶, que ha sostenido que de no concurrir este carácter coactivo, existirían *a priori* otras dos potenciales figuras adecuadas para configurar la contraprestación abonada por los usuarios, el precio "privado" en caso de gestión indirecta del servicio o mediante personificación de Derecho privado, o un posible precio público en caso de gestión directa mediante ente de Derecho público.

El carácter "coactivo" del servicio de suministro domiciliario de agua potable no es dudoso, pues el acceso a agua de consumo humano es una necesidad esencial para los particulares, pero es más discutible que concorra en el caso del suministro de aguas regeneradas, pues, en principio, será un suministro de carácter voluntario, como alternativa al tradicional suministro de agua potable.

En efecto, con carácter general, ningún particular estaría obligado a solicitar una concesión de aguas regeneradas o a consumir agua regenerada, a no ser que el organismo de cuenca imponga una sustitución de caudales convencionales por agua regenerada procedente de ERA de titularidad pública, o que el potencial usuario solo tuviera acceso a este recurso hídrico no convencional, por no constituir su uso un suministro obligatorio en el marco de servicio público de suministro de agua potable (eg. actividades económicas o industriales de gran consumo o localizadas fuera de los núcleos urbanos).

23 La vigente LCSP configura la concesión de servicios como un contrato público que puede recaer sobre todo tipo de servicios susceptibles de explotación económica, como podría ser la gestión de una ERA, y ello con independencia de si formalmente el servicio tiene o no la naturaleza de servicio público (art. 284 LCSP). Por tanto, en ambos casos el concesionario de servicio puede percibir, como retribución, las tarifas abonadas por los usuarios.

24 Disposición adicional cuarenta y tercera de la LCSP, disposición adicional primera de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y artículo 20.6 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

25 Sentencia nº 856/2020 del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2020, rec. núm 283/2018, fundamento de derecho tercero [ECLI:ES:TS:2020:139].

26 *Vid Supra*.

En definitiva, la naturaleza jurídica de la contraprestación por el servicio de suministro de agua regenerada derivado de ERA de titularidad pública no es de fácil determinación y no consta que haya sido examinada en vía judicial.

En este contexto, la falta de regulación de esta cuestión en el nuevo artículo 109 de la Ley de Aguas es quizá una oportunidad perdida para poder aportar seguridad jurídica en torno a la figura a emplear para retribuir la actividad de regeneración promovida desde las Administraciones públicas.

Como veremos en el apartado V.3 de este trabajo, este aspecto trata de corregirse, siquiera parcialmente, en el Real Decreto 1085/2024, mediante el reconocimiento que el productor de agua regenerada puede percibir un precio o tarifa (o el correspondiente “instrumento jurídico”) por parte de los usuarios finales.

V. Principales aportaciones del Real Decreto 1085/2024

1. Previsiones relativas al ámbito de aplicación del Real Decreto: la exclusión de la recirculación de aguas en la industria y los usos ambientales

Respecto al ámbito de aplicación del régimen de la reutilización, el Real Decreto contempla varias previsiones relevantes.

A diferencia de la primera versión del Proyecto de Real Decreto, se clarifica que las aguas residuales industriales también son susceptibles de regeneración y reutilización²⁷.

No obstante, a fin de fomentar la reutilización de aguas en el sector industrial, el Real Decreto desarrolla la excepción contemplada en el artículo 109.1 de la Ley de Aguas relativa a la “recirculación” de aguas dentro de procesos industriales. Quedan incluidos dentro de esta excepción todos aquellos supuestos de actividades industriales que derivan sus aguas residuales a la misma instalación de depuración y de regeneración, para su posterior uso por las propias actividades industriales generadoras de las aguas (art. 3.2.f). En un sentido similar, se exceptiona del ámbito de aplicación del reglamento la utilización de aguas residuales regeneradas en el ámbito privado, para autoconsumo por parte de la actividad (art. 3.2g).

En todos estos casos, ni el operador de la ERA requerirá autorización administrativa como productor de agua regenerada, ni se requerirá concesión administrativa para el uso o consumo de las aguas regeneradas.

Otra exclusión relevante es la relativa a los usos ambientales, en concreto, el uso de agua regenerada para la recarga artificial de acuíferos, o para satisfacer las necesidades hídricas de humedales y otros ecosistemas acuáticos (art. 3.3), que sí que quedaban sujetos al Real Decreto 1620/2007 (art. 4.1 en relación con Anexo I.A, apartado 5). Así, se establece que este tipo de usos son “destinos ambientales” y se registrarán por el RDPH.

27 La primera versión del Proyecto de Real Decreto de 27 de noviembre de 2023 solo se refería a las ERA relativas a aguas residuales urbanas, que incluyen las aguas residuales industriales. <https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/agua/participacion-publica/pdfs/PP-RD-Reglamento-reutilizacion-nov-2023.pdf>

Sucede, sin embargo, que el RDPH únicamente regula la recarga artificial de acuíferos (art. 273), que requiere una autorización del organismo de cuenca. Nada se prevé respecto el resto de los usos ambientales de agua regenerada.

Un uso de agua relevante (en situaciones de sequía imprescindible) sería la ya citada reutilización de agua "prepotable", también denominada reutilización "indirecta" del agua. Por tanto, se plantea la duda de qué tratamiento recibirá una actuación de este tipo, que desde luego resulta esencial tanto desde la óptica ambiental como de la seguridad hídrica, en el sentido de si se asimilará a un destino ambiental o se tratará como un vertido al dominio público hidráulico.

2. Régimen de la autorización de producción y suministro de agua regenerada

El régimen de la autorización para producir y suministrar agua regenerada se recoge principalmente en los artículos 5 y 8 a 10 del Real Decreto 1085/2024. Además de la cuestión de la retribución del productor, abordada en el apartado V.4, se pueden destacar las siguientes novedades.

En primer lugar, el plazo de la autorización es de 10 años, y se entenderá renovada (sin necesidad de actuación por el titular) por plazos sucesivos de 10 años, con un máximo de tres renovaciones. Es decir, la autorización podrá tener una duración total de 40 años (art. 10.1 del Real Decreto).

En segundo lugar, se contemplan varios supuestos en los que el organismo de cuenca o administraciones hidráulicas pueden revisar la autorización, y modificar por tanto alguna de sus condiciones (art. 10.2 del Real Decreto), en concreto (i) que se haya revisado la autorización de vertido a la que está asociada, (ii) que haya habido cambios sustanciales en la ERA, ya sea de capacidad, de modernización sustancial del equipo, o que se haya producido una incorporación de nuevos equipos o procesos que supongan un cambio en la calidad producida o en la gestión del riesgo, o (iii) que haya habido cambios en las condiciones climáticas o de otro tipo que afecten de manera significativa al estado de las masas de aguas. En definitiva, se reconoce al organismo de cuenca la potestad para adaptar las condiciones de la autorización ante cambios que tengan un impacto en las variables ambientales esenciales de la actividad de regeneración (aguas residuales objeto de regeneración, calidad del agua regenerada, y estado de las masas de aguas). La revisión de la autorización no dará en ningún caso derecho a indemnización (art. 10.4 del Real Decreto).

En tercer lugar, en relación con el volumen de aguas regeneradas autorizado, se establece que la autorización contemplará el volumen máximo que la ERA puede potencialmente regenerar, sin perjuicio que solo podrá ser efectivamente suministrado y entregado a los concesionarios o usuarios finales en los términos de la concesión o concesiones vinculadas con la ERA en cuestión (art. 9 del Real Decreto).

Por último, se establece que cuando exista conectividad entre los sistemas de saneamiento de distintas aglomeraciones urbanas, la autorización de producción y suministro puede referirse a una ERA o varias ERA, pudiendo también realizar un plan de gestión del riesgo único para las distintas ERA (art. 5.4 Real Decreto).

3. Posibilidad que un productor de agua regenerada sea simultáneamente concesionario y suministre a múltiples usuarios finales

La cuestión del título habilitante para consumir agua regenerada es una de las novedades más relevantes del Real Decreto 1085/2024. El Ministerio era consciente de que la exigencia de una concesión para cada usuario final de agua regenerada podría dificultar no solo la promoción de proyectos de reutilización de agua regenerada sino también su gestión diaria y sus eventuales modificaciones.

La primera opción que barajó el Ministerio fue que, para una misma ERA, el productor y suministrador del agua regenerada y los usuarios del agua se pudieran constituir en una comunidad de usuarios, en los términos del artículo 81 de la Ley de Aguas. Se trataba de una novación de la tradicional configuración de este tipo de entes, que según el citado precepto legal solo incluyen los usuarios de “una misma toma o concesión”, de forma que se añadiría el productor del agua regenerada. La propuesta claramente se orientaba a subsanar las dificultades prácticas derivadas de la exigencia de una concesión individual para cada usuario, ya señaladas en el apartado IV.2.

Esta posibilidad decayó ya en la versión del Proyecto de Real Decreto de 23 de julio de 2024 sometida a dictamen del Consejo de Estado, probablemente porque se consideró que era una figura poco adecuada para la promoción y gestión de sistemas de reutilización de aguas regeneradas. La constitución de una comunidad de usuarios no es un trámite menor, pues es un organismo que tiene la naturaleza de corporación de derecho público adscrito al correspondiente organismo de cuenca, con un funcionamiento orgánico ampliamente regulado y que está sujeta al derecho administrativo.

En su lugar, se contemplan varias previsiones que flexibilizan los modos de suministrar agua regenerada a usuarios finales y que superan el esquema de una concesión para cada usuario final.

Así, se establece que la concesión de aguas regeneradas puede amparar el uso de agua regenerada por distintos usuarios finales, conforme lo que se contemple en su condicionado (art. 11.3 del Real Decreto). Además, el concesionario de agua puede ser igualmente el titular de la autorización de producción y suministro, siendo responsable, en su caso, de la distribución de agua entre los distintos usuarios finales (art. 11.2 del Real Decreto).

Por consiguiente, las posibilidades de ordenar la distribución del agua regenerada hasta los usuarios finales serán variadas. Podrá ser el propio productor de agua regenerada (titular o gestor de la ERA) quien sea titular de una concesión, y que esta contemple los usuarios finales y las clases de usos del agua suministrada. En estos casos, cuando el operador de la ERA sea también solicitante de la concesión, se establece que el procedimiento de otorgamiento de la autorización de producción y suministro y el de la concesión de uso de aguas regeneradas, se tramitarán simultáneamente.

También se admiten implícitamente otros modelos de distribución. Por ejemplo, será también posible que exista un operador de la ERA (titular de la autorización de regeneración), y que el titular de la concesión sea otra entidad, como el operador de las infraestructuras de almacenamiento y/o distribución, que será el sujeto que acabe suministrando el agua regenerada a los distintos usuarios finales.

En definitiva, el esquema de una concesión para cada usuario final queda superado por el Real Decreto. Desde luego que podrá seguir existiendo, en particular, en los casos de usuarios finales que consuman grandes volúmenes de agua para cuyo suministro se promueva específicamente una red de distribución para abastecer dicho usuario.

A criterio del autor, y a pesar del cuestionable encaje²⁸ en el artículo 109 Ley de Aguas, se trata sin duda de un cambio positivo, que facilitará la promoción y gestión sistemas de reutilización de cierta entidad, y que permitirá maximizar la producción y consumo de agua regenerada.

4. Sobre la exigencia de precio o tarifa por el productor de agua regenerada. Potestad de los organismos de cuenca e incidencia de ordenanzas municipales

Otra de las cuestiones más novedosas del Real Decreto es que por primera vez se hace referencia expresa al “precio o tarifa” del agua regenerada que puede percibir el productor y suministrador del agua.

En el apartado IV.4 anterior se ha abordado la naturaleza coactiva o no del servicio de suministro de agua regenerada, y se han apuntado las dudas en torno a su concurrencia y, por tanto, a la procedencia de calificar la contraprestación del servicio como de tarifa o tasa (en caso de que pueda calificarse como de servicio coactivo) o de precio público o precio privado, en el caso contrario.

Pues bien, el Real Decreto dispone que, entre las condiciones a incorporar en la autorización para la producción y suministro de agua regenerada, se incluirá “el análisis y viabilidad de los criterios para el establecimiento del precio o tarifa del uso del agua regenerada suministrada, así como las condiciones con las que se actualizará periódicamente” (art. 8.2.k) del Real Decreto). Posteriormente, el Real Decreto precisa que cuando las aguas regeneradas sean aprovechadas por un usuario final distinto del productor, este podrá repercutir los costes asociados a la producción y suministro de agua regenerada, mediante el “correspondiente instrumento jurídico que irá acompañado, en su caso, de un estudio económico” (art. 11.5).

La referencia a un “precio o tarifa” omite, probablemente de forma deliberada, calificar la naturaleza jurídica de esta contraprestación, que debería ser distinta en función de la titularidad de la ERA (pública o privada), de su forma de gestión y de si la misma opera al amparo de un servicio público. No son cuestiones menores ya que el régimen de intervención administrativa variaría sustancialmente.

El establecimiento de esta condición puede tener implicaciones prácticas relevantes y genera de nuevo dudas de no fácil resolución.

En primer lugar, parece al menos cuestionable que una norma reglamentaria sin previa cobertura legal pueda condicionar el precio de un determinado servicio, incidiendo en la libertad de pacto y de precios, especialmente teniendo en cuenta que el artículo 8.2.k) ni tan siquiera diferencia entre ERA de titularidad pública y privada. Aunque el agua regenerada se trate de un recurso hídrico “producido” a partir de aguas residuales, el título habilitante de la actividad es una mera autorización administrativa, no una concesión administrativa, pues esta solo ampara el uso o consumo del agua regenerada suministrada. Por tanto, la regulación del

28 El Consejo de Estado en su dictamen de 19 de septiembre de 2024 (expediente nº. 1509/2024) no señala ninguna objeción a esta innovación del Real Decreto (apartado III “Consideraciones”).

precio no se daría en el marco de una concesión, negocio jurídico que típicamente habilita a la Administración para regular el precio percibido por el concesionario.

En nuestro ordenamiento, todo mecanismo de intervención administrativa asociado a las contraprestaciones económicas por el suministro de agua o cesión de caudales por parte del concesionario a terceros tiene el correspondiente fundamento legal.

En efecto, por lo que se refiere a los tradicionales servicios públicos locales del ciclo integral del agua (suministro domiciliario de agua potable o depuración de aguas residuales), las tasas o tarifas (prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario) están sujetas, con mayor o menor intensidad, a la correspondiente reserva de ley²⁹.

En el caso del otro recurso hídrico no convencional, la desalación de agua marina, en su art. 13.5³⁰ la Ley de Aguas hace expresa referencia al establecimiento de valores máximos a las tarifas cuando el uso sea realizado por terceros distintos del concesionario. Incluso el posible establecimiento de un importe máximo por la transmisión de caudales entre concesionarios tiene expresa cobertura legal (art 69.3 Ley de Aguas).

La cuestión, como decimos, es especialmente discutible en el caso de ERA de titularidad privada y ajenas por tanto a los servicios públicos de depuración de aguas residuales, pues en estos casos estaríamos ante una actividad económica privada, cuyo único título habilitante es una autorización. Además de la falta de fundamento de una intervención administrativa en materia de precios, podría ser igualmente discutible que una limitación de este tipo obedeciera a una razón imperiosa de interés general y que fuera ajustada al principio de necesidad y proporcionalidad³¹ (art. 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado³²).

Por todo ello, probablemente, la potestad de la Administración recogida en el artículo 8.2.k) del Real Decreto se ha visto en cierta forma minorada en la versión final del Real Decreto. Si con anterioridad, el Proyecto de Real Decreto (versión de 23 de julio de 2024), indicaba que se incluirían en la autorización los “criterios para el establecimiento del precio o tarifa”, en el texto finalmente aprobado por el Consejo de Ministros, se limita la intervención administrativa al “análisis y viabilidad de los criterios” en cuestión.

En segundo lugar, la regulación de la tarifa como condición incorporada en la autorización para la producción de agua regenerada implica que, en el caso de ERA de titularidad pública, podría existir un doble título competencial de no fácil delimitación en la determinación de la tarifa y de sus revisiones.

29 Sentencia nº 63/2019 del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 2019 [ECLI:ES:TC:2019:63].

30 Art. 13.5 de la Ley de Aguas:

[...] En el supuesto de que el uso no vaya a ser directo y exclusivo del concesionario, la Administración concedente aprobará los valores máximos y mínimos de las tarifas, que habrán de incorporar las cuotas de amortización de las obras.

31 Las razones imperiosas de interés general son el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural (art. 3.11 Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio).

32 Art. 5 de la Ley 20/2013:

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio, o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Así, por un lado, concurriría la potestad de autorización de la actividad de producción y suministro de agua regenerada, que se atribuye al organismo de cuenca correspondiente, y que deberá establecer como condición “el análisis y viabilidad” de los criterios de determinación del precio o tarifa, así como los supuestos en los que se actualizará de forma periódica.

Por otro lado, concurriría la competencia de las Administraciones públicas titulares de ERA, que pueden ser entes locales o también entes dependientes de las Administraciones autonómicas, y que podrían regular el precio a abonar por los usuarios de agua regenerada tanto en el caso de gestión directa como indirecta.

En tercer lugar, hay que tener en cuenta que otra previsión del Real Decreto es la remisión a las ordenanzas locales como posible fuente de regulación del “uso del agua regenerada por parte de los usuarios finales” (art. 11.3). Esta previsión, que si bien se limita acertadamente a aquellas ERA de titularidad municipal o gestionadas por entes locales, no deja de plantear incógnitas sobre el alcance de la competencia municipal.

En la medida en que se trate de instalaciones de titularidad municipal, lógicamente el ente local podrá regular las condiciones de operación y funcionamiento, entre ellas la prestación patrimonial a satisfacer por parte de los usuarios. Pero el ejercicio de esta competencia local deberá observar necesariamente tanto el condicionado de la autorización para la producción y suministro, como las concesiones otorgadas para hacer uso del agua producida por la ERA en cuestión, así como otras disposiciones normativas, como los planes hidrológicos, de forma que la concreta delimitación de las cuestiones que podrán ser abordadas por las ordenanzas locales dista de ser evidente.

En este caso, la potestad del ente local para aprobar este tipo de tarifas (*a priori* prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario, tasas, o precios privados, según lo anticipado anteriormente), debería conjugarse con la potestad del organismo de cuenca, que puede establecer condicionantes en torno a la determinación y actualización del precio o tarifa.

Por último, en cuanto a la potestad del organismo de cuenca de delimitar el precio o tarifa, resulta de nuevo incierto qué parámetros deben observar los organismos de cuenca a la hora establecer o validar la viabilidad de los criterios de determinación del precio o tarifa y de sus actualizaciones periódicas. Si la pretensión del Gobierno es, por ejemplo, limitar el margen del beneficio industrial del operador de la ERA, o bien limitar la repercusión de determinados costes, estaríamos de nuevo ante una previsión de dudoso fundamento, cuanto menos en los casos de ERA de titularidad privada o de titularidad pública pero gestionadas al margen de un servicio público.

La indeterminación normativa podría conllevar, de nuevo, que las comunidades autónomas desarrollen sistemas tarifarios. A modo de ejemplo, la Agencia Catalana del Agua publicó en noviembre de 2023 el “Plan de reutilización del agua regenerada en Cataluña, Estrategia 2040³³”, que señala que esta administración hidráulica está elaborando un sistema tarifario que permita recuperar “parte” de los costes de inversión y explotación de los sistemas de reutilización, de

33 En la página 14 del mencionado Plan se señala lo siguiente:

La Agencia Catalana del Agua se encuentra actualmente desarrollando un modelo tarifario que permita recuperar una parte de los costes de explotación e inversión de las instalaciones de regeneración de agua depurada, teniendo presente la necesidad de socializar una parte de este coste entre el resto de usuarios de las aguas superficiales y subterráneas, que se ven beneficiados indirectamente por la reutilización. El análisis, aún en desarrollo, se está realizando teniendo en cuenta los costes fijos y variables así como la amortización y las Reposiciones y Mejoras necesarias para poder mantener las instalaciones en funcionamiento” (traducción del catalán).

forma que parte de los costes de la regeneración seguirían asumiéndose con cargo al presupuesto público.

En definitiva, pese a que sin duda es positivo que se haya reconocido la posibilidad de establecer un precio o tarifa para el agua regenerada -en línea con el principio de recuperación de costes de los servicios hidráulicos- la norma reglamentaria plantea dudas en torno a dos cuestiones, (i) el alcance de la potestad de autorización del organismo de cuenca en lo tocante a los criterios para determinar el precio o tarifa, y (ii) la delimitación entre la potestad del organismo de cuenca y las potestades de los entes locales o Administraciones autonómicas como titulares o gestores de las ERA.

5. Previsiones sobre el fomento del agua regenerada

Un último bloque de preceptos que merece un comentario es el relativo al fomento de la reutilización (capítulo VI del Real Decreto).

El objetivo declarado del Real Decreto es, no solo promover la reutilización de aguas residuales, sino que dicha reutilización conlleve una sustitución de consumos de aguas superficiales o subterráneas por aguas regeneradas. De hecho, se pretende que los expedientes de reutilización eviten un incremento de las demandas de recursos hídricos, previsión que resulta obligatoria en el caso de masas de agua que incumplan los objetivos ambientales establecidos en la planificación hidrológica, así como en las masas de agua subterránea declaradas en riesgo según el artículo 56 de la Ley de Aguas.

A tal efecto, el Real Decreto contempla varias medidas, algunas de las cuales no son de fácil implementación o dependen de la actuación de las distintas Administraciones públicas con competencias en materia de aguas.

En primer lugar, se establece un mandato dirigido a todas las Administraciones públicas para impulsar la reutilización de agua, para lo cual deberán prever “instrumentos económicos que consideren adecuados” (art. 25.1 del Real Decreto). Nada se concreta sobre los instrumentos económicos a emplear, pero cabe entender que o bien se refiere al otorgamiento de subvenciones o bien al establecimiento de un mejor tratamiento tributario en los distintos tributos vinculados con el uso del agua. En el ámbito estatal, la Ley de Aguas ya establece la exención del volumen reutilizado del canon de control de vertidos (art. 113.4 de la Ley de Aguas).

En segundo lugar, las Administraciones públicas pueden conceder ayudas al concesionario de aguas regeneradas, hasta alcanzar la totalidad de los costes adicionales asociados a la reutilización del agua, en situaciones donde la sustitución de aguas superficiales o subterráneas por agua regenerada contribuye a alcanzar objetivos ambientales de las masas de aguas o a optimizar los recursos hídricos. De nuevo, como ya sucede en el caso del artículo 109. quinquies de la Ley de Aguas, sorprende que el beneficiario de dichas ayudas sea el concesionario, cuando quien realiza la inversión en el sistema de reutilización será *a priori* el productor de agua regenerada, titular de la autorización para producir y suministrar agua regenerada.

