



Pérez-Llorca

Núm.13
MAY 2025

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:

Laura Breitfeld © 2025

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

Mariana Muñoz Ceschini

Pilar Valero Conde

Vielka Linet Peguero Jerez

NÚM.13

Índice

REVISTA JURÍDICA PÉREZ-LLORCA

Mayo 2025

ARTÍCULO 20

Tres niveles de protección a la libertad de expresión y producción de los científicos	8
---	---

ESTUDIOS

Medidas de agilización procesal en el ámbito civil recogidas en la Ley Orgánica 1/2025	16
Aportaciones de acciones a sociedades <i>holding</i> y régimen especial	34
Eficiencia energética y certificados de ahorro energético: oportunidades del régimen de certificación en España	54

PROBLEMAS Y CUESTIONES

La propiedad temporal y la propiedad compartida: una fórmula alternativa de acceso a la vivienda en España	74
Colusión verde: los peligros anticompetitivos del ESG	88
EU AI Act: What should the public sector do?	98

NÚM.13

Artículo 20

REVISTA JURÍDICA PÉREZ-LLORCA

Mayo 2025

El artículo 20 de la Constitución Española de 1978 consagra y garantiza el derecho fundamental a la libertad de expresión. En esta sección de la Revista Jurídica Pérez-Llorca se publican tribunas firmadas por figuras públicas de renombre, abiertas a diferentes puntos de vista, bajo la premisa de brindar un espacio a opiniones diversas y que no necesariamente reflejan el criterio del comité editorial de la Revista.

Tres niveles de protección a la libertad de expresión y producción de los científicos

Felipe J. Llanes Estrada

Catedrático del Depto. de Física Teórica de la Universidad Complutense de Madrid

Agradezco al científico y pensador Alan Sokal, profesor emérito de Física Teórica de la Universidad de Nueva York, y actualmente en el University College London, así como al decano de la Facultad de Ciencias Físicas de la Universidad Complutense, Ángel Gómez Nicola, su cuidadosa lectura y útiles comentarios.

Lo aquí escrito no es realmente incorporable al corpus científico.

Y ¿cómo es posible, si se ha publicado en una revista profesional¹, con bien informados comités editoriales y de redacción? Lo es en ausencia de una revisión por pares externa, como enseguida describo; antes bien, ha sido cooptado basándose en mis credenciales académicas² y, por tanto, debe considerarse página de opinión. Siembro esa distinción en el lector para motivar una clasificación de la intensidad de la protección de la libre expresión que es razonable otorgar a la comunicación de los científicos.

En primer y trivial lugar, cuando comuniquen de manera informal, normalmente sobre temas en los que quizá no sean los mayores especialistas y en foros no académicos, es razonable otorgarles la misma protección del artículo 20.1.a) de la Constitución de 1978 (o el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos³) que a todos sus conciudadanos. Al contrario, en una sociedad autoritaria donde la persecución a la libertad de expresión sea habitual, la del científico perece⁴ con la común. Las informaciones⁵ ampliamente difundidas que llegan de allende el Atlántico acerca de la presión económica y legal⁶ que el Gobierno actual ejerce sobre renombradas instituciones académicas se encuadran en esta categoría, la de una degradación del entorno en el que se ejerce la libre expresión.

La protección del artículo 20.1.b) “a la producción científica” parece aquí de mayor interés. Aun cabiendo su interpretación⁷ en términos de obligaciones y derechos económicos y morales,

1 *Revista Jurídica Pérez-Llorca*. Véanse todos los ejemplares en: <https://www.perezllorca.com/actualidad/revista-juridica/>.

2 Disponible en: HEP: <https://inspirehep.net/literature?sort=mostrecent&size=25&page=1&q=find%20a%20llanes-estrada>.

3 CONSEJO DE EUROPA, *Convención Europea de Derechos Humanos*, 1950. Disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG.

4 GINGERICH, O., “The Galileo Affair”, *Scientific American* 1982; 247: 132-143. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/24966665>,

5 SCHERMELE, Z., “A new phase begins in Trump’s battle with higher education”, *USA Today* 19.04.2025. Disponible en: <https://www.usatoday.com/story/news/education/2025/04/19/harvard-trump-administration-higher-education-battle/83140651007/>.

6 OFFORD, C., *Trump administration targets academic journals with attorney letter, proposed funding cuts*, American Association for the Advancement of Science, 2025. Disponible en: <https://www.science.org/content/article/trump-administration-targets-academic-journals-attorney-letter-proposed-funding-cuts>.

7 Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. BOE 97, de 22 de abril de 1996. Disponible en: https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/rdleg_001_1996.pdf.

acepta una acepción de libertad de exposición de asuntos científicos en sus propios foros que idealmente habría de ser extendida con gran amplitud⁸, como recomienda la Unesco⁹. ¿Qué debemos entender por esa producción científica? Lo primero, todos los cálculos, razonamientos, medidas y experimentos destinados a esclarecer una cuestión. Y, lo segundo, su comunicación a otros científicos mediante comunicaciones sujetas a revisión por pares, en lo que quiero ahora enfocar al lector.

No intentan esas aportaciones llegar al amplio público no especialista y, además, su contenido suele ser muy técnico, por lo que su difusión rara vez colisiona con otros derechos de las personas, como el de no ser difamadas. Es aún más difícil que esto suceda en un contexto de revisión por pares que compruebe cada afirmación factual y el alcance de cada frase acerca de los hechos exactos o naturales que pretende describir el manuscrito a publicar. El que los artículos en prepublicación sean enviados a revisores externos a la editorial para que los contraste e informe tiene ya un siglo de rodaje. Es bien conocido el caso de Albert Einstein¹⁰, ofendido cuando, en 1936, la *Physical Review* le rogó que reconsiderara un trabajo que el revisor encontraba errado: no escapan al sistema, mayormente, ni las grandes figuras de la ciencia. La revisión por pares es en buena medida anónima y altruista (aunque el mucho material a revisar multiplica voces¹¹ preguntando si debería ser de pago, e incluso ha surgido una demanda antimonopolio¹² al respecto), aislándola de presiones indebidas.

Como en todo lo humano, han sido bien publicitados posibles casos¹³ de conducta deshonorable que han evitado momentáneamente este filtro, para ser capturados en uno segundo, pues el sistema científico cuenta con otro mecanismo de autocorrección, debido a Descartes (y reiterado por Merton¹⁴ como “escepticismo organizado” ya en 1942): la duda metódica respecto al trabajo propio y el de otros colegas. Los resultados de cierta relevancia son repetidos por investigadores ajenos al primer trabajo aparecido, y es inevitable que las inconsistencias acaben por permitir aislar cualquier error por difundido que se halle (véase el caso de los inexistentes rayos N¹⁵); y las editoriales tienen políticas de corrección y retracción razonables. El sistema suele ser, además, enteramente internacional, con los autores, editores y revisores en jurisdicciones distintas.

Los litigios relacionados con publicaciones no retractadas dentro de tal sistema son escasos, pero se dan, como el de la empresa de purificación de aire GPS contra Elsevier¹⁶, una de las

8 PARLIAMENTARY ASSEMBLY, *Academic freedom and university autonomy, Recommendation 1762 (2006)*, 2006. Disponible en: <https://pace.coe.int/en/files/17469/html>.

9 UNESCO, *Recommendation concerning the Status of Higher-Education Teaching Personnel*, 1997. Disponible en: <https://www.unesco.org/en/legal-affairs/recommendation-concerning-status-higher-education-teaching-personnel>.

10 KENNEFICK, D., “Einstein Versus the *Physical Review*”, *Physics Today* 2005; 58: 43-48. Disponible en: <https://pubs.aip.org/physicstoday/article/58/9/43/399405/Einstein-Versus-the-Physical-Review-A-great>.

11 DORIGO, T., “The Problem With Peer Review”, *Science* 2.0 02.04.2025 Disponible en: https://www.science20.com/tommaso_dorigo/the_problem_with_peer_review-257366.

12 WOKEN, J., “Scientists’ suit against top academic publishers lays bare deep frustration over unpaid peer review”, STAT 10.03.2025. Disponible en: <https://www.statnews.com/2025/03/10/peer-review-antitrust-lawsuit-academic-scientific-journals-sued-by-scientists/>.

13 SERVICE, R. F., *Physicist Fired for Falsified Data*. American Association for the Advancement of Science. Disponible en: <https://www.science.org/content/article/physicist-fired-falsified-data>.

14 MERTON, R. K., *The Sociology of Science, Theoretical and Empirical Investigations*. Chicago: Chicago University Press; 1979. Disponible en: <https://press.uchicago.edu/ucp/books/book/chicago/S/bo28451565.html>.

15 AMERICAN PHYSICAL SOCIETY, *September 1904: Robert Wood debunks N-rays*. Disponible en: <https://www.aps.org/archives/publications/apsnews/200708/history.cfm>.

16 BUSINESS WIRE. *GPS Pushes Back: New Filing Defends Company and NPBI Technology Against False and Defamatory Study*, 2022. Disponible en: <https://www.businesswire.com/news/home/20220216005820/en/GPS-Pushes-Back-New-Filing-Defends-Company-and-NPBI-Technology-Against-False-and-Defamatory-Study>.

mayores editoriales. La empresa demandante, cuyo producto fue descrito¹⁷ en términos poco aiosos, parece argüir que Elsevier no se atuvo adecuadamente al protocolo de revisión por pares y repetición de estudios de manera rigurosa. El proceso¹⁸ (que parece incluir solicitud de juicio con jurado) sigue curso en el estado norteamericano de Carolina del Norte. Desde mi panorámica como científico sin interés directo en aquel, este tipo de demandas no deberían ser admitidas. El procedimiento sensato a aplicar en círculos técnicos y académicos es que la parte en desacuerdo con los datos obtenidos o su interpretación escriba un “Comentario” sobre el artículo anterior, poniendo en duda los aspectos que le parezcan polémicos, y que los autores del trabajo original puedan simultáneamente responder. Ambos, comentario y respuesta, serían publicados simultáneamente en el mismo foro (recordemos, de muy limitada difusión) donde surgió el desacuerdo. El método científico no garantiza la ausencia de error: lo que hace es sistematizar su localización y corrección. Cuando el jurista se enfrente a la decisión de si una información publicada es veraz, debería ser su suposición por defecto que, de haberse seguido correctamente este protocolo común y ampliamente aceptado, tal información es un intento razonable de acercarse a la verdad subyacente, y otorgarle el beneficio de la duda (esta parece ser la doctrina¹⁹ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). La intervención jurídica debería limitarse como máximo a exigir la publicación del par comentario-respuesta.

La litigiosidad frívola, de generalizarse, puede tener graves consecuencias para la futura producción científica y técnica. Hace dos siglos que la ciencia dejó de ser una ocupación de caballeros rentistas que comunicaban sus investigaciones a una sociedad nacional²⁰, en busca de la verdad, con recompensas no materiales, como honor o prestigio, para convertirse en una profesión (si humildemente) remunerada. El científico típico actual es un empleado por cuenta ajena de recursos modestos al que la sola amenaza de un pleito puede ocasionar serios problemas y hacerle decidir callar por miedo a ellos (por ejemplo, un profesor ayudante doctor de la Universidad Autónoma de Madrid percibe²¹ unos 29.000 euros anuales). Es sencillo presionarle, y potencialmente graves las consecuencias de conseguir que ceda a la presión.

Es de interés para la sociedad que los investigadores dedicados a esclarecer la verdad puedan pronunciarse sobre lo que hayan creído averiguar, aun cuando yerren. Respondía acertadamente Marcuse²² en la *Tolerancia represiva* a la pregunta “¿En qué sentido puede la libertad estar condicionada por la verdad?” que la tolerancia indiferenciada está justificada en la discusión académica y es imprescindible en la labor científica. Idealmente, los editores de las revistas científicas, coordinadores de congresos y otros foros deberían estar abiertos a las ideas, pero ser rigurosos en los métodos. Aunque a veces se formen círculos colegiales²³ que rebajen barreras metodológicas a sus participantes y las eleven a los externos, no es cura que poderes

17 ZENG, Y., MANWATKAR P., LAGUERRE, A., BEKE, M., KANG, I., ALI, A. S., *et al.* “Evaluating a commercially available in-duct bipolar ionization device for pollutant removal and potential byproduct formation”, *Building and Environment* 2021; 195. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S036013232100158X>.

18 Global Plasma Solutions, Inc. v. Elsevier Inc. (3:22-cv-00034), 2025. Disponible en: <https://www.courtlistener.com/docket/62630391/global-plasma-solutions-inc-v-elsevier-inc/>.

19 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Case of *Sorguç v. Turkey*, 2009. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-93161%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-93161%22]).

20 ACADÉMIE DE SCIENCES, *L'Histoire de l'Académie*. Disponible en: <https://www.academie-sciences.fr/lhistoire-de-lacademie>.

21 UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. “Retribuciones profesores contratados LOU/LOSU 2024 (Actualizado Real Decreto-ley 4/2024, de 26 de junio)”, Disponible en: <https://transparencia.uam.es/wp-content/uploads/2024/09/TABLAS-RETRIBUTIVAS-LABORALES-LOU-LOSU-2024-Real-Decreto-ley-4-2024-de-26-de-junio-1.pdf>.

22 MARCUSE, H., *La tolerancia represiva*. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/Convivium/article/download/76353/99093>.

23 WOIT, P., “(Blinkered) Visions in Quantum Gravity”, in *Not Even Wrong*, Jonathan Cape; 2006. Disponible en: <https://www.math.columbia.edu/~woit/wordpress/?p=14291>.

públicos mal informados o malevolentes intenten influir²⁴ en el discurso; ni es razonable que se coarte la búsqueda o publicación de la verdad, siempre que se sigan los métodos adecuados, aunque lo aprendido pueda potencialmente ofender o dañar a un colectivo (viene al caso que recientemente²⁵ la editorial Springer-Nature adoptó una polémica política editorial sugiriendo que primaría el no causar daño indirecto, por estigmatizar, a ciertos grupos).

Quedan por mencionar las cuestiones de si se puede silenciar a un científico por razones de confidencialidad en lo investigado más allá de obligaciones contractuales potencialmente incurridas: cabrían restricciones legítimas por razones de seguridad o bien público. Aquí lo razonable es que la supresión de la difusión de la información lo sea por un tiempo acotado, ya que se filtrará de una u otra manera. La física nuclear nos enseña que los secretos del proyecto Manhattan no lo fueron mucho tiempo, y finalmente las potencias nucleares y organismos internacionales decidieron no intentar contener el trasiego de información, sino el de materiales fisionables²⁶ que pudieran ser empleados en un explosivo nuclear.

He sugerido, pues, en los párrafos anteriores adoptar la posición de J. Stuart Mills²⁷ exponiendo que las circunstancias en las que se presenta una aserción son importantes (decía: una cosa es opinar que los comerciantes de grano especulan con el hambre en una revista, otra gritarlo a una multitud enfervorecida ante la casa de un tal comerciante). Se puede contraargumentar que en este siglo XXI es más difícil distinguir entre foros, pues divulgadores secundarios y periodistas prestan atención a los foros científicos y pueden amplificar resultados técnicos erróneos y dañinos para los intereses de alguna parte escondiéndose detrás de la fuente primaria para evitar adquirir responsabilidad propia. El remedio aquí es claro: si la parte presuntamente perjudicada cree que lo ha sido por error técnico o malicia, debe retroceder a la fuente primaria y, siguiendo los métodos científicos y editoriales aceptados, debatir allí su tesis contraria. Una vez cumplido esto, sí es exigible a los transmisores secundarios de la información que recojan con igual eco la refutación de la fuente primaria que divulgaron.

El tercer y más difícil tipo de expresión a tratar es aquél en el que los investigadores, manifestándose sobre temas de su competencia, no lo hacen sometidos al régimen de revisión por pares, sino que utilizan foros más laxos en cuanto a la admisión de sus contribuciones (como los servidores de manuscritos en discusión inicial prepublicación: ArXiv²⁸, medRxiv²⁹, bioRxiv³⁰, ResearchGate³¹, etc., a los que envían sus trabajos en versión no revisada por pares) o participan en la discusión pública mediante actividades de divulgación y foros varios.

Con el aumento de la financiación dedicada a la ciencia³² en el último siglo y de la influencia social de la actividad científica, aumentan también los intereses creados y la tentación de

24 FIORE, K., *Medical Journals Get Letters From DOJ*. Medpagetoday, 2025. Disponible en: <https://www.medpagetoday.com/special-reports/exclusives/115180>.

25 WINEGARD, B., *The Fall of "Nature"*. Quillette. Disponible en: <https://quillette.com/2022/08/28/the-fall-of-nature/>.

26 WORLD NUCLEAR ASSOCIATION, *Safeguards to Prevent Nuclear Proliferation*, 2021. Disponible en: <https://world-nuclear.org/information-library/safety-and-security/non-proliferation/safeguards-to-prevent-nuclear-proliferation>.

27 MILL, J. S., *On Liberty*. London and Felling-on-Tyne: The Walter Scott Publishing Co., Ltd. Disponible en: <https://www.gutenberg.org/files/34901/34901-h/34901-h.htm>.

28 Disponible en: <https://www.arxiv.org/>.

29 Disponible en: <https://www.medrxiv.org/>.

30 Disponible en: <https://www.biorxiv.org/>.

31 Disponible en: <https://www.researchgate.net/>.

32 ECOAVANT, *El gasto en I+D en España superó los 22.379 millones en 2023, con grandes diferencias regionales*, 2024. Disponible en: https://www.ecoavant.com/sostenibilidad/gasto-en-i-d-en-espana-supero-22379-millones-en-2023-graficos_14376_102.html.

silenciar esa actividad divulgadora para evitar quebranto económico, o incluso de ir a silenciar la fuente primera (es de interés el trabajo³³ del jurista francés Olivier Beaud). Ese silencio puede conllevar efectos sociales dañinos. El lector tendrá, sin duda, ejemplos recientes en mente, pero baste como ilustración el que los climatólogos y meteorólogos alemanes estén intentando rescatar³⁴ el contenido de las bases de datos norteamericanas ante el serio riesgo de que desaparezcan tras masivos despidos y reducciones de financiación a las agencias encargadas de preservarlos (el viento no conoce fronteras y la falta de datos sobre el hemisferio occidental dificulta las predicciones también en Europa). El clima de hostilidad hacia la ciencia del clima viene, sin duda, de las aserciones públicas de sus practicantes, de gran impacto sobre importantes sectores, sumado a una desconfianza³⁵ hacia lo intelectual.

Veo, por tanto, inevitable que, ocasionalmente, en este segundo nivel de comunicación y publicación, en el que los científicos informen a estratos sociales más amplios, se acaben dirimiendo desacuerdos en los tribunales. ¿Cuándo debe, pues, primar la libertad de expresión del investigador? Es posible que el lector tenga en mente un peritaje en un tribunal, ante el que se dirimen hechos concretos. Sostengo que al investigador se le debería permitir muy amplio margen al referirse no a estos, sino a las reglas generales y comportamientos esperables de muchos sistemas. La búsqueda de la verdad en un entorno científico (“la ley general que subyace a los hechos”, “¿cómo fluyen generalmente los arroyos?”) y en uno judicial (“esta instancia de los hechos”, “¿cómo fluye esta riera? ¿fueron las actuaciones sobre ella adecuadas?”) son actividades muy distinguibles. La sociedad recibe un beneficio con toda transferencia del conocimiento sobre los hechos generales que le sea ofrecido basándose en investigaciones rigurosas que normalmente no pueden ser comprendidas en su forma original por la gran mayoría de las personas.

En caso de tener que pronunciarse en foros públicos no especializados sobre hechos, empresas o productos concretos en aplicación de los otros principios más generales que ellos conocen, es razonable pensar que los investigadores deban ejercer mayor cuidado al ser mayor el perjuicio concreto que otra parte pueda recibir, y así lo recogen los códigos éticos y deontológicos³⁶ profesionales compilados por las sociedades científicas o colegios profesionales³⁷, que a menudo proponen obligaciones morales más allá de la ley. Dada la asimetría en un litigio entre una gran empresa y un científico particular, el apoyo de estas sociedades a los científicos individuales (una vez apreciado que su comportamiento se atiene al código correspondiente mediante encuesta o investigación interna; a nadie interesaría proteger al ocasional investigador tramposo o comprado) parece de gran importancia.

Y el jurista debería considerar más fiable la opinión sobre temas técnicos de una persona con la formación científica relevante (y, si trabaja en un entorno académico, probablemente con

33 BEAUD, O., *Le savoir en danger. Menaces sur la liberté académique*, Presses Universitaires de France, 2021. Disponible en: <https://books.google.es/books?hl=en&lr=&id=hrNHEAAA-QBAJ&oi=fnd&pg=PT303&dq=le+savoir+en+danger#v=onepage&q=le%20savoir%20en%20danger&f=false>.

34 VON OLIVER, M., “Deutsche Forscher retten US-Datenbestände”, *Tagesschau* 17.04.2025. Disponible en: <https://www.tagesschau.de/investigativ/mdr/usa-forschung-datensicherung-100.html>.

35 VALIVERRONEN, E., y SAIKKONEN, S., “Science communicators intimidated: researchers’ freedom of expression and the rise of authoritarian populism”, *Journal of Science Communication* 2021; 20: 1-18. Disponible en: https://jcom.sissa.it/article/pubid/JCOM_2004_2021_A08/.

36 COLEGIO OFICIAL DE FÍSICOS, *Código deontológico*, 2009. Disponible en: https://www.dev.cofis.es/wp-content/uploads/2022/06/codigo_deontologico.pdf.

37 UNIÓN PROFESIONAL, *Deontología profesional: los códigos deontológicos*, 2009, Disponible en: https://www.unionprofesional.com/estudios/DeontologiaProfesional_Codigos.pdf.

más razón, por desinterés directo) que la de quienes opinan desde otros ámbitos (sean periodísticos, políticos u otros), a veces incluso con ánimo deliberado de crear desinformación.

Estas distinciones pueden parecer pedantes viendo el retroceso de los últimos tiempos en la libertad de expresión de los investigadores en muchos lugares, recientemente en la que hasta ahora fue la primera potencia científica mundial. Aun siendo urgente restañar derechos mínimos ahí, es interesante pensar sobre el límite de la libertad de manifestación de la ciencia en aquella sociedad donde aún prevalezcan, en buena medida, el estado de derecho y las instituciones públicas, y la razonablemente seria aplicación de leyes y normativas.

En conclusión, propongo, pues, al lector aceptar la tesis, para la que hay precedentes³⁸, de que, cuando el científico exponga temas en los que no es especialista, se ha de respetar su libertad de expresión con igual intensidad que la de cualquier ciudadano; cuando diserte sobre aquellos en los que sí es especialista, y lo haga en los foros propios de su profesión, se le extienda una protección especial y lo más extensa posible en aras de obtener el mayor beneficio social, que es no impedir la discusión sobre la verdad y la realidad de las cosas; y, en fin, cuando, siendo experto en lo tratado, divulgue a un público más amplio o lo haga en foros con revisión menos rigurosa, se respete también esa protección especial en cuanto se pronuncie sobre reglas o comportamientos generales del objeto o clases de ellos bajo estudio.

Me resta una reflexión inspirada por la ausencia de regulación del derecho a la libertad de expresión del personal investigador en la Ley de la Ciencia³⁹ de 2011, que, en su artículo 14, recoge una variedad de otros derechos, y por el beneficio al público que recibe la información de las pesquisas científicas. Quizá el legislador estuvo acertado en no recogerlo.

Quizá ese derecho a la libertad de expresión en la ciencia no sea un derecho de los científicos. Quizá sea un derecho de usted.

38 MURRAY, J., "The Thinkery and the Academy: Examining the Legal Parameters and Interactions of Academic Freedom and Freedom of Expression Under English Law", *Current Legal Problems* 2023; 76: 345-376. Disponible en: <https://academic.oup.com/clp/article-abstract/76/1/345/7056745?redirectedFrom=fulltext>.

39 Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. BOE 131, de 2 de junio de 2011. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-9617>.

NÚM.13

Estudios

REVISTA JURÍDICA PÉREZ-LLORCA

Mayo 2025

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.

Medidas de agilización procesal en el ámbito civil recogidas en la Ley Orgánica 1/2025

Silvia de Paz Pérez

Socia de Pérez-Llorca

LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

María de Arcos Tejerizo

Asociada de Pérez-Llorca

LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

I.	Introducción	18
II.	La nueva organización judicial: Tribunales de Instancia y Oficinas de Justicia	19
III.	Medidas en materia de eficiencia procesal en el proceso civil	20
	1. Medios adecuados de solución de controversias ("MASC") como requisito de procedibilidad	21
	2. Modificaciones del juicio verbal en el proceso civil	31
	3. Otras medidas de agilización procesal	32
IV.	Conclusión	33



Fecha de recepción
12 de abril de 2025



Fecha de aceptación
30 de abril de 2025



Resumen: La Ley Orgánica 1/2025 introduce una profunda reforma estructural y procesal del sistema de justicia civil español, articulada en torno a dos pilares fundamentales: la reorganización de la estructura judicial mediante la creación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia, y la implementación de medidas de eficiencia procesal orientadas a reducir la litigiosidad y agilizar los procedimientos. Entre estas últimas, destaca el uso obligatorio de medios adecuados de solución de controversias (MASC) como requisito previo para la interposición de la mayoría de las demandas civiles. El presente artículo ofrece un análisis detallado del nuevo marco normativo, sus implicaciones prácticas, los retos que plantea su aplicación ante la ausencia de criterios unificados por los tribunales, y los cambios más relevantes en materia de procedimientos simplificados, régimen de costas y otras medidas de agilización.



Abstract: Organic Law 1/2025 introduces a far-reaching structural and procedural reform of the Spanish civil justice system, which is based on two key pillars: the reorganisation of the judicial structure through the creation of Courts of Instance and Offices of Justice, and the implementation of procedural efficiency measures aimed at reducing litigation and streamlining proceedings. Among the latter is the mandatory use of suitable alternative dispute resolution (ADR) methods as a precondition for filing the majority of civil claims. This article provides a detailed analysis of the new legal framework, its practical implications, the challenges posed by its implementation in light of the absence of unified judicial criteria, and the most significant changes concerning simplified procedures, the rules on legal costs, and other efficiency measures.

Palabras clave: Ley Orgánica 1/2025; Tribunales de Instancia; medios adecuados de solución de controversias (MASC); juicio verbal; eficiencia procesal; costas procesales.

Key words: Organic Law 1/2025; Courts of Instance; suitable alternative dispute resolution (ADR) methods; oral proceedings; procedural efficiency; legal costs.

Medidas de agilización procesal en el ámbito civil recogidas en la Ley Orgánica 1/2025

I. Introducción

El pasado 3 de enero se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia ("**LO 1/2025**"), con entrada en vigor el 3 de abril de 2025. La norma se ha aprobado en un contexto de profunda transformación digital y estructural del sistema judicial español. La finalidad de la norma es hacer más eficiente tanto la organización de la Administración de la Justicia como el uso de los recursos y medios disponibles.

Esta reforma integral se articula en varios ejes: de un lado, la eficiencia organizativa –nueva planta judicial, prevista en el título primero–; y, de otro, las medidas de eficiencia procesal –nuevos mecanismos para agilizar los procedimientos y reducir la litigiosidad, reflejada en el título segundo–.

Estas modificaciones se unen a y se complementan con las ya introducidas por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio ("**RDL 5/2023**")¹, y por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre ("**RDL 6/2023**")². Ambos RDL, entre otras cuestiones, implantaron medidas de eficiencia digital en la Administración de Justicia, como el expediente judicial electrónico y las comunicaciones telemáticas generalizadas. Estas normas favorecieron así la utilización de medios tecnológicos y la interacción digital entre la ciudadanía y los órganos jurisdiccionales para adaptar la Justicia española al siglo XXI.

El presente artículo se centrará en las medidas de agilización y eficiencia que afectan al ámbito jurisdiccional civil. En este contexto, conviene señalar que el ya mencionado RDL 6/2023 supuso un adelanto parcial de esta transformación: i) al introducir, entre otras novedades, la figura del "procedimiento testigo" en materia de condiciones generales de la contratación; y ii) al elevar de 6.000 a 15.000 euros el umbral de cuantía para tramitar reclamaciones por el cauce del juicio verbal por razón de la cuantía.

La LO 1/2025 constituye, por tanto, el núcleo central de este paquete normativo de eficiencia judicial, desarrollando de forma amplia las reformas en la jurisdicción civil, tanto en el plano organizativo como en el procesal. El proceso de transformación de la Justicia culminará con la aprobación parlamentaria del Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y

1 Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

2 Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios –en transposición de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE³–.

II. La nueva organización judicial: Tribunales de Instancia y Oficinas de Justicia

El título primero de la LO 1/2025 acomete la reforma que afecta a la organización de los órganos judiciales y a la planta judicial, así como a la reestructuración de los servicios comunes de tramitación y las funciones de coordinación.

La exposición de motivos de la LO 1/2025 subraya la necesidad de una transformación estructural de la Administración de Justicia para hacerla más eficiente y digital. Se considera que el modelo organizativo antes vigente resultaba obsoleto, y se señalan disfunciones, como la falta de especialización de los juzgados, la multiplicación de órganos con idéntica competencia en cada partido judicial y las cargas de trabajo desiguales. Por ello, el legislador justifica una profunda reforma orientada a modernizar la justicia, mejorar su accesibilidad y adaptarla a los desafíos de una sociedad digital.

Uno de los ejes vertebradores de la LO 1/2025 es la reorganización de la planta judicial para una mayor eficiencia organizativa. Se sustituyen los tradicionales juzgados unipersonales por Tribunales de Instancia colegiados desde el punto de vista organizativo, lo que busca solventar problemas como la falta de especialización o la duplicidad de órganos por partido judicial.

Así pues, se producirá una reorganización de más de 3.900 juzgados unipersonales, que se transformarán en 431 Tribunales de Instancia, con la expectativa de favorecer la especialización, la unificación de criterios y un mayor equilibrio en el reparto de asuntos⁴. De este modo, en cada partido judicial existirá un Tribunal de Instancia que concentrará a todos los jueces de ese partido. Por regla general, cada Tribunal de Instancia contará con una Sección Única (competente en materia civil y, en su caso, en instrucción penal), si bien en los partidos de mayor volumen podrán crearse secciones especializadas –por ejemplo, de Familia, de lo Mercantil, de Violencia sobre la Mujer, etc.– para atender áreas específicas⁵. Cada Tribunal de Instancia contará con una Presidencia y, en determinados partidos judiciales, las secciones también contarán con una Presidencia.

Adicionalmente, la LO 1/2025 prevé la creación de un Tribunal Central de Instancia con jurisdicción en todo el territorio nacional, integrado por secciones especializadas (Instrucción, Penal, Menores, Vigilancia Penitenciaria y Contencioso-Administrativo). Este Tribunal Central asumirá

3 La transposición de la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020, fue finalmente excluida del texto de la LO 1/2025 debido a la falta de consenso en aspectos clave, como el sistema de adhesión *opt-in/opt-out* o la financiación de litigios por terceros.

4 Ministerio de Justicia, nota de prensa de 7 de marzo de 2025: "El ministerio publica las plantillas de la nueva estructura judicial creada por la Ley de Eficiencia". Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/institucional/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/plantillas-eficiencia> (última consulta realizada el 28 de marzo de 2025).

5 Modificación del art. 84 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

funciones en materias que trascienden el ámbito de un solo territorio, reforzando la especialización a nivel nacional.

Unida a la reorganización de la planta judicial está la reforma de los servicios de tramitación judicial. La implantación de los Tribunales de Instancia irá de la mano de la creación de la Oficina judicial por cada partido judicial, que funcionará como una única organización para dar soporte y asistencia a los tribunales. Además, la LO 1/2025 pretende acercar y mejorar los servicios judiciales en áreas rurales mediante la implantación de Oficinas de Justicia en todos los municipios donde no radique la sede de un Tribunal de Instancia, es decir, localidades que antes contaban con Juzgados de Paz. Las nuevas Oficinas de Justicia en los municipios sustituyen así a los Juzgados de Paz y amplían sus competencias y servicios, permitiendo realizar determinados trámites procesales por medios telemáticos y ofreciendo un mejor acceso al ciudadano en entornos rurales.

En cuanto al régimen transitorio para la implantación de esta nueva estructura judicial, la LO 1/2025 establece una puesta en marcha escalonada. De esta manera, la efectiva constitución de los tribunales de instancia se prevé de forma progresiva en varias fases a lo largo del año 2025. En concreto, la disposición transitoria primera fija tres hitos: i) constitución de los nuevos Tribunales de Instancia el 1 de julio de 2025 en una primera tanda de partidos judiciales; ii) una segunda el 1 de octubre de 2025; y iii) la última antes del 31 de diciembre de 2025. Este calendario escalonado pretende otorgar el tiempo necesario para adaptar la organización (por ejemplo, aprobar desarrollos reglamentarios, redistribuir personal y medios materiales, etc.) antes de la plena operatividad del nuevo modelo. En paralelo, la transición conlleva la creación de Oficinas judiciales integradas con los Tribunales de Instancia, lo cual implica reorganizar al personal (que, en muchos casos es dependiente de las distintas comunidades autónomas) bajo un esquema unificado.

Con todo ello, la reforma organizativa operada por la LO 1/2025 supone una transformación sin precedentes en la estructura judicial, encaminada a dotarla de mayor coherencia, especialización y eficiencia en el servicio público de Justicia.