En tercer lugar, se establece que las Administraciones públicas podrán suscribir convenios con agentes públicos o privados, para el desarrollo de proyectos de reutilización de aguas residuales, que se contemplen en las estrategias corporativas de sostenibilidad y que se hayan incorporado en los informes de sostenibilidad exigidos por la normativa en materia de información de sostenibilidad de las empresas (art. 25.4 del Real Decreto). Este tipo de convenios

pretendería por tanto involucrar tanto a compañías privadas como entes del sector público a fin de fomentar la economía circular del agua en el seno de dichos entes.

En cuarto lugar, se desarrolla la previsión del artículo 109.2 de la Ley de Aguas, relativa a la obligación de las Administraciones públicas con competencias “en materia de abastecimiento, saneamiento y depuración de aglomeraciones urbanas de más de 50.000 habitantes” de elaborar planes que fomenten la reutilización de aguas derivadas de usos urbanos (art. 26 del Real Decreto).

El precepto en cuestión detalla el contenido del plan de fomento, que debe incluir numerosa información, como una evaluación de recursos hídricos disponibles y las demandas asociadas, presentes y futuras, o los objetivos en materia de reutilización de agua, recogiendo incluso la estimación de los costes de las actuaciones y el cronograma de ejecución de las mismas. Así, los planes deben establecer la obligatoriedad de sustituir progresivamente las aguas de consumo humano empleadas en baldeo de calles, estanques, o el riesgo de grandes zonas verdes urbanas, por la utilización de agua regenerada. También deben contemplar prioritariamente la eliminación de los vertidos al mar mediante emisarios submarinos para su reutilización o uso para recarga artificial de acuíferos.

Por último, el Real Decreto (art. 27) regula el procedimiento de aprobación de los planes de fomento, que se inicia con la elaboración del plan por parte de la Administración responsable, continúa con su sometimiento a información pública, la emisión de informe por parte de las autoridades competentes y sanitarias, finalizando con la aprobación del plan por parte de la “Administración responsable”.

Se advierte no obstante que el Real Decreto no identifica -ni recoge los criterios para determinar- la Administración pública responsable de elaborar y aprobar el Plan de fomento en cada aglomeración urbana. Al respecto hay que recordar que en atención al ámbito competencial de las Administraciones que intervendrán en estos planes (abastecimiento, saneamiento y depuración), en el procedimiento de aprobación participarían tanto los entes locales, como de las comunidades autónomas y, en su caso, la AGE, ya sea en su condición de titulares de los servicios públicos del ciclo integral del agua o como Administraciones promotoras de obras hidráulicas, de forma que sería deseable una mayor concreción.

VI. Diferencias entre la regulación del servicio de producción y suministro de aguas regeneradas y otras actividades de suministro de agua

Por último, una de las cuestiones jurídicas que cabe plantearse es si a raíz del nuevo régimen legal de la reutilización de aguas y del Real Decreto, la actividad de “producción” y suministro de agua regenerada³⁴ converge con la regulación propia de las otras actividades y servicios del ciclo del agua, esto es, con la actividad de desalación o con los tradicionales servicios públicos del ciclo del agua.

³⁴ En el caso de la regeneración de aguas residuales industriales tratadas al margen del servicio público de depuración de aguas residuales, el contraste está claro, pues estaríamos ante una actividad privada, únicamente condicionada por la normativa de aguas y la normativa ambiental. De hecho, tanto la Ley de Aguas (art.109.1) como el Real Decreto (art. 3.2.f) excluyen de su ámbito de aplicación la recirculación de agua dentro de procesos industriales, que no se sujetará por tanto a una intervención administrativa específica en materia de reutilización.

1. Tratamiento de la actividad de desalinización de aguas marinas

El artículo 13.1 de la Ley de Aguas sujeta la actividad de desalación de agua marina a la obtención de una concesión administrativa, como título para realizar un uso privativo del dominio público hidráulico (art. 59 de la Ley de Aguas). Por tanto, la instalación de desalinización quedará amparada por un derecho concesional con un plazo máximo de 75 años, y que deberá otorgarse con arreglo a las previsiones generales de las concesiones hidráulicas (art. 104 y siguientes RDPH).

El Tribunal Supremo³⁵ ha establecido, en reiteradas ocasiones además, que resultan exigibles dos concesiones administrativas sucesivas o complementarias, una para la actividad de desalación y otra para el uso de las aguas desaladas.

En cambio, como hemos visto la producción de agua regenerada requiere únicamente una autorización administrativa, que se otorga con carácter prioritario al titular de la autorización de las aguas residuales (art. 109 ter de la Ley de Aguas). Y por el lado del consumo, el título administrativo debe ser necesariamente una concesión administrativa, que podrá otorgarse en su caso al productor de agua regenerada, en función de las particularidades del efluente residual objeto de reutilización y otras circunstancias.

Como se ha apuntado, en cuanto a la retribución de la actividad de desalación de agua marina, y para el supuesto de que el uso no sea exclusivo del concesionario, se contempla que la Administración concedente apruebe valores máximos y mínimos de las tarifas (art. 13.5 Ley de Aguas).

En definitiva, el régimen jurídico de las instalaciones de “producción” de estos dos recursos no convencionales presenta rasgos claramente diferenciados.

2. El servicio de suministro de agua regenerada y su diferenciación respecto del servicio público de abastecimiento de agua potable

Respecto de la segunda cuestión, el contraste entre la actividad de regeneración de aguas residuales y los otros servicios tradicionales del ciclo integral del agua requiere más matices.

Como es conocido, al amparo del artículo 128.2 de la Constitución Española (“CE”), tanto el abastecimiento de agua potable a la población como la depuración de aguas residuales se califican por el artículo 86.2 LBRL como de servicios reservados a los entes locales, y su efectiva asunción por el municipio³⁶ exige un acto administrativo que establezca la municipalización, su régimen jurídico, ya sea el monopolio o la libre concurrencia, así como la forma de gestión (directa o indirecta). Todo ello de conformidad con el procedimiento establecido en la legislación de régimen local³⁷.

35 Sentencia nº 286/2024 del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2024, rec. núm 385/2023 [ECLI:ES:TS:2024:973]; Sentencia nº 694/2024 del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2024, rec. núm 202/2023, [ECLI:ES:TS:2024:2266].

36 Por motivos de orden histórico, en algunos municipios nunca se ha municipalizado el servicio, y éste sigue prestándose en régimen de actividad privada, por parte de compañías titulares de concesiones demaniales y otro tipo de autorizaciones de ocupación del dominio público que permitieron en su momento la instalación de tuberías. Un análisis sobre la configuración del servicio público de abastecimiento de agua potable puede encontrarse en MUÑOZ MACHADO, S. “El agua en la ciudad”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº. 76, pgs. 4-15.

37 Artículos 97 y siguientes del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

Ello conlleva que dichos servicios sean prestados con arreglo al correspondiente reglamento del servicio y a la normativa reguladora de los servicios públicos locales, que establece un marco normativo claro en relación a los derechos y obligaciones de los usuarios, la retribución del gestor, etc.

Así, en la actualidad, tanto el servicio de abastecimiento de agua potable como el de depuración de aguas residuales son de prestación obligatoria (art. 26 LBRL), si bien es habitual que se presten a nivel supramunicipal por parte de mancomunidades, consorcios, consejos comarcales o áreas metropolitanas. Ello sucede especialmente en el segundo caso, por cuanto las EDAR suelen constituir instalaciones de saneamiento en alta, y las obligaciones de tratamiento de las aguas residuales se determinan por el Real Decreto-Ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas en función del número de habitantes-equivalentes de cada aglomeración urbana.

La actividad de producción de agua regenerada desde una ERA de titularidad pública está estrechamente vinculada, desde el punto de vista operativo, al servicio público de tratamiento de aguas residuales, y podría constituir igualmente una actividad prestacional de una Administración pública, pero no se califica el suministro de agua no potable como de servicio público esencial por la normativa de régimen local u otra normativa de carácter básico.

No obstante, hay que poner de relieve que la normativa autonómica ha calificado en ocasiones la actividad del servicio de regeneración de aguas residuales como de servicio público, en términos similares a los tradicionales servicios de suministro domiciliario de agua potable o de saneamiento de aguas residuales. Entre otras, pueden citarse las siguientes:

- a) La Ley catalana 31/2010, reguladora del Área Metropolitana de Barcelona ("**AMB**"), contempla expresamente, como parte integrante de los servicios públicos metropolitanos, la regeneración y reutilización de aguas residuales (art. 14.a.b).

Como es conocido, el AMB estableció en el año 2012 el servicio metropolitano del ciclo integral del agua, que incorpora el servicio de regeneración y reutilización de aguas residuales, y que se presta mediante una sociedad de economía mixta. El Reglamento³⁸ del servicio metropolitano del ciclo integral del agua regula específicamente en su título III el denominado servicio de suministro de agua no apta para el consumo humano.

- b) La Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas para Andalucía, que en su artículo 4.9 señala que forman parte de los servicios públicos del ciclo integral del agua de uso urbanos, la generación de recursos no convencionales, así como la regeneración del agua residual depurada para su reutilización, incluyendo la producción y el suministro hasta el punto de entrega.
- c) La Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de Aguas y Ríos de Aragón, que en su artículo 4.k). 5º, incluye la regeneración dentro de los servicios públicos vinculados con el uso urbano del agua.
- d) Por último, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, el servicio de regeneración de aguas residuales se asimila al resto de servicios de abastecimiento y saneamiento

³⁸ Aprobado por el Consejo Metropolitano del Área Metropolitana de Barcelona de 6 de noviembre de 2012, con las precisiones y correcciones de 1 y 10 de julio de 2013.

regulado en los mismos términos que el resto de los servicios del ciclo integral del agua (art. 1, 2 y disposición adicional quinta de la Ley 17/1984, de 20 de diciembre, reguladora del abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad de Madrid).

En cualquier caso, más allá de estas previsiones legales que permiten a las Administraciones públicas competentes determinar las formas de prestación del servicio y decidir, por tanto, cómo se gestionan las infraestructuras de regeneración de su titularidad, distintos aspectos del régimen jurídico de la reutilización alejan la actividad de las características tradicionales del servicio público de suministro de agua potable (o del servicio público de evacuación y tratamiento de aguas residuales), que traen causa de los principios de igualdad, continuidad en la prestación del servicio, asequibilidad, progreso, entre otros.

En primer lugar, como el suministro de agua regenerada no se configura por el legislador estatal como un servicio público esencial, no cuenta, por tanto, con la regulación legal propia de los servicios publicados en términos de derechos y obligaciones de los usuarios del servicio y de los gestores de este. La normativa básica estatal contempla, como hemos visto, una autorización para producir agua regenerada y el cumplimiento de determinadas condiciones vinculadas con la calidad del agua regenerada y la prevención de riesgos.

Al respecto hay que tener en cuenta que, ante la petición de un particular de regenerar un determinado vertido de aguas residuales derivado de una EDAR, el ente local -normalmente titular de la autorización de vertido a dominio público hidráulico o marítimo terrestre- tendrá la oportunidad -dado su derecho preferente- de manifestar ante la Administración hidráulica, su intención de regenerar el agua residual y por tanto de solicitar la autorización (art. 7.2 RD 1085/2024). De esta decisión se derivará el régimen jurídico de la ERA y su correlativa gestión. Si la entidad local u otro organismo público opta por ejercer su derecho de preferencia a regenerar el vertido, deberá promover y gestionar la ERA o bien directamente, o bien recurriendo a terceros con sujeción a las fórmulas de contratación pública, mientras que si es el particular quien promueve el sistema de reutilización, estaremos ante una obra hidráulica de titularidad privada, con un régimen de promoción y gestión lógicamente distinto.

En segundo lugar, el derecho a usar o consumir agua regenerada no deriva del reconocimiento de un servicio esencial para la población, sino de la obtención de una concesión demanial, aspecto que de nuevo difiere del servicio público de suministro de agua potable, en el que se reconocen unos determinados beneficiarios (usuarios domésticos y actividades económicas de pequeño consumo localizadas en núcleos urbanos) y se regulan sus derechos y obligaciones, los cuales contratan con el gestor el servicio mediante un contrato regulado por la normativa sectorial aplicable y por el reglamento del servicio. Y es la Administración titular del servicio o bien su gestor, quien es titular de la concesión de aguas destinada al abastecimiento (art. 123.1 RDPH).

Hay que decir no obstante que la posibilidad de que una única concesión -de titularidad del operador de una ERA- contemple igualmente múltiples usuarios, quebrando así el modelo aparentemente rígido del artículo 109 Ley de Aguas, supone ciertamente una aproximación de la actividad de regeneración de aguas residuales (en el caso de ERA de titularidad pública), al modelo del servicio público suministro de agua potable.

En tercer lugar, tanto el derogado Real Decreto 1620/2007 (art. 7), como el vigente artículo 109.2 de la Ley de Aguas y el capítulo VI del Real Decreto 1085/2024, conciben la reutilización de aguas residuales como una actividad a fomentar por parte de las Administraciones públicas competentes a fin de lograr una mayor eficiencia en el uso de recursos hídricos y

reforzar la adaptación al cambio climático. A tal efecto, se contempla la obligación de las Administraciones públicas de aprobar planes que fomenten la reutilización en usos urbanos, la concesión de ayudas a los concesionarios en supuestos de sustitución de caudales convencionales por agua regenerada, o la aplicación de bonificaciones a los tributos que gravan el vertido de aguas residuales o el consumo de agua³⁹.

En cuarto lugar, desde la óptica de la gestión de las infraestructuras de reutilización de titularidad pública, el derogado artículo 7.4 Real Decreto 1620/2007 incluso contemplaba la posibilidad de gestión de las infraestructuras por parte determinados usuarios, "formalizando el oportuno documento". Ello se ha vehiculado, en ocasiones, a través de negocios jurídicos patrimoniales como las concesiones administrativas de la normativa patrimonial, o bien mediante convenios, cuando la cesión del uso de privativo de la ERA a determinados usuarios se condicionaba, por ejemplo, a la sustitución de caudales de agua superficiales por agua regenerada o a la ejecución de la red de distribución por los usuarios. El Real Decreto 1085/2024 contempla como hemos visto la suscripción de convenios (art. 25.4) con agentes públicos y privados "para el desarrollo de proyectos de reutilización", lo que pone de relieve el uso de un negocio jurídico en principio ajeno a las formas de gestión de los servicios públicos.

En quinto lugar, el régimen legal otorga un papel preponderante al organismo de cuenca, que es quien autoriza, en sentido amplio, la reutilización de aguas residuales, tanto por el lado de la producción como del consumo. Así, son los organismos de cuenca los entes competentes para autorizar las instalaciones de producción de agua regenerada, otorgar las concesiones de uso privativo de agua regenerada, o ejercer la potestad de control y sancionadora. En la misma línea, la planificación hidrológica ha tenido igualmente un papel relevante a la hora de regular la materia, determinando los recursos hídricos disponibles para atender las demandas de agua, el orden de prioridad de usos del agua regenerada o incluso la preferencia para gestionar las ERA de titularidad pública, y se ha empleado también para completar el régimen jurídico de la reutilización, regulando en ocasiones las relaciones entre los gestores de ERA y los usuarios finales del agua.

En definitiva, las diferencias entre el régimen jurídico de la actividad de producción y suministro de agua regenerada y el servicio público de suministro de agua potable continúan siendo hoy en día relevantes.

VII. Conclusiones

Primera. Hasta la reciente aprobación del Real Decreto 1085/2024, la regeneración de aguas residuales y su suministro a usuarios finales contaba con una regulación escasa, centrada en el orden de prelación para reutilizar y consumir el agua regenerada, así como en la definición de calidades del agua regenerada requeridas para cada uso autorizado.

Así, el Real Decreto 1620/2007, vigente hasta mayo de 2023, no diferenciaba entre la actividad de producción y consumo de regeneraba, y guardaba silencio sobre las relaciones entre los operadores de estaciones de regeneración de aguas residuales y los usuarios finales del agua y otros sujetos potencialmente intervinientes. Tampoco regulaba la contraprestación a abonar

³⁹ A modo de ejemplo, el Decreto Legislativo catalán 3/2003, establece un tratamiento tributario favorable en el caso de reutilización directa de aguas residuales (art. 71.4 y disposición adicional novena, apartado 7).

por los usuarios finales del agua, ya sea en el contexto de un servicio de suministro de agua regenerada procedente de una ERA de titularidad pública o de una ERA de titularidad privada.

Ello ha conllevado que en la práctica se hayan implementado distintos modelos de reutilización, con negocios jurídicos heterogéneos entre productores de agua regenerada y consumidores finales, y que las Administraciones públicas hayan aprobado distintas prestaciones patrimoniales de carácter público, tanto tributarias como no tributarias, a fin de retribuir el suministro de agua regenerada.

Segunda. El Reglamento (UE) 2020/741, relativo a los requisitos mínimos para la reutilización del agua, aplicable a partir del 26 de junio de 2023, motivó que el Gobierno aprobara la modificación del artículo 109 Ley de Aguas, relativo a la reutilización de las aguas, por medio del Real Decreto-Ley 4/2023, de 11 de mayo. El nuevo artículo 109 de la Ley de Aguas diferenció, por primera vez, entre la actividad de producción de agua regenerada y el consumo o uso de agua regenerada, sujetándolas a autorización administrativa y a concesión administrativa respectivamente, en ambos casos a otorgar por el organismo de cuenca o Administración hidráulica competente. La exigencia de una concesión para cada usuario de agua regenerada planteaba un difícil reto a la hora de coordinar la oferta y demanda de agua y de promover y gestionar los sistemas de reutilización.

Tercera. El Real Decreto 1085/2024 contempla novedades relevantes en relación con el régimen jurídico aplicable a la reutilización de aguas. En particular:

- i) El reconocimiento que el productor del agua regenerada puede percibir un precio o tarifa de los usuarios finales. Así, la autorización para la producción y suministro de agua debe recoger la “viabilidad” de los criterios de determinación de los precios o tarifas propuestos por el solicitante, así como las condiciones de revisión periódica.
- ii) La posibilidad de que el productor del agua regenerada sea simultáneamente el concesionario del agua, y que la concesión pueda contemplar el uso por distintos usuarios finales. Ello permite superar la aparente restricción derivada del artículo 109 de la Ley de Aguas, de forma que el titular o gestor de la ERA distribuya agua regenerada a distintos usuarios finales, sin que estos últimos tengan que ser necesariamente titulares de una concesión de aguas.
- iii) La exclusión del ámbito de aplicación de todos aquellos sistemas de depuración y regeneración que traten únicamente las aguas residuales de industrias u otras actividades económicas para el posterior abastecimiento de agua regenerada a las mismas actividades.

Cuarta. En relación con la contraprestación por el suministro de agua regenerada, ante la ausencia de previsión en el artículo 109 Ley de Aguas, el Real Decreto trata de dar cobertura a las contraprestaciones a abonar por usuarios finales de agua regenerada, en los términos antes mencionados. Una previsión de este tipo plantea ciertas dudas, en relación con la naturaleza de la contraprestación, la concurrencia de competencias en la aprobación del precio (potencial intervención de entes locales mediante ordenanzas locales), o los criterios de repercusión de costes y de actualización del precio o tarifa en los que pueden incidir los organismos de cuenca.

Además, el precepto tiene la vocación de aplicarse a todo suministro de agua regenerada, con independencia de la titularidad de la ERA, pública o privada. Sin embargo, en el caso de sistemas de reutilización privados, la intervención sobre el precio carece de cobertura legal, y no parece tampoco que obedezca a una razón imperiosa de interés general, o que la limitación sea necesaria o proporcionada.

Quinta. La configuración jurídica de la actividad de producción y suministro de agua regenerada -así como de su consumo- sigue presentando características alejadas del resto de actividades y servicios del ciclo integral del agua, tanto de la actividad de desalación como del tradicional servicio público de suministro de agua potable. Por el momento, tanto el artículo 109 de la Ley de Aguas como el Real Decreto plantean la intervención de las Administraciones públicas en materia de regeneración de aguas en términos de fomento de la reutilización de aguas residuales, no de prestación de un servicio público esencial u obligatorio, a diferencia de los tradicionales servicios hidráulicos publicados.

En cualquier caso, del nuevo régimen jurídico de la reutilización de aguas establecido en el artículo 109 de la Ley de Aguas y del Real Decreto 1085/2024, se desprende que continuarán conviviendo sistemas de reutilización de aguas de titularidad pública, que probablemente tiendan al régimen tradicional del servicio público, y sistemas de reutilización estrictamente privados que, en función de sus características, pueden quedar incluso excluidos del ámbito de aplicación del Real Decreto 1085/2024.

A saga *llumina/Grail* e a aplicação do artigo 22.º do Regulamento das Concentrações "Who Jumped the Gun?"

Rita Leandro Vasconcelos

Sócia de Pérez-Llorca

LITIGATION

Sofia Santos Faustino

Estagiária de Pérez-Llorca

LITIGATION

Rodrigo Afonso Costa

Estagiário de Pérez-Llorca

LITIGATION

I.	Introdução	80
II.	Antecedentes	80
	1. A adoção do primeiro Regulamento das Concentrações em 1989 e o princípio do balcão único	80
	2. Potencial lacuna do Regulamento das Concentrações e resposta da Comissão	82
III.	Os principais momentos da saga <i>llumina / Grail</i>	83
IV.	O acórdão do TJ e a vitória da segurança jurídica e da previsibilidade	86
V.	As consequências do acórdão do TJ e o futuro do controlo de concentrações na UE	88
VI.	Conclusão	91



Fecha de recepción
19 de octubre de 2024



Fecha de aceptación
13 de noviembre de 2024



Sumário: O artigo discute as implicações jurídicas e regulatórias do caso *Illumina/Grail*, com foco particular na aplicação do Artigo 22 do Regulamento das Concentrações da UE. O caso girou em torno da tentativa da Comissão Europeia de estender a sua competência para analisar operações de concentração que não cumpriam os limiares tradicionais de notificação baseados no volume de negócios. Esta tentativa visava abranger as chamadas “aquisições estratégicas”, onde empresas de maior dimensão adquirem empresas de menor dimensão e inovadoras para eliminar a concorrência futura. O caso culminou num acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, proferido em 3 de setembro de 2024, que rejeitou a interpretação ampla da Comissão sobre o Artigo 22, enfatizando a necessidade de certeza jurídica e previsibilidade no controlo das concentrações.

Abstract: This article discusses the legal and regulatory implications of the *Illumina/Grail* case, particularly focusing on the application of Article 22 of the EU Merger Regulation. The case revolved around the European Commission's attempt to extend its jurisdiction to review mergers that did not meet the traditional notification thresholds based on turnover. This was aimed at addressing “killer acquisitions”, where larger companies acquire smaller, innovative firms to eliminate future competition. The case culminated in a ruling by the Court of Justice of the European Union on September 3, 2024, which rejected the Commission's broad interpretation of Article 22, emphasizing the need for legal certainty and predictability in merger control.