III. Medidas en materia de eficiencia procesal en el proceso civil

Junto con la reorganización de la Administración de Justicia, la LO 1/2025 introduce importantes reformas en el ámbito procesal con el fin de agilizar los procedimientos y reducir la litigiosidad. A los efectos de este artículo, nos centraremos en las modificaciones introducidas en el proceso civil en el título segundo de la norma.

En este contexto, como ya se ha señalado, la reforma del proceso civil ya se había iniciado mediante la adopción de algunas medidas urgentes a finales de 2023 mediante el RDL 6/2023, que incluyó, entre otras novedades, el procedimiento testigo en materia de condiciones generales de la contratación y elevó de 6.000 a 15.000 euros el umbral del juicio verbal por razón de la cuantía.

Con las reformas implementadas se pretende conseguir una mayor eficiencia y agilidad en la tramitación de los procedimientos mediante dos vías principales: i) el favorecimiento de la resolución de controversias mediante medios no jurisdiccionales; y ii) aliviar la carga de los órganos judiciales mediante una tramitación sencilla y ágil de los asuntos de menor entidad.

No obstante, la implementación de los requisitos y medidas adoptados por la LO 1/2025 supondrá un desafío para todos los operadores jurídicos y para la propia Administración. Ante la incertidumbre que genera su puesta en práctica, algunos cuerpos colegiados, como el Ilustre Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia ("**LAJ**"), los jueces de familia de Madrid capital, los LAJ de los Juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil del partido judicial de Zaragoza o los LAJ de Barcelona capital y provincia han adoptado ya propuestas para la unificación de criterios en la implementación de los requisitos establecidos por la LO 1/2025⁶.

A continuación, se exponen las principales medidas de agilización procesal introducidas por la LO 1/2025 en el ámbito jurisdiccional civil, así como los criterios de unificación que se han publicado hasta la fecha para orientar a los operadores jurídicos en su aplicación.

1. Medios adecuados de solución de controversias ("**MASC**") como requisito de procedibilidad

Una de las principales novedades de la LO 1/2025 en el ámbito civil es la promoción obligatoria de los medios adecuados de solución de controversias ("**MASC**") como requisito de procedibilidad antes de acudir al proceso judicial⁷. Es decir, salvo excepciones expresamente contempladas, no se podrá litigar ante los tribunales civiles sin haber intentado primero una vía negociadora o de resolución extrajudicial del conflicto. Esta actividad negociadora deberá acreditarse debidamente para que la demanda sea admitida a trámite.

1.1. Ámbito de aplicación

La LO 1/2025 define los MASC, en sentido amplio, como:

[...] cualquier tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes [...] a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral

Es decir, abarca cualquier mecanismo de arreglo voluntario, autocompositivo o heterocompositivo, distinto del proceso jurisdiccional, en el que las partes tratan de alcanzar un acuerdo con o sin ayuda de un facilitador imparcial.

Con carácter general, el art. 5.2 de la LO 1/2025 dispone que, para poder interponer una demanda civil, es requisito imprescindible haber acudido previamente a algún MASC. La falta de cumplimiento de este requisito conlleva la inadmisión de la demanda. Esta previsión introduce en nuestro proceso civil un filtro de procedibilidad similar al que ya existía en algunos casos en la jurisdicción laboral o al existente en otros ordenamientos (por ejemplo, sistemas de *mandatory mediation*⁸), con el objetivo de reducir la litigiosidad y fomentar que ciertos conflictos se resuelvan por vías no jurisdiccionales.

6 El Consejo General de la Abogacía Española ha recopilado estas propuestas en su sitio web, al que se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://www.abogacia.es/conocenos/consejo-general/normativa-profesional/acuerdos-y-sentencias-judiciales-lo-1-2025/> (última consulta realizada el 3 de abril de 2025).

7 Según la exposición de motivos de la LO 1/2025, esta propuesta ya está consolidada en derecho comparado y se inspira en los mecanismos existentes en otros órdenes jurisdiccionales (como el orden social). El objetivo, explica la exposición de motivos, es "potenciar la negociación entre las partes, directamente o ante un tercero neutral, partiendo de la base de que estos medios reducen el conflicto social, evitan la sobrecarga de los tribunales y pueden ser igualmente adecuados para la solución de la inmensa mayoría de las controversias en materia civil y mercantil".

8 Por ejemplo, en Inglaterra y Gales, desde el 22 de mayo de 2024 es obligatorio someter a mediación las controversias que

El ámbito de aplicación de esta exigencia se circunscribe a los asuntos civiles y mercantiles, incluidos los de carácter transfronterizo. Quedan expresamente excluidos del ámbito de aplicación de los MASC los conflictos sobre: i) materias que no sean disponibles para las partes y conflictos excluidos de la mediación conforme al art. 89.9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial ("**LOPJ**"); ii) los asuntos de índole laboral, penal o concursal; y iii) cualquier litigio en que alguna de las partes sea una entidad del sector público⁹.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 de la LO 1/2025, en el orden jurisdiccional civil, con carácter general, se exigirá acudir a una negociación como requisito de procedibilidad para todos los procesos declarativos del libro II y en los procesos especiales del libro IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ("**LEC**"). Su apartado 2 excluye, no obstante, algunos procesos especiales del libro IV, como los siguientes:

- i) los procesos civiles para la tutela de derechos fundamentales;
- ii) asuntos de estado civil y familia, como los de filiación, paternidad y maternidad;
- iii) los procedimientos relativos a menores o personas con discapacidad;
- iv) la tutela sumaria de la tenencia o posesión de una cosa¹⁰;
- v) pretensión igualmente sumaria de demoliciones o derribos de obra en estado de ruina o que amenacen con causar daños; o
- vi) el juicio cambiario.

Por su parte, el art. 5.3 especifica que algunos tipos de solicitudes o tutela pretendida también recaen fuera del ámbito del requisito de acudir a MASC:

- i) Cuando se pretenda interponer directamente una demanda ejecutiva;
- ii) solicitud de medidas cautelares previas a la demanda;
- iii) solicitud de diligencias preliminares;
- iv) iniciación de expedientes de jurisdicción voluntaria, con la excepción de los expedientes de intervención judicial en casos de desacuerdo conyugal o en el ejercicio de la patria potestad y en la administración de bienes gananciales; o
- v) solicitud de un proceso monitorio europeo o proceso europeo de escasa cuantía¹¹.

Por su parte, los criterios de actuación adoptados por el Ilustre Colegio Nacional de LAJ aclaran que no será necesario cumplir con el requisito de procedibilidad en los casos de las demandas reconconvencionales, ni en los litisconsorcios pasivos en procedimientos monitorios. Todo ello con base en el principio de economía procesal, toda vez que el procedimiento ya se encuentra en curso¹². No se aclara, sin embargo, si en el resto de

tengan asociada una reclamación de cuantía menor de 10.000 libras. Vid. BOGDA, M., "Mandatory Mediation in England and Wales: A Paradigm Shift in Dispute Resolution", en *Journal of Dispute Resolution*, 2024.

9 LO 1/2025, arts. 3 y 4.

10 Nótese que el art. 5, pese a referirse la norma a las acciones de tutela sumaria de la posesión, no incluye el procedimiento de desahucio. Sin perjuicio de lo anterior, los criterios de actuación adoptados por el Ilustre Colegio Nacional de LAJ han aclarado que en los procedimientos de desahucio por ocupación en precario o acciones de tutela de posesión no resultará exigible acudir a un MASC, debido a la imposibilidad práctica de identificar o localizar al requerido, lo que impondría una carga desproporcionada al demandante.

11 Sin embargo, el proceso monitorio previsto en los arts. 812 a 818 de la LEC sí está incluido en el ámbito de aplicación. Así lo han confirmado los criterios publicados por la Junta Sectorial de Jueces de Primera Instancia de Granada, de 28 de marzo de 2025, y los criterios de los LAJ de Barcelona, al referirse a que no resultará exigible recurrir a un MASC cuando se interponga una demanda de procedimiento ordinario por oposición en el procedimiento monitorio (puesto que entienden que ya se ha debido cumplir dicha exigencia con carácter previo a la solicitud del monitorio).

12 Así lo ha aclarado la propuesta de unificación de criterios del Ilustre Colegio Nacional de LAJ ("Propuesta del Ilustre

los casos en los que procediera un litisconsorcio pasivo necesario se requiere acudir previamente a un MASC, a pesar de que el proceso judicial también se encuentre iniciado.

Finalmente, y de forma relevante, el acta de la Junta de Jueces de Primera Instancia de Logroño señala que, entre otros procesos, no exigirán el cumplimiento del requisito de negociación previa en las solicitudes de *exequatur*¹³.

Como puede observarse, aunque varias de estas propuestas muestran consenso sobre algunas cuestiones, no parece existir un criterio homogéneo, por lo que habrá que atender a la práctica que propone cada uno de los órganos judiciales hasta que se unifique definitivamente el criterio en todos ellos.

1.2. Tipología de los MASC reconocidos

Fuera de los supuestos expuestos en el apartado anterior, excluidos del ámbito de aplicación de la obligatoriedad de los MASC previsto por la LO 1/2025, la norma parte de la premisa de que las partes son libres de disponer de sus derechos e intereses a través de los MASC, siempre que lo acordado no sea contrario a la ley, la buena fe o el orden público.

La LO 1/2025 enumera y regula específicamente varios MASC, incorporando algunas figuras novedosas junto a otras ya conocidas. En particular, se contemplan los siguientes tipos principales de MASC:

- i) Mediación: según se regula en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, en su caso, en la legislación autonómica que resulte de aplicación¹⁴.
- ii) Conciliación privada: mecanismo por el cual se requiere a una persona neutral (conciliador) para que dirija una negociación entre las partes tendente a lograr un acuerdo. El conciliador, a diferencia del mediador, puede proponer soluciones concretas al conflicto e invitar a las partes a considerar fórmulas de arreglo¹⁵.

Algunos órganos judiciales –por ejemplo, el Tribunal de Instancia de Barcelona– han sugerido la creación de un servicio de conciliaciones dentro del propio órgano, que cuente con LAJ especializados y con la formación adecuada para realizar una negociación previa cuando se implementen los Tribunales de Instancia¹⁶. De

Colegio Nacional de LAJ de unificación de criterios sobre la incidencia de los MASC en la jurisdicción civil"). Disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2025/04/Propuesta-unificacion-de-criterios-MASC-LO-1-25-CEI-CNLAJ.pdf> (última consulta realizada el 3 de abril de 2025).

En relación con la no inclusión de las demandas reconvencionales dentro del ámbito de aplicación de la norma, véase también la propuesta de unificación de actuación de los LAJ de Barcelona ante la introducción del requisito de procedibilidad de la LO 1/2025 (medio adecuado de resolución de controversias, MASC), adoptada en el fórum celebrado los días 20 y 21 de marzo de 2025 ("Propuesta de unificación de actuación de los LAJ de Barcelona"). Disponible en: <https://newsletter.icpb.es/uploads/Annex%20av%C3%ADs%2064%20CONCLUSIONES%20F%C3%93RUM%20MASC%20LAJ%20BARCELONA.pdf> (última consulta realizada el 31 de marzo de 2025).

13 Acta de la Junta de Jueces de Primera Instancia de los Juzgados de Logroño de 1 de abril de 2025, apartado 10.

14 LO 1/2025, art. 14.

15 *Ibid.*, arts. 15 y 16.

16 Propuesta de unificación de actuación de los LAJ de Barcelona.

turnarse posteriormente la demanda ante el mismo LAJ que celebró la conciliación, este deberá abstenerse de conocer el procedimiento. Igualmente, se admite la conciliación privada ante profesionales colegiados (abogados, procuradores, graduados sociales, economistas, notarios o registradores)¹⁷.

- iii) Oferta vinculante confidencial: consiste en una oferta de arreglo formal que una parte realiza a la otra de forma confidencial, obligándose a cumplirla si la contraparte la acepta en sus términos¹⁸. Según establece la Propuesta de Criterios del Ilustre Colegio Nacional de LAJ, la oferta vinculante podrá ser revocada por el oferente antes de su aceptación por la otra parte, y su rechazo expreso o el silencio tras un plazo de 30 días se considerarán suficientes para acreditar el cumplimiento del requisito de MASC¹⁹.
- iv) Opinión de persona experta independiente: las partes, de común acuerdo, pueden solicitar a un profesional experto que emita una opinión no vinculante sobre la cuestión objeto de la disputa. El experto debe ser cualificado y objetivo, y su dictamen sirve de orientación técnica. Este dictamen, aunque no obligue a las partes, puede facilitar un entendimiento, al dar una perspectiva neutral²⁰.
- v) Derecho colaborativo: se trata de un proceso negociador estructurado en el que los abogados de las partes y, en su caso, una tercera persona neutral, tratan de facilitar y buscar una solución consensuada. Los profesionales intervinientes en este proceso renuncian a representarlas en juicio si la negociación fracasa²¹.
- vi) La negociación directa entre las partes o a través de sus abogados²².

Además de estas modalidades expresamente reguladas, la LO 1/2025 entenderá cumplido el requisito de procedibilidad si las partes han acudido a “cualquier otro” medio adecuado previsto en normas especiales. Es decir, el catálogo queda abierto y engloba también instituciones ya existentes –por ejemplo, el arbitraje de consumo– u otras fórmulas que las partes puedan elegir. De esta manera, la ley dota de un marco amplio y flexible a los MASC, reflejando la intención de integrar la cultura del acuerdo en el sistema de justicia civil.

1.3. La negociación previa como requisito de procedibilidad

La iniciativa de acudir a un MASC para resolver la controversia puede proceder de cualquiera de las partes, de ambas de mutuo acuerdo, o por derivación del LAJ o del juez para acudir a alguno de estos medios de negociación previa²³. En caso de que exista discrepancia entre las partes sobre qué medio de resolución de controversias escoger,

17 *Ibid.*

18 LO 1/2025, art. 17.

19 “Propuesta del Ilustre Colegio Nacional de LAJ de unificación de criterios sobre la incidencia de los MASC en la jurisdicción civil” (2 de abril de 2025), apartado 22. En sentido similar, los criterios orientativos de los jueces de familia de Madrid capital.

20 LO 1/2025, art. 18.

21 *Ibid.*, art. 19.

22 *Ibid.*, art. 14.1.

23 *Ibid.*, art. 5.4.

el art. 5.4 de la LO 1/2025 establece que prevalecerá el que se haya propuesto primero en el tiempo.

Para que se dé por cumplido este requisito de procedibilidad, deberá existir una identidad entre el objeto de la negociación extrajudicial previa y el objeto del proceso civil, aunque las pretensiones ejercitadas en vía judicial puedan variar²⁴. También se entiende que deberá existir identidad subjetiva entre los sujetos que han intervenido en el MASC y los que intervienen en el proceso contencioso posterior.

De esta manera, como reconocen algunas de las propuestas de unificación de criterios²⁵, el control de legalidad por parte del LAJ de la negociación previa como requisito de procedibilidad exigirá una valoración de la conducta de las partes previa al inicio del procedimiento, y deberá examinarse con base en lo que se disponga y se acredite en la demanda. En concreto, el control de identidad del objeto se valorará de forma general de acuerdo con la descripción que la parte actora realice de él en la demanda²⁶.

En los casos en los que la parte actora haya tratado de acudir a una actividad negociadora previa de buena fe, pero le haya resultado imposible por desconocer el domicilio del demandado o por no haber obtenido respuesta, la parte actora deberá presentar una declaración responsable que detalle los esfuerzos realizados de buena fe para intentar identificar al requerido²⁷. La propuesta de unificación de criterios del Ilustre Colegio Nacional de LAJ entiende que esta declaración responsable deberá acompañarse de pruebas mínimas que acrediten el intento de averiguación del domicilio, por ejemplo, denuncias policiales, actas notariales o certificados registrales²⁸. Lo mismo proponen los criterios orientativos de los jueces de familia de Madrid capital, al advertir que el no haber desplegado una mínima diligencia probatoria a los efectos de averiguar el domicilio del demandado y alegar después en el proceso judicial la imposibilidad de cumplimiento del requisito de procedibilidad podría considerarse mala fe o abuso del servicio público de justicia²⁹.

Los criterios publicados por los organismos mencionados coinciden en que la omisión del intento previo de MASC antes de presentar la demanda constituye un defecto procesal insubsanable, que supondrá la inadmisión automática de la demanda. Algunos de estos criterios fundamentan esta consecuencia jurídica en el carácter de este requisito como una institución de orden público³⁰.

Los criterios publicados por los jueces de familia de Madrid capital entienden, no obstante, que la falta de cumplimiento del MASC previo en los casos en los que la actora alegue imposibilidad de hacerlo a causa del desconocimiento del domicilio de la parte demandada no dará lugar, en ningún caso, a la nulidad de las actuaciones, sino a la

24 Ibid., art. 5.1.

25 Por ejemplo, así consta en la “Propuesta de unificación de actuación de los LAJ” de Barcelona.

26 Ello se debe a que, como se expondrá a continuación, el contenido de las negociaciones son confidenciales y, salvo las excepciones previstas en la propia LO 1/2025, no podrán ser aportadas por las partes.

27 Apartado 4.º del art. 264 de la LEC, introducido por la LO 1/2025.

28 “Propuesta del Ilustre Colegio Nacional de LAJ de unificación de criterios sobre la incidencia de los MASC en la jurisdicción civil” (2 de abril de 2025), apartado 26.

29 Criterios orientativos de los jueces de familia de Madrid capital, apartado 3.º.

30 En este sentido, véase la “Propuesta del Ilustre Colegio Nacional de LAJ de unificación de criterios sobre la incidencia de los MASC en la jurisdicción civil” (2 de abril de 2025), apartado 8.

aplicación de las disposiciones de la LEC para los casos de conculcación de las reglas de la buena fe o como parte de la valoración del abuso del servicio público de justicia conforme a lo dispuesto en los arts. 247.3 y 4, y, en su caso, 245, 394 y 395 de la LEC³¹. A tales efectos, entienden estos criterios orientativos que parece aconsejable que el decreto de admisión a trámite de la demanda incorpore un apercibimiento a la demandante de las graves consecuencias que podría conllevar la inexactitud de los hechos aducidos en la declaración responsable presentada junto con el escrito de demanda. Ello, argumentan, daría la oportunidad a la parte actora de desistir de la demanda presentada y acudir al MASC antes de que sea emplazado el demandado cuyo domicilio se hubiera averiguado fácilmente por el Juzgado.

1.4. Forma de acreditación y término del intento de MASC

La LO 1/2025 exige la acreditación con la demanda de la utilización de un MASC en los casos en los que sea obligatorio y detalla el modo en que las partes deben acreditar el cumplimiento de dicho requisito de procedibilidad. Mientras que, como hemos visto en el anterior apartado, la falta de cumplimiento del requisito de procedibilidad es insubsanable –y, por tanto, lleva a la inadmisión de la demanda–, la falta de acreditación –o la acreditación insuficiente– de su cumplimiento es un defecto subsanable conforme a lo previsto en el art. 231 de la LEC. Así lo han interpretado las diferentes propuestas de unificación de criterios publicadas hasta la fecha³².

Es relevante señalar que, a los efectos de acreditación, deberá probarse el intento de acudir a la negociación previa y no el contenido de esta. Así se deduce de lo dispuesto en el art. 9.1 de la LO 1/2025, que establece que “[e]l proceso de negociación y la documentación utilizada en el mismo son confidenciales, salvo la información relativa a si las partes acudieron o no al intento de negociación previa y al objeto de la controversia”³³.

Con el fin de ofrecer orientación acerca de la forma de cumplir con el requisito de procedibilidad, el Ministerio de Justicia habilitará una plataforma denominada “Punto de interoperabilidad de los MASC”³⁴. Por su parte, el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (“ICAM”) ya ha publicado un modelo normalizado para acreditar ante los tribunales que se ha intentado acudir a un MASC³⁵.

La acreditación documental variará según si ha intervenido o no un tercero neutral en el proceso de MASC:

- i) Si no interviene tercero neutral (por ejemplo, porque se hayan dado negociaciones directas entre las partes), la parte demandante podrá acreditarlo mediante

31 Criterios orientativos de los jueces de familia de Madrid capital, apartado 3.º.

32 Véanse, por ejemplo, los criterios orientativos de los jueces de familia de Madrid capital, apartado 2.º, la “Propuesta de unificación de actuación de los LAJ de Barcelona” o la “Propuesta del Ilustre Colegio Nacional de LAJ de unificación de criterios sobre la incidencia de los MASC en la jurisdicción civil” (2 de abril de 2025), apartado 10.

33 Como veremos con posterioridad, esta confidencialidad existirá hasta el trámite de la impugnación de la tasación de costas (art. 245.5 de la LEC), según ha quedado modificado por la LO 1/2025.

34 Información disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/gl/servicio-justicia/proyectos-transformacion/foro-transformacion/innovacion-mejora-servicio-publico-justicia/masc#> (última consulta realizada el 3 de abril de 2025).

35 Disponible en: <https://web.icam.es/ley-de-eficiencia-del-servicio-publico-de-justicia/> (última consulta realizada el 3 de abril de 2025).

un documento firmado por ambas partes que refleje el intento de negociación. Alternativamente, bastará cualquier documento que pruebe que la otra parte recibió la solicitud de iniciar negociaciones o la propuesta de acuerdo correspondiente. Esto podría ser, por ejemplo, el acuse de recibo de una carta o burofax enviado a la contraparte invitándola a negociar, aunque esta no haya respondido. A estos efectos, las propuestas de unificación de criterios publicadas difieren en cuanto a qué medio de acreditación se entiende adecuado. Así, en su mayoría se consideran medios adecuados de acreditación el burofax, el correo electrónico certificado (buromail), el correo electrónico ordinario certificado, el correo electrónico que haga constar la recepción y el contenido de lo enviado, el acta de requerimiento notarial o cualquier otro medio que las partes hayan pactado para sus comunicaciones³⁶. Por su parte, entienden que no serán válidos como medio de acreditación los mensajes de teléfono, SMS o WhatsApp³⁷.

- ii) Si interviene una persona neutral (mediador, conciliador, árbitro, etc.), dicho tercero deberá expedir, a petición de cualquiera de las partes, un certificado en el que haga constar determinadas circunstancias del intento de MASC. En ese documento, el facilitador neutral indicará, entre otros extremos, las fechas y actuaciones realizadas y si se produjo la incomparecencia de alguna parte o la negativa de esta a participar, lo que acreditaría la frustración del intento por causa imputable a ella.

Por otro lado, la ley determina los supuestos en que se entiende concluido el proceso de negociación sin acuerdo (y, por tanto, cumplido el requisito de intentarlo). Conforme al art. 7.4 de la LO 1/2025, se considerará cumplido el requisito de MASC y terminada la etapa negociadora sin éxito cuando ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

- i) Que hayan transcurrido 30 días naturales desde la recepción por la otra parte de la solicitud inicial de negociación sin que se haya celebrado la primera reunión o contacto ni se obtenga respuesta escrita a dicha solicitud. A estos efectos, la propuesta de unificación de criterios del Ilustre Colegio Nacional de LAJ entiende que debe exigirse un esfuerzo razonable al demandante de haber tratado de contactar con la parte requerida. En concreto, se presumirá que el requisito de procedibilidad queda cumplido si el demandante realiza al menos dos intentos documentados de contacto mediante medios distintos, salvo que el requerido demuestre lo contrario con prueba sólida. Ello también garantiza el acceso a la justicia de la parte demandante para no quedar supeditada a la respuesta o a la voluntad de colaboración de la parte requerida³⁸.

36 "Propuesta de unificación de actuación de los LAJ de Barcelona" y "Acta de la Junta Sectorial de LAJ de los juzgados de primera instancia y de lo mercantil de Zaragoza". Véase, por su parte, la "Propuesta del Ilustre Colegio Nacional de LAJ de unificación de criterios sobre la incidencia de los MASC en la jurisdicción civil" (2 de abril de 2025), en la que consideran medios aceptables el burofax, el requerimiento notarial o el correo certificado con acuse de recibo (apartado 12), y aclaran en su apartado 15 que el correo electrónico "se considera un medio válido para acreditar el intento de MASC siempre que las partes lo hayan pactado previamente como canal habitual de comunicación o lo hayan utilizado de manera reiterada, con un mínimo de tres intercambios en los seis meses anteriores al conflicto". Obsérvese, sin embargo, que el Acta de la Junta de Jueces de Primera Instancia de los Juzgados de Logroño, de 1 de abril de 2025, indica que no será admitido el correo ordinario o mail certificado para acreditar el cumplimiento del requisito.

37 "Propuesta de unificación de actuación de los LAJ de Barcelona", "Junta Sectorial de Jueces de los Juzgados Mixtos de Zamora" y "Acta de la Junta de Jueces de Primera Instancia de los Juzgados de Logroño", de 1 de abril de 2025.

38 "Propuesta del Ilustre Colegio Nacional de LAJ de unificación de criterios sobre la incidencia de los MASC en la jurisdicción civil" (2 de abril de 2025), apartados 13 y 14.

- ii) Que, una vez iniciada la actividad negociadora, pasen 30 días desde que una de las partes hiciera una propuesta concreta de acuerdo sin alcanzarse un acuerdo ni obtener respuesta escrita por la otra parte.
- iii) Que transcurran tres meses desde la fecha de la primera reunión entre las partes sin que se hubiera logrado un acuerdo definitivo. Este plazo de tres meses opera como duración máxima del intento de MASC, salvo que las partes, de mutuo acuerdo, decidan continuar negociando más allá de dicho término (en cuyo caso, prevalece la voluntad negociadora y se puede extender el plazo).
- iv) Que una de las partes comunique fehacientemente a la otra que da por concluido el proceso de negociación. Esta comunicación escrita (por ejemplo, vía burofax o medio equivalente) pone fin inmediato al intento de MASC desde la fecha en que se notifica a la contraparte.

Si concurre cualquiera de estas condiciones, se entiende que el intento de solución amistosa ha finalizado sin acuerdo, lo que habilita a la parte a acudir al proceso judicial. En consecuencia, la demanda deberá hacer constar la realización de ese intento y su ineficacia, y deberá adjuntar los documentos antes mencionados como prueba. De lo contrario, el LAJ no admitirá a trámite la demanda, por falta del presupuesto de procedibilidad³⁹.

Por su parte, en litigios que involucren a consumidores o usuarios como demandantes, la LO 1/2025 flexibiliza el cumplimiento del requisito de MASC⁴⁰. En estos casos, se considera satisfecho el requisito simplemente con haber formulado una reclamación extrajudicial previa dirigida al empresario o profesional con quien contrataron, si dicha reclamación no fue atendida en el plazo legal o su respuesta no resultó satisfactoria. Es decir, basta la queja o reclamación previa del consumidor ante la empresa (vía atención al cliente, servicios de reclamaciones, etc.), sin necesidad de desplegar otro MASC adicional, siempre que aquella no resolviese el problema.

1.5. Efectos de la apertura de la negociación, del acuerdo logrado y conexión con el proceso judicial

La LO 1/2025 prevé los efectos jurídicos de la negociación y del eventual acuerdo alcanzado por la vía extrajudicial.

De un lado, el art. 7 de la LO 1/2025 prevé que la solicitud de una de las partes a la otra para iniciar un MASC sobre el objeto de la controversia interrumpirá la prescripción o suspenderá los plazos de caducidad de las acciones desde la fecha en que conste el intento de comunicación. Dicha interrupción de la prescripción o suspensión de la caducidad se prolongará hasta la firma del acuerdo o hasta la terminación del proceso de negociación sin acuerdo. En caso de haber intentado la comunicación y no obtener

³⁹ LO 1/2025, art. 7.4.

⁴⁰ *Ibid.*, Disposición adicional séptima: "En los litigios en que se ejerciten acciones individuales promovidas por consumidores o usuarios, se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad por la reclamación extrajudicial previa a la empresa o profesional con el que hubieran contratado, sin haber obtenido una respuesta en el plazo establecido por la legislación especial aplicable, o cuando la misma no sea satisfactoria, y sin perjuicio de que puedan acudir a cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias, tanto los previstos en legislación especial en materia de consumo, como los generales previstos en la presente ley."

respuesta –o bien, en caso de que no se haya llegado a mantener una primera reunión de negociación o no se haya obtenido respuesta a una propuesta de acuerdo concreta en el seno de la negociación–, el cómputo de los plazos se reiniciará o se reanudará en el plazo de 30 días naturales desde la fecha de recepción de la comunicación –o desde la fecha de intento de la comunicación, si la recepción no se produce–.

Por su parte, el art. 13 de esta norma dispone que, si las partes llegan a un acuerdo en el marco de un MASC, este será vinculante para ellas y desplegará efectos de cosa juzgada, impidiendo que posteriormente puedan presentar una demanda sobre el mismo objeto. El acuerdo únicamente sería impugnabile por vía de una acción de nulidad por las causas generales de nulidad contractual.

Si el acuerdo alcanzado fuese parcial, es decir, que las partes solo resuelven extrajudicialmente una parte de sus pretensiones, pero mantienen discrepancias en otras, entonces podrán acudir a la vía judicial únicamente por los extremos pendientes de resolver.

Para dotar de eficacia ejecutiva a los acuerdos logrados vía MASC, la LO 1/2025 prevé, además, mecanismos de formalización⁴¹. Las partes pueden elevar el acuerdo a escritura pública ante notario o solicitar su homologación judicial si la ley exige forma solemne o si el MASC se inició por derivación judicial.

1.6. Confidencialidad

El art. 9 de la LO 1/2025 establece la confidencialidad como principio rector de los MASC. De este modo, el contenido del proceso de negociación y la documentación empleada en el mismo tendrán carácter confidencial como norma general. Dicha obligación de confidencialidad se extiende a las partes, a los letrados intervinientes y, en su caso, a la tercera persona neutral. Las negociaciones mantenidas quedarán sujetas al secreto profesional y la información que se haya podido obtener en el curso de estas negociaciones no podrá ser revelada. Así pues, el uso de los datos sobre el contenido y la información derivada de las negociaciones en el proceso judicial queda restringido.

De acuerdo con lo anterior, a la hora de evaluar el intento de MASC previo, el órgano judicial deberá limitarse a verificar su existencia formal, fechas y medios empleados, la respuesta del requerido y su eventual coincidencia con la sentencia dictada, de acuerdo con los criterios del Ilustre Colegio Nacional de LAJ⁴². El Juez no podrá indagar en los detalles sustantivos o el contenido de las negociaciones previas.

La norma general de confidencialidad puede levantarse excepcionalmente en los siguientes supuestos contemplados en el art. 9.2 de la LO 1/2025:

- i) cuando todas las partes hayan pactado de manera expresa y por escrito la dispensa de dicha obligación;

⁴¹ *Ibid.*, art. 13.2.

⁴² Propuesta del Ilustre Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia de unificación de criterios sobre la incidencia de los MASC en la jurisdicción civil (2 de abril de 2025), apartado 19. Aclara el Acta de la Junta de Jueces de Primera Instancia de los Juzgados de Logroño, de 1 de abril de 2025, que esta obligación de confidencialidad es compatible con la obligación de acreditar la solicitud, propuesta inicial o invitación a negociar y la definición de su objeto.

- ii) cuando se esté tramitando la impugnación de la tasación de costas y la solicitud de exoneración o moderación de las mismas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 245 de la LEC y según examinaremos en el siguiente apartado;
- iii) cuando así lo solicite un Juez del orden jurisdiccional penal; o
- iv) cuando sea necesario por razones de orden público, en particular, con el fin de proteger el interés superior del menor o de prevenir daños a la integridad física o psicológica de una persona.

Salvo en los supuestos mencionados, no se admitirá ninguna prueba aportada en el seno del proceso judicial que se refiera a información confidencial derivada de las negociaciones previas, por aplicación de lo dispuesto en el art. 283.3 de la LEC.

1.7. Incidencia de los MASC en el régimen de costas: el abuso del servicio público de justicia

Como complemento a la introducción de los MASC obligatorios, la LO 1/2025 modifica el régimen de costas procesales en aras de incentivar conductas procesales diligentes y desalentar la litigación innecesaria. La ley incorpora la noción de “abuso del servicio público de justicia” como nuevo criterio que deben considerar los tribunales al imponer y tasar las costas.

Este concepto se refiere, básicamente, a los supuestos en que una parte hace un uso indebido o irresponsable del recurso a los tribunales, afectando a la sostenibilidad del sistema judicial. Si bien este concepto deberá definirse jurisprudencialmente, la exposición de motivos de la LO 1/2025 señala ejemplos de lo que puede constituir abuso: i) utilizar de manera irresponsable la jurisdicción cuando hubiera sido factible una solución consensuada; o ii) plantear pretensiones manifiestamente infundadas o temerarias. La LO 1/2025 reconoce que este concepto puede presentar elementos relacionados con la temeridad o mala fe procesal, y que serán los tribunales los que deban perfilar la aplicación de este concepto en la práctica.

De este modo, el abuso del servicio público de justicia opera como una excepción al criterio general del vencimiento objetivo. Así, la nueva redacción del art. 394 de la LEC permite al tribunal:

- i) en caso de estimación total de la demanda, podrá no realizar pronunciamiento sobre costas en favor de la parte vencedora en caso de que esta hubiera rehusado expresamente –o a través de actos concluyentes– y sin justa causa participar en el MASC al que hubiera sido convocada, siendo este preceptivo; y
- ii) en caso de estimación parcial de la demanda, podrá condenar en costas a la parte que se hubiera negado injustificadamente a acudir a un MASC cuando este fuera obligatorio.

De igual modo, la norma faculta al tribunal a moderar o incluso denegar la condena en costas a favor de quien, habiéndosele ofrecido una solución razonable por vía de un MASC, la rechazó sin motivo y finalmente obtuvo en juicio un resultado sustancialmente idéntico a lo propuesto. Este trámite de moderación queda recogido en el art. 245.5

de la LEC tras su modificación y con la introducción del artículo 245 *bis* de la LEC. Así, en el trámite de impugnación de la condena en costas, si una parte formuló una oferta de acuerdo en la negociación previa y la contraparte la rechazó, y posteriormente la sentencia recaída en el proceso es sustancialmente coincidente con el contenido de la propuesta de acuerdo, el juez puede decidir exonerar del pago de las costas a la parte vencida que rechazó el acuerdo o moderarlas.

Lo anterior implica, como adelantábamos, establecer límites a la obligación general de confidencialidad y protección de datos en los procesos de negociación en la tramitación del incidente de impugnación de la tasación de costas y la solicitud de exoneración o moderación de las mismas, como dispone el art. 9.2 de la LO 1/2025. En este trámite, las partes podrán aportar la documentación derivada del proceso de negociación a los solos fines de evaluar el posible abuso del servicio público de justicia.

Por último, la LO 1/2025 modifica también el régimen de costas dispuesto en el art. 395 de la LEC, en el sentido de prever el impacto que el allanamiento del demandado tiene sobre las costas del proceso. Así, se dispone que si el demandado se allana antes de contestar a la demanda, no procederá la imposición de costas, salvo apreciación de mala fe o de abuso del servicio público de justicia, entendiendo que existe tal abuso cuando hubiese sido requerido fehacientemente para acudir a un MASC y hubiera rechazado el acuerdo ofrecido o la participación en el MASC. En caso de que la parte demandada no hubiera acudido al MASC sin justa causa (cuando este fuera obligatorio) y se allanase a la demanda con carácter posterior, el apartado 3 del art. 395 establece que se le impondrán las costas, salvo que el tribunal apreciase circunstancias excepcionales para no imponérselas⁴³.

2. Modificaciones del juicio verbal en el proceso civil

La LO 1/2025 realiza modificaciones clave en el juicio verbal orientadas a simplificar y agilizar el procedimiento, en sintonía con las medidas de eficiencia procesal introducidas por el RDL 6/2023 –que, entre otras cuestiones, elevó de 6.000 a 15.000 euros el umbral para tramitar reclamaciones por el cauce del juicio verbal por razón de la cuantía–. Cabe recordar que, desde la reforma operada por la Ley 42/2015, el juicio verbal dejó de ser un proceso esencialmente oral centrado en la vista, para aproximarse más al modelo del juicio ordinario, con presentación escrita de la contestación y vista de carácter eventual. La LO 1/2025 profundiza en esa línea, ajustando fases procesales clave.

Las principales novedades en el juicio verbal son las siguientes:

- i) Trámite específico de proposición de prueba: con la reforma del art. 438.8 de la LEC se añade, tras la presentación de la contestación a la demanda, un nuevo plazo común de cinco días para que las partes propongan la prueba que pretendan practicar. Este plazo comienza una vez se notifica a las partes la resolución que da traslado de la contestación –o, en su caso, desde la presentación del dictamen pericial anunciado en la demanda o la expiración del plazo para aportarlo–. Con ello se evita que toda la proposición

43 Conviene señalar, a este respecto, que el apartado 31 de la “Propuesta del Ilustre Colegio Nacional de LAJ de unificación de criterios sobre la incidencia de los MASC en la jurisdicción civil” (2 de abril de 2025) establece como requisito para la imposición de costas en estos casos acreditar que la negativa inicial del intento de MASC obedeció a una estrategia dilatoria o a un intento de prolongar el conflicto de manera innecesaria.

probatoria se concentre oralmente en el acto de la vista, como ocurría tradicionalmente. En ese mismo plazo de cinco días, la parte actora puede realizar alegaciones frente a las excepciones procesales planteadas por el demandado en la contestación.

- ii) Impugnación de documentos y dictámenes periciales: la ley añade un trámite de impugnaciones de prueba documental y pericial aportada en los tres días posteriores al traslado de los escritos de proposición de prueba⁴⁴. De este modo, esas cuestiones quedarían resueltas antes de la vista, evitando discusiones incidentales durante esta.
- iii) Resolución anticipada sobre cuestiones procesales, admisión de prueba y necesidad de vista: transcurrido el plazo de impugnaciones, el tribunal dictará un auto pronunciándose sobre la impugnación de la cuantía del pleito (de haberse planteado por el demandado), las excepciones procesales alegadas, la admisión o inadmisión de las pruebas propuestas y la pertinencia de celebrar vista⁴⁵. En caso de no considerar la vista necesaria, quedarían los autos vistos para sentencia⁴⁶. El auto dictado será apelable en reposición con efectos suspensivos.
- iv) La posibilidad de dictar sentencias *in voce*: otra novedad destacada es que se faculta al juez para dictar sentencia oralmente en el mismo acto de la vista del juicio verbal. De acuerdo con la modificación del art. 210.4 de la LEC, el juez, una vez concluidos los informes finales de las partes en la vista, podrá pronunciar verbalmente el fallo y la fundamentación de la sentencia en ese mismo acto, haciendo constar el contenido en el acta. Posteriormente, deberá redactar y firmar la sentencia por escrito. Si el juez opta por dictar sentencia oral, las partes dispondrán de un plazo común de cinco días desde la vista para manifestar si tienen intención de recurrir la sentencia y sobre qué extremos versaría el recurso. El plazo formal para interponer el recurso de apelación comenzará a contar únicamente desde la notificación de la sentencia escrita.

3. Otras medidas de agilización procesal

Además de las reformas estructurales y las referentes a los MASC y al juicio verbal, la LO 1/2025 introduce otras medidas relevantes en la jurisdicción civil orientadas a la eficiencia y agilización de los procedimientos. Destacaremos dos ámbitos concretos: las subastas judiciales y ciertos supuestos de extensión de la cosa juzgada.

- i) Subastas judiciales electrónicas: la ley modifica la regulación de las subastas en sede judicial (arts. 647 y 650 de la LEC) para hacer más expeditos los trámites posteriores al cierre de la puja electrónica. En primer lugar, se establece que los plazos para consignar el restante precio del remate, así como el plazo para presentar mejoras de postura (cuando la puja ganadora no alcance los mínimos legales), comienzan automáticamente desde la fecha de cierre de la subasta, sin necesidad de notificación expresa. En segundo lugar, se habilita a la parte ejecutante a intervenir en la subasta, aunque no haya otros licitadores, sin necesidad de consignar depósito ni cantidad alguna.

44 Modificación del art. 438.9 de la LEC.

45 Modificación del art. 438.10 de la LEC.

46 El art. 438.10 modificado de la LEC prevé que: “[c]uando la única prueba que resulte admitida sea la de documentos, y estos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando se hayan presentado informes periciales y el tribunal no haya considerado pertinente o útil la presencia de los peritos en el juicio, se procederá a dictar sentencia, sin previa celebración de la vista.”

- ii) Efectos de cosa juzgada en pretensiones acumuladas al desahucio: se introduce una precisión importante respecto de la eficacia de las sentencias de desahucio por falta de pago cuando en la misma demanda el arrendador acumula otras pretensiones, como la reclamación de las rentas vencidas no pagadas o acciones contra el fiador solidario del inquilino. La reforma del art. 447.2 LEC dispone que los pronunciamientos de la sentencia relativos a esas acciones acumuladas producirán efectos de cosa juzgada.

IV. Conclusión

La LO 1/2025 supone un hito normativo de la justicia civil española. A través de sus medidas, se abordan tanto la estructura de los órganos judiciales como el funcionamiento de los procedimientos, con el fin, según se define en la exposición de motivos de la norma, de asegurar una justicia más ágil, accesible y acorde a la era digital. En el plano organizativo, la creación de los Tribunales de Instancia y las oficinas de justicia en municipios representa la mayor reorganización de la planta judicial en décadas. En el plano procesal, la introducción de los MASC como paso previo obligado antes de litigar marca un cambio de paradigma hacia la desjudicialización de conflictos.

Como colofón de este paquete normativo, cuyo objetivo revelado es la eficiencia, queda por aprobar la iniciativa legislativa que la propia LO 1/2025 dejó pendiente: la ley de acciones colectivas en defensa de consumidores y usuarios. Tras la exclusión de esta materia del texto final de la LO 1/2025 por falta de consenso político, el Gobierno reactivó el proceso mediante un proyecto de ley específico, el Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Este Proyecto de Ley fue remitido al Congreso de los Diputados en marzo de 2025 con carácter de urgencia⁴⁷, y se encuentra en trámite parlamentario en el momento de redactarse este artículo. Esta norma transpondrá finalmente en España la Directiva (UE) 2020/1828.

El alcance potencial de este paquete de medidas es amplio y su éxito real dependerá de su correcta aplicación práctica. En materia de medidas de carácter procesal, resulta imprescindible contar con criterios homogéneos por parte de los órganos judiciales para garantizar la correcta aplicación de la norma y evitar situaciones de inseguridad jurídica a las partes y demás operadores jurídicos que participan en el proceso. Asimismo, la efectiva puesta en marcha de los Tribunales de Instancia exigirá esfuerzos organizativos y coordinación interinstitucional, pero podría suponer un salto cualitativo hacia un servicio público de justicia más ágil, eficaz y cercano al ciudadano.

47 Boletín Oficial de las Cortes Generales de 14 de marzo de 2025, serie A, núm. 48-1.

Aportaciones de acciones a sociedades *holding* y régimen especial

José Ramón Vizcaíno

Socio de Pérez-Llorca

FISCAL

I.	Introducción	36
II.	Antecedentes	36
	1. Regularización de reservas expresas	36
	2. Regularización de reservas tácitas	37
III.	La doctrina del TEAC sobre la cláusula antiabuso	38
IV.	La novedosa regularización propuesta por el TEAC	40
V.	Consideraciones prácticas sobre las Resoluciones del TEAC	45
	1. El régimen FEAC como "régimen general de tributación" y la ausencia de "motivos económicos válidos" como simple presunción	45
	2. La exención sobre dividendos como "ventaja fiscal indebida"	47
	3. La regularización en un ejercicio distinto al de aplicación del régimen FEAC	51



Fecha de recepción
7 de abril de 2025



Fecha de aceptación
30 de abril de 2025



Resumen: El presente artículo tiene por objeto analizar en detalle las recientes resoluciones del TEAC referidas a la aplicación del régimen FEAC a las aportaciones no dinerarias de sociedades operativas por parte de personas físicas. Dicho análisis se hace a la luz del régimen contenido en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, que configura dicho régimen FEAC como régimen general de tributación en lo que a las operaciones de reorganización empresarial se refiere y, además, restringe la potencial regularización fiscal derivada de la inaplicación total o parcial del régimen FEAC a la eliminación de la ventaja fiscal derivada de la aplicación de dicho régimen.

Abstract: The purpose of this article is to analyse in detail the recent resolutions of the Central Economic-Administrative Court (TEAC) regarding the application of the FEAC Regime to non-cash contributions made by individuals to operating companies. This analysis has been carried out in the framework of the regulation introduced by Law 27/2014, of 27 November, on Corporate Income Tax, which establishes the FEAC Regime as the general tax regime for corporate reorganisations and, also, restricts the potential tax regularisation resulting from the total or partial non-application of the FEAC Regime to the elimination of the tax advantage arising from the application of this regime.



Palabras clave: Régimen FEAC, TEAC, Aportación no dineraria, Motivos económicos válidos, Fraude o evasión fiscal, Ventaja fiscal, Diferimiento fiscal, Economía de opción, Conflicto en la aplicación de la norma, Regularización fiscal y Prescripción.

Key words: FEAC Regime, TEAC, Non-cash contribution, Valid economic reasons, Tax fraud or evasion, Tax advantage, Tax deferral, Tax mitigation, Conflict in the application of the law, Tax regularisation, Limitation period.

Aportaciones de acciones a sociedades *holding* y régimen especial

I. Introducción

Como es bien sabido, el Tribunal Económico-Administrativo Central (“**TEAC**”) emitió en 2024 una serie de resoluciones¹ (“**Resoluciones del TEAC**”) que han supuesto un cambio sustancial en lo que a la interpretación administrativa del régimen fiscal de fusiones y adquisiciones se refiere (“**régimen FEAC**”)².

Dichas Resoluciones del TEAC concluyen que procede inaplicar el régimen FEAC, motivado en la existencia de una ventaja fiscal indebida, a determinadas operaciones de reorganización consistentes en la aportación no dineraria a sociedades *holding*, por parte de personas físicas, de sus participaciones en sociedades operativas.

II. Antecedentes

Podemos distinguir dos tipos de regularizaciones en las Resoluciones del TEAC.

1. Regularización de reservas expresas

Estas regularizaciones son las contenidas en las resoluciones del TEAC de 22 de abril de 2024, 27 de mayo 2024 y 12 de diciembre de 2024.

Dichas resoluciones analizan, desde la perspectiva del impuesto sobre la renta de las personas físicas (“**IRPF**”) y del impuesto sobre sociedades (“**IS**”), el acogimiento al régimen FEAC de las aportaciones no dinerarias realizadas por dos personas físicas a sus respectivas sociedades *holding*.

En las resoluciones de 22 de abril de 2024 y 27 de mayo de 2024, el TEAC estima en parte las reclamaciones económico-administrativas interpuestas contra los acuerdos de liquidación dictados por la inspección por el concepto de IRPF de cada una de las personas físicas que realizan la aportación y del IS de las sociedades beneficiarias de la aportación.

Por su parte, las resoluciones de 12 de diciembre de 2024 resuelven los recursos interpuestos por ambas personas físicas contra los respectivos acuerdos de ejecución de las resoluciones del TEAC de 22 de abril de 2024 y de 27 de mayo de 2024.

1 Resoluciones de 22 de abril de 2024 (RG 06452/2022 y RG 06448/2022), de 27 de mayo de 2024 (RG 06550/2022 y RG 06513/2022), de 19 de noviembre de 2024 (RG 8869/2021) y de 12 de diciembre de 2024 (RG 5937/2024 y RG 6543/2024).

2 Por régimen FEAC debe entenderse el régimen fiscal especial previsto en el Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

En síntesis, ambas personas físicas constituyeron en 2016 sendas sociedades *holding* mediante la aportación de participaciones en distintas sociedades por un valor agregado de 136.000 euros.

Poco después, en 2017, ambas personas físicas decidieron aumentar el capital social de las entidades *holding* mediante la aportación de sus respectivas participaciones en una entidad cabecera de un grupo empresarial. Así, cada una de ellas aportó la totalidad de las participaciones de las que era titular en el grupo empresarial, valoradas, aproximadamente, en 25,6 millones de euros.

En ambos casos, las aportaciones no dinerarias se acogieron al régimen FEAC. Además, se da la circunstancia de que el acogimiento al régimen FEAC lo confirmó la Dirección General de Tributos (“DGT”) en dos contestaciones a consultas vinculantes³. La DGT reconocía que los motivos económicos manifestados por las consultantes para aplicar el régimen FEAC se podían considerar como “económicamente válidos” a los efectos de la aplicación de dicho régimen sobre las operaciones planteadas.

Posteriormente, la entidad cabecera del grupo empresarial acordó una serie de distribuciones de dividendos en 2018 y en 2019:

- a) En 2018, cada sociedad *holding* recibió, aproximadamente, 2,3 millones de euros en concepto de dividendos distribuidos por dicha entidad cabecera del grupo empresarial. Fiscalmente, ambas sociedades *holding* aplicaron la exención sobre dividendos prevista en el art. 21 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (“LIS”).
- b) En 2019, cada sociedad *holding* recibió, aproximadamente, 3,6 millones de euros en dividendos. Igualmente, dicha distribución se benefició de la exención sobre dividendos del art. 21 de la LIS en sede de las sociedades *holding*.

2. Regularización de reservas tácitas

Esta regularización es la contenida en la resolución del TEAC de 19 de noviembre de 2024.

En 2015, una persona física formalizó una ampliación de capital en una entidad de la que era la socia mayoritaria mediante la aportación de un porcentaje minoritario (en concreto, un 7,29%) en una sociedad operativa dedicada al arrendamiento de inmuebles. Tras esta aportación no dineraria, la persona física aportante mantuvo un porcentaje directo (8,59%) en dicha sociedad operativa.

En el momento de la aportación, a juicio de la Inspección, la sociedad beneficiaria de la misma no desarrollaba ninguna actividad empresarial, sino que era titular de una cartera de valores de, aproximadamente, 2 millones de euros.

Igualmente, en el ejercicio 2015, en el que se efectuó la aportación, la sociedad operativa cuyas participaciones fueron objeto de aportación tenía fondos propios negativos por importe de,

3 Según las Resoluciones del TEAC, dichas contestaciones a consultas vinculantes son las de número de referencia V0038-17 y V0039-17. Ahora bien, entendemos que dicha referencia no es correcta. Las que más se asemejan al caso analizado por el TEAC son las contestaciones vinculantes a consultas V2447-17 y V2448-18, ambas de 2 de octubre de 2017.

aproximadamente, 2,4 millones de euros. Además, según indica el reclamante en sus alegaciones, esta sociedad operativa había obtenido pérdidas durante los 10 ejercicios anteriores.

En el ejercicio 2016, dicha sociedad operativa transmitió uno de los inmuebles que tenía arrendados, lo que le permitió obtener ingresos en cuantía suficiente como para sanear sus fondos propios y distribuir un dividendo a sus socios.

En concreto, en dicho ejercicio, la sociedad operativa acordó la distribución de un dividendo a sus socios que, en el caso de la sociedad beneficiaria de la aportación, ascendió a 252.000 euros. Dicho ingreso quedó exento en el IS de la sociedad por aplicación de la exención del art. 21 de la LIS.

III. La doctrina del TEAC sobre la cláusula antiabuso

En sus resoluciones, el TEAC reduce las cuestiones controvertidas a dos:

- a) Por una parte, si procede o no la aplicación del régimen FEAC a las aportaciones no dinerarias realizadas en cada uno de los casos analizados.
- b) Por otro lado, en caso de que procediera denegar el régimen FEAC a dichas aportaciones, cuál debe ser el alcance de la regularización que deba efectuarse.

En lo que respecta a la aplicación del régimen FEAC a las aportaciones cuestionadas, el TEAC reconoce que el análisis ha de limitarse al enjuiciamiento de la motivación de la operación. Por tanto, si la operación de aportación no dineraria ha tenido como objetivo principal o esencial uno de carácter económico o empresarial, procederá la aplicación del régimen FEAC.

Partiendo de este punto, el TEAC hace un repaso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ("TS") y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE"), que le permite extraer los siguientes principios configuradores de la cláusula antiabuso del régimen FEAC:

- a) Aunque pueda resultar obvio, el TEAC comienza destacando el objetivo primordial del régimen FEAC. Así, reconoce que dicho régimen es transposición de la Directiva 2009/133/CE del Consejo de 19 de octubre de 2009 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro ("**Directiva 2009/133/CE**") que, al regular el régimen fiscal de las reorganizaciones o reestructuraciones empresariales, tiene como objetivo principal la neutralidad fiscal. Es decir, la fiscalidad no puede ser un impedimento (tampoco un estímulo) para la toma de decisiones empresariales tendentes a la realización de estas operaciones de reestructuración o reorganización.
- b) En el análisis inicial del TEAC subyace la idea general de que la existencia de "motivos económicos válidos" ha de considerarse como un requisito para la aplicación del régimen FEAC.

- c) Es más, a juicio del TEAC, el hecho de que existan motivos económicos válidos para acoger una determinada operación al régimen FEAC no excluye, *per se*, la posibilidad de aplicar la cláusula antiabuso. Si, además de esta motivación económica, existe una motivación fiscal que pudiera llegar a considerarse fraudulenta, procedería, a juicio del TEAC, comparar ambas motivaciones (económica y fiscal) para determinar cuál es la preponderante. Si la principal motivación es la fiscal, procede aplicar la cláusula antiabuso y, en consecuencia, el mecanismo de regularización de la ventaja fiscal indebida previsto en el régimen FEAC.
- d) Con más sentido, la ausencia de motivos económicos válidos activará la aplicación de la cláusula antiabuso prevista en el propio régimen FEAC si de ella se deriva una ventaja fiscal.
- e) Esta cláusula antiabuso tiene la particularidad de ser propia del régimen FEAC, es decir, su aplicación no requiere recurrir a las normas antiabuso previstas en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria ("**LGT**"), sino que ha de interpretarse conforme a la jurisprudencia existente sobre el "abuso del derecho". En síntesis, esta jurisprudencia descansa sobre el principio básico que impide la invocación de normas legales vigentes de forma fraudulenta o abusiva. Así lo dispone en el FJ tercero de la Resolución de 22 de abril de 2024 (RG 06452/2022)⁴:

[...] se trata, en síntesis, esta cláusula, de una norma que pretende evitar actuaciones realizadas en abuso del derecho, encontrando, por tanto, su fundamento en la jurisprudencia, tanto del TS como, especialmente, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el abuso del derecho que, en síntesis, sustenta esa figura, la del abuso del derecho, siendo un concepto nuclear en la lucha contra el fraude fiscal, sobre el principio (europeo) de que no se pueden invocar normas legales vigentes de manera fraudulenta o abusiva [...]

[...] en el ámbito del régimen FEAC esta exclusión se puede hacer acudiendo directamente a lo que señala el referido artículo 89.2 LIS sin necesidad de recurrir a las figuras "antielusivas" genéricas previstas para evitar abusos y fraudes en la Ley General Tributaria, concretamente en sus artículos 13, 15 y 16 –esto es, la calificación, conflicto en aplicación de la norma tributaria y simulación–. Esta idea ha sido reiteradamente amparada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pudiendo destacarse, entre otras muchas, las sentencias del Alto Tribunal de 16 de febrero de 2015 (número de recurso 647/2013) y la de 31 de marzo de 2021 [...].

- f) El TEAC no define qué debe entenderse por motivos económicos válidos. Aceptando que se trata de un concepto jurídico indeterminado, no aclara cuál es el marco regulatorio que lo define, sino que lo configura en función de sus propios límites. Apoyándose en las sentencias del TJUE, el TEAC destaca que lo que debe evitarse es que la aplicación del régimen FEAC se efectúe con el propósito único o esencial de obtener ventajas fiscales que, de otra forma, no serían accesibles.

⁴ Lo destacamos porque, posteriormente, en la misma Resolución, el TEAC se aleja de esta interpretación para aceptar la idea de que la aplicación de la norma antiabuso del régimen FEAC ha de aplicarse siguiendo las pautas del conflicto en la aplicación de la norma, previsto en el art. 15 de la LGT.

Sobre la base de estos principios, el TEAC analiza en detalle todos y cada uno de los motivos alegados por los reclamantes para justificar la aplicación del régimen FEAC a las aportaciones no dinerarias. A través de este ejercicio de contradicción, el TEAC concluye que dichas operaciones se realizaron con una finalidad eminentemente fiscal, esto es, permitir la aplicación de la exención sobre dividendos del art. 21 de la LIS a las futuras distribuciones de las reservas generadas en la entidad operativa (y sus filiales) que, como consecuencia del régimen FEAC, quedan diferidas en el momento de la aportación.

IV. La novedosa regularización propuesta por el TEAC

Alcanzada esta conclusión, procede regularizar.

La regularización planteada por la Inspección consistió en aplicar el régimen general de tributación. Excluido el régimen FEAC, la Inspección consideró que procedía aplicar el régimen de tributación previsto en el art. 37.1.d) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (“**LIRPF**”) y, en consecuencia, la totalidad de la ganancia patrimonial diferida con la aportación no dineraria debía quedar sujeta a tributación por el IRPF de cada persona física aportante en el propio ejercicio de la aportación.

El TEAC confirma que este ha venido siendo el mecanismo de regularización generalmente aplicado en el pasado en casos similares. No obstante, con base en la novedad incorporada en el segundo párrafo del art. 89.2 de la LIS, considera que procede revisar este mecanismo de regularización.

Este segundo párrafo del art. 89.2 de la LIS dispone lo siguiente:

Las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal.

Como se confirma en la exposición de motivos de la LIS, la potencial inaplicación parcial del régimen FEAC es una de las novedades introducidas por esta. Lo que no menciona el TEAC es que esta novedad responde a la necesidad de dotar al régimen FEAC de una mayor seguridad jurídica.

Tras analizar diversas contestaciones a consultas vinculantes emitidas por la DGT y la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2022⁵, el TEAC extrae las siguientes conclusiones:

- a) En contra de lo establecido por la DGT en su contestación a consultas vinculantes V2214-23⁶, el TEAC considera que no cabe en absoluto concluir que el diferimiento

5 Sentencia nº 1503/2022 del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2022, rec. núm. 89/2018 [ECLI:ES:TS:2022:4154].

6 Recordemos que la DGT consideró en esta contestación a consultas vinculantes que la ventaja fiscal, en palabras del TS, está ínsita en el propio régimen de diferimiento, por lo que la ventaja fiscal prohibida debía ser distinta del propio régimen de diferimiento fiscal. No obstante, la propia DGT ha matizado este criterio recientemente. Así, la contestación a consultas vinculantes V0154-25, de 13 de febrero, señala expresamente que “... si bien nada impide que la eliminación de los efectos

propio del régimen FEAC sea una ventaja fiscal que no pueda, en ningún caso, considerarse ventaja fiscal abusiva y, en consecuencia, eliminarse o regularizarse.

- b) Identificados los efectos abusivos derivados de la aplicación del régimen FEAC, procede eliminarlos. Por tanto, esta eliminación puede alcanzar también al diferimiento en la tributación de las rentas puesto de manifiesto con ocasión de la operación realizada. Ello implicaría el sometimiento a tributación, total o parcial, de las plusvalías latentes en la entidad cuyas participaciones hayan sido objeto de aportación.
- c) Pese a lo expuesto inicialmente, el TEAC concluye en el FJ 13.º de la Resolución de 22 de abril de 2024 (“**RG 06452/2022**”) que la regularización a realizar debe seguir las pautas del antiguo fraude de ley o actual conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Dice expresamente:

Se trata, en definitiva, de apreciar que la configuración de la cláusula antiabuso específica para el régimen FEAC que hace el artículo 89.2 de la LIS responde al esquema tradicional del antiguo “fraude de ley”, o del actual “conflicto en la aplicación de la norma tributaria” del artículo 15 de la LGT, si bien, en este caso, con las especialidades que derivan de su texto, especialmente de índole probatoria, y de ser declarada su aplicabilidad en el mismo el acuerdo de liquidación que pone fin a un procedimiento de inspección tributaria. Por ello es razonable que el traslado a liquidaciones concretas de los efectos del juicio negativo realizado sobre la operación FEAC realizada siga pautas análogas a las que se prevén en el artículo 15.3 de la LGT. [El subrayado y las negritas son nuestros]

- d) Con todo ello, procede modular el importe que se va a regularizar, de modo que no sea ni mayor ni menor que la ventaja abusivamente lograda, que es la única que debe eliminarse.

Por lo expuesto, podría parecer que el TEAC reconoce la ventaja fiscal en el hecho mismo del diferimiento propio de la aportación acogida al régimen FEAC. Así parece afirmarlo cuando, de forma contundente y en contra del criterio publicado por la DGT, manifiesta que el diferimiento puede constituir una ventaja fiscal abusiva y que, por tanto, la regularización puede alcanzar sin ningún género de dudas a este diferimiento de las rentas puestas de manifiesto con la aportación.

Sin embargo, el TEAC se separa de esta potencial consideración del diferimiento como ventaja fiscal indebida para, siguiendo el criterio de la Inspección, confirmar que la ventaja fiscal indebida está en la ausencia de tributación por los dividendos que la sociedad operativa ha generado antes de la aportación de sus participaciones a la entidad *holding*:

En esta misma Resolución ya hemos concluido que, en este caso, la Inspección, en el acuerdo de liquidación, sí ha identificado de forma suficiente cuál es el resultado fiscal que, fruto de la operación realizada por la persona física aquí reclamante, ha considerado abusivo [...] se trata de la falta de tributación por los dividendos que, después de la aportación no dineraria, a la *holding* MSL, de los títulos de XZ-JK, ha repartido esta a aquella sociedad *holding* creada.

derivados de la referida ventaja fiscal prohibida, [...] de la parte de la renta inicialmente diferida por aplicación del régimen de neutralidad fiscal que se corresponda con la ventaja fiscal indebida identificada”.

[...]

Se pretendió, y ahí estriba el abuso perseguido, extender el paraguas de la sociedad holding a beneficios obtenidos por la sociedad operativa antes de que las acciones de esta perteneciesen a esa holding, es decir, obtenidos por la sociedad operativa que los reparte vía dividendos cuando aún pertenecían a la persona física. No se cuestiona, obviamente, el efecto de la estructura creada sobre los beneficios que la operativa pueda generar en el futuro, pero sí para amparar beneficios generados antes de implementarla, de modo análogo a cómo el acceso a la consolidación fiscal no permite la compensación horizontal de pérdidas generadas antes del acceso a dicho régimen. [El subrayado es nuestro]

Con ello, es difícil ubicar dónde está la ventaja fiscal indebida. Pese a que el TEAC manifieste que el diferimiento constituye una ventaja fiscal indebida ante la ausencia de motivos económicos válidos, sitúa la regularización en un momento posterior, esto es, en el momento en el que las rentas diferidas se distribuyen a la sociedad holding y quedan exentas por aplicación del art. 21 de la LIS.

Bajo esta interpretación, existiría una relación de causalidad directa e inseparable entre el diferimiento (la causa) y el beneficio fiscal (el efecto). El diferimiento de las rentas solo puede dar lugar a una ventaja fiscal indebida si las rentas diferidas se distribuyen vía dividendos, y estos, a su vez, quedan exentos de tributación en sede de la sociedad holding. Y, al mismo tiempo, la aplicación de la exención sobre dividendos solo será una ventaja fiscal indebida si proviene de rentas diferidas con ocasión de la aplicación abusiva del régimen FEAC. Como reconoce el TEAC, el fraude o la evasión fiscal que se producirían con ocasión del diferimiento estarían pendientes de materialización. Esta materialización se produciría con la distribución de los dividendos:

Por lo tanto, el fraude o la evasión fiscal, aunque pueda considerarse ya preparado, tan solo se ha producido o materializado efectivamente de un modo parcial; aunque es cierto que se puede ir completando su consumación a medida que la operativa siga repartiendo esos beneficios, los acumulados antes de la operación y no distribuidos al tiempo de realizarla, a la sociedad holding interpuesta por la reclamante.

Y concluye:

Por lo que hace al importe del abuso a corregir, es claro, en nuestro caso, que gravar, en el ejercicio en el que se produjo la aportación no dineraria, la totalidad de los beneficios que el socio de la operativa tenía pendientes de recibir de esta va más allá de lo que puede considerarse como la corrección de la ventaja abusiva lograda; así se le estaría gravando por beneficios de la operativa de los que aún no ha dispuesto, por plusvalías tácitas no realizadas. En otras palabras, se estaría gravando un fraude no consumado, solamente preparado o planificado.

No obstante, con ello, el TEAC no solo trata de limitar la tributación de los beneficios a los efectivamente dispuestos (presentes o futuros), sino que también abre la puerta a la tributación de las plusvalías tácitas existentes en el momento de la aportación y que, si se hubiera regularizado en el momento de la aportación, podrían haber quedado sin tributar. Dispone:

Si la única rectificación del posible abuso se produce en el ejercicio en el que se realizó la operación, en este caso, la aportación no dineraria, podrían quedar sin corregir todos los movimientos a través de los que el reclamante consiguiese, en ejercicios posteriores, la disponibilidad de los beneficios de la operativa que le correspondían en el momento de realizar la operación, es decir, al interponer, entre él y la sociedad operativa, la sociedad *holding*, por sus distintas vías (por ejemplo, reparto de dividendos de la operativa a la *holding*, venta de las acciones de la operativa por la *holding* que no se vea afectada por las limitaciones a la exención del artículo 21.4 LIS, o cualquier otra a través de la que se realice la plusvalía tácita inicialmente diferida). [El subrayado es nuestro]

Por todo ello, la solución que ofrece el TEAC consiste en regularizar el abuso ya identificado mediante la tributación por el IRPF de la plusvalía diferida con la aportación no dineraria. Es el socio persona física quien tiene que integrarse esta plusvalía, pese a que no la realice directamente (sino, supuestamente, indirectamente a través de su sociedad *holding*).

No obstante, esta plusvalía no se imputará en su IRPF en el momento de la aportación, sino que se integrará en su IRPF como si de una operación a plazos se tratara –de ahí la referencia al art. 14.1.d) de la Ley del IRPF, que regula la imputación temporal en las ventas a plazos–. Con cada distribución de los beneficios no distribuidos en sede de la sociedad operativa a la sociedad *holding*, se producirá la integración en el IRPF de la ganancia patrimonial obtenida con ocasión de la aportación no dineraria.

Conviene detenerse en las aclaraciones introducidas por el TEAC en sus resoluciones de 12 de diciembre de 2024. Recordemos que, en ellas, el TEAC resuelve los recursos interpuestos por las socias personas físicas contra los acuerdos de liquidación, dictados por la Inspección, en ejecución de las Resoluciones del propio TEAC dictadas en los meses de abril y mayo de 2024.

Las socias personas físicas plantearon sendos recursos contra la ejecución de las resoluciones del TEAC citadas porque, a su entender, las liquidaciones dictadas no se limitaban a ejecutar dichas resoluciones del TEAC de abril y mayo de 2024 en sus justos términos y, además, vulneraban el principio de *non bis in idem*.