Palavras-chave: Illumina/Grail; aquisições estratégicas; Comissão Europeia; Artigo 22.º do Regulamento das concentrações, Autoridades nacionais de concorrência, limiares de notificação, segurança jurídica.

Key words: Illumina/Grail; killer acquisitions; European Commission; Article 22 of the European Merger regulation, National Competition Authorities, thresholds, legal certainty.

A saga *Illumina/Grail* e a aplicação do artigo 22.º do Regulamento das Concentrações

I. Introdução

No dia 3 de setembro de 2024 assistimos à prolação do acórdão do Tribunal de Justiça (“TJ”) no caso *Illumina/Grail*¹. Este acórdão foi precedido de um longo debate sobre a competência da Comissão Europeia (“Comissão”) para examinar operações de concentração de empresas (tais como fusões e aquisições) que não atinjam os limiares de notificação previstos no Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (“Regulamento das concentrações”)².

Através do recurso ao mecanismo, pretensamente corretivo, do artigo 22.º do Regulamento das Concentrações, a Comissão defendia deter uma competência alargada, capaz de abranger operações de concentração que não cumpriam nem os limiares de notificação previstos no Regulamento das Concentrações nem os limiares dos sistemas nacionais de controlo de concentrações dos Estados-Membros. Na base desta pretensão encontrava-se a necessidade de dotar aquela Instituição de poderes para examinar as chamadas “*killer acquisitions*”³, ou aquisições estratégicas, que, por envolverem empresas de menor dimensão, escapavam ao controlo de concentrações europeu. O TJ, contudo, em nome da segurança jurídica, afastou a utilização do mecanismo do artigo 22.º do Regulamento das Concentrações nos termos pretendidos pela Comissão.

Coloca-se, agora, a questão de saber como conciliar estes interesses potencialmente conflituantes, para a qual este breve estudo pretende contribuir.

II. Antecedentes

1. A adoção do primeiro Regulamento das Concentrações em 1989 e o princípio do balcão único

Em 1990, entrou em vigor o Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas⁴, com o objetivo de criar um regime comunitário de controlo prévio de concentrações. Este Regulamento foi substituído pelo atual Regulamento das Concentrações em 2004. No que respeita à repartição

1 Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 3 de setembro de 2024, *Illumina, Inc. e Grail LLC/Comissão*, processos apensos C-611/22 P e C-625/22 P [ECLI:EU:C:2024:677] (“acórdão *Illumina/Grail*”).

2 JO L 24 de 29.1.2004, pg. 1-22.

3 Aquisições que têm o propósito de absorver uma empresa inovadora para por exemplo a eliminar como possível fonte de concorrência futura.

4 JO L 395 de 30.12.1989, pg. 1-12.

das competências entre a Comissão e as Autoridades Nacionais de Concorrência dos Estados-Membros (“**ANC**”), o Regulamento estabelece o princípio do balcão único (“*one-stop shop*”). Este princípio, previsto no artigo 21.º, determina que, verificando-se a competência da Comissão, as ANC ficam impedidas de avaliar essas mesmas concentrações. O objetivo é, por um lado, dotar a Comissão de competência para analisar as concentrações de maior dimensão, que, em princípio, têm efeitos transfronteiriços relevantes, e, por outro, evitar a ocorrência de conflitos positivos de competência e a necessidade de notificações paralelas, assegurando simplicidade e segurança jurídica⁵.

O princípio do balcão único seria demasiado rígido se não admitisse exceções⁶. Assim, previram-se mecanismos de remessa de concentrações entre os Estados-Membros e a Comissão, como o previsto no artigo 22.⁰⁷. Este mecanismo permite que um ou mais Estados-Membros solicitem à Comissão o exame de uma concentração que não tenha dimensão europeia, mas que afete o comércio entre Estados-Membros e ameace afetar significativamente a concorrência no território do Estado-Membro ou Estados-Membros que apresentam o pedido.

O objetivo inicial desta norma foi o de colmatar a lacuna decorrente da ausência de regime de controlo de concentrações em determinados Estados-Membros⁸, como por exemplo os Países Baixos (daí ser conhecido como “cláusula neerlandesa”)⁹ e, atualmente, o Luxemburgo¹⁰. O segundo objetivo, introduzido aquando da alteração ao Regulamento de 1989¹¹, e reforçado com a adoção do Regulamento das Concentrações de 2004, foi o de ampliar o âmbito de aplicação do artigo 22.º, permitindo pedidos de remessa à Comissão quando esta é a entidade mais bem posicionada para examinar os efeitos transfronteiriços da concentração¹².

O mecanismo do artigo 22.º funciona da seguinte forma. Em primeiro lugar, a remessa deve ser suscitada por um ou mais Estados-Membros. Em segundo lugar, a transação em questão deve ser qualificada como uma operação de concentração, tal como definida no artigo 3.º do Regulamento das Concentrações, mas não deve atingir os limiares de dimensão europeia estabelecidos no seu artigo 1.º. Em terceiro lugar, a concentração deve afetar o comércio entre os Estados-Membros. Por fim, deve constituir uma ameaça significativa para a concorrência no território do Estado-Membro, que efetua a remessa¹³.

5 WHISH, R., BAILEY, D., *Competition Law*, Oxford University Press (Oxford) 11ª edição, 2024, pg. 948; MOURA E SILVA, M., *Direito da Concorrência*, AAFDL Editora (Lisboa) 2018, pgs. 1184-1189; OLIVEIRA PAIS, S., *O Controlo das Concentrações de Empresas no Direito Comunitário da Concorrência*, Almedina (Coimbra), 1996, pg. 314.

6 JONES, A., SUFRIN B., DUNNE, N., *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 8ª edição, 2023, pg. 1093.

7 Na mesma linha, o artigo 4.º, n.º 5 do Regulamento das Concentrações permite que seja a Comissão a avaliar uma operação de concentração sem dimensão comunitária quando esta tenha de ser notificada a três ou mais Estados-Membros. O artigo 4.º, n.º 4, e o artigo 9.º do Regulamento das Concentrações, que não serão objeto deste estudo, regulam a remessa de concentrações da Comissão aos Estados-Membros.

8 WHISH, R., BAILEY, D., *Competition Law*, Oxford University Press, 2024, pg 953.

9 Ver MOURA E SILVA, M., *Direito da Concorrência*, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, pg. 1194.

10 Este Estado-Membro está no processo de estabelecer uma Autoridade Nacional de Concorrência, como tal a norma deixaria de ter âmbito de aplicação. Ver, neste sentido, LEMOINE, F., “Luxembourg Trends and Developments”, in *Chambers Global Practice Guides*, 2024, <https://practiceguides.chambers.com/practice-guides/corporate-ma-2024/luxembourg/trends-and-developments>.

11 Regulamento (CE) n.º 1310/97 do Conselho de 30 de junho de 1997, JO L 180 de 09.07.1997, pgs.1-6.

12 JONES, A., SUFRIN B., DUNNE, N., *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 8ª edição, 2023, pg. 1111; MOURA E SILVA, M., *Direito da Concorrência*, AAFDL LISBOA, 2018, pg. 1184.

13 Ver, entre muitos, BENGTTSSON, C., CARPI BADIA, J.M., KADAR, M., “Mergers”, in *Faull & Nikpay The EU Law of Competition*, coord. por FAUL, J. e NIKPAY, A., Oxford University Press, Oxford, 2014, pgs. 539-808, em pg.603. Note-se que os atores admitem que o artigo 22.º pode ser usado tal como preconizado pela Comissão e fazem referência ao caso COMP/M.5828, *Procter & Gamble/Sara Lee Air Care* (2019).

2. Potencial lacuna do Regulamento das Concentrações e resposta da Comissão

Os limiares de notificação previstos no Regulamento das Concentrações assentam no volume de negócios das empresas envolvidas, para, em nome do interesse da segurança jurídica, ser facilmente determinável se uma transação está sujeita a notificação à Comissão¹⁴. Por natureza, este tipo de limiares não é suscetível de abranger todas as operações de concentração¹⁵, nomeadamente, aquelas que, por envolverem empresas emergentes, não são suscetíveis de atingir os limiares, mas que podem originar um impedimento significativo a uma concorrência efetiva.

Na avaliação dos aspetos processuais e jurisdicionais do controlo das concentrações da União¹⁶, a Comissão examinou a necessidade de ajustar os limiares de notificação para captar as transações potencialmente anticoncorrenciais, que, não obstante, não satisfazem os critérios tradicionais de volume de negócios, mais especificamente as “*killer acquisitions*” – aquisições que têm o propósito de adquirir uma empresa inovadora, por um preço considerável, para por exemplo a eliminar como possível fonte de concorrência futura¹⁷. Uma vez que as empresas adquiridas são muitas vezes “*start-ups*”, com um volume de negócios baixo, a sua aquisição não atinge os limiares para espoletar a necessidade de realizar uma notificação à Comissão¹⁸ ou mesmo à ANC.

Em 2021, a Comissão adotou as Orientações sobre o artigo 22.º^{19 20}. Após uma avaliação à eficácia dos limiares de volume de negócios do Regulamento das Concentrações, a Comissão concluiu que:

Embora estes limiares [...] tenham geralmente sido eficazes para captar operações com um impacto significativo na concorrência no mercado interno da UE, escaparam à revisão, tanto da Comissão como dos Estados-Membros, algumas operações transfronteiras que poderiam potencialmente ter um impacto semelhante²¹.

Com esta posição, a Comissão pretendia incentivar e aceitar remessas dos Estados-Membros nos casos em que o Estado-Membro que apresentasse o pedido não tivesse competência inicial sobre o caso, mas em que se encontrassem preenchidos os outros critérios do artigo 22.º, a saber, que a realização da operação de concentração afetasse o comércio entre

14 Ver, entre outros, MOURA E SILVA, M., *Direito da Concorrência*, AAFDL LISBOA, 2018, pg. 1185. Também neste sentido, ver acórdãos do TJ de 18 de dezembro de 2007, *Cementbouw Handel & Industrie/Comissão*, C-202/06 P [ECLI:EU:C:2007:814] n.ºs 35 a 37, de 25 de setembro de 2003, *Schlüsselverlag J. S. Moser e o./Comissão*, C-170/02 P, [ECLI:EU:C:2003:501] n.º32, e de 22 de junho de 2004, *Portugal/Comissão*, C-42/01, [ECLI:EU:C:2004:379] n.º 50.

15 JONES, A., SUFRIN B., DUNNE, N., *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 8ª edição, 2023, pg. 1093.

16 Ponto 10 das Orientações sobre o artigo 22.º.

17 Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, “Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control – Background Note”, 12.05.2020, pg. 2, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)5/en/pdf).

18 WHISH, R., BAILEY, D., *Competition Law*, Oxford University Press, 2024, pg. 921. Ver, ainda, RILEY, A., “Killer Acquisitions and Article 22: A Step Too Far?”, *Wolters Kluwer*, 30.08.2021, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/08/30/killer-acquisitions-and-article-22-a-step-too-far/>.

19 Comissão Europeia, “Orientações sobre a aplicação do mecanismo de remessa previsto no artigo 22.º do Regulamento das Concentrações para determinadas categorias de casos” (2021/C 113/01), JO C 113 de 31.03.2021, pg. 1-6.

20 Em 2020, Margrethe Vestager, Vice-Presidente Executiva da Comissão e Comissária para a Concorrência, já havia feito referência a esta forma de interpretar a norma. Em discurso, referiu que se pretendia que as ANC de cada Estado-Membro notificassem à Comissão transações, não só abaixo dos limiares do Regulamento das Concentrações, como também abaixo dos limiares nacionais. Disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/comp/items/686965/>.

21 Ponto 10 das Orientações sobre o artigo 22.º. Estas Orientações foram revogadas no dia 2 de dezembro de 2024 pela Comunicação da Comissão C/2024/7190, relativa à revogação do ato 2021/C 113/01 (JO C 2.12.2024).

Estados-Membros e ameaçasse afetar significativamente a concorrência no território do Estado-Membro ou Estados-Membros que apresentavam o pedido.

Esta abordagem permitia, por um lado, garantir o exame, por parte da Comissão, de determinadas operações de concentração, que não seriam notificáveis ao abrigo dos limiares tradicionais de volume de negócios, sem que, por outro lado, fosse imposta uma obrigação de notificação das operações que não justificavam tal exame²².

A aplicação alargada do mecanismo previsto no artigo 22.º do Regulamento das Concentrações, que permitia abranger operações de concentração que não satisfizessem quaisquer limiares de notificação – nem os previstos no Regulamento das Concentrações nem os previstos nas legislações de qualquer Estado-Membro da União – resultou na atribuição à Comissão de um instrumento para, *ex officio*, investigar todas as concentrações que pudessem suscitar preocupações em matéria de concorrência.

III. Os principais momentos da saga *llumina / Grail*

A *llumina*, sediada nos EUA, líder mundial em ferramentas de sequenciação de ácido desoxirribonucleico (“**ADN**”) A, pretendia adquirir a *Grail*, uma empresa americana em fase de arranque, especializada em testes de deteção precoce do cancro. A *llumina* é especializada na sequenciação genómica, que consiste em determinar a sequência de ADN de um organismo, o que é fundamental para o desenvolvimento de testes de deteção do cancro. A *Grail*, por seu turno, é conhecida pelo seu teste de sangue *Galleri*, concebido para detetar vários tipos de cancro previamente ao aparecimento dos sintomas²³. Antes da transação, que foi concluída em 18 de agosto de 2021²⁴, a *llumina* já detinha uma participação de 14,5% na *Grail*²⁵.

Esta transação²⁶ atraiu atenção significativa das autoridades de concorrência nos dois lados do atlântico, a Comissão, a *Competition and Markets Authority* (“**CMA**”) britânica e a *Federal Trade Commission* (“**FTC**”) norte-americana²⁷. Em causa estava o facto de a aquisição poder posicionar a *llumina* como um fornecedor dominante no setor dos testes de deteção do cancro, potencialmente em prejuízo de uma concorrência efetiva²⁸.

Contudo, apesar do elevado valor da transação e das suas implicações estratégicas, a *Grail* não tinha operações comerciais de elevada magnitude nem havia auferido qualquer volume de negócios na União²⁹. Por conseguinte, a operação não atingia os limiares de notificação

22 Ponto 11 das Orientações sobre o artigo 22.º.

23 Decisão da Comissão, de 6 de setembro de 2024, que revoga as decisões nos processos M.10188 – *llumina/GRAIL* [decisão nos termos do artigo 6.o, n.o 1, alínea c), e decisão de proibição nos termos do artigo 8.º, n.º 3]; M.10483 – *llumina/GRAIL* (procedimento nos termos do artigo 14.º); M.10493 – *llumina/GRAIL* [medidas provisórias nos termos do artigo 8.º, n.º 5, alínea a)]; M.10938 – *llumina/GRAIL* [medidas provisórias nos termos do artigo 8.º, n.º 5, alínea c)]; M.10939 – *llumina/GRAIL* [medidas de reparação nos termos do artigo 8.º, n.º 4, alínea a)] [notificada com o número C(2024) 6433], artigo 1.º.

24 Acórdão do Tribunal Geral, (Terceira Secção alargada), 13 de julho de 2022 T-227/21, *llumina, Inc., contra Comissão Europeia* [ECLI:EU:T:2022:447] n.º 42.

25 Acórdão *llumina/Grail*, C-611/22P e C-625/22P, n.º 11.

26 Neste artigo usaremos as expressões “transação”, “aquisição”, “concentração” e “operação de concentração” para nos referirmos à realidade das operações de concentração. Para uma definição ver artigo 3.º do Regulamento das Concentrações.

27 Acórdão *llumina/Comissão*, T-227/21, n.º 186.

28 Acórdão *llumina/Comissão*, T-227/21, n.ºs 23 a 28.

29 Dado ser uma start-up, não tinha qualquer tipo de volume de negócios (nem da União, nem noutro lugar). Acórdão *llumina/*

previstos no artigo 1.º do Regulamento Concentrações, pelo que não foi notificada à Comissão, nos termos do n.º 1 do seu artigo 4.º³⁰. Além disso, a concentração também não preenchia os critérios de notificação previstos nas legislações nacionais, pelo que não se encontrava sujeita à competência das autoridades de concorrência de nenhum Estado-Membro.

A 7 de dezembro de 2020, a Comissão recebeu uma denúncia, por parte de empresas concorrentes, relativa à concentração em causa. Após analisar o caso, a Comissão chegou à conclusão preliminar de que a operação de concentração cumpria as condições estabelecidas no artigo 22.º, n.º 1, do Regulamento das Concentrações³¹.

A 19 de fevereiro de 2021, a Comissão, nos termos do n.º 5 do artigo 22.º, convidou formalmente os Estados-Membros a apresentarem um pedido de remessa. Na sequência deste convite, a 9 de março de 2021, a *Autorité de la concurrence* francesa³² apresentou um pedido formal de remessa, ao qual se associaram, posteriormente, cinco outras autoridades nacionais de concorrência dos seguintes Estados-Membros, a saber, Bélgica, Grécia, Islândia, Países Baixos e Noruega^{33 34}.

A 11 de março de 2021, a Comissão informou as partes envolvidas de que estavam proibidas de realizar a operação de concentração devido à obrigação de suspensão (ou “*standstill*”) prevista no artigo 7.º do Regulamento das Concentrações, que exige que as partes não executem a concentração até que esta tenha sido notificada à Comissão e por ela aprovada³⁵, e a 19 de abril de 2021, a Comissão aceitou formalmente os pedidos de remessa de todas as ANC envolvidas³⁶.

Nas suas decisões de aceitação dos pedidos de remessa, a Comissão considerou que se encontravam preenchidos os requisitos previstos no artigo 22.º do Regulamento das Concentrações. Em particular, a Comissão concluiu que a falta de volume de negócios da *Grail* na União não refletia a sua importância concorrencial³⁷. Em resposta às preocupações relativas aos princípios da subsidiariedade³⁸ e do balcão único, a Comissão declarou que estes não eram colocados em causa, uma vez que os Estados-Membros não tinham competência para examinar a concentração³⁹. A Comissão abordou igualmente o princípio da confiança legítima,

Grail, C-611/22P e C-625/22P, n.º 13.

30 Acórdão *Illumina/Grail*, C-611/22P e C-625/22P, n.º 13 e 14.

31 Acórdão *Illumina/ Comissão*, T-227/21, n.º 11.

32 Acórdão *Illumina/Comissão*, T-227/21, n.º 14.

33 Acórdão *Illumina/ Comissão*, T-227/21, n.º 16.

34 Através do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (“*EEE*”), as regras de concorrência da UE têm aplicação na Noruega.

35 Acórdão *Illumina/Grail*, C-611/22P e C-625/22P, n.º 19.

36 Acórdão *Illumina/Comissão*, T-227/21, n.ºs 19. Cfr. Decisão C(2021) 2847 final da Comissão, de 19 de abril de 2021, de aceitar o pedido da autoridade da concorrência francesa para examinar a operação de concentração que tem por objeto a aquisição do controlo exclusivo da *Grail* pela *Illumina* (processo COMP/M.10188 – *Illumina/Grail*); Decisões C(2021) 2848 final, C(2021) 2849 final, C(2021) 2851 final, C(2021) 2854 final e C(2021) 2855 final da Comissão, de 19 de abril de 2021, de aceitar os pedidos das autoridades nacionais da concorrência grega, belga, norueguesa, islandesa e neerlandesa para se associarem a esse pedido de remessa.

37 Acórdão *Illumina/Comissão*, T-227/21, n.º 11.

38 Previsto no artigo 5.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia (“*TUE*”) e Protocolo n.º 2 relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Para que as instituições da União intervenham em nome do princípio da subsidiariedade deverão estar preenchidas três condições prévias: (a) não pode tratar-se de um domínio da competência exclusiva da União (isto é, deve ser uma competência não exclusiva); (b) os objetivos da ação considerada não podem ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros (necessidade); (c) devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, esta pode ser mais bem alcançada ao nível da União (valor acrescentado).

39 Acórdão *Illumina/Comissão*, T227/21, n.ºs 28 a 31.

sublinhando que o direito dos Estados-Membros de remeterem casos ao abrigo do artigo 22.º tinha sido estabelecido há muito tempo⁴⁰ e que as empresas envolvidas em operações de concentração deviam estar cientes desta possibilidade⁴¹. Por último, a Comissão salientou o princípio da segurança jurídica, reconhecendo que, embora o tempo decorrido desde o anúncio da concentração até ao pedido de remessa pudesse ter sido longo, o potencial prejuízo para a concorrência constituía uma preocupação maior⁴².

A *Illumina*, apoiada pela *Grail*, recorreu para o Tribunal Geral da União Europeia (“**TG**”) pedindo a anulação das decisões da Comissão de aceitar os pedidos de remessa das seis ANC, com fundamento na incompetência da Comissão para analisar a operação de concentração, no carácter tardio do pedido de remessa e na violação dos princípios da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa administração⁴³.

No dia 29 de outubro de 2021, a Comissão adotou uma nova decisão impondo medidas provisórias⁴⁴ para que a *Grail* fosse preservada como entidade distinta, independente e autónoma da *Illumina* enquanto durasse o procedimento, para facilitar, se necessário, a sua separação.

A 13 de julho de 2022, o TG confirmou as decisões da Comissão de aceitar os pedidos de remessa das seis ANC. Para o TG, o facto de nenhuma das ANC ter competência inicial, nos termos das regras nacionais de controlo de concentrações, para examinar a operação de concentração não era impeditivo da utilização do mecanismo de remessa do artigo 22.º do Regulamento das Concentrações. Recorrendo a quatro métodos de interpretação, literal⁴⁵, histórico, contextual e teleológico⁴⁶, o TG entendeu que o artigo 22.º devia ser interpretado como um “mecanismo de correção”, expressão utilizada no considerando 11 do Regulamento das Concentrações, destinado a sanar lacunas no controlo inerentes a um sistema fundado principalmente em limiares de volumes de negócios, criando uma competência subsidiária da Comissão⁴⁷. O TG afastou a possibilidade de a atribuição de competência à Comissão nestes termos poder colocar em causa princípios basilares da União, nomeadamente, o da segurança jurídica⁴⁸ e o da proporcionalidade⁴⁹, uma vez que, no entender do TG, não só a Comissão detinha uma margem de manobra restrita, como também a aplicação do mecanismo dependia do preenchimento das quatro condições do artigo 22.º⁵⁰. Assim sendo, o TG concluiu que o n.º 1 do artigo 22.º permitia a um Estado-Membro remeter uma operação de concentração à Comissão, mesmo que a referida concentração não fosse abrangida pelo sistema nacional de controlo das concentrações desse Estado-Membro remetente.

40 Acórdão *Illumina/Comissão*, T-227/21, n.º 29. A Comissão citou, mesmo, um precedente antigo para demonstrar que os Estados-Membros que não dispunham de um sistema de controlo das concentrações tinham o direito de realizar pedidos de remessa ao abrigo do Regulamento das Concentrações (acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção Alargada) de 15 de dezembro de 1999, *Kesko Oy / Comissão*, T-22/97 [ECLI:EU:T:1999:327]).