La nueva controversia se centraba en que, en dichos acuerdos de liquidación, la Inspección consideró que procedía imputar en el IRPF de las socias personas físicas los dividendos distribuidos por la sociedad operativa a la sociedad *holding* en 2018 y que, a juicio de los reclamantes, procedían de forma inequívoca de resultados obtenidos por la propia entidad operativa después de realizarse la aportación no dineraria cuestionada.

El TEAC no solo rechaza el recurso, sino que, además, alcanza una serie de conclusiones que son igualmente muy relevantes para el análisis de la controversia:

- a) Pese a que el TEAC acepta que los dividendos que se reparten en 2018 proceden de beneficios obtenidos por la entidad operativa con posterioridad a la aportación, considera que deben ser igualmente objeto de regularización porque estos beneficios procedían, a su vez, de beneficios generados por una de las filiales de la entidad operativa con anterioridad a la fecha de aportación. Por tanto, la regularización no solo alcanza a los beneficios no distribuidos por la sociedad operativa en el momento de la aportación, sino también a los beneficios no distribuidos que tuvieran las filiales de segundo o ulterior nivel en ese momento y que fueran objeto de distribución a la entidad *holding* en ejercicios posteriores.

- b) Si en el momento en el que se reparten los dividendos existen beneficios generados antes y después de la aportación cuestionada, no cabe conceder al contribuyente la capacidad de designar o elegir qué beneficios son objeto de distribución con dicha distribución de dividendos. De acuerdo con esta doctrina del TEAC, lo procedente es considerar que, mediante dichos dividendos, se reparten primero las rentas generadas con anterioridad a la aportación hasta su agotamiento. De forma gráfica, la inspección y el TEAC confirman que ha de seguirse un criterio “FIFO” (por sus siglas en inglés First In, First Out) para identificar de forma adecuada qué rentas son objeto de distribución.
- c) La incorporación periódica de la plusvalía latente en el IRPF de las socias personas físicas supone, al mismo tiempo, que estas incrementen el valor fiscal de su participación en la entidad *holding* (en la misma medida en la que integran dicha plusvalía en su IRPF).
- d) Ahora bien, pese a que el TEAC desestima los recursos interpuestos contra la ejecución, incluye una matización al acuerdo de ejecución que, si bien ya se había apuntado en las resoluciones de 22 de abril de 2024, tiene un impacto radical en los acuerdos de ejecución en cuestión y, con ello, en la aplicación de esta doctrina. Dice expresamente lo siguiente:

Este TEAC también atiende a que el acuerdo de ejecución realiza dos afirmaciones sobre la futura tributación de los dividendos que reparta la operativa, XZ-JK en este caso, por las reservas generadas antes de la operación y que queden pendientes de repartir. Dice el acuerdo, concretamente, que “(...) existe una ganancia patrimonial pendiente de imputación en ejercicios posteriores a 2018 cuyo importe, de acuerdo con los cálculos antes expuestos, asciende a 22.369.393,02,00 euros. Dicha ganancia se imputará a medida que la socia aportante perciba de forma indirecta a través de TW SL la disposición de los beneficios de la entidad operativa y se minorará por los dividendos que, en su caso, se repartan por la entidad *holding* a su socia única.

[...]

Como decimos, ese razonamiento del acuerdo liquidatorio engloba dos afirmaciones que **ameritan ser atendidas**, por este TEAC, de forma concreta.

La primera de ellas, referida a la futura imputación de ganancia patrimonial por esos repartos futuros de dividendos, **debe al menos matizarse, añadiendo que esa imputación a la socia dependerá de que, en los ejercicios en los que se realicen esos repartos de dividendos** que, en principio, suponen consumación del abuso ya descrito, en los términos en que se ha expresado este TEAC en esta resolución, **se den condiciones análogas a las que han supuesto la calificación como fraudulenta de la operación FEAC, y que permitan confirmar dicha apreciación, entre las que, por ejemplo, se encuentra el destino que se haya dado por la entidad *holding* a esos fondos recibidos, en años futuros, por el reparto de dividendos que acuerde la sociedad operativa.**

[...]

La segunda afirmación, referida a la minoración de esta ganancia o ganancias que, en el futuro, se imputen o se liquiden a esta misma socia/persona física por los dividendos que, en su caso, se le repartan por la entidad *holding* (de la que aquella es socia única), si se comparte por este TEAC, ya que, como ya hemos dicho, ha de partirse de la premisa esencial de que la adecuada interpretación del artículo 89.2 de la LIS debe conducir a que se evite toda desimposición o diferimiento abusivo, pero también debe permitir que no se vaya más allá, de modo que no se genere ningún supuesto de sobreimposición. [El subrayado y las negritas son nuestros]

V. Consideraciones prácticas sobre las Resoluciones del TEAC

1. El régimen FEAC como “régimen general de tributación” y la ausencia de “motivos económicos válidos” como simple presunción

Conviene reiterar que una de las novedades introducidas por la vigente LIS consistió en convertir al régimen FEAC en el régimen general aplicable a las operaciones de reestructuración empresarial. Así lo confirma expresamente su exposición de motivos:

[...] este régimen se configura expresamente como el régimen general aplicable a las operaciones de reestructuración, desapareciendo, por tanto, la opción para su aplicación, y estableciéndose una obligación genérica de comunicación a la Administración tributaria de la realización de operaciones que aplican el mismo.

La consecuencia de configurar el régimen FEAC como régimen de aplicación general a las operaciones de reestructuración empresarial en él contempladas es evidente.

Como bien señala la exposición de motivos, ya no cabe configurar dicho régimen como una opción del contribuyente. A nuestro juicio, tampoco cabe que se interprete como un derecho del contribuyente, que haya de probar y defender su aplicación, particularmente, en lo que a los motivos económicos válidos se refiere en cada operación de reestructuración susceptible de acogerse a él, de la misma manera que la aplicación del art. 21 de la LIS es de aplicación general en las distribuciones de dividendos que cumplen los requisitos objetivos de la LIS, sin necesidad de que el contribuyente tenga que probar que no ha incurrido en fraude o simulación con cada distribución de dividendos que le permita invocar su aplicación.

Al contrario, este régimen ha pasado a convertirse en el régimen general de tributación de las operaciones de reestructuración, por lo que, si la operación de reestructuración en cuestión cumple con los requisitos objetivos de las operaciones contempladas en este capítulo de la LIS, procede su aplicación como régimen de tributación general.

La aplicación del régimen FEAC como régimen de tributación general refuerza, al mismo tiempo, que la existencia de motivos económicos válidos no pueda considerarse un requisito necesario para su aprobación, sino que su ausencia deba configurarse como una presunción de fraude o evasión fiscal que, en todo caso, debe probar la Administración tributaria. Esta interpretación es, a su vez, consistente con la configuración de la cláusula de “motivos económicos válidos” como una norma antiabuso que, como luego veremos, ha de interpretarse en línea con las normas generales antiabuso de los arts. 15 y 16 de la LGT.

Es decir, si el régimen FEAC es el régimen general de tributación, su aplicación debe ser consistente con el sistema general de tributación, de tal forma que, si al contribuyente no se le exige con carácter general que pruebe la inexistencia de abuso o simulación en régimen general, tampoco debería aceptarse que, en el régimen general aplicable a las reestructuraciones empresariales, sea el contribuyente el que cargue con esta prueba a modo de requisito para su aplicación.

Pese a lo expuesto, de la lectura del art. 89.2 de la LIS podría parecer que la existencia de “motivos económicos válidos” es un requisito o condición para la aplicación del régimen FEAC:

En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal. [El subrayado es nuestro]

No obstante, creemos que la interpretación del art. 89.2 de la LIS debe ser consistente con lo dispuesto en el art. 15 de la Directiva 2009/133/CE:

[...] el hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal. [El subrayado es nuestro]

Por tanto, ni el contribuyente ha de probar que realiza la operación de reestructuración en cuestión por motivos económicos válidos, ni su ausencia determina, por sí misma, la inaplicación del régimen FEAC. Puede constituir una presunción de que la operación de reestructuración en cuestión oculta un motivo espurio (en palabras del TS), pero debe probarlo la Administración tributaria.

Esta no es una conclusión novedosa. Como es bien sabido, esta cuestión ya ha sido resuelta por la doctrina del TJUE en diferentes sentencias. Sin intención de detenernos en exceso en este análisis, cabe destacar alguna de las conclusiones alcanzadas en su sentencia sobre el asunto C-14/16, caso Euro Park:

[...] debe recordarse que el Tribunal de Justicia ha declarado en numerosas ocasiones que el régimen fiscal común establecido por la Directiva 90/434, que engloba diversas ventajas fiscales, **se aplica indistintamente a todas las operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de esta última, abstracción hecha de sus motivos**, ya sean estos financieros, económicos o puramente fiscales⁷.

Asimismo, el TJUE ha precisado que, en virtud del artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434⁸, los Estados miembros pueden negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de esta Directiva o retirar el beneficio de las mismas solo excepcionalmente y en casos particulares.” [El subrayado y las negritas son nuestros]

7 Sentencia de 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg*, C352/08, que, a su vez, se remite a las conclusiones alcanzadas en las sentencias sobre los casos *Leur-Bloem* (C-28/95) y *Kofoed* (C-321/05).

8 Art. 15.1.a) de la Directiva 2009/133/CE actualmente vigente.

Para declarar:

[...] El artículo 49 TFUE y el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que, en el caso de una operación de fusión transfronteriza, supedita la concesión de las ventajas fiscales aplicables a tal operación en virtud de dicha Directiva [...] a un procedimiento de aprobación previa en el marco del cual, para obtener dicha aprobación, el contribuyente debe acreditar que la operación en cuestión está justificada por un motivo económico, que no tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscales [...]. [El subrayado es nuestro]

Finalmente, esta interpretación ha sido confirmada por el TS en su sentencia de 16 de noviembre de 2022:

Ya se hizo referencia que lo que se establece legalmente, siguiendo el hilo conductor que marca la jurisprudencia europea, es que a la Administración corresponde acreditar el fraude o la evasión fiscal, y también la prueba de que no existe motivo económico válido. [...] es la propia norma la que establece que la reestructuración presume la concurrencia de motivo económico válido; esto es, podríamos decir que, en este caso, existe una presunción redoblada, que exigía de la Administración un doble esfuerzo [...]. [El subrayado y las negritas son nuestros]

Por tanto, si partimos de que el régimen FEAC es el régimen general de tributación por el IS y de que, conforme a la doctrina del TJUE y a la jurisprudencia del TS, corresponde a la Administración probar no solo que no existe un motivo económico válido, sino también acreditar el fraude o la evasión fiscal, cabría preguntarse si la potencial aplicación futura de la exención sobre dividendos del art. 21 de la LIS constituye realmente una ventaja fiscal indebida susceptible de ser regularizada dentro del campo de juego del régimen FEAC.

A nuestro juicio, y como exponemos a continuación, la respuesta a esta pregunta debe ser negativa.

2. La exención sobre dividendos como “ventaja fiscal indebida”

Como hemos expuesto anteriormente, las Resoluciones del TEAC descansan en la indisociable vinculación existente entre el diferimiento propio del régimen FEAC (la causa) y la supuesta ventaja fiscal (el efecto) obtenida por las personas físicas aportantes, consistente en la posibilidad de aplicar la exención por dividendos prevista en el art. 21 de la LIS.

Así, tras reproducir la numerosa jurisprudencia nacional y comunitaria existente al respecto, el TEAC comienza su análisis con la identificación de la “ventaja fiscal” (la supuesta menor tributación en la futura distribución de dividendos de una sociedad operativa a la sociedad *holding* interpuesta), para acuñar posteriormente el concepto de la “ventaja fiscal abusiva”, que será la que permita activar la cláusula antiabuso y denegar a la operación en cuestión el régimen FEAC. Esta ventaja fiscal es abusiva cuando su obtención hubiera sido el objetivo principal a la hora de realizar la operación.

Si bien el TEAC identifica la ventaja fiscal con el ahorro fiscal en la futura distribución de dividendos derivado de la interposición de la sociedad *holding* entre la sociedad operativa y la

persona o las personas físicas, a nuestro juicio, dicho ahorro fiscal (debido o indebido) es consecuencia propia de la aportación no dineraria, pero no de la aplicación del régimen FEAC.

Imaginemos por un momento que la aportación no dineraria no se hubiera realizado bajo el régimen FEAC, es decir, que se hubiera realizado bajo el régimen subsidiario contenido en la LIS y en la LIRPF. En este hipotético caso, la aportación hubiera generado una plusvalía en la persona física por la que hubiera tributado en su IRPF y, al mismo tiempo, hubiera permitido a la entidad *holding* valorar la participación en la sociedad operativa por su valor de mercado (incluyendo en dicho valor las plusvalías por las que hubiera tributado en el IRPF la persona física aportante). En este caso, la futura distribución del dividendo por parte de la entidad operativa a la entidad *holding* no hubiera tributado, ya sea por la posibilidad de aplicar la exención sobre dividendos del art. 21 de la LIS o, si la distribución de dividendos se hubiera realizado con posterioridad a 1 de enero de 2020, porque los mismos no hubieran generado un ingreso en la entidad *holding*, sino una reducción en el valor contable y fiscal de su participación en la entidad operativa⁹.

Con ello, queremos poner de manifiesto que la comparación no es entre “sociedad *holding*, si” y “sociedad *holding*, no” (o, si se prefiere, “tributación por el IS” frente a “tributación por el IRPF”), sino entre la aplicación del régimen general de tributación (régimen FEAC) a la aportación no dineraria frente a la tributación por el régimen subsidiario previsto en la LIRPF y en la LIS.

Es cierto que, bajo el régimen FEAC, la futura distribución de dividendos se beneficia de la exención del art. 21 de la LIS en sede de la entidad *holding*, pero no es menos cierto que, si a la aportación no dineraria le hubiera resultado de aplicación el régimen subsidiario de tributación, la futura distribución del dividendo tampoco habría tributado en sede de la entidad *holding*.

Pese a ello, el TEAC hace un esfuerzo especial en destacar que la ventaja fiscal se sitúa en la posibilidad futura de aplicar la exención sobre dividendos del art. 21 de la LIS, dando a entender que este beneficio no existiría de no haberse aplicado el régimen FEAC. Criticamos que, para llegar a esta conclusión, se compare dos situaciones que no son equiparables. A nuestro juicio, la comparación correcta no debe ser entre la tributación en el IS frente a la tributación en el IRPF de los dividendos que son objeto de reparto, sino entre la tributación de la operación de aportación no dineraria bajo régimen general (FEAC) frente a la que hubiera resultado de aplicar el régimen subsidiario en ausencia del régimen FEAC.

No se puede asumir como válido que la aportación no dineraria solo se puede realizar en el régimen FEAC, de tal forma que, si no aplica dicho régimen general, procede “transparentar” la entidad *holding* para analizar cómo tributarían los dividendos en sede de la persona física titular de sus participaciones. A nuestro juicio, no puede prescindirse en ningún caso de la entidad *holding* que se beneficia de la aportación.

Esta comparación entre la tributación en régimen general y la tributación en el régimen subsidiario nos permite situar la discusión en un plano distinto. La futura tributación de la distribución de dividendos sería irrelevante (en ninguno de los dos casos estaría sujeta a tributación), situando la discusión en el diferimiento propio del régimen FEAC. Es ahí donde debe analizarse si existe una ventaja fiscal y si esta es o no indebida.

9 Con los matices previstos en el art. 31 de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital, que entró en vigor el pasado 1 de enero de 2020.

Si no hubiera aplicado el régimen FEAC, la persona física en cuestión hubiera tributado en su IRPF por la plusvalía generada con la aportación no dineraria, mientras que, bajo el régimen FEAC, esta tributación de la persona física queda diferida.

No obstante, el TEAC se aleja de esta discusión para situar el debate en la futura aplicación de la exención del art. 21 de la LIS a la futura distribución de dividendos. Con ello, el TEAC consigue desplazar el debate de la que, a nuestro juicio, es la cuestión nuclear, esto es, si el diferimiento propio del régimen de neutralidad puede, en sí mismo y por sí mismo, constituir una ventaja fiscal indebida que deba eliminarse.

Si consideramos que el régimen FEAC es el régimen general de tributación, que el diferimiento es una ventaja fiscal que está “ínsita” en el régimen FEAC (en palabras del TS) y que, como ha reiterado la doctrina del TJUE en numerosas ocasiones, los Estados miembros solo pueden retirar el beneficio propio del diferimiento excepcionalmente y en casos particulares, creemos que el análisis debe ser restrictivo, sin que, en ningún caso, quepa aceptar presunciones generales de fraude o evasión fiscal.

La consecuencia que, a nuestro juicio, se deriva de las resoluciones del TEAC es que, al vincular de forma indisoluble el diferimiento con la futura distribución de dividendos, se congela automáticamente la aplicación del régimen general de tributación (insistimos, el régimen FEAC) hasta un momento futuro en el que se pueda verificar qué destino se ha dado a unos dividendos que, a juicio del TEAC, tenían como destino natural a una persona física, en lugar de una sociedad *holding*.

Esta doctrina es replicable a cualquier aportación no dineraria a una sociedad *holding* de participaciones en sociedades operativas efectuada por una persona física. Se establece una presunción general de duda que impide al régimen FEAC desplegar sus efectos y convierte al régimen de tributación subsidiario (que no debería resultar de aplicación más que excepcionalmente) en régimen principal de tributación por decisión unilateral de la Administración.

Además, esta presunción general de duda solo podrá ser desvirtuada por el contribuyente si acredita, a satisfacción de la Administración, la existencia de motivos económicos válidos en la aportación no dineraria en cuestión.

Por tanto, la aplicación del régimen FEAC como régimen general de tributación queda, por así decirlo, en cuarentena, supeditada a que los motivos que alegue el contribuyente pasen el filtro de la Administración. Esta cuarentena se mantendrá hasta el momento en el que se materialice el destino dado a los dividendos y plusvalías diferidas con la aportación en cuestión. Así lo señala el propio TEAC (FJ 11.º de la resolución de 22 de abril de 2024 RG 6452/2022):

[...] incluso, en este punto, un aspecto clave para apreciar, en este tipo de operaciones en las que se constata un ahorro fiscal en cuanto a la distribución de los dividendos, **la concurrencia de “motivos económicos válidos” radicaría en la reinversión de estos, es decir, en la vuelta al circuito empresarial o económico de los dividendos residenciados en sede de la entidad interpuesta**. Dicho de otro modo, que no acaben, de una u otra forma, revirtiendo en beneficio directo de la persona física aportante, sirviendo a sus necesidades personales, porque, en ese caso, sería evidente que se habría obtenido una “ventaja fiscal” a través de una conducta o actividad fraudulenta, lo que la convertiría en “abusiva” en los términos expuestos. [El subrayado y las negritas son nuestros]

Por último, no queremos dejar de apuntar que, bajo este enfoque, se estaría consolidando, a nuestro juicio, la llamada “economía de opción a la inversa”, cuestionada por la doctrina y la jurisprudencia de forma reiterada. En resumen, bajo este enfoque, las reservas (tácitas o expresas) existentes en una entidad operativa cuyo socio sea una persona física tienen como destino natural su tributación en sede de la persona física. Solo excepcionalmente se admitiría que estas reservas pasen a formar parte del circuito empresarial, sin tributar por el IRPF de la persona física, si se prueba que el desvío de dichas reservas de su cauce natural responde a motivos económicos que deberán ser validados por la Administración.

A nuestro juicio, la aplicación de la doctrina de la economía de opción, en estos casos, supone aceptar que las reservas tácitas o expresas no tienen ningún camino natural distinto del que decida la sociedad y/o sus socios en cada caso. Los límites están ya definidos por las propias normas antiabuso de la LGT, sin necesidad de retrotraer efectos al momento en el que se produjo la aportación no dineraria. Si la sociedad *holding* se utiliza para remansar indebidamente rentas (si es que ello pudiera llegar a considerarse como indebido) o incluso para satisfacer los gastos personales de un socio persona física, la Administración tiene a su disposición mecanismos suficientes en la LGT para evitar el abuso o el fraude.

La propia naturaleza de la exención sobre dividendos del art. 21 de la LIS debería reforzar esta interpretación. No olvidemos que esta exención no es más que un mecanismo para evitar la doble imposición sobre rentas que ya han tributado en sede de la sociedad operativa, por lo que es difícilmente aceptable que el destino natural y único de esas rentas sea, precisamente, que vuelvan a tributar por el IRPF en sede de la persona física. Más, si cabe, cuando la persona física tenga intención de reinvertir esos beneficios en su circuito empresarial a través de la sociedad *holding*.

Es más, a nuestro juicio, la consideración de que las reservas generadas con anterioridad a la aportación deben tributar de forma natural en sede del socio persona física, siguiendo, además, un criterio FIFO, casa mal con lo dispuesto en el art. 31 de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019 antes mencionado:

2. Cualquier reparto de reservas disponibles se calificará como una operación de “distribución de beneficios” y, en consecuencia, originará el reconocimiento de un ingreso en el socio, siempre y cuando, desde la fecha de adquisición, la participada o cualquier sociedad del grupo participada por esta última haya generado beneficios por un importe superior a los fondos propios que se distribuyen.

3. El juicio sobre si se han generado beneficios por la participada se realizará atendiendo exclusivamente a los beneficios contabilizados en la cuenta de pérdidas y ganancias individual desde la fecha de adquisición, salvo que, de forma indubitada, el reparto con cargo a dichos beneficios deba calificarse como una recuperación de la inversión desde la perspectiva de la entidad que recibe el dividendo.

Siguiendo este criterio, si la sociedad operativa que es objeto de aportación o incluso sus filiales han obtenido beneficios con posterioridad a la aportación en una cuantía superior a los fondos propios que se distribuyen, se podría considerar que se distribuyen, en primer lugar, los beneficios generados con posterioridad a la aportación, de ahí que se reconozcan como un ingreso en sede del socio y no como una minoración en el valor contable de su inversión.

Así se desprende igualmente del criterio del ICAC manifestado en la Consulta 1 del BOICAC 123/2020. Sin ánimo de entrar en el detalle de los distintos escenarios planteados por el ICAC en esta consulta, es probable que la doctrina del TEAC contenida en las Resoluciones de diciembre de 2024 choque con este criterio contable, ya que existirán diferentes supuestos en los que la entidad operativa disponga de reservas generadas con anterioridad a la aportación, pero que, por razones puramente contables, proceda a distribuir beneficios generados por ella o por sus filiales con posterioridad a la operación de aportación no dineraria. Sería extraño y carente de soporte legal que, en estos casos, se optara por mantener el criterio FIFO única y exclusivamente a los efectos de aplicar el régimen FEAC, a modo de ajuste fiscal al resultado contable.

3. La regularización en un ejercicio distinto al de aplicación del régimen FEAC

Una de las consecuencias más relevantes de las Resoluciones del TEAC es la relativa a la regularización en un ejercicio distinto al propio del diferimiento. Por un lado, tiene un efecto evidente en cuanto a la potencial prescripción de la deuda tributaria y, por otro, a nuestro juicio, refuerza la interpretación de la cláusula antiabuso propia del régimen FEAC conforme a las normas generales antiabuso contenidas en la LGT.

Bajo el paraguas de esta doctrina, la Administración tributaria podría limitarse a inspeccionar el ejercicio o ejercicios en los que se hubiera llevado a cabo la distribución del dividendo, de tal forma que, automáticamente, y por la vía de la regularización de las obligaciones conexas contenida en el art. 68.9 de la LGT, quedara interrumpida la prescripción de la deuda tributaria correspondiente al ejercicio en el que se aplicó el régimen FEAC.

Quizás esta interpretación sea aún más evidente cuando hubiera prescrito el derecho de la Administración tributaria a regularizar la deuda tributaria correspondiente al ejercicio en el que se aplicó el régimen FEAC. En este caso, con base en el art. 115.3 de la LGT, la doctrina del TEAC permitiría desplazar de forma efectiva el foco de la regularización tributaria al ejercicio o ejercicios en los que se produce la distribución del dividendo, con independencia de que, en ese momento, hubiera prescrito el derecho de la Administración tributaria a regularizar la deuda tributaria correspondiente al ejercicio en el que se acordó la aplicación del régimen FEAC.

Esta interpretación se sostiene en el hecho de que el propio régimen FEAC queda en suspenso hasta que la Administración valide si la aplicación del dividendo responde o no a motivos económicos válidos. Y es precisamente la aplicación de los arts. 68.9 y 115 de la LGT la que daría cobertura jurídica al desplazamiento del foco de regularización al ejercicio o ejercicios en los que se distribuyen los dividendos, con independencia de que la regularización se base en la norma antiabuso propia del régimen FEAC.

A nuestro juicio, esta consecuencia no hace sino reforzar la indisociable vinculación, contenida en las Resoluciones del TEAC, entre el diferimiento propio del régimen FEAC y el destino dado a las rentas diferidas, de tal forma que, como ya han destacado algunos autores, permite al TEAC aplicar la norma antiabuso propia del régimen FEAC en un ejercicio posterior, como es el de la aplicación del dividendo que procede de las rentas diferidas con el régimen FEAC.

Con este fin, la doctrina del TEAC introduce una novedosa interpretación de la cláusula antiabuso del régimen FEAC en la que conviene detenerse brevemente.

Como hemos comentado, las Resoluciones del TEAC comienzan recordando que, conforme a la jurisprudencia del TS, la cláusula antiabuso del régimen FEAC es autónoma y propia de este régimen, de tal forma que no cabría limitar su configuración a la propia de las normas antiabuso contenidas en la LGT.

Así lo había entendido tradicionalmente el TS en diversas sentencias¹⁰, en las que había manifestado que la cláusula antiabuso propia del régimen FEAC transcendía las figuras del fraude de ley o de la simulación, contenidas en la LGT, para contemplar situaciones más difusas en las que el contribuyente actúa con abuso de derecho. A juicio del TS, este abuso de derecho se aproxima más a la doctrina de los negocios jurídicos anómalos, contenida en el art. 7.2 del Código Civil, que, en resumen, prohíbe el abuso del derecho y su ejercicio antisocial.

Pese a reconocer la existencia de esta línea jurisprudencial, las Resoluciones del TEAC se apartan de esta interpretación para configurar la norma antiabuso en un sentido similar al contenido en las normas generales antiabuso contenidas en la LGT. A juicio del TEAC, es la propia modificación introducida por la LIS, que, recordemos, permite la inaplicación parcial del régimen FEAC, la que justifica una interpretación de la cláusula antiabuso que se limite a eliminar la ventaja fiscal. Para ello, el TEAC considera que la cláusula antiabuso contenida en el art. 89.2 de la LIS debe interpretarse en un sentido similar al contenido en el art. 15.3 de la LGT:

[...] En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o **eliminando las ventajas fiscales obtenidas**, y se liquidarán intereses de demora. [El subrayado y las negritas son nuestros]

Con independencia de que la inaplicación parcial del régimen FEAC era la consecuencia lógica de la aplicación del principio de proporcionalidad a la regulación contenida en el derogado Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, creemos que la conclusión adoptada por el TEAC en este punto en particular se ajusta más a la finalidad de la norma.

A nuestro juicio, la interpretación de la norma antiabuso del régimen FEAC conforme a la prohibición del abuso del derecho y su ejercicio antisocial es excesivamente difusa e imprecisa, hasta el punto de que podría resultar de aplicación a cualquier actuación del sujeto pasivo, sin necesidad de que la Administración tuviera que ajustar su actuación a los límites de las cláusulas antiabuso contenidas en la LGT.

No obstante, al mismo tiempo, esta interpretación permite al TEAC desplazar la aplicación de la cláusula antiabuso propia del régimen FEAC a un ejercicio posterior, que será cuando se distribuyan o realicen las rentas diferidas.

Si el tratamiento fiscal del dividendo, aisladamente considerado, solo podría haberse cuestionado mediante la aplicación de las normas generales antiabuso, particularmente, mediante la aplicación del procedimiento previsto en caso de conflicto en la aplicación de la norma tributaria (art. 15 de la LGT), su indisociable vinculación con el régimen FEAC y su cláusula antiabuso permitirán a la Administración confirmar la existencia de un abuso, pero, al mismo tiempo,

10 Además de las mencionadas en las Resoluciones del TEAC, destacamos la sentencia nº 3772/2010 del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2010, rec. núm 373/2007 [ECLI:ES:TS:2010:3772] o la sentencia nº 5619/2013 del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2013, rec. núm 654/2012 [ECLI:ES:TS:2013:5619].

obviando las formalidades y garantías propias de este procedimiento, en particular, el informe preceptivo de la Comisión consultiva exigido por el art. 159 de la LGT.

Por ello, a nuestro juicio, sería deseable que la regularización de un ejercicio posterior al propio de la aplicación del régimen FEAC se ajustara, estrictamente, al procedimiento legalmente establecido en el art. 15 de la LGT, y ello aun cuando, a juicio del TEAC, dicha regularización tuviera su origen y fundamento en la aplicación indebida del régimen FEAC.

Eficiencia energética y certificados de ahorro energético: oportunidades del régimen de certificación en España

Ana Cremades Leguina

Socia de Pérez-Llorca

ENERGÍA

Belén López Gardey

Asociada de Pérez-Llorca

ENERGÍA

I.	Introducción y planteamiento general	56
II.	Marco normativo del Sistema CAE	58
III.	Funcionamiento del Sistema CAE: tipos de actuaciones de eficiencia energética, papel de los agentes e instituciones, y procedimiento de emisión y liquidación de CAE	60
	1. Tipos de actuaciones de eficiencia energética: actuaciones estandarizadas y actuaciones singulares	61
	2. Agentes del Sistema CAE	62
	3. Procedimiento para la emisión de CAE: desde la actuación de eficiencia energética a la liquidación del CAE	66
	4. Solicitud de emisión de CAE	67
	5. Compraventa y liquidación del CAE	68
	6. Inspección, control y régimen sancionador. Cancelación del CAE	68
IV.	El Sistema CAE en cifras. Desafíos y perspectivas de futuro del Sistema	69



Fecha de recepción

8 de abril de 2025



Fecha de aceptación

6 de mayo de 2025



Resumen: En el presente artículo se analiza el Sistema de Certificados de Ahorro Energético (Sistema CAE) en España, un mecanismo que permite a los sujetos obligados cumplir sus obligaciones de ahorro energético mediante la presentación de certificados que acreditan la consecución de ahorros de energía final (CAE). El Sistema CAE ofrece una alternativa a la contribución financiera al Fondo Nacional de Eficiencia Energética, lo que supone una ventaja para los sujetos obligados por su mayor flexibilidad y asequibilidad económica. Además, el Sistema CAE tiene como objetivo primordial incentivar las inversiones en actuaciones de eficiencia energética, al permitir monetizar los ahorros de energía final generados por estas y remunerar su cesión a terceros. En el artículo se abordan desde una perspectiva crítica el marco normativo y el funcionamiento del Sistema CAE, los tipos de actuaciones de eficiencia energética que pueden acometerse para generar ahorros de energía final y los agentes involucrados. Finalmente, se analizan los desafíos y perspectivas del Sistema CAE.

Abstract: This article analyses the System of Energy Saving Certificates (CAE System) in Spain, a system that enables parties that are subject to energy saving obligations to fulfil these obligations by submitting certificates verifying that they have achieved final energy savings (CAE). The CAE System offers an alternative to financial contributions to the National Energy Efficiency Fund, which is advantageous for those subject to the obligation due to its greater flexibility and affordability. In addition, the primary objective of the CAE System is to encourage investment in energy efficiency measures by allowing the final energy savings generated by these measures to be monetised and remunerated when transferred to third parties. The article takes a critical look at the regulatory framework and functioning of the CAE System, the types of energy efficiency measures that can be undertaken to generate final energy savings, and the parties involved. Finally, the challenges and prospects of the CAE System are analysed.



Palabras clave: Certificados de Ahorro Energético; Eficiencia energética; Actuaciones de eficiencia energética; Fondo Nacional de Eficiencia Energética; Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico

Key words: Energy Saving Certificates; Energy efficiency; Energy efficiency measures; National Energy Efficiency Fund; Ministry for Ecological Transition and Demographic Challenge

Eficiencia energética y certificados de ahorro energético: oportunidades del régimen de certificación en España

I. Introducción y planteamiento general

“Primero, la eficiencia energética” se consagra como un principio fundamental de la política energética de la Unión Europea, y ello con base en la consideración general de que la mejor energía o la más sostenible es la que no se consume. Para el legislador europeo, la eficiencia energética es una de las fórmulas más efectivas para reforzar la seguridad del abastecimiento energético y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero¹, y así lo ha ido perfilando en las distintas directivas, reglamentos y decisiones emitidas en materia energética.

Por lo que se refiere al legislador español, la necesidad de trasponer a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 relativa a la eficiencia energética (“**Directiva 2012/27/UE**”), con el objetivo de cumplir con las obligaciones de ahorro energético asumidas por España, culminó con la creación, a través de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (“**Ley 18/2014**”), del Sistema Nacional de Obligaciones de Eficiencia Energética (“**SNOEE**”), con un periodo de duración hasta el 31 de diciembre de 2030. En virtud del SNOEE, como señala el apartado primero del art. 69 de la citada Ley, se asigna a determinadas empresas², que tienen la consideración de “sujetos obligados”, una cuota anual de ahorro energético de ámbito nacional, denominada “obligación de ahorro”.

Desde la entrada en vigor de la Ley 18/2014 y hasta el año 2023, el cumplimiento efectivo de las obligaciones anuales de ahorro energético se ha llevado a cabo por los sujetos obligados exclusivamente mediante una contribución financiera anual al Fondo Nacional de Eficiencia Energética (“**FNEE**”), gestionado por el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (“**IDAE**”), y cuyo objeto, tal y como establece el art. 72 de la Ley 18/2014, es:

La financiación de mecanismos de apoyo económico, financiero, asistencia técnica, formación, información, u otras medidas con el fin de aumentar la eficiencia energética en diferentes sectores, de forma que contribuyan en su conjunto a alcanzar el objetivo de ahorro de energía nacional.