41 Acórdão *Illumina/Comissão*, T-227/21, n.º 31.

42 Acórdão *Illumina/Comissão*, T-227/21, n.º 32.

43 Acórdão *Illumina/Grail*, C-611/22P e C-625/22P, n.º 34.

44 Decisão C(2021) 7675 final, de 29 de outubro de 2021.

45 A interpretação literal de uma disposição clara e precisa é o método de interpretação que melhor reflete o princípio da segurança jurídica, uma vez que garante um elevado grau de previsibilidade nos acórdãos da Comissão (LENAERTS, K., GUTIÉRREZ-FONS, J., “To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice”, *European University Institute*, 2012, pgs 12).

46 Acórdão *Illumina/Comissão*, T-227/21, n.º 88.

47 Acórdão *Illumina/Comissão*, T-227/21, n.ºs 141 a 143.

48 Acórdão *Illumina/Comissão*, T-227/21, n.º 173.

49 Acórdão *Illumina/Comissão*, T-227/21, n.º 167.

50 Acórdão *Illumina/Comissão*, T-227/21, n.ºs 171 e 176.

A 6 de setembro de 2022, a Comissão proibiu a aquisição da *Grail* pela *Illumina*, concluindo que esta última poderia ter um incentivo para limitar ou impedir os concorrentes da *Grail* de acederm à sua tecnologia, prejudicando a concorrência⁵¹.

No dia 12 de julho de 2023, a Comissão aplicou uma coima à *Illumina* e à *Grail* por violação da obrigação de suspensão da realização da operação de concentração, o que constituiu a maior coima alguma vez aplicada por infrações processuais ao abrigo do Regulamento das Concentrações, e a primeira coima aplicada à empresa adquirida pelo mesmo motivo⁵².

Por fim, no dia 3 de setembro de 2024, o TJ proferiu o acórdão *Illumina/Grail* anulando o acórdão do TG e as decisões da Comissão de aceitar os pedidos de remessa das seis ANC^{53 54}.

IV. O acórdão do TJ e a vitória da segurança jurídica e da previsibilidade

O TJ seguiu o mesmo caminho interpretativo que o TG, mas afastou as conclusões deste quanto à interpretação histórica, contextual e teleológica⁵⁵.

Em particular, o TJ rejeitou a leitura do TG que sugeria que o artigo 22.º do Regulamento das Concentrações funcionava como um “mecanismo de correção” capaz de permitir a remessa à Comissão de qualquer operação de concentração que preenchesse os requisitos do n.º 1 do artigo 22.º, independentemente de se encontrar abrangida pelo sistema nacional de controlo de concentrações do Estado-Membro que fazia o pedido⁵⁶. Pelo contrário, o TJ concluiu que não existiam evidências históricas⁵⁷ de que o legislador da União tivesse pretendido utilizar o artigo 22.º para sanar as pretensas lacunas decorrentes da rigidez dos limiares assentes no volume de negócios⁵⁸.

Muito expressivamente, o TJ considerou que a consagração no Regulamento das Concentrações de limiares baseados no volume de negócios teve como propósito instituir um sistema de controlo de concentrações eficaz e previsível, tomando em consideração a

51 Acórdão *Illumina/Grail*, C-611/22P e C-625/22P, n.º 51, referindo-se à Decisão C(2022) 6454 final da Comissão, de 6 de setembro de 2022, que declara uma concentração incompatível com o mercado interno e com o funcionamento do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, tomada em aplicação do artigo 8.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004. Esta Decisão também foi objeto de recurso por parte da *Illumina*: Processo T-709/22: Recurso interposto em 17 de novembro de 2022 – *Illumina/Comissão*; Processo 2023/C 24/81, JO C 24 de 23.1.2023, pg. 58-59.

52 Decisão da Comissão, de 6 de setembro de 2024, que revoga as decisões nos processos M.10188 – *Illumina/GRAIL* [decisão nos termos do artigo 6.o, n.o 1, alínea c), e decisão de proibição nos termos do artigo 8.º, n.º 3,]; M.10483 – *Illumina/GRAIL* (procedimento nos termos do artigo 14.º); M.10493 – *Illumina/GRAIL* [medidas provisórias nos termos do artigo 8.º, n.º 5, alínea a)]; M.10938 – *Illumina/GRAIL* [medidas provisórias nos termos do artigo 8.º, n.º 5, alínea c)]; M.10939 – *Illumina/GRAIL* [medidas de reparação nos termos do artigo 8.º, n.º 4, alínea a)] [notificada com o número C(2024) 6433], artigo 1.º.

53 Saliente-se que a decisão do TJ vai ao encontro do sentido das conclusões do advogado-geral (“AG”) Nicholas Emiliou proferidas a 21 de março de 2024. Cfr. Conclusões do AdvogadoGeral Nicholas Emiliou, apresentadas em 21 de março de 2024, processos apensos C611/22 P e C625/22 P, *Illumina/Comissão* e *Grail/Comissão* [ECLI: EU:C:2024:264].

54 Em conformidade com o artigo 61.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, o TJ pode, em caso de anulação do acórdão do TG, decidir definitivamente o litígio, se este estiver em condições de ser julgado.

55 Acórdão *Illumina/Grail*, C-611/22P e C-625/22P, n.º 120.

56 Acórdão *Illumina/Grail*, C-611/22P e C-625/22P, n.º 148.

57 Tendo em conta documentos que foram utilizados na preparação do Regulamento das Concentrações, nomeadamente o Livro Verde da Comissão de 31 de janeiro de 1996 relativo à revisão do regulamento sobre as concentrações, COM (96) 19 final, o Livro Verde da Comissão de 11 de dezembro de 2001 sobre a revisão do Regulamento n.º 4064/89 do Conselho, COM (2001) 745 final, e a proposta de 2003. Ver, acórdão *Illumina/Grail*, C-611/22P e C-625/22P, n.º 136 e 148.

58 Acórdão *Illumina/Grail*, C-611/22P e C-625/22P, n.º 146.

necessidade de segurança jurídica das empresas e baseado no princípio do balcão único⁵⁹. No entender do TJ, este sistema assenta, simultaneamente, numa repartição clara das tarefas atribuídas à Comissão e aos Estados-Membros e numa definição precisa dos limiares de notificação e das condições de suspensão que se impõem às empresas numa operação de concentração⁶⁰.

De facto, o primeiro objetivo do artigo 22.º, que levou à introdução do mecanismo de remessa no Regulamento de 1989, é de permitir à Comissão examinar uma operação de concentração, quando um Estado-Membro não dispõe de legislação nacional em matéria de controlo das concentrações. O segundo objetivo é o alargamento do princípio do balcão único com vista a permitir o exame pela Comissão de uma concentração notificada ou notificável em vários Estados-Membros, para evitar múltiplas notificações a nível nacional e reforçar, assim, a previsibilidade e a segurança jurídica das empresas⁶¹.

O TJ ainda entendeu que o legislador da União pretendeu assegurar um controlo de concentrações em prazos compatíveis com as exigências de uma boa administração e da vida comercial⁶².

Ora, a interpretação preconizada pela Comissão e apoiada pelo TG comprometeria a eficácia, a previsibilidade e a segurança jurídica que deveriam ser asseguradas às empresas numa operação de concentração⁶³. De facto, estas devem ter facilidade em determinar se a operação de concentração em causa está sujeita a controlo de concentrações e, em caso afirmativo, que autoridade deve ser notificada e em que data se pode esperar uma decisão⁶⁴.

O TJ deu, portanto, primazia à segurança jurídica das empresas.

O TJ também afirmou, respondendo a outro argumento do TG, que o facto de o Regulamento das Concentrações ter uma base jurídica ampla, assente, não só no artigo 103.º TFUE, mas também no artigo 352.º TFUE (que permite adotar legislação para atingir um objetivo estabelecido nos Tratados sem que tenham sido previstos os poderes de ação necessários para o efeito) não confere a competência pretendida à Comissão. Apenas permite concluir que o artigo 103.º TFUE (que permite adotar legislação com vista à aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE) foi considerado pelo legislador da UE uma base jurídica isoladamente insuficiente para instituir um sistema de controlo de concentrações⁶⁵.

O TJ ainda afirmou que também não se pode retirar de outras disposições do Regulamento das Concentrações – como os outros mecanismos de remessa, previstos nos artigos 4.º, n.ºs 4 e 5, e 9.º – um critério claro para determinar, com precisão, quais são as concentrações que, não atingindo os limiares previstos naquele Regulamento, podem ser examinadas pela Comissão, em conformidade com o artigo 22.º⁶⁶.

59 Considerandos 8 e 11 do regulamento das Concentrações. Acórdão *Illumina/Grail*, C-611/22P e C-625/22P, n.º 207.

60 Acórdão *Illumina/Grail*, C-611/22P e C-625/22P, n.º 203. Ver, também, acórdão de 18 de dezembro de 2007, *Cementbouw Handel & Industrie/Comissão*, C-202/06 P [ECLI: EU:C:2007:814] n.ºs 35 a 37.

61 Acórdão *Illumina/Grail*, C-611/22P e C-625/22P, n.º 199.

62 Acórdão *Illumina/Grail*, C-611/22P e C-625/22P, n.º 204. Ver, também, acórdão de 22 de junho de 2004, *Portugal/Comissão*, C-42/01, ECLI: EU:C:2004:379, n.ºs 51 e 53.

63 Acórdão *Illumina/Grail*, C-611/22P e C-625/22P, n.º 206.

64 Acórdão *Illumina/Grail*, C-611/22P e C-625/22P, n.º 208.

65 Acórdão *Illumina/Grail*, C-611/22P e C-625/22P, n.º 153 a 156.

66 Acórdão *Illumina/Grail*, C-611/22P e C-625/22P, n.ºs 157 a 160.

Por fim, o TJ recordou que o Regulamento das Concentrações prevê um procedimento simplificado para rever os limiares que definem o seu âmbito de aplicação, caso estes se revelem desadequados⁶⁷ sugerindo que a correção de uma eventual lacuna deve ser feita por via legislativa, até para não colocar em causa o equilíbrio institucional da União⁶⁸, e não por via de interpretação.

V. As consequências do acórdão do TJ e o futuro do controlo de concentrações na UE

A aplicação do artigo 22.º do Regulamento das Concentrações, como preconizada pela Comissão, traduzia-se numa profunda alteração da forma como tinha sido aplicado o controlo de concentrações na UE até então, que assentava em critérios claros de determinação da competência da Comissão e era respeitador da segurança jurídica e da necessidade de previsibilidade das empresas na condução da sua vida comercial.

O acórdão *Illumina/Grail* foi, em nossa opinião, muito bem-vindo. De facto, com esta decisão judicial, as empresas envolvidas em operações de concentração beneficiaram de maior clareza e segurança jurídica em relação a aspetos fundamentais para a boa execução das suas operações de concentração, nomeadamente, quando é que uma operação de concentração está sujeita à obrigação de suspensão, qual é a autoridade competente para o seu exame (sem prejuízo dos mecanismos de flexibilização existentes no Regulamento das Concentrações) e qual é o período de espera para a execução dos negócios jurídicos envolvidos.

No que respeita ao caso concreto, o acórdão tem impacto, desde logo, nas várias decisões adotadas pela Comissão de aplicação de medidas cautelares, de proibição da operação de concentração e de aplicação de coima por violação da obrigação de “*standstill*”, que foram retiradas pela Comissão⁶⁹.

No entanto, o acórdão *Illumina/Grail* acarreta consequências que vão para além das circunstâncias do caso. Desde logo, a Comissão anunciou que só irá ter em consideração casos de remessa ao abrigo do artigo 22.º quando estes possam ser analisados pelas ANC que os remete⁷⁰, havendo assim um abandono do rumo traçado nas Orientações sobre o artigo 22.º em 2021 que foram revogadas no dia 2 de dezembro de 2024. Ademais, mantêm-se as questões de saber (i) que mecanismos estão ao dispor da Comissão para examinar as “*killer acquisitions*”, em mercados promissores e emergentes, que escapem ao controlo de concentrações atual, e (ii) se estes são suficientes para alcançar o objetivo pretendido ou se será necessária intervenção legislativa no futuro.

67 Acórdão *Illumina/Grail*, C-611/22P e C-625/22P, n.ºs 183 e 216. Ver, artigo 1.º, n.ºs 4 e 5 do Regulamento das Concentrações.

68 Acórdão *Illumina/Grail*, C-611/22P e C-625/22P, n.º 215.

69 Decisão da Comissão, de 6 de setembro de 2024, que revoga as decisões nos processos M.10188 – *Illumina/GRAIL* [decisão nos termos do artigo 6.o, n.o 1, alínea c), e decisão de proibição nos termos do artigo 8.º, n.º 3]; M.10483 – *Illumina/GRAIL* (procedimento nos termos do artigo 14.º); M.10493 – *Illumina/GRAIL* [medidas provisórias nos termos do artigo 8.º, n.º 5, alínea a)]; M.10938 – *Illumina/GRAIL* [medidas provisórias nos termos do artigo 8.º, n.º 5, alínea c)]; M.10939 – *Illumina/GRAIL* [medidas de reparação nos termos do artigo 8.º, n.º 4, alínea a)] [notificada com o número C(2024) 6433], artigo 1.º.

70 Comissão Europeia, “Statement by Executive Vice President Margrethe Vestager on today’s courts of justice judgment on the *Illumina/Grail* merger jurisdiction decisions”. 03.09.2024. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/statement_24_4525

Algumas das soluções possíveis foram apontadas pelo próprio TJ no acórdão *Illumina/Grail*.

Em primeiro lugar, o TJ refere que operações de concentração sem dimensão europeia e que não atinjam os limiares previstos nas legislações nacionais podem ser avaliadas pelas ANC como constitutivas de um abuso de posição dominante⁷¹. O TJ não afirma, contudo, que a Comissão também pode fazer uso dessa possibilidade.

Em segundo lugar, o TJ convida à revisão em baixa dos limiares de notificação, quer europeus, quer nacionais⁷², pois o alargamento do âmbito de aplicação das legislações nacionais de controlo de concentrações e, conseqüentemente, da competência de cada ANC, permite um maior número de remessas ao abrigo da “abordagem tradicional” ao artigo 22º.

Para além destas duas hipóteses, parece-nos que o alargamento dos âmbitos de aplicação das legislações nacionais e europeia de controlo de concentrações também pode passar pelas seguintes soluções, já aplicadas em alguns Estados-Membros. Entendemos, porém, que o equilíbrio entre o interesse em examinar previamente operações de concentração que envolvam empresas inovadoras que, apesar de gerarem pouco volume de negócios, podem ser suscetíveis de desempenhar um papel concorrencial importante, e o interesse da certeza e da segurança jurídicas não é o mesmo em cada solução.

Desde logo, os limiares de notificação podem não ser apenas baseados no volume de negócios das empresas. Estes podem referir-se, por exemplo, ao valor da transação (“*transaction-value thresholds*”). Neste caso, torna-se obrigatório notificar uma operação de concentração, quando o valor da transação excede um determinado valor, independentemente do volume de negócios das empresas envolvidas. Este mecanismo tem a vantagem de permitir examinar operações de concentração que envolvam empresas de volume de negócios baixo que, não obstante, têm grande valor intrínseco, medido pelo preço que o adquirente está disposto a pagar, o que pode funcionar como uma presunção de uma “*killer acquisition*”. A Alemanha e a Áustria adotaram, recentemente, esta solução⁷³.

Em segundo lugar, encontramos os limiares baseados na quota de mercado (“*market-share thresholds*”), à semelhança do que acontece em Portugal e em Espanha. Quando a realização de uma operação de concentração crie ou reforce um determinado valor de quota de mercado, tal determinará a obrigação de notificação à autoridade competente.

Se tivermos em conta que as chamadas “*killer acquisitions*” envolvem empresas que ainda não têm volume de negócios e sendo a quota de mercado normalmente calculada com base em vendas (volume de negócios), podemos assumir que a sua quota de mercado será baixa. Se o adquirente, como no caso *Illumina/Grail*, não se encontra ativo no mesmo mercado da empresa adquirida, mas sim em mercados vizinhos ou verticalmente relacionados, a operação de concentração não resultará num acréscimo de quota de mercado, podendo ficar abaixo dos limiares de notificação. Assim sendo, este critério tem a desvantagem de servir, essencialmente, para atribuir competência às autoridades de concorrência para examinar concentrações de cariz horizontal (ou seja, aquelas em que existe sobreposição de atividades) e não vertical

71 Acórdão *Illumina/Grail*, n.º 214, referindo-se ao acórdão de 16 de março de 2023, *Towercast*, C-449/21 [ECLI:EU:C:2023:207] n.ºs 50 e 53.

72 Acórdão *Illumina/Grail*, n.ºs 216 e 217.

73 DRAGHI, M., *The Future of European Competitiveness*, “Relatório Draghi”, 2024, Part-B, pg. 304. Esta parece ser a solução aconselhada no Relatório Draghi.

(onde as partes se encontram em estádios diferentes da cadeia de produção de um bem), pois, neste caso não haverá acréscimo de quota de mercado. O critério tem, ainda, a desvantagem de encerrar em si alguma incerteza, devido à necessidade de se determinar o mercado relevante⁷⁴ – tarefa muitas vezes complexa – para se chegar à conclusão sobre a necessidade de notificar a operação de concentração. No entanto, este critério tem a virtude de submeter a escrutínio das autoridades operações de concentração que, num juízo preliminar, pelo grau de concentração a que dão origem, merecem ser avaliadas de forma prévia.

Podemos, ainda, equacionar uma solução que, recentemente, tem ganhado popularidade nas legislações dos Estados-Membros⁷⁵. Referimo-nos à atribuição, às autoridades de concorrência, de poderes para chamar a si operações de concentração que não se encontram abrangidas pela obrigação de notificação (“*call-in powers*”). Esta solução foi adotada, por exemplo, em Itália⁷⁶ e noutros Estados-Membros⁷⁷. Este é o exemplo, também, do Reino Unido, que não sendo um Estado-Membro da UE representa uma jurisdição próxima, que não possui um sistema obrigatório de notificação prévia de operações de concentração. Neste país, as empresas podem notificar voluntariamente operações de concentração à CMA, e esta pode examinar concentrações que não tenham sido notificadas, quando estejam preenchidos certos critérios⁷⁸.

Com este poder, as autoridades podem chamar a si certas transações quando determinadas condições estejam verificadas. A lógica subjacente ao mecanismo “*call-in powers*” é avaliar as “*killer acquisitions*” que caíam fora do âmbito de aplicação das atuais regras de análise de operações de concentração.

Esta solução tem a vantagem de permitir flexibilidade às autoridades de concorrência para avaliar operações de concentração que se mostrem eventualmente nocivas da concorrência. Porém, a solução acarreta muita imprevisibilidade para as empresas, que precisam de levar a cabo as suas transações com base num plano estratégico específico e durante um período de tempo determinado. A ser admitida uma solução deste tipo, terá sempre de ser bem delimitada, com estabelecimento de critérios objetivos para que uma autoridade de concorrência

74 Comissão Europeia, “Comunicação da Comissão sobre a definição de mercado relevante para efeitos do direito da concorrência da União”, JO C, 22.02.2024, pgs. 1-35.

75 Vários Estados-Membros da UE e EEE, incluindo a Dinamarca, a Irlanda, a Itália, a Noruega e a Suécia, alargaram recentemente as suas regras nacionais em matéria de controlo das concentrações, permitindo-lhes, em determinadas circunstâncias, “chamar a si” operações (mesmo quando os limiares tradicionais baseados nas receitas não são atingidos). Ver VAN GERVEN, G., LESLIE, W., PROMPERS, L., “Hitting a brick wall? The review of below-threshold mergers in the EU”, 20.11.2023, https://www.linklaters.com/es-es/insights/blogs/linkingcompetition/2023/november/hitting-a-brick-wall_the-review-of-below-threshold-mergers-in-the-eu; e BERGQVIST, C., GALL, M., “Significant Amendments to the Danish Competition Act”, *Kluwer Competition Law Blog*, 05.06.2024

76 ZAMPA, G.L., DI GIÒ, A., POLITO G.M., “New Italian power to call in below-threshold mergers – guidance now published”, 06.01.2023, <https://transactions.freshfields.com/post/102i4gl/new-italian-power-to-call-in-below-threshold-mergers-guidance-now-published>.

77 Ver *supra* nota 75.

78 A CMA tem competência para analisar concentrações onde o volume de negócios combinado das empresas em causa exceda £70 milhões, ou onde a concentração resulte na criação ou aumento de uma participação de pelo menos 25% no fornecimento de bens e serviços (“*share of supply*”) no Reino Unido ou numa parte substancial dele. Cfr. Section 23 do Enterprise Act de 2002. Quanto aos *call-in powers*, as concentrações devem ser notificadas previamente à *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM) (i) se o volume de negócios total realizado a nível nacional por todas as empresas em causa for superior a 523 milhões de euros e (ii) se o volume de negócios total realizado individualmente a nível nacional por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 32 milhões de euros, artigo 16.º da Lei 187/1990, intitulado “*Comunicazione delle concentrazioni*”. A fim de exercer os poderes previstos na Lei 287/1990, a AGCM pode, a qualquer momento, solicitar às empresas e entidades na sua posse que forneçam informações e apresentem documentos relevantes, artigo 16-bis.º da lei 187/1990, intitulado “*Richieste di informazioni in materia di concentrazioni tra imprese*”. e pode ordenar às empresas em causa que suspendam a realização da concentração até à conclusão da investigação, artigo 17.º da Lei 187/1990, intitulado “*Sospensione temporanea dell’operazione di concentrazione*”.

possa decidir examinar a transação e sujeita a prazos curtos e perentórios, para o exercício deste poder excepcional.

O que a saga *Illumina/Grail* deixou bem claro é que nos encontramos perante uma potencial lacuna na aplicação das regras de controlo de concentrações (um “*enforcement gap*”). Esta lacuna verifica-se, principalmente, em setores como o digital e o farmacêutico⁷⁹ e em relação a transações com efeitos, por exemplo, na sustentabilidade ambiental, onde o bem-estar do consumidor não é medido pelo preço, mas antes pela qualidade e inovação⁸⁰. A esta observação acresce a recente discussão sobre a reforma do controlo de concentrações na UE, não apenas no que respeita ao alargamento da competência da Comissão, como também em relação à própria avaliação jusconcorrencial, que se espera capaz de melhorar a tomada em consideração de elementos como eficiência e inovação⁸¹.

VI. Conclusão

O acórdão *Illumina/Grail* do TJ foi muito bem-vindo, por ter posto termo a uma interpretação alargada do artigo 22.º do Regulamento das Concentrações, que, não só ia para além do espírito da norma, como também colocava em crise a previsibilidade de que as empresas necessitam na sua vida comercial.

O acórdão também coloca em evidência o facto de – se se considera necessário o alargamento da competência da Comissão – esta alteração ter de ser feita de forma clara e pela via legislativa, seja pela alteração dos limiares do Regulamento das Concentrações, seja pela alteração dos limiares das legislações nacionais dos Estados-Membros.

No que respeita à solução concreta, observa-se que os Estados-membros se encontram a atuar de forma mais ágil, tendo, alguns, alterado recentemente as suas regras nacionais. Materialmente, o critério do valor da transação poderá ser aquele que a priori mais facilmente poderá captar as aquisições estratégicas. Não obstante, o caminho para a reforma do sistema de controlo de concentrações na Europa passará, não só, pela revisão de critérios jurisdicionais, como também, pela revisão de critérios substantivos de avaliação jusconcorrencial.

79 Aliás, individualizados nas Orientações da Comissão sobre o artigo 22.º, n.º 7.

80 Sobre os objetivos de proteção do direito da concorrência ver LEANDRO VASCONCELOS R., *Medidas de Correção em Abuso de Posição Dominante: seus limites e direções*, Almedina, 2023, pgs. 82-120.

81 Cfr. carta de missão para Teresa Ribera, a próxima Comissária para a concorrência, que terá a incumbência de visitar as Orientações da Comissão para as concentrações horizontais (cfr. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://commission.europa.eu/document/download/5b1aeee5-681f-470b-9fd5-ae14e106196_en?filename=Mission%20letter%20-%20RIBERA.pdf). Ver, também, Relatório Draghi, pgs. 299 e 304.

NÚM.12

Problemas y cuestiones

REVISTA JURÍDICA PÉREZ-LLORCA

Diciembre 2024

Los "Problemas y Cuestiones" son notas breves que pretenden ser herramientas útiles y accesibles para la comunidad jurídica. En ellas, nuestros profesionales abordan temas legales actuales o de relevancia práctica, siempre desde una perspectiva orientada a la aplicación real en el ámbito profesional.

El paquete ViDA: los retos del Impuesto sobre el Valor Añadido desde un punto de vista comunitario

Marta Núñez

Socia de Pérez-Llorca

FISCAL

Jaime Castaño

Asociado de Pérez-Llorca

FISCAL

I.	Introducción	96
II.	Paquete ViDA	97
	1. Sistema de suministro de información digital y factura electrónica	97
	2. Plataformas digitales	99
	3. Registro único comunitario	102
III.	Futuro próximo	102

**Fecha de recepción**

23 de septiembre de 2024

**Fecha de aceptación**

13 de noviembre de 2024



Resumen: ViDA pretende introducir en la normativa comunitaria del sistema IVA una serie de medidas con el objetivo de reducir el fraude fiscal y adaptar el sistema a la “economía digital”. Las principales medidas afectarán a la facturación electrónica y el suministro digital de datos, a la tributación de determinados servicios prestados por las plataformas digitales y a la introducción de medidas de simplificación, tales como la creación de un registro único comunitario para los sujetos pasivos.

Abstract: ViDA aims to introduce a series of regulations into the community regulations of the VAT system with the aim of reducing tax fraud and adapting the system to the “digital economy”. The main measures will affect electronic invoicing and the digital reporting of data, the taxation of certain services provided by digital platforms and the introduction of simplification measures, such as the creation of a single registry for EU taxable persons.



Palabras clave: VAT in the Digital Age, ViDA, Directiva del IVA, facturación electrónica, plataformas digitales, registro único comunitario.

Key words: VAT in the Digital Age, ViDA, VAT Directive, e-invoicing, digital platforms, single EU VAT register.

El paquete ViDA: los retos del Impuesto sobre el Valor Añadido desde un punto de vista comunitario

I. Introducción

El desarrollo constante de la tecnología y de la denominada “economía digital”, junto con la pérdida de ingresos (“**Déficit recaudatorio**”) en concepto del Impuesto sobre el Valor Añadido¹ (el “**IVA**” o el “**Impuesto**”, indistintamente) de la Unión Europea (la “**UE**”), han venido teniendo un impacto constante en el sistema IVA de la UE: por un lado, por el auge de nuevos modelos de negocio en los que el sistema no termina de encajar y, por otro, porque el marco normativo actual no permite aprovechar las ventajas de la digitalización para reducir el fraude y favorecer una mayor cooperación entre los Estados miembros.

En este contexto, la Comisión Europea publicó el 15 de julio de 2020 el llamado “Plan de Acción para una fiscalidad justa y simple”, en el marco del cual se encuadró la iniciativa publicada por el mismo órgano, el 8 de diciembre de 2022, consistente en una propuesta para reformar la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido (“**Directiva del IVA**”); el Reglamento de ejecución 282/2011 del Consejo, de 15 de marzo de 2011, por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido (“**Reglamento de ejecución del IVA**”); y el Reglamento 904/2010 del Consejo, de 7 de octubre de 2010, relativo a la cooperación administrativa y la lucha contra el fraude en el ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido (“**Reglamento de cooperación administrativa en materia del IVA**”), con vistas a responder a los retos que plantea la digitalización en el Impuesto (“**Paquete ViDA**”)².

Sobre dicha propuesta, que ha sufrido numerosas modificaciones a lo largo del debate mantenido en el seno de la Comisión Europea y sobre la que se alcanzó un acuerdo unánime por parte de los distintos Estados Miembros el pasado 5 de noviembre de 2024, debe emitir un nuevo dictamen el Parlamento Europeo, previo a su aprobación formal en el seno de la Comisión Europea para su posterior publicación en el Boletín Oficial de la UE.

No obstante, se espera que el Paquete ViDA, una vez aprobado, entre en vigor paulatinamente a partir del 1 de enero de 2027.

La transversalidad y profundidad de las medidas incluidas en el Paquete ponen de relieve el importante esfuerzo realizado por los Estados miembros para alinearse alrededor de nuevas medidas de control y de intercambio de información, empujados por el crecimiento de una economía cada vez más digitalizada y en continua transformación.

¹ Se conoce como “déficit recaudatorio” a la diferencia entre la estimación de ingresos realizada por las Administraciones tributarias y los ingresos realmente recaudados en concepto del IVA o Impuesto. Esa pérdida de recaudación, que en parte viene dada por el llamado “fraude carrusel” en el marco de las operaciones realizadas entre distintos Estados miembro, se estimó en el año 2021 en 61.000 millones de euros en el conjunto de los Estados miembro que conforman la UE.

² VAT in the Digital Age o IVA en la era digital.

II. Paquete ViDA

Los cambios propuestos en el Paquete ViDA, cuyo objetivo, como hemos dicho, es el de reducir el déficit recaudatorio y hacer que el sistema IVA sea más eficiente para las Administraciones tributarias y los sujetos pasivos, giran en torno a tres pilares:

- i) Introducir requisitos comunes normalizados para el intercambio digital de información entre sujetos pasivos y Administraciones tributarias y establecer el uso de la facturación electrónica con carácter obligatorio en las transacciones intracomunitarias entre empresarios y profesionales (“**B2B**”).
- ii) Abordar los retos de la economía de plataformas en los servicios de alojamiento de corta duración y en los servicios de transporte de pasajeros, reforzando el papel de las plataformas en la recaudación del IVA y mitigando las discrepancias de su tributación entre los Estados miembros.

Para ello se apoyan en la experiencia obtenida de las modificaciones que afectaron a la actividad de comercio electrónico de bienes y servicios, en vigor desde julio del 2021.

- iii) Reducir los requisitos de registro en la UE, ampliando el ámbito de aplicación de los mecanismos de ventanilla única e introduciendo medidas de simplificación, tales como la aplicación obligatoria del mecanismo de inversión del sujeto pasivo en determinadas transacciones o la creación de un registro único europeo para determinados sujetos pasivos.

Las distintas medidas incluidas en ViDA, que entrarán en vigor progresivamente, se describen con más detalle a continuación:

1. Sistema de suministro de información digital y factura electrónica

La iniciativa más ambiciosa del Paquete ViDA es el sistema de suministro de información digital o “**DRR**”³.

En el borrador inicial, la Comisión proponía la introducción de un marco normativo a través del cual los Estados miembros i) podían exigir a los contribuyentes que utilizaran la facturación y el suministro electrónico de información en las transacciones nacionales, y ii) debían exigir la implementación de ambos mecanismos para casi todas las entregas de bienes y prestaciones de servicios transfronterizas en la UE.

No obstante, las negociaciones llevadas a cabo durante el año 2023 pusieron de manifiesto las dificultades para lograr un enfoque armonizado, debido en parte a que algunos Estados miembros ya habían adoptado medidas nacionales como la facturación electrónica obligatoria o el suministro de información digital.

Finalmente, de acuerdo con la última versión publicada⁴ del texto consensuado por los Estados miembros, está previsto que, una vez aprobado, el 1 de julio de 2030 entre en vigor lo mollar del nuevo DRR:

³ Digital Reporting Requirements.

⁴ 9681/24, de 8 de mayo de 2024.

- En primer lugar, se establece un sistema de suministro de información digital para las entregas intracomunitarias de bienes y prestaciones de servicios transfronterizas (con aplicación del mecanismo de inversión del sujeto pasivo) en operaciones B2B, que se fundamenta en la obligatoriedad de la factura electrónica.

El suministro de información que se prevé en el Paquete ViDA deberá ser realizado por el propio sujeto pasivo, transacción por transacción, directamente a la Administración tributaria y su contenido será similar a la información que actualmente se exige en el ámbito de la declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias, que con el Paquete ViDA desaparece.

En este contexto, se subordina la aplicación de la exención del IVA de las entregas intracomunitarias a que el sujeto pasivo cumpla con su obligación de expedir la factura electrónica y suministrar electrónicamente la información de la operación (DRR). Es decir, los sujetos pasivos que no cumplan con esas obligaciones no podrán aplicar la exención del IVA a las entregas intracomunitarias, lo que convierte a la expedición de la factura electrónica y al DRR en requisitos sustantivos de la exención, similar a lo que ocurre en la actualidad con la declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias.

- La documentación de las operaciones intracomunitarias y su remisión a través del DRR está basada en la expedición de una factura electrónica.

Con esta modificación normativa se elimina también el requisito de aceptación previa de la factura electrónica por parte del destinatario, sin necesidad de solicitar una excepción (derogación) de la aplicación de la Directiva.

Tendrá la consideración de factura electrónica la que se emita, transmita y procese en un formato electrónico estructurado que permita su procesamiento automatizado y electrónico. Siendo necesario que la información llegue a la Administración tributaria sin demora, por lo que el plazo para la emisión de la factura electrónica para las operaciones transfronterizas será de diez días a partir de la fecha en que se haya producido el devengo de la operación.

Hay que señalar que para las operaciones nacionales la Directiva mantiene la libertad de los Estados miembros a autorizar otra tipología de facturas. En el caso de España, esta modificación es compatible con las obligaciones y requisitos técnicos que van a establecerse en España en el ámbito de la facturación electrónica obligatoria en operaciones B2B y el desarrollo reglamentario de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas ("**Ley Crea y Crece**").

Por tanto, si en el momento de la entrada en vigor de estas obligaciones estuviesen en vigor las obligaciones marcadas por la Ley Crea y Crece en lo que respecta a la facturación electrónica, no será necesario que los sujetos pasivos españoles tengan que adaptar sus sistemas y procedimientos de facturación electrónica cuando sean de aplicación las disposiciones del Paquete ViDA.

- Los datos sobre las operaciones intracomunitarias suministradas por los sujetos pasivos a sus Estados miembros se deberán remitir por las autoridades de estos a una base de datos centralizada ("**VIES Central**"), junto con la información sobre la identificación

de los sujetos pasivos en cada Estado miembro, cuyo propósito es ayudar en la lucha contra el déficit recaudatorio y el fraude carrusel en el IVA.

Este VIES Central recopilará la información recibida y la conservará durante un período de diez años, realizando cruces automáticos de datos, permitiendo además la agregación de estos, y poniendo la información resultante a disposición de las autoridades de los Estados miembros.

- Finalmente, si bien los Estados miembros no están obligados a establecer sistemas de suministro de información digital para las operaciones efectuadas por los sujetos pasivos distintas de las que son objeto del DRR (las intracomunitarias), en el caso en el que decidan aplicarlos deberán ajustarse a las características del sistema aplicado para las entregas transfronterizas de bienes y prestaciones de servicios objeto del DRR.

No obstante, aquellos Estados miembros que en el momento de la entrada en vigor del Paquete VIDA ya dispusieran de sistemas de suministro de información digital, no estarán obligados a armonizarlos con el estándar europeo hasta el año 2035.

Este es el caso de España, que podrá mantener el actual Suministro Inmediato de Información (“SII”) hasta el 1 de enero del 2035, si bien, en el marco de la implementación de las medidas de la Ley Crea y Crece se podría revisar el SII para alinearlos con el estándar europeo.

En resumen, este grupo de medidas introduce un cambio de paradigma en la manera en la que los sujetos pasivos europeos se comunicarán con las Administraciones tributarias, con el objetivo de mejorar el sistema IVA en la lucha contra el fraude, no solo a nivel nacional, sino de forma coordinada en todo el territorio de la UE.

2. Plataformas digitales

La llamada “economía de plataformas” es el término utilizado para describir un modelo multilateral de transacciones en el que intervienen tres o más partes. En estas transacciones, el papel de la plataforma digital consiste en facilitar a través de medios electrónicos la conexión entre dos o más conjuntos de usuarios distintos pero interdependientes (ya sean empresas o particulares que ejerzan o no una actividad económica). En estas interacciones, una de las partes (el “proveedor”) ofrece acceso o transfiere activos, recursos, tiempo y/o habilidades, bienes y/o servicios a la otra parte (“consumidores”), a cambio de una contraprestación.

Los proveedores y consumidores pueden ser tanto empresarios o profesionales, como particulares y las plataformas suelen prestar servicios electrónicos para vincular a los distintos tipos de usuarios a cambio de una contraprestación.

La propia Comisión ha identificado siete sectores de actividad en las que hay una presencia significativa de negocios basados en plataformas digitales. Estos son: el comercio electrónico de bienes y servicios, el transporte, el alojamiento, el sector inmobiliario, las finanzas, los servicios profesionales y domésticos y la publicidad.

Los principales problemas jurídicos que se han identificado en el IVA, vinculados al desarrollo de la economía de plataformas, son los siguientes:

- La incertidumbre sobre si los proveedores que entregan sus bienes o servicios a través de las plataformas digitales tienen o no la condición de sujeto pasivo del IVA. Existen distintos enfoques adoptados por los Estados miembros en cada uno de los sectores arriba señalados, lo que aumenta significativamente la complejidad normativa para las plataformas digitales que operan a escala transfronteriza e incrementa sus costes administrativos y de cumplimiento.
- La naturaleza de los servicios prestados por las plataformas y los proveedores y las reglas aplicables para determinar el lugar en el que dichas operaciones se entienden prestadas. Aunque existe un enfoque predominante, que consiste en clasificar los servicios de las plataformas como prestados por vía electrónica, también hay Estados miembros que los consideran servicios de intermediación. Las diferencias interpretativas no solo crean complejidad normativa para las plataformas digitales y los usuarios, sino que también podrían dar lugar a una doble imposición o a la no imposición y a una redistribución inadecuada de los ingresos del IVA entre los Estados miembros.
- La interacción con el régimen de franquicia del IVA para las pequeñas y medianas empresas (“PYME”). El régimen de franquicia del IVA se aplica a operadores económicos muy pequeños, sin embargo, el intervenir en el mercado a través de una plataforma y hacerlo al amparo de una exención en el IVA, podría darles una ventaja sobre las empresas físicas sujetas al régimen general del IVA que operan en los mismos sectores.

Por último, en los últimos años, la economía digital ha estado sujeta a diversas medidas de la UE. Tres de ellas son de especial relevancia para el tratamiento a efectos del IVA de las transacciones en la economía de plataformas y para las obligaciones de información aplicables:

- De conformidad con el paquete IVA sobre comercio electrónico, las entidades que gestionan interfaces electrónicas, como mercados o plataformas, se consideran, en determinadas situaciones y a efectos del Impuesto, proveedoras de los bienes vendidos a clientes de la UE por los proveedores que utilizan el mercado o la plataforma para la distribución de sus productos. En consecuencia, las plataformas recaudan y pagan el IVA sobre estas ventas.
- Según la Directiva (UE) 2021/514 del Consejo, de 22 de marzo de 2021, por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad (“DAC7”), las plataformas deben recopilar y verificar la información fiscal de los proveedores de la UE que utilizan sus servicios e informar anualmente de las actividades de venta a las autoridades fiscales nacionales quienes, a su vez, transmitirán la información a las Administraciones del resto de Estados miembros. En general, la DAC7 es una importante fuente de información a efectos tanto de fiscalidad directa como indirecta.
- La Directiva del IVA regula en su artículo 242 *bis* las obligaciones de mantenimiento de registros de operaciones realizadas en el marco de las plataformas digitales y su alcance. Según esta disposición, las plataformas están obligadas a llevar registros de las operaciones facilitadas por ellas, tanto si la plataforma es deudora del IVA sobre las entregas como si no lo es. Estos registros deben ser lo suficientemente detallados como para permitir a las autoridades fiscales de los Estados miembros en los que dichas operaciones sean imponibles comprobar que el IVA se ha contabilizado correctamente.

Los registros deben conservarse durante diez años a partir del final del año en el que tuvo lugar la transacción.

Pues bien, en este contexto, la Comisión detectó dos sectores de actividad adicionales en donde aparentemente existía un elevado riesgo de distorsión en la tributación del IVA: en los servicios de alojamiento de corta duración y en los de transporte de pasajeros por carretera.

En este sentido, según los datos de la Comisión, un elevado porcentaje de estos servicios no se gravan con el IVA, bien por estar exentos, como sería el caso del alojamiento turístico de corta estancia en el que no se presten servicios propios de la industria hotelera en España, o bien porque los que arriendan son pequeños empresarios sin obligación de estar registrados a efectos del IVA (debido al régimen de franquicia que varios Estados miembros contemplan en su normativa interna).

Con el fin de evitar estas distorsiones en la tributación, el Paquete ViDA pretende introducir una regla para la exacción del IVA en la que, como ya sucedió en el comercio electrónico de bienes, se hace responsables de la recaudación y el pago del Impuesto a las plataformas a través de las que se ofrecen estos servicios de transporte de pasajeros o de alojamiento a corto plazo.

Así las cosas, la plataforma se convierte en “proveedor asimilado” y, por tanto, en sujeto pasivo del Impuesto, de forma que se entiende que es la plataforma quien presta al consumidor final el servicio de alojamiento o transporte y al mismo tiempo, se entiende que adquiere del proveedor subyacente dichos servicios que, en todo caso, estarán exentos del IVA. Por tanto, el proveedor subyacente (titular del alojamiento o del vehículo) no deberá repercutir IVA alguno a la plataforma (al quedar la operación exenta), ni tendrá derecho a la deducción del IVA soportado.

No obstante, el Paquete ViDA dotará a los Estados miembros de cierta flexibilidad a la hora de aplicar la regla de proveedor asimilado.

Por ejemplo, se contempla la posibilidad de que los proveedores subyacentes comuniquen a la plataforma su número de identificación a efectos del IVA, así como que asumen la responsabilidad de liquidar e ingresar el IVA correspondiente, con lo que no será de aplicación la figura de proveedor asimilador para la plataforma.

Adicionalmente, los Estados miembros podrán definir el servicio de alojamiento de corta estancia y las condiciones en que se equipara al servicio hotelero, pudiendo incluso continuar dejándolo exento bajo determinadas circunstancias.

Otra medida que forma parte de los cambios en la economía de plataforma se refiere a la fiscalidad de los servicios prestados por las plataformas. En este contexto, la Directiva pasa a señalar expresamente que este servicio prestado a consumidores finales estará sujeto al IVA en el Estado miembro en que tribute la prestación de servicios subyacente, esto es, donde se encuentra situado el inmueble o se realiza el transporte.

En conclusión, con estas medidas el Paquete ViDA pretende dotar de cierta armonización al tratamiento dado por los Estados miembros a esta tipología de servicios cuando se prestan en el marco de la economía de plataformas, permitiendo a su vez simplificar la recaudación y pago del Impuesto e incrementar el control sobre los distintos sujetos que intervienen en las operaciones.

3. Registro único comunitario

El conjunto de medidas del Paquete ViDA que ha contado con un mayor apoyo por parte de los distintos Estados miembros es el que pretende introducir medidas de simplificación. Estas medidas permitirán a los contribuyentes llevar a cabo operaciones transfronterizas dentro de la UE utilizando un único registro del IVA, mediante un mayor uso de los regímenes de Ventanilla Única (“**OSS**”), ya existentes en el marco del sistema IVA.

Este conjunto de medidas incluye, en primer lugar, la creación de un nuevo régimen especial para las transferencias de bienes propios entre dos Estados miembros por parte de un sujeto pasivo. En este sentido, los sujetos pasivos podrían, en virtud de este nuevo régimen especial, notificar dichas transferencias de bienes propios en su Estado miembro de identificación con arreglo a un régimen de ventanilla única, sin tener la necesidad de llevar a cabo los múltiples registros del IVA en distintos Estados miembros.

En segundo lugar, la ampliación del alcance de las transacciones cubiertas por la Ventanilla Única de la Unión (“**UOSS**”), creada en el 2021 como parte del Paquete del IVA sobre el comercio electrónico, con el fin de incluir todas las entregas de bienes nacionales entre un sujeto pasivo del IVA y un consumidor que no actúa como empresario o profesional a efectos del Impuesto (“**B2C**”).

Aunque las normas anteriores simplifican principalmente las obligaciones en materia de IVA en operaciones B2C, se ha introducido también una medida muy relevante para reducir la necesidad de que los sujetos pasivos del IVA se registren fuera de su país de establecimiento: la aplicación obligatoria del mecanismo de inversión del sujeto pasivo (“**ISP**”) a nivel nacional para las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas por sujetos pasivos no establecidos (o no registrados a efectos del IVA) en favor de empresarios o profesionales sí establecidos en el Estado miembro en el que se encuentre sujeta la operación.

Desde un punto de vista español, esta es una medida que se encuentra parcialmente recogida en la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (“**Ley del IVA**”), puesto que España optó por aplicarla a un amplio número de operaciones. No obstante, la implementación de la medida introducida por el Paquete ViDA será muy relevante en el sector inmobiliario, puesto que la Ley del IVA española exceptúa actualmente la aplicación del ISP a las prestaciones de servicios de arrendamiento de inmuebles o de intermediación en dichos arrendamientos, realizadas por sujetos no establecidos. Para estas operaciones el ISP será de aplicación obligatoria a partir del próximo 1 de julio de 2028 cuando el prestador del servicio sea un empresario o profesional no establecido a los efectos del IVA español.