No obstante, ya desde la creación del SNOEE, la Ley 18/2014 previó la posibilidad de que el cumplimiento por los sujetos obligados de sus obligaciones anuales de ahorro energético pudiera llevarse a cabo, de manera alternativa a la contribución financiera al FNEE, a través de un mecanismo de acreditación de la consecución de una cantidad de ahorro energético

1 Vid. Considerando considerando (1) de la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética (DO L 315, de 14 de noviembre de 2012, pp. 1-56).

2 Empresas comercializadoras de gas y electricidad, operadores de productos petrolíferos al por mayor y operadores de gases licuados de petróleo al por mayor.

equivalente al cumplimiento de las obligaciones del sistema basado en la presentación de Certificados de Ahorro Energético ("**CAE**") que resulten de la realización de las actuaciones de eficiencia energética.

Pues bien, esta posibilidad de cumplimiento alternativo no ha sido una realidad hasta la aprobación del Real Decreto 36/2023, de 24 de enero, por el que se establece un sistema de Certificados de Ahorro Energético ("**RD 36/2023**"), que permite a los sujetos obligados cumplir sus obligaciones de ahorro mediante la presentación de CAE, siempre que se respete el porcentaje mínimo de aportación económica al FNEE, que se fijará cada año por orden ministerial. En concreto, el CAE se configura como un documento electrónico que acredita la obtención de un ahorro de energía final equivalente a 1 kWh, y que se encuentra cifrado unívocamente para identificar a su titular y la fecha de expiración de su validez. Sobre esta base, el Sistema de Certificados de Ahorro Energético ("**Sistema CAE**") es el entorno que permite que los sujetos obligados del SNOEE puedan acreditar el cumplimiento de todas o parte de sus obligaciones de ahorro energético a través de la liquidación de CAE obtenidos a partir de ahorros de energía final resultantes de actuaciones de eficiencia energética.

De esta manera, la Orden TED/296/2023, de 27 de marzo, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2023 ("**Orden TED/296/2023**") permite, por primera vez y nueve años después de la creación del SNOEE, que los sujetos obligados puedan satisfacer una parte de sus obligaciones de ahorro anual mediante la presentación de CAE, sin perjuicio de la obligación de respetar el porcentaje de aportación económica mínima al FNEE. En concreto, para el año 2023, el porcentaje de aportación económica mínima al FNEE se fijó en el 60%, de modo que se permite liquidar CAE por el 40% de la obligación de ahorro. En el año 2024³ se ha fijado en el 35% (*i. e.*, se permite liquidar CAE por el 65% de la obligación de ahorro) y en el año 2025⁴ se ha fijado en el 15% (*i. e.*, se permite liquidar CAE por el 85% de la obligación de ahorro).

Por lo que se refiere a los sujetos obligados, la posibilidad de acreditar sus obligaciones de ahorro por medio de CAE como alternativa a la contribución financiera al FNEE, entre otras cuestiones, presenta una oportunidad evidente desde el punto de vista financiero. Así, debe notarse que, mientras que el importe de la contribución financiera al FNEE se fija cada año por medio de la correspondiente orden ministerial que determina para ese año la cifra (en euros) de la equivalencia financiera para cada obligación de ahorro medida en GWh (*v. gr.*, para el año 2025, dicho importe se ha fijado en 189.165,95 euros por GWh ahorrado), el precio de cada CAE, sin embargo, se acuerda libremente entre las partes, generalmente sobre la base de un porcentaje de la equivalencia financiera fijada para cada año. Lo anterior determina que el cumplimiento de las obligaciones de ahorro mediante CAE resulte financieramente más ventajoso que el cumplimiento a través de la aportación financiera al FNEE, en la medida en que el valor de la equivalencia financiera no es, huelga decirlo, susceptible de negociación.

Por otro lado, y en cuanto a los sujetos que llevan a cabo las actuaciones de eficiencia energética susceptibles de generar CAE, el sistema representa una oportunidad única para permitir incentivar este tipo de iniciativas sobre la base de poder obtener un beneficio económico asociado a dichas actuaciones, adicional al ahorro energético que generarán, y que permita

3 Orden TED/268/2024, de 20 de marzo, por la que se establecen las obligaciones de ahorro energético, el cumplimiento mediante certificados de ahorro energético y la aportación mínima al FNEE para el año 2024 (BOE núm. 73, de 23 de marzo de 2024).

4 Orden TED/197/2025, de 26 de febrero, por la que se establecen las obligaciones de ahorro energético, el cumplimiento mediante certificados de ahorro energético y la aportación mínima al FNEE para el año 2025 (BOE núm. 54, de 4 de marzo de 2025).

contribuir a sufragar la inversión. Así, debe resaltarse que, hasta la creación del Sistema CAE, este efecto incentivador solo se obtenía sobre la base de los programas de ayudas públicas (generalmente, en forma de subvenciones o préstamos) gestionados por el IDAE con cargo al FNEE, si bien, tras la creación de los CAE, se permite que sea el mercado el que module este efecto incentivador a través de la libre negociación entre las partes del precio de los CAE.

Por tanto, el Sistema CAE va más allá del mero cumplimiento normativo y se presenta como una oportunidad para acelerar la transición energética en España, al tiempo que se crea un mercado de la eficiencia energética con un gran potencial. Así lo describió la última actualización del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2023-2030, al afirmar que el Sistema CAE “va a ser un elemento fundamental para impulsar la eficiencia energética, permitiendo recuperar parte del coste de la inversión en actuaciones en este ámbito”⁵.

Así, como se ha anticipado, el Sistema CAE presenta una oportunidad de mercado para todos los agentes involucrados. En primer lugar, para los sujetos con obligaciones de ahorro anual, ya que pueden cumplir con estas obligaciones de una forma más económica que las aportaciones al FNEE. En segundo lugar, para quienes acometan inversiones en proyectos de eficiencia energética (propietarios del ahorro de energía), ya que el Sistema CAE permite monetizar los ahorros de energía final generados por estas actuaciones. Por último, también presenta ventajas para los sujetos delegados, que están adquiriendo un papel protagonista para el Sistema CAE como agentes que facilitan la tarea de conseguir CAE a los sujetos obligados, por su capacidad de detectar actuaciones de eficiencia energética generadoras de ahorros de energía final.

Y, dentro de este esquema, debe destacarse también el papel clave del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (“**MITECO**”) para el desarrollo y el perfeccionamiento del Sistema CAE, a través de su interlocución directa y continua con los operadores, que, entre otras cuestiones, se materializa en la modificación e inclusión de actuaciones de eficiencia energética en el catálogo de medidas estandarizadas o en la publicación de datos sobre el Sistema CAE con carácter mensual desde comienzos de este año.

Con fundamento en lo anterior, a continuación, se abordará: i) el marco normativo aplicable al Sistema CAE; ii) el funcionamiento del Sistema CAE, haciendo especial hincapié en la tipología de actuaciones de eficiencia energética, los agentes implicados en el Sistema CAE y el procedimiento que debe seguirse para la emisión de CAE, y iii) por último, se analizarán desde un punto de vista crítico las ventajas y los desafíos que el Sistema CAE presenta para los agentes involucrados.

II. Marco normativo del Sistema CAE

El contexto energético europeo se caracteriza por la dependencia de materias primas de terceros estados, la presión sobre determinados recursos energéticos y la urgencia de cumplir con los compromisos climáticos -v. gr., la reducción neta del 55% de las emisiones de gases de efecto invernadero para 2030 respecto a los niveles de 1990⁶-. En este contexto, la eficiencia

5 Vid. *Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2023-2030* (septiembre de 2024): https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/energia/files-1/pniec-2023-2030/PNIEC_2024_240924.pdf, p. 14.

6 Vid. *Plan del Objetivo Climático para 2030 de la Comisión Europea*: https://commission.europa.eu/energy-climate-change-environment/overall-targets-and-reporting/2030-targets_es#:~:text=Pol%C3%ADtica%2C%20estrategia%20y%20legislaci%C3%B3n%20de%20la%20UE%20para,los%20niveles%20de%201990%20de%20aqu%C3%AD%20a%202030.

energética se erige como un principio clave para la Unión Europea, ya que su promoción se constituye como un “medio valioso”⁷ para optimizar el consumo de recursos energéticos en momentos de escasez, fortalecer la autonomía energética, estimular la innovación y contribuir al crecimiento económico de la Unión de forma estructural en periodos de crisis económica.

Fruto de esta voluntad, la Directiva 2012/27/UE estableció un marco común para el fomento de la eficiencia energética en la Unión, incorporando acciones concretas que permitiesen alcanzar mayores cuotas de ahorro energético, que, hasta ese momento, presentaba deficiencias⁸. Con posterioridad a su aprobación, la Directiva 2012/27/UE ha sufrido distintas modificaciones, que han permitido, en primer lugar, ampliar el periodo de vigencia de las obligaciones de ahorro exigibles a los Estados miembros, que ahora se extiende hasta el 31 de diciembre de 2030. En segundo lugar, han posibilitado aumentar los objetivos de eficiencia energética, que, para el año 2030, se fijan en una reducción del 32,5% en el consumo de energía primaria y final en la Unión⁹.

Entre las medidas que permiten incrementar los volúmenes de ahorro energético, destacamos, por su importancia, la obligación de cada Estado miembro de cumplir con determinadas obligaciones de ahorro de energía, para lo que establecerá un sistema de obligaciones de eficiencia energética que le permita alcanzar el objetivo de ahorro de energía acumulado para cada Estado.

Como se ha anticipado, España acometió la tarea de crear el SNOEE a través de la Ley 18/2014. El sistema diseñado por la norma supone que el cumplimiento de las obligaciones anuales de ahorro energético se realizará mediante una contribución financiera anual al FNEE, si bien se habilita al Gobierno para que cree y desarrolle un sistema de acreditación de ahorros de energía final alternativo mediante la emisión de CAE a partir de la consecución de una cantidad de ahorro energético que sea equivalente al cumplimiento de las obligaciones mediante la aportación financiera al FNEE. Así, con base en la exposición de motivos de la Ley 18/2014, el Sistema CAE se configura como un mecanismo que permitirá a los sujetos obligados cumplir progresivamente sus obligaciones de ahorro, a la vez que promueve la inversión directa en actuaciones de mejora de la eficiencia energética¹⁰.

No obstante lo anterior, el desarrollo reglamentario del Sistema CAE al que alude la Ley 18/2014 no fue acometido hasta la aprobación del RD 36/2023.

Como señala el art. 1.2 del RD 36/2023, la finalidad del Sistema CAE es contribuir al cumplimiento para el año 2030 del objetivo de ahorro acumulado de energía final establecido en el art. 7 de la Directiva 2012/27/UE¹¹.

7 Vid. considerando (1) de la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética.

8 Vid. considerando (5) de la Directiva 2012/27/UE.

9 La Directiva (UE) 2018/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE (DO L 328 de 21.12.2018, p. 210-230), y, en concreto, por medio de la cual se incrementan los objetivos de eficiencia energética, parte de los valores tomados en 2007, que mostraron un consumo de energía primaria en 2030 de 1.887 Mtep y un consumo de energía final de 1.416 Mtep en la Unión. Con base en lo anterior, una reducción del 32,5% corresponde a unos consumos de energía primaria y final de 1.273 Mtep y 956 Mtep en 2030, respectivamente; vid. considerando (6) de la Directiva 2018/2002.

10 Vid. Punto VII de la exposición de motivos de la Ley 18/2014, *ut supra*.

11 El objetivo de ahorro acumulado de energía final fue ampliado por el art. 8 de la Directiva (UE) 2023/1791 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2023, relativa a la eficiencia energética y por la que se modifica el Reglamento (UE) 2023/955, que refuerza el marco común para el fomento de la eficiencia energética dentro de la Unión Europea (DO L 231 de 20.9.2023, pp. 1-111). Con base en la Directiva 2023/1791, España debe alcanzar un ahorro un acumulado de 53.593 ktep, un 44% superior al objetivo establecido por la Directiva 2012/27/UE para el mismo periodo.

Adicionalmente, el RD 36/2023 establece las bases para el cálculo de las obligaciones de ahorro energético y la distinción entre actuaciones de eficiencia energética estandarizadas y singulares, el papel de los sujetos delegados y, con carácter principal, la regulación de las instituciones y del procedimiento que permite la cuantificación y verificación de los ahorros de energía final resultantes de la actuación de eficiencia energética y la posterior emisión de CAE.

Las bases establecidas por el RD 36/2023 han tenido un desarrollo posterior en dos órdenes ministeriales: i) la Orden TED/815/2023, de 18 de julio, por la que se desarrolla parcialmente el Real Decreto 36/2023, de 24 de enero, por el que se establece un Sistema de Certificados de Ahorro Energético ("**Orden TED/815/2023**"), que viene a desarrollar los aspectos centrales del RD 36/2023 (*i. e.*, papel de los sujetos delegados y procedimiento administrativo para la emisión de CAE), y ii) la Orden TED/845/2023, de 18 de julio, por la que se aprueba el catálogo de medidas estandarizadas de eficiencia energética ("**Orden TED/845/2023**"), que aprueba un primer catálogo que incluye una serie de actuaciones de eficiencia energética estandarizadas por sectores y su correspondiente metodología de cálculo de ahorros energéticos finales obtenidos; catálogo que se encuentra en constante revisión y ampliación mediante resoluciones de la Dirección General de Planificación y Coordinación Energética¹².

Por último, como prueba de que el Sistema CAE se encuentra en constante evolución, debe indicarse que hasta la fecha se han abierto distintos trámites de consultas públicas que anticipan novedades de calado para el sistema. En particular, en el mes de febrero de 2025 se abrieron dos trámites de consulta pública previa: uno sobre la propuesta de orden ministerial por la que se desarrolla un sistema de subastas de necesidades de ahorro energético; y otro sobre el programa de proyectos singulares de ahorro y eficiencia energética financiado por el FNEE.

III. Funcionamiento del Sistema CAE: tipos de actuaciones de eficiencia energética, papel de los agentes e instituciones, y procedimiento de emisión y liquidación de CAE

Como se ha anticipado, el Sistema CAE surge de la necesidad de buscar y generar ahorros de energía final como resultado de la realización de actuaciones de eficiencia energética que faciliten que España pueda cumplir con los objetivos de ahorro agregado a los que se ha comprometido con la Unión Europea.

Así, el protagonista indiscutible del sistema es el CAE, instrumento que permite reconocer la existencia de un ahorro anual de consumo de energía final proveniente de una actuación de eficiencia energética, ya sea esta estandarizada o singular. Como se adelantaba, un CAE es un documento electrónico que acredita la obtención de un ahorro de energía final de 1 kWh, al tiempo que identifica a su titular y la fecha de expiración de su validez. Como desarrollaremos posteriormente, la particularidad de los CAE reside en que únicamente pueden ser propiedad de un sujeto obligado o de un sujeto delegado, mismos sujetos a los que se habilita con carácter exclusivo a solicitar su emisión, así como a liquidarlos contra las obligaciones de ahorro de energía de los sujetos obligados.

12. Página web del Sistema CAE: <https://www.miteco.gob.es/es/energia/eficiencia/cae/catalogo-de-fichas.html>.

De lo anterior se desprende que la emisión de un CAE requiere la previa existencia de una cantidad de ahorro de energía final, ahorro que necesariamente debe ser el resultado de una actuación de eficiencia energética. El proceso que surge con una actuación de eficiencia energética y finaliza con la liquidación de un CAE para saldar obligaciones de ahorro se compone de una serie de fases e involucra a una serie de agentes e instituciones que se analizarán en el presente epígrafe.

1. Tipos de actuaciones de eficiencia energética: actuaciones estandarizadas y actuaciones singulares

La actuación de eficiencia energética es el punto de partida del Sistema CAE y consiste en el proceso o conjunto de procesos acometidos por una persona física o jurídica susceptibles de generar ahorros de energía final; ahorros que podrán acreditarse a través de la emisión del correspondiente CAE.

El RD 36/2023 establece dos tipos de actuaciones de eficiencia energética susceptibles de generar ahorros de energía final que se pueden acreditar mediante CAE: i) actuaciones estandarizadas, y ii) actuaciones singulares.

Las actuaciones estandarizadas son las que se encuentran recogidas dentro del catálogo de medidas estandarizadas de eficiencia energética, que, como se anticipaba, fue aprobado por la Orden TED/845/2023. Este catálogo tiene carácter nacional, y es revisado y actualizado periódicamente por la Dirección General de Planificación y Coordinación Energética del MITECO en atención a la evolución del mercado y de la tecnología disponible.

El catálogo de actuaciones estandarizadas es el instrumento que permite recopilar las correspondientes fichas técnicas, que, entre otra información, contienen la metodología necesaria para calcular la cantidad de ahorro de energía final generada por una actuación que, por sus características y particularidades técnicas, pueda ser fácilmente replicable. Así, cada ficha técnica incluida en el catálogo contiene la descripción de la actuación de eficiencia energética, el ahorro energético anual estimado y la metodología de cálculo de los ahorros, así como la documentación que es necesario recopilar y presentar para solicitar la emisión de los CAE acreditativos de los ahorros generados por cada actuación acometida.

Debe destacarse que el catálogo de medidas estandarizadas previsto en la Orden TED/845/2023 se estructura en función de los sectores de actividad en los que la actuación de eficiencia energética puede tener lugar, y que son: sector agrario, sector industrial, sector terciario, sector residencial y sector transporte. Hasta la fecha, según los datos de la Subdirección General de Eficiencia y Acceso a la Energía, actualizados a 30 de abril de 2025, el sector industrial es el que acomete un mayor porcentaje de actuaciones de eficiencia energética, que posteriormente solicitan ahorros al sistema (67,9%), tanto actuaciones estandarizadas (68,7%) como singulares (67,4%)¹³.

Por su parte, las actuaciones singulares son las que, por sus características y particularidades técnicas, no se encuentran incluidas dentro de una ficha técnica del catálogo, pero que podrán

13 A efectos de cálculo del porcentaje de actuaciones que se acometen, el Ministerio tiene en cuenta la división por sectores, inicialmente planteada para el catálogo de medidas estandarizadas, también para las actuaciones singulares. Para muestra, *vid.* Subdirección General de Eficiencia y Acceso a la Energía, *Informe CAE del mes de abril de 2025* (datos actualizados a 30 de abril de 2025).

dar derecho a la emisión de CAE válidos una vez que hayan sido ejecutadas y los ahorros anuales de energía final resultantes de la actuación hayan sido confirmados por un verificador de ahorro energético.

Hasta ahora, como resulta previsible por su mayor facilidad para la acreditación de la obtención de ahorros de energía final, según los datos del MITECO, la gran mayoría de las actuaciones de eficiencia energética realizadas en España son estandarizadas: para muestra, se han solicitado CAE acreditativos de ahorros de energía provenientes de 1.943 actuaciones estandarizadas, frente a 108 solicitudes provenientes de actuaciones singulares¹⁴. Sin embargo, resulta interesante destacar que el ahorro de energía final resultante de las actuaciones singulares es muy superior que el de las estandarizadas. Como prueba, la suma de las actuaciones de eficiencia energética singulares generó un ahorro de 1.571 GWh, frente a los 981,3 GWh de ahorro generados por la suma de las actuaciones estandarizadas, lo que en números relativos supone un considerable 62 % de ahorros finales de energía en favor de las actuaciones singulares frente al 38 % correspondiente a las actuaciones estandarizadas.

Por último, debe tenerse en cuenta que, para que un ahorro de energía final sea susceptible de convertirse en CAE, la actuación de eficiencia energética, sea singular o estandarizada, ha debido iniciar su ejecución con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del RD 36/2023 (*i. e.*, 26 de enero de 2023). Adicionalmente, a los efectos de que el sujeto obligado cumpla con sus obligaciones de ahorro frente al SNOEE, un CAE podrá ser registrado y liquidado hasta tres años después de haberse realizado la actuación de eficiencia energética generadora del ahorro, siempre que la ejecución de la actuación se haya iniciado entre el día 26 de enero de 2023 y el día 31 de diciembre de 2030 (incluido).

2. Agentes del Sistema CAE

El Sistema CAE crea una estructura de agentes e instituciones que participan y hacen posible el proceso que nace con el acometimiento de la actuación de eficiencia energética y finaliza con la liquidación del CAE. A continuación, se identifican los principales agentes que intervienen en el Sistema CAE, así como sus funciones y las relaciones jurídicas que establecen entre sí en el marco del sistema.

2.1. Sujetos obligados

Los sujetos obligados son las empresas comercializadoras de gas y electricidad, así como los operadores al por mayor de productos petrolíferos y gases licuados del petróleo ("**GLP**"), que, conforme al art. 69 de la Ley 18/2014, están obligados a alcanzar una determinada cantidad anual de ahorro energético. Como se anticipaba, los sujetos obligados pueden cumplir sus obligaciones de ahorro por dos vías: i) realizando una contribución económica o aportación financiera al FNEE, o ii) liquidando CAE, ya sean generados por el propio sujeto obligado o adquiridos en el mercado.

Las obligaciones de ahorro correspondientes a cada uno de los sujetos obligados se calculan anualmente por el MITECO a partir de la información remitida por ellos mismos sobre sus datos de ventas de energía final en el mercado nacional¹⁵, así como la

14 *Vid.* Subdirección General de Eficiencia y Acceso a la Energía, *Informe CAE del mes de abril de 2025* (datos actualizados a 30 de abril de 2025).

15 Para el año 2025, han sido calculadas por la Orden TED/197/2025, *vid. ut supra*.

información proporcionada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”) y por la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos (“CORES”).

2.2. Sujetos delegados

Son todas aquellas personas jurídicas que asumen de forma total o parcial la delegación de la obtención de ahorros de energía de uno o varios sujetos obligados, siempre que previamente se hayan acreditado como sujetos delegados ante el Coordinador Nacional del Sistema CAE¹⁶. Dicha acreditación exige el cumplimiento de unos requisitos mínimos de capacidad legal, de competencia técnica en materia de eficiencia energética y de solvencia económica que se detallan en la Orden TED/815/2023¹⁷.

Además de la obligación de obtener ahorros de energía final en beneficio de uno o varios sujetos obligados, los sujetos delegados pueden asumir la obligación de liquidar CAE en beneficio de los sujetos obligados por la cantidad equivalente a los ahorros de energía final que le hayan sido delegados. Precisamente por lo anterior, la norma reconoce que únicamente podrán ser titulares (y solicitar la emisión) de un CAE los sujetos obligados o los sujetos delegados, ya que son los mismos sujetos a quienes la normativa atribuye capacidad para poder liquidar posteriormente CAE contra las obligaciones anuales de ahorro de energía.

Es importante matizar que el sujeto delegado no asume la obligación anual de ahorro del sujeto obligado, sino que se compromete a obtener y liquidar en nombre de este un número de CAE equivalente a una cantidad de ahorro de energía final determinada. Esta asunción se realiza mediante un contrato de derecho privado que la norma denomina contrato de delegación, cuyo contenido mínimo se establece en el art. 10.1 del RD 36/2023 y se desarrolla en la Orden TED/815/2023. Así, desde la fecha de firma de los correspondientes contratos de delegación, y hasta su fecha de finalización o de rescisión, los sujetos delegados pueden liquidar CAE por cuenta de los sujetos obligados y, como máximo, por la cantidad de ahorros de energía que le hayan sido delegados.

2.3. Propietario del ahorro

Es la persona física o jurídica que realiza la inversión en una actuación de eficiencia energética (singular o estandarizada) con la finalidad de obtener ahorros de energía final, que es el titular inicial de estos ahorros energéticos. La norma también atribuye esta consideración a la persona a la que le ha sido cedido el ahorro generado por dicha actuación de eficiencia energética, cesión que tiene lugar contractualmente.

Para que un sujeto obligado o un sujeto delegado se convierta en titular de los ahorros de energía final, y a los efectos de poder solicitar la emisión de los CAE equivalentes a dichos ahorros, deberá suscribir con el propietario inicial del ahorro un Convenio CAE, cuyo contenido mínimo se establece en el art. 11.2 de la Orden TED/815/2023. No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que el Convenio CAE es un contrato sujeto a derecho privado, por lo que, siempre que se respete el contenido mínimo establecido

¹⁶ El Coordinador Nacional del Sistema CAE es la Dirección General de Planificación y Coordinación Energética del MITECO.

¹⁷ Puede consultarse la lista actualizada de sujetos delegados acreditados en la página web del Sistema CAE, ver en: <https://www.miteco.gob.es/es/energia/eficiencia/cae/agentes.html>

legalmente, las partes podrán incluir las previsiones que consideren convenientes para ajustar dicho Convenio CAE a sus necesidades.

En este sentido, debe destacarse que, desde el punto de vista contractual, el Convenio CAE constituye la pieza esencial de todo el Sistema CAE, siendo el acuerdo privado que permite al propietario inicial del ahorro, en tanto que es el sujeto que ha ejecutado la actuación de eficiencia energética que genera el mismo, ceder dicho ahorro a un sujeto obligado o delegado a cambio de una contraprestación que garantice el efecto incentivador de llevar a cabo una medida de eficiencia energética. Asimismo, el Convenio CAE permite al sujeto obligado o delegado obtener la titularidad de los ahorros y, con ello, solicitar la verificación de los ahorros de energía y posterior emisión de CAE¹⁸.

En lo que se refiere a la contraprestación de los ahorros cedidos, que, como se anticipaba, debe garantizar el efecto incentivador de la ejecución de la medida de eficiencia energética, la normativa no impone que esta deba ser necesariamente pecuniaria, de modo que es posible que la contraprestación sea en especie. En este sentido, el MITECO advierte que el Convenio CAE –y, en general, cualquier contrato privado de cesión de ahorros de energía– debe expresar de forma clara e inequívoca la contraprestación que se recibe a cambio de los ahorros, de modo que, si se trata de una prestación pecuniaria, el precio se expresará de manera cierta y empleando las unidades de euros por kWh, mientras que, si la contraprestación no es pecuniaria, deberá explicitarse de qué se trata y cómo se materializará, así como el valor económico equivalente expresado también en euros por kWh¹⁹. Igualmente, el MITECO señala que el Convenio CAE debe indicar si la contraprestación se ofrece a cambio del ahorro cedido o si se adaptará a la cantidad de ahorro finalmente convertido en CAE, si bien advierte que no es posible que la contraprestación se vincule a un hecho hipotético posterior a la emisión de los CAE²⁰.

2.4. Usuario final o beneficiario

Es la persona física o jurídica que obtiene un beneficio de los ahorros de energía final generados por la actuación de eficiencia energética, por ser el titular, arrendatario u ocupante de las instalaciones en las que se ha llevado a cabo la actuación. Como señala el MITECO, es habitual que el usuario final coincida con el propietario del ahorro²¹, aunque no se trata de una condición necesaria.

18 Pese a que la norma no lo prevé expresamente, el MITECO ha incluido un nuevo criterio en las Preguntas frecuentes del Sistema CAE, consistente en que, a partir del 15 de diciembre de 2024, no podrán tener la consideración de “propietario del ahorro” en el ámbito del Sistema CAE el empresario o el profesional que no tengan establecimiento permanente en España (*vid. Preguntas frecuentes del MITECO, “¿Quién es el propietario del ahorro energético de una actuación?”*: <https://www.miteco.gob.es/es/energia/eficiencia/cae/preguntas-frecuentes.html>). Téngase en cuenta que las preguntas frecuentes carecen de valor jurídico, de modo que el MITECO se exime de las responsabilidades derivadas del uso de esta información, si bien sirven como criterio orientativo para los agentes.

19 *Vid. Preguntas frecuentes del MITECO, “¿Cómo debe recogerse la contraprestación ofrecida al propietario del ahorro en el convenio CAE o en el contrato privado de cesión de ahorros?”*: <https://www.miteco.gob.es/es/energia/eficiencia/cae/preguntas-frecuentes.html>.

20 *Ibid.*

21 *Vid. Sistema de Certificados de Ahorro Energético (CAE), Agentes que intervienen en el sistema, “Usuario final”,* página web del Sistema CAE: <https://www.miteco.gob.es/es/energia/eficiencia/cae.html>.

2.5. Verificador de ahorro energético

Es la entidad acreditada por la Entidad Nacional de Acreditación ("**ENAC**"), elegida libremente por el sujeto obligado o por el sujeto delegado, que se encarga de verificar que la actuación de eficiencia energética (singular o estandarizada) se ha ejecutado correctamente, que la documentación asociada cumple con los requisitos normativos, y que los ahorros energéticos declarados son reales y cuantificables²².

2.6. Instituciones

Dentro del Sistema CAE participan actores institucionales, como los Gestores Autonómicos y el Coordinador Nacional.

Los Gestores Autonómicos son los órganos con competencias en materia de eficiencia energética, designados por las comunidades autónomas, a los que se les encomienda la tarea de validar la información contenida en el expediente CAE de las actuaciones de eficiencia energética ejecutadas en su ámbito territorial para proceder a la emisión del CAE y a su preinscripción en el Registro Nacional de CAE en caso de que se cumplan los requisitos establecidos por la norma²³.

Por su parte, el Coordinador Nacional del Sistema CAE, papel que desempeña la Dirección General de Política Energética y Minas del MITECO, es el órgano encargado de asegurar el correcto funcionamiento del Sistema CAE a nivel nacional, así como de inscribir definitivamente los CAE en el Registro Nacional y de la gestión de dicho Registro.

2.7. Otros agentes: el papel de los intermediarios

Además de los agentes e instituciones mencionados, en el Sistema CAE pueden intervenir agentes intermedios, como empresas instaladoras o de ingeniería, que, además de prestar servicios técnicos a los demás participantes, pueden obtener previamente la titularidad de los ahorros del propietario inicial para transferírselos con posterioridad a un sujeto obligado o delegado.

En caso de que se presente una solicitud de emisión de CAE en la que haya intervenido algún intermediario, deberán adjuntarse a la solicitud todos los Convenios CAE y contratos de cesión de ahorros de energía, de modo que se garantice la trazabilidad de la titularidad de los ahorros y la contraprestación que garantice el efecto incentivador de la medida de eficiencia energética al propietario del ahorro²⁴.

22 Puede consultarse la lista actualizada de organismos acreditados por ENAC para la verificación de ahorro energético en la página web del Sistema CAE: *Búsqueda por productos y servicios*, "ENAC, Entidad Nacional de Acreditación".

23 Vid. página web del Sistema CAE: <https://www.miteco.gob.es/es/energia/eficiencia/cae/agentes.html>.

24 El MITECO establece que los Convenios CAE que se hayan suscrito a partir del 15 de diciembre de 2024 garantizarán que, como máximo, haya habido un intermediario entre el propietario original del ahorro y el sujeto obligado o delegado solicitante de la emisión de los CAE, *vid. Preguntas frecuentes del MITECO*, "¿Es posible que haya algún intermediario entre el propietario inicial del ahorro y el sujeto obligado o delegado que solicita la emisión de CAE?": <https://www.miteco.gob.es/es/energia/eficiencia/cae/preguntas-frecuentes.html>

3. Procedimiento para la emisión de CAE: desde la actuación de eficiencia energética a la liquidación del CAE

El proceso de acreditación del ahorro de energía final generado por una determinada actuación se inicia con la ejecución de una actuación de eficiencia energética que genere una reducción verificable en el consumo de energía final anual. Desde nuestro punto de vista, el hecho diferencial en la tramitación del procedimiento de verificación y posterior solicitud de emisión de CAE reside, precisamente, en si la actuación generadora de ahorro es singular o estandarizada, ya que las actuaciones estandarizadas, gracias al catálogo y a las correspondientes fichas técnicas, permiten agilizar tanto la verificación como la emisión de CAE a los agentes e instituciones implicados, mientras que las actuaciones singulares no cuentan con el apoyo previo de fichas técnicas y metodologías que les resulten de aplicación (lo que no impide que puedan servir como criterio orientativo).

Como se anticipaba, y sin perjuicio de la posible existencia de un intermediario, para adquirir la propiedad del ahorro en energía final generado por una actuación, el sujeto obligado o el sujeto delegado deberá firmar un Convenio CAE con el propietario original del ahorro (con la única excepción de que la actuación de eficiencia energética se haya promovido por el propio sujeto obligado²⁵).

Ejecutada la actuación de eficiencia energética²⁶ y adquirida la condición de nuevo propietario del ahorro, el sujeto obligado o el sujeto delegado puede iniciar el procedimiento para convertir el ahorro de energía final en CAE y, posteriormente, liquidar dicho CAE contra las obligaciones de ahorro que le correspondan, cuestiones que se abordan en este apartado.

3.1. Verificación de los ahorros de energía final

El sujeto obligado o el sujeto delegado presentará una solicitud de verificación del ahorro ante el verificador acreditado para el tipo de actuación de eficiencia energética acometida de su elección.

Como se anticipaba, durante el procedimiento de verificación del ahorro pueden verse las primeras diferencias de tramitación entre las actuaciones estandarizadas y las singulares. Así, mientras que, en las actuaciones estandarizadas, el verificador comprueba que la documentación indicada en la ficha técnica se corresponde con la actuación realizada, la verificación de las actuaciones singulares requiere una mayor comprobación, que parte del examen, entre otros, del contenido de la memoria o proyecto técnico de la actuación, del certificado de final de obra y/o de la instalación, y, en general, de toda la documentación que permita confirmar el ahorro de energía final resultante de la ejecución de la actuación singular. Con base en la información analizada, el verificador del ahorro emitirá dictamen favorable, único que permitirá solicitar la emisión de CAE, o desfavorable, o podrá requerir la subsanación de aquellos elementos que lo requieran si resulta posible.