III. Futuro próximo

En conclusión, las modificaciones previstas en el Paquete ViDA comportan importantes cambios, tanto para los sujetos pasivos del IVA como para las Administraciones tributarias a nivel europeo.

Aunque el registro único del IVA puede ofrecer a las empresas la oportunidad de simplificar sus obligaciones de cumplimiento, la obligación de facturación electrónica en las operaciones transfronterizas y la introducción de sistemas de suministro de información digital exigirán

adaptaciones de los sistemas internos de las compañías. Cumplir con los nuevos requisitos llevará tiempo y las implantaciones suelen tener una duración significativa.

Del mismo modo, como consecuencia de la implementación del Paquete ViDA se auguran situaciones controvertidas para muchos sujetos pasivos y profundos cambios en el sistema IVA. No debemos olvidar que ViDA exigirá transitar desde un sistema que prima que las operaciones tributen conforme a la realidad económica y fáctica, hacia otro en el que adquiere un carácter sustantivo el cumplimiento de las obligaciones de suministro de información y el cumplimiento de obligaciones formales como la facturación electrónica.

Dies a quo del plazo para interponer la demanda en caso de adopción de medidas cautelares *inaudita parte y ante demandam*

María Domingo de la Cruz

Counsel de Pérez-Llorca

LITIGACIÓN

I.	Introducción	106
II.	Antecedentes del caso	107
III.	Primera discusión en torno a la presentación temporánea de la demanda, ante el Letrado de la Administración de Justicia	108
IV.	Segunda discusión en torno a la presentación temporánea de la demanda, ante el Juez de lo Mercantil	108
V.	Recurso de apelación de la solicitante	110
VI.	Auto de la Audiencia Provincial	119

**Fecha de recepción**

20 de septiembre de 2024

**Fecha de aceptación**

13 de noviembre de 2024



Resumen: El presente trabajo analiza un caso reciente en el que un Juez de lo Mercantil calificó de extemporánea una demanda -inadmitiéndola y alzando las medidas cautelares previamente adoptadas *inaudita parte*- sobre la base de una interpretación anómala e inusitada del art. 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("**LEC**"), fundada en una diferenciación artificiosa entre los términos "adoptar" y "acordar" una medida cautelar. La decisión fue revocada por la Audiencia Provincial de Barcelona, que recordó que las interpretaciones procesales -en particular, en una cuestión tan esencial como el cómputo de los plazos procesales- deben huir del "formalismo exacerbado" y asegurar la protección efectiva de los derechos de las partes.

Abstract: This paper analyses a recent case in which a Commercial Court qualified a claim as extemporaneous -rejecting to accept it and lifting the precautionary measures previously adopted *inaudita parte*- on the basis of an anomalous and unusual interpretation of Article 730.2 of the Civil Procedure Act ("**LEC**"), based on an artificial differentiation between the terms 'adopt' and 'agree' a precautionary measure. The decision was overturned by the Barcelona Provincial Court, which recalled that procedural interpretations - in particular, in a matter as essential as the calculation of procedural time limits - must avoid 'exacerbated formalism' and ensure the effective protection of the rights of the parties.



Palabras clave: Medida cautelar *inaudita parte* y *ante demandam*; *dies a quo*; plazo procesal; tutela judicial efectiva; seguridad jurídica.

Key words: Precautionary measure *inaudita parte* and *ante demandam*; *dies a quo*; procedural term; effective judicial protection; legal certainty.

Dies a quo* del plazo para interponer la demanda en caso de adopción de medidas cautelares *inaudita parte y ante demandam

I. Introducción

Como abogados procesalistas, los que nos dedicamos a esto, asumimos que a veces los juzgados y tribunales no acojan nuestras tesis y que las demandas de nuestros clientes se rechacen, o que se desestimen los recursos que formulamos. Los éxitos y los fracasos forman parte de nuestra profesión y, por lo general, los aceptamos con resignación y, con los años, con una cierta naturalidad. En esas situaciones, hallamos consuelo en el íntimo convencimiento de que el trabajo se hizo tan bien como se pudo y se supo, empleando siempre la diligencia y la dedicación necesarias.

Lo que es muy difícilmente digerible -y una de nuestras peores pesadillas- es la pérdida de un plazo procesal. Creo que todos convendremos que el control y la verificación -concienzudas- de los plazos procesales es un deber primordial de cualquier abogado procesalista.

Recientemente, la pesadilla a la que aludía devino realidad: solicitada y adoptada, mediante auto de 30 de enero de 2023, una medida cautelar *ante demandam e inaudita parte*, procedimos a presentar, en los veinte días siguientes a su adopción, la demanda principal, tal y como exige el art. 730.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ("**LEC**").

El Letrado de la Administración de Justicia, primero, y el Juez de lo Mercantil, después, calificaron de extemporánea esa presentación, inadmitiendo la demanda y alzando la medida cautelar. Lo hicieron, como veremos, en base a razonamientos distintos, pero, obviamente, el sobresalto fue mayúsculo.

La lectura del art.730.2 LEC efectuada por el Juez de lo Mercantil en su auto del 21 de marzo de 2023 -fundada en la aparente dicotomía entre los términos "acordar" y "adoptar" medidas cautelares- no solo fue contraria a la ley, sino a una praxis judicial generalmente aceptada y asentada sobre la que, hasta ese momento, existía pleno consenso.

El auto del Juez de lo Mercantil resultaba sumamente relevante desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías procesales de las partes, pues representaba un ataque frontal al principio de seguridad jurídica recogido en la Constitución Española ("**CE**") al alterar incomprensiblemente el sistema del cómputo de plazos ex arts. 133 y 730.2 LEC.

Tras casi cuatro meses con el alma literalmente en vilo, la Sala dejó sin efecto el auto del Juez de lo Mercantil, restaurándose las medidas cautelares adoptadas y admitiéndose a trámite la

demanda. Del auto de la Sala, de 6 de junio de 2023¹, se extraen una serie de relevantes conclusiones, que estimo de gran valor y utilidad para los profesionales que, diariamente, lidiamos con los dichos plazos procesales.

II. Antecedentes del caso

Interesadas con carácter previo a la demanda e *inaudita parte*, en fecha de 30 de enero de 2023, el Juzgado de lo Mercantil dictó auto acordando las medidas cautelares solicitadas.

La mañana del 31 de enero de 2023:

- i) Se envió al procurador de la solicitante, a las 8:03:03 horas, el auto de medidas cautelares mediante el sistema Lexnet.

En aplicación de los arts. 162.1 y 151.2 LEC, dicha notificación debía entenderse realizada el día 1 de febrero y, por tanto, el cómputo del plazo para presentar la demanda, según ordena el art. 730.2 LEC, debía comenzar a computarse el 2 de febrero.

- ii) El Juzgado -tras la inmediata prestación por la solicitante de la caución exigida- dictó la Diligencia de Ordenación de 31 de enero de 2023 que (i) tenía por prestada la caución; y (ii) considerándola idónea y suficiente, ordenaba el inmediato cumplimiento de la medida cautelar adoptada.

A tal efecto, la diligencia de ordenación de 31 de enero de 2023 ordenaba librar testimonio del auto de medidas cautelares y su notificación a la demandada, facultando expresamente al procurador de la solicitante para la práctica del indicado acto de notificación y requerimiento.

- iii) Finalmente, y en estricta ejecución de lo anterior, el Juzgado notificó, en la sede del Tribunal, al procurador del solicitante, la Diligencia de Ordenación de 31 de enero de 2023, conforme al art. 154 LEC y le hizo igualmente entrega de (i) la cédula de notificación y requerimiento; (ii) el auto de medidas cautelares; (iii) la Diligencia de Ordenación de 31 de enero de 2023; y (iv) testimonio del auto de medidas cautelares, todo ello a fin de que cuidara de su diligenciamiento.

- iv) Esa misma mañana, el procurador de la solicitante practicó el acto de requerimiento y notificación a la demandada.

La solicitante presentó la demanda antes de las 15:00 horas del día 2 de marzo de 2023, en aplicación del art. 135.5 LEC, pues el plazo vencía el 1 de marzo de 2023.

Pocos días después, la demandada solicitó el alzamiento de la medida cautelar, por haberse supuestamente presentado la demanda fuera de plazo.

¹ Auto n.º 73/2023 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) de 6 de junio [ECLI:ES:APB:2023:2201A].

III. Primera discusión en torno a la presentación temporánea de la demanda, ante el Letrado de la Administración de Justicia

En un primer momento, y ante el Letrado de la Administración de Justicia, la discusión giró en torno a la pretensión adversa según la cual:

- i) El auto de medidas cautelares se habría notificado dos veces a la solicitante: la primera, en forma telemática (el 1 de febrero de 2023); y la segunda, en forma presencial (el 31 de enero de 2023).
- ii) Siendo así, el plazo para presentar la demanda se habría iniciado -en virtud de esa notificación personal o presencial- el día 1 de febrero (y no el 2 febrero).

El Letrado de la Administración de Justicia dictó un decreto que ordenaba alzar las medidas cautelares adoptadas, argumentando que la mañana del 31 de enero de 2023, además de vía Lexnet, a la solicitante se le notificó también, y por segunda vez, el auto de medidas cautelares de forma presencial.

La peticionaria recurrió la curiosa cuestión de la “doble notificación”, reiterando que (i) el único acto de notificación, a la misma, del auto de medidas cautelares, fue el realizado a través del sistema Lexnet la mañana del día 31 de enero de 2023, con los efectos prevenidos en el art. 151.2 LEC; (ii) no existió ningún pretendido “segundo acto de notificación” del mismo auto de medidas cautelares a la solicitante, en la sede del Juzgado: lo que se notificó al procurador de la peticionaria, la mañana del día 31 de enero de 2023, fue la Diligencia de ordenación de 31 de enero de 2023; y (iii) la entrega, al procurador de ésta, de la cédula de notificación y requerimiento a la demandada, el auto de medidas cautelares, la Diligencia de Ordenación de 31 de enero de 2023 y el testimonio del auto de medidas cautelares no fue a efectos de notificarlas a la solicitante, sino de que su procurador cuidara de su diligenciamiento, esto es, para que las notificara “a la parte demandada”.

IV. Segunda discusión en torno a la presentación temporánea de la demanda, ante el Juez de lo Mercantil

En su impugnación, la demandada expuso un nuevo argumento, adicional al de la “doble notificación” y conforme al cual las medidas cautelares se “adoptaron” -término al que se refiere el art. 730.2 LEC- con la Diligencia de Ordenación de 31 de enero de 2023, y no con el auto de medidas cautelares. Al haberse notificado aquella en esa misma fecha -31 de enero de 2023- sostenía la demandada que, también desde esa perspectiva, la demanda sería extemporánea.

El auto del Juez de lo Mercantil² dio la razón a la solicitante en diversas de las cuestiones debatidas hasta aquel momento:

- i) Por una parte, reconoció que el auto de medidas cautelares se notificó al solicitante única y exclusivamente mediante el sistema Lexnet, lo que implica que “en aplicación de los arts. 162.1 y 151.2 LEC dicha notificación debe entenderse realizada el día 1 de febrero”.

² Auto del Juzgado n.º 10 de lo Mercantil de Barcelona, de 21 de marzo de 2023.

- ii) Y, por otra, constató que la notificación en papel realizada la mañana del 31 de enero de 2023 no lo fue del auto de medidas cautelares, sino de la Diligencia de Ordenación de 31 de enero de 2023.

No obstante, y al hilo de la mencionada nueva alegación de la demandada, el auto recurrido sostuvo que, también a su juicio, el art. 730.2 LEC contenía una norma especial para el inicio del cómputo del plazo para presentar la demanda, distinto del previsto con carácter general en el art. 133 LEC –“Los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo”- concluyendo que la medida cautelar se “adoptó” cuando se notificó a la solicitante, en la sede del tribunal, la Diligencia de Ordenación de 31 de enero de 2023:

Sin embargo, este Juzgador no comparte el momento *a quo* que toma el recurrente para el cómputo del plazo. La parte recurrente insiste en computar el plazo desde la notificación del auto de 30 de enero de 2023 y, a mi juicio, el momento a quo que debe computarse es el de la adopción de la medida cautelar.

En este caso, no estamos ante la norma general de cómputo desde la notificación del auto que acuerda la medida cautelar, sino ante un supuesto en que existe una norma especial que señala un plazo que comienza a correr desde la adopción de la medida cautelar.

Del precepto, resulta que el momento a quo a partir del que debe computarse el plazo de veinte días, es el momento de la adopción de la medida cautelar, no el de la notificación del auto que resuelve adoptarlas. Debe tenerse presente que, en materia de medidas cautelares, normalmente existe un decalaje entre la resolución que acuerda la medida y la adopción de la misma, ya que para su efectividad es preciso prestar caución y la medida queda condicionada en cuanto a su adopción, a la prestación de la caución. La medida no se adopta hasta que se cumple la condición suspensiva que pesa sobre ella, esto es la prestación de caución [...]

En estas circunstancias, es claro, a mi juicio, que la adopción de la medida cautelar tuvo lugar el 31 de enero de 2023, y el demandante no podía ignorar ese extremo puesto que fue la propia parte quien prestó ese día la caución y diligenció la notificación del referido auto a la demandada [...]

La referida diligencia de ordenación de 31 de enero, que fue notificada en papel, tenía por contenido la adopción de la medida [...] [El subrayado es nuestro].

La cuestión nuclear que, por tanto, se sometió a la consideración de la Sala fue discernir si, a los efectos del art. 730.2 LEC, la medida cautelar *inaudita parte y ante demandam* debe considerarse “adoptada” en y con el auto de medidas cautelares -postura que sostenía la solicitante- o si, por el contrario, el auto de medidas cautelares solo las “acuerda”, “adoptándose” mediante la Diligencia de Ordenación que considera idónea y suficiente la caución ya prestada, y ordena el cumplimiento de las medidas cautelares -postura mantenida por la demandada y el Juez de lo Mercantil-.

V. Recurso de apelación de la solicitante

El criterio expresado por el auto del Juez de lo Mercantil causó a la recurrente auténtica perplejidad, por lo inaudito del razonamiento, porque no se sustentó en jurisprudencia o doctrina alguna, y por las consecuencias fatales que se derivaban de la misma, principalmente para la apelante, pero también para los profesionales que estábamos interviniendo en el procedimiento.

El recurso de la solicitante -al que se dio tramitación preferente atendida la repercusión pública que había tenido la decisión del Juez de lo Mercantil y los inconmensurables perjuicios que, de la misma, se derivaban para la recurrente- abordó la cuestión debatida desde múltiples perspectivas: incluso la lingüística/gramatical.

Y es que, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el verbo “adoptar” tiene diversos significados³ -sin que ninguno de ellos equivalga a dar cumplimiento, ejecutar o hacer efectivo lo acordado-. El verbo “acordar”, por su parte, presenta también variadas acepciones -algunas esencialmente idénticas a la acepción 4ª del verbo “adoptar”⁴.

Por tanto, los términos “acordar” y “adoptar” deben considerarse sinónimos, lo que a juicio de la apelante -después refrendado por la Sala- convertía el debate lingüístico planteado por el auto del Juez de lo Mercantil en un debate estéril y ficticio.

La recurrente justificó también, en su recurso, que la LEC utiliza ambos términos como sinónimos: véase el art. 721.1 LEC⁵, el art. 728 LEC⁶, el art. 730.4 LEC⁷ o el art. 739 LEC⁸, donde indistintamente las medidas cautelares “se adoptan” o “se acuerdan”.

La mejor doctrina⁹ también lo entiende así: “el término adopción se utiliza en varios preceptos con el claro significado de resolución que concede o acuerda la tutela cautelar (arts. 721.1, 722, párrafo segundo, 730.4, 739 y 747.1 LEC)”.

3 Interesa, con todo, el siguiente: “4. tr. **Tomar resoluciones o acuerdos con previo examen o deliberación**” [Las negritas son nuestras].

4 Interesan, con todo, las siguientes:

1. tr. Dicho de un conjunto de personas: **Determinar o resolver algo de común acuerdo, o por mayoría de votos.**

2. tr. **Dicho de una sola persona: Determinar o resolver algo deliberadamente.**

3. tr. **Determinar o resolver algo antes de mandarlo [...]** [Las negritas son nuestras].

5 Art. 721.1 de la LEC:

1. Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, **la adopción** de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare. 2. Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso **ser acordadas** de oficio por el tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales. Tampoco podrá éste **acordar** medidas más gravosas que las solicitadas [Las negritas son nuestras].

6 Art. 728 de la LEC:

1. **Sólo podrán acordarse** medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, **de no adoptarse** las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. [Las negritas y el subrayado son nuestros].

7 Art.730.4 de la LEC: “Con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente recurso sólo podrá solicitarse la **adopción** de medidas cautelares cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos” [Las negritas son nuestras].

8 Art.739 de la LEC: “En los casos en que la medida cautelar se hubiera **adoptado** sin previa audiencia del demandado, podrá éste formular oposición en el plazo de veinte días, contados desde la notificación del auto que **acuerda** las medidas cautelares” [Las negritas son nuestras].

9 ORTELLS RAMOS, M., “Artículos 634 a 747”, en *Proceso Civil Práctico*, Dir. GIMENO SENDRA, V., 4. edición, 2010, t. IX, p. 1406

En resumen, las medidas cautelares se adoptan, se acuerdan, se ordenan, se conceden o se dictan -llámesele como se quiera-. Y esa decisión, además, se contiene en una resolución judicial que necesariamente debe adoptar la forma de auto ex art. 206.1. 2º LEC, esto es, no en una Diligencia de Ordenación.

Con todo, el auto del Juez de lo Mercantil introducía en su razonamiento una cuestión que, en realidad, es ajena al cómputo del plazo del art. 730.2 LEC: la relativa a la constitución de la caución.

Como hemos visto, a juicio del Juez de lo Mercantil, las medidas cautelares las “acordaba” un auto, pero su “adopción” quedaba condicionada a la efectiva prestación de la caución, de la que daba cuenta -calificándola de adecuada y suficiente- la Diligencia de Ordenación de 31 de enero de 2023.

Sin embargo, la prestación de caución no es, en ningún caso, presupuesto para la adopción de las medidas cautelares, sino para su eficacia, cumplimiento o ejecución:

- a) No existe base ni criterio hermenéutico alguno para sostener que el acto de constitución de la caución exigida y la posterior decisión sobre su idoneidad y suficiencia constituyen el acto de “adopción” de la medida cautelar al que se refiere el art. 730.2 LEC. Por el contrario, el art. 737.1 LEC es meridianamente claro al condicionar “cualquier acto de cumplimiento” de las medidas cautelares ya acordadas (es decir, a su ejecución o eficacia) a la efectiva prestación de caución.
- b) El art. 732 LEC establece: “La solicitud de medidas cautelares se formulará con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos **para su adopción**” [Las negritas son nuestras].

Los “presupuestos legalmente exigidos” son -como es sabido- la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora y el ofrecimiento de caución. El solicitante, según la norma, debe justificar en su solicitud la concurrencia de todos ellos y, de hacerlo, el Tribunal “adoptará” las medidas acordadas.

- c) La jurisprudencia es unánime y constante en el sentido de que la adopción de la medida cautelar se sujeta, única y exclusivamente, a la concurrencia de tres presupuestos: el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y el ofrecimiento de caución, pero en ningún caso a su efectiva prestación por el solicitante.

Véase el auto n.º 71/2006 de la Audiencia Provincial de Alicante de 17 de mayo del 2006¹⁰:

En la regulación contenida en la Ley procesal, el ofrecimiento de esta garantía constituye requisito sine qua non de la regularidad de la solicitud y presupuesto de su concesión, como se desprende de la concluyente dicción del art. 728, apdo. 3: “Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la **adopción** de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.”, y del art. 732, apdo. 3: “en el escrito de

10 Auto n.º 71/2006 de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5ª) de 17 de mayo [ECLI:ES:APA:2006:85A]

petición habrá de ofrecerse la prestación de caución, especificando de que tipo o tipos se ofrece constituir la y con justificación del importe que se propone”. **A su vez, se configura como condición de la efectividad** de las medidas acordadas al disponer el art. 737, párrafo primero, que “**La prestación de caución** será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada [El subrayado y las negritas son nuestros].

O el Auto n.º 123/2002 de la Audiencia Provincial de Asturias del 19 de diciembre¹¹:

La Sala, a la vista de estas alegaciones estima procedente consignar: 1) Que **como señala autorizada doctrina la caución no es propiamente un presupuesto previo para la adopción de la medida cautelar –que sólo exige el ofrecimiento** de proceder a su prestación según el art. 732.3 de la LECiv–, **sino que constituye una condición para el cumplimiento de la ya acordada** de modo que es el auto que decreta la medida el que fija la caución –art 735-2 de la LECiv– y su prestación es requisito previo para cualquier acto de cumplimiento –art. 737–. 2) [El subrayado y las negritas son nuestros].

O, finalmente, el Auto n.º 116/2003 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife del 22 de septiembre de 2003¹²:

[...] hay que precisar que **el ofrecimiento de la caución es un presupuesto de la adopción de la medida cautelar, mientras que la constitución de la caución señalada es ya un requisito previo pero de la ejecución de la medida acordada**, siendo a este requisito (es decir, el de la constitución de la caución y no el del ofrecimiento) al que alude el art. 737 de la LECiv citado en la resolución impugnada. **Al ofrecimiento de la caución se refiere el art. 732.3 de la LECiv como requisito de la petición misma** [El subrayado y las negritas son nuestros].

Y es que, en el *iter* procesal de las medidas cautelares *inaudita parte* existen dos momentos temporales:

- i) aquel en que se adopta, acuerda, concede o dicta la medida cautelar -donde el solicitante solo debe haber ofrecido la caución-; y
- ii) aquel en que se cumple o ejecuta la medida cautelar -cumplimiento o ejecución que se condiciona, ahora sí, a la efectiva prestación de caución (que puede ser la ofrecida por el solicitante o cualquier otra que determine el Tribunal) ex art 737.1 LEC-.

Tanto la doctrina como asentada y unánime jurisprudencia abogan por considerar que el plazo de veinte días para la interposición de la demanda debe contarse desde la notificación del auto que acuerda, adopta o concede la medida cautelar.

11 Auto n.º 123/2002 de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5ª) de 19 de diciembre [ECLI:ES:APO:2002:425A].

12 Auto n.º 116/2003 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife del 22 de septiembre de 2003 (Sección 4ª) de 22 de septiembre de 2003 [ECLI:ES:APTF:2003:254A].

La mejor doctrina¹³ sostiene:

El art. 730.2, párrafo segundo LEC no ofrece base literal, aunque habla de adopción de las medidas. Podría argumentarse que esta expresión es ambigua y comprende la decisión de conceder la medida y su efectiva actuación. Ciertamente hubiera sido inequívoco que la ley usara la expresión concesión o acuerdo de las medidas, **pero el término adopción se utiliza en varios preceptos con el claro significado de resolución que concede o acuerda la tutela cautelar** (arts. 721.1, 722, párrafo segundo, 730.4, 739 y 747.1 LEC). Por otra parte, como la LEC sigue sin establecer un plazo para ejecutar la resolución que acuerda la medida cautelar, **entender que el plazo para presentar la demanda se inicia con esa ejecución conduciría a resoluciones cautelares de eficacia temporal ilimitada y desvinculada del proceso principal**. Establecer la carga de presentar la demanda desde la notificación de la concesión evita, por un lado, la apuntada quiebra de la instrumentalidad, y, por otro, es más ventajoso que un plazo de caducidad de la eficacia ejecutiva del auto de concesión de la medida, porque, presentada la demanda, esa eficacia ejecutiva se conserva salvo éxito de la oposición o de una petición de alzamiento o modificación por cambio de circunstancias [El subrayado y las negritas son nuestros].

Otros autores se han pronunciado en idéntico sentido¹⁴:

Con relación al día inicial del cómputo del plazo de veinte días se plantea si este es el de la adopción de la cautela, el de su concesión, o bien el de la ejecución concreta de la medida sobre el patrimonio del deudor. **La duda surge por cuanto en el embargo preventivo, regulado en la LEC de 1881, el cómputo se iniciaba desde que el embargo se hubiera verificado. Pero, para el depósito de cosa mueble, medidas innominadas y en materia de patentes y marcas se computaba desde que se acordaban o concedían**. Este último criterio parece ser el acogido por la Ley por cuanto el art. 737.2 de la LEC se refiere a los: "... veinte días siguientes a su adopción...". **Así, con independencia de la ejecución o efectividad de la medida el plazo de veinte días para la presentación de la demanda se computará desde el día siguiente a la notificación del auto en que se hubieran acordado**. – art 133.1 LEC [El subrayado y las negritas son nuestros].

Algunos autores¹⁵ igualmente indican:

Se señala como *dies a quo* para el cómputo del plazo de los veinte días el del día siguiente a su adopción, o, para ser más exactos, el del día siguiente a la notificación de la resolución que las acuerda, de conformidad a lo dispuesto en el art. 133 LEC. Por tanto, debe entenderse como *dies a quo* no el de la efectiva ejecución de la medida, sino el de su adopción, entendido como resolución, auto, que acuerda la medida, y ello aunque haya sido recurrido por tanto el recurso no tiene efecto suspensivo a tenor de lo dispuesto en el art. 735.2 párrafo 2º [El subrayado y las negritas son nuestros].

13 ORTELLS RAMOS, M., "Artículos 634 a 747", en *Proceso Civil Práctico*, Dir. GIMENO SENDRA, V., 4. edición, 2010, t. IX, p. 1406.

14 VALLS GOMBAU, J.F., "La unificación del procedimiento cautelar", en *Las medidas cautelares y los recursos*, Coord. VALLS GOMBAU, J.F. Madrid, 2000, p. 278.

En el mismo sentido el magistrado se pronunciaba en la obra de RIFÁ SOLER, J.M., FERNÁNDEZ BALLESTEROS LÓPEZ, M.A., en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1ª edición, Atelier Libros, 2000, p. 3250: "Con independencia de la ejecución o efectividad de la medida, el plazo de veinte días para la presentación de la demanda se computará desde el día siguiente a la notificación del auto en que se hubieran acordado – art. 133.1 LEC." [Las negritas son nuestras].

15 DÍAZ MARTÍNEZ, M., "Arts. 584 a 747", en *Proceso Civil Práctico*, Dir. GIMENO SENDRA, V., Aranzadi, Primera Edición, 2018.

Se ha defendido también¹⁶ que:

Así las cosas, antes de la finalización de este plazo **-cuyo cómputo ha de iniciarse en la fecha de notificación de la medida acordada**, con independencia de que frente a esta decisión se interponga y admita a trámite recurso- debe el actor presentar su demanda [...] [El subrayado y las negritas son nuestros].

Otra parte de la doctrina¹⁷ indica lo siguiente:

El cómputo desde la fecha de notificación del auto da una fecha cierta y dota de seguridad para la interposición de la demanda, **debiendo hacerse constar así en el auto para su conocimiento por el solicitante** [Las negritas son nuestras].

Algunas obras colectivas que analizan ciertas cuestiones prácticas derivadas de la aplicación de LEC llegan a la misma conclusión¹⁸:

El plazo es diáfano, veinte días. Sin embargo, puede generar problemas su nacimiento. La ley lo sitúa en su «adopción». **Entiendo que debemos referirlo al día siguiente a la notificación del auto de concesión al solicitante** vencedor, total o parcial. **No de otra manera podría conjugarse la redacción legal con el contenido general del artículo 133.1**. Es decir, también se deben excluir los días inhábiles, entre ellos el mes de agosto [El subrayado y las negritas son nuestros].

Pero no solo lo entiende así la doctrina: todas las audiencias provinciales que han debido analizar la cuestión han concluido, en interpretación del art. 730.2 LEC, que la fecha de “adopción” de la medida cautelar debe identificarse necesariamente con la fecha de notificación de la resolución que acuerda, adopta o concede dicha medida (en nuestro caso, el auto de medidas cautelares).

En este sentido, el Auto n.º 44/2004 de la Audiencia Provincial de Salamanca del 31 de marzo de 2004¹⁹ declara:

[...] carga que el artículo 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil le impone de interponer la demanda en el plazo de veinte días; **computo que se inicia el día de su adopción -o mejor el día siguiente a la notificación de la relación en que se hubiere acordado-** [...] [El subrayado y las negritas son nuestros].

El Auto n.º 102/2006 de la Audiencia Provincial de Asturias del 25 de julio de 2006²⁰ igualmente establece:

Pues el cómputo de dicho plazo se computa desde su adopción, resolución judicial que las acuerda, no desde su práctica o cumplimiento [...] En consecuencia, se desestima también el relativo a las costas y responsabilidad por daños y perjuicios,

16 ASENCIO MELLADO, J.M., en *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Primera edición, octubre 2013.

17 TORIBIOS FUENTES, F., en *Comentarios a La Ley De Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, 1º ed., p. 1379.

18 DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN PROCESAL CIVIL, en *La caución en las medidas cautelares*, Editorial Jurídica Sepín, septiembre 2022.

19 Auto n.º 44/2004 de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª) de 31 de marzo [ECLI:ES:APSA:2004:10A]

20 Auto n.º 102/2006 de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7ª) de 25 de julio [ECLI:ES:APO:2006:618A]

pues es pronunciamiento así establecido y exigido por el art. 730.2 de la LEC de forma imperativa cuando se acuerda el alzamiento de las medidas cautelares por no haberse presentado la demanda dentro de los **20 días siguientes a la resolución que acuerda su adopción** [El subrayado y las negritas son nuestros].

En el mismo sentido, el Auto n.º 69/2003 de la Audiencia Provincial de Asturias del 4 de junio de 2003²¹ dispone:

La Sala, a la vista del tenor literal del artículo 730.2 párrafo segundo, entiende que el plazo de 20 días para interponer la demanda se inicia desde la notificación al solicitante del auto que acuerda su adopción, y dicha interpretación viene corroborada por el párrafo siguiente que dispone la revocación o alzamiento de los actos de cumplimiento que se hubieren realizado, estableciendo la Ley que el alzamiento se acuerde de oficio, llevando la interpretación dada por la parte apelada a dejar a voluntad del solicitante el dies a "quo" [...] [El subrayado y las negritas son nuestros].

Véase también el Auto n.º 38/2004 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 8 de marzo²², que analiza un caso muy similar al que se llevó a consideración de la Sala:

La resolución recurrida acordó dejar sin efecto la medida cautelar solicitada en la demanda y acordada a causa de haber expirado el plazo establecido en el art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin que se hubiera presentado la demanda. **El apelante impugna dicha resolución argumentando en síntesis que el cómputo debe comenzar desde que la parte presta la caución o fianza y no desde que se notifica la concesión de la medida, e incluso sostiene que habiéndose prestado fianza, debería contarse desde que se declara la idoneidad o suficiencia de la misma. Más aun, llega a decir que debería contarse desde el momento en que la medida haya producido eficacia.**

Con todo lo expuesto, sin embargo, habiendo sido notificada la resolución que acordó la medida con fecha 21 de noviembre de 2002, en lo que coinciden las partes, el día 24 de diciembre de 2002, fecha en que fue presentada la demanda, el plazo de 20 días establecido en el art. 730 la Ley de Enjuiciamiento Civil había expirado. **Las alegaciones del apelante carecen de apoyo en la Ley, pues el precepto citado no anda en sutilezas al disponer taxativamente en su apartado 2 que en el caso de solicitarse medidas cautelares antes de la demanda, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción, en donde no ha de entenderse más que la fecha de la resolución que acuerda su adopción** [El subrayado y las negritas son nuestros].

Para finalizar, la Sentencia n.º 76/2005 de la Audiencia Provincial de Valencia de 17 de febrero del 2005²³ establece:

Tampoco podemos acoger al segundo motivo de apelación, esto es el relativo a la caducidad de la acción por infracción del artículo 730.2 de la LECiv, pues es de precisar al respecto –como señala la parte apelada con ocasión de la contestación al recurso de

21 Auto n.º 69/2003 de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5ª) de 4 de junio [ECLI:ES:APO:2003:213A].

22 Auto n.º 38/2004 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 8 de marzo [ECLI:ES:APTF:2004:351ª].

23 Sentencia n.º 76/2005 de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) de 17 de febrero [ECLI:ES:APV:2005:816].

apelación– que **la notificación del auto de medidas cautelares tuvo lugar el 7 de enero de 2003** por lo que al presentarse la demanda el día 30 de enero de 2003, se encontraba dentro del plazo de la norma invocada [El subrayado y las negritas son nuestros].

En conclusión, parecía claro que:

- a) El *dies a quo* del plazo del art. 730.2 LEC no es una excepción a la norma general establecida en el art. 133 LEC, conforme a la cual “los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo”;
- b) Cuando el art. 730.2 LEC establece que “las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo Tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción”, no cabe otra interpretación que la propugnada por la solicitante, esto es, que el *dies a quo* del plazo es aquel en que se notifica a la parte la resolución que adopta, acuerda, ordena o concede la medida cautelar.
- c) La adopción de medidas cautelares no se sujeta a la condición consistente en la prestación de caución: la prestación de caución es requisito para su eficacia o ejecución. Sólo el ofrecimiento de caución se configura como presupuesto o requisito para la adopción de la medida.
- d) En consecuencia, es el auto de medidas cautelares la resolución que adopta la medida cautelar, debiéndose contar el plazo de veinte días para presentar la demanda desde el siguiente día hábil al de su notificación, esto es, el 2 de febrero.

Decíamos al comienzo que el auto del Juez de lo Mercantil recurrido presentaba una indudable relevancia constitucional, al conculcar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional -acogida reiteradamente por la Audiencia Provincial de Barcelona- en relación con el principio *pro actione* y la exigencia del principio de confianza integrado en el principio de seguridad jurídica ex art. 9 de la CE.

Y es que, aun si pudiese ser controvertida -que no lo era- la interpretación del *dies a quo* contemplado en el art. 730.2 LEC, el principio *pro actione* obligaba al Juez de lo Mercantil a conferir prioridad a aquella fecha de inicio del cómputo que garantizase la mayor eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva de la parte.

Lo anterior es una clara exigencia del principio de confianza, que se integra dentro del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9 CE). Así, el Auto núm. 91/2022 de la Audiencia Provincial de Barcelona del 30 de marzo de 2022²⁴ recuerda el deber de jueces y tribunales de velar por la mayor eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva y por el principio de proporcionalidad en la valoración de los defectos de los actos procesales (defectos en los que, insistimos, jamás incurrió la solicitante, como la Audiencia acabó declarando), aplicando criterios favorables a la tutela judicial efectiva:

Sin embargo, **con la finalidad de alcanzar la mayor eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva, surge la correlativa obligación constitucional**, que debe de ser observada,

24 Auto n.º 91/2022 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª), de 30 de marzo de 2022 [ECLI:ES:APB:2022:3509ª]

por parte de los jueces y tribunales, de aplicar las normas que regulan los requisitos y presupuestos procesales, teniendo siempre en cuenta el fin perseguido por el legislador al establecerlos, y **evitando cualquier exceso formalista que los convierta en meros obstáculos procesales impositivos de la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE** (STC 69/1990, de 5 de abril, con cita de las SSTC 222/1982, de 25 de enero de 1983 y 95/1983, de 14 de noviembre) [El subrayado y las negritas son nuestros].

En el mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona en su Auto n.º 33/2021 de 3 de marzo de 2021²⁵, que recuerda que el principio *pro actione* se opone a toda interpretación de los requisitos de procedibilidad que carezca de motivación o sea arbitraria, irrazonable o incurra en error patente:

En este sentido cabe señalar que el derecho a la tutela judicial efectiva supone, con base en **el principio “*pro actione*”** y tal y como tiene reiteradamente declarado el Tribunal Constitucional (TC), que dicho derecho fundamental impide establecer mayores o diferente cargas procesales que aquellas legalmente previstas y, en todo caso, **impone a los Tribunales la obligación de remover y/o subsanar los obstáculos procesales evitando cualquier interpretación rigorista que impida la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 de la Constitución**. Así, conforme a la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, dicho principio **se opone a toda interpretación de los requisitos de procedibilidad que carezca de motivación o sea arbitraria, irrazonable o incurra en error patente** [...] [El subrayado y las negritas son nuestros].

Doctrina *pro actione* que se ha venido consolidando durante décadas por parte de nuestro Tribunal Constitucional, siendo una de las más claras manifestaciones o concreciones del derecho a la tutela judicial efectiva. Véase su sentencia n.º 29/2010, de 27 de abril del 2010²⁶ que expone:

Por último, en lo que ahora interesa, hemos destacado que aunque la apreciación de cuándo concurre una causa obstativa del pronunciamiento de fondo es cuestión de legalidad ordinaria que compete efectuar a los órganos judiciales ex art. 117.3 CE, no obstante éstos quedan compelidos a interpretar las normas procesales no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, **conforme al principio *pro actione*, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas** entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso (por todas, SSTC 118/1987, de 8 de julio, FJ 3; 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2; 3/2004, de 14 de enero, FJ 3; y 187/2009, de 7 de septiembre, FJ 2) [El subrayado y las negritas son nuestros].

A mayor abundamiento, la resolución del auto del Juez de lo Mercantil generaría un auténtico quebradero de cabeza a los justiciables en términos de seguridad jurídica:

- a) Repárese en las consecuencias absurdas e injustas para el demandado que se derivan de la tesis que sostiene el auto del Juez de lo Mercantil: la solicitante favorecida por una medida cautelar *inaudita parte* podría arbitrariamente procurarse el inicio del plazo que más conviniera a sus intereses, consignando la caución el último día del plazo que le

25 Auto núm. 33/2021 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4ª) de 3 de marzo de 2021 [ECLI:ES:APB:2021:977A].

26 Sentencia n.º 29/2010 del Tribunal Constitucional, de 27 de abril [ECLI:ES:TC:2010:29].

fuera conferido, lo que es contrario al art. 134 LEC y al espíritu y finalidad que subyace a la norma contenida en el art. 730.2 LEC, que no es otra que evitar que la solicitante utilice las medidas cautelares como una mera medida de presión²⁷, resultando indispensable la fijación de un plazo de iniciación del procedimiento principal para su mantenimiento. No existe en la LEC -ni puede existir por lo que eso supondría- ningún plazo procesal que dependa de la voluntad y la actuación de las partes.

- b) Piénsese también en aquellos casos en los que, a juicio del tribunal o por expresa disposición legal²⁸, no sea preceptiva la constitución de caución (el art. 728.3 LEC prevé que “salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente [...]”). Según la tesis del auto recurrido, en tal caso parece que el *dies a quo* sería otro, y sitúa en peor posición al demandante que solicita una medida no susceptible de causar perjuicios al demandado, que a aquel a quien sí se exige caución.
- c) Por último, repárese en las consecuencias de orden práctico -y su incidencia en el principio de seguridad jurídica- que tendría, para el solicitante, el establecimiento del *dies a quo* fijado en el auto del Juez de lo Mercantil: imaginemos un supuesto en que la parte constituya la caución en el plazo conferido, pero lo haga erróneamente -en una cuenta equivocada o consignando una cifra inferior a la ordenada-. Pensemos en un caso en que el solicitante recurriera el auto que adopta las medidas cautelares por entender que la caución exigida es desproporcionada o que el plazo conferido es exiguo e insuficiente. Imaginemos que, a juicio del Letrado de la Administración de Justicia, la caución prestada no fuera conforme con la ordenada en el auto que adopta la medida cautelar, y el solicitante formulara recurso frente a esa decisión. ¿Qué pasaría en tales situaciones? La inseguridad jurídica que cualquiera de estas circunstancias causaría al solicitante de las medidas en torno al momento en que se habría iniciado el plazo para presentar la demanda, es evidente -y, a mi juicio, no admisible-.

27 V.V.A.A., “Capítulo VI. De las medidas cautelares”, en *BROCA-MAJADA-CORBAL, Práctica procesal civil*, Dir. IZQUIERDO BLANCO, P., PICO I JUNOY, J., 2014, t. IX. ISSN digital: 2387-1385:

Con esta exigencia [se refiere a la interposición de la demanda en el plazo de 20 días desde la adopción de la medida cautelar] se limita el posible abuso del solicitante que puede haber acudido a la medida cautelar para someter a una presión al futuro demandado y de esta forma obligarle a llegar a un acuerdo. Otro mecanismo previsto por el legislador es la posibilidad que se concede al demandado de sustituir la medida cautelar adoptada cuando le vaya a ocasionar un perjuicio irreparable. En este caso existe un claro riesgo de que el solicitante de la medida cautelar adoptada utilice ésta como un elemento de coacción ya que el objeto de conocimiento en el incidente de adopción de medidas cautelares y en el proceso de declaración va a ser similar [El subrayado es nuestro].

28 En no pocas ocasiones nuestros Tribunales han acordado no exigir la constitución de la caución al solicitante:

Auto n.º 168/2003, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) de 11 de septiembre de 2003 [ECLI:ES:APM:2003:3709A]:

Aplicando al presente caso tal doctrina (la mencionada en la anterior cita de esta resolución en párrafos precedentes), lo cierto es que ningún supuesto daño o perjuicio se causa en el patrimonio de los demandados por dicha adopción preventiva de demanda, por cuanto la finca de autos desde la fecha de celebración del contrato privado de compraventa... está ocupada por la parte compradora...Debiendo ser la medida adoptada proporcional al perjuicio que pudiera irrogarse en el patrimonio de los demandados, al no existir tal perjuicio, la Sala estima que la caución señalada por el Juzgador en la cantidad de 12.000 € es improcedente. Por todo ello, no ha lugar a prestar cantidad alguna por este concepto, debiendo matizar que tal medida de anotación preventiva de la demanda deberá mantenerse, pero sin necesidad de prestar caución [El subrayado es nuestro].

Auto n.º 63/2004, de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6ª) de 25 de marzo de 2004 [ECLI:ES:APSE:2004:829A]: “En el presente caso, no apreciamos que la simple anotación de la demanda en el Registro de la Propiedad, pueda ocasionar perjuicio alguno en el patrimonio del demandado, por tanto, estimamos innecesaria la fijación de caución” [El subrayado es nuestro]. Tampoco es preceptiva la prestación de caución ex Artº.441 bis, apdo. 2 LEC o ex Art 21.5 de la Ley de Propiedad Horizontal (“LPH”).

VI. Auto de la Audiencia Provincial

Acogiendo la totalidad de los argumentos del recurso de la solicitante, la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona dejó sin efecto el auto del Juez de lo Mercantil, fundando dicha decisión en las siguientes consideraciones:

- a) La LEC alude indistintamente a los términos “adoptar” o “acordar”, que son sinónimos. A juicio de la Sala, uno y otro se utilizan para expresar que la medida se concede. La Sala tilda la distinción establecida en el auto del Juez de lo Mercantil de “artificiosa”.
- b) La medida cautelar se “adopta” en el auto que la acuerda o concede, al margen de cuándo se ejecute. Es la efectividad la que se condiciona y queda pospuesta hasta la prestación de la caución.
- c) Por tanto, el plazo de veinte días para presentar la demanda se cuenta a partir de la notificación del auto de medidas cautelares a la solicitante, a través de su procurador, teniendo en cuenta, a estos efectos, que (i) la notificación se tiene por realizada el día siguiente al acto de comunicación (art. 151.2º de la LEC) y (ii) el cómputo del plazo empieza a correr también desde el día siguiente (art. 133 LEC).

Desde la perspectiva constitucional, la Sala advierte de lo siguiente:

- a) La interpretación propugnada por el del auto del Juez de lo Mercantil, además de contradecir el tenor literal de la ley, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Acusa al Juzgado de lo Mercantil de haber hecho gala de un “formalismo exacerbado” y de seguir la interpretación de la norma que menos se compadece con el derecho a la tutela judicial efectiva.
- b) La interpretación del auto del Juez de lo Mercantil es igualmente generadora de inseguridad jurídica: frente al cómputo del plazo a partir de una fecha cierta y contrastable -como es la de la notificación del auto que acuerda las medidas- constata que el Juez de lo Mercantil estableció una distinción entre “acuerdo” y “adopción” que abría un abanico de posibilidades para determinar el *dies a quo* -la fecha en la que se presta la caución, la fecha en que se declara su suficiencia, la fecha de la resolución judicial que acuerda el requerimiento, la fecha en que este requerimiento se notifica al demandado, o la fecha en que el requerimiento se cumple-.
- c) La Sala aboga finalmente por proteger la “confianza” generada a la solicitante en base a la interpretación del art. 730.2 LEC más extendida en la práctica forense. Y conmina al Juez de lo Mercantil a fin de que si en próximas ocasiones -esperemos que no las haya- considerara posible una interpretación distinta de esta (u otras) normas, lo advierta expresamente a las partes.

Si algún aprendizaje puede obtenerse de (amargas) experiencias como esta, es que el ordenamiento jurídico no autoriza interpretaciones de las normas procesales forzadas y artificiosas, como la propugnada por el auto del Juez de lo Mercantil. Y es que el derecho procesal no deja de ser un mero medio para articular o ejercitar los derechos ante los tribunales, y jamás debe convertirse en un fin en sí mismo.

Patente unitaria en Europa: ¿por qué España se quedó fuera del sistema, en qué situación ha quedado ahora y cuáles son las previsiones de futuro?