25 Vid. *Preguntas frecuentes del MITECO*, "Si el propietario del ahorro es un SO o un SD, ¿tiene que firmar un convenio CAE?": <https://www.miteco.gob.es/es/energia/eficiencia/cae/preguntas-frecuentes.html>

26 La normativa permite incluir en una misma solicitud distintas actuaciones de eficiencia energética, siempre y cuando dichas actuaciones hayan sido ejecutadas en el mismo año y dentro de la misma Comunidad Autónoma (*vid.* art. 12.2 del RD 36/2023, *ut supra*).

Quedan patentes, por tanto, las diferencias en los procedimientos de verificación de las actuaciones estandarizadas y singulares, siendo reseñable la simplificación en los trámites en el caso de acometerse una actuación estandarizada. En relación con lo anterior, cabe recordar que el propio MITECO destacaba, al presentar el Sistema CAE²⁷, que la existencia de fichas técnicas estandarizadas para determinadas actuaciones de eficiencia energética representa una ventaja significativa por su capacidad de simplificar en tiempo y coste el procedimiento de verificación, en la medida en que estas fichas: i) permiten asegurar desde el principio que la actuación acometida es elegible para la generación de CAE; ii) incorporan la metodología de cálculo del ahorro previamente validada por el MITECO, lo que facilita la estandarización de criterios técnicos y reduce los márgenes de interpretación de las partes implicadas, e iii) incluyen el soporte documental necesario para el posterior proceso de verificación de los ahorros de energía generados por la actuación.

A pesar de lo anterior, como se ha indicado anteriormente, los datos estadísticos demuestran que hasta la fecha han sido las actuaciones singulares las que más ahorros de energía susceptibles de convertirse en CAE han generado, lo que resulta lógico si se tiene en cuenta la envergadura de este tipo de actuaciones. Precisamente por la envergadura y las dificultades que puede entrañar la determinación de todos los elementos relacionados con la metodología y el cálculo de ahorros de energía estimados en las actuaciones singulares, la normativa prevé la posibilidad de que los sujetos obligados, los sujetos delegados e, incluso, los propios propietarios del ahorro puedan plantear de forma voluntaria una consulta previa a la realización de la actuación singular que vaya a generar un ahorro de energía final superior a un GWh ante el Coordinador Nacional²⁸. Conviene señalar que la respuesta del Coordinador Nacional no exime de la posibilidad de acudir al procedimiento de verificación previa a la solicitud de emisión de CAE, ni tampoco condiciona el resultado de este proceso de verificación.

4. Solicitud de emisión de CAE

Obtenido el dictamen favorable del verificador del ahorro, el sujeto obligado o el sujeto delegado podrá presentar la solicitud de emisión de CAE ante el Gestor Autonómico de la Comunidad Autónoma en la que se haya acometido la actuación de eficiencia energética²⁹.

Es importante indicar que ninguna actuación de eficiencia energética que haya sido beneficiaria de un programa de ayudas financiado con cargo al FNEE podrá ser objeto de una solicitud de emisión de CAE. Con esta restricción se impide que una actuación de eficiencia energética, cuya inversión ya ha sido financiada con cargo a fondos públicos –i. e., el FNEE, que se financia a partir de las aportaciones de los sujetos obligados–, se vea doblemente compensada con una contraprestación cuya finalidad es precisamente incentivar el acometimiento de la actuación de eficiencia energética; y, adicionalmente, y debido a la naturaleza de las aportaciones al FNEE, se evita computar doblemente el ahorro de energía final proveniente de aportaciones ante el FNEE y de liquidación de CAE a efectos de cumplimiento de obligaciones de ahorro por parte de España.

27 Subdirección General de Eficiencia y Acceso a la Energía, *Sistema de Certificados de Ahorro Energético (CAE)*: https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/energia/files-1/Eficiencia/CAE/Documents/20230807_Presentacion-Sistema-CAE-web.pdf, p. 8.

28 *Vid.* Art. 24 de la Orden TED/815/2023, *ut supra*.

29 En caso de que una actuación de eficiencia energética exceda del ámbito territorial de una comunidad autónoma, el citado art. 14 de la Orden TED/815/2023 prevé que la solicitud de emisión de CAE se dirija al Coordinador Nacional.

El Gestor Autonómico competente comprobará el expediente CAE con carácter previo a validar la solicitud de emisión. La validación del expediente CAE se realizará mediante informe favorable de validación e implicará la emisión del número de CAE correspondientes a la suma de ahorros anuales de energía final acreditados por el solicitante. Sobre la base anterior, el Gestor Autonómico preinscribirá estos CAE en el Registro Nacional del Sistema CAE. A continuación, el Coordinador Nacional inscribirá definitivamente el certificado en el Registro Nacional, circunstancia que comunicará al solicitante.

De nuevo, pueden apreciarse las diferencias entre las actuaciones de eficiencia energética singulares y estandarizadas en lo que respecta al plazo para resolver la solicitud de emisión de CAE y la inscripción definitiva en el Registro Nacional. Así, en el caso de actuaciones estandarizadas, el plazo desde la fecha de la solicitud de emisión de CAE hasta su inscripción definitiva en el Registro Nacional será de 20 días, mientras que en el caso de actuaciones singulares será de 35 días.

Un CAE inscrito será válido en toda España desde el momento de su inscripción en el Registro Nacional de CAE y hasta la fecha de expiración de su validez, que tendrá lugar, bien transcurridos tres años desde la finalización de la ejecución de la actuación de eficiencia energética que generó el ahorro convertido en CAE, bien el 1 de enero de 2031, lo que suceda antes.

5. Compraventa y liquidación del CAE

El titular de un CAE (sujeto obligado o sujeto delegado) válidamente inscrito podrá proceder a su compraventa o a su liquidación contra obligaciones de ahorro de un sujeto obligado. Hay que tener en cuenta que, en caso de que se firme un contrato de compraventa sobre el CAE, es necesario obtener la aceptación de la transmisión de la titularidad de los CAE por parte del Coordinador Nacional, ya que el CAE debe reflejar la identidad de su titular en cada momento y, adicionalmente, el criterio del MITECO apunta a que no es posible presentar una solicitud de liquidación de un CAE adquirido mediante compraventa si no se dispone del documento de aceptación de dicha transmisión por parte del Coordinador Nacional³⁰.

Por su parte, la liquidación de un CAE supone el reconocimiento de la consecución del ahorro anual de energía recogido en dicho CAE para un año concreto contra las obligaciones de ahorro de un determinado sujeto obligado, tarea que corresponde al Coordinador Nacional del Sistema de CAE. Como se anticipaba, la liquidación puede ser solicitada tanto por el sujeto obligado, para cumplir con parte de sus obligaciones anuales de ahorro del SNOEE, o por parte de un sujeto delegado, por los CAE de los que sea titular siempre que se correspondan con la cantidad equivalente al ahorro de energía objeto del contrato de delegación.

6. Inspección, control y régimen sancionador. Cancelación del CAE

El RD 36/2023 desarrolla un régimen en materia de inspección, control y sanciones del Sistema CAE, atribuyendo estas funciones a la Secretaría de Estado de Energía. Las inspecciones que se lleven a cabo se reflejarán en un informe técnico que se incorporará al correspondiente expediente CAE, mientras que las irregularidades detectadas podrán derivar en procedimientos sancionadores instruidos por el Coordinador Nacional.

³⁰ Vid. *Preguntas frecuentes del MITECO*, "¿Es posible solicitar la liquidación de CAE sin ser titular o propietario?": <https://www.miteco.gob.es/es/energia/eficiencia/cae/preguntas-frecuentes.html>

Asimismo, si el Coordinador Nacional detectase alguna irregularidad que afecte a la validez de un CAE inscrito en el Registro Nacional, podrá acordar su cancelación, previa notificación al Gestor Autonómico correspondiente y al titular del CAE, al que también se dará traslado para que formule alegaciones. La validez del CAE quedará suspendida cautelarmente durante el periodo en el que se dirime su cancelación. Si tras las alegaciones se desestima la cancelación, el CAE recuperará su validez original; en caso contrario, se procederá a su baja registral y el titular perderá toda capacidad de actuación sobre él. Contra la resolución de cancelación cabrá interponer recurso de alzada ante la Secretaría de Estado de Energía.

Por último, el incumplimiento del régimen jurídico del Sistema CAE será sancionado conforme al sistema de infracciones y sanciones previsto en los arts. 77 y siguientes de la Ley 18/2014.

IV. El Sistema CAE en cifras. Desafíos y perspectivas de futuro del Sistema

Desde nuestro punto de vista, y atendiendo a cuanto se ha expuesto, resulta lícito concluir que el Sistema CAE presenta ventajas para todos los sujetos involucrados.

En primer lugar, para los sujetos obligados, presenta la ventaja indiscutible de permitirles cumplir con sus obligaciones de ahorro energético de manera alternativa a la aportación económica al FNEE, lo que confiere una mayor flexibilidad en el cumplimiento de dicha obligación, en la medida en que se le otorga la capacidad (que hasta la implementación del Sistema CAE no tenía) de negociar la retribución de los ahorros energéticos que le permitirán posteriormente obtener CAE. Y, sobre todo, en tanto que la retribución a los propietarios del ahorro y a los sujetos delegados –si procede– sea inferior a la equivalencia financiera de la aportación económica al FNEE, el Sistema CAE será financieramente más ventajoso para cumplir con las obligaciones anuales de ahorro que la aportación económica directa; Esto unido a la posibilidad de comercializar los CAE que, siendo de su titularidad, no se liquiden contra obligaciones de ahorro, permite incluso rentabilizar la adquisición de ahorros de energía final aun cuando los CAE asociados a ellos puedan exceder de las obligaciones de ahorro que el sujeto obligado desea afrontar mediante la liquidación de CAE.

En este sentido, el Sistema CAE responde a una demanda que los sujetos obligados han mantenido desde la creación en el año 2014 del SNOEE, dirigida a que las obligaciones de ahorro energético pudiesen satisfacerse también mediante medios alternativos a la pura contribución financiera anual al FNEE. Prueba de lo anterior es la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“**TJUE**”), en el contexto de un recurso planteado contra la Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2015³¹, en la que una de las cuestiones resueltas por el TJUE fue, precisamente, la adecuación a la normativa europea de la previsión española del Sistema CAE como alternativa a la contribución al FNEE.

En segundo lugar, y en cuanto a los propietarios del ahorro energético, el Sistema CAE les otorga la oportunidad de monetizar y vender el fruto de la actuación de eficiencia energética que han financiado, esto es, los ahorros de energía final resultantes, como alternativa a la obtención de financiación asociada a un programa de ayudas públicas. Ello, además, a un

31 La cuestión finalmente fue resuelta en la sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018, asunto C-561/16, ECLI:EU:C:2018:633.

precio aparentemente muy ventajoso, como resulta de los datos de la Subdirección General de Eficiencia y Acceso a la Energía, actualizados a 30 de abril de 2025, que apuntan a un precio medio por ahorro certificado que oscila entre los 115 y los 140 euros por MWh³². Teniendo en cuenta que la equivalencia financiera para el año 2025 es de 189,17 euros/MWh³³, de lo anterior deriva que el precio que se está abonando por la cantidad de ahorro que posteriormente resulta certificado, aun siendo inferior a la equivalencia financiera –y, por ello, interesante para el sujeto obligado–, es ventajoso para ambas partes.

Lo anterior permite concluir que, por el momento, se está retribuyendo a los propietarios del ahorro de manera elevada, probablemente porque en este momento la oferta de ahorros de energía es insuficiente para satisfacer la demanda de los sujetos obligados y los sujetos delegados. Este precio permite, además, garantizar el efecto incentivador de la ejecución de medidas de eficiencia energética, que es el objetivo del RD 36/2023 en lo que se refiere a la retribución de los ahorros energéticos.

Por último, el Sistema CAE ha permitido conferir un papel fundamental a los sujetos delegados, tanto en la localización de actuaciones generadoras de ahorros energéticos susceptibles de posterior certificación como en la tramitación del procedimiento de emisión y liquidación de CAE, lo que los convierte en agentes con un *know-how* de gran valor para el funcionamiento del Sistema CAE.

Prueba del creciente interés por el Sistema CAE es el notable y progresivo crecimiento del volumen de solicitudes de emisión de CAE. Para muestra, según los datos publicados por la Subdirección General de Eficiencia y Acceso a la Energía actualizados a 30 de abril de 2025, se han registrado un total de 1.182 solicitudes desde el mes de diciembre de 2023 hasta el mes de marzo de 2025³⁴, con un ahorro acumulado que alcanza 2.522 GWh³⁵. Hasta la fecha, el mes de abril de 2025 es el tercer mes con más solicitudes en la historia del programa (156 solicitudes), solo superado por octubre de 2024 (207 solicitudes) y noviembre de 2024 (313 solicitudes)³⁶, meses en los que las solicitudes tienden a aumentar para poder obtener CAE antes del cierre del año.

No obstante lo anterior, y pese a que la valoración general del Sistema CAE por parte de los agentes involucrados es positiva, existen algunas cuestiones que requieren la atención del Ministerio, de las instituciones y de los agentes involucrados en el Sistema.

Una de las cuestiones que más se ha planteado en distintos foros públicos ha sido el rol de las propias Administraciones públicas como potenciales facilitadoras de la consecución de ahorros de energía a partir de actuaciones de eficiencia energética acometidas en edificios públicos, teniendo presente la función ejemplarizante de los edificios de los organismos públicos que la propia Directiva 2012/27/UE prevé³⁷. A tal fin, el IDAE ha preparado un modelo de pliegos de Contratos de Rendimiento Energético para el sector público en el que se prevé que, si la actuación de eficiencia energética que va a acometerse es susceptible de generar ahorros

32 Vid. Subdirección General de Eficiencia y Acceso a la Energía, *Informe CAE del mes de abril de 2025* (datos actualizados a 30 de abril de 2025).

33 Vid. Art. primero, apartado 2, de la Orden TED/197/2025, *ut supra*.

34 Vid. Subdirección General de Eficiencia y Acceso a la Energía, *Informe CAE del mes de abril de 2025* (datos actualizados a 30 de abril de 2025).

35 Vid. *ibid*.

36 Vid. *ibid*.

37 Vid. Art. 5 de la Directiva 2012/27/UE, *ut supra*.

de energía, los licitadores deberán desglosar en la oferta que presenten la parte del precio que constituye la contraprestación por la cesión de los ahorros, de manera que la propia adjudicación del contrato público pueda servir como convenio de cesión a los efectos de garantizar la trazabilidad de la titularidad de los ahorros de energía³⁸.

Otra de las cuestiones susceptibles de mejora es la posibilidad de incrementar la transparencia del Sistema CAE en lo que respecta a un mejor conocimiento de las necesidades de ahorro y los precios que se están abonando en las cesiones de los ahorros, y en el mercado de compra-venta de CAE. Con respecto a las primeras, como se anticipaba, desde enero de 2025, el Ministerio está publicando datos mensuales actualizados sobre el precio medio por ahorro certificado y, adicionalmente, está trabajando en el establecimiento de un sistema de subastas de necesidades de ahorro energético. Con respecto a la segunda cuestión, los agentes reclaman el desarrollo de la plataforma electrónica a la que se refiere el art. 20 del RD 36/2023, de modo que se facilite la tarea de solicitar, comprar y liquidar CAE, de acceder a información actualizada sobre los CAE registrados y su estado, así como a la información de la evolución del precio medio de venta de los CAE, y ello con la finalidad de fomentar un mercado lo más competitivo posible.

A pesar de la existencia de algunos puntos de mejora, la apuesta por el Sistema CAE como mecanismo para cumplir las obligaciones de ahorro del SNOEE parece decidida, como muestra el hecho de que, en el año 2025, hasta un máximo del 85% de las obligaciones de ahorro se podrá asumir mediante la liquidación de CAE³⁹, frente al 40% fijado en 2023 y el 65% fijado en 2024, y, en esta línea ascendente, la previsión de cumplimiento de las obligaciones mediante liquidación de CAE para los años 2026 y 2027 asciende hasta un 90% de las obligaciones de ahorro⁴⁰.

En definitiva, desde el punto de vista institucional, el Sistema CAE se perfila como un instrumento clave para la reducción del consumo energético, la descarbonización de la economía y el cumplimiento de los compromisos de ahorro de energía asumidos por España con la Unión Europea. Por su parte, desde el punto de vista comercial, y como se ha venido indicando, el Sistema CAE es una oportunidad para los propietarios del ahorro, para los sujetos delegados y, muy especialmente, para los sujetos obligados, quienes, por las obligaciones que la normativa les impone, son protagonistas en la reducción del consumo y en el cumplimiento de compromisos de ahorro de energía.

38 Vid. Modelo de pliegos de contratos de Rendimiento energético para el sector público del IDAE, disponible en: <https://www.idae.es/tecnologias/eficiencia-energetica/edificacion/edificios-publicosconsulta-publica-sobre-los-borradores-de-modelos-de-pliegos-de-clausulas-administrativas-y-tecnicas#:~:text=Transformaci%C3%B3n%20y%20Resiliencia.,ADJUNTOS,-Pliego%20de%20condiciones>, p. 7.

39 Vid. Art. segundo, apartado 3, de la Orden TED/197/2025, *ut supra*.

40 Vid. Art. tercero de la Orden TED/197/2025, *ut supra*.

NÚM.13

Problemas y cuestiones

REVISTA JURÍDICA PÉREZ-LLORCA

Mayo 2025

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.

La propiedad temporal y la propiedad compartida: una fórmula alternativa de acceso a la vivienda en España

Javier Villanueva

Asociado de Pérez-Llorca

CORPORATE - REAL ESTATE

Ignacio de Benito

Asociado de Pérez-Llorca

CORPORATE - REAL ESTATE

I.	Introducción	76
II.	Propiedad temporal	77
	1. Definición y naturaleza jurídica	77
	2. Características principales	78
III.	Propiedad compartida	80
	1. Definición y naturaleza jurídica	80
	2. Características principales	81
IV.	Ejemplos prácticos sobre la aplicación de estas figuras	83
	1. Familias jóvenes con necesidades habitacionales crecientes	83
	2. Profesionales con movilidad geográfica o en inicio de carrera	83
	3. Familias del entorno rural con hijos en edad universitaria	84
	4. Personas mayores que quieren residir en su vivienda sin dejar herederos	84
	5. Administración pública o entidad del tercer sector en proyectos de <i>cohousing</i>	84
	6. Inversores privados con perfil patrimonialista moderado	85
V.	Conclusión	85

**Fecha de recepción**

8 de abril de 2025

**Fecha de aceptación**

30 de abril de 2025



Resumen: Este artículo examina la propiedad temporal y la propiedad compartida como fórmulas jurídicas intermedias que ofrecen una alternativa real al binomio tradicional entre propiedad y alquiler. Partiendo del contexto actual de dificultad en el acceso a la vivienda en España, se analizan sus características, ventajas y limitaciones, así como su posible aplicación práctica en distintos perfiles sociales. Estas figuras, ya reguladas en el derecho catalán, podrían representar una vía adicional para facilitar el acceso a la vivienda. Una propuesta sugerente para repensar el modelo de tenencia y dar respuesta a los desafíos del mercado inmobiliario contemporáneo.

Abstract: This article analyses temporary ownership and shared ownership as legal mechanisms that offer a real alternative to the traditional dichotomy between ownership and renting. In light of the current challenges surrounding access to housing in Spain, this article analyses the characteristics, advantages, and limitations of these legal concepts, as well as their potential practical application to different groups in society. Already regulated under Catalan law, these mechanisms could represent an additional avenue to facilitate access to housing. This is a compelling proposal to rethink the tenancy model and address the challenges of the contemporary real estate market.



Palabras clave: Propiedad Temporal, Propiedad Compartida, Tenencia Intermedia, Vivienda y Accesibilidad

Key words: Temporary Ownership, Shared Ownership, Intermediate Tenancy, Housing and Accessibility.

La propiedad temporal y la propiedad compartida: una fórmula alternativa de acceso a la vivienda en España

I. Introducción

El acceso a la vivienda en España se ha convertido en un desafío creciente en las últimas décadas, siguiendo una tendencia global que dificulta cada vez más el acceso a la vivienda para amplios sectores de la población. Esta realidad se ha visto agravada recientemente por diversos factores interrelacionados, destacando la escasez de oferta de vivienda, tanto en alquiler como en propiedad, el incremento de la demanda, la escalada de los precios, el aumento de la ocupación, la insuficiencia de suelo edificable, la disparidad regulatoria entre municipios y la falta de financiación adecuada para los promotores.

La propiedad y el alquiler se han constituido históricamente como los principales mecanismos de acceso a la vivienda. No obstante, estas figuras han evidenciado ciertas limitaciones a la hora de facilitar dicho acceso, así como para atender y ajustarse a las necesidades cambiantes de una población en continua evolución. Tradicionalmente, el mercado inmobiliario español se ha caracterizado por una fuerte cultura de la propiedad, donde la adquisición de una vivienda se consideraba no solo un objetivo personal de estabilidad familiar, sino también una inversión segura y un símbolo de solidez económica. Según los datos del Instituto Nacional de Estadística ("INE"), cerca del 80% de las viviendas son en propiedad, mientras que el 20% restante corresponde al alquiler.

Tras el estallido de la crisis inmobiliaria en España, la arraigada cultura de la propiedad se vio seriamente afectada. El acceso a una vivienda "perpetua" exigía elevados desembolsos, llevando a muchas familias a endeudarse en exceso y a una oleada de desahucios que dejó gran parte del parque inmobiliario en manos de entidades financieras. Además, la producción masiva de viviendas frustró las expectativas de inversión ante la drástica caída de los precios en aquellos años y la quiebra de numerosas constructoras que no terminaron sus promociones.

En este contexto, y en un intento por incrementar el parque de viviendas en alquiler y consolidar el alquiler como una forma predominante de acceso a la vivienda, se han promovido diversas reformas dirigidas a la protección de los arrendatarios y a propiciar un marco legal estable. Sin embargo, el auge de las viviendas turísticas, la desconfianza de los propietarios ante posibles impagos y ocupaciones, y los topes en los precios del alquiler han contribuido, lejos de lo buscado, a un estancamiento del mercado de alquiler. La escasa oferta, la subida generalizada de precios y la falta de estabilidad para el arrendatario han impedido que el alquiler se consolide como la vía principal de acceso a la vivienda en España¹.

Tras la crisis inmobiliaria, surgió en España un nuevo perfil de "solicitante" de vivienda que no estaba cubierto por nuestro sistema: personas sin capacidad económica para adquirir una

1 TORRENT CUFÍ, F., "La propiedad temporal y la compartida", en *Revista de la Notaría en castellano*, Lefebvre, 2015.

vivienda en propiedad perpetua sin incurrir en un endeudamiento excesivo o que no logran obtener la financiación necesaria, pero que tampoco cumplen los requisitos para acceder a una vivienda social ni consideran el alquiler como una opción deseable². Las modalidades de tenencia intermedia ofrecen una solución adecuada en estos casos, pues reducen el coste de adquisición y aseguran una mayor estabilidad que el alquiler.

Las tenencias intermedias ofrecen una alternativa novedosa que supera la tradicional dicotomía entre propiedad perpetua y alquiler, al disminuir el coste de la adquisición y la inestabilidad propia del alquiler. En aquellas jurisdicciones donde existen, constituyen una opción viable para familias que no pueden asumir el elevado coste de una propiedad absoluta, pero que buscan “huir” de la precariedad del alquiler. El término “tenencia intermedia” abarca diversas formas de tenencia, que se sitúan entre el alquiler y la propiedad plena, destacando la propiedad temporal y la propiedad compartida. Nuestro ordenamiento jurídico ya contempla algunos mecanismos de tenencia inmobiliaria intermedia, principalmente a través de derechos reales como el usufructo, el derecho de uso, el derecho de habitación o el derecho de superficie, que permiten a su titular gozar de la posesión, el uso y disfrute de la cosa. Sin embargo, estas figuras no han logrado consolidarse en nuestro país como una opción para acceder a la vivienda.

La propiedad temporal, también denominada “tenencia temporal” o “propiedad a término”, confiere a su titular el dominio de un bien durante un plazo cierto, con poderes jurídicos equivalentes a los de un propietario pleno, mientras que el propietario sucesivo ostenta un derecho de reversión, de manera que, concluido el plazo, el dominio del bien revierte de manera automática a este último³. Por su parte, la propiedad compartida, o también denominada “*shared ownership*”, establece un régimen colaborativo en el que uno de los titulares adquiere una cuota inicial de dominio, junto con la posesión, el uso y disfrute exclusivo y excluyente de la vivienda, y conserva el derecho a adquirir gradualmente la cuota restante del otro cotitular⁴. Estas dos figuras se encuentran reguladas hoy en día en la Ley 19/2015, de 29 de julio, de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña (“**Ley 19/2015**”), que incorpora dos nuevos capítulos.

Este artículo se centra en analizar las figuras de la propiedad temporal y la propiedad compartida como modalidades de tenencia intermedia que combinan flexibilidad, asequibilidad y estabilidad, que buscan facilitar el acceso a la vivienda, especialmente a la vivienda habitual, y contribuir al debate sobre cómo facilitar el acceso a la vivienda en un entorno cada vez más complejo y desafiante.

II. Propiedad temporal

1. Definición y naturaleza jurídica

La propiedad temporal constituye una modalidad innovadora del derecho de la propiedad que otorga a su titular –el propietario temporal–, durante un plazo cierto y determinado, el dominio

2 NÚÑEZ ZORRILLA, M.C., “La propiedad temporal y la propiedad compartida: las nuevas formas de acceso a la vivienda en Cataluña”, en *Actualidad Civil*, n.º 12, La Ley, 2015.

3 Esta figura ha sido implementada con éxito en países como Reino Unido bajo el esquema de *leasehold*.

4 En España, la propiedad compartida podría facilitar el acceso a la vivienda sin la necesidad de un desembolso inicial inasumible, ofreciendo una solución más accesible para los jóvenes y las familias de ingresos medios y bajos.

pleno y exclusivo de un bien. Al concluir dicho plazo, la titularidad del bien revierte al titular sucesivo –el originario o el que lo haya adquirido de este–, quien pasa a ostentar nuevamente la plena propiedad del mismo, libre de cualquier carga o contrato que excedan del término pactado⁵.

Por tanto, el titular sucesivo ostenta un derecho de reversión, es decir, una expectativa jurídicamente protegida de recuperar la plena propiedad una vez vencido el plazo pactado. Este derecho, que posee contenido jurídico y económico, puede transmitirse tanto *inter vivos* como *mortis causa*, y es susceptible de ser gravado, si bien no confiere el poder directo sobre el bien mientras subsista la propiedad temporal⁶.

Según el Tribunal Constitucional⁷, la propiedad temporal constituye una manifestación de dominio dividido en la que coexisten, simultáneamente, el titular temporal y el titular sucesivo. Además, la calificó como un mecanismo flexibilizador del dominio y facilitador del acceso a la vivienda. En consecuencia, el Tribunal Constitucional no percibe la propiedad temporal como un nuevo tipo configurador del derecho de propiedad, sino como una regulación innovadora de dicho derecho⁸.

El plazo constituye el elemento definitorio de esta institución, que exige que se establezca de forma expresa, ser cierto y determinado. La Ley 19/2015 fija un mínimo de 10 años para los bienes inmuebles, con el objetivo de otorgar contenido patrimonial al derecho y evitar confusiones con el arrendamiento, y un máximo de 99 años⁹, que dependerá del acuerdo alcanzado entre las partes. Aunque esta figura está concebida principalmente para bienes inmuebles, también es de aplicación para bienes muebles duraderos no fungibles que puedan inscribirse en un registro público¹⁰.

2. Características principales

2.1. Constitución y formalidades

La propiedad temporal se puede constituir por un negocio jurídico *inter vivos*, a título oneroso o gratuito, o por *mortis causa*. El marco legal aplicable a esta institución es de carácter dispositivo, lo que ofrece a las partes un amplio margen para configurar convencionalmente sus derechos, de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad. En consecuencia, la propiedad temporal no requiere ningún requisito formal específico para su validez o eficacia. Sin embargo, por seguridad jurídica y conveniencia en el tráfico jurídico, cualquiera de las partes podrá exigir, en cualquier momento, la formalización de la propiedad temporal en documento público, conforme a la denominada forma *ad utilitatem*¹¹.

5 Ley 19/2015 (vid. Expositivos I y II, y arts. 547-1 y 547-4).

6 Ley 19/2015 (vid. Expositivo I).

7 Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 95/2017, de 6 de julio, rec. núm. 2465/2016 (ECLI:ES:TC:2017:95).

8 IZQUIERDO GRAU, G., "La constitucionalidad de la propiedad temporal", en *Revista jurídica de Catalunya*, Aranzadi, n.º 4, 2017.

9 Ley 19/2015 (vid. Expositivo II y art. 547-4.3.º).

10 Ley 19/2015 (vid. art. 547-2).

11 Vid. arts. 1.279 y 1.280.1.º del Código Civil, y art. 708 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En el mismo sentido se pronuncia NÚÑEZ ZORRILLA, M.C., "La propiedad temporal y la propiedad compartida: las nuevas formas de acceso a la vivienda en Cataluña", en *Actualidad Civil*, n.º 12, La Ley, 2015.

Durante los trabajos parlamentarios que precedieron a la aprobación de la Ley 19/2015, se analizó la conveniencia de atribuir a la inscripción como constitutiva de la propiedad temporal (y también de la propiedad compartida). Sin embargo, en la redacción final de esta ley, el legislador optó finalmente por no exigir de manera expresa dicha inscripción. Pese a ello, dotar de eficacia *erga omnes* a estos derechos refuerza indudablemente su eficacia, así como su proyección en el ámbito registral, aportando seguridad en el tráfico jurídico¹². De hecho, tanto la Ley Hipotecaria como su Reglamento contemplan esta posibilidad, al permitir la inscripción de “otros cualesquiera derechos reales”¹³.

En la práctica, será habitual inscribir el título de adquisición en el Registro de la Propiedad, por las ventajas que esto genera. El propietario temporal verá reconocido su derecho frente a terceros, permitiéndole poder disponer y gravar dicho derecho en el tráfico jurídico ordinario y hacer valer su derecho frente a terceros de buena fe¹⁴. Así, en caso de una eventual transmisión del inmueble durante la vigencia de este derecho, el tercer adquirente deberá respetar el gravamen (la propiedad temporal) y asumir la existencia del mismo durante todo el plazo de duración pactado y restante. De la misma manera, el titular sucesivo también se beneficiaría, pues, si el propietario temporal, que tiene la posesión inmediata del bien, decidiera transmitir o disponer del bien, dichos actos no podrán extenderse más allá del término de la propiedad temporal pactada. Al expirar ese plazo, y con él la posesión inmediata, el bien revertirá automáticamente al titular sucesivo-originario, sin necesidad de ulterior actuación¹⁵.

2.2. Facultades y obligaciones del propietario temporal

Durante el plazo estipulado en el título de adquisición, el propietario temporal ejerce todas las facultades dominicales sin la necesidad de contar con el consentimiento previo del propietario sucesivo, a quien únicamente habrá de notificar el acto tras su formalización. Este poder jurídico, pleno y exclusivo, le legitima para actuar como único propietario¹⁶, sin que el titular sucesivo pueda interferir en el ejercicio de tales facultades¹⁷. Sin embargo, no podrán perjudicar al titular sucesivo aquellos actos y contratos que no hubiera consentido y que excedan de la duración de la propiedad temporal.

Dado que el propietario temporal tiene el uso exclusivo del disfrute del inmueble, serán a cargo de este todos los gastos y tributos asociados al inmueble durante el tiempo que dure el derecho de propiedad temporal. Respecto a los gastos por obras o por reparaciones necesarias y exigibles, habrá que estar a la voluntad de las partes.

12 MARTÍN BRICEÑO, M.R., “La propiedad temporal y la propiedad compartida”, en *Actualidad Civil*, n.º 10, La Ley, 2017.

13 *Vid.* el art. 2 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, y el art. 7 del Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.

14 *Vid.* arts. 34 de la Ley Hipotecaria y 522-8 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales.

15 NÚÑEZ ZORRILLA, M.C., “La propiedad temporal y la propiedad compartida: las nuevas formas de acceso a la vivienda en Cataluña”, en *Actualidad Civil*, n.º 12, La Ley, 2015.

16 De hecho, podría llegar a constituir una segunda propiedad temporal, siempre y cuando esta segunda fuera de duración igual o inferior a la primera.

17 NÚÑEZ ZORRILLA, M.C., “La propiedad temporal y la propiedad compartida: las nuevas formas de acceso a la vivienda en Cataluña”, en *Actualidad Civil*, n.º 12, La Ley, 2015.

2.3. Facultades y obligaciones del propietario sucesivo

El titular sucesivo ostenta un derecho expectante de adquisición plena, con valor jurídico y económico, que puede transmitirse, gravarse o disponerse, tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Aunque no puede interferir en el uso ni en la gestión ordinaria del bien, sí cuenta con la facultad de poder exigir la formalización en escritura pública o la inscripción registral del derecho, además de poder reclamar el resarcimiento de daños en caso de deterioro grave del bien por dolo o culpa del propietario temporal.