Joaquín Rovira

Asociado de Pérez-Llorca

PROPIEDAD INTELECTUAL,
INDUSTRIAL Y TECNOLOGÍA**Irene Ortega**

Asociada de Pérez-Llorca

PROPIEDAD INTELECTUAL,
INDUSTRIAL Y TECNOLOGÍA

I. Breve introducción a la patente unitaria	122
1. Concepto de patente unitaria	122
2. El paquete de la patente unitaria	122
II. España pone en tela de juicio las bases jurídicas del paquete de la patente unitaria y rechaza su adhesión a la cooperación reforzada y la suscripción del ATUP	123
III. Los motivos por los que España continúa fuera del sistema de la patente unitaria	125
IV. ¿Cuál es la situación actual? Perspectivas de adhesión al nuevo sistema en un futuro próximo	127

**Fecha de recepción**

26 de septiembre de 2024

**Fecha de aceptación**

13 de noviembre de 2024



Resumen: El artículo analiza las razones por las que España decidió no unirse al sistema de patente unitaria en Europa y las implicaciones de esta decisión. La patente unitaria permite una protección uniforme en los países que participan, pero España ha rechazado el sistema, argumentando que crea desequilibrios entre los Estados miembros, especialmente en aspectos como el régimen lingüístico y la seguridad jurídica. A pesar de haber recurrido judicialmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desestimó los recursos de España, que sigue excluida del sistema, alegando preocupaciones sobre competitividad, costes y protección de la innovación. Aunque algunos partidos políticos propusieron la adhesión en 2017, el gobierno ha mantenido su rechazo. El artículo concluye que la exclusión de España podría ofrecer ventajas estratégicas en litigios de patentes, al tiempo que el sistema sigue operando sin su participación.

Abstract: The article examines Spain's decision to remain outside the European unitary patent system and the implications of this stance. The unitary patent offers uniform protection across participating countries, but Spain has rejected the system, arguing it creates imbalances among member states, particularly regarding linguistic regimes and legal security. Despite challenging the system in court, the European Court of Justice dismissed Spain's claims, and the country remains excluded, citing concerns over competitiveness, costs, and innovation protection. While some political parties suggested joining the system in 2017, the government has maintained its opposition. The article concludes that Spain's exclusion could offer strategic advantages in patent litigation, while the unitary patent system continues without Spain's participation.



Palabras clave: Patente unitaria, España, Unión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE"), Competitividad, Régimen lingüístico, Innovación, Cooperación reforzada, Tribunal Unificado de Patentes, Protección de patentes, Sistema de patentes europeo, Traducción y validación.

Key words: Unitary Patent, Spain, European Union, Court of Justice of the European Union ("CJEU"), Competitiveness, Language regime, Innovation, Enhanced cooperation, Unified Patent Court, Patent protection, European patent system, Translation and validation.

Patente unitaria en Europa: ¿por qué España se quedó fuera del sistema, en qué situación ha quedado ahora y cuáles son las previsiones de futuro?

I. Breve introducción a la patente unitaria

1. Concepto de patente unitaria

La patente europea con efecto unitario (más comúnmente conocida como “patente unitaria”)¹, como su propio nombre indica, se refiere al derecho conferido por una patente europea obtenida conforme a los requisitos formales y procedimentales establecidos en el Convenio sobre la Patente Europea (“CPE”)² y cuya concesión surte efectos en todos los Estados miembros que participen en el sistema de patente unitaria³. Hasta la entrada en vigor de esta figura, para que la patente europea desplegara sus efectos en cada uno de los Estados miembros designados, se requería su traducción y validación ante cada una de las oficinas nacionales de propiedad industrial (requisito aún indispensable en aquellos Estados no participantes, como es el caso de España).

El sistema de patente unitaria propone brindar una protección uniforme en todos los países de la Unión Europea que participen en él⁴. Lo que España ha venido defendiendo es que, en realidad, esa uniformización tal y como se ha planteado, provoca un desequilibrio entre los distintos Estados participantes. Lo veremos más adelante.

2. El paquete de la patente unitaria

Aunque la opción a una patente europea con efecto unitario lleva barajándose desde la misma entrada en vigor del CPE⁵, el punto de partida del sistema tal y como lo conocemos hoy en día tuvo lugar en 2011, con la aprobación del Reglamento (UE) n.º 1257/2012, de 17 de diciembre, por el que se establece la cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente (“**Reglamento 1257/2012**”) y del Reglamento (UE) n.º 1260/2012, de 17 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación

1 En adelante, utilizaremos indistintamente el concepto de “patente europea con efecto unitario” y el de “patente unitaria”, a los efectos de simplificar la redacción de este artículo y facilitar su lectura.

2 Convenio sobre Concesión de Patentes Europeas, firmado en Múnich (Alemania) el 5 de octubre de 1973, que entró en vigor el 7 de octubre de 1977. La Organización Europea de Patentes es una organización intergubernamental creada sobre la base de este Convenio.

3 Con base en lo establecido en el artículo 142 del CPE.

4 Considerando (2) del Acuerdo sobre un tribunal unificado de patentes (2013/C 175/01): “CONSIDERANDO que la fragmentación del mercado de las patentes y las variaciones significativas entre los sistemas judiciales nacionales van en detrimento de la innovación, en particular para la pequeña y mediana empresa, que tiene dificultades para hacer respetar sus patentes y para defenderse contra acciones sin fundamento, y acciones relativas a patentes que deberían anularse” [el subrayado es nuestro].

5 CARBONELL, E., “La patente Unitaria Europea: breve historia”, en *Publicaciones ABG*, 2022, <https://abg-ip.com/es/patente-unitaria-alemania/>.

de una protección unitaria mediante patente en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción ("**Reglamento 1260/2012**") y posteriormente, en 2013, con la aprobación del Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes (2013/C 175/01) ("**ATUP**")⁶.

Estos cuerpos normativos constituyen el conocido paquete de la patente unitaria, que se encarga actualmente de regular sus requisitos y funcionamiento.

II. España pone en tela de juicio las bases jurídicas del paquete de la patente unitaria y rechaza su adhesión a la cooperación reforzada y la suscripción del ATUP

Una destacable peculiaridad de la aprobación del paquete de la patente unitaria fue la necesidad de recurrir al procedimiento de cooperación reforzada por la imposibilidad de alcanzar la unanimidad⁷. Una de las principales detractoras del sistema y protagonistas en esa falta de acuerdo fue España.

En aquel momento, el Estado español recurrió a todos aquellos instrumentos jurídicos que tenía a su disposición para tratar de evitar la aprobación del paquete de la patente unitaria y, con ello, del sistema. Así, en la firme creencia de que los Reglamentos del paquete de la patente unitaria vulneraban la normativa europea, España llegó a interponer varios recursos frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("**TJUE**").

En primer lugar, interpuso un recurso frente a la Decisión 2011/167/UE del Consejo, de 10 de marzo de 2011, por la que se autorizaba la cooperación reforzada en la creación del sistema de patente unitaria, por considerar que no se cumplían los requisitos para ello establecidos en el Tratado de la Unión Europea ("**TUE**") y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("**TFUE**"). Este recurso fue desestimado por el TJUE en su decisión de 16 de abril de 2013⁸.

En segundo lugar, y con más interés, interpuso sendos recursos frente al TJUE frente a los Reglamentos 1257/2012 y 1260/2012.

La pretensión principal de los recursos interpuestos por España era su declaración como jurídicamente inexistentes. Subsidiariamente, se pedía que se anulasen totalmente y, más subsidiariamente, que se declarase la nulidad de determinados preceptos. Veamos los argumentos en los que, con carácter principal, España basó sus recursos contra dichos Reglamentos⁹:

- i) La vulneración del principio de tutela judicial efectiva, toda vez que el alegado control jurisdiccional que establecería el Reglamento 1257/2012 sobre las cuestiones

6 Acuerdo sobre un tribunal unificado de patentes (2013/C 175/01), ver en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:42013A0620\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:42013A0620(01)&from=EN).

7 En vista de la imposibilidad de alcanzar la unanimidad en sede de la aprobación del paquete de la patente unitaria, los Estados partidarios de la creación del sistema solicitaron al Consejo, por virtud del art. 329 TFUE (como se definirá a continuación), la autorización de una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección mediante patente unitaria. El Consejo autorizó la solicitada cooperación reforzada por medio de la Decisión del Consejo, de 10 de marzo de 2011 (2011/167/UE).

8 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de abril de 2013, en los asuntos acumulados C274/11 y C295/11 [ECLI:EU:C:2013:240].

9 Resumen de las actividades del Tribunal de Justicia, del Tribunal General y del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea, Luxemburgo, 2016, pág. 53, doi:10.2862/73704.

administrativas previas a la concesión de una patente impedirían una aplicación correcta y uniforme del Derecho de la Unión Europea y protección de los derechos fundamentales.

El TJUE desestimó este argumento y aclaró que el objeto del Reglamento 1257/2012 no es regular la concesión de las patentes europeas ni integrar el contenido del CPE (que es el único texto normativo con dicho objeto), sino que se limita a fijar los requisitos para conferir efecto unitario de las patentes europeas y, asimismo, a definir dicho efecto.

- ii) La inadecuación del artículo 118 TFUE, párrafo primero¹⁰, como base jurídica para promover el Reglamento 1257/2012 porque consideraba que no servía para “garantizar una protección uniforme de los derechos de propiedad intelectual e industrial” ni aproximar las legislaciones de los Estados miembros con esta finalidad.

El TJUE rechazó este argumento al considerar que la protección unitaria mediante patente es adecuada para evitar las divergencias relativas a la protección mediante patente en los Estados miembros participantes. Expresaba que, de hecho, esa uniformidad resulta de la designación de un único derecho nacional aplicable en el territorio del conjunto de los Estados miembros participantes, cuyas disposiciones de derecho material definan los actos contra los cuales protege una patente y las características de ésta como objeto de propiedad.

- iii) La vulneración del principio de no discriminación por razón de la regulación lingüística establecida por el Reglamento 1260/2012 relativo a las disposiciones sobre traducción, al perjudicar a todas aquellas personas cuyo idioma sea diferente a cualquiera de los tres oficiales de la Oficina Europea de Patentes (a saber, inglés, alemán y francés).

El TJUE también rechazó este argumento, pues consideraba que el régimen lingüístico establecido por el Reglamento tenía como objetivo precisamente facilitar el acceso a la protección que ofrece la patente, asegurando que con este nuevo sistema era más fácil, menos costoso y jurídicamente más seguro el acceso a la patente unitaria y a la patente en general.

El TJUE, por tanto, desestimó todas las pretensiones formuladas por España en sus recursos mediante su decisión de 5 de mayo del 2015 en los asuntos C-146/13 y C-147/13 [ECLI:EU:C:2015:299].

Como consecuencia de lo anterior, España decidió mantenerse al margen del sistema de patente unitaria junto con otros Estados miembros como Italia, Polonia y Croacia.

10 En el ámbito del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las **medidas** relativas a la creación de títulos europeos **para garantizar una protección uniforme de los derechos de propiedad intelectual e industrial** en la Unión y al establecimiento de regímenes de autorización, coordinación y control centralizados a escala de la Unión [el énfasis añadido es nuestro].

III. Los motivos por los que España continúa fuera del sistema de la patente unitaria

Desde que España viera desestimadas todas sus pretensiones contra las bases jurídicas del sistema de patente unitaria, y habiendo sido confirmada la validez jurídica y conformidad con la normativa europea de sus bases jurídicas por el propio Tribunal de Justicia, España podría haber cambiado de opinión, como ha sido finalmente el caso de Italia, y haberse adherido al sistema de patente unitaria.

Muy al contrario, España ha mantenido una firme postura de rechazo a formar parte del sistema. De hecho, durante todos estos años solo hubo un pequeño atisbo de que la situación pudiera cambiar en 2017, cuando el Grupo Parlamentario Socialista -que entonces formaba parte de la oposición- planteó una Proposición no de Ley para impulsar la adhesión de España al sistema europeo de patente unitaria¹¹ e instaba al Gobierno a adherirse al sistema.

La petición del Grupo Parlamentario Socialista de reconsiderar la posición del Gobierno español frente al sistema de patente unitaria¹² descansaba en el alegado perjuicio que sufrirían tanto la competitividad de las empresas españolas como el proceso de innovación del país, de no adherirse España al nuevo sistema.

La propuesta también se explicaba por las supuestas consecuencias ventajosas en términos de coste global de la validación (derivado de la innecesariedad de traducir la patente al idioma oficial de cada Estado relevante), su efecto "automático" en todos los Estados participantes con una solicitud única y la sumisión a un único tribunal.

En cuanto a la cuestión lingüística, la propuesta abogaba por la compatibilidad de la entrada en el sistema de patente unitaria con "seguir defendiendo en el marco comunitario la utilización del español como lengua de procedimiento ante la Oficina Europea de Patentes".

Esa Proposición no de Ley fue aprobada por la Comisión de Economía, Industria y Competitividad en su sesión del 7 de marzo de 2017, lo que llevó al Congreso de los Diputados a instar al Gobierno a realizar todas las acciones necesarias para la adhesión de España al sistema de patente unitaria y, en particular, a solicitar la plaza de la sede de la división especializada del Tribunal Unificado de Patentes que había dejado libre Londres.

Siguiendo la aprobación de la Proposición no de Ley, el 22 de marzo de 2017, una diputada del Grupo Parlamentario Socialista preguntó oralmente¹³ en una sesión del Congreso de los Diputados al Ministro de Economía, Competitividad e Industria, sobre las intenciones de

11 CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, "Proposición no de Ley en Comisión", *Proposición no de Ley relativa a impulsar la adhesión de España al sistema europeo de Patente Unitaria*. (161/001395), 3 de octubre de 2014: https://www.congreso.es/es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrar-Detalle&_iniciativas_legislatura=XII&_iniciativas_id=161%2F001395.

12 Cabe hacer una pequeña aclaración sobre la motivación expuesta en la Proposición no de Ley. Se alegaba que "España e[ra] el único Estado miembro que contin[uaba] fuera del sistema". Sin embargo, tampoco Polonia había suscrito el Acuerdo sobre la creación de un Tribunal Unificado de Patentes y Croacia ni siquiera formaba parte de la cooperación reforzada (como era el caso de España).

13 La diputada del Grupo autor de la propuesta expuso, en similares términos, los motivos que ya se habían expuesto en la Proposición no de Ley: "sistema con un único registro, con un solo pago de tasas, con protección simultánea e idéntica en todos los países y con un tribunal único para resolver litigios" Planteando incluso que España "quedaría aislada de la innovación" de no adherirse al sistema.

España de adherirse a la patente unitaria¹⁴. Frente a ello, el Ministro expresó que el Gobierno se mantenía firme en su posición y rechazaba la adhesión al sistema por los mismos motivos que llevaron a España a rechazarlo en origen. A saber, tanto las discrepancias en cuanto al régimen lingüístico como la inseguridad jurídica derivada de la participación eventual en un procedimiento judicial en una lengua extranjera. Además, también señaló el Ministro que el sistema es discriminatorio con las empresas españolas (especialmente las más pequeñas) porque otros países sí pueden utilizar su lengua materna, lo que a su vez puede implicar una merma en la capacidad de innovación.

No obstante, cualquier expectativa de que España pudiera adherirse al sistema como resultado de un cambio de Gobierno se desvanecieron en cuanto el Grupo Parlamentario Socialista ocupó el poder pues, desde entonces, ha manifestado una postura completamente alineada con la de sus antecesores en el Gobierno. Así, el Gobierno de España, ahora presidido por el Grupo Socialista, ha negado cualquier posibilidad de que España se adhiera al sistema de patente unitaria.

Y ello puede verse en la respuesta dada por el Gobierno a una pregunta escrita realizada por el Grupo Parlamentario Republicano a la Mesa del Congreso de los Diputados el 14 de diciembre de 2021¹⁵ sobre la posición del Gobierno frente a la adhesión al sistema de patente unitaria.

El Gobierno de España, en su respuesta escrita de 25 de enero de 2022, y en sentido contrario de lo señalado en su anterior Proposición no de Ley de 2017, explicó por qué España, años después del establecimiento de la cooperación reforzada y de la aprobación del paquete de la patente unitaria, seguía considerando que no debía estar en el sistema. Entre otras razones, expuso que la adhesión de España al sistema de patente unitaria podría conllevar las siguientes consecuencias indeseadas:

- i) El incremento de las limitaciones en competitividad y desarrollo de innovación propia como consecuencia del potencial incremento de los monopolios que representan las patentes extranjeras en España.
- ii) La pérdida de la competencia de los tribunales nacionales, en favor del Tribunal Unificado, para resolver los litigios sobre las patentes europeas.
- iii) El incremento de la dificultad de acceso al mercado y de costes en la vigilancia del mercado sobre potenciales infracciones, como consecuencia de la pérdida de las traducciones al español de las patentes.
- iv) El impacto negativo en los ingresos derivados de la validación y mantenimiento de patentes por la eliminación de los requisitos de validación (que revierten sobre la misma propiedad industrial).

14 CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, "Pregunta oral en Pleno", *¿Tiene intención el Gobierno de promover la incorporación de España en el Sistema Europeo de Patente Unitaria?* (180/000188), 3 de octubre de 2024, https://www.congreso.es/es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XII&_iniciativas_id=180%2F000188.

15 CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, "Pregunta al Gobierno con respuesta escrita", *Renuncia del Estado español a adherirse a la patente unitaria europea al no poder tramitarse en lengua castellana.* (184/071080), 3 de octubre de 2024, https://www.congreso.es/es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=184%2F071080.

Señaló el Gobierno que lo anterior era un claro indicativo de que la patente unitaria conlleva un impulso para la patente de origen extranjero en detrimento de la española, lo que supone un desequilibrio entre los distintos Estados participantes, dejando a las economías menos innovadoras desprotegidas.

Además, sobre la cuestión lingüística, señala que tiene un impacto también fundamental en la economía e innovación española pues su propósito es dar a conocer el contenido de las patentes, enriqueciendo el acervo tecnológico y garantizando la mayor protección en España. Por tanto, la configuración lingüística actual que, como hemos visto, encuentra su apoyo legal en el Reglamento 1260/2012, afecta esencialmente a la accesibilidad a la innovación en España.

Además, destacó una cuestión de gran relevancia para los españoles que, aunque quizá resulte evidente, no está de más recordar. El hecho de que España no se haya adherido al sistema no significa que los españoles no puedan, una vez solicitada y concedida la patente europea conforme a los requisitos del CPE, solicitar el efecto unitario de su patente y servirse así de todos sus efectos y ventajas. De hecho, cualquiera puede hacerlo. Cuestión distinta es que para que esa o cualquier patente europea despliegue efectos en España, requiera de su oportuna validación y traducción al español.

IV. ¿Cuál es la situación actual? Perspectivas de adhesión al nuevo sistema en un futuro próximo

La patente europea con efecto unitario y el Tribunal Unificado finalmente entraron en vigor el 1 de junio de 2023¹⁶ y, como se ha adelantado, no parece que la adhesión de España vaya a ser una realidad, al menos, en el corto o en el medio plazo. No ha habido ninguna manifestación en contrario por parte del Gobierno de España desde la ya comentada respuesta escrita de enero de 2022.

Desde la entrada en vigor del sistema se ha confirmado y hecho patente la situación estratégica que ocupa España en el mercado europeo de protección mediante patente unitaria -al haberse mantenido al margen del sistema- y que, en principio, mitiga las temidas desventajas (como puede ser la inexistencia de jueces españoles en salas del Tribunal Unificado o de una sede española).

Conviene recordar que, al ser un Estado contratante del CPE, basta con validar en España cualquier patente europea concedida conforme al CPE para que surta efectos en el territorio español. Por tanto, el titular de una patente europea con efecto unitario puede en cualquier caso proteger su título en España si solicita su validación. De esta forma, lejos de perder influencia en el mercado, España puede contar con una posición estratégica para las empresas al percibirse como una jurisdicción alternativa al Tribunal Unificado, evitando así jugarse todo "a una sola carta".

16 Sin perjuicio de la ya referida aprobación del paquete de la patente unitaria entre 2011 y 2013, diferentes cuestiones jurídicas han supuesto verdaderas trabas a la entrada en vigor del sistema, entre otras, el Brexit o el planteamiento de un recurso ante el Tribunal Constitucional Alemán, país cuya ratificación era necesaria para su entrada en vigor.

De hecho, hasta la fecha, la lengua más común a la que se han traducido las patentes al amparo del artículo 6.1.b) del Reglamento 1260/2012¹⁷, es el español (aproximadamente un 31%)¹⁸. El solicitante así consigue completar su petición de efecto unitario y, a su vez, cumplir con el requisito de traducción para validar la patente en el territorio español.

Se ha comentado en la doctrina que ello se debe probablemente a que España es percibida como una jurisdicción atractiva para litigar sobre las patentes europeas. No solo cuenta con tribunales especializados¹⁹ y los servicios legales suponen un menor coste que en otros países de la Unión, sino que, con la llegada del Tribunal Unificado, los titulares -por lo general- han optado por mantener una jurisdicción a salvo de una eventual decisión indeseada en materia de validez.

Además, no podemos olvidar que los españoles, de estar interesados en validar sus títulos en otras jurisdicciones, podrán seguir beneficiándose del nuevo sistema y solicitar el efecto unitario de sus patentes europeas, mientras que, de lo contrario, muchos emprendedores nacionales -cuyo interés radique únicamente en el mercado nacional- se verían innecesariamente afectados por verse forzados a analizar patentes redactadas en idioma extranjero.

Con la entrada en vigor del sistema, por tanto, se han vuelto transparentes las ventajas que tiene para España el hecho de no formar parte del sistema de patente unitaria y todo apunta a que esa posición estratégica, unida a los motivos de peso que llevan al Gobierno a rechazar su adhesión, reforzará la decisión de España de quedarse fuera del nuevo sistema de protección unitaria mediante patente, al menos, mientras no cambien las bases sobre las que se asienta el actual sistema.

17 "1. Durante un período transitorio que se iniciará en la fecha de aplicación del presente Reglamento, las peticiones de efecto unitario a que se refiere el artículo 9 del Reglamento (UE) n.º 1257/2012 se presentarán acompañadas: a) de una traducción completa al inglés del folleto de la patente europea, cuando la lengua de procedimiento sea el francés o el alemán, o b) de una traducción completa del folleto de la patente europea a cualquier otra de las lenguas oficiales de la Unión, cuando la lengua de procedimiento sea el inglés" [El subrayado es nuestro].

18 European Patent Office, "Statistics & Trends", *Requests for unitary effect*, 3 de octubre de 2024, <https://www.epo.org/en/about-us/statistics/statistics-centre#/unitary-patent>.

19 Mediante Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial de 23 de noviembre de 2011 y 21 de diciembre de 2016, por virtud de lo consagrado por el Art. 118.2 de la LP, se ha hecho realidad la especialización en materia de patentes de los Juzgados de lo Mercantil de tres Comunidades Autónomas: Cataluña, Madrid y la Comunidad Valenciana. Se designó, respectivamente, a los Juzgados de lo Mercantil n.os 1, 4 y 5 de Barcelona; a los Juzgados de lo Mercantil n.os 7, 8, 9 y 10 de Madrid; y, al Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia.