2.4. Extinción

La propiedad temporal se extingue por cualquiera de los siguientes supuestos: i) el cumplimiento del plazo convenido; ii) en caso de que el bien se devalúe en un 50% o más por culpa o dolo del propietario temporal y este, tras haber sido requerido por el titular sucesivo, no asuma las obras necesarias para su reparación¹⁸; iii) por renuncia y abandono de la posesión del bien por parte del propietario temporal, aunque, en este caso, los derechos reales constituidos en favor de terceros subsistirán hasta que expire el plazo o concurra justa causa de extinción automática, o iv) por cualquier otra causa que las partes hayan acordado libremente.

Tras la extinción del derecho de propiedad temporal, el titular sucesivo adquiere de pleno derecho la titularidad y la posesión del inmueble, con todas las mejoras y accesiones que subsistan, salvo pacto en contrario. En caso de negativa del propietario temporal a restituir el bien, el titular sucesivo podrá ejercitar la acción reivindicatoria correspondiente¹⁹.

III. Propiedad compartida

1. Definición y naturaleza jurídica

La propiedad compartida facilita el acceso a la vivienda a un nuevo propietario, el denominado propietario "material", permitiéndole adquirir una cuota inicial del dominio de un inmueble que le transmite el propietario original, también denominado propietario "formal", e ir adquiriendo de este, de manera progresiva y gradual, la propiedad del resto de cuotas del inmueble.

En la propiedad compartida concurren varias titularidades que forman una comunidad especial de bienes, cuyo régimen altera el uso y disfrute de la cosa común al atribuir estas facultades en exclusiva al propietario material, en lugar de que los comuneros ejerzan el uso y disfrute en proporción a sus respectivas cuotas de dominio. Esta figura no crea una copropiedad en sentido estricto, sino que permite al propietario material ir adquiriendo progresivamente más cuotas de dominio del propietario formal, quien recibe una contraprestación económica por permitir

18 En tal caso, el titular sucesivo podría resolver el derecho y reclamar los daños y perjuicios correspondientes de conformidad los arts. 1.101 y 1.911 del Código Civil. Otra alternativa sería que el titular sucesivo decidiera continuar con la propiedad temporal y, paralelamente, exigir al propietario temporal la responsabilidad pertinente.

19 *Vid.* art. 348 del Código Civil. También, NÚÑEZ ZORRILLA, M.C., "La propiedad temporal y la propiedad compartida: las nuevas formas de acceso a la vivienda en Cataluña", en *Actualidad Civil*, n.º 12, La Ley, 2015.

ese monopolio exclusivo de la posesión, el uso y disfrute del inmueble de forma exclusiva y excluyente²⁰.

Se trata, por tanto, de una fórmula que permite ir adquiriendo la propiedad de una vivienda progresivamente con una triple finalidad: i) reducir el coste de adquisición inicial de la vivienda afrontando una entrada más asequible; ii) evitar incurrir en un endeudamiento excesivo, y iii) garantizar una tenencia estable al propietario material.

2. Características principales

2.1. Constitución y formalidades

La propiedad compartida se puede constituir por un negocio jurídico *inter vivos*, a título oneroso o gratuito, o por *mortis causa*. En el título de constitución será necesario que se regulen, entre otros: i) la cuota de propiedad compartida inicialmente adquirida por el propietario material; ii) los requisitos y condiciones para el ejercicio del derecho de adquisición gradual de la cuota de dominio titularidad del propietario formal (el calendario de compra, el precio de adquisición, las cuotas de dominio sucesivas, etc.)²¹; iii) la contraprestación dineraria que debe abonar al propietario formal por el ejercicio en exclusiva de las facultades dominicales sobre el inmueble, su actualización y los criterios para su ajuste; iv) la duración de la propiedad compartida²², y v) la aplicación del derecho de tanteo y retracto respecto de la cuota de cada uno de los propietarios en caso de venta a un tercero.

Al igual que en la propiedad temporal, en la propiedad compartida, el título constitutivo se debe inscribir en el Registro de la Propiedad no como requisito formal para su válida constitución, que es eficaz desde que se otorga el título constitutivo, sino para que tenga eficacia *erga omnes*, de manera que el propietario material tenga protección de sus derechos frente a terceros²³.

2.2. Facultades y obligaciones del propietario material

Al propietario material le corresponden principalmente las siguientes facultades: i) el derecho a poseer, usar y disfrutar de la vivienda de forma plena y exclusiva, con el límite de no comprometer su subsistencia; ii) el derecho a enajenar, hipotecar o constituir cualquier otro tipo de gravamen sobre su cuota, así como disponer en caso de muerte, sin perjuicio del derecho de adquisición preferente que ostentaría el propietario formal; iii) el derecho de adquisición gradual para ir adquiriendo más cuota de propiedad de acuerdo con lo establecido en el título de constitución; iv) el derecho de adquisición preferente para el caso de que el propietario formal quisiera vender parte de su cuota a

20 Se podría incluso pactar que la contraprestación dineraria abonada por el propietario material se impute al precio de adquisición de las sucesivas cuotas sobre el inmueble.

21 Aunque las partes tienen libertad para concretar la cuota de dominio que sucesivamente se va a ir adquiriendo por el propietario formal, la Ley 19/2015 dispone que, en defecto de pacto, las cuotas sucesivas no pueden ser inferiores al 10% del total de la propiedad, puesto que es consustancial a esta figura que el propietario material vaya consolidando la plena titularidad sobre el inmueble.

22 En la Ley 19/2015 se prevé, por ejemplo, que la duración compartida puede ser libremente acordada por las partes, con el límite legal de 99 años (similar al previsto para el derecho de superficie; en defecto de pacto, su duración será de 30 años).

23 El artículo 556-5 de la Ley 19/2015 dispone que el título de constitución de la propiedad compartida se debe inscribir en el Registro de la Propiedad de conformidad con la normativa aplicable, y que la inscripción del derecho del propietario material debe realizarse en un folio independiente.

un tercero, y v) el derecho derivado del régimen de propiedad horizontal si el inmueble objeto de la propiedad compartida se encuentra dividido horizontalmente.

Por su parte, en contraposición por ostentar con carácter exclusivo todas las facultades dominicales, el propietario material tiene que cumplir con las siguientes obligaciones: i) pagar al propietario formal el precio de adquisición de cada cuota; ii) abonar la contraprestación dineraria establecida en el título constitutivo por poseer, usar y disfrutar en exclusiva el inmueble²⁴; iii) satisfacer los gastos e impuestos vinculados a la propiedad del inmueble (e. g., electricidad, gas, agua y recogida de basuras), además de la proporción que corresponda a su cuota de dominio en los gastos y tributos relativos a la propiedad del inmueble (e. g., cuotas de la comunidad de propietarios o el impuesto sobre bienes inmuebles); iv) comunicar al propietario formal la transmisión de su cuota a un tercero a los efectos del derecho de adquisición preferente, puesto que de lo contrario respondería solidariamente del pago de la contraprestación dineraria²⁵, y v) abonar el coste de los gastos ordinarios íntegramente, y, respecto de los gastos extraordinarios, los que le correspondan en función de la cuota de titularidad que ostente en cada momento²⁶.

2.3. Facultades y obligaciones del propietario formal

En cuanto al propietario formal, le corresponden las siguientes facultades: i) el derecho a enajenar, hipotecar o constituir cualquier otro tipo de gravamen sobre su cuota, así como disponer en caso de muerte, sin perjuicio del derecho de adquisición preferente que ostentaría el propietario material; ii) el derecho de poder pedir al propietario material acceso al inmueble para poder comprobar su estado, y iii) el derecho a recibir el precio por la adquisición de cada una de las cuotas y la contraprestación dineraria por la utilización exclusiva del inmueble por el propietario material.

Por su parte, el propietario formal tiene que cumplir con las siguientes obligaciones: i) en caso de transmitir su cuota, debe comunicárselo al propietario material a los efectos del derecho de adquisición preferente, puesto que, de lo contrario, los pagos que realice el propietario material serán eficaces y válidos, y ii) abonar el coste de los gastos extraordinarios que le correspondan en función de la cuota de titularidad que ostente en cada momento.

2.4. Extinción de la propiedad compartida

La propiedad compartida se extingue por la concurrencia de cualesquiera de las siguientes situaciones: i) la consolidación de la titularidad plena de todas las cuotas de propiedad en uno de los dos propietarios; ii) la destrucción total o la pérdida del bien; iii) el vencimiento del plazo de duración de la propiedad compartida; iv) la falta de ejercicio de cualesquiera de los derechos de adquisición gradual acordados, salvo pacto en

24 De acuerdo con el artículo 556-9 de la Ley 19/2015, la cuota del propietario material queda afectada, con carácter real, al pago de la contraprestación correspondiente al año en curso y a los dos años inmediatamente anteriores, permitiendo al propietario formal poder ir contra la cuota titularidad del propietario material (o cualquier sucesivo propietario) para satisfacer el pago de la deuda.

25 Para no perjudicar al propietario formal, se debería exigir que los sucesivos propietarios formales tuvieran que acreditar que cuentan con una solvencia económica similar o mayor a la del propietario material inicial.

26 Convendría dejar claro en el título de constitución qué gastos tienen la consideración de ordinarios y cuáles de extraordinarios para evitar futuros conflictos entre las partes.

contrario; v) la conversión en un régimen de comunidad ordinaria o especial; vi) el acuerdo de ambos propietarios, o vii) la renuncia de cualquiera de los titulares, que comporte el acrecimiento a favor del otro.

Para evitar la constitución de una comunidad de bienes indivisa, que no es la finalidad perseguida través de esta figura, se estableció que, en caso de que se extinguiera la propiedad compartida por causas como las referidas en los apartados (iii) y (iv) anteriores, el propietario formal pudiera exigir la adjudicación de la totalidad del bien objeto de la comunidad pagando en metálico el valor de la cuota del propietario material en el momento de exigir la adjudicación.

IV. Ejemplos prácticos sobre la aplicación de estas figuras

La propiedad temporal y la propiedad compartida están dirigidas principalmente a aquellas personas o familias con niveles de ingresos medios, especialmente jóvenes, que puede que no tengan la posibilidad de acceder a viviendas protegidas o que no tengan la suficiente capacidad económica para poder afrontar la adquisición de una vivienda perpetua, o bien que no quieran sobreendeudarse como consecuencia de la inestabilidad de sus empleos, pero que buscan una situación de tenencia más estable que la que ofrece el arrendamiento tradicional²⁷. Su potencial de aplicación es amplio en contextos de movilidad profesional o necesidades habitacionales temporales.

1. Familias jóvenes con necesidades habitacionales crecientes

Un ejemplo paradigmático sería el de un matrimonio o pareja joven, con dos o tres hijos en edad escolar (e. g., 2, 3 y 6 años), que residen en un pequeño piso. Con ingresos medios, aspiran a mejorar sus condiciones de vida accediendo a una vivienda unifamiliar. La adquisición en propiedad temporal de una vivienda de mayores dimensiones por un plazo de, por ejemplo, 20 años, les permitiría ajustar la operación a sus posibilidades económicas, con un endeudamiento contenido, disfrutando de la vivienda en la etapa principal de su vida familiar. Una vez que el derecho se extinga, sus hijos tendrán entre 22 y 26 años, previsiblemente emancipados o a punto de hacerlo, y los progenitores —próximos a la jubilación o a una etapa más tranquila— podrán regresar a su piso anterior, que habrán mantenido alquilado como inversión durante ese tiempo o, de no tenerlo, encontrar un inmueble que se adapte a las necesidades que tengan en ese momento²⁸.

2. Profesionales con movilidad geográfica o en inicio de carrera

Otro caso de aplicación sería el de un profesional o funcionario de edad joven adulta que inicia su actividad en una ciudad con un elevado coste de vida. En estas circunstancias, una hipoteca sobre una propiedad ordinaria supondría una carga desproporcionada, equivalente a un tercio o más de sus ingresos mensuales, o incluso una opción irreal. En cambio, una propiedad temporal por un plazo de 10, 15 o 20 años —en función de su previsión de permanencia, o de los ciclos vitales o profesionales que considere— le permitiría acceder a una vivienda en condiciones más razonables y compatibles con su estabilidad financiera. La duración podría ajustarse, por

27 TORRENT CUFÍ, F., “La propiedad temporal y la compartida”, en *Revista de la Notaría en castellano*, Lefebvre, 2015.

28 TORRENT CUFÍ, F., “La propiedad temporal y la compartida”, en *Revista de la Notaría en castellano*, Lefebvre, 2015.

ejemplo, a los años de prestación de servicios en un determinado destino, al tiempo estimado hasta una promoción profesional o a la duración de los estudios universitarios de sus hijos²⁹. En este caso también podría beneficiarse de la propiedad compartida, ya que en caso de que quisiera desarrollar su carrera profesional con vocación de permanencia en dicho destino, podría ir adquiriendo gradualmente cuotas de propiedad de la vivienda, a la vez que va pagando una contraprestación económica por disfrutar en exclusiva de la vivienda, de manera que podría consolidar la propiedad absoluta de la vivienda de una forma más equilibrada y sostenible.

3. Familias del entorno rural con hijos en edad universitaria

Otro ejemplo ilustrativo sería el de un matrimonio residente en una zona rural con hijos adolescentes próximos a iniciar sus estudios universitarios. Para ofrecer una mayor estabilidad a sus hijos y que parte de ese coste de vida revierta en ellos (a diferencia de un alquiler o una residencia de estudiantes), optan por adquirir una propiedad temporal de un piso en la ciudad por un plazo que cubra la etapa formativa e, incluso, parte de la primera etapa profesional hasta que sean independientes y autónomos. Esta solución puede complementarse con el alquiler de habitaciones a otros estudiantes cuando sus hijos no ocupen toda la vivienda³⁰. Otra opción sería apostar por la propiedad compartida si sus hijos pretendiesen desarrollar su carrera profesional en la misma ciudad, de manera que, mientras sus hijos disfrutan del uso de una vivienda de manera exclusiva, van adquiriendo cuotas graduales de propiedad a medida que avanzan con su carrera profesional, convirtiéndose así en una inversión en su patrimonio futuro.

4. Personas mayores que quieren residir en su vivienda sin dejar herederos

La propiedad temporal puede resultar especialmente útil para personas de edad avanzada sin herederos directos o sin voluntad de dejar la propiedad plena en sucesión. En estos casos, podrían transferir la titularidad de la vivienda a un tercero, conservando para sí el uso mediante un derecho de propiedad temporal. A su fallecimiento, el derecho se extinguiría, y la titularidad plena revertiría al titular sucesivo sin necesidad de tramitar una herencia o de asumir cargas adicionales. Este esquema funcionaría, *de facto*, como un usufructo vitalicio articulado bajo la lógica del dominio dividido.

5. Administración pública o entidad del tercer sector en proyectos de *cohousing*

La propiedad temporal y la propiedad compartida pueden implementarse en proyectos impulsados por administraciones públicas o fundaciones, orientados a fomentar comunidades de vivienda colaborativa (*cohousing*), especialmente para mayores o colectivos vulnerables. En estos modelos, cada residente adquiere el derecho de propiedad temporal por un número determinado de años, lo que garantiza estabilidad y compromiso comunitario, pero sin necesidad de transmitir la plena propiedad. La reversión periódica al titular sucesivo —generalmente una entidad promotora o pública— permitiría la rotación generacional y la sostenibilidad del proyecto. Lo mismo ocurriría en la propiedad compartida, aunque, en este caso, desde las administraciones públicas se apoyaría la adquisición gradual y equilibrada de un sector de la población con dificultades de acceso a una primera vivienda.

29 TORRENT CUFÍ, F., "La propiedad temporal y la compartida", en *Revista de la Notaría en castellano*, Lefebvre, 2015.

30 TORRENT CUFÍ, F., "La propiedad temporal y la compartida", en *Revista de la Notaría en castellano*, Lefebvre, 2015.

6. Inversores privados con perfil patrimonialista moderado

También puede resultar atractivo para inversores interesados en obtener una rentabilidad media sin necesidad de adquirir la propiedad plena. Por ejemplo, la adquisición de un derecho de propiedad temporal de 30 años en una ciudad universitaria permite su explotación como vivienda de alquiler con un horizonte temporal definido y menores costes iniciales. Al expirar el plazo, el activo revierte al titular sucesivo, liberando al inversor de los costes asociados al mantenimiento y gestión a largo plazo.

V. Conclusión

En un contexto como el actual en España, caracterizado por la dificultad generalizada —no limitada únicamente a los jóvenes— de acceder a una primera vivienda en propiedad, los principales retos en política de vivienda deben estar orientados a implementar medidas que incrementen la oferta de vivienda, entre otras, por: i) fomentar la colaboración público-privada para promover y gestionar viviendas asequibles en suelo público; ii) facilitar la financiación a promotores para la construcción de viviendas; iii) propiciar un marco favorable al endeudamiento y crédito responsable; iv) otorgar garantías eficaces para proteger a los arrendadores frente a impagos y ocupaciones, incentivando positivamente a los propietarios de viviendas vacías a que las ofrezcan en alquiler; v) apostar por la construcción industrializada, y vi) flexibilizar el acceso a la vivienda mediante nuevas formas de tenencia intermedias que combinen asequibilidad, flexibilidad y estabilidad.

De entre todas estas medidas, la propiedad temporal y la propiedad compartida ofrecen una alternativa adicional flexible, accesible y estable. Entre sus principales ventajas destacan la flexibilidad y la accesibilidad, ya que permiten planificar la adquisición de una vivienda ajustándola al horizonte temporal y económico de cada persona o unidad familiar, lo que posibilita una adaptación más precisa a las necesidades vitales de cada etapa³¹.

En el caso de la propiedad temporal, la vivienda deja de concebirse como una inversión permanente y se orienta hacia un modelo de consumo responsable y temporalmente limitado. Por su parte, la propiedad compartida facilita el acceso al mercado de vivienda a un mayor número de personas, al disminuir la carga económica inicial, y fomenta el ahorro y el endeudamiento sostenible. Esto se traduce en préstamos más acordes a los ingresos medios, reduciendo los riesgos de sobreendeudamiento y promoviendo el crédito en condiciones más asequibles³².

A diferencia de otras figuras como el arrendamiento, la propiedad temporal y la propiedad compartida proporcionan una permanencia más segura y estable. El propietario temporal disfruta de un derecho real pleno sobre la vivienda, con todas las facultades dominicales desde el inicio, mientras que el propietario material en la propiedad compartida es titular de una cuota de propiedad inicial y ejerce de forma exclusiva y excluyente el uso y disfrute de la vivienda³³.

31 TORRENT CUFÍ, F., "La propiedad temporal y la compartida", en *Revista de la Notaría en castellano*, Lefebvre, 2015.

32 NÚÑEZ ZORRILLA, M.C., "La propiedad temporal y la propiedad compartida: las nuevas formas de acceso a la vivienda en Cataluña", en *Actualidad Civil*, n.º 12, La Ley, 2015.

33 NÚÑEZ ZORRILLA, M.C., "La propiedad temporal y la propiedad compartida: las nuevas formas de acceso a la vivienda en Cataluña", en *Actualidad Civil*, n.º 12, La Ley, 2015.

Por su parte, el titular sucesivo, en la propiedad temporal, y el propietario formal, en la propiedad compartida, también se benefician de un régimen equilibrado. En la primera, el titular sucesivo percibe una contraprestación dineraria anticipada y se libera de los gastos asociados a una vivienda³⁴, recuperándola a la extinción de este derecho. En la segunda, el propietario material se ve recompensado por la venta progresiva de sus cuotas y por recibir una contraprestación económica recurrente por permitir que el propietario material use y disfrute la vivienda con carácter exclusivo.

Ambas figuras destacan, además, por su versatilidad social, pues pueden aplicarse en el mercado privado o mediante políticas públicas. En concreto, la propiedad temporal facilita el acceso a colectivos que no cumplan los requisitos de vivienda protegida, pero que tampoco puedan asumir una propiedad absoluta. La Administración puede así disponer de un parque de viviendas que reviertan en su dominio transcurrido el plazo, para ponerlas de nuevo a disposición de personas con necesidades habitacionales, generando, además, ingresos que contribuyan al bienestar económico.

No obstante, ambas modalidades plantean ciertas limitaciones. Su carácter temporal puede desalentar inversiones en mejoras duraderas, aunque en menor medida que el arrendamiento. Además, su regulación se restringe al ámbito territorial de Cataluña, dificultando su implantación en otros lugares de España. Estas figuras también requieren un mayor grado de conocimiento jurídico por parte de adquirentes y entidades, lo que puede representar una barrera de entrada para determinados perfiles. En el mercado secundario, la venta de una propiedad temporal cercana a su vencimiento puede generar incertidumbres sobre su valor de transmisión y restringir su liquidez, lo que la hace menos atractiva para inversores no cualificados. En la propiedad compartida, la ausencia de compra gradual de cuotas puede derivar en una comunidad de bienes de duración indeterminada, obligando al propietario formal a readquirir las cuotas del propietario material para evitar esa situación.

El éxito de estas fórmulas dependerá, en última instancia, de su incorporación rigurosa en el ordenamiento jurídico y del compromiso conjunto de todos los agentes implicados en su desarrollo e implementación.

34 TORRENT CUFÍ, F., "La propiedad temporal y la compartida", en *Revista de la Notaría en castellano*, Lefebvre, 2015.

Colusión verde: los peligros anticompetitivos del ESG

Patricio Martínez Osorio

Counsel de Pérez-Llorca

COMPETENCIA ECONÓMICA

Gustavo Alonso González Del Castillo

Asociado de Pérez Llorca

COMPETENCIA ECONÓMICA

I.	Introducción	90
II.	ESG y competencia: una relación en tensión	91
III.	Riesgos anticompetitivos asociados a iniciativas ESG	92
	1. Colusión verde	92
	2. Intercambio de información sensible	93
	3. Boicots y exclusiones concertadas	94
	4. Estándares ESG como barreras de entrada	94
IV.	Mejores prácticas: cómo integrar ESG sin infringir la competencia	95
V.	Conclusión	97



Fecha de recepción

8 de abril de 2025



Fecha de aceptación

6 de mayo de 2025



Resumen: La creciente relevancia de los criterios ESG (ambientales, sociales y de gobernanza, por su acrónimo en inglés) ha impulsado la adopción de estrategias empresariales sostenibles. Sin embargo, estas iniciativas pueden entrañar riesgos desde la perspectiva del derecho de la competencia, especialmente cuando implican acuerdos entre competidores, abusos de dominancia o intercambios de información sensible. Este artículo analiza cómo prácticas concebidas para promover la sostenibilidad –como acuerdos sectoriales para reducir emisiones o mejorar condiciones laborales– pueden transformarse en “colusión verde” u otras conductas contrarias a la libre competencia. Asimismo, brindamos recomendaciones prácticas para alinear las estrategias ESG con el cumplimiento del derecho de la competencia, para alertar a directivos y asesores legales sobre estas trampas y ofrecer pautas para lograr que la búsqueda de un planeta más sostenible no se haga a costa de mercados menos competitivos.

Abstract: The growing relevance of ESG (*Environmental, Social and Governance*) standards has encouraged the adoption of sustainable business strategies. However, these initiatives may pose risks from a competition law perspective, particularly when they involve agreements among competitors, abuses of dominance, or the exchange of sensitive information. This article examines how practices designed to promote sustainability –such as industry-wide agreements to reduce emissions or improve labor conditions– can turn into “green collusion” or other behaviors contrary to fair competition. Likewise, practical recommendations are provided to align ESG strategies with compliance in competition law to alert executives and legal advisors to these pitfalls and offer guidelines to ensure that the pursuit of a more sustainable planet does not come at the expense of less competitive markets.



Palabras clave: ESG, derecho de la competencia, colusión verde, acuerdos horizontales, sostenibilidad.

Key words: ESG, competition law, green collusion, horizontal agreements, sustainability.

Colusión verde: los peligros anticompetitivos del ESG

I. Introducción

La sostenibilidad empresarial ha dejado de ser una aspiración reputacional para convertirse en un elemento central de la estrategia corporativa de las empresas. Bajo la sigla ESG (*Environmental, Social and Governance*) se engloban criterios cada vez más demandados por inversionistas, consumidores, autoridades regulatorias y otros grupos de interés. Estos criterios promueven un enfoque empresarial orientado al largo plazo, responsable en lo ambiental, equitativo en lo social y sólido en su estructura de gobierno corporativo.

Los compromisos corporativos de reducir la huella de carbono, mejorar las condiciones laborales, fomentar la diversidad e impulsar la sostenibilidad se han vuelto comunes, en línea con iniciativas globales, como los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas (“**ONU**”), la Agenda 2030 y el Acuerdo de París sobre clima. Ante desafíos tan grandes como el cambio climático o la desigualdad social, a menudo se plantea que ninguna empresa puede lograr un impacto significativo por sí sola, se requiere colaboración entre actores del sector privado, e incluso acuerdos colectivos dentro de industrias, para alcanzar metas ESG ambiciosas.

Sin embargo, esa cooperación empresarial en pro de un “bien común” acarrea un riesgo inherente: ¿qué ocurre cuando las iniciativas conjuntas de sostenibilidad chocan con las leyes antimonopolio? Las normas de competencia económica prohíben, en términos generales, que competidores se pongan de acuerdo en aspectos que restrinjan la competencia (por ejemplo, fijar precios, repartirse mercados, limitar la producción o intercambiar información sensible).

Recientemente, algunas autoridades de competencia han señalado que, bajo la bandera de la sostenibilidad, algunas empresas pueden incurrir en conductas colusorias encubiertas u otras prácticas anticompetitivas. De hecho, ya se ha comenzado a debatir a nivel internacional cómo prevenir que la “colusión verde” (acuerdos entre rivales disfrazados de iniciativas ecológicas o sociales) perjudique a los consumidores y a la economía¹.

El dilema es evidente: por un lado, la colaboración entre empresas puede ser necesaria para lograr ciertos objetivos ESG que benefician a la sociedad (por ejemplo, eliminar gradualmente productos contaminantes o adoptar estándares laborales éticos en toda una industria); por otro lado, el derecho de la competencia exige que esas colaboraciones no reduzcan la rivalidad en los mercados, no excluyan indebidamente a otros competidores, ni impongan precios abusivos al consumidor. Encontrar el equilibrio entre fomentar alianzas sostenibles y mantener mercados competitivos se ha convertido en un tema central tanto para reguladores como para empresas.

¹ CENTRO COMPETENCIA (CeCo), *La espada y el escudo: Una radiografía de los encuentros entre política de competencia y la sustentabilidad*, 2024. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/radiografia-encuentros-competencia-sustentabilidad/>.

II. ESG y competencia: una relación en tensión

Las leyes de competencia (antimonopolio) buscan preservar mercados competitivos en beneficio de los consumidores, prohibiendo prácticas como la fijación de precios, los repartos de mercado, la limitación de producción o los boicots anticompetitivos.

Paradójicamente, ciertas iniciativas ESG podrían terminar incurriendo en estas prácticas si no se diseñan con cuidado. Por ejemplo, un acuerdo para retirar del mercado un producto contaminante puede mejorar el medio ambiente, pero, si ese producto era una opción barata para consumidores, su eliminación coordinada podría subir precios o reducir la oferta, comportándose como un cártel tradicional.

En muchos sentidos, nos encontramos en una encrucijada en la que el objetivo de sostenibilidad y el objetivo de competencia deben equilibrarse. Durante años se ha debatido si el análisis antimonopolio debería incorporar consideraciones de sostenibilidad. Hoy, la tendencia global parece aceptar que, en la medida que la legislación local lo permita, se deben integrar criterios ambientales y sociales en la aplicación de la política de competencia, pero sin bajar la guardia frente a posibles abusos².

No faltan voces escépticas. Algunos advierten de que relajar la aplicación de las leyes de competencia por objetivos verdes podría incentivar colusiones encubiertas, por ejemplo, acuerdos *greenwashing* en los que las empresas fingen mejoras sostenibles mientras eliminan competencia real. Por otro lado, también temen que las autoridades de competencia invadan competencias de reguladores ambientales específicos³.

Las autoridades y los legisladores alrededor del mundo están lidiando con cómo conciliar estas dos prioridades. En la Unión Europea ("UE"), la Comisión Europea ha reconocido la necesidad de dar mayor certeza jurídica a los llamados "acuerdos de sostenibilidad". En 2023 incluyó un capítulo específico sobre sostenibilidad en el proyecto de revisión de sus Directrices de cooperación horizontal, delineando criterios bajo los cuales las iniciativas conjuntas ESG se considerarían compatibles con el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la UE (que prohíbe los acuerdos colusorios)⁴.

Entre esos criterios, la Comisión Europea propuso que el acuerdo debe perseguir una finalidad legítima de sostenibilidad (por ejemplo, reducción de emisiones, mejora en bienestar animal o condiciones laborales); que no elimine la competencia en aspectos esenciales, como precio, calidad o innovación; que los consumidores disfruten de una parte justa del beneficio

2 OCDE, *Sustainability and Competition*, OECD Competition Committee Discussion Paper, 2020. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition-2020.pdf>.

3 GERADIN, D., y KATSIFIS, D., "Antitrust and ESG", *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 2023. Disponible en: <https://corpgov.law.harvard.edu/2023/01/31/antitrust-and-esg/>; CROWELL & MORING, ESG Opponents' Antitrust Accusations: Do They Make Sustainability Collaborations Suspect?, 2022. Disponible en: <https://www.crowell.com/en/insights/client-alerts/esg-opponents-antitrust-accusations-do-they-make-sustainability-collaboration-dangerous>.

4 COMISIÓN EUROPEA, "Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01)", *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 259, 2023, pp. 1-146. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2023.259.01.0001.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2023%3A259%3AFULL.

resultante (sea en forma de mejor calidad, menor impacto ambiental u otros); y que existan mecanismos para minimizar el impacto negativo en la competencia, como permitir la participación abierta de cualquier interesado en el acuerdo y limitar los intercambios de información al mínimo necesario.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”) también ha señalado en distintos documentos de trabajo que, a medida que empresas e inversionistas incorporan cada vez más criterios de sostenibilidad en sus decisiones, las autoridades de competencia deben analizar con especial cuidado los acuerdos y concentraciones empresariales con justificaciones ambientales. Advierte de que este tipo de iniciativas puede implicar riesgos anticompetitivos si no se examinan adecuadamente los incentivos económicos y las fallas de mercado involucradas, como los problemas de coordinación entre agentes, las desventajas del pionero o los sesgos conductuales de los consumidores. Pasar por alto estos factores podría generar resultados contrarios tanto a la competencia efectiva como a los objetivos de sostenibilidad⁵.

Por su parte, para las empresas, entender estos peligros es el primer paso para evitarlos, por lo que, a continuación, analizaremos los riesgos legales más comunes en este terreno, ilustrando como ciertas acciones ESG bienintencionadas pueden violar la competencia y como están respondiendo las autoridades. Estos riesgos incluyen: i) la colusión verde propiamente dicha; ii) boicots o exclusiones concertadas; iii) intercambios de información sensible entre competidores con el pretexto de la sostenibilidad; y iv) la utilización de estándares ESG como barreras de entrada.

III. Riesgos anticompetitivos asociados a iniciativas ESG

1. Colusión verde

Se entiende por colusión verde aquella en la que varios competidores acuerdan adoptar o limitar ciertas prácticas o productos bajo una justificación ambiental, social o de gobernanza. Un ejemplo paradigmático sucedió en 2021, cuando la Comisión Europea sancionó a Daimler, BMW, Volkswagen, Audi y Porsche por acordar limitaciones en el desarrollo de tecnologías de reducción de emisiones diésel, a pesar de tener la capacidad individual para implementar soluciones más limpias^{6,7}.

La línea divisoria entre una cooperación sostenible legítima y una colusión verde puede ser delgada. Para diferenciar, es clave analizar la intención y el efecto real del acuerdo. Si las

5 OCDE, *Environmental considerations in competition enforcement*, OECD Competition Committee Discussion Paper, 2021. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/environmental-considerations-in-competition-enforcement.htm> y OCDE, *Sustainability and Competition*, OECD Competition Committee Discussion Paper, 2020. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition-2020.pdf>.

6 COMISIÓN EUROPEA, *Antitrust: Commission fines car manufacturers €875 million for restricting competition in emission cleaning for new diesel passenger cars*, 2021. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3581.

7 En abril de 2025, la Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido impuso multas por más de 77 millones de libras a 10 fabricantes de automóviles y dos asociaciones comerciales por colusión en la publicidad de sus credenciales ecológicas. Las empresas acordaron no competir en sus anuncios sobre el porcentaje de reciclaje de sus vehículos y, excepto Renault, también acordaron no compartir información con los clientes sobre los materiales reciclados utilizados. Estas prácticas, vigentes entre 2002 y 2018, limitaron la capacidad de los consumidores para comparar las credenciales ecológicas de los vehículos. Véase DEPARTMENT FOR BUSINESS AND TRADE, *Car industry settles competition law case*, 2025. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/news/car-industry-settles-competition-law-case>.

empresas se unen genuinamente para lograr un objetivo que no pueden alcanzar individualmente –por ejemplo, crear infraestructura de reciclaje que sería inviable sin contar con una masa crítica de productos para reciclar– y lo hacen sin suprimir la competencia en aspectos esenciales, es posible que el acuerdo sea lícito. Pero, si bajo ese acuerdo se reduce sustancialmente la rivalidad (todas adoptan el mismo sobreprecio “verde”, dejan de ofrecer determinadas opciones al mismo tiempo, etc.), entonces probablemente estemos ante un cártel clásico con un barniz ecológico.

En resumen, cualquier pacto entre competidores que implique alineación de precios, cuotas de producción, eliminación conjunta de productos o coordinación de condiciones comerciales, aunque se justifique por sostenibilidad, enfrenta un alto riesgo de considerarse una colusión ilegal.

En algunas jurisdicciones, los acuerdos entre agentes económicos con fines ambientales pueden considerarse compatibles con las leyes de competencia en la medida en que superen un análisis de proporcionalidad y eficiencia. Para ello, deben cumplir con determinados criterios: i) que generen beneficios verificables para los consumidores, tales como mejoras en la producción o la distribución, o avances técnicos y económicos; ii) que resulten indispensables para alcanzar dichos objetivos sin que existan medios menos restrictivos de la competencia; y iii) que no eliminen la competencia en una parte sustancial del mercado relevante. Un antecedente ilustrativo es el caso Philips/Osram, en el cual la Comisión Europea admitió la creación de una empresa conjunta al acreditar que sus efectos positivos –incluyendo la reducción de emisiones contaminantes y eficiencias operativas– compensaban sus eventuales restricciones⁸.

2. Intercambio de información sensible

Las colaboraciones ESG suelen requerir compartir información entre empresas. Muchas colaboraciones sostenibles requieren que las empresas compartan cierta información entre sí: datos sobre huellas de carbono, eficiencias operativas, proveedores más responsables, tecnologías limpias, etc. Este flujo de información puede ser positivo y necesario para alcanzar objetivos comunes (por ejemplo, acordar un estándar requiere discutir datos técnicos de productos). Sin embargo, cuando competidores habituales comienzan a intercambiar información, existe el peligro de que trasciendan lo estrictamente necesario y terminen compartiendo datos estratégicos que faciliten la coordinación ilícita de su comportamiento en el mercado.

Un escenario de riesgo es aquel en el que, bajo el paraguas de la “transparencia ESG”, las empresas terminan revelando datos comercialmente sensibles, como costos de producción, planes de inversión, estrategias de precios futuros o cuotas de mercado. Al respecto, la Comisión Europea ha señalado que el intercambio de información comprende tanto datos en bruto como información procesada, ya sea digital o física, entre competidores reales o potenciales. Este intercambio puede darse de forma directa (unilateral, bilateral o multilateral) o indirecta, a través de terceros, como plataformas, asociaciones, clientes, proveedores o medios públicos, sin importar el canal utilizado⁹.

Por supuesto, no todo intercambio de información en contextos ESG es ilícito. Hay formas de mitigar este riesgo: por ejemplo, utilizar terceros independientes o agregadores de datos para manejar la información (de modo que nadie vea datos individuales de sus competidores, sino

8 OCDE, *Environmental considerations in competition enforcement*, 2021, pp. 24 y 25, *op. cit.*

9 COMISIÓN EUROPEA, “Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01)”, 2023, p. 76, *op. cit.*

solo promedios o resultados agregados); y también limitar estrictamente las reuniones ESG a temas técnicos o generales, evitando deliberadamente cualquier conversación sobre precios, cuotas, clientes o planes de mercado¹⁰.

Por ello, el intercambio de información en iniciativas ESG debe tratarse con el mismo cuidado y protocolos que en cualquier encuentro entre competidores, manteniendo siempre presente que la colusión puede surgir de excesos en la transparencia.

3. Boicots y exclusiones concertadas

Una práctica frecuente en estrategias ESG es la exclusión de proveedores o socios que no cumplan determinados estándares. Esta exclusión, cuando es decidida unilateralmente por una empresa, no plantea problemas de competencia. Sin embargo, si varios competidores acuerdan no contratar con determinados proveedores o clientes, podría configurarse un boicot concertado prohibido por el derecho de la competencia. Por ejemplo, varias instituciones financieras podrían coordinarse para dejar de financiar a compañías de alto impacto contaminante (como mineras de carbón o petroleras) como parte de compromisos climáticos sectoriales¹¹.

En la práctica, pocas cosas llaman tanto la atención de una agencia antimonopolio como enterarse de que competidores se han puesto de acuerdo para no vender a cierto cliente, no comprar a determinado proveedor o no incursionar en un segmento. Cuando múltiples firmas anuncian conjuntamente que dejarán de apoyar una actividad o a un actor económico, es muy probable que surjan sospechas de colusión independiente del objetivo verde pretendido.

También podrían configurarse conductas abusivas de carácter excluyente, como en el caso de una empresa dominante que emplea una tecnología contaminante y que abusa de su posición de dominio al desplazar u obstaculizar el acceso al mercado de un competidor que opera con una tecnología más sostenible o ambientalmente amigable¹².

4. Estándares ESG como barreras de entrada

Otra práctica común es la creación de estándares o certificaciones ESG promovidos por asociaciones empresariales. En algunas jurisdicciones se admite que las empresas adopten medidas conjuntas orientadas a la sostenibilidad, sin que ello implique, en principio, una infracción al derecho de la competencia. Esto se debe a que los estándares aplicables, usualmente de carácter técnico o de calidad, se evalúan con menor rigor que otros acuerdos horizontales, al presumirse que contribuyen significativamente a la innovación tecnológica¹³.

Muchas industrias han comenzado a desarrollar estándares colectivos de sostenibilidad –ya sea códigos de conducta, certificaciones “verdes” o acuerdos para adoptar determinadas tecnologías limpias– con la finalidad de elevar el desempeño medioambiental o social del sector en su conjunto. Si bien, fijar estándares puede ser benéfico (por ejemplo, todos acuerdan

10 CENTRO COMPETENCIA (CeCo), *Acuerdos de Cooperación Verde o Greenwashing? Cuando sí y cuando no*, según la Comisión Europea, 2021. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/johannsen-acuerdos-de-cooperacion-verde-o-greenwashing/>

11 HEARN, D., HANAWALT, C., y SACHS, L., *Antitrust and Sustainability: A Landscape Analysis*. Columbia Center on Sustainable Investment and Sabin Center for Climate Change Law, 2023, pp. 40-42. Disponible en: <https://ccsi.columbia.edu/sites/ccsi.columbia.edu/files/content/docs/Antitrust-Sustainability-Landscape-Analysis.pdf>.

12 OCDE, *Environmental considerations in competition enforcement*, 2021, p. 31, *op. cit.*

13 OCDE, *Sustainability and Competition*, 2020, p. 22, *op. cit.*

utilizar materiales reciclables en cierto porcentaje o certificar proveedores con ciertas prácticas laborales), también puede transformarse en un arma de doble filo desde la perspectiva de la competencia¹⁴.

El peligro surge cuando esos estándares son demasiado estrictos o diseñados a la medida de las empresas involucradas, de forma tal que perjudican desproporcionadamente a algún competidor (actual o potencial). Por ejemplo, imaginemos que las empresas líderes de un mercado acuerdan voluntariamente un nuevo estándar ambiental que exige costosas modificaciones tecnológicas que solo ellas pueden afrontar.

Otro aspecto a cuidar es cuando la normalización sostenible conlleva eliminar por completo ciertos productos o procesos del mercado. Volviendo a un caso hipotético, varias compañías químicas deciden dejar de producir un determinado plástico de un solo uso por motivos ambientales, sustituyéndolo por un material biodegradable más caro. Si esto se hace mediante un acuerdo conjunto y no deja opciones (todas eliminan a la vez el producto menos costoso), puede interpretarse como una decisión colectiva que limita la oferta y obliga a los consumidores a comprar alternativas de mayor precio.

Generalmente, para las autoridades de competencia, un estándar industrial sostenible se vuelve sospechoso si parece diseñado principalmente para favorecer a quienes lo promueven y perjudicar a otros actores. El diseño de estos esquemas debe seguir principios de transparencia, voluntariedad y no discriminación, y su adopción debe estar abierta a cualquier agente económico que cumpla los requisitos objetivos.

IV. Mejores prácticas: cómo integrar ESG sin infringir la competencia

Después de revisar los riesgos, la pregunta clave para los directivos y asesores legales es: ¿cómo implementar estrategias ESG de manera segura desde el punto de vista de competencia?

Afortunadamente, no se trata de elegir entre cumplir objetivos sostenibles o cumplir con las leyes de competencia; ambas cosas son compatibles con la debida diligencia y prevención. A continuación, ofrecemos estrategias y buenas prácticas para lograr ese equilibrio, útiles para elaborar guías internas corporativas y evaluar proyectos concretos:

- i) Evaluación antitrust previa de iniciativas ESG: antes de embarcarse en un acuerdo o proyecto colectivo con competidores (por ejemplo, firmar un acuerdo sectorial de reducción de emisiones), es importante que expertos en competencia realicen un análisis de riesgos legales. Identificar tempranamente posibles restricciones del acuerdo (¿reduce la oferta?, ¿sube costos al consumidor?, ¿excluye a alguien?, ¿implica intercambiar datos sensibles?) permite rediseñarlo o incluir salvaguardas. Esta *due diligence* preventiva debe ser tan rutinaria como la evaluación de riesgos ambientales o reputacionales. Involucrar a los abogados desde la concepción del proyecto, no al final, es la clave¹⁵.

14 HEARN, D., HANAWALT, C., y SACHS, L., *Antitrust and Sustainability: A Landscape Analysis*. Columbia Center on Sustainable Investment and Sabin Center for Climate Change Law, 2023, p. 43. *op. cit.*

15 WROBEL, M. S., y AKKUS-CLEMENS, S., "Navigating ESG Collaborations Under Heightened Antitrust Scrutiny". Harvard Law School Forum on Corporate Governance, 2024. Disponible en: <https://corpgov.law.harvard.edu/2024/08/07/navigating-esg-collaborations-under-heightened-antitrust-scrutiny/>

- ii) Diseño procompetitivo de los acuerdos sostenibles: al estructurar colaboraciones ESG con otras empresas, es fundamental hacerlo con el derecho de la competencia en mente. Algunas recomendaciones concretas son: i) preferir códigos de conducta voluntarios en lugar de pactos obligatorios; ii) si se crea un estándar o certificación, asegurarse de que la adhesión esté abierta a cualquier interesado que cumpla las condiciones objetivas (no solo a miembros del “club” que diseñó el estándar o certificación); iii) evitar cláusulas de exclusividad o de sanciones hacia quienes no cumplan el acuerdo; y iv) limitar la duración y el alcance del acuerdo a lo estrictamente necesario para el objetivo ESG, sin extensiones indefinidas que pudieran fosilizar el mercado.
- iii) No compartir información sensible (y, si es indispensable, agregarla): es preciso establecer reglas claras de qué información sí se puede compartir en el marco de la cooperación ESG y cuál no. Como regla general, datos sobre precios futuros, estrategias comerciales o participaciones o cuotas de mercado nunca deben compartirse. Si se necesita comparar métricas relevantes (huella de carbono o costes medios de un proceso sostenible), es preferible considerar a un tercero independiente o auditor que reciba los datos individuales y devuelva solo promedios o rangos agregados.
- iv) Evitar acuerdos que limiten la competencia: puede sonar obvio, pero conviene reiterar que no se debe pactar con competidores reducciones directas de variables competitivas esenciales (precio, cantidad o calidad) independientemente del objetivo ESG.
- v) Documentar beneficios y asegurar participación del consumidor: en caso de haber implementado una política o medida ESG, es crucial documentar rigurosamente los beneficios y las ganancias en eficiencia que de ello derivarán y cómo llegarán a los consumidores finales (y no solo a los participantes del acuerdo verde).
- vi) Capacitación interna y cultura de cumplimiento: hay que integrar las áreas de cumplimiento normativo (*compliance*) en la agenda ESG para que se forme a los empleados en cumplimiento de competencia aplicado a iniciativas sostenibles.
- vii) Mecanismos de autorregulación supervisados: si la industria establece alguna autorregulación ESG (códigos o sellos), se deben incorporar mecanismos que mitiguen efectos anticompetitivos, como por ejemplo revisar periódicamente con una comisión independiente si el código no excluye indebidamente a nuevos participantes.
- viii) Mantener las iniciativas abiertas a evolución: los objetivos ESG y las tecnologías cambian rápido. Un acuerdo que hoy es procompetitivo mañana podría ser obsoleto o restrictivo. Por ello, es preciso incorporar cláusulas de revisión y *sunset* en los acuerdos, para reevaluar si siguen siendo necesarios si las condiciones de mercado o el criterio de las autoridades han cambiado.

En resumen, integrar las políticas ESG de forma compatible con la libre competencia es posible mediante planificación cuidadosa y buenas prácticas de *compliance*. Las empresas no deben temer colaborar por un futuro sostenible, siempre que lo hagan con asesoría jurídica adecuada y compromiso real de cumplir las reglas. De esa forma, se pueden alcanzar metas ambientales y sociales de manera conjunta, minimizando su exposición a sanciones por infringir normas de competencia.

V. Conclusión

La integración de criterios ESG en las estrategias empresariales es una tendencia creciente que busca promover la sostenibilidad en diversos aspectos. No obstante, estas iniciativas deben ser cuidadosamente diseñadas para evitar riesgos anticompetitivos que puedan surgir de acuerdos entre competidores, abusos de dominancia o intercambios de información sensible. La “colusión verde” y otras prácticas contrarias a la libre competencia representan peligros que pueden socavar tanto los objetivos de sostenibilidad como la integridad de los mercados.

La sostenibilidad corporativa y el derecho de la competencia no tienen por qué estar enfrentados; de hecho, pueden ser complementarios, ya que ambos comparten el fin último de promover el bienestar de la sociedad, uno a través de mercados justos y eficientes, y otro a través de prácticas responsables que garanticen un futuro viable.

En la práctica, es esencial que las empresas y sus asesores legales sean conscientes de estos riesgos y adopten medidas preventivas para garantizar que sus estrategias ESG sean compatibles con el derecho de la competencia. Esto implica detectar riesgos como los descritos (colusión verde, boicots, intercambios indebidos de información sensible, restricciones verticales y barreras encubiertas en estándares o certificaciones) y aplicar las salvaguardas necesarias. Para ello es trascendental mantenerse actualizado en la evolución de criterios de las autoridades. Las empresas que se anticipen y demuestren un cumplimiento proactivo tendrán mayor seguridad jurídica para innovar en sostenibilidad.

En última instancia, el equilibrio entre la sostenibilidad y la competencia es posible mediante una planificación cuidadosa y el compromiso de cumplir las reglas. De esta manera, las empresas pueden colaborar para alcanzar metas ambientales y sociales de manera conjunta, minimizando su exposición a sanciones por infringir normas de competencia y contribuyendo a un futuro más sostenible sin sacrificar la competitividad del mercado. Como profesionales del derecho de la competencia, nuestra labor es facilitar ese camino, derribando el falso dilema de “competencia *versus* sustentabilidad” y demostrando que un mercado puede ser a la vez libre y verde.

EU AI Act: What should the public sector do?

Adolfo Mesquita Nunes

Partner at Pérez-Llorca

PUBLIC LAW AND REGULATORY

Francisco Ribeiro Ferreira

Trainee at Pérez-Llorca

PUBLIC LAW AND REGULATORY

I.	Points of tension between administrative procedures and the use of artificial intelligence systems by the public sector	100
II.	The EU AI Act and its application to the public sector	101
III.	Compliance with the AI Act: What should the public sector do?	102
	1. Mapping and identification of AI systems covered by the Act	102
	2. Characterisation of the entity concerning AI systems	103
	3. Classification of AI systems	104
	4. Implementation of measures to comply with applicable obligations and requirements	106
IV.	Conclusion	107



Fecha de recepción
8 de abril de 2025



Fecha de aceptación
6 de mayo de 2025



Abstract: The deployment of AI in the public sector promises greater efficiency and reduced bureaucracy, but also raises serious concerns about its potential impact on individual rights and societal structures. Aware of such high stakes, the EU AI Act imposes stringent compliance obligations on public entities, particularly in relation to high-risk AI systems. Compliance demands a systematic inventory of AI systems, clear identification of institutional roles (provider or deployer), risk classification, and the adoption of robust organizational and technical safeguards. Timely implementation is critical to ensuring legal alignment with instruments such as the GDPR, protecting fundamental rights, and reinforcing public trust while modernizing administrative processes.



Key words: AI Act, Artificial Intelligence, Public Sector, Compliance, Fundamental Rights, High-risk AI Systems.

EU AI Act: What should the public sector do?

I. Points of tension between administrative procedures and the use of artificial intelligence systems by the public sector

The adoption of artificial intelligence (“**AI**”) by the public sector is inevitable and will likely continue to grow. This adoption occurs at two primary levels: institutionally, through the deployment or development of AI systems—defined generally as systems with advanced data processing and analytical capabilities, capable of learning, adaptation, and autonomous decision-making—and individually, through routine use by public sector employees.

This increasing reliance on AI has resulted in significant tensions within existing administrative procedural frameworks, especially in countries like Portugal where there is a global absence of specific norms or regulations governing AI or other automation mechanisms in public sector procedures.

In fact, several critical questions arise when AI systems either perform tasks, substantiate, or even effectively determine decisions within administrative procedures, particularly when their outputs constitute administrative acts. How can compliance with the principle of administrative transparency be assured? What constitutes adequate justification of AI-generated administrative acts? Does access to administrative information include details about AI systems involved in decision-making processes? Can AI systems independently analyse documents and decide without human oversight? How can biases inherent in AI systems that may lead to discriminatory outcomes be mitigated? What categories of data may the public sector legitimately utilise for developing AI systems? For instance, under what conditions could a regulatory authority develop an AI tool to detect administrative offenses using commercially sensitive information obtained through its public mandate? Moreover, is explicit legal authorisation necessary for entirely automated administrative decisions?

These questions demand clear responses beyond purely doctrinal debate. Given the profound implications of AI integration into administrative practices, we argue for a global normative revision of the procedural framework governing public sector activity.

The recently enacted Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828, (the “**AI Act**”, “**Act**” or “**Regulation**”) does not fully resolve these tensions. Nevertheless, it offers significant guidance for revising the public sector’s procedural framework as we propose.

However, the fact that the Regulation does not comprehensively address all tensions should not obscure its direct applicability and explicit obligations imposed upon the public sector.

Clarifying how the public sector is impacted by the Regulation and identifying the necessary compliance actions is precisely the objective of this article.

II. The EU AI Act and its application to the public sector

The AI Act is the first major legislative instrument of the European Union (“**EU**”) establishing common rules for the use of AI technologies. As an EU Regulation, it applies directly in Member States without the need for national transposition measures.

The Regulation adopts a “risk-based approach”, a recent trend in European digital regulation, which imposes increasing levels of regulation and obligations corresponding to the risks that AI systems pose to society, security, fundamental rights, and human well-being.

The Act classifies risks based on specific uses of AI systems rather than their underlying technologies, techniques, or the number of impacted individuals. Therefore, the Act emphasises the particular application or use of AI systems rather than the technologies themselves. Consequently, the same AI tool may carry different levels of risk depending on its use.

The Act outlines four risk categories: unacceptable or prohibited AI systems (Article 5), high-risk systems (Article 6), limited-risk systems or those subject to transparency obligations (Article 50), and minimal-risk systems (systems not covered by the Regulation and generally free to use, though still subject to other applicable legislation).

Based on these categories, the Act imposes varying obligations on providers, importers, distributors, and entities deploying AI systems (in practice, users). Whenever the public sector operates in any of these capacities—particularly when using AI systems under its authority—the Regulation and its obligations directly apply.

The Regulation explicitly recognises the unique challenges and risks associated with the public sector’s use of AI, demonstrating sensitivity to these specific circumstances. This sensitivity is evident in that many high-risk AI systems identified by the Regulation directly relate to traditional public activities. Additionally, certain obligations in the Regulation exclusively apply to public sector entities.

Although forthcoming secondary legislation will provide the detailed implementation and compliance requirements of the Act, we believe the public sector should proactively initiate compliance measures. Early action is critical not only for successful implementation but also for safeguarding individuals interacting with or affected by public sector AI systems.

Finally, as recognised by the Act itself, compliance is not in itself a guarantee that the use of an AI system is lawful. Public entities must also comply with other relevant European standards, particularly Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (the “**General Data Protection Regulation**” or “**GDPR**”), general and sector-specific legislation in each Member State, and applicable civil liability rules regarding damages arising from AI usage.

III. Compliance with the AI Act: What should the public sector do?

The EU AI Act entered into force on August 1st, 2024, but will only become fully applicable in August 2027. Recognising the need for organisations to adapt to this new regulatory framework, the AI Act provides a transitional period, with initial obligations related to prohibited AI practices becoming applicable on February 2nd, 2025 (six months following the Act's entry into force).

The bulk of the obligations, particularly those applicable to high-risk AI systems, will take effect in August 2027. It would be misguided to assume ample time is available to achieve compliance. Experience from GDPR compliance efforts shows that significant time and resources are required to ensure adherence to such comprehensive regulations.

The EU AI Act is extensive and open to interpretation on numerous essential regulatory aspects. Public sector entities must adapt to its requirements, seeking clear guidance on interpreting and applying specific obligations. Furthermore, understanding interactions between the AI Act and other applicable frameworks—such as data protection, intellectual property rights, and data governance—adds another layer of complexity. Failure to manage these interactions effectively could pose significant risks.

Therefore, we suggest four critical steps for an effective AI Act compliance strategy: i) mapping and identifying AI systems used by public entities; ii) characterising the role of the entity concerning these AI systems, particularly as providers or deployers; iii) classifying AI systems based on their risk levels and identifying relevant obligations; and iv) implementing measures to ensure compliance with these obligations.

1. Mapping and identification of AI systems covered by the Act

Any compliance strategy with the AI Act must begin by identifying and cataloguing the technological tools used or developed within a public entity, distinguishing which systems are covered by the Act and which are not. Certain tools may fall outside the Act's scope either because i) they do not meet the definition of "AI systems", or ii) they are expressly excluded under Article 2.

The AI Act defines an AI system as:

[...] a machine-based system that is designed to operate with varying levels of autonomy and that may exhibit adaptiveness after deployment, and that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments. (Article 3(1))

This definition does not rely on a list of techniques but rather emphasises system autonomy and inferential capabilities. Systems and software whose output results from predetermined rules or algorithms are thus excluded.

Consequently, public entities must identify and catalogue all technological tools or systems possessing autonomy and inferential capacities, regardless of explicit references to AI. This mapping and identification task may not be straightforward due to the broad and sometimes unintuitive definition of an AI system, potentially including commonly used technological tools

in public sector. Additionally, there might be no centralised knowledge of all AI systems in use. Therefore, specialised technical and legal training for key personnel is crucial to ensure comprehensive mapping.

Once AI systems used by a public entity are identified, it is necessary to determine whether they fall within the Act's scope. Territorial scope will raise few questions, as the AI Act applies to any use of AI systems within EU territory, irrespective of where providers or other involved agents are based.

Certain systems and uses are expressly excluded from the AI Act: AI systems or models for military or defence purposes, scientific research and development, and personal, non-professional activities by individuals.

2. Characterisation of the entity concerning AI systems

After identifying the AI systems used within the public entity covered by the AI Act, the next crucial step is characterising the entity's relationship to each AI system according to the categories defined by the Act. This characterisation significantly impacts the regulatory obligations applicable to the entity.

The AI Act primarily addresses two types of operators: providers of AI systems and deployers (in practice, "users"). Other value-chain actors—such as authorised representatives of providers outside the EU, importers, and distributors—also have specific obligations and, in certain high-risk AI contexts, may assume the responsibilities typically associated with providers, though such roles are less commonly assumed by public entities.

The definitions of "provider" and "deployer" under the Act are broader than the terminology might initially suggest. A "deployer" includes any natural or legal person who uses an AI system "under its authority", except when the use is personal and non-professional. This definition aligns closely with the notion of a user but explicitly emphasises the authority under which the system is employed, highlighting responsibility and accountability in AI system usage.

However, this raises interpretative questions, notably regarding public officials' use of AI, especially when these tools are freely accessible online. If a public official uses AI within their professional activities—for summarising documents, drafting email responses, or preparing advisory documents—could the public entity be considered the deployer under the AI Act? The phrase "under its authority" suggests a need for authorisation or formal acknowledgment by the entity, recommending that public entities clearly define rules governing such usage.

The classification as "provider", involving more substantial and burdensome obligations, applies whenever a public entity develops or has developed or places an AI system into service under its own name or trademark, whether for a fee or free of charge. Thus, it is not necessary for the public entity to have developed the AI system entirely with its own resources or to commercialise it externally. Contracting a third party to develop a customised AI system, even exclusively for internal use, may position the entity as a provider under the Act.

Lastly, the Act includes a clause shifting provider obligations to other value-chain actors under certain conditions. According to Article 25(1), an importer, distributor, deployer, or another third party assumes provider responsibilities if they: i) place their own name or trademark on

a high-risk AI system already on the market; ii) substantially modify the system; or iii) alter the intended use of an AI system, causing it to become classified as high-risk.

Given these complexities, characterising public entities as either providers or deployers involves interpreting and applying intricate, unfamiliar regulatory concepts such as “own authority” or “develop”. Continuous monitoring of relationships with AI systems is necessary to identify and manage dynamics where deployers might assume provider responsibilities, ensuring ongoing compliance with the AI Act.

3. Classification of AI systems

Having identified AI tools and characterised how the public entity interacts with them, the next critical step involves classifying these systems according to the risk categories defined by the AI Act. This classification process helps map out each entity's risk and corresponding responsibilities.

It is beyond the scope of this document to describe comprehensively each category, or the specific uses classified as prohibited, high risk, or limited risk. However, certain critical aspects concerning the classification of AI systems used by public entities should be highlighted.

Firstly, although prohibited practices are explicitly listed and relatively specific, the definitions are broad enough potentially to encompass various public entities using AI systems. Examples include systems employing subliminal or manipulative techniques exploiting vulnerabilities linked to age or socioeconomic status, systems assessing individuals' likelihood of committing criminal offenses, or systems inferring emotions within educational institutions. Ensuring systems do not fall into these prohibited categories is essential, as these prohibitions became enforceable first, and violations incur substantial fines (€35 million or up to 7% of the total worldwide annual turnover of the preceding financial year (whichever is higher) in case of non-compliance with prohibited AI practices (Article 99(3)).

Secondly, many high-risk AI system applications directly relate to traditional public sector activities, making them particularly relevant for public entities.

As referred, AI systems are considered high risk when they are likely to significantly affect individuals' fundamental rights or safety. An AI system may be classified as high risk through two pathways. The first, outlined in Article 6(1), applies to systems intended to operate as safety components or products subject to EU harmonisation legislation, detailed in Annex I (regulations and directives concerning machinery, toys, recreational craft, aviation, etc.). The second pathway, specified in Article 6(2) and detailed in Annex III, pertains to AI systems used in areas such as infrastructure networks supplying water, gas, or electricity, primary and higher education, access to essential goods or services (including healthcare and social security), justice, democratic processes, migration, asylum, and border management. This domain list may be further amended or expanded by the Commission under Article 7.

This means that high-risk systems are closely linked to the public sector role as high risks are those used in critical infrastructures, education and vocational training, employment contexts, access to essential public services, migration management, asylum and border control, law enforcement, and the administration of justice and democratic processes.

Thus, the public sector sits at the heart of the AI Act's regulatory concerns. The obligations associated with high-risk AI systems are extensive, underscoring the need for public entities to swiftly implement their compliance strategies.

Key obligations include: i) establishing and maintaining a risk management system; ii) preparing detailed, accessible, and updated technical documentation for AI systems; iii) ensuring transparency of AI systems, including providing clear instructions to all deployers; iv) adopting suitable data governance policies; (v) ensuring human oversight, adequate training, and the necessary authority for system operators to monitor, intervene in, or disable AI systems when required; and (vi) implementing measures ensuring the system's robustness, accuracy, and capability to manage operational errors or inconsistencies. To enforce compliance, providers must subject high-risk AI systems to conformity assessments and register them in an EU database before market entry. This database will be established and maintained by the European Commission in cooperation with Member States. When AI systems are used in the context of migration, asylum, and border control management, registration will occur in a secure, non-public section of the database, accessible exclusively to the Commission and national supervisory authorities. Registration of high-risk AI systems covered by Annex III, point 2 (AI systems in critical infrastructures), will take place at the national level.

While these obligations apply to any entity deploying high-risk AI systems, an additional requirement specifically targets public bodies or private entities providing public services (in addition to banking and insurance entities, this concept of private entities providing public services also appears to include all private operators providing services linked to tasks of public interest, such as education, healthcare, social services, housing, and the administration of justice, as stated in Recital 96 of the AI Act): conducting a mandatory Fundamental Rights Impact Assessment ("**FRIA**") before deploying high-risk AI systems.

This assessment must include mandatory descriptions, such as categories of individuals and groups potentially affected, specific risks of harm, and measures to be taken if these risks materialise. Updating this information is largely at the entity's discretion.

Additionally, the AI Act provides specific derogations whereby systems may be exempted from the high-risk classification if they do not pose significant risks to health, safety, or fundamental rights. Such derogations apply to AI systems performing limited procedural tasks (e.g., structuring data, categorising documents, or detecting duplicates), enhancing human-completed outputs, detecting decision-making patterns or deviations, or performing merely preparatory tasks. However, entities using these derogations must still register their systems in the EU high-risk AI systems database and document their assessments if requested.

We will also refer to the category of general-purpose AI models and their obligations. This category—arguably the most complex to interpret and apply in the entire Regulation—was introduced following the General Approach of the Council of the European Union on 25 November 2022 (document 14954/22), and is defined as a model:

[...] that displays significant generality and is capable of competently performing a wide range of distinct tasks regardless of the way the model is placed on the market and that can be integrated into a variety of downstream systems or applications, except AI models that are used for research, development or prototyping activities before they are placed on the market (Article 3, paragraph 63).

Providers of these models will be subject to extensive technical documentation and explainability requirements, and to stricter obligations if the model is classified as a systemic-risk general-purpose AI model. The classification of a general-purpose model as posing systemic risk depends on its potential impact, which is assessed using various criteria and is presumed to be met whenever the cumulative computational power used to train the model exceeds 10^{25} floating point operations, or FLOPs (Article 51, paragraphs 1 and 2, and Annex III).

In such cases, providers must carry out adversarial testing and implement ongoing measures for the assessment and mitigation of potential systemic risks. It should also be noted that the Commission has the power to unilaterally designate general-purpose AI models as systemic-risk systems.

Lastly, specific transparency obligations apply to limited-risk systems independently and cumulatively with high-risk system obligations. Given the broad definition of limited-risk systems, these obligations could have extensive applicability. For instance, AI systems interacting directly with individuals or generating synthetic audio, visual, video, or textual content must clearly inform users of AI interaction or mark content as artificially generated. Public entities using virtual assistants or chatbots to facilitate access to public services will likely fall under these transparency requirements.

4. Implementation of measures to comply with applicable obligations and requirements

The final step in complying with the AI Act involves implementing the organisational and technical measures necessary to meet applicable obligations, thereby avoiding potential sanctions – up to €15 million or up to 3% of the total worldwide annual turnover for the preceding financial year (whichever is higher) for non-compliance with the main obligations applicable to providers, importers, and other operators of AI systems (Article 99(4)).

Many obligations pertain to system design or architecture, compliance with which is the responsibility of the entity classified as the system's "provider". As discussed, public sector entities may often assume this role. However, even when they are not formally designated as such, it is essential that they ensure that the providers of the AI systems they use comply with these obligations by conducting supplier conformity checks and/or by including appropriate clauses within public procurement procedures for AI systems. In particular, they must ensure that the systems have undergone the required conformity assessment procedure, that they come with the EU declaration of conformity, and that they are accompanied by appropriate instructions for use and information enabling users to interpret the system's outputs—including measures that enable proper human oversight. This requires particular attention from public entities, as it may involve compliance with the principles of equal treatment and non-discrimination, as well as with obligations relating to the quality, lawfulness, and representativeness of the data used to train, validate, and test the system.

Other obligations, however, are ongoing and require public entities acting as providers or deployers of AI systems to establish a suitable compliance infrastructure. This complex challenge should, in our view, be addressed through the following strategic measures:

- i) Mapping or inventorying the AI systems in use, clarifying the entity's relationship with these systems, and classifying their risk levels;

- ii) Integrating the new legal framework into all organisational procedures, especially in areas such as staff recruitment, innovation, and digitalisation;
- iii) Identifying, analysing, and prioritising specific risks associated with AI systems, along with clearly defining acceptable risk levels;
- iv) Implementing a comprehensive training plan that covers formal compliance with the AI Act and emphasises ethical considerations, reputational aspects, and the responsible and efficient use of AI tools;
- v) Adjusting contractual models and updating procurement procedures (both public and private) involving AI-based solutions or services, ensuring compliance by contractual partners;
- vi) Developing conformity assessment models and frameworks for conducting fundamental rights impact assessments;
- vii) Establishing best practices and codes of conduct for AI usage within the organisation or its sector; and
- viii) Developing a tailored internal supervision and auditing model and plan to ensure ongoing compliance with the AI Act.

IV. Conclusion

It is essential to understand the innovations introduced by the AI Act and the particularities of its application to public sector entities. High-risk AI systems significantly impact public entities, making compliance crucial.

To achieve compliance with the AI Act, public entities must adopt a comprehensive strategic approach promptly, given the stringent deadlines and complexity involved. Recommended steps include mapping and identifying AI systems, characterising the entity's relationship with these systems, classifying systems according to risk, and implementing necessary organisational and technical measures to comply with the applicable obligations.

Furthermore, public entities must establish internal supervision and continuous evaluation mechanisms to ensure that AI systems not only comply with the Act's requirements but also align with applicable administrative principles and rules.

We believe a successful implementation of the AI Act, avoiding past compliance errors, will significantly modernise and enhance public administration efficiency, reinforcing public trust in both public institutions and the responsible use of artificial intelligence.

